

# L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e Spagna

di Maria Pia Iadicicco\*\*

**Sommario:** 1.- L'aborto come "caso limite del diritto". 2.- Le ragioni del comune, ma diverso, protagonismo giurisprudenziale. 3.- La legge n. 194 del 1978 al vaglio della Corte costituzionale italiana. 4. La recente esperienza spagnola in materia di regolazione dell'aborto: "maggioranza che trovi, legge che vuoi" e ricorsi delle minoranze parlamentari al Tribunal constitucional.

## 1. L'aborto come «caso limite del diritto».

Quando, nel 1985, il *Tribunal constitucional* si è per la prima volta<sup>1</sup> occupato del tema della depenalizzazione dell'aborto nell'ordinamento giuridico iberico ha ritenuto opportuno precisare, in via preliminare, che l'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) rappresenta «un caso limite nell'ambito del diritto; in primo luogo perché il vincolo naturale che lega il nascituro alla madre crea una relazione di natura speciale di cui non vi è parallelo in nessun altro comportamento sociale e, in secondo luogo, perché si tratta di un tema nella cui trattazione incidono, con più profondità che in ogni altro, idee, principi e convinzioni morali e culturali»<sup>2</sup>.

Pur riconoscendo l'innegabile sovraccarico ideologico che grava sul tema, il *Tribunal constitucional* ebbe a puntualizzare esplicitamente la necessità di «astenersi da ogni elemento o criterio di giudizio che non sia quello strettamente giuridico e da quanto altro sarebbe in contraddizione con l'imparzialità e l'obiettività di giudizio inerente alla funzione giurisdizionale che non può attenersi a criteri o schemi, incluse le proprie convinzioni, estranei a quelli dell'analisi giuridica».

Con queste parole il giudice costituzionale spagnolo introduceva la sua più importante decisione sul tema dell'aborto tracciando le coordinate essenziali di una *doctrina constitucional* sul tema a tutt'oggi mai smentita e destinata a «svolgere un ruolo importante ed inaspettato nelle future decisioni e costruzioni giurisprudenziali»<sup>3</sup>.

Scritto sottoposto a *referee*. Testo, rielaborato ed aggiornato al 10 settembre 2012, dell'intervento tenuto Seminario di studi italo-spagnolo "Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona", Collegio di Spagna – Bologna, 3-4 maggio 2012, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Va precisato che, prima della sentenza 11 aprile 1985, n. 53, il Tribunale costituzionale spagnolo aveva già trattato il tema dell'aborto con la sentenza 29 luglio 1984, n. 75 resa in sede di *amparo* sull'art. 15 Cost. Sebbene in questa decisione - che investiva principalmente la questione dell'applicazione della legge penale sull'aborto (anteriore alla riforma del 1985) a chi avesse praticato l'interruzione volontaria della gravidanza all'estero - non venisse affrontata sistematicamente la questione della tutela costituzionale della vita nascente, il giudice costituzionale spagnolo iniziava a delineare quella che sarebbe stata la sua successiva impostazione sul tema, ovvero l'affermazione della vita umana in formazione quale bene meritevole di protezione costituzionale.

In questo contributo non verrà analizzata la giurisprudenza costituzionale spagnola in materia di aborto resa a seguito di *recurso de amparo* non perché inesistente, ma in quanto le decisioni fondamentali che investono il diritto alla vita del nascituro sono state adottate in occasione di giudizi di legittimità costituzionale delle leggi, a cominciare dalla citata sentenza n. 53/1985, fino alle sentenze n. 212/1996 e 116/1999 aventi ad oggetto rispettivamente la legge n. 42 del 1988 sulla donazione ed utilizzazione di embrioni e cellule staminali e la legge n. 35 del 1988 sulle tecniche di riproduzione assistita, entrambe oggetto di *recurso de inconstitucionalidad*.

<sup>2</sup> Sentenza 11 aprile 1985, n. 53, F.J. n. 1. La traduzione italiana della sentenza è riportata in *Questione giustizia*, 1985, n. 3, e in *Foro italiano*, IV, 1985, 280 ss.

<sup>3</sup> R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Nuovi strumenti normativi nell'ambito della biomedicina e della genetica in Spagna*, in *Dir. pubbl. com eur.*, 2007, 1707.

Le espressioni e l'atteggiamento del *Tribunal constitucional* rivelano per diverse ragioni: anzitutto, colpisce l'affermazione dell'incomparabilità della vicenda abortiva con ogni altra questione bioetica a causa del legame unico e straordinario che lega madre e nascituro nel caso *de qua*. A riguardo non si può sottovalutare la collocazione temporale della suddetta pronuncia, resa appunto a metà anni '80, quando, sebbene nel mondo scientifico iniziasse a farsi spazio la questione del trattamento dell'embrione al di fuori dell'utero materno, il dibattito pubblico e politico attorno alle questioni della nascita e della gestazione era fondamentalmente riconducibile alle problematiche abortive. Molti Paesi europei avevano approvato, oramai da anni, una legislazione variamente permissiva dell'IVG – accompagnata, ed a volte preceduta, dalle pronunce dei rispettivi tribunali costituzionali<sup>4</sup> – mentre i tempi erano ancora prematuri per affrontare in maniera approfondita gli altri casi in cui viene in rilievo quella «relazione di natura speciale» tra madre e figlio che si realizza nel corso della gestazione: il riferimento va ovviamente al tema della procreazione medicalmente assistita, ma altresì ad altre problematiche a ciò variamente connesse, come le tecniche di ingegneria genetica; le diagnosi prenatali e pre-impianto (per l'evidente connessione con gli aborti selettivi); la maternità surrogata, *etc.* In questo scenario è facile comprendere come mai, agli occhi del giudice spagnolo, l'IVG rappresentasse un caso unico, in quanto capace di spezzare artificialmente il vincolo naturale che lega madre e nascituro.

Meno scontata è invece la spiegazione dell'atteggiamento di grande cautela manifestato dal *Tribunal constitucional* nell'affrontare il giudizio in parola: il giudice costituzionale spagnolo ha, infatti, avuto cura di precisare puntualmente ed in via preventiva sia la complessità del tema oggetto di giudizio, sia, e soprattutto, l'autonomia dello stesso rispetto a qualsiasi valutazione diversa dalla legittimità costituzionale delle leggi. Tali precisazioni potrebbero suscitare un certo disorientamento in un giurista italiano, più abituato a confrontarsi con decisioni della Corte costituzionale sul medesimo tema piuttosto stringate, se non addirittura sfuggenti. Lo stupore non può che aumentare se ci si spinge a confrontare, senza gli opportuni *distinguo*, l'impianto argomentativo e motivazionale delle più significative decisioni rese dai due giudici costituzionali in materia: ancora una volta ci troveremmo dinanzi a sentenze spagnole lunghe, problematiche, accuratamente motivate, anche se non prive di punti oscuri, rispetto alle quali le pronunce della Corte costituzionale italiana appaiono decisamente scarse o ridotte all'essenziale<sup>5</sup>.

Pur essendo innegabile la diversa impostazione delle due Corti nell'approccio al medesimo tema, in questa sede ci proponiamo di dimostrare che la giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola sull'aborto non può essere opportunamente apprezzata nel suo complesso, né può essere correttamente comparata, senza tener conto di più fattori che hanno influito sulle decisioni dei giudici costituzionali.

In particolare, uno degli aspetti che ha inciso e continua ad influenzare gli orientamenti giurisprudenziali maturati sul tema è il differente modello di giustizia costituzionale vigente nei due Paesi, specie in ordine alle modalità di accesso al giudizio di legittimità delle leggi. Infatti, come si evidenzierà, l'impianto argomentativo delle decisioni in materia di aborto va necessariamente contestualizzato all'interno dello scenario politico-istituzionale in cui sono maturate.

Questa prospettiva di indagine – che rinvia e sottende alla delicatissima questione dei rapporti tra potere politico, giurisdizione costituzionale e legittimazione democratica –

<sup>4</sup> Per una panoramica della giurisprudenza delle Corti costituzionali europee sulla protezione giuridica dell'embrione, v. M. CASINI, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea*, Padova, 2001, 8 ss.

