

II DIRITTO ALL'ABORTO TERAPEUTICO ED ELETTIVO NELLA CONVENZIONE EUROPEA PER I DIRITTI DELL'UOMO: UNA QUESTIONE ANCORA APERTA.

di Matteo Liberati*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La libertà della donna in materia di scelte riproduttive. Il diritto alla tutela della vita privata della gestante e gli interessi concorrenti – 3. La collocazione del diritto all'aborto terapeutico nell'ambito della Cedu. La tutela del diritto alla vita della gestante. – 4. La rilevanza dell'art. 3 Cedu in tema di aborto. La tutela dell'integrità psico-fisica della gestante. – 4. L'art. 8 Cedu e gli obblighi positivi a carattere procedurale gravanti sugli Stati membri in tema di aborto terapeutico. 5. L'art 8 Cedu in bilico tra il riconoscimento del diritto all'aborto *on demand* e la riaffermazione delle tesi anti-abortiste. – 6. Aborto e dottrina del margine di apprezzamento. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Nel sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti Cedu), il dibattito relativo alla tutela del diritto della donna di determinarsi liberamente in materia di scelte riproduttive e, più in particolare, del diritto ad abortire in condizioni sicure per la sua vita e salute psico-fisica¹ ha di recente ripreso vigore sulla scorta di alcune importanti pronunce della Corte europea per i diritti dell'uomo, destando nuovo interesse tra i commentatori, alcuni dei quali hanno tentato di fare il punto su questa risalente e complessa questione².

È noto che né la Cedu né i suoi Protocolli addizionali contengono disposizioni che garantiscono in maniera esplicita il diritto della donna alla libertà nelle proprie scelte

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di scienze sociali e delle istituzioni dell'Università degli Studi di Cagliari.

¹ Sui rapporti tra aborto e Cedu si richiamano i più ampi contributi di J. Van Nieuwenhove, *Abortion: a right to life for unborn children*, in (a cura di E. Verhellen) *Monitoring children's rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1996; G. Hogan, *The rights to life and the abortion question under the European Convention on Human Rights*, in (a cura di L. Heffernan – J. Kingstone) *Human rights: a European perspective*, Dublin, Round Hall Press, 1994; B. Rolston – A. Eggert, *Abortion in the new Europe: a comparative handbook*, Westport, Greenwood Press, 1994; S. Halliday, *A comparative analysis of some of the legal parameters of the right to life and the right to privacy in the regulation of abortion*, in (a cura di J. McEldowney – G. Weick) *Human rights in transition*, Oxford – Frankfurt, Peter Lang, 2003; Y. Kravaritou – S. Sheldon (ed.), *Abortion: challenges to the status quo*, in *EUI Working Papers in Law*, Florence, 1994; S.J. Frankowski – G.F. Cole, *Abortion and Protection of the Human Fetus*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987; Si veda anche G. Puppincck, *Abortion and the European Convention on Human Rights*, in *Irish Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 3(2), pp. 142 e ss.; F. Fabbrini, *The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the right to abortion: Roe v. Wade on the other side of the Atlantic*, in *Columbia Journal of European Law*, 2011, 18, 1, pp. 1-72; C. Zampas - J. M. Gher, *Abortion as a human right – International and Regional Standards*, in *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 249-294; C.M. Gerson, *Toward an international standard of abortion rights: two obstacles*, in *Chicago Journal of international law*, 2005, pp. 753-760; R.J. Cook, *State Responsibility for Violations of Women's Human Rights*, in *Harv. Hum. Rts. J.*, 1994, pp. 126 e ss.; ID., *International protection of women's reproductive rights*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1992, pp. 372-405; C. Forder, *Abortion: A Constitutional Problem in European Perspective*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1-1994, pp. 56-100; B.E. Hernandez, *To bear or not to bear: reproductive freedom as an international human right*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1991, pp. 309-358; M. Rendel, *Abortion and Human Rights*, in *New Law Journal*, 1991, pp. 1270-1271.

² Cfr. A. Viviani, *La tutela della donna di fronte alla Corte europea dei diritti umani: il discorso di genere arriva a Strasburgo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4-2010, pp. 159-168. V. ad esempio G. Puppincck, *Abortion and the European Convention...*, op. cit. e C. Zampas - J. M. Gher, *Abortion as a human right...*, op. cit., per le due opposte prospettive: rispettivamente *pro life* e *pro safe abortion*. Interessante l'approccio comparativo di F. Fabbrini, *The European Court of Human Rights...*, op. cit.. V. anche S.K. Calt, *A., B. & C. v. Ireland: "Europe's Roe v. Wade"?*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2010, pp. 1189-1233; E. Finney, *Shifting towards a european Roe v. Wade: should judicial activism create an international right to abortion with A., B. and C. v. Ireland*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 2010, pp. 389-430.

riproduttive e all'interruzione delle gravidanze indesiderate o pericolose per la sua vita e salute. Ciò non vuol dire, si badi, che il sistema convenzionale considerato non offra alcun tipo di tutela a questo riguardo.

In senso contrario, può rilevarsi che già dal secolo scorso gli organi di garanzia della Cedu sono stati chiamati a valutare la conformità di legislazioni nazionali in tema d'aborto con il diritto alla vita del nascituro (art. 2 Cedu) e il diritto alla vita privata e familiare della donna (art. 8 Cedu). Cionondimeno, essi hanno sempre evitato di chiarire se l'aborto legale e sicuro deve essere garantito sul piano degli ordinamenti giuridici interni. Soltanto di recente, rompendo un silenzio durato decenni, nel celebre caso *A., B., C. c. Irlanda*³, la Corte europea per i diritti dell'uomo ha concluso che l'art. 8 Cedu “*cannot be interpreted as conferring a right to have abortion*”⁴.

Sin dalle prime pronunce, la Commissione europea per i diritti dell'uomo ha affermato che la gravidanza e la sua interruzione fanno parte della vita privata e, entro certi limiti, della vita familiare della donna. Tuttavia, gli interessi legati all'interruzione volontaria della gravidanza non si esauriscono in quest'ambito. L'art. 8 Cedu non configura il diritto alla tutela della vita privata come un diritto assoluto, ma ammette limitazioni finalizzate alla difesa di posizioni soggettive concorrenti meritevoli di tutela. Nel complesso dibattito sotteso al tema di riferimento, oltre alla posizione del potenziale padre, è significativamente emersa anche quella del nascituro. Per quanto la Corte europea per i diritti dell'uomo abbia chiarito in termini generali che “*the unborn child is not regarded as a person directly protected by Article 2 of the Convention*”⁵, essa non ha escluso che in certe circostanze anche la posizione del nascituro deve essere salvaguardata. Va, altresì, considerato che l'interruzione della gravidanza non implica soltanto un conflitto fra individui ma coinvolge interessi di natura latamente pubblicistica. Secondo la posizione della Corte, che pare sufficientemente consolidata, gli Stati membri hanno l'obbligo di realizzare un giusto bilanciamento tra tutti questi interessi potenzialmente rilevanti. Peraltro, in assenza di standard normativi e prassi condivise a livello europeo, la Commissione prima, e la Corte successivamente, hanno riconosciuto agli Stati una certa discrezionalità nel contemperamento degli interessi pubblici e privati connessi con la pratica abortiva. Si rileva, infine, che la valutazione delle soluzioni effettuate a livello interno è avvenuta caso per caso e non ha mai condotto all'individuazione di parametri giuridici certi e uniformi⁶; né la Corte ha mai accertato un

³ Corte Eur. Dir. Uo. (Grande Camera), sent. 16 dicembre 2010, *A, B e C c. Irlanda*, ric. n. 25579/05. Tutte le sentenze rese dalla Corte europea per i diritti dell'uomo possono essere consultate all'indirizzo web disponibile sul sito web della Corte (<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>) attraverso il database HUDOC.

⁴ *Ivi*, par. 214.

⁵ Corte Eur. Dir. Uo., sentenza dell'8 luglio 2004, *Vo c. Francia*, ric. n. 53924/00, par. 80.

⁶ *Cfr.* S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve...*, cit., p. 56.

superamento del margine di apprezzamento di cui gli Stati godono nel perseguire l'obiettivo del giusto contemperamento degli interessi coinvolti.

L'approccio casistico adottato dai giudici di Strasburgo ci fa presumere che il confronto con i legislatori nazionali sul tema dei diritti riproduttivi non si concluderà in tempi brevi. L'emersione delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita ha sollevato nuovi interrogativi ai quali la Corte europea per i diritti dell'uomo è stata chiamata a dare risposta⁷. In un contesto come quello in esame, caratterizzato da una certa eterogeneità delle posizioni nazionali quanto ai presupposti e alle condizioni d'accesso all'aborto, esiste il pericolo che un uso disinvolto della teoria del margine di apprezzamento possa condurre ad un'accentuazione delle differenze tra le legislazioni statali tale da compromettere l'uniformità della tutela convenzionale.

In quest'ottica, il presente contributo si propone di determinare, anche attraverso una breve ricognizione di quei profili della tutela che paiono sufficientemente definiti nella giurisprudenza degli organi della Cedu, l'attuale portata del riconoscimento della libertà della donna di determinarsi in materia di scelte riproduttive, intesa come estrinsecazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, individuando quegli interessi la cui tutela giustificerebbe eventuali "interferenze" da parte dello Stato.

Inoltre, costituiranno oggetto di indagine i rapporti tra la Cedu e l'aborto terapeutico, nella prospettiva del diritto della gestante alla vita e all'integrità psico-fisica. Si individueranno, quindi, gli obblighi positivi che gravano sugli Stati membri sotto il profilo delle garanzie procedurali connesse all'esercizio del diritto all'aborto terapeutico. Nel tentativo di definire l'estensione degli obblighi convenzionali operanti in *subjecta materia* ci si soffermerà infine su quegli aspetti del fenomeno che gli Stati contraenti sono autorizzati a disciplinare con un certo grado di discrezionalità.

2. L'attrazione dell'aborto nella sfera della vita privata della donna è stata riconosciuta a livello giurisprudenziale a partire dai primi anni settanta.⁸ Nel caso *Bruggemann e Scheuten c. Repubblica federale tedesca*⁹, la Commissione europea per i diritti dell'uomo ha affermato per la

⁷ V. ad esempio Corte Eur. Dir. Uo, sentenza del 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ricorso n. 54270/10, sulla quale si rinvia al commento di C. Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1-2013.

⁸ Vedi in particolare la sentenza del 22 gennaio 1973 della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Roe c. Wade*. Per una disamina della celebre pronuncia si rinvia a M.A. Matteo, *Governmental abortion policies and right to privacy: the rights of individual and the rights of the unborn*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1985, pp. 103-126; A.M. Connelly, *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *I.C.L.Q.*, 1986, pp. 567-593; M.W. Janis – R.S. Kay – A.W. Bradley, *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford 2008 (3° ed.), pp. 435-437.

