

**La sentenza del TAR per la Lombardia
che ha annullato le linee guida regionali
in tema di interruzione volontaria della gravidanza.**

di Francesca Biondi*
(4 febbraio 2011)

1. Con la sentenza depositata il 29 dicembre 2010 la III sez. del Tar per la Lombardia ha accolto¹ il ricorso presentato da diversi medici operanti in strutture sanitarie della Regione per ottenere l'annullamento di alcuni atti di natura secondaria adottati dagli organi politico-amministrativi della Regione Lombardia volti ad imporre una applicazione restrittiva della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza.

Si tratta di una decisione che merita di essere segnalata, perché con essa il giudice amministrativo ha confermato di possedere gli strumenti per poter intervenire efficacemente nel garantire il riparto delle competenze fra Stato e Regioni, soprattutto laddove l'atto non legislativo sia suscettibile di incidere sul godimento di diritti individuali.

Una sintetica ricostruzione della vicenda faciliterà la comprensione della sentenza.

La Giunta della Regione Lombardia, in data 22 gennaio 2008, aveva deliberato di prendere atto delle linee guida per l'attuazione della legge n. 194/1978 predisposte dal Presidente della Regione con l'ausilio di alcuni medici, nonché del decreto del Direttore generale della Direzione generale Sanità del 22 gennaio 2008 n. 327 che aveva disposto l'approvazione di queste ultime. Con l'adozione di tali atti la Regione si proponeva di imporre agli operatori sanitari una applicazione uniforme della legge statale che regola l'interruzione volontaria della gravidanza, specificandone i presupposti e introducendo procedure più complesse.

Sotto il primo profilo, infatti, le linee guida regionali "specificavano" la legge statale, stabilendo che il cd. aborto terapeutico in caso di pericolo fisico o psichico della donna² non avrebbe potuto essere effettuato oltre la ventiduesima settimana più tre giorni. L'atto regionale introduceva, cioè, un limite temporale rigido, una sorta di presunzione di vita autonoma del feto, nel caso in cui quest'ultimo avesse raggiunto l'età di ventidue

¹ Il Tar per la Lombardia, sez. III, aveva già infatti concesso la sospensione cautelare dell'atto impugnato con l'ord. 8 maggio 2008, confermata dal Cons. di Stato, sez. V, ordinanza 7 ottobre 2008.

² Con l'espressione "aborto terapeutico" si intende l'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, praticabile quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna oppure qualora siano in atto processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna. In questa seconda ipotesi, l'aborto è però ammesso solo se non sussiste possibilità di vita autonoma del feto (cfr. artt. 6 e 7 della l. 194/1978)

settimane più tre giorni, impedendo in modo assoluto l'aborto, là dove invece la legge statale lascia libero il medico di valutare in concreto la situazione.

Sotto il secondo profilo segnalato, le linee guida "integravano" la l. n. 194/1978, introducendo disposizioni nuove volte ad aggravare le procedure per il ricorso all'aborto. Anzitutto, si creava un registro regionale dove inserire i dati, anonimi, relativi ai risultati delle indagini prenatali e all'accertamento eseguito sul feto abortito, al dichiarato scopo di verificare l'accuratezza diagnostica delle indagini prenatali. In secondo luogo, con riferimento a quanto stabilito dall'art. 7 della l. n. 194/1978, le linee guida imponevano al ginecologo, in caso di aborto terapeutico, di avvalersi della collaborazione di specialisti al fine di accertare la sussistenza dei presupposti patologici, mentre la legge statale lascia il medico libero di decidere se confrontarsi, o meno, con colleghi di altre discipline; inoltre, prescrivevano che il certificato medico e la documentazione attestante il percorso di valutazione clinica che aveva portato alla certificazione dell'interruzione della gravidanza oltre il novantesimo giorno dovesse essere sottoscritto, anziché da un solo ginecologo, da due ginecologi e dal dirigente della struttura sanitaria per presa visione. Infine, l'atto regionale si poneva "in contrasto" con la legge, in quanto, in diversi punti, si invitavano le strutture sanitarie ad un maggior coinvolgimento della coppia e della famiglia, quando, invece, la l. n. 194/1978 volutamente riserva ogni decisione alla donna: per es., le linee guida stabilivano che la consulenza multidisciplinare doveva essere fornita, oltre che alla donna, "alla coppia"; oppure, con riferimento alla procedura prevista dall'art. 12 della l. n. 194/1978 nel caso in cui la donna abbia un'età inferiore ai diciotto anni, si introduceva un percorso di "aiuto che preveda un'attenta verifica della sua relazione genitoriale ed un adeguato accompagnamento psicologico e assistenziale".