<sup>5</sup> Cfr. S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1974, 2101.

assume valore dirimente atteso che, per altri importanti aspetti, tra l'esperienza giurisprudenziale italiana e spagnola in materia di IVG è possibile rinvenire numerosi tratti di congiunzione<sup>6</sup>. Innanzitutto, ed al di là degli aspetti critici delle singole decisioni, va sicuramente riconosciuto alle Corti il merito di aver sempre evidenziato con particolare incisività l'eguale rilievo costituzionale delle istanze tanto del nascituro quanto della madre e di aver contribuito alla ricerca di un ragionevole bilanciamento degli stessi. Ciò va certamente ricondotto alle affinità dei valori e dei diritti costituzionali su cui si fondano le decisioni dei giudici, ma anche, e non di meno, alla tendenza generalizzata delle questioni bioetiche di oltrepassare i confini dei singoli ordinamenti giuridici<sup>7</sup>. Attorno alle problematiche biogiuridiche dell'aborto è possibile rinvenire emblematici casi di *cross-fertilization*, ovvero di continua osmosi e reciproca ibridazione tra gli ordinamenti, specie attraverso la giurisprudenza costituzionale.

Inoltre, tanto nell'esperienza italiana quanto in quella spagnola, va rimarcato il comune decisivo apporto dei giudici costituzionali nella concreta definizione del quadro normativo vigente in materia. Basti ricordare, per il momento, che in Italia, la vigente legge n. 194 del 1978, recante «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza» è stata preceduta dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975<sup>8</sup>, con la quale il giudice delle leggi ha per la prima volta enucleato i beni di rilievo costituzionale coinvolti nella vicenda abortiva sottolineando la necessità di un ragionevole bilanciamento tra le istanze in conflitto. Il che si concretizzava, secondo il giudice delle leggi, nel dovere per il legislatore di specificare le condizioni di grave danno o pericolo per la madre che giustificano il ricorso all'IVG e di predisporre «seri accertamenti» sulla sussistenza delle stesse. Su questa base, il Parlamento italiano ha approvato la citata e tuttora vigente legge n. 194 che consente l'IVG nei primi tre mesi di gestazione a condizione che la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comportino un serio pericolo per la salute fisica e psichica della donna (art. 4), in relazione al suo stato di salute, alle condizioni economiche, sociali e familiari, alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento e alla previsione di anomalie o malformazioni del feto; successivamente al termine dei 90 giorni, l'interruzione di gravidanza può essere praticata solo se sussistono gravi pericoli per la vita e la salute della donna determinati dalla prosecuzione della gravidanza o da processi patologici del feto (art. 6)<sup>9</sup>.

In Spagna, la prima riforma volta alla depenalizzazione dell'aborto, il disegno di legge organica del 1983 è stato oggetto di un giudizio previo di costituzionalità all'esito del quale il Tribunale costituzionale, con la sentenza n. 53 del 1985, citata in apertura, pur escludendo che la rinuncia alla sanzione penale nei casi espressamente previsti dal disegno di legge potesse integrare un vizio di costituzionalità, ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui il legislatore spagnolo non aveva previsto l'obbligatorio rilascio di un parere specialistico anche per il caso di aborto terapeutico. Di fatto, dopo tale decisione, - e seppure con le serie perplessità di cui si dirà - le *Cortes Generales* si sono allineate alle indicazioni del *Tribunal* prevedendo la non punibilità dell'aborto nei seguenti casi: gravidanza frutto di una violenza sessuale previamente denunciata; quando si presume che il feto abbia gravi malformazioni o tare psichiche sulla base di certificati

<sup>6</sup> In tal senso v. A. D'Aloia, *Introduzione. Il diritto alla vita: percorsi paralleli*, in Id. (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011, XI.

<sup>7</sup> Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 4; G. D'AMICO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale a confronto*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto*, Padova, 2009, 15.

<sup>8</sup> Sentenza 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, 117 ss.

<sup>9</sup> Per un commento sistematico di tale legge si v. M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, Padova, 1992.

rilasciati da due specialisti diversi da quello che praticherà l'aborto; se l'IVG è necessaria per evitare un grave pericolo per la vita o la salute della gestante e ciò risulta da un parere emesso da un medico specialista diverso da quello che praticherà l'aborto. Proprio la previsione obbligatoria di tale parere medico anche nel caso di aborto terapeutico costituisce l'esito principale dell'intervento giurisprudenziale del Tribunale costituzionale.

Ancor più di recente il Giudice delle leggi spagnolo è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge organica n. 2/2010, *Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, che, modificando l'impostazione della legge organica n. 9/1985, basata interamente sul sistema delle indicazioni, introduce il sistema dei termini per l'aborto su richiesta della madre (art. 14), mentre per l'aborto terapeutico ed eugenetico, accanto ai termini resta anche l'indicazione delle condizioni che legittimano la richiesta<sup>10</sup>. Certamente l'attesa pronuncia del giudice iberico costituirà, in ogni caso ed a prescindere dal concreto esito del giudizio, un ineludibile passaggio di cui tener conto nell'interpretazione e nell'applicazione del dato normativo vigente.

## 2. Le ragioni del comune, ma diverso, protagonismo giurisprudenziale

E' innegabile l'esistenza di una tendenza istituzionale comune alle Corti dei due Paesi a porsi quali interlocutori fondamentali del sistema politico e del corpo sociale, specie in ordine alla definizione giuridica di casi controversi<sup>11</sup>. Ciò induce ad interrogarci sulle ragioni di tale protagonismo giurisprudenziale, che solo in parte si ricollega alla naturale attitudine dei giudici, anche costituzionali, a risolvere casi concreti ed alla loro qualità di interpreti privilegiati, ma non esclusivi, della Carta costituzionale.

A ben vedere, la particolare delicatezza ed il rilievo che assumono le decisioni delle Corti costituzionali sulle questioni bioetiche è sì riconducibile all'intrinseca complessità di tematiche eticamente e scientificamente controverse, ma, non di meno, risente della tendenza, comune a molti ordinamenti giuridici contemporanei di cercare nelle pronunce dei giudici costituzionali una risposta univoca ed incontrovertibile su di terreno di scontro politico ed ideologico, che finisce per coinvolgere la stessa Costituzione, la sua interpretazione ed applicazione.

Se non si tenesse conto dell'altissima conflittualità politica, ideologica e sociale intrinseca ai procedimenti di elaborazione legislativa in materia, ma anche dell'incidenza sui giudizi stessi delle differenti modalità di accesso alle Corti, non solo si farebbe una 'cattiva' comparazione ma si potrebbe essere indotti a pensare che il giudice costituzionale italiano, a differenza dell'omologo spagnolo, abbia sottovalutato le istanze di tutela costituzionale della vita nascente<sup>12</sup> o, comunque, che al di là della correttezza delle proprie pronunce, sia stato poco attento a corredarle di un robusto e coerente impianto argomentativo.

In effetti, se si tiene opportunamente conto dei fattori anzidetti, ci si rende conto che la sentenza n. 27 del 75 della Corte costituzionale italiana e la n. 53 del 1985 del Tribunale costituzionale spagnolo non sono pienamente assimilabili per tanti aspetti. Tanto per cominciare, non si può tralasciare il fatto che la sentenza del 1985 del *Tribunal* è stata

<sup>10</sup> Per un'analisi complessiva delle novità introdotte dalla L.O. 2/2010, v. C. VIDAL PRADO, *La nueva ley del aborto ed Espana en el contexto europeo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., 172 ss.

<sup>11</sup> G. ROLLA, *I ricorsi preventivi di legittimità costituzionale in Spagna (a proposito della sentenza 11 aprile 1985 del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di aborto)*, in *Questione giustizia*, 1985, 691.

<sup>12</sup> In tal senso, M. CASINI, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea*, cit., 168 ss.

preceduta da importanti decisioni sul tema di altre corti costituzionali, di cui certamente il giudice spagnolo ha potuto tener conto. Né va sottovalutato che la decisione spagnola, di 10 anni più 'giovane' di quella italiana, è stata resa in un momento storico in cui il dibattito giuridico sull'aborto era certamente più maturo, sebbene tutt'altro che pacificato, e ciò soprattutto per l'avvio della riflessione sullo statuto giuridico dell'embrione in vista della regolamentazione della procreazione medicalmente assistita, che in Spagna, a differenza che in Italia, ha trovato una rapida risposta da parte del legislatore<sup>13</sup>.