⁹ Comm. Eur. Dir. Uo., *Bruggemann and Scheuten c. Repubblica federale tedesca*, ric. n. 6959/75, in *Dec. & Rep.*, vol. 10, 1977, p. 100. Per una disamina approfondita del caso si rinvia a F. Raspadori, *Aborto, diritto alla vita e norme internazionali sui diritti umani*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1995, pp. 6 e ss.; vedi anche M.A.

prima volta che la gravidanza e la sua interruzione sono parte della vita privata e, in determinate circostanze, della vita familiare della gestante. Quale espressione del diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (in particolare nel campo emotivo) per il compimento della propria personalità, la vita sessuale è parte della sfera privata della donna e ogni regolamentazione del diritto di aborto costituisce conseguentemente un'interferenza esterna ai sensi dell'articolo 8, §2, Cedu¹⁰.

Tuttavia, come anticipato nei cenni introduttivi, non ogni normativa che disciplina l'interruzione della gravidanza sostanzia un'intromissione vietata nella vita privata della donna e l'art. 8, §1, Cedu non può essere interpretato in modo che la gravidanza e la sua interruzione siano soltanto materie inerenti alla vita privata della madre. Del resto, la gravidanza è oggetto di regolamentazione in tutti gli Stati contraenti¹¹ e dalle disposizioni interne emerge con chiarezza che taluni altri interessi concernenti la gravidanza sono legalmente protetti. Segnatamente, come osservato dalla Commissione, la gravidanza crea un legame stretto tra la vita della gestante e quella del feto, implicando la valutazione di un interesse "altro" rispetto a quello della donna. Resta da capire se il nascituro possa essere considerato come un centro di imputazione giuridica autonomo nell'ambito della Cedu e se, e in quale misura, il suo interesse possa prevalere su quello diverso della gestante¹².

In termini generali, preme sottolineare che, nonostante la tutela del nascituro e la personificazione dell'esistenza prenatale abbia trovato spazio tanto a livello interno quanto sul piano del diritto internazionale convenzionale, gli organi di garanzia della Cedu hanno escluso (pur se con qualche incertezza) il nascituro dall'ambito di applicazione soggettivo della Convenzione. A questo riguardo, è stato chiarito che in ciascuna delle disposizioni della Cedu in cui compare l'espressione "Everyone" o "Tout personne", e tra queste l'art. 8,

Matteo, *Governmental abortion policies...*, op. cit.

¹⁰ *Ivi*, p. 115, par. 5.

¹¹ Sin dall'entrata in vigore della Convenzione europea per i diritti dell'uomo tutti gli Stati parte del Consiglio d'Europa (fatta oggi eccezione per Malta) hanno garantito alle gestanti la possibilità di abortire per ragioni terapeutiche. Per una ricognizione dell'incidenza delle legislazioni nazionali criminalizzatrici sul fenomeno degli aborti illegali v. S. K. Henshaw – S. Singh – T. Haas, *The Incidence of Abortion Worldwide*, in *International Family Planning Perspective*, Volume 25, Supplement, January 1999, pp. 30-38. Per una breve descrizione delle legislazioni europee in tema di pratiche abortive v. International Planned Parenthood Federation (IPPF), *Abortion Legislation in Europe* (update 2009), disponibile su http://www.spdc.pt/files/publicacoes/Pub_AbortionlegislationinEuropeIPPFEN_Feb2009.pdf; v. anche F. Fabbrini, *The European Court of Human Rights...*, op. cit., pp. 6-16.

¹² Per una riflessione di carattere generale sulla posizione del nascituro, anche al di là del sistema convenzionale considerato, vedi M.K. Eriksson, *The legal position of Unborn Child in International Law*, in *German Yearbook of International Law*, 1993, pp. 86 e ss.; U. Kilkelly, *The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, pp. 308-326. Più specificatamente sulla CEDU L. Sermet, *Le droit de l'enfant à naître et la Convention européenne des droits de l'homme*, in J.B. D'Onofrio (ed.) *Le respect de la vie en droit français*, Paris, 1997, pp. 169 e ss.; B. Hewson, *Dancing on the head of a pin? Foetal life and the European Convention*, in *Feminist Legal Studies*, 2005, pp. 363-375.

l'uso della parola è tale da far ritenere che questa possa essere riferita solo ai nati¹³. Ciò non significa che, almeno in determinate circostanze, la posizione del nascituro non debba essere salvaguardata¹⁴.

Nel caso *Paton c. Regno Unito*¹⁵, ad esempio, la Commissione europea si è interrogata sull'ampiezza della protezione che potrebbe essere concessa al nascituro¹⁶ argomentando che, se anche si ammettesse l'estensione della previsione di cui all'art. 2, §1, Cedu, al *non nato*, il riconoscimento di un assoluto diritto alla vita determinerebbe un immediato contrasto con qualsiasi pratica abortiva, anche con quelle eseguite per salvaguardare la vita o la salute della gestante. Una simile soluzione interpretativa introdurrebbe una limitazione al diritto alla vita della gestante implicita e ulteriore rispetto a quelle previste dal testo convenzionale (*cf.* art. 2, §2 Cedu) determinando così una contraddizione con l'oggetto e con lo scopo della Cedu. Ne consegue che la tutela che potrebbe ipoteticamente (“*yet somewhat artificially*”)¹⁷ essere accordata al nascituro sotto la Cedu non può comportare un'apodittica compromissione dell'interesse alla vita della donna, in quanto tale conclusione creerebbe un'antinomia nel sistema di protezione. Pur tuttavia dalla stessa giurisprudenza del caso *Paton* e dalla successiva decisione di irricevibilità nel caso *R.H. c. Norvegia*¹⁸ emerge che il nascituro rappresenta un polo di interesse alternativo a quello della donna di cui gli Stati sono chiamati a tenere conto anche quando l'interruzione della gravidanza è finalizzata a salvaguardare la vita e la salute psico-fisica della gestante.

Il problema del riconoscimento di un diritto all'aborto terapeutico sarà trattato specificatamente nel paragrafo seguente; per adesso e per ciò che concerne il diritto della donna alla libertà nelle proprie scelte riproduttive, è possibile concludere che nel regolamentare l'accesso alla pratica abortiva lo Stato è soggetto alle condizioni fissate dall'art. 8, §2, Cedu. Nonostante che il nascituro non possa essere considerato come una “*persona*” ammessa a godere dei diritti e delle libertà sancite nella Cedu, lo Stato deve realizzare un equo bilanciamento tra il diritto della donna di determinarsi in materia di scelte riproduttive, il legittimo interesse alla vita del feto e gli altri interessi potenzialmente

¹³ Per una accurata analisi ermeneutica v. K. Freeman, *The unborn child and the European Convention on human rights: to whom does “everyone right to life” belongs*, in *Emory International Law Review*, 1994, pp. 615-665.

¹⁴ Corte Eur. Dir. Uo, *Vo c. Francia*, cit., par. 80-82.

¹⁵ Comm. Eur. Dir. Uo., *X c. Regno Unito* (noto anche come *Paton c. Regno Unito*), ric. n. 8416/79, in *Dec. & Rep.*, 1980, p. 244. Si veda pure la giurisprudenza di ricevibilità precedente: *X. c. Norvegia* (ric. n. 867/60, in *Coll. Dec.*, 1961, p. 34), *X. c. Austria* (ric. n. 7045/75, in *Dec. & Rep.*, 1976, p. 87).

¹⁶ Più precisamente la Commissione si è domandata se l'art. 2, §1, potesse essere interpretato “*as not covering the foetus at all; as recognising a right to life of the foetus with certain implied limitations; or as recognising an absolute right to life of the foetus*” (*ivi*, par. 17).

¹⁷ Così A. Plomer, *A foetal right to life? The case of Vo c. France*, in *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 311-337) che mette in evidenza come la linea di ragionamento adottata dalla Commissione e la relativa costruzione dell'ambito applicativo dell'art. 2 Cedu, creano una tensione fra la naturale lettura della disposizione in analisi e la gamma di possibili significati che potrebbero estendere la sua operatività a favore del nascituro.

¹⁸ Comm. Eur. Dir. Uo, ric. n. 17004/90, in *Dec. & Rep.*, 1992, p. 167.

rilevanti. Come detto in premessa, nel valutare la correttezza del bilanciamento occorre tenere presente poi che in una materia caratterizzata da forti implicazioni etiche, morali, filosofiche, giuridiche e sociali nonché dalla mancanza di soluzioni uniformi a livello europeo, la Corte europea per i diritti umani autorizza gli Stati ad agire con un certo margine di discrezionalità¹⁹.

La tutela del diritto alla vita privata e familiare del potenziale padre non sembra invece poter giustificare una limitazione del diritto della gestante alla libertà nelle proprie scelte riproduttive. Da una parte, si deve considerare che in assenza di un legame simile a quello esistente tra il feto e la gestante, il potenziale padre non è ammesso a invocare in qualità di vittima (ma indirettamente) una violazione dell'art. 2 Cedu²⁰. Dall'altra, per quanto non v'è dubbio che qualsiasi decisione in ordine alla gravidanza incida sulla sfera privata e familiare del potenziale padre, la donna resta la persona più intimamente connessa con la prosecuzione o l'interruzione della gestazione. Ne consegue che qualsiasi interpretazione del diritto alla vita privata e familiare del padre, nella valutazione di una regolamentazione statale in materia di interruzione volontaria della gravidanza, dovrà tenere conto in primo luogo della necessità di tutelare la sfera privata e l'integrità della gestante. Così, nel sopra citato caso *Paton*, laddove l'aborto era stato praticato su richiesta della gestante per salvaguardare la sua salute fisica e mentale, la Commissione ha escluso che il diritto alla tutela della vita privata e familiare del potenziale padre, ex art. 8 Cedu, potesse essere interpretato in modo da comprendere il diritto di essere consultato o di ottenere un provvedimento (*injunction*) ostativo²¹.

Si discosta parzialmente da quanto appena concluso la decisione resa dalla Corte europea per i diritti dell'uomo nella vertenza *Evans c. Regno Unito*²² in materia di fecondazione medicalmente assistita. In questo caso la volontà della donna di divenire madre tramite la tecnica della fecondazione *in vitro* si è scontrata con il rifiuto dell'ex compagno di prestare il proprio consenso all'utilizzo degli embrioni appartenenti alla coppia²³. Dopo aver premesso che il diritto alla tutela della vita privata e familiare garantisce tanto la decisione di divenire genitori quanto quella di non divenire genitori (anche in senso genetico), la Corte di Strasburgo (riunita nella Grande Camera) ha

¹⁹ In termini più estesi vedi *infra*.

²⁰ Comm. Eur. Dir. Uo., *Paton*, cit., par. 25.

²¹ *Ivi*, par. 27.

²² Corte Eur. Dir. Uo., sent. 10 aprile 2007, ric. n. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*.

