

Brevi note su diritto e aborto.

Stefano Rossi *

Traggo dall'intervento di Antonella e Luca Parisoli un'affermazione di Luc Boltanski che mi ha particolarmente colpito, quella secondo cui «*se proprio alcune donne vogliono abortire, la legge dovrebbe dimenticarsene, perché non spetta alla legge offrire loro l'amore*»¹: è da qui che vorrei partire per svolgere alcune brevi considerazioni.

L'anatema di Boltanski esprime, a mio avviso, fondamentalmente la disumanizzazione del pensiero critico, quella mancanza di pietas che risuona spesso anche nei discorsi dei «difensori della vita», i quali non hanno compreso che non c'è tutela per il concepito che non poggi su una simpatia, su una alleanza, col desiderio della madre che esso divenga vita. Se infatti da un lato l'empatia, riconosciuto in ogni individuo lo stesso valore assoluto che troviamo all'interno di noi stessi, ci dovrebbe condurre a rispettare – quale che sia – l'esito della scelta individuale, che riguarda ciascuno intimamente², dall'altro ci chiede di accompagnarlo e di interagire, senza coercizione, nel percorso della deliberazione poiché solo una rispettosa tolleranza può essere giusta di fronte ad un essere umano che risponde con tutto se stesso ai tremendi interrogativi circa la vita e la morte.

Come se non bastasse, quell'affermazione - oltre che priva di umana comprensione - mostra la sua intrinseca contraddittorietà se si osserva la reciproca interazione tra corpo e diritto - che la pretesa anomia che dovrebbe circondare l'interruzione di gravidanza verrebbe irrimediabilmente a spezzare - avendo riguardo alla circostanza che il rapporto con il proprio corpo, pur essendo qualcosa di profondamente intimo, rappresenta comunque il frutto di costruzioni sociali e culturali cui concorre anche il diritto³

Quindi, se è vero che tutto ciò che attiene al corpo e alla sfera privata è tendenzialmente libero da decisioni imposte in modo autoritativo e autoreferenziale dalle istituzioni, al fine di evitare che la regola giuridica, invadendo i mondi vitali, si impadronisca della «nuda vita»⁴, nello stesso tempo è innegabile che il diritto appare indispensabile baluardo e limite di tutela della dignità e libertà della persona, espressione, nella materia che ci interessa, del principio fondamentale di cui all'art. 13 Cost. come riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale, vale a dire dell'inviolabile libertà di disporre del proprio corpo.

*Avvocato in Bergamo.

¹ O ancora «*la legge dovrebbe addirittura scordarsi dell'aborto e riconsegnarlo all'ombra del non-diritto in cui si è consumato per secoli*».

² L. Gianformaggio, *La tolleranza liberale nel pensiero di Scarpelli*, in *Politeia*, XX, 73, 2004, 150.

³ A. Galasso, *Diritto civile e relazioni personali*, in *AAVV, La legge e il corpo*, in *Democrazia e diritto*, 1/1996, 259.

⁴ G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.

Nella nostra storia recente, questa consapevolezza – la consapevolezza, cioè, che fosse in gioco la libertà di compiere quelle scelte che più direttamente investono la sfera privata di ognuno - era ben radicata tanto nel dibattito in favore del divorzio e dell'aborto, quanto nelle successive campagne referendarie che hanno seguito l'approvazione delle due leggi (n. 898 del 1970 e n. 194 del 1978), quando fu presto chiaro che il punto non era affermare una propria convinzione personale, ma garantire la libertà di ciascuno circa il modo di risolvere la propria crisi coniugale ovvero riconoscere alle donne la libertà di compiere una scelta comunque difficile e dolorosa.⁵

Oggi, di fronte alla sfida di una società complessa, nella quale convivono visioni diverse dell'uomo, visioni diverse della società, visioni diverse della morale, sembra impossibile pensare che in un campo come quello della vita, che tocca le concezioni e i sentimenti più profondi dell'uomo, possa esistere un canone morale a vocazione universale.