2. Il ricorso avverso questi atti regionali, incentrato sulla violazione di diversi profili, viene accolto e, di conseguenza, annullata l'intera disciplina impartita dalla Regione.

Il ragionamento del Tar per la Lombardia muove dal fatto che la l. n. 194/1978 costituisce il frutto del bilanciamento operato dal legislatore statale tra la tutela del concepito (art. 2 Cost.) e quella della vita e della salute della madre (art. 32 Cost.)³. Richiamando la nota sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 1997, si osserva come il punto di equilibrio individuato dal legislatore con la l. n. 194/1978 renda quest'ultima una legge "a contenuto costituzionalmente vincolato": tutto ciò - secondo il Tar - comporta, non solo che questa legge non possa venire meno, ma anche

³ Sul bilanciamento operato dalla Corte costituzionale dapprima nella sent. n. 26 del 1981 e successivamente nella sent. 35 del 1997, cfr. M. D'Amico, *I diritti contesi*, Milano 2008, 30. Sul fatto che fra questi due diritti contrapposti non sia stato dato spazio all'autodeterminazione nella scelta della maternità, cfr. 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, 835.

che essa segna “il limite di tutela di quei medesimi interessi”. Più precisamente, poiché si ritiene che definire il limite di tutela di un diritto o, meglio, che fissare le prestazioni da garantire ad esso, altro non sia che stabilire il contenuto del diritto stesso, il giudice amministrativo giunge alla conclusione secondo cui la l. n. 194/1978 costituisce la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” che lo Stato, ex art. 117, comma 2, lett. m, Cost., deve garantire in modo uniforme a tutti sull’intero territorio nazionale.

Ammessa la legittimità dell’intervento statale in materia, il Tar prosegue valutando se le linee guida, in quanto atti di natura secondaria, si pongano in contrasto con la l. n. 194/1978.

Esso si sofferma, dapprima, sull’indicazione del termine di ventidue settimane e tre giorni come limite per il ricorso all’aborto terapeutico, sottolineando come il fatto stesso di fissare un termine rigido costituisca una violazione della legge: il legislatore statale infatti avrebbe volutamente lasciato al medico la valutazione caso per caso, anche alla luce del progresso scientifico.

Analogamente, il Tar ritiene che costituiscano una violazione della legge statale gli aggravamenti procedurali stabiliti nelle linee guida, secondo cui il ginecologo dovrebbe sempre farsi assistere dallo psicologo o dallo psichiatra e il certificato deve essere firmato da due medici.

Per questo motivo, perché l’atto amministrativo generale impugnato viola la fonte primaria, il Tar lo annulla nella sua totalità.

3. Un primo profilo della decisione che merita di essere analizzato è quello relativo all’individuazione della competenza statale e regionale in materia e al rapporto con la legge.

Come anticipato, la decisione del Tar per la Lombardia muove dall’affermazione secondo cui le disposizioni contenute nella l. n. 194/1978 costituirebbero la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire in modo uniforme sull’intero territorio nazionale, per poi di fatto concludere nel senso che la Regione non ha alcun titolo per intervenire nella materia.