²³ Poiché in base alla legislazione inglese (*Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990, consultabile on line sul sito <http://www.statutelaw.gov.uk/>) ciascuno dei due potenziali genitori ha il diritto di revocare il proprio consenso all'utilizzo degli embrioni da parte dell'altro fino al momento dell'impiantazione, e l'ex-compagno aveva esercitato tale facoltà, la sig.ra *Evans* vedendosi privata della possibilità di divenire madre, esauriti infruttuosamente i rimedi interni, aveva adito la Corte di Strasburgo assumendo la violazione del suo diritto alla vita privata e familiare.

affermato che nel momento in cui la legislazione inglese in materia di accorda prevalenza al veto di uno dei due potenziali genitori all'utilizzazione degli embrioni (salvaguardando, nella specie, la posizione ostativa del padre) non va oltre il margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto agli Stati nella realizzazione di un giusto temperamento degli interessi in gioco in un settore tanto sensibile²⁴.

Ai nostri fini, è necessario chiedersi quali interessi abbiano costituito l'oggetto del bilanciamento operato dal legislatore inglese e valutato alla luce degli obblighi convenzionali. Una serie di elementi ci inducono a ritenere che nel caso *Evans* la Corte non abbia considerato la fattispecie come una mera contrapposizione tra le istanze deterministiche individuali della donna e dell'uomo, e che sia stata valutata soprattutto la necessità di salvaguardare interessi trasversali e collettivi. In altre parole, la prevalenza in concreto (e per conseguenza) accordata al diritto dell'uomo di non divenire genitore ha tratto fondamento non già da un giudizio di valore in termini assoluti ma dalla necessità di garantire la certezza delle situazioni giuridiche e la tutela del consenso informato. Tuttavia, nemmeno ci si può limitare a sostenere che la Corte abbia acriticamente fatto proprio il criterio (“*bright-line rule*”) adottato dai giudici britannici, secondo cui la necessità di garantire la certezza del diritto e l'affidamento dei consociati nella stabilità delle situazioni giuridiche in una materia così sensibile non possono tollerare decisioni incerte²⁵. Anche ammessa una simile conclusione, la Corte ben avrebbe potuto valutare la legislazione inglese sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità²⁶. Considerata in astratto, la mancata previsione di eccezioni alla regola del ritiro del consenso, comporta conseguenze inique e ingiustamente afflittive (se confrontate coi fini di cui sopra), ogni qual volta la potenziale madre non possa perseguire alternativamente la maternità biologica. Invero, si deve tener presente che nel caso della fecondazione *in vitro* e fino al momento dell'impiantazione degli embrioni nell'utero materno sembrerebbe venir meno quello stretto legame tra gestante e nascituro; legame che nelle ipotesi precedenti aveva spinto la Corte ad affermare la prevalenza del diritto della gestante di determinarsi in materia di scelte riproduttive su quello speculare dell'uomo. Più chiaramente, la decisione nel caso *Evans* sembra fondarsi non soltanto sull'esigenza di salvaguardare la certezza del diritto e il rispetto del consenso ma anche sulla considerazione sostanzialmente paritaria del diritto dell'uomo e della donna di determinarsi in materia riproduttiva nella fase che precede il concepimento.

²⁴ Corte Eur. Dir. Uo., *Evans*, cit. par. 83 e ss.. Cfr. A. Viviani, *Fecondazione in vitro e diritti dei genitori degli embrioni: il caso Evans di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1-2008, pp. 160 e ss.

²⁵ *Ivi*, par. 60.

²⁶ Cfr. A. Viviani, *Fecondazione in vitro...*, op. cit., p. 164.

3. In precedenza si è detto che, secondo la Corte e la Commissione europea per i diritti dell'uomo, la libertà della donna di determinarsi in materia di scelte riproduttive è tutelata sotto l'art. 8 Cedu, quale manifestazione della sua vita privata e, entro certi limiti, della sua vita familiare. Poiché, però, l'interruzione della gravidanza non riguarda soltanto il problema della libera determinazione nelle scelte private, ma interessa la vita e l'integrità psico-fisica della gestante, occorre verificare se e in che termini la pratica abortiva, sotto questo profilo, possa trovare una qualche protezione in altre disposizioni convenzionali. La questione sorge, in particolare, per quelle ipotesi in cui l'interruzione della gravidanza è eseguita in presenza di un grave rischio per la vita o la salute della gestante, quando il nascituro presenta malformazioni tali da escludere una duratura permanenza in vita o quando venga accertata l'esistenza di un rischio grave che lo stesso sia affetto da malattie associate a un rilevante tasso di mortalità. In presenza di queste condizioni si parla propriamente di aborto terapeutico²⁷.

I giudici di Strasburgo non hanno mai apertamente affermato l'esistenza di un diritto all'aborto terapeutico nell'ambito della Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Tuttavia l'interruzione terapeutica della gravidanza (nelle accezioni sopra indicate) sembra richiamare problematiche attinenti agli obblighi positivi gravanti sugli Stati membri in materia di diritto alla vita²⁸.

A tal riguardo si nota che la Cedu non contiene alcuna espressa previsione che garantisca il diritto alla salute o il diritto alle cure mediche, anche se l'art. 2 Cedu pone in capo al legislatore nazionale l'obbligo di predisporre le misure necessarie ed adeguate a salvaguardare il diritto alla vita dei consociati²⁹. Ciò nondimeno una serie di elementi emersi nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo ci inducono a ritenere che l'art. 2 Cedu potrebbe aprire ad un limitato riconoscimento dell'obbligo per gli Stati di consentire l'accesso all'interruzione della gravidanza in casi di pericolo imminente per la vita della gestante. Secondo la posizione della Commissione, infatti, in materia di interruzione

²⁷ Sulla nozione di aborto terapeutico si rinvia a D. James – N. E Roche, *Therapeutic Abortion*, in www.emedicine.com. Vedi anche la definizione data da H.L. Packer e R.J. Gampell (*Therapeutic abortion: a problem in law and medicine*, in *Stanford Law Review*, 1959, p. 1) che inquadrano l'aborto terapeutico, in contrapposizione al c.d. "criminal abortion", "as one which comes within the exception stated or implied in the provisions of criminal law condemning abortion". Sul concetto di "viability" vedi, anche per la bibliografia richiamata, P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione umano*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, pp. 437-489; sempre sul concetto di autosufficienza, come momento partitivo o discriminante, vedi L. K. Mans, *Liability for the death of a fetus: fetal rights or women's rights?*, in *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, 2004, pp. 296-311.

²⁸ Sui problemi legati all'aborto terapeutico come diritto fondamentale della donna vedi i contributi di B. Hewson, *Therapeutic abortion. Human right or wrong?*, in *New law Journal*, 2006, pp. 1348-1349; B. Rudolf – A. Eriksson, *Women's rights and international human rights treaties: issues of rape domestic slavery, abortion and domestic violence*, in *International Journal of Comparative law*, 2007, pp. 507-525.

²⁹ Si veda tra le più recenti Corte Eur. Dir. Uo., sentenza 10 aprile 2012, *Panaitecu c. Romania*, ric. 30909/06; tra le pronunce risalenti vedi Corte Eur. Dir. Uo., sentenza del 9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, ric. n. 23413/94, in *Reports of Judgments and Decisions*, vol. III, 1998, par. 36; Comm. Eur. Dir. Uo., *Association X c. Regno Unito*, ric. n. 7154/75, in *Dec. & Rep.*, 1978, p. 31.

volontaria della gravidanza il diritto del potenziale padre alla tutela delle proprie scelte riproduttive sotto l'art. 8 Cedu può essere compreso o limitato (tanto da escludere che possa opporsi all'interruzione della gravidanza) quando ciò sia necessario per salvaguardare il diritto alla vita della gestante³⁰. La Corte, dal canto suo, ha chiarito che il diritto alla vita del nascituro, se esiste, è implicitamente limitato dal diritto alla vita della gestante. Infine, sempre la stessa ha affermato a più riprese che nel regolamentare l'accesso all'aborto terapeutico gli Stati membri della Cedu devono operare un giusto bilanciamento tra l'interesse alla vita del nascituro e il diritto alla vita della gestante³¹.

Non è chiaro, per altro verso, entro quali limiti e con quali conseguenze il diritto all'aborto terapeutico possa trovare sistemazione nell'alveo precettivo dell'art. 2 Cedu, posto che una volta che lo Stato interviene per regolamentare l'accesso alle cure mediche strumentali assume rilevanza il diritto della donna alla tutela della propria sfera privata. Ad ogni modo, la giurisprudenza sopra richiamata, unitamente ad una lettura del dato normativo ispirata alla recente prassi internazionale³², ci spinge ad affermare che l'obbligo di predisposizione di adeguate misure dovrebbe valere anche per le pratiche mediche di interruzione della gestazione che sono finalizzate a salvaguardare la vita della donna.

La questione è stata sottoposta all'attenzione della Grande Camera nel caso *A., B., C. c. Irlanda*³³, laddove una delle tre ricorrenti ha denunciato la mancata attuazione a livello legislativo della previsione costituzionale irlandese (art. 40.3) che consentirebbe l'accesso alla pratica abortiva nel caso in cui la prosecuzione della gravidanza rappresenti un rischio per la vita della gestante³⁴. Pur rientrando potenzialmente nella fattispecie consentita dall'ordinamento irlandese, la ricorrente *C.* era stata costretta a recarsi in Inghilterra per eseguire l'aborto e una volta tornata in Irlanda aveva sofferto di complicazioni legate al trattamento interruttivo³⁵. In particolare, similmente a quanto già accaduto nel caso *Tysiack c.*

³⁰ Comm. Eur. Dir. Uo., *Paton*, cit., par. 27.

³¹ *Ivi*, par. 79; vedi anche Corte Eur. Dir. Uo., decisione di irricevibilità 8 luglio 2004, *Boso c. Italia*, ric. n. 53924/00, in *Reports of Judgments and Decisions*, vol. VIII, 2004, p. 5, par. 1.

³² Sulla quale vedi C. Zampas e J. M. Gher, *Abortion as a human right...*, op. cit., pp. 249 e ss. Vedi pure A. Viviani, *Aborto terapeutico e diritto all'integrità personale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2 – 2008, pp. 408-409.

³³ Corte Eur. Dir. Uo., sent. 16 dicembre 2010, *A., B e C c. Irlanda*, spec. parr. 157-159.

³⁴ La costituzione irlandese è consultabile all'indirizzo <http://www.irishstatutebook.ie/en/constitution/> (ultimo accesso 01.12.2014). Per un primo commento sulla pronuncia v. S. Krishnam, *What's the consensus: the Grand Chamber's decision on abortion*, in *E.H.R.L.R.*, 2-2011, pp. 200-205. L. Busetta, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito* [Nota a Corte eur. Dir. Uomo 16 dicembre 2010 (*A, B e C v. Irlanda*)], in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2-2011, pp. 445 – 454; A. Osti, *Corte europea dei diritti: accelerazione sulla legalizzazione dell'aborto in Irlanda?*, in *Quaderni Costituzionali*, 1-2011, pp. 156-158; D. Tega, *Corte europea dei diritti: l'aborto in Irlanda tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno*, in *Quaderni Costituzionali*, 1-2011 pp. 159-161; V. anche F. Fabbrini, *The European Court of Human Rights...*, op. cit., pp. 34 e ss.. Sulla previsione costituzionale irlandese, sulle sue successive modifiche e le relative vicende giurisprudenziali v. C. Casini – M. Casini, *Profili giuridici dell'aborto in Irlanda...*, op. cit., che ci offrono una panoramica anche del recente *Protection of Life During Pregnancy Act* del 2013.