Va inoltre considerata la profonda distanza tra le leggi oggetto del sindacato costituzionale: la sentenza n. 25/75 della Corte costituzionale italiana ha avuto ad oggetto l'art. 546 (in combinato disposto con l'art. 54) del C.P. italiano del 1930, che puniva l'aborto di donna consenziente, salvo il caso di necessità, catalogando tale reato tra i «Delitti contro l'integrità della stirpe». È noto che in tale decisione la Consulta, dopo aver tracciato la topografia del conflitto individuando gli interessi in gioco (tra cui «l'interesse costituzionalmente protetto relativo alla vita del concepito»), ha affermato che la legge non può accordare prevalenza totale ad assoluta ad uno di essi a discapito dell'altro, ma dovrà tener conto di ciascuno degli interessi in conflitto individuando una soluzione transattiva che sarà ragionevole soltanto se l'inevitabile compressione di uno dei beni in conflitto sia necessaria, sufficiente e proporzionata. Sulla base di queste premesse, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della disposizione impugnata nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta, oltre che per l'imminente pericolo di un danno grave alla gestante, anche «quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo grave, medicalmente accertato (...) e non altrimenti evitabile, per la salute della madre».

Senza dilungarci troppo sui passaggi di questa storica decisione va sottolineato che la Consulta è intervenuta su di una disposizione previgente alla Carta costituzionale del 1948, che accordava – per ragioni ideologiche ben comprensibili valutando la rubrica del C.P. del 1930 - prevalenza assoluta alla posizione giuridica del concepito, a scapito del diritto alla vita ed alla salute della madre.

Lapalissiana è la distanza tra questa disciplina, dichiarata incostituzionale nel 1975 e quella spagnola del 1983, che costituisce il primo grande tentativo del legislatore spagnolo di prefigurare un ragionevole bilanciamento dei beni costituzionali in conflitto.

È innegabile che, se confrontata con la sentenza n. 53/85 del Tribunale costituzionale spagnolo (ma ancor di più con la nota decisione del Tribunale Costituzionale Federale tedesco del 1993<sup>14</sup>), la decisione del 1975 della Corte costituzionale italiana appare decisamente 'stringata', ma non per questo confusa o errata, come è stata definita<sup>15</sup>. Riguardo alla delicatezza del tema trattato, che come si è detto il *Tribunal constitucional* non ha evitato di rilevare in termini particolarmente chiari, la Consulta si è limitata alla semplice menzione del fatto che l'aborto è «un problema grave, argomento di polemiche e di attività legislativa in diverse nazioni» e che la «configurazione di esso come ipotesi delittuosa ha risentito fortemente dell'evolversi del sentimento religioso, della filosofia morale, delle dottrine sociali, giuridiche, politiche e demografiche».

Indubbiamente la decisione è un po' scarna<sup>16</sup>, specie nella motivazione e cioè in quella parte della decisione in cui la dottrina rinviene il principale strumento attraverso il quale la

<sup>13</sup> Cfr. M. CASINI, *op.ult.cit.*, 272, la quale sottolinea l'influenza dei lavori della *Commission Palacios* (Commissione speciale di studio sulla fecondazione "in vitro" e l'inseminazione artificiale umana, istituita dal *Congreso de los Deputados* nel 1984) sulla riforma della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza.

<sup>14</sup> Su cui si rinvia a M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

<sup>15</sup> R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1975, 540.

<sup>16</sup> C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1975, 1102.

Corte può persuadere della bontà del suo lavoro<sup>17</sup>. E probabilmente proprio la laconicità della motivazione ha spianato la strada a letture fortemente critiche della decisione<sup>18</sup> ed, in particolare, di quella parte in cui la Consulta afferma che «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». Questo passaggio è spesso richiamato con una decisa carica polemica la quale, a nostro avviso, non tiene in debito conto che il *proprium* del sindacato attorno al ragionevole bilanciamento di interessi comporta necessariamente la fissazione, da parte della Corte, di un ordine di precedenza tra gli interessi in competizione, dove uno di essi subirà inevitabilmente una postergazione, che, pur non sacrificandone il contenuto essenziale, dovrà essere sufficiente e proporzionata<sup>19</sup>.

Ma soprattutto, oltre alle circostanze anzidette, che hanno influito non poco sulla diversa impostazione dei due giudici costituzionali, vi è un altro aspetto che rimarca la distanza tra i giudizi richiamati e contribuisce a giustificare l'attenzione prestata dal *Tribunal constitucional* nel puntualizzare preliminarmente l'imparzialità e l'obiettività del proprio giudizio: la sentenza n. 53/85 è stata resa all'esito di un giudizio preventivo di legittimità costituzionale introdotto dal *recurso previo* presentato dal gruppo di *Alianza Popular* avverso il disegno di legge organica approvato dalle *Cortes* il 30 novembre 1983 su iniziativa del governo socialista Gonzales<sup>20</sup>. L'istituto del *recurso previo de inconstitucionalidad* - introdotto nel silenzio della Costituzione del 1978 dall'art. 79 della LOTC n. 2/1979, allo scopo di fornire alla maggioranza governativa uno strumento per sospendere l'entrata in vigore degli statuti di autonomia - è stato da sempre oggetto di vivaci contestazioni: oltre ai possibili effetti distorsivi sul procedimento legislativo parlamentare, è stato rimarcato che l'utilizzo sistematico del *recurso previo* da parte delle minoranze parlamentari avrebbe determinato ricadute negative sul ruolo del *Tribunal* nei suoi rapporti con le *Cortes*<sup>21</sup>.

Sotto questo profilo, la sentenza n. 53 del 1985 acquisisce un significato emblematico<sup>22</sup> in quanto da questa vicenda processuale è possibile evincere con nitidezza la delicatezza dei problemi istituzionali derivanti dall'attivazione di un ricorso preventivo di costituzionalità. Le decisioni rese all'esito di tali giudizi non dispiegano efficacia *erga omnes*, ma inibiscono soltanto al Parlamento di pubblicare, nel medesimo testo, il progetto di legge organica dichiarato incostituzionale. Di ciò il *Tribunal constitucional* ha avuto contezza, avendo precisato che «il legislatore può ovviamente adottare qualunque altra soluzione nel quadro costituzionale» (F.J. n. 12); tuttavia i sei giudici che hanno sottoscritto la sentenza (con il determinante voto favorevole del Presidente) hanno ritenuto di dover interpretare l'art. 79.4b della legge organica n. 2/79 nel senso che al Tribunale costituzionale spetta anche il compito di «indicare le modifiche che, a suo giudizio e senza escluderne altre possibili, permetteranno la prosecuzione del procedimento da parte dell'organo competente» (F.J. n. 12). Ed infatti il *Tribunal*, lungi dal limitarsi a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate ha "invitato" il legislatore ad estendere anche all'aborto terapeutico la garanzia procedimentale rappresentata dalla

<sup>17</sup> V., per tutti, E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, 79-80.

<sup>18</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. Volpi (a cura di), *Le biotecnologie certezze e interrogativi*, Bologna, 2001, 16 ss.

<sup>19</sup> Sul sindacato della Corte costituzionale sul bilanciamento dei valori, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, in part. 302.

<sup>20</sup> Pertanto, il giudice costituzionale spagnolo si è pronunciato su di una normativa non ancora entrata in vigore in virtù della sospensione dell'*iter* legislativo determinata dalla presentazione del ricorso preventivo di incostituzionalità.

<sup>21</sup> G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, 182; . PEREZ ROYO, *Cronica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes organicas*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1986, 158 ss.

<sup>22</sup> Cfr. G. ROLLA, *I ricorsi preventivi di legittimità costituzionale in Spagna*, cit., 692.

necessaria consulenza di un medico specialista prevista, nell'originario disegno di legge, per il solo aborto eugenetico. Come è stato rilevato in dottrina<sup>23</sup>, le indicazioni sulla concreta regolamentazione del procedimento abortivo fornite dal Tribunale costituzionale al Legislatore erano tutt'altro che 'suggerimenti', costituendo parte integrante del dispositivo, in cui si dichiarava che il d.d.l.org. impugnato è costituzionalmente illegittimo, non a causa dei presupposti per i quali non è punibile l'aborto, ma perché nella sua regolamentazione sono disattese esigenze costituzionali derivanti dall'art. 15 della Costituzione che perciò risulta violato «*en los términos y con le alcance que se expresas en el Fundamento Jurídico decimosegundo de la presente sentencia*». In altre parole, per il giudice costituzionale spagnolo, il disegno di legge è incostituzionale nella parte in cui non prevede il previo parere medico anche per l'aborto terapeutico, come richiederebbe, sempre secondo il giudice spagnolo, l'art. 15 della Costituzione iberica che garantisce il diritto alla vita. Volendo utilizzare una terminologia a noi familiare potremmo dire che si tratta del tipico dispositivo di una sentenza additiva, che, però, come riconosce lo stesso Tribunale costituzionale, non è "a rime obbligate"<sup>24</sup> perché l'addizione prospettata dal giudice costituzionale rappresenta soltanto una delle possibili soluzioni normative conformi a Costituzione<sup>25</sup>.

