

IL DIBATTITO SULLA LEGGE N. 194 DEL 1978

Modelli legislativi e scelte di principio

In materia di aborto assistiamo a scelte legislative profondamente diverse, corrispondenti alle scelte di principio sul problema che gli ordinamenti possono fare. Semplificando al massimo, possiamo osservare che esistono almeno 3 modelli: quello che vieta penalmente l'aborto, ritenendolo un omicidio; quello che, all'opposto, ritiene la scelta nella totale libertà e disponibilità della donna, come se si trattasse di un fatto riguardante solo il "corpo" della donna; quello che, pur ritenendo che il nascituro goda di un "diritto" alla vita, sviluppa una disciplina orientata alla consulenza e all'aiuto alla donna, ritenendo che lo stato abbia il dovere di aiutare la donna a superare le difficoltà, essendo questa l'unica strada per tutelare in modo bilanciato i diritti della donna e quelli del nascituro (si parla di modello "discorsivo", adottato in Germania nel 1994).

La punizione penale dell'aborto si fonda sulla raffigurazione del problema alla stregua di un omicidio, nel quale la donna deciderebbe di "uccidere" il nascituro. In questa visione, ovviamente, il diritto alla vita del nascituro è assolutamente prevalente rispetto ai diritti della donna.

Questo modello, però, non è attento agli effetti pratici della punizione penale, ma la ritiene necessaria come strumento, anche simbolico, di difesa del diritto alla vita del nascituro. Una funzione, quindi, orientativa rispetto alla scala dei valori costituzionali.

La punizione penale è ancora prevista nell'ordinamento irlandese, mentre è stata di recente abrogata in Portogallo e sottoposta a referendum popolare, che ha confermato la scelta liberalizzatrice del legislatore; era il modello italiano fino al 1975 e tedesco fino al 1992.

Vi sono legislazioni nelle quali, invece, sembra prevalere in modo assoluto la libertà di autodeterminazione della donna: questi modelli legislativi in genere stabiliscono un periodo all'interno del quale, alla luce delle considerazioni scientifiche, il nascituro possa essere considerato nella totale disponibilità della scelta della donna.

Tale impostazione era giustificata nella famosa sentenza statunitense *Roe v. Wade* (1974) alla luce di un diritto di Privacy della donna: naturalmente all'interno di un periodo della gestazione che in genere coincide con le prime 12 settimane.

Legislazioni basate sulla possibilità di scelta della donna, senza particolari vincoli, nei primi tre mesi della gravidanza prevedono sempre però la possibilità o l'obbligo per la donna di recarsi in strutture pubbliche per essere aiutata e consigliata o per formalizzare il procedimento.

La scelta della libertà di scelta nel primo periodo della gravidanza è senz'altro rispettosa della libertà di autodeterminazione della donna, ma, di fatto, sembra disinteressarsi della possibilità che la donna vada davvero aiutata nella scelta. Vi è alla base di questo modello legislativo la convinzione, non supportata da dati scientifici adeguati, che la decisione di interrompere la gravidanza non sia da considerare come un male anche per la donna, comunque evitabile, se possibile: si

tratta senz'altro di una impostazione che risente anche dell'urgenza storica di "liberalizzare" l'aborto dinanzi a realtà dove il divieto penale e dunque l'illegalità dell'aborto producevano conseguenze tragiche in moltissimi casi, fino alla morte di moltissime donne.

Vi è una strada diversa, intrapresa in Germania e non conosciuta nel dibattito italiano, nella quale si tenta un bilanciamento reale dei diritti della donna e di quelli del nascituro.

Questo modello si sviluppa attraverso una decisione del Tribunale costituzionale tedesco, su una legge resa necessaria a seguito della riunificazione tedesca, dal momento che nelle due Germanie si avevano legislazioni basate su principi opposti: nella repubblica federale tedesca, era sancito il divieto penale dell'aborto, sulla base della equivalenza fra la tutela del massimo valore costituzionale, quello della vita, e l'impiego dello strumento più duro, quello penale, mentre nella repubblica democratica tedesca vigeva la libertà assoluta della donna di abortire nei primi tre mesi della gravidanza.

La legge del legislatore riunificato che stabiliva la legittimità dell'aborto nelle prime 12 settimane, attraverso la certificazione di consultori autorizzati era stata impugnata dinanzi al Tribunale costituzionale tedesco perché "sbilanciata" dalla parte dei diritti della donna, con il totale sacrificio del diritto alla vita del nascituro (diritto, quello alla vita, espressamente sancito nella Carta costituzionale tedesca).

Nella sua decisione il giudice tedesco aderisce a questa impostazione, riconoscendo che il diritto alla vita del nascituro è costituzionalmente previsto e che la legge del 1992 tutela soltanto uno delle due posizioni da bilanciare, quella della donna.

Il ragionamento del tribunale costituzionale, però, si fonda su indagini empiriche che dimostrano in modo molto chiaro che lasciando la donna libera, ma sola, nella decisione se abortire, non la si tutela appieno, dal momento che molte donne, se aiutate e sostenute, preferirebbero proseguire nella gravidanza e che la costrizione all'aborto per molte si rivela una ferita profonda, non cancellabile.