³⁵ Corte Eur. Dir. Uo., sent. 16 dicembre 2010, *A., B e C c. Irlanda*, cit., par. 26.

*Polonia*³⁶ qualche anno prima, ma con diverse conseguenze come si vedrà, la ricorrente ha lamentato l'assenza di un quadro normativo che le consentisse di stabilire, in presenza di un fondato rischio per la sua vita derivante dalla prosecuzione della gravidanza, se si trovasse o meno nelle condizioni per poter accedere legalmente alla pratica abortiva: una lacuna che, secondo C., avrebbe contrastato con gli obblighi incombenti sull'Irlanda ai sensi dell'art. 2 Cedu. La Corte, invece, ha dichiarato manifestamente infondata la denunciata violazione, ritenendo che non si fosse verificato nel caso specifico un rischio rilevante per la vita della gestante. Il fatto che la gestante avrebbe potuto liberamente recarsi all'estero per l'esecuzione della pratica abortiva e la circostanza che, nella fase post-operatoria, non avesse sofferto di complicazioni pericolose per la sua vita sono bastate a escludere l'esistenza di un rischio effettivo e, di conseguenza, una violazione dell'art. 2 Cedu³⁷. In proposito si evidenzia che la Corte non ha escluso che, nello specifico contesto considerato, l'operatività dell'art. 2 Cedu possa implicare l'assoggettamento dello Stato ad un obbligo positivo di protezione, ma ha semplicemente affermato che nella fattispecie al suo esame non poteva rilevarsi un rischio certo e immediato per la vita della gestante.

3.1. Segue. L'aborto ha finalità terapeutiche anche quando è eseguito per salvaguardare l'integrità fisica e psichica della gestante. In questi casi, sembra che l'art. 2 Cedu non possa essere interpretato in modo da ricavare un obbligo per gli Stati di garantire alla gestante le strumentali cure mediche. Difatti, nella sua decisione sul caso *X c. Austria*³⁸, la Commissione europea ha statuito in termini generali che l'art. 2 Cedu offre protezione esclusivamente contro i casi di privazione della vita.

Ci si chiede, pertanto, se l'art. 3 Cedu possa essere interpretato in modo da ricavarne l'obbligo degli Stati membri di garantire alla donne che possano subire un pregiudizio alla propria integrità psico-fisica a seguito del mancato aborto il diritto accedere alle necessarie cure mediche. La questione sembra essere stata sottoposta alla Corte in questi termini nel caso *Tysiac*, laddove il contenzioso ha tratto origine dal rifiuto del primario di Ginecologia ed Ostetricia dell'Ospedale di Varsavia di interrompere la gravidanza della ricorrente nonostante il pericolo che la donna, già sofferente di una grave alterazione patologica della retina, potesse aggravare ulteriormente la propria condizione clinica dopo il parto³⁹.

³⁶ Corte Eur. Dir. Uo., IV sez., sentenza del 20 marzo 2007, *Tysiac c. Polonia*, ric. n. 5410/03, (decisione confermata il 24 settembre 2007 dalla Grande Camera), *infra*.

³⁷ Corte Eur. Dir. Uo., A., B., C. c. *Ireland*, cit., parr. 157-159.

³⁸ Comm. Eur. Dir. Uo., *X c. Austria*, ric. n. 8278/78, in *Dec. & Rep.*, 1980, p. 154.

³⁹ Sulla legge polacca in materia di interruzione della gravidanza v. K. Poklewsky -Koziell e E. Zielinska, *Nouvelle loi polonaise sur le planning familial, la protection du fœtus humain et les conditions de la interruption licite de la grossesse*, in *Rev. Sc. Crim. Dr. Pen. Comp.*, 1993, pp. 601-603; D. Nappi, *Demokracja and aborcja: Poland's new democracy and the tyranny of women's human rights*, in *Women's Rights Law Reporter*, 2005, pp. 53-71; vedi anche M. Casini, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea: le decisioni delle corti costituzionali e degli organi*

Divenuta quasi cieca a seguito del parto, impossibilitata ad occuparsi dei suoi cinque bambini, la ricorrente ha lamentato, *inter alia*, la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti⁴⁰. Dopo aver sottolineato in termini generici la propria volontà di riaffermare le condizioni alla stregua delle quali il mancato accesso alle cure mediche può integrare la responsabilità dello Stato alla luce dell'art. 3 Cedu⁴¹, la Corte europea per i diritti dell'uomo ha escluso l'esistenza di una violazione, ritenendo che le censure della ricorrente potessero essere più adeguatamente esaminate ai sensi dell'art. 8 Cedu e alla luce degli obblighi positivi gravanti sugli Stati membri in tema di protezione dell'integrità personale⁴². Nel valutare le circostanze alla luce dell'art. 8 Cedu, i giudici non hanno chiarito se e in che modo nel caso specifico la mancata interruzione della gravidanza avrebbe causato una lesione del diritto all'integrità fisica e morale della vittima; ma sul piano dogmatico, l'inclusione dell'integrità fisica e psicologica tra le componenti della sfera privata dell'individuo che lo Stato è chiamato a garantire in maniera effettiva⁴³, lasciava intendere che la tutela della gestante anche sotto questo profilo avrebbe potuto esaurirsi nel contesto dispositivo dell'art. 8 Cedu, sulla base di una valutazione operata nel singolo caso concreto⁴⁴.

Ciò premesso, ragionando in materia trattamenti sanitari dalle forti implicazioni per l'integrità psicofisica delle pazienti, è lecito chiedersi se sia possibile una qualche altra connessione con l'art. 3 Cedu, per verificare se in determinate circostanze gli atti e le

sovranazionali di giustizia, Padova, 2001, pp. 201 e ss. Per un commento critico si rinvia a E. Zielinska, *European Socialist Countries*, in B. Rolston – A. Eggert (a cura di) *Abortion in the new Europe...*, op. cit., pp. 241 e ss.; e a B.J. Lesile, *Poland, abortion, and the Roman Catholic Church*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 1994, pp. 453-484. Vedi anche H. Jankowska, *Abortion, Church and Politics in Poland*, in *Feminist Review*, 1991, pp. 174-181; M. Fuszara, *Legal Regulation of Abortion in Poland*, in *Signs*, 1991, pp. 117-128; G. Sliwowski, *Il nuovo codice penale polacco del 19 aprile 1969 e i suoi nuovi istituti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1972, pp. 1-17.

⁴⁰ Sul noto caso *Tysiak* vedi P. Leach (ed.), *Cases and comment: selected decisions from the European Court of Human Rights for March and April 2007*, in *European Human Rights Law Review*, 2007, pp. 467-468; vedi anche F. Cranmer, *Refusal of therapeutic abortion: respect for private life*, in *Law & Justice*, 2007, pp. 81-83; J. M. Larralde, *La Cour européenne des Droits de l'Homme et la promotion des droits des femmes : Cour européenne des Droits de l'Homme (4e section), Tysiak c. Pologne, 20 mars 2007*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, pp. 855-874; N. Priaulx, *Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive 'rights' and the Intriguing Case of Tysiak v. Poland*, in *European Journal of Health Law*, 15, 2008, pp. 361-379; per i profili strettamente connessi alle garanzie procedurali vedi D. Bevilacqua, *Tutela dei diritti umani e giusto procedimento: le garanzie dei principi generali nati dalla composizione di più ordinamenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, pp. 945-954.

⁴¹ La Corte richiama il caso *Ilhan c. Turkey*, ric. n. 22277/93, par. 87, e tale riferimento parrebbe lasciare intendere che la rilevanza dell'art. 3 Cedu si limita a quei casi in cui non sia stata fornita adeguata assistenza medica ad un soggetto vittima di percosse e abusi (par. 66).

⁴² Si ricorda che la Corte europea per i diritti dell'uomo già in precedenza aveva affermato che in alcune situazioni il diritto alla tutela della vita privata può essere invocato a protezione dell'integrità fisica e morale dell'individuo. Nel caso *Costello Roberts c. Regno Unito* (sentenza del 25 marzo 1993, ric. n. 13134/87), riguardante l'uso di punizioni corporali nelle scuole, la Corte ha concluso che in determinate circostanze (i.e. misure disciplinari) l'art. 8 Cedu può offrire una protezione ultronea, che va al di là di quella fornita dall'art. 3 Cedu.

⁴³ Cfr. Corte Eur. Dir. Uo., *Tysiak c. Polonia*, cit., spec. par. 106, laddove si legge: “*the State is also under a positive obligation to secure to its citizens their right to effective respect for this integrity*”.

⁴⁴ *Ivi*, par. 108, laddove si legge: “*While the State regulations on abortion relate to the traditional balancing of privacy and the public interest, they must – in case of a therapeutic abortion – be also assessed against the positive obligations of the State to secure the physical integrity of mothers-to-be*”.

omissioni poste in essere dalle pubbliche autorità nel contesto delle politiche sanitarie in tema di aborto possano integrare la responsabilità dello Stato alla luce del divieto di trattamenti inumani o degradanti. A tal riguardo, corre l'obbligo di sottolineare che il profilo di nostro interesse insiste su quei casi in cui la denunciata lesione dell'integrità personale è legata alle conseguenze psicologiche ed emotive che le circostanze relative alla mancata esecuzione della pratica terapeutica hanno provocato sulla gestante e che la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su detta specifica questione nel caso *A., B. e C. c. Irlanda*⁴⁵, giungendo ad accertare l'esistenza di una violazione solo nelle più recenti decisioni rese nei casi *R.R. c. Polonia*⁴⁶ e *P. e S. c. Polonia*⁴⁷.

Diversamente dal caso *Tysiack*, nel successivo caso *A., B. e C. c. Irlanda* la Corte ha ritenuto opportuno verificare le doglianze avanzate dalle ricorrenti anche nel contesto dell'art. 3 Cedu e dei relativi specifici parametri come definiti nella propria precedente giurisprudenza, sottolineando che l'onere di dover sostenere (anche sotto il profilo economico) un viaggio all'estero per l'esecuzione della pratica abortiva risultava “*psychologically and physically arduous*”⁴⁸. Tuttavia, i giudici di Strasburgo hanno concluso che nel trattamento denunciato non poteva ravvisarsi quel livello minimo di gravità che può integrare una violazione dell'art. 3 Cedu e che deve essere valutato in relazione alle specifiche circostanze del caso affrontato, ossia “*the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim*”⁴⁹.