Senza voler insistere troppo nell'assimilazione tra i modelli decisionali delle due Corti - pur maturata nell'esperienza giurisprudenziale dei due Paesi<sup>26</sup>- l'attenta disamina delle vicende sottese alla decisione n. 53/1985 consente di sostenere che in quella decisione il *Tribunal* non ha affrontato solamente la problematica del diritto alla vita, ma ha anche preso posizione sul proprio ruolo nel giudizio preventivo di costituzionalità<sup>27</sup>, registrando a tal riguardo il dissenso di alcuni giudici costituzionali<sup>28</sup>.

Più in generale, la specifica vicenda processuale qui esaminata conferma quanto da più parti autorevolmente sostenuto e cioè lo stretto legame tra il 'discorso' delle Corti e il loro 'uditorio'<sup>29</sup>. Il cd. "contesto di decisione o di invenzione" di un giudice costituzionale non si presta ad essere facilmente ricondotto allo schema del sillogismo giudiziale, specie se si tiene conto della "eccedenza di contenuto deontologico"<sup>30</sup> di cui sono dotate le norme costituzionali. Tuttavia, le decisioni dei giudici, compreso quello costituzionale, non possono neppure essere fondate solo su motivi personali oppure su condizionamenti istituzionali, sociali, psicologici, etc. Ed in questo senso le premesse della motivazione della sentenza del 1985 del *Tribunal constitucional*, di cui si è detto in apertura, sono emblematiche: il giudice costituzionale spagnolo era ben conscio del fatto di dover esibire gli argomenti addotti a fondamento della propria decisione (il cd. "contesto di giustificazione o validazione") ad un vasto uditorio, fortemente spaccato, su di un tema altamente conflittuale come quello dell'IVG.

<sup>23</sup> G. ROLLA, *I ricorsi preventivi di legittimità costituzionale in Spagna*, cit., 698.

<sup>24</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 402 ss.

<sup>25</sup> M. REVENGA SÁNCHEZ, *Al hilo de los 25 años de control (en abstracto) de la constitucionalidad de la ley: la declinante fuerza del Recurso de Inconstitucionalidad*, in M. Revenga, E. Pajares, J. Rodríguez-Drincourt (coords.), *50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años de Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2007, 27.

<sup>26</sup> Cfr. M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *El Tribunal Constitucional*, in F. Balaguer Callejón (coord.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 2008, 311.

<sup>27</sup> E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho constitucional*, I, Madrid, 1999, 326.

<sup>28</sup> Ben sei giudici, tra cui F. Rubio Llorente, A. Latorre Segura, M. Díez de Velasco Vellajo, a giudizio dei quali « (...) No podemos compartir la opinión expresada en la Sentencia de que el art. 79.4b de la LOTC autoriza este Tribunal constitucional a indicar las modificaciones que, a su juicio, permitan la prosecución de la tramitación del proyecto de Ley por el órgano competente que, sin duda, son las Cortes generales. Tal interpretación debe ser rechazada, ya que conduce a la inaceptable conclusión de que ste Tribunal constitucional puede actuar como legislador positivo, en contra de la naturaleza propia de su función».

<sup>29</sup> V. per tutti L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007, 159 ss.

<sup>30</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 362.

Quando furono notificate alle *Cortes*, il giorno stesso della loro pronuncia, il dispositivo ed il F.J. n. 12, la decisione del *Tribunal* venne accolta come una (parziale) sconfitta del Governo Gonzales ed in generale delle istanze più progressiste della società spagnola e come una (parziale) vittoria di *Alianza Popular* e dell'opinione pubblica cattolica<sup>31</sup>. Forse anche per questa ragione la "parte più famosa" della citata sentenza è quella in cui il giudice costituzionale, mosso dall'intento di salvaguardare le istanze della vita nascente e spintosi a verificare la configurazione di un adeguato procedimento discorsivo<sup>32</sup>, ha invitato il legislatore ad estendere la consulenza specialistica obbligatoria di un medico anche per l'aborto terapeutico. Tuttavia, la decisione in parola presenta altri aspetti di grande interesse, oltre che di attualità, che probabilmente sono stati in parte sottovalutati perché venuti alla luce solo a seguito della pubblicazione integrale della sentenza. Innanzitutto, specie dalla lettura di quella parte della decisione in cui si affronta il problema fondamentale e basilare della tutela costituzionale del nascituro, si può evincere che il giudice costituzionale non si è affatto allineato alle posizioni cattoliche caldegiate dal gruppo di *Alianza Popular*. Il *Tribunal constitucional* ha affermato (F.J. n. 5) che il nascituro non è titolare del diritto alla vita garantito dall'art. 15 della Costituzione iberica, ma comunque la sua vita è un bene costituzionalmente protetto. In questo passaggio è evidente l'assonanza con la sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale italiana, in cui si parla di una persona *in fieri*, con proprie peculiari caratteristiche, ma pur meritevole della tutela costituzionale offerta dall'art. 2 della Carta costituzionale italiana. La distanza tra le due decisioni è invece piuttosto evidente – anche se giustificabile sulla base dei fattori anzidetti – relativamente all'attenzione rivolta dal Tribunale costituzionale spagnolo nei confronti di altre fondamentali questioni che vengono in rilievo nella drammatica vicenda abortiva, a cominciare dall'adeguatezza della sanzione penale, a quel tempo fortemente discussa, fino ad arrivare a questioni di estrema attualità come il ruolo dei pubblici poteri nella salvaguardia dei diritti fondamentali in uno Stato sociale di diritto ed il valore giuridico fondamentale della dignità umana, che, con riguardo alla speciale condizione femminile, si concretizza nel diritto all'autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita, anche nell'ambito della maternità; diritto che lo Stato deve rispettare e alla cui effettività deve contribuire all'interno dei limiti imposti dall'esigenza di salvaguardare altri diritti e beni ugualmente riconosciuti dalla Costituzione (F. J. n. 8).

### **3. La legge n. 194 del 1978 al vaglio della Corte costituzionale italiana**

Quanto sinora criticamente osservato non deve indurre a pensare che, diversamente da quanto accaduto in Spagna, quando nel 1975 la Corte costituzionale italiana si è pronunciata in materia di IVG si sia rivolta ad un uditorio avente idee condivise sul tema. Tutt'altro. È noto quanto il conflitto ideologico, prima che politico, sull'aborto fosse particolarmente acceso negli anni '70 in Italia, tuttavia ci sembra che, sul piano propriamente istituzionale, il clima si sia 'infuocato' dopo la decisione della Corte del 1975 ed, in particolare, nella fase di discussione parlamentare della legge n. 194 e nei successivi movimenti referendari e riformisti.

Tralasciando la necessità di un ragionevole bilanciamento tra i beni costituzionali in conflitto, tra i quali il diritto alla salute della madre, costantemente richiamato nella giurisprudenza costituzionale assieme al diritto alla vita del nascituro, si è ripetutamente

<sup>31</sup> S. MANZIN MAESTRELLI, *Difesa della vita e «autodeterminazione» della donna nella giurisprudenza costituzionale spagnola in materia di aborto*, in *Foro it.*, IV, 1985, 298.