D'altra parte, analisi empiriche di diverso tipo conducono anche alla dimostrazione che la minaccia della sanzione penale non è di alcuna utilità neanche per i diritti del nascituro, ma risulta semmai controproducente, spingendo le donne nella clandestinità e quindi nell'ineluttabilità della scelta. La sanzione penale, dunque, non sarebbe affatto in grado di ridurre il numero degli aborti e, quindi, non sarebbe affatto un mezzo efficace di tutela della vita umana; in più, essa agirebbe in modo discriminatorio nei confronti di donne dalle condizioni sociali meno elevate.

Il tribunale costituzionale tedesco, allora, stabilisce un diverso bilanciamento dei principi in gioco: afferma il tribunale che l'aborto è illegittimo, in quanto costituisce lesione del diritto alla vita del nascituro, ma non è penalmente punibile quando la donna certifica di essersi sottoposta alla consulenza statale. La consulenza diviene centrale nella costruzione della disciplina tedesca, al punto da qualificare il modello come "discorsivo": la consulenza, infatti, non deve essere soltanto burocratico-formale, ma deve essere di sostanziale orientamento per la scelta della donna, non arrivando però neanche a costringere la donna in un senso o nell'altro. Nel difficile equilibrio fra un aiuto sostanziale e il convincimento si concretizza la manifestazione

della natura “laica” dello Stato, che non può imporre i valori, ma nemmeno ignorarli. Uno Stato la cui neutralità non è mai indifferenza (passiva), ma neanche intolleranza (attiva).

Il Tribunale costituzionale tedesco, sulla base delle indagini statistiche, riesce anche a costruire una procedura consultiva, nella quale, ad esempio, si prevedano due colloqui e uno spazio di tempo nel quale la donna possa riflettere e decidere: è infatti dimostrato che una maggiore consapevolezza sulle implicazioni di tale scelta e la possibilità di non farsi influenzare dal “contesto sociale” comportano la rinuncia di una donna su tre all’interruzione della gravidanza (vista dal Giudice costituzionale tedesco, sulla base dei dati scientifici, come un esito positivo, sia per la futura vita, ma anche, quando scelta libera e non imposta, per la stessa donna).

Nella visione tedesca, il diritto alla vita del nascituro, che esiste, non è un diritto astratto, contrapponibile a quello della donna, ma è un diritto che può esistere agendo con la donna e non contro di lei; solo considerando donna e nascituro come “due in uno”, e non contrapponendoli l’uno all’altro. Così ragionando, il Giudice costituzionale tutela sia il principio della dignità umana, sia quello della libertà individuale: la scelta della donna, per essere vera, efficace e non condurre ad una lesione profonda e inaccettabile, deve essere una scelta consapevole, che solo la consulenza statale può accertare e sostenere.

Emerge, nella visione del giudice costituzionale tedesco, una visione “concreta” e complessa dei diritti: per creare effettivi strumenti di tutela non bisogna farli contendere, buttarli uno contro l’altro, sperando che uno dei due vinca; non occorre, ed anzi è controproducente per la loro realizzazione, che un diritto “prevalga” sull’altro. Meglio trovare il modo per fare convivere posizioni diverse, attraverso la tecnica di un bilanciamento ragionevole. Occorre anche andare alla sostanza del problema giuridico: ed è quello che fa il giudice tedesco, quando analizza la posizione della donna, le difficoltà reali di molte donne nell’accettare una gravidanza, la lentezza con cui nasce il sentimento materno, non sempre positivo, e il dramma esistenziale per la maggior parte delle donne, dopo un aborto forzato o non voluto.

Nella valutazione del giudice costituzionale tedesco emerge così un nuovo bene giuridico da tutelare, che esige una speciale tecnica normativa: si tratta del bene della vita “in divenire” (in divenire non tanto e non solo per l’avanzamento oggettivo della gravidanza, quanto per la possibilità di rappresentazione e di accettazione della donna, ultima depositaria di quel bene).

La disciplina italiana si presta ad una interpretazione “alla tedesca”, attraverso una valorizzazione e un potenziamento del ruolo dei consultori, in un’ottica che dia la massima importanza alla possibilità che la donna decida, dopo adeguata riflessione, di non interrompere la gravidanza.

Marilisa D’Amico

Professore ordinario di Diritto costituzionale. Università Statale di Milano

Esecutivo regionale PD con delega alle istituzioni

Ritengo che sia importante far circolare queste informazioni giuridiche, per affrontare alcuni punti importanti del dibattito sulla 194 del 1978, e cioè:

1. La moratoria sull'aborto, avendo come obiettivo il ritorno alla punizione penale è controproducente per il diritto alla vita del nascituro.
2. La legge n. 194 del 1978 si presta ad una lettura che bilanci i valori della salute fisica e psichica della donna e del diritto alla vita del nascituro, valorizzando il ruolo della consulenza statale.
3. Trattandosi di diritti fondamentali, come avviene in Germania, la regolamentazione a livello regionale deve essere valutata con attenzione, per il rischio di introdurre discipline differenziate da regione a regione. Se invece è lo Stato, con provvedimento nazionale ad occuparsene, lasciando alle regioni la concreta organizzazione, questi pericoli vengono meno.

Marilisa D'Amico

*Professore ordinario di Diritto costituzionale. Università Statale di Milano
Esecutivo regionale PD con delega alle istituzioni*