Il superamento della soglia minima di severità necessaria e sufficiente ad integrare una violazione dell'art. 3 Cedu è accertato dalla Corte in due casi successivi nei quali si sottopone ancora una volta alla sua attenzione il *framework* procedurale polacco relativo all'accesso alla pratica interrutiva delle gravidanze. Nel primo caso, *R.R. c. Polonia*, dopo aver premesso che qualsiasi gestante che nutra dubbi sullo stato di salute del feto si trova in una situazione di forte stress emotivo e di “*great vulnerability*”, la Corte ha precisato che nella fattispecie in considerazione il fattore temporale risultava cruciale ai fini del raggiungimento del livello di severità richiesto dall'art. 3 Cedu. Infatti, la gestante era stata posta nella condizione di conoscere con certezza la condizione patologica del feto (e, quindi, la

⁴⁵ Corte Eur. Dir. Uo., *A., B., C. c. Irlanda*, cit., par. 160 e ss..

⁴⁶ Corte Eur. Dir. Uo., IV sez., sentenza del 26 maggio 2011, *R.R. c. Polonia*, ric. n. 27617/04, par. 144 e ss., sul quale vedi A. Osti, *L'interruzione della gravidanza nella sentenza R.R. c. Polonia*, in *Quaderni Costituzionali*, 4-2011, pp. 963-968, e E.J. Ireland, *Do not abort the mission: an analysis of the European Courts of Human Rights case of R.R. v. Poland*, in *North Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2013, 2(3), pp. 640-656, che suggerisce di utilizzare l'art. 3 Cedu per implementare una strategia finalizzata al progressivo ampliamento dei diritti riproduttivi nell'ambito convenzionale considerato (“*an Article 3 strategy*”).

⁴⁷ Corte Eur. Dir. Uo., IV sez., sentenza del 30 ottobre 2012, *P. e S. c. Polonia*, ric. n. 57375/08, par. 150 e ss., sulla quale vedi E. Crivelli, *P. e S. c. Polonia: la Corte di Strasburgo si pronuncia ancora sul contrasto tra il diritto teorico all'aborto legale e l'applicazione pratica della legge*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1-2013, pp. 252-254.

⁴⁸ Corte Eur. Dir. Uo., *A., B., C. c. Irlanda*, cit., par. 163.

⁴⁹ *Ivi*, par. 164.

sussistenza dei presupposti per una lecita interruzione della gravidanza) dopo diverse settimane dalla prima diagnosi positiva e dopo che era trascorso il termine di gestazione massimo previsto dalla legge polacca per l'accesso all'aborto eugenetico, con notevole aggravamento della sua condizione di stress emotivo⁵⁰.

Il secondo e più recente caso, *P. e S. c. Polonia*, riguarda la vicenda di una quattordicenne rimasta vittima di stupro e ostacolata dalle strutture ospedaliere alle quali si era rivolta nell'accesso alla lecita interruzione della gravidanza indesiderata conseguenza dell'atto criminale⁵¹. Dalla pronuncia emerge un senso di generale disapprovazione per il modo in cui le autorità polacche, non solo sanitarie, hanno gestito l'intera faccenda senza tenere in conto la condizione della minore⁵², ma tra gli elementi presi in considerazione dalla Corte ai fini della valutazione della gravità delle condotte subite dalla ricorrente spicca in particolare la sua età e la conseguentemente maggiore vulnerabilità⁵³.

Considerata la casistica appena richiamata, oramai non pare più dubitabile che, una volta regolamentato da parte dello Stato l'accesso alla interruzione terapeutica della gravidanza, le condotte, anche omissive, ad esso attribuibili sotto il profilo dell'effettivo accesso delle gestanti alle strumentali cure mediche potranno essere valutate anche alla luce del divieto di cui all'art. 3 Cedu. In tal caso, si può fondatamente ipotizzare che, ai fini dell'accertamento della soglia minima di severità richiesta dalla norma, in linea con la propria precedente giurisprudenza, la Corte terrà conto delle circostanze concrete che caratterizzano la fattispecie al suo esame, quali la durata del trattamento, l'età della vittima e la sua condizione psico-fisica, considerando in particolare che qualunque gestante (soprattutto laddove si ponga il problema di terminare la gravidanza per ragioni terapeutiche) si trova in uno stato di “*great vulnerability*”.

Non sembra, invece, che la Corte voglia lasciare spazi interpretativi per il riconoscimento del diritto ad abortire per ragioni terapeutiche sotto l'alveo dell'art. 3 Cedu, anche quando per aborto terapeutico si intenda solo quello finalizzato a garantire la vita e l'integrità psico-fisica della gestante-

D'altro canto va evidenziato che l'impostazione seguita dal caso *A., B. e C. c. Irlanda* in poi non ha incontrato il consenso unanime dei giudici della Corte e che nel caso *R.R.*, il giudice Bratza (che al momento della pronuncia era Presidente della Corte europea per i

⁵⁰ Corte Eur. Dir. Uo., *R.R. c. Polonia*, cit., parr. 153 e ss..

⁵¹ Corte Eur. Dir. Uo., *P. e S. c. Polonia*, cit., parr. 5 e ss..

⁵² *Ivi*, la ricorrente, infatti, era stata perseguita per rapporto sessuale illegale e accusata del reato di rapporto sessuale con un minore; inoltre, i medici dell'ospedale di Lublino, al quale la ricorrente e la madre si erano rivolte per primo, avevano fatto pressione sulla minore per indurla a non abortire e l'ospedale di Varsavia non aveva impedito che la minore (i cui dati erano stati divulgati alla stampa) fosse contattata da sconosciuti e associazioni anti-abortiste con lo stesso fine.

⁵³ Corte Eur. Dir. Uo., *P. e S. c. Polonia*, cit., parr. 161 e ss..

diritti dell'uomo)⁵⁴, pur condividendo la tesi della violazione dell'art. 8 Cedu, ha espresso forti dubbi che la condizione di sofferenza patita dalla gestante potesse essere confrontata con quella patita dalle vittime delle tipiche condotte punibili ai sensi dell'art. 3, per quanto riguarda il superamento della soglia minima di severità⁵⁵. Secondo il giudice Braga sarebbe stato meglio considerare le condotte contestate allo Stato polacco come aggravanti della violazione dell'art. 8 Cedu, in quanto la posizione espressa dalla maggioranza dei membri della Corte in merito all'applicabilità e alla violazione dell'art. 3 Cedu “*extend the scope of that Article too far*”⁵⁶.

4. La propensione dei giudici di Strasburgo a non giudicare le scelte operate dagli Stati membri in materia di accesso alle pratiche abortive non ha precluso a partire dal caso *Tysiak* una verifica della validità della legislazione polacca e di quella irlandese in materia di interruzione della gravidanza sotto il profilo del rispetto degli obblighi positivi a carattere procedurale che opererebbero nella *subjecta materia* ai sensi dell'art. 8 Cedu⁵⁷, . Una verifica che ha costretto la Corte a precisare nei successivi casi *A., B. e C. c. Irlanda e P. e S. c. Polonia* che l'art. 8 Cedu non garantisce alla gestante il diritto di abortire⁵⁸.

È noto che l'art. 8 Cedu è stato concepito in termini negativi, inteso quale divieto alle autorità pubbliche di ingerirsi arbitrariamente nella vita privata e familiare dei consociati. Tuttavia, così come l'art. 3 Cedu, esso sottende delle obbligazioni positive⁵⁹ e procedurali finalizzate a garantire un effettivo rispetto della sfera privata individuale⁶⁰ e tali da implicare *in limine* la previsione, laddove opportuno, di specifiche soluzioni normative. Sotto lo specifico versante procedurale, la realizzazione di un effettivo godimento dei diritti garantiti da questa disposizione impone che il processo di formazione delle decisioni di ingerenza sia chiaro e tale da offrire un'adeguata protezione degli interessi dei soggetti coinvolti⁶¹. La norma non contiene alcuna condizione procedurale esplicita, ma si comprende che il significato precettivo dell'art. 8 Cedu sarebbe completamente svuotato se l'azione di bilanciamento tra interessi privati e pubblici dalla quale trae origine la decisione di

⁵⁴ Il giorno dopo l'emanazione della sentenza il giudice Bratza concluderà il suo mandato come Presidente e membro della Corte.

⁵⁵ Corte Eur. Dir. Uo., *P. e S. c. Polonia*, cit., *Partly Dissenting Opinion of Judge Bratza*.

⁵⁶ *Ivi*, par. 5.

⁵⁷ Peraltro, anche in questo caso, i giudici di Strasburgo colgono l'occasione per precisare che “*it is not the Court's task in the present case to examine whether the Convention guarantees a right to have an abortion*” (sent. *Tysiak*, cit., par. 104, sotto la rubrica “*Scope of the case?*”).

⁵⁸ Corte Eur. Dir. Uo., *A., B., C. c. Irlanda*, cit., par. 214.

⁵⁹ Vedi quale *leading case* Corte Eur. Dir. Uo., sentenza 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74, serie A. 31, in particolare par. 31.

⁶⁰ *Cfr.* Corte Eur. Dir. Uo., sentenza del 25 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, ric. n. 8978/80, serie A. 91, par. 28; vedi anche Corte Eur. Dir. Uo., sentenza del 25 settembre 1996, *Buckley c. Regno Unito*, ric. n. 20348/92, in *Reports* 1996-IV par. 76.

⁶¹ Corte Eur. Dir. Uo., sent. *Tysiak*, cit., par. 113.

ingerenza nella sfera di autodeterminazione dell'individuo non fosse concretamente condotta in modo equo e partecipativo.

È sulla base di questo contesto interpretativo che nel caso *Tysiak* la Repubblica polacca è stata condannata per aver mancato di predisporre un sistema procedurale che consentisse di stabilire *ex ante* e senza appello, in presenza di fondate condizioni di incertezza, se la gestante richiedente l'accesso all'aborto terapeutico fosse in possesso di tutti i requisiti previsti dalla legge polacca per una lecita interruzione della gravidanza. La prospettiva assunta dai giudici di Strasburgo nella valutazione della legge polacca sulla pianificazione familiare, la protezione degli embrioni e la regolamentazione dell'aborto è quella del rispetto degli obblighi positivi che gravano sugli Stati membri a protezione di un effettivo diritto al rispetto della vita privata e familiare. Essi osservano che laddove gli Stati consentono alla gestante la possibilità di abortire per ragioni terapeutiche devono predisporre un quadro regolamentare che consenta un effettivo accesso alle strumentali prestazioni mediche. La procedura dovrebbe garantire alla gestante la possibilità di essere sentita personalmente, facendo sì che il suo punto di vista sia tenuto in debita considerazione ai fini della decisione⁶².