<sup>32</sup> Sulle virtù del modello discorsivo, come quello adottato in Germania, che vede nella consulenza il momento centrale del procedimento abortivo, si veda soprattutto M. D'AMICO *Donna e aborto nella Germania riunificata*, cit., 50 ss.

contestata l'impostazione della legge n. 194<sup>33</sup>, specie per quanto concerne la possibilità della donna di richiedere l'IVG nei primi tre mesi della gestazione senza che sia previsto alcun accertamento sulla sussistenza dei presupposti, decisamente ampi, che legittimano l'aborto. Tra le variegate vicende giudiziali in cui si è messa in dubbio la compatibilità costituzionale della legge n. 194 può essere tracciato un filo rosso che unisce le pur diverse fattispecie concrete: oggetto di contestazione non è tanto la mancata predisposizione da parte della legge n. 194 di un efficace e necessario procedimento dialogico - in cui la madre possa maturare responsabilmente e coscientemente la dolorosa decisione di interrompere la gravidanza o di desistere da tale intento, facendo affidamento sul sostegno di soggetti pubblici e privati - quanto, piuttosto, sembra volersi confutare la stessa capacità della donna di assumere autonomamente una decisione, senza il decisivo apporto "codecisionale" di un medico, del giudice tutelare o del padre del concepito, chiamati, ciascuno in base alle proprie competenze e in nome di distinti interessi, a verificare seriamente, a controllare ed a partecipare a vario titolo alla formazione della decisione finale<sup>34</sup>.

Basti ricordare, a tal proposito, le numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate su diverse disposizioni della legge n. 194 nelle quali, pur richiamandosi esplicitamente la sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale, si è tentato di ribaltarne la prospettiva, contestando sostanzialmente la scelta compromissoria del legislatore del 1978.

Nonostante i malcelati tentativi di coinvolgere la Corte in una vera e propria «guerra dei valori»<sup>35</sup>, il giudice delle leggi ha mostrato un atteggiamento di forte equilibrio e di estrema consapevolezza del proprio ruolo istituzionale, come si deduce dalla complessiva analisi della propria giurisprudenza, la quale comprende oltre che decisioni rese all'esito di giudizi incidentali di legittimità costituzionale, anche sentenze pronunciate in occasione dei giudizi di ammissibilità dei referendum abrogativi sulla legge n. 194.

Quanto alle prime, si deve anzitutto osservare che la Corte ha pronunciato sempre decisioni processuali, vuoi per il difetto del requisito della rilevanza della questione, vuoi per il limite dell'insindacabilità delle scelte discrezionali del legislatore.

Sebbene in alcuni casi, diversi ma collegati a quelli qui trattati, la Corte costituzionale ha preferito «non decidere»<sup>36</sup> su questioni eticamente controverse (il riferimento è all'ordinanza n. 369 del 2006 sulla diagnosi preimpianto nel procedimento di procreazione medicalmente assistita<sup>37</sup>) - riteniamo che nei diversi giudizi in cui la legge n. 194 del 1978

<sup>33</sup> O addirittura si sarebbe avviato un vero e proprio «sabotaggio» della legge n. 194 ovvero un «depotenziamento e svuotamento sostanziale» della stessa, attraverso le dimensioni ormai ciclopiche assunte dall'obiezione di coscienza del personale sanitario, la conseguente elusione dell'obbligo di assicurare nei tempi dovuti gli interventi, l'inaccessibilità dell'aborto farmacologico e, sul piano politico-culturale, la violenta criminalizzazione/vittimizzazione delle donne che decidono di abortire. In tal senso, v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 141 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli 2009, III, 823.

<sup>34</sup> P. VERONESI, *op.ult.cit.*, 119 ss.

<sup>35</sup> P. VERONESI, *op.ult.cit.*, 112.

<sup>36</sup> Così A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3846 ss.; A. MORELLI, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quad. cost.*, 2007, 154 ss.

<sup>37</sup> In *Giur. cost.*, 2006, 3831 ss., con note di C. CASINI, M. CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, *ivi*, 3837 ss.; A. CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, *cit.*; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, *ivi*, 3849 ss.; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ivi*, 3859 ss. Si v. anche L. CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle*

è stata sottoposta al vaglio della Consulta, quest'ultima abbia assunto un atteggiamento non soltanto giuridicamente corretto<sup>38</sup>, ma anche opportuno.

Subito dopo l'entrata in vigore della legge n. 194, si sono susseguite una lunga serie di ordinanze di rimessione alla Corte in cui i giudici *a quibus* hanno dubitato della legittimità costituzionale degli art. 4 e 5 della legge nella parte in cui non sono previsti specifici controlli medico-sanitari volti ad accertare l'effettiva esistenza di un danno (grave, come si ricava dalla sent. n. 27/75) sulla salute della madre, come, a loro avviso, avrebbero richiesto le norme costituzionali poste a salvaguardia della vita del concepito. Con la sentenza n. 108 del 1981<sup>39</sup>, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità di tutte le questioni sollevate e ad imporre tale conclusione è stato, in alcuni casi, l'assoluto difetto della rilevanza della questione o la mancata motivazione della stessa non avendo i giudici *a quibus* nemmeno dimostrato l'applicabilità nel processo in corso delle norme sospettate di incostituzionalità come richiesto dalla necessaria e motivata rilevanza della questione in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale; in altri casi, a precludere l'esame nel merito, è stato il principio di legalità e di irretroattività della legge penale sanciti al secondo comma dell'art. 25 della Carta costituzionale. Ed infatti, poiché tali questioni di costituzionalità degli art. 4 e 5 della legge n. 194 erano state sollevate nel corso di processi penali per aborti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 194/78 in cui il giudice era chiamato ad accertare la sussistenza delle condizioni di pericolo per la salute della madre che rendono non punibile l'aborto (ex art. 22, co. 3), un'eventuale declaratoria di incostituzionalità fondata sui motivi di ordine costituzionale adottati dai rimettenti avrebbe implicato l'insorgenza di una nuova norma incriminatrice, la cui creazione è appunto riservata al solo legislatore.

Una volta preclusa, in forza del principio di legalità e di irretroattività della legge penale, la possibilità di veder accolta una questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 e 5 della legge n. 194 sollevata nel corso un processo penale, la via processuale di contestazione delle disposizioni in parola si è spostata all'interno della procedura civilistica dell'aborto delle minorenni, che, ai sensi dell'art. 12, vede l'intervento del giudice tutelare in caso di mancato assenso, rifiuto o mancata consultazione degli esercenti la patria potestà. A fronte delle numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici tutelari avverso le norme della legge n. 194 che fissano i presupposti della IVG, la Consulta ha nuovamente risposto con decisioni di manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza. Nonostante si tratti ancora una volta di decisioni processuali, queste sono state fondate su argomentazioni molto solide che finiscono per toccare il "cuore della legge": l'inammissibilità delle questioni anzidette deriva infatti da un'attenta valutazione della Corte circa la natura del potere autorizzatorio del giudice tutelare che, diversamente da quanto prospettato dai rimettenti, deve rimanere estraneo «alla procedura di riscontro dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica»<sup>40</sup>, non potendosi configurare un «potere di co-decisione» del giudice tutelare, previsto soltanto a garanzia della consapevolezza nella minore dei beni di rilievo costituzionale coinvolti, della loro valutazione e ponderazione<sup>41</sup>.

Attesa l'estrema chiarezza della posizione della Corte, la cui impostazione sul punto non è mai stata smentita, ma anzi ribadita con forza in più occasioni<sup>42</sup>, non possono che lasciare

---

della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile, in *Giur. Cost.*, 2006, 4714.

<sup>38</sup> *Contra* M. CASINI, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea*, cit., 137.

<sup>39</sup> In *Giur. cost.*, 1981, 908 ss.

<sup>40</sup> *Ex pluris* sentenza n. 196 del 1987, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>41</sup> Ordinanza n. 76 del 1996.

<sup>42</sup> V., tra le tante, ordinanze n. 463 del 1988; n. 293 del 1993; n. 514 del 2002.

stupiti alcuni recenti episodi che confermano il clima di contrapposizione ideologica di cui si è appena detto. Nel corso dell'Indagine conoscitiva sulla legge n. 194, svolta dalla Commissione Affari sociali della Camera dei deputati nel corso della XIV legislatura, sono state riscontrate ancora significative divergenze applicative nel rilascio da parte del giudice tutelare dell'autorizzazione all'IVG della minore: infatti, «alcuni giudici ritengono di dover entrare nel merito delle motivazioni addotte dalla minore e approfondire il caso, mentre altri giudici ritengono corretto soltanto un sostegno volto ad integrare la volontà non del tutto formata, limitandosi ad accertare che la scelta di procedere all'interruzione della gravidanza sia stata presa dalla donna liberamente, senza coercizioni morali»<sup>43</sup>.