Così ragionando, il giudice amministrativo si discosta, però, dalla giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale, infatti, pur ammettendo che le prestazioni possono incidere sul contenuto del diritto, ha affermato che la competenza “trasversale” ex art. 117, comma 2, lett. m, può essere invocata solo con riferimento alle “prestazioni”, restando il contenuto del diritto, costituzionalmente o legislativamente sancito, altra cosa (v. già sent. n. 282/2002); inoltre, la Corte ha più volte chiarito che l’intervento trasversale non può escludere o ridurre radicalmente il ruolo delle Regioni. Lo scopo di questa affermazione è ovviamente quello di evitare che tale competenza possa essere invocata dallo Stato per individuare il fondamento costituzionale della disciplina di interi settori materiali.

Il Tar per la Lombardia, invece, si discosta consapevolmente da questa giurisprudenza, osservando come la competenza ex art. 117, comma 2, lett. m non possa limitarsi a definire gli standard strutturali e qualitativi, dovendo comprendere anche le “condizioni” di accesso a determinate prestazioni. In tal modo, però, esso finisce per confondere la determinazione delle prestazioni con la definizione del contenuto del diritto (v. emblematicamente Corte cost., sent. 271 del 2005).

Il medesimo risultato avrebbe potuto essere più correttamente conseguito – come suggerito incidentalmente anche dai ricorrenti – anche inquadrando la disciplina contenuta nella l. n. 194/1978 nell’ambito nella materia, di competenza concorrente, “tutela della salute”.

La l. n. 194/1978, infatti, garantisce i diritti del concepito e la vita e la salute della donna, bilanciandoli tra loro. Le disposizioni in essa contenute, nella parte in cui individuano termini e condizioni per il ricorso all’interruzione della gravidanza, non costituiscono delle “prestazioni”, bensì evidentemente dei “principi”⁴, fissati dal legislatore statale e non derogabili da quello regionale.

A supporto di tale argomentazione, basti ricordare che la Corte, in più occasioni (v. sentt. nn. 355/1994 e 430/2007), ha affermato che “la specificità delle prescrizioni, di per sé, neppure vale ad escludere il carattere di principio della norma, qualora esse risultino legate al principio stesso da un evidente rapporto di coesistenzialità e di necessaria integrazione”.

Ma, prima ancora, pare necessario notare che le prescrizioni contenute nella legge n. 194/1978 sono dei principi poiché segnano – come giustamente ha osservato il Tar in altra parte della decisione - “il limite di tutela” degli interessi coinvolti. In altre parole, ciò che qualifica e distingue la l. n. 194/1978 è proprio il fatto di essere una legge di bilanciamento fra diritti: una legge che detta le condizioni per la tutela di un diritto – quello della salute della donna – contemperandolo con altro diritto – quello alla vita del concepito – non può che essere una normativa di principio.

Il problema è una legislazione di principio che costituiscono il frutto di un bilanciamento costituzionalmente imposto fra diritti lascia pochi spazi al legislatore regionale, poiché anche incidendo “solo” sulla procedura “si sposta” il punto di bilanciamento fra i diritti coinvolti.

In altre parole, anche se la “tutela della salute” è di competenza concorrente, in questa materia il legislatore regionale potrà intervenire in modo assai limitato, in quanto, nella l. n. 194/1978, la definizione delle condizioni per la tutela di un diritto sono espressamente definite in relazione ad un altro diritto, rispetto al quale viene contemperato e non potrà, dunque, la Regione garantire maggiormente uno dei diritti (nel nostro caso, la vita del concepito) quando ciò importi il sacrificio del contenuto essenziale di un altro diritto (la tutela della salute della madre).

⁴ In questo senso, con riferimento al termine per l’aborto terapeutico, cfr. Catalano, *Note a margine del decreto della Regione Lombardia di “attuazione” della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in www.forumcostituzionale.it

Qualora decidesse di farlo, diverso sarà il giudice chiamato a valutare il rispetto dei principi statali rispetto all'autonomia regionale: la Corte costituzionale, se la Regione interviene con legge; il giudice amministrativo, se viene adottato un atto di natura secondaria.