Gli stessi principi hanno trovato applicazione anche nel caso *A., B. e C. c. Irlanda*, laddove la Corte ha ritenuto fondate le contestazioni mosse dalla ricorrente *C.*, costretta a recarsi nel Regno Unito per l'esecuzione dell'aborto in presenza di un fondato rischio per la sua vita: la grave forma di tumore di cui la gestante era sofferente avrebbe potuto aggravarsi a causa della prosecuzione della gravidanza. Ancora una volta la Corte sottolinea l'assenza di un quadro normativo di dettaglio che stabilisca criteri e procedure per determinare l'esistenza di un rischio effettivo per la vita della gestante (e quindi la sussistenza dei presupposti per una lecita interruzione della gravidanza) e che consentano di risolvere in modo definitivo e vincolante un contrasto che dovesse insorgere tra la gestante e il suo medico o tra i medici stessi. Nel caso specifico, l'incertezza determinata dalla mancata attuazione dell'art. 40.3 della Costituzione irlandese e, segnatamente, dalla mancata previsione di un sistema procedurale che consenta di stabilire l'esistenza del diritto ad abortire, comporta un contrasto tra il riconoscimento teorico del diritto e il suo godimento concreto⁶³. La prospettiva assunta dai giudici di Strasburgo nella valutazione del quadro

⁶² Corte Eur. Dir. Uo., sent. *Tysiak*, cit., parr. 116-117.

⁶³ Cfr. Corte Eur. Dir. Uo., *A., B. C. c. Irlanda*, cit., par. 264. Con risoluzione del 4 dicembre 2014 (CM/ResDH(2014)273, consultabile sul sito web del Comitato dei Ministri http://www.coe.int/t/cm/Home_en.asp) ha dichiarato concluso il procedimento di esame delle misure adottate dall'Irlanda per conformarsi agli obblighi di implementazione derivanti dalla sentenza sul caso *A., B. C.* In particolare, il *Protection of Life during Pregnancy Act* del 2013 e i relativi atti regolamentari e linee guida sembrano aver introdotto un *framework* procedurale idoneo a garantire un effettivo esercizio del diritto di abortire nei casi consentiti dalla Costituzione irlandese.

normativo irlandese e di quello polacco è la medesima: laddove gli Stati consentono alla gestante la possibilità di abortire per ragioni terapeutiche, devono predisporre un *framework* regolamentare che consenta un effettivo accesso alle strumentali prestazioni mediche⁶⁴.

Si noti al riguardo che la predisposizione di adeguate garanzie procedurali assume importanza soprattutto nei casi in cui si verifichi un contrasto tra la donna e i medici chiamati a verificare l'esistenza delle condizioni richieste per l'accesso all'interruzione della gravidanza o, comunque, quando vi sia incertezza tra gli stessi sanitari sulla loro sussistenza. Come è stato sottolineato dalla dottrina amministrativistica⁶⁵, le salvaguardie procedurali discendenti dal principio del giusto procedimento sono strettamente connesse con la c.d. amministrazione del rischio. Quando la decisione di ingerenza della pubblica autorità trova fondamento in una valutazione di natura scientifica opinabile e non è chiaro quali potrebbero essere gli effetti dell'azione o dell'inazione dello Stato sugli interessi coinvolti, si impone l'introduzione di un meccanismo di verifica equo ed imparziale diretto ad assicurarne l'effettiva protezione, anche a garanzia della legittimità dell'atto di interferenza. È lo stesso concetto di legalità e di Stato di diritto a richiedere che in una società democratica le decisioni riguardanti i diritti umani fondamentali, in alcuni casi, siano soggette a qualche forma di procedura davanti ad un competente organo indipendente per riesaminare le ragioni della statuizione e le prove pertinenti⁶⁶.

Un altro fattore sul quale la Corte ha posto l'accento a partire dal caso *Tysiac*⁶⁷ è quello temporale, che svolge un ruolo centrale nelle decisioni d'interruzione della gravidanza, principalmente laddove la pratica abortiva sia richiesta per finalità terapeutiche. Secondo la Corte le procedure previste dagli ordinamenti interni dovrebbero assicurare che le relative decisioni siano tempestive, così da limitare o prevenire i danni alla salute della donna che potrebbero essere causati da un aborto ritardato⁶⁸. Allo stesso scopo, in

⁶⁴ Con riferimento all'ordinamento italiano deve essere qui presa in considerazione, anche solo in via incidentale, la decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) c. Italia*, ric. n. 87/2012 (consultabile sul sito http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ECSR/ECSRdefault_en.asp), che ha accertato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 11 (diritto alla salute) della Carta Sociale Europea per la mancata adozione di misure idonee a bilanciare il diritto delle donne a ricorrere all'aborto nei casi previsti dalla legge e quello dei medici di astenersi da questa pratica per motivi di coscienza. La pronuncia interessa particolarmente perché riprende le argomentazioni di principio utilizzate dalla Corte europea per i diritti dell'uomo nelle sentenze in commento in merito al contrasto tra il riconoscimento teorico del diritto all'aborto e il suo godimento concreto, concludendo nello specifico che una volta che gli Stati membri consentono l'aborto in alcune situazioni, essi poi sono tenuti ad adottare tutti i provvedimenti necessari per garantire che l'esercizio effettivo della libertà di coscienza degli operatori sanitari non impedisca ai pazienti di ottenere l'accesso ai servizi a cui hanno legittimamente diritto.

⁶⁵ D. Bevilacqua, *Tutela dei diritti umani e giusto procedimento...*, op. cit., p. 949.

⁶⁶ Corte Eur. Dir. Uo., sent. *Tysiac*, cit., par. 117.

⁶⁷ Più di recente v. Corte Eur. Dir. Uo., *P. e S. c. Polonia*, par. 111, laddove si legge "The nature of the issues involved in a woman's decision to terminate a pregnancy or not is such that the time factor is of critical importance. The procedures in place should therefore ensure that such decisions are taken in good time.", sul punto E. Crivelli, *P. e S. c. Polonia...*, op. cit., p. 252.

⁶⁸ *Ivi*, par. 118.

presenza di fondate condizioni di incertezza sulla sussistenza dei requisiti fissati dalla legge per l'accesso al trattamento medico, lo Stato dovrebbe costruire un sistema infraprocedurale di verifica che si concluda con una decisione definitiva adottata tempestivamente.

4.1. Di là dal profilo incidente sugli obblighi procedurali gravanti sugli Stati membri della Cedu in tema di aborto terapeutico, il corso giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Tysiak* desta interesse perché ha spinto taluno a ritenere che la Corte avesse abbandonato la propria politica di neutralità rispetto alla scelta degli Stati membri di consentire l'accesso alla pratica interruttiva, per ragioni terapeutiche o meno.

Nel caso *Tysiak*, ad esempio, ha suscitato clamore (rinvigorendo una certa interpretazione *pro-choice* della Cedu) la posizione dissenziente espressa dal giudice portoghese Borrego-Borrego, il quale ha affermato che nel condannare lo Stato polacco per violazione dell'art. 8 Cedu, la Corte europea per i diritti dell'uomo aveva compiuto un primo significativo passo verso il riconoscimento del diritto delle gestanti di abortire *on demand*⁶⁹. In particolare, l'importanza che nell'economia della soluzione della fattispecie *Tysiak* è stata attribuita al diritto della gestante di essere ascoltata ha indotto il giudice Borrego-Borrego a concludere che la condanna dello Stato polacco potesse rappresentare un primo tentativo di rovesciare l'orientamento della Corte di Strasburgo quanto alla rilevanza che deve essere riconosciuta alla volontà della donna in materie di scelte riproduttive.

Mentre la sentenza *Tysiak* ha fatto pensare che la Corte stesse muovendo i primi passi verso il riconoscimento del diritto all'aborto elettivo, la sentenza resa nel caso *A., B. e C.* poteva lasciar intendere che la Corte avesse sposato le tesi *pro-life*. In particolare, oltre alla netta negazione del diritto all'aborto sotto l'art. 8 Cedu, è sembrata giustificare questa conclusione l'affermazione contenuta nella pronuncia secondo la quale la circostanza che nella maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa l'aborto è ammesso a condizioni più ampie di quanto faccia lo Stato irlandese non riduce il margine di apprezzamento ad esso spettante nell'intervenire in una materia caratterizzata dalle forti implicazioni etiche e morali. Secondo la Corte occorre pur sempre tener conto dell'eterogeneità delle posizioni giuridiche e scientifiche tra gli Stati circa il momento in cui la vita ha inizio nel valutare la correttezza del bilanciamento operato in concreto dallo Stato tra gli interessi della gestante e del nascituro⁷⁰.

⁶⁹ Corte Eur. Dir. Uo., sent. *Tysiak*, cit., *Dissenting Opinion of Judge Borrego Borrego*, par. 13.

⁷⁰ Corte Eur. Dir. Uo., *A., B., C. c. Irlanda*, cit., parr. 233-236.

Lungi dal rappresentare il riconoscimento del diritto di abortire *on demand* o, viceversa, della validità della tesi antiabortista basata sulla personalizzazione dell'esistenza prenatale in ambito convenzionale, si ritiene che le due pronunce siano intimamente coerenti e che anche le successive decisioni nei casi *R.R. e P. e S.* si collochino nel solco di una precisa volontà non interventista della Corte, che, finora nel contesto dell'art. 8 Cedu, si è limitata a censurare non già la decisione dello Stato di assicurare alle donne il diritto di abortire ma il modo il cui lo Stato regola l'accesso alla prestazione medica una volta che viene consentito e previsto⁷¹. Al riguardo si nota che la ricostruzione offerta dal giudice dissenziente Borrego Borrego era allora come oggi distante dalla linea non interventista scelta dalla Corte. Nonostante dalla decisione *Tysiak* sia emersa rinvigorita la necessità di un'adeguata considerazione della volontà della donna rispetto alla gravidanza, non pare che essa si sia posta in contraddizione con l'obbligo dell'equo bilanciamento degli interessi confliggenti che grava sugli Stati membri in materia d'aborto. In questo senso si ritiene che l'affermazione tranciante contenuta nella successiva sentenza *A., B. e C.* (l'art. 8 Cedu "*cannot be interpreted as conferring a right to have abortion*") costituisca una risposta agli interrogativi e ai timori emersi all'indomani del caso *Tysiak*, come rappresentati dal giudice Borrego Borrego, e una più diretta definizione della giurisprudenza della Corte sulla portata delle tutele spettanti alla gestante nel contesto dell'art. 8 Cedu. Allo stesso modo, anche la tesi di un rinvigorismento della posizione *pro-life* in seguito alla sentenza *A., B. e C.* non sembra possa reggere ad una attenta ricognizione della giurisprudenza della Corte che già in passato e in più occasioni ha chiarito che l'interesse alla vita del nascituro deve essere preso in debita considerazione quando lo Stato intende intervenire per disciplinare l'accesso alla pratica interruttiva della gravidanza in assenza di pericoli per la donna e opera come possibile valore antagonista anche quando si tratta di garantire la salvaguardia della vita o della salute psico-fisica della gestante.