Appare pertanto evidente che alcuni giudici tutelari vogliono deliberatamente ignorare la giurisprudenza costituzionale sull'aborto della minore, la cui disciplina, non a caso, è stata recentemente sottoposta ancora una volta al vaglio della Consulta, facendo leva sulla "novità" rappresentata dalla sentenza della Corte di Giustizia del 18 ottobre 2011<sup>44</sup>, in cui il giudice di Lussemburgo si è espresso a favore di un'ampia tutela dell'embrione umano fin dalla fase della fecondazione, vietando la brevettabilità delle invenzioni recanti lo sfruttamento a fini industriali-commerciali o la distruzione degli embrioni umani.

Tenuto conto di quanto sinora osservato non stupisce affatto che, anche in quest'ultimo caso, la Consulta abbia pronunciato una decisione processuale di manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza della questione (ordinanza n. 196 del 2012), in quanto, diversamente, per entrare nel merito della questione sollevata dal giudice tutelare del Tribunale di Spoleto, la Corte avrebbe dovuto 'smontare' completamente i propri precedenti sulla natura del provvedimento di autorizzazione del giudice tutelare, con tutte le conseguenze che ne sarebbero discese in ordine alla tenuta complessiva della legge n. 194; senza contare che, entrando nel merito, il giudice costituzionale, se avesse ritenuto conferente ai fini del giudizio *de quo* il *dictum* della Corte di Giustizia, avrebbe dovuto affrontare anche la delicatissima questione dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario sul tema della tutela dell'embrione umano<sup>45</sup>.

Non solo la Corte ha confermato i propri precedenti, ma nell'ordinanza n. 126 del 2012, di poco precedente quella n. 196 appena citata, il giudice costituzionale ha colto l'occasione per richiamare i giudici tutelari sull'improprio e scorretto utilizzo dell'incidente di costituzionalità «che, interrompendo la necessaria e naturale speditezza della procedura, di fatto vanifica l'istanza di tutela del diritto fondamentale alla salute psico-fisica della

<sup>43</sup> Par. 4.6 del Documento conclusivo.

<sup>44</sup> Causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V.* Il giudice di Lussemburgo, chiamato a pronunciarsi sull'interpretazione della direttiva 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, ha preliminarmente precisato che la nozione di «embrione umano», di cui all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva costituisce un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalla diversità dei loro valori e delle loro tradizioni. Con il rinvio pregiudiziale, la Corte non è chiamata ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi a fornire un'interpretazione delle disposizioni della direttiva 98/44/CE, tenuto conto del contesto in cui essi sono utilizzate e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui esse fanno parte (punto 30). In questo senso, la Corte rileva che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato. In questo contesto si accede ad una nozione ampia di «embrione umano», tale da includervi l'«ovulo umano fin dalla fecondazione», ma anche l'«ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura» e «qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi».

A commento della decisione, si v. V. ALTAMORE, *La tutela dell'embrione, tra interpretazione giudiziale e sviluppi della ricerca scientifica, in una recente sentenza della Corte di Giustizia europea (C-34/10, Oliver Brüstle contro Greenpeace e V.)*, in questa *Rivista*, 2 dicembre 2011; P.I. D'ANDREA, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali*, in questa *Rivista*, 10 luglio 2012.

<sup>45</sup> Cfr. S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, in *www.giurcost.org*, 25-26.

minore gestante, oggetto primario delle garanzie approntate dalla legge n. 194 del 1978» e ciò «non già per pervenire alla soluzione di un problema pregiudiziale rispetto alla definizione della richiesta, quanto piuttosto al fine di tentare di ottenere dalla Corte un avallo interpretativo».

Queste puntualizzazioni rinviano, tra l'altro, ad un'altra spinosa questione di cui la Corte si in passato occupata, e cioè quella della (mancata previsione nella legge n. 194) dell'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento abortivo. Alla luce della giurisprudenza costituzionale sul punto<sup>46</sup>, appare evidente che, quando i giudici tutelari sollevano una questione di legittimità costituzionale nel corso del procedimento di cui all'art. 12 della legge n. 194, finiscono impropriamente (o meglio, illegittimamente) per sollevare obiezione di coscienza, in quanto di fatto impediscono alla minore di praticare l'IVG, o comunque la inducono a percorrere strade da ella non volute come il coinvolgimento dei genitori o addirittura il ricorso all'aborto clandestino<sup>47</sup>.

In altre parole, sembrerebbe che il passaggio più contestato della giurisprudenza costituzionale italiana sull'IVG sia quello in cui la Corte ha precisato che «il legislatore ha inteso lasciare – secondo una valutazione politico-legislativa insindacabile – alla responsabilità finale della donna la decisione di abortire»<sup>48</sup>. Infatti tale motivazione è stata adottata dalla Consulta per respingere le censure sollevate anche in riferimento al mancato coinvolgimento del padre nella decisione sull'aborto. A giudizio della Corte, la scelta del legislatore di rimettere alla sola donna la decisione sull'IVG costituisce una valutazione politico-legislativa insindacabile, ma comunque non irrazionale tenuto conto della incidenza prevalente, se non esclusiva, della gravidanza sulla salute sia fisica che psichica della donna<sup>49</sup>.

Se dunque le peculiari caratteristiche del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi ed, in particolare, il requisito della rilevanza della questione, hanno rappresentato un ostacolo per un sindacato più penetrante della Consulta sulla legge n. 194, si rivelano particolarmente significative le decisioni sull'ammissibilità dei referendum abrogativi sulla legge n. 194, con le quali la Corte, pur non essendo stata chiamata sindacare la conformità a Costituzione di tale normativa, ha compiuto una valutazione strettamente strumentale al giudizio di ammissibilità e cioè la riconduzione o meno dell'oggetto del referendum al novero delle disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, sottratte come tali all'abrogazione referendaria.

Le sentenze nn. 26 del 1981 e 35 del 1997 presentano aspetti di profonda significanza, in quanto, pur se rese nell'ambito di un giudizio di ammissibilità, hanno offerto alla Corte l'occasione per rapportare alcuni disposti della legge n. 194 (in particolare, il regime procedimentale ivi scandito) ai valori costituzionali facenti capo al nascituro ed alla madre<sup>50</sup>.

Non è possibile ripercorre i tanti rilevanti passaggi di queste decisioni, tuttavia, ai limitati fini della nostra indagine, è opportuno sottolineare che specie queste sentenze sono maturate in un contesto fortemente conflittuale, dove, a seconda dei casi, i comitati

<sup>46</sup> V. ordinanza n. 176 del 1996, cit., su cui E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro it.*, 1988, I, 759 ss.

<sup>47</sup> Così P. VERONESI, *op.ult.cit.*, 123.

<sup>48</sup> Ex pluris ordinanza n. 176 del 1996.

<sup>49</sup> Ordinanza n. 389 del 1988, in *Giur. Cost.*, 1988, 1712 ss., con note di D. VINCENZI AMATO, *Famiglia, maternità e paternità nella disciplina dell'aborto*, *ivi*, 1714 ss.; J. LUTHER, *Le vie del padre non sono finite*, *ivi*, 1721 ss.

<sup>50</sup> Per un'analisi più approfondita sia consentito rinviare a R. FATTIBENE, M.P. IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in R. Prodomo (a cura di), *La nascita. I mille volti di un'idea*, Torino, 2006, 224 ss.

promotori sostenevano l'esigenza di modificare la disciplina del 1978 ma in senso "unidirezionale": o rafforzando le garanzie del concepito, o quelle della madre. Ebbene, anche in queste occasioni «la Corte ha avuto modo non solo di "calibrare la bilancia", bensì anche di verificarne la costante caratura»<sup>51</sup>. Si pensi alla decisa carica oppositiva manifestata apertamente, anche nei riguardi della giurisprudenza costituzionale, dal comitato promotore del referendum cd. massimale del 1981<sup>52</sup>. A fronte di una richiesta volta sostanzialmente a ripristinare la disciplina del C.P. del 1930, il Giudice dell'ammissibilità controbatte che la disciplina dell'aborto terapeutico di cui all'art. 6 della legge n. 194 dà attuazione all'art. 32, co. 1, Cost., in quanto tutela non soltanto la vita, ma anche la salute della madre e tale disposto «non può essere ricondotto ad una scelta discrezionale del legislatore ordinario, ma rappresenta nel suo contenuto essenziale una norma costituzionalmente imposta dall'art. 32», come tale sottratta al referendum abrogativo.