4. Nonostante qualche riserva in merito all'individuazione operata dal giudice amministrativo sull'individuazione della competenza statale, la decisione del Tar per la Lombardia merita di essere segnalata soprattutto per le affermazioni che rende sulle scelte operate dalla l. 194/1978 in tema di aborto.

Si pensi, in primo luogo, alla fissazione di un termine ultimo per il ricorso all'aborto terapeutico⁵. Si tratta di un profilo delicatissimo⁶, poiché, se nella prassi medica si tende a non ammettere l'interruzione della gravidanza una volta superate le ventiquattro settimane, molti hanno osservato come i progressi della scienza consentano oggi anche a neonati più prematuri di sopravvivere⁷. L'assenza di un termine per il ricorso all'interruzione della gravidanza pone dunque evidenti problemi di contemperamento tra i diritti del nascituro e la salute della donna, ma anche tra la responsabilità del medico e la scelta dei genitori, tuttavia, è da valutare se sia opportuno fissare un limite rigido e, in caso di risposta positiva, a chi spetti farlo.

Sul punto il giudice amministrativo sembra prendere una posizione chiara, affermando che la scelta di demandare al medico l'individuazione del termine è giustificata dalla possibilità di operare valutazioni caso per caso sulle concrete possibilità per il feto di vivere in maniera indipendente, anche alla luce del progresso scientifico. Il passaggio è importante poiché, ponendosi in un solco già tracciato dalla Corte costituzionale⁸, il Tar sembra optare per una disciplina non rigida, che, al contrario, valorizzi l'autonomia e la responsabilità del medico.

Altro passaggio della sentenza che si commenta che merita di essere segnalato è quello in cui il Tar, nel dichiarare l'illegittimità delle linee guida nella parte in cui intervengono sulle procedure per il ricorso all'interruzione della gravidanza, presuppone che certi aggravamenti procedurali possano per ciò stesso incidere sul contenuto dei diritti coinvolti. Questa affermazione – condivisibile, e coerente con l'idea che il legislatore statale con la l. 194/1978 abbia determinato il contenuto di un diritto anziché, più semplicemente, il livello delle prestazioni – è già in qualche modo già

⁵ Sull'illegittimità delle linee guida rispetto alla legge statale nella parte in cui imponevano un termine rigido per il ricorso all'aborto terapeutico, cfr. S. Catalano, cit.

⁶ Si ricordino le diverse prese di posizione sul punto e, in particolare, il dibattito svoltosi all'interno del Comitato nazionale di Bioetica che è sfociato nel documento *I grandi prematuri: note bioetiche* del 29 febbraio 2008; il documento del Consiglio superiore di sanità, Sessione XLVI, *Raccomandazione per le cure perinatali in età gestazionali estremamente basse* del 4 marzo 2008; nonché la presa di posizione dei Direttori delle cliniche di ginecologia e ostetricia delle Università di Roma del 4 febbraio 2008.

⁷ Sul punto, cfr. M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit., 35 e, della stessa Autrice, *Laicità in discussione*, in M. D'Amico-A.Puccio, *Laicità per tutti*, Milano 2009, 46.

⁸ Si ricordino la sentenza n. 151 del 2009 in tema di procreazione medicalmente assistita, ma anche le decisioni nn. 338 del 2003 e 282 del 2002

presente nella giurisprudenza costituzionale⁹, ma trova in questa decisione un esplicito riconoscimento.

Infine, il giudice amministrativo, sanzionando quelle parti delle linee guida regionali volte a coinvolgere il padre del concepito o la famiglia della donna minorenni nella procedura antecedente, mantiene saldo il “principio” secondo cui l’unico soggetto coinvolto nella scelta è la donna, non residuando spazi per il coinvolgimento forzato del padre del nascituro o per la famiglia della donna minorenni.

* Ricercatore confermato di Diritto costituzionale presso l’Università Statale di Milano

⁹ Proprio in tema di aborto, si legga la sent. 35 del 1997. Sul punto, cfr. ancora Brunelli, *op. cit.*, 864.