Fermo quanto sopra esposto, sembra ragionevole dedurre che la posizione della Corte in merito all'interpretazione dell'art. 8 Cedu per quanto concerne il diritto all'aborto nelle sentenze richiamate non possa allo stato escludere il riconoscimento del diritto all'aborto terapeutico nel contesto dell'art. 2 Cedu e delle obbligazioni sostanziali positive gravanti sugli Stati membri in virtù di detta disposizione. Del resto, come ricordato dalla Corte nello stesso caso *A., B. C. c. Irlanda*, mentre "*a broad margin of appreciation is accorded to*

⁷¹ Cfr. Corte Eur. Dir. Uo., *A., B. C. c. Irlanda*, cit., par. 249, laddove si legge: "*While a broad margin of appreciation is accorded to the State as to the decision about the circumstances in which an abortion will be permitted in a State (paragraphs 231-238 above), once that decision is taken the legal framework devised for this purpose should be "shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention"*."

the State as to the decision about the circumstances in which an abortion will be permitted”, non ogni restrizione legale all'interruzione della gravidanza può dirsi giustificata⁷².

5. Come abbiamo visto il rispetto dell'art. 8 Cedu implica l'adempimento di obbligazioni negative e positive. I confini tra i due piani dispositivi non si prestano ad una definizione precisa, ciò nondimeno i principi applicabili ai fini della ricostruzione del loro contenuto precettivo nel caso concreto paiono simili⁷³. In entrambi i contesti, positivo e negativo, lo Stato è chiamato a realizzare un giusto bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e quelli della collettività; e in ambedue i casi, esso gode di un certo margine di apprezzamento⁷⁴.

Nell'ipotesi in cui lo Stato adotti delle misure che interferiscono o limitano il godimento di una delle posizioni sostanziali individuali definite dall'art. 8, § 1, Cedu, il margine di discrezionalità investe lo stesso parametro della “necessità” che la misura restrittiva deve soddisfare in una società democratica; in altri termini lo Stato gode di una certa autonomia nello stabilire se l'interferenza nella sfera privata dell'individuo corrisponda ad un pressante bisogno sociale e sia proporzionata a tal fine⁷⁵. Sul versante delle obbligazioni positive, la giurisprudenza di Strasburgo riconosce agli Stati una certa libertà non soltanto nel determinare se, in relazione al caso concreto, essi hanno l'obbligo d'agire⁷⁶ ma anche nel decidere, una volta che l'obbligo è stato individuato, quali siano le modalità di azione più opportune⁷⁷.

A ben vedere, la determinazione dell'esatto contenuto materiale delle obbligazioni che gravano sugli Stati membri ai sensi dell'art. 8 Cedu e, conseguentemente, degli aspetti su cui è ammessa una certa libertà di azione regolamentare riposa sul confronto tra la posizione soggettiva del ricorrente, da una parte, e gli interessi pubblici o individuali complementari, dall'altra; cosicché, in definitiva, risulta che la maggiore o minore ampiezza del margine di manovra riconosciuto in concreto allo Stato dipende dalla natura degli interessi che entrano in gioco⁷⁸. Si tenga infine conto che, oltre alla natura degli interessi in

⁷² Corte Eur. Dir. Uo., sent. *A., B. e C.*, cit., par. 249.

⁷³ *Ivi*, par. 247.

⁷⁴ Sulla dottrina del margine di apprezzamento si rinvia ai contributi di R. St. J. Macdonald, *The Margine of Appreciation*, in *The European System of Protection of Human Rights*, R. St. J. Macdonald, F. Matscher e H. Petzold, ed., Aja 1994, pp. 83 e ss.; vedi anche P. van Dijk – G.J.H. van Hoof, *Theory and practice...*, *op. cit.*, p. 82 e ss. Sull'applicazione del principio del margine di apprezzamento nel contesto dell'art. 8 Cedu v. C. Ovey, *The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention*, in *H.R.L.J.*, 1-1998, pagg. 10 e ss.

⁷⁵ Corte Eur. Dir. Uo., sentenza del 25 maggio 1983, *Silver e al. c. Regno Unito*, ric. n. 5947/72, serie A. 61, par. 97.

⁷⁶ Corte Eur. Dir. Uo., sentenza del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, ric. nn. 9214/80, 9473/81, 9474/81, serie A. 94, par. 67.

⁷⁷ Corte Eur. Dir. Uo., sent. *X e Y*, cit., par. 29.

⁷⁸ Nel tentativo di definire l'ambito di applicazione della dottrina del margine di apprezzamento sulla base della casistica giurisprudenziale della Corte europea per i diritti umani, è stato osservato che essa è utilizzata

gioco, costituisce un parametro rilevante per la concreta individuazione del margine di apprezzamento a favore degli Stati membri, l'esistenza di standard normativi e prassi (anche giurisprudenziali) condivise a livello europeo. In assenza di un *common ground* tra i Paesi europei il margine di libera determinazione deve essere ampio⁷⁹.

La dottrina del margine di apprezzamento e i parametri sopra individuati hanno trovato applicazione anche nella valutazione delle legislazioni statali in tema di aborto e diritti riproduttivi. La decisione della Commissione europea per i diritti dell'uomo nel caso *Paton*⁸⁰ rappresenta un significativo esempio di applicazione del criterio del primo tipo, nel bilanciamento tra interessi individuali confliggenti. Nella fattispecie considerata, infatti, la pratica abortiva era stata eseguita in conformità alla legge britannica, contro il volere del ricorrente (potenziale padre) e in asserita violazione della sua libertà nelle scelte riproduttive, per salvaguardare la vita e la salute psico-fisica della gestante. Ebbene, in presenza di un pericolo imminente per un aspetto essenziale della sfera privata della donna, quale è la sua integrità fisica e psichica, il margine d'azione riconosciuto agli Stati è ridottissimo⁸¹: la salute della gestante deve essere garantita pure al prezzo di una totale compromissione del diritto alla vita privata e familiare del padre. Nel caso concreto ne è derivata l'impossibilità di riconoscere in capo al potenziale padre anche solo diritti di natura procedurale, come quello di essere consultato in relazione all'interruzione della gravidanza⁸².

Nella controversia *Evans c. Regno Unito* (vertente, si ricorda, sul regime del ritiro del consenso nella legislazione inglese in materia di fecondazione *in vitro*) al conflitto interindividuale si aggiunge la valutazione di un interesse di carattere generale. Da una parte abbiamo il diritto della donna a divenire madre in senso genetico, dall'altra, il diritto dell'uomo al rispetto delle proprie scelte informate e l'esigenza più generale di garantire la certezza delle situazioni giuridiche in un settore così sensibile. Ai fini della determinazione del margine di discrezionalità spettante allo Stato britannico, la Corte europea per i diritti dell'uomo attribuisce un peso preponderante all'assenza di una posizione comune tra gli Stati membri in materia di fecondazione *in vitro*⁸³. Osserva la Corte: "*the above margin must in principle extend both to the State's decision whether or not to enact legislation governing the use of IVF*

nei casi in cui il *punctum pruriens* è costituito da un conflitto fra interessi individuali o fra questi ed interessi pubblici, e laddove lo Stato è chiamato ad operare un bilanciamento tra gli stessi (v. P. van Dijk – G.J.H. van Hoof, *Theory and practice...*, *op. cit.*, p. 85)

⁷⁹ V. C. Ovey, *The Margin of Appreciation...*, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁰ *Supra*.

⁸¹ Alle stesse conclusioni giunge la Corte nel caso *X e Y c. Paesi Bassi*, *cit.*, parr. 24-27.

⁸² Comm. Eur. Dir. Uo., *Paton c. Regno Unito*, *cit.*, par. 27. Vedi pure Corte Eur. Dir. Uo, ric. n. 50490/99, decisione di irricevibilità del 5 dicembre 2002, in *Reports of Judgments and Decisions*, vol. VII, 2002, par. 2.

⁸³ Corte Eur. Dir. Uo., *Evans c. Regno Unito*, *cit.*, par. 81.

*treatment and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests*⁸⁴.

L'eterogeneità delle posizioni riscontrabile a livello europeo gioca un ruolo decisivo anche nel bilanciamento tra l'interesse alla vita del nascituro (meritevole di tutela *praeter legem*) e quello alla salute psico-fisica della donna che intenda abortire per ragioni terapeutiche. Nel caso *Paton* la Commissione ha rilevato che non vi è consenso fra gli Stati membri circa la determinazione del momento in cui la vita ha inizio: “*While some believe that life starts with conception, others tend to focus upon the moment of nidation (14 days after conception), or upon the point that the foetus becomes viable or upon live birth*”⁸⁵. Ne deriva che lo Stato deve essere ammesso a godere di un certo margine di discrezionalità nel contemperare le due sfere di interesse, in primo luogo per ciò che riguarda l'individuazione del termine temporale entro il quale l'interruzione della gravidanza può essere eseguita lecitamente. Così, nel caso sopra citato, la Commissione ha precisato che l'aborto della Sig.ra Paton ricadeva tra le implicite limitazioni al presunto diritto alla vita del nascituro in quanto “*carried out at the initial stage of the pregnancy [...] in order to avert the risk of injury to the physical or mental health of the pregnant woman*”⁸⁶. Anche nella decisione di irricevibilità sul caso *R.H. c. Norvegia*⁸⁷, la Commissione ha ritenuto che la legislazione norvegese, che autorizza l'aborto terapeutico sino alle 18 settimane dall'inizio della gravidanza, fosse conforme agli impegni convenzionali e al margine di libero apprezzamento che deve essere riconosciuto agli Stati membri in tema d'aborto.

La linea di ragionamento seguita dalla Commissione nei casi *Paton* e *R.H.* e, in maniera meno evidente, dalla Corte nel caso *Evans*, mostra che il criterio utilizzato per la concreta determinazione dell'estensione dell'autonomia regolamentare degli Stati è in sostanza unico. A bene vedere, la presa in considerazione dell'assenza di uno scenario comune a livello europeo non costituisce altro che una specificazione del criterio di

⁸⁴ *Ivi*, par. 82.

⁸⁵ Comm. Eur. Dir. Uo., *Paton c. Regno Unito*, cit., par. 12. Ad esempio, mentre la Corte costituzionale tedesca ha ritenuto che l'art. 2 Cedu debba applicarsi a qualsiasi essere umano dal momento della nidiazione, la Corte costituzionale austriaca ha statuito l'inoperatività della protezione per i nascituri (per una panoramica esaustiva della giurisprudenza costituzionale europea in tema d'aborto si rinvia a M. Casini, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea: le decisioni delle corti costituzionali e degli organi sovranazionali di giustizia*, Padova, CEDAM, 2001). Ancora, usando un differente approccio, la Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Roe c. Wade*, ha concluso che lo Stato vanta un interesse concorrente alla vita del nascituro dal momento in cui quest'ultimo acquista capacità di vita autonoma (sul celeberrimo caso vedi l'interessante contributo di J. Rubenfeld, *On the legal status of the proposition that "life begins at conception"*, in *Stanford law review*, 1991, pp. 599-635; vedi anche C.I. Lugosi, *Conforming to the rule of law: when a person and human being finally mean the same thing in the fourteenth amendment jurisprudence*, in *Issues in Law and Medicine*, 2007, pp. 119-303).

⁸⁶ *Ivi*, par. 23.