Medesime considerazioni, facenti perno sulla categoria (invero piuttosto ondivaga<sup>53</sup> e non priva di incertezze<sup>54</sup>) delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, sono state espresse nella sentenza n. 35 del 1997 avente ad oggetto, però, una richiesta referendaria analoga a quella radicale ammessa con la sentenza n. 26/81 e sostanzialmente volta al primario obiettivo di liberalizzare l'aborto, eliminando i procedimenti e controlli amministrativi nonché le connesse fattispecie incriminatrici previste in diverse disposizioni della legge n. 194. Motivando il diverso orientamento rispetto alla decisione del 1981, con la sentenza n. 35 del 1997 la Corte ha dichiarato inammissibile la suddetta richiesta di referendum, evidenziando che la legge n. 194/78 ha cercato di assicurare, contemperando diverse esigenze, una «tutela minima di interessi ritenuti fondamentali dalla Costituzione»<sup>55</sup>, ovvero il diritto del concepito alla vita e la tutela della maternità, iscritta tra gli impegni fondamentali dello Stato. E, pertanto, l'abrogazione tramite referendum di alcuni disposti di tale legge non è ammissibile in quanto verrebbe meno la «tutela minima per le situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»<sup>56</sup>.

Dalla lettura complessiva della giurisprudenza costituzionale italiana in tema di IVG è possibile, pertanto, desumere che la Corte ha costantemente e tenacemente salvaguardato il delicato equilibrio tra gli interessi costituzionali coinvolti nella vicenda abortiva, senza trascurare di preservare il contenuto essenziale di ciascuno di essi, che mai potrebbe essere sacrificato nell'operazione di bilanciamento. Seppur con i limiti derivanti dalla peculiarità dei casi concreti sottoposti al suo vaglio e dalla natura dei giudizi in cui è stata chiamata a confrontarsi con la scelta del legislatore del 1978, la Consulta non si è mai sottratta al proprio compito di garante della rigidità costituzionale, anche se talvolta con decisioni piuttosto stringate e particolarmente caute rispetto alla possibilità di invadere un campo non soltanto riservato all'organo rappresentativo, ma ulteriormente complessificato dall'assenza di una generale condivisione sull'impostazione di fondo della delicata fattispecie abortiva.

<sup>51</sup> P. VERONESI, *op.ult.cit.*, 130.

<sup>52</sup> A conferma di quanto detto, basti ricordare l'atteggiamento profondamente contraddittorio manifestato dal Comitato promotore del referendum cd. massimale del "Movimento per la vita" che, nella relativa memoria, da un lato, eccipisce l'inammissibilità del referendum radicale in quanto lederebbe il fondamento costituzionale della tutela del concepito, già riconosciuto dalla Corte nella sentenza n. 27/75, dall'altro, nel sostenere l'ammissibilità della propria richiesta massimale, sollecita la Corte a cogliere occasione per rivedere gli assunti della sentenza n. 27/75.

<sup>53</sup> S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in questa *Rivista*, 19 aprile 2005.

<sup>54</sup> Come evidenziato da M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale*, in *Giur. It.*, 1997, I, 351-352.

<sup>55</sup> Punto 3 del Considerato in diritto.

<sup>56</sup> Punto 2 del Considerato in diritto.

Certo non si può negare che, diversamente da quanto accaduto in Spagna, la Corte non si è mai spinta a verificare in concreto se la regolamentazione contenuta nella legge n. 194 rappresenti una garanzia adeguata e non soltanto minima dei beni costituzionali in conflitto; è noto, del resto, che tale legge non è esente da rilievi critici, specie in ordine all'eccessiva, ma voluta, duttilità della disciplina sostanziale e procedurale ivi scandita<sup>57</sup>. Tuttavia, ciò che distanzia significativamente l'esperienza giurisprudenziale italiana e spagnola sul tema e, in qualche senso, giustifica la diversa impostazione delle Corti, è non soltanto la specificità delle disposizioni di volta in volta sottoposte al vaglio dei giudici costituzionali, ma anche, e non di meno, il fatto che il modello di controllo di costituzionalità delle leggi accolto in Italia è fondamentalmente un modello concreto.

#### **4. La recente esperienza spagnola in materia di regolazione dell'aborto: "maggioranza che trovi, legge che vuoi" e ricorsi delle minoranze parlamentari al *Tribunal constitucional***

Di quest'ultimo aspetto bisogna necessariamente tener conto, non soltanto al fine di confrontare correttamente la giurisprudenza italiana e spagnola sino ad oggi maturata sul tema, ma anche per avanzare alcune considerazioni sulla più recente esperienza spagnola ed, in particolare, sul giudizio di legittimità costituzionale, a tutt'oggi pendente, sulla legge organica n. 2 del 2010, che ha sostanzialmente modificato la regolamentazione dell'aborto.

Non è questa la sede per approfondire i controversi contenuti di questa recente disciplina, tuttavia, in linea di continuità con quanto sinora criticamente osservato, bisogna sottolineare che tale legge organica, nata dall'iniziativa del Governo Zapatero, è stata oggetto di fortissime contestazioni già nella fase della sua approvazione, durante la quale il Partito popolare aveva preannunciato di avvalersi del *recurso de inconstitucionalidad* entro i tre mesi dall'approvazione definitiva della legge organica<sup>58</sup>. È bene precisare che tale tipo di ricorso dà vita ad un controllo di legittimità costituzionale di tipo successivo, a differenza di quanto accadeva tramite la presentazione di un ricorso previo di incostituzionalità, operante in Spagna fino al 1985 ed eliminato proprio poco dopo l'approvazione della legge organica sull'aborto<sup>59</sup>, che fu appunto oggetto di un controllo preventivo di legittimità. Anzi, come si è visto, la vicenda della regolazione dell'aborto si è rivelata emblematica di un possibile uso distorto di tale controllo preventivo, che, nel corso della pur breve esperienza spagnola, ha dato luogo non solo a delicate questioni istituzionali tra *Tribunal* e *Cortes*, ma soprattutto si è trasformato in un improprio strumento ostruzionistico delle minoranze parlamentari, ed in particolare di *Alianza Popular*, per rinviare l'entrata in vigore di leggi organiche fortemente sostenute dalla maggioranza parlamentare.

Attualmente nel sistema spagnolo di giustizia costituzionale esistono due tipi di controllo di costituzionalità delle leggi: uno astratto, introdotto direttamente tramite il *recurso de inconstitucionalidad* ed un altro concreto, sollevato in via incidentale attraverso la *cuestión de inconstitucionalidad*. Nonostante la comune affinità del *recurso* e della *cuestión*,

<sup>57</sup> Cfr. L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 133 ss.

<sup>58</sup> I soggetti legittimati ad interporre un *recurso de inconstitucionalidad* sono il Presidente del Governo; il *Defensor del Pueblo*, cinquanta deputati e cinquanta senatori, gli organi collegiali e le assemblee legislative delle Comunità autonome contro leggi, disposizioni o atti aventi forza di legge dello Stato che violano il proprio ambito di autonomia.

<sup>59</sup> L.O. n. 4 del 7 giugno 1985, il cui progetto fu esso stesso oggetto del *recurso previo de inconstitucionalidad* deciso dal *Tribunal constitucional* con la sentenza di rigetto 18 maggio 1985, n. 66.

«destinati primariamente ad assicurare che l'attività del legislatore si mantenga nei limiti stabiliti dalla Costituzione»<sup>60</sup>, quando il ricorso di incostituzionalità è proposto dalle minoranze parlamentari, alla finalità di tutela della costituzionalità dell'ordinamento, si affianca necessariamente l'ulteriore obiettivo precipuo di salvaguardare i diritti delle minoranze parlamentari.