⁸⁷ Comm. Eur. Dir. Uo, ric. n. 17004/90, cit., p. 167. Sul caso norvegese vedi T.A.M. te Braake, *Late abortion and the European Convention on Human Rights*, in *Medicine and Law*, 1999, pp. 607-612. L'A. trae, come ulteriore conseguenza della pronuncia, l'incompatibilità con l'art. 2 Cedu delle pratiche abortive eseguite quando il nascituro è capace di vita autonoma o slegata dal grembo materno (*viability*).

quantificazione del margine di apprezzamento basato sulla natura degli interessi in gioco. Difatti, l'esistenza di ampie divergenze nella legislazione e nella prassi europea rivela che la natura e il grado di importanza di quella data posizione individuale è in formazione: essa sta prendendo forma e sostanza e deve essere ancora *digerita e metabolizzata* dalle varie comunità nazionali.

Sotto questo aspetto suscitano interesse le conclusioni della Corte nel caso *A., B. e C.*, laddove essa afferma che il margine di apprezzamento nel bilanciamento degli interessi in gioco che va riconosciuto in questo contesto allo Stato irlandese non può essere ridotto anche in presenza di un generale consenso fra i membri del Consiglio d'Europa per quanto riguarda l'accesso alla pratica abortiva in condizioni meno restrittive⁸⁸. Si tratta all'evidenza di una posizione derogatoria rispetto ai principi enunciati sopra, che sembra riposare sull'assenza di un *common ground* europeo sul tema della tutela dell'esistenza prenatale e sulla considerazione delle peculiarità della situazione irlandese e del dibattito sul diritto alla vita del concepito svoltosi in quel contesto nazionale e ordinamentale. La questione è evidenziata in termini critici dalla posizione concorrente resa nel caso in esame dal giudice Geoghegan⁸⁹ secondo la quale “*this is not a case of use of consensus for interpretation of the Convention*” in quanto in nessuno degli ordinamenti che dovrebbe fungere da elemento paradigmatico ai fini della determinazione del consenso europeo in tema di accesso alla pratica abortiva il dibattito sulla tutela dell'esistenza prenatale si è svolto negli stessi termini e con la medesima intensità di quello svoltosi in Irlanda. In termini generali il giudice irlandese osserva che il consenso che la Corte dovrebbe prendere in considerazione per valutare l'ampiezza del margine di apprezzamento da riconoscere allo Stato nel bilanciamento degli interessi in gioco è soltanto quello “*rilevante*”, ossia quello rappresentato dagli ordinamenti che muovono da presupposti analoghi nell'azione di bilanciamento. Nel caso concreto, secondo Geoghegan, tale impostazione avrebbe dovuto tradursi nel solo confronto con quegli ordinamenti per i quali il diritto alla vita del nascituro costituisce un interesse generale meritevole di protezione⁹⁰. Questa posizione non convince fino in fondo. Mentre si è concordi sul fatto che le specificità culturali dei singoli Stati membri devono trovare espressione ai fini della valutazione del bilanciamento operato in concreto dallo Stato presunto violatore (ciò che del resto è avvenuto nella decisione in commento), la tesi secondo la quale il consenso in grado di limitare il margine di apprezzamento dello Stato nella gestione di conflitti di rilevanza etica e morale è soltanto quello rilevante (nel senso sopra precisato) sembra restringere oltremodo l'ambito di applicazione del parametro in

⁸⁸ Corte Eur. Dir. Uo., *A., B. C. c. Irlanda*, cit., par. 236.

⁸⁹ Corte Eur. Dir. Uo., *A., B. C. c. Irlanda*, cit., *Concurring Opinion of Judge Finlay Geoghegan*.

⁹⁰ *Ivi*, par. 8-10.

esame e introduce a carico del ricorrente un onere probatorio ulteriore di difficile adempimento⁹¹. Infine, non va sottovalutato il rischio che una simile impostazione favorisca l'accentuazione delle differenze tra le legislazioni statali, pregiudicando l'uniformità della tutela convenzionale.

6. Osservazioni conclusive.

Alla luce della pregressa disamina possono essere svolte alcune considerazioni conclusive sui caratteri delle garanzie di cui gode attualmente il diritto d'accesso alla pratica interruttiva della gravidanza nel sistema della Cedu e sui limiti che la libertà della donna in materia di scelte riproduttive incontra in una società democratica.

Sin dalle prime pronunce degli organi di garanzia della Cedu un dato, in particolare, ci pare aver caratterizzato l'interpretazione degli artt. 2 e 8 Cedu in relazione alla problematica in oggetto: la consapevolezza delle differenze socio-culturali esistenti tra gli Stati europei che hanno aderito alla Convenzione. Per ciò che riguarda specificatamente l'aborto terapeutico, nonostante l'interpretazione sistematica dell'espressione "*everyone*" abbia portato ad escludere che la garanzia di cui all'art. 2 Cedu operi anche nei confronti del nascituro, la Commissione e la Corte hanno chiarito che l'obiettivo di salvaguardare la vita e l'integrità psico-fisica della gestante in pericolo per ragioni legate alla gravidanza deve essere assolto tenendo in debita considerazione l'interesse alla vita del feto, riconoscendo implicitamente che le ragioni di una simile conclusione riposano, da un lato, sulle divergenze esistenti tra gli Stati membri quanto alla determinazione del momento in cui la vita ha inizio e, dall'altro, sulla tendenziale emersione nei vari ordinamenti nazionali di una personificazione giuridica dell'esistenza prenatale. Il "giusto bilanciamento" tra l'interesse della gestante e quello del nascituro rappresenta, quindi, il parametro di riferimento nella valutazione delle discipline statali in tema d'aborto terapeutico e il giudizio sulla correttezza di tale contemperamento deve essere condotto tenendo conto della necessità di lasciare ai Paesi Membri della Convenzione un certo margine d'azione nell'interpretazione dei sentimenti e delle istanze provenienti dalle proprie comunità nazionali.

Ora, se negli Stati aderenti alla Convenzione europea la tutela dell'interesse alla vita del nascituro rappresenta una delle finalità che il legislatore nazionale deve perseguire nella previsione delle condizioni (anche temporali) per l'accesso alla pratica abortiva in caso di minaccia alla vita o salute psico-fisica della gestante, pare difficile immaginare (se non al prezzo di un'antinomia sistemica) la pretermissione dello stesso interesse quando tale pericolo non sussiste, ossia quando la donna decide di abortire indipendentemente da

⁹¹ Cfr. D. Tega, *Corte europea dei diritti: l'aborto in Irlanda...*, op. cit. p. 161.

ragioni legate alla sua salute. Questa conclusione s'impone per due motivi logicamente connessi: da una parte, l'interruzione volontaria della gravidanza è un fenomeno che non si esaurisce nella sola individualità della gestante, ma riguarda tanto il nascituro quanto il potenziale padre; dall'altra, per quanto ribadito sopra a proposito dell'aborto terapeutico, il diritto alla tutela della vita privata e familiare non può che ritenersi tendenzialmente pari ordinato all'interesse alla vita del feto. Ciò non significa che sussiste un divieto convenzionale di abortire, ma che il diritto all'aborto elettivo non costituisce una posizione fondamentale tutelata dalla Cedu. Del resto, il fatto che nel sistema convenzionale considerato esistono degli interessi alternativi rispetto a quello della gestante che giustificano eventuali interferenze statali nelle sue scelte riproduttive è implicitamente confermato dalla giurisprudenza *Tysiac e A., B. e C.*, laddove la censura delle legislazioni polacca e irlandese in tema d'aborto terapeutico ha insistito sui modi in cui lo Stato è intervenuto e non già sull'opportunità dell'intervento.

Quest'ultimo profilo ci spinge verso un'ulteriore riflessione. Considerata unitamente alla politica di neutralità adottata dagli organi di garanzia della Cedu per ciò che concerne le scelte di merito operate dagli Stati membri in tema di aborto e diritti riproduttivi, la verifica delle relative legislazioni sotto il profilo degli obblighi positivi e procedurali determina una situazione paradossale. Infatti, se lo Stato membro non riconosce il diritto della donna ad accedere alle cure mediche strumentali all'interruzione della gravidanza o addirittura criminalizza la pratica abortiva (come fa attualmente l'ordinamento maltese)⁹² si trova di fatto al riparo da qualsiasi tipo di censura o condanna. Se, *a contrario*, lo Stato interviene per garantire in via normativa il diritto della donna ad accedere alle cure mediche strumentali all'interruzione della gravidanza, rischia di vedersi condannare per non avere tenuto in debito conto la posizione del nascituro o per non avere predisposto un *framework* procedurale che garantisca adeguatamente i diritti dei soggetti coinvolti nella decisione interrutiva.

Per altro verso si nota che la giurisprudenza della Corte in tema di aborto non indica deferenza verso quegli Stati che criminalizzano l'aborto o prevedono condizioni più restrittive per l'accesso alla pratica abortiva⁹³. Inoltre, nonostante la Corte abbia chiarito che l'art. 8 Cedu non può essere interpretato in modo da ricavarne un diritto all'aborto, va

⁹² Il codice penale maltese, punisce l'aborto in ogni circostanza. Secondo quanto disposto dagli artt. 241-243A la gestante che acconsente alla pratica abortiva o si procura un aborto, è punita con la detenzione in carcere da 18 mesi a 3 anni; il medico, il chirurgo, l'ostetrico o il farmacista che esegua un aborto è punito con la detenzione da 18 mesi a 4 anni e il divieto permanente di esercitare la propria professione. Peraltro, non è chiaro se la pratica abortiva possa essere legittimamente praticata per salvare la vita della gestante, al riparo del principio penale generale dello stato di necessità, inteso come causa di non punibilità.

⁹³ Del resto l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha già espresso il proprio disappunto verso quegli ordinamenti che impediscono formalmente o in via di fatto l'accesso all'aborto in condizioni di sicurezza (*cf.* Risoluzione del 16 aprile 2008 n. 1607)

sottolineato che nel definire le ipotesi in cui la gravidanza può essere interrotta lecitamente gli Stati membri godono di un margine di apprezzamento ampio ma non illimitato⁹⁴. Infine, come già detto, al di là dell'incidenza sulla libera determinazione della donna in materia di scelte riproduttive, la regolamentazione della pratica abortiva presenta evidenti connessioni con il diritto alla vita e all'integrità psico-fisica della gestante. Nei casi in cui l'aborto ha finalità terapeutiche, tenuto conto della natura degli interessi in contrapposizione, il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato nella definizione delle condizioni di accesso alla pratica abortiva dovrebbe ridursi proporzionalmente. Quando poi è in gioco la vita della gestante, si ritiene che l'operatività degli obblighi positivi di protezione gravanti sugli Stati membri ai sensi dell'art. 2 Cedu determini l'inapplicabilità della teoria del margine di apprezzamento, comportando l'illegittimità degli ordinamenti che criminalizzano l'aborto in qualsiasi circostanza.

⁹⁴ Cfr. Corte Eur. Dir. Uo., *A., B, C. c. Irlanda*, cit., par. 249.