Come da tempo ed approfonditamente rilevato in dottrina<sup>61</sup>, l'accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio di costituzionalità delle leggi, pur presentando fondate giustificazioni logiche e sistematiche, può avere ricadute negative sul ruolo istituzionale del Tribunale costituzionale. Sebbene infatti, in linea teorica, il *recurso de inconstitucionalidad* viene utilizzato dalle minoranze per opporsi a decisioni politiche assunte dalla maggioranza parlamentare facendo leva più sulla forza dei numeri che sulla condivisione dei contenuti normativi, non si può trascurare che il ricorso è promosso da «soggetti politicamente schierati»<sup>62</sup>, che potrebbero servirsene come mezzo di lotta politica al di fuori dell'Assemblea legislativa, con l'effetto di convertire il *Tribunal constitucional* in una sorta di «istanza di appello»<sup>63</sup> rispetto alle decisioni legislative della maggioranza o in una «terza camera»<sup>64</sup> ove l'opposizione prosegue lo scontro politico infruttuosamente esperito in sede parlamentare. Anche se in questi anni, attraverso la propria giurisprudenza, il Tribunale costituzionale ha cercato di arginare la carica politica connaturata al *recurso de inconstitucionalidad*, enfatizzando la finalità obiettiva di tutela dell'ordinamento e di supremazia della Costituzione ad esso connessa<sup>65</sup>, l'esperienza concreta relativa all'utilizzo di questo istituto rivela inequivocabilmente che esso sia percepito dai ricorrenti quale tipico strumento dell'opposizione parlamentare, funzionalizzato a valorizzare le proprie opzioni in chiave alternativa nei confronti della maggioranza<sup>66</sup>.

Ancora una volta, in questo senso, le vicende connesse alla regolamentazione dell'IVG si rivelano emblematiche del possibile ed eccessivo coinvolgimento del *Tribunal constitucional* in un terreno di accesso scontro politico, il quale, specie sulle questioni bioetiche, finisce per trascendere le contrapposizioni tra partiti politici, per rispecchiare in maniera paradigmatica l'assenza di un comune consenso all'interno della rappresentanza parlamentare e dell'opinione pubblica. Tuttavia, proprio in presenza di simili situazioni - quasi inevitabili quando si toccano all'interno di una società pluralista e multiculturale le tematiche bioetiche, sarebbe opportuno che il legislatore non ceda alla tentazione della via maggioritaria<sup>67</sup>, non solo perché per sua natura il biodiritto non può basarsi solo sulla sua componente autoritaria e coercitiva, ma anche perché questo atteggiamento spianerebbe la strada all'utilizzo di strumenti processuali che, oltre a rilevarsi possibile fonte di conflitto tra Giudice delle leggi e Legislatore, potrebbero avere l'effetto di radicalizzare ancora di più le posizioni contrastanti già presenti nel dibattito pubblico. Infine, non si possono tacere gli ulteriori effetti distorsivi sul gioco politico e sull'opinione pubblica connesso alla proposizione di un *recurso de inconstitucionalidad* avverso leggi approvate in un clima di

<sup>60</sup> STC n. 17 del 1° giugno 1981.

<sup>61</sup> Vedi gli A. richiamati nelle note successive e J. JIMÉNEZ CAMPO, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, in *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1995; M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *El recurso de inconstitucionalidad*, Madrid, 2001. 1995.

<sup>62</sup> L. BEDINI, *Brevi note in tema di recurso de inconstitucionalidad promosso dall'opposizione parlamentare nel sistema spagnolo*, in *Riv. Dir. Pubbl. comp. Eur.*, 2000, 1339.

<sup>63</sup> G. DE VERGOTTINI, *La función de control en los Parlamentos de fin de siglo*, in *VI Jornadas de Derecho Parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, 1997, 30.

<sup>64</sup> F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, Madrid, 1993, 435.

<sup>65</sup> Cfr. L. BEDINI, *op.ult.cit.*, 1342 ss.

<sup>66</sup> L. MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare*, Rimini, 1992, 294.

<sup>67</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 155.

accesso scontro politico, culturale e sociale: la proposizione del ricorso da parte delle minoranze parlamentari può essere infatti presentata all'opinione pubblica, anche attraverso i mezzi di comunicazione, come capacità dei ricorrenti di svolgere una tenace attività di opposizione nei confronti della politica della maggioranza di governo. E questa immediata visibilità nell'opinione pubblica potrebbe offrire ai ricorrenti un vantaggio talmente grande nella prospettiva di trasformarsi nelle future elezioni in maggioranza che finisce per azzerare persino il rischio di un rigetto del ricorso da parte del Tribunale costituzionale.

Ebbene, questa prospettiva appare particolarmente appropriata per descrivere quanto recentemente verificatosi in Spagna: la presentazione del *recurso de inconstitucionalidad* avverso la legge organica n. 2 del 2010 voluta dal governo Zapatero ha certamente contribuito ad aumentare la visibilità del ricorrente, il Partito Popolare, il quale, uscito vincitore dalle recenti elezioni politiche, a seguito dell'insediamento del Governo Rajoy, ha immediatamente annunciato di voler modificare la legge organica sull'aborto.

È ancora troppo presto per valutare se anche il Governo Rajoy stia cedendo alla tentazione della via maggioritaria cercando di imporre solo con la forza dei numeri una nuova regolamentazione dell'aborto. Anche se le premesse non fanno ben sperare sulla possibilità di pervenire ad una decisione maggiormente condivisa, è certo che la nuova maggioranza politica dovrà ancora una volta fare i conti con una decisione del *Tribunal constitucional* su di un tema ed esso particolarmente caro. Una decisione comunque attesa, anche se opportunamente rinviata successivamente alla competizione elettorale, nella quale ci si augura che il giudice costituzionale spagnolo sappia manifestare lo stesso equilibrio espresso nella sentenza n. 53 del 1985, esercitando la propria funzione di «interprete supremo della Costituzione»<sup>68</sup> in modo coerente con la propria natura di organo *super partes* anche se in un mutato contesto politico. Molto probabilmente ancora una volta non mancheranno *votos particulares* da parte dei giudici costituzionali spagnoli, come in effetti verificatosi in occasione dei giudizi di legittimità delle leggi sull'IVG e sulla procreazione assistita.

In definitiva, tentando di semplificare le osservazioni critiche qui avanzate, non ci sembra azzardato sostenere che proprio nelle complesse tematiche che investono il biodiritto, dove più di ogni altro settore appare difficile tradurre i molteplici valori costituzionali, sottoposti ad una serie di torsioni e bilanciamenti inediti<sup>69</sup>, in regole certe ed incontestabili, sussiste, *a priori* un sospetto di parzialità nei confronti dei giudici costituzionali chiamati a sindacare l'operato del legislatore<sup>70</sup>. Ma ciò è oltremodo accentuato sia dall'inasprimento della regola della maggioranza - che proprio nella regolamentazione delle questioni scientificamente ed eticamente controverse dovrebbe essere accompagnata da opportuni correttivi -, sia dall'atteggiamento comune in Italia e in Spagna ad alcuni attori politici volto a far prevalere la propria interpretazione della Costituzione, delegittimando le posizioni di diverso segno sostenute dalle altre parti. In questa "guerra dei valori" tra agguerriti contendenti, in cui rischiano di essere coinvolte anche le corti costituzionali, si finisce per svilire la stessa Costituzione, la sua forza integratrice ed unificante.

---

<sup>68</sup> Art. 1 LOTC.

<sup>69</sup> A. D'ALLOIA, *Norme, Giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in Id. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, XX

<sup>70</sup> V. BALDINI, *Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in Id. (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali*, Torino, 2004, 13.

Per questa ragione, appare quanto mai opportuno che la complessa regolamentazione delle tematiche bioetiche sia connotata da una certa mitezza o flessibilità<sup>71</sup>, ma è altrettanto opportuno che tale mitezza possa riscontrarsi anche nella giurisprudenza costituzionale. In altre parole le Corti dovrebbero evitare di partecipare come parti e non come arbitri allo scontro sull'interpretazione e sul bilanciamento dei valori costituzionali. Pur non potendo e dovendo rinunciare al proprio decisivo apporto al divenire dinamico della Costituzione ed al processo di unificazione ivi tracciato, la Corte più che guidare questo movimento dovrebbe controllarne il ragionevole fluire<sup>72</sup>, limitandosi a censurare i soli casi in cui la discrezionalità del legislatore «trasmodi in palese irragionevolezza»<sup>73</sup>, contribuendo in tal modo ed attraverso decisioni attentamente motivate alla rielaborazione dinamica dei disposti costituzionali.

\*\* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Seconda Università di Napoli.

---

<sup>71</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 11; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 139.

<sup>72</sup> M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 2005, 624.

<sup>73</sup> R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. Quest. Pubbl.*, 2/2002, 130.