Il valore della libertà e della responsabilità individuale, intesa come libertà di scelta, assume quindi un ruolo assolutamente centrale: «il valore fondamentale è infatti la libertà di scelta che l'uomo ha, in ogni situazione esistenziale, rispetto alla situazione quale si presenta alla sua conoscenza». ⁶

La scelta è il principio, è l'atto con cui l'individuo si costituisce come autonomo, meritevole di rispetto e tolleranza. Per cui «un'etica razionale, un principio etico fondante validità di proposizioni direttive in un sistema etico, ma non valido, seppur giustificati con argomentazioni o rafforzati con sanzioni, hanno la prima radice in una scelta esistenziale ... I valori che già furono iscritti nei cieli e garantiti da Dio sono caduti nel volere umano. Il concetto etico supremo è quello di libertà». ⁷

Dunque anche nel passaggio dall'etica al diritto sarà necessario farsi guidare dalla stessa «legge morale», anche avendo riguardo al fatto che la scelta del parametro etico da adottare, in un'epoca in cui il pluralismo delle posizioni rende difficile l'indicazione di valori condivisi, esigerà comunque preliminarmente un processo di formazione del consenso. In mancanza di ciò infatti il ricorso allo strumento giuridico può divenire il mezzo per imporre un'etica comune che non c'è, per definire «certezze che la società ancora non trova, [ed] essere veicolo di autoritarismo o di conservazione di categorie lontane dalle nuove realtà che dovrebbero regolare» ⁸, inducendo così a porsi la domanda se il soggetto debba piegarsi alla legge in questi delicati settori o rivendicare i limiti stessi del diritto. ⁹

In questo quadro non posso che contestare l'affermazione di Parisoli per cui «sembra ... una menzogna a se stessi affermare che nessuno sostenga il diritto all'aborto: ed è una vera e propria dissociazione sostenere il diritto all'auto-determinazione delle donne negando il diritto all'aborto»

⁵ M.R. Marella, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in www.costituzionalismo.it.

⁶ U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, 110.

⁷ U. Scarpelli, *L'etica...cit*, 72.

⁸ S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 18.

⁹ P. Zatti, *Verso un diritto per la bioetica*, in C.M. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna 1998, 63.

Se infatti, nel dibattito pubblico, la scelta della donna di interrompere la gravidanza viene di solito presentata come «diritto di aborto», cioè come una libertà positiva (o «libertà di») consistente appunto nella libertà di abortire, tuttavia essa, in realtà, si caratterizza piuttosto come una «facoltà», ossia una situazione giuridica soggettiva che consente di tenere un determinato comportamento, che quindi viene ad integrare il diritto all'autodeterminazione in materia di scelte procreative, non esauendolo.

La stessa formula «diritto di aborto» trascura inoltre che la facoltà attribuita alla donna è ancor prima una libertà negativa (o «libertà da»), in quanto consente alla donna di non essere costretta a divenire madre contro la propria volontà. Secondo Ferrajoli in questo senso quando si parla di aborto «è in questione..., ancora prima che una *facultas agendi*, un'immunità, un *habeas corpus*, ossia la «libertà personale» sancita come inviolabile dall'art. 13 Cost., che è una libertà da «restrizioni», quali sono appunto la costrizione o la coercizione giuridica a divenire madre». ¹⁰

Coercizione che verrebbe a integrare la violazione non del presunto diritto di aborto, ma del diritto della persona su se medesima di cui la scelta abortiva è solo un riflesso.

L'inviolabilità del corpo delle donne, tuttavia, non è stata ricondotta nel nostro paese né dal legislatore né dalla Corte costituzionale alla libertà personale, bensì alla tutela della salute psicofisica della persona di cui all'art. 32 Cost. ¹¹ : in questo senso tale preferenza per la sfera della tutela della salute a discapito di una costituzionalmente fondata sfera di autonomia potrebbe esser spiegata proprio dal fatto che il corpo «conteso» è essenzialmente quello femminile. ¹²

Sono infatti le donne che devono tener conto della «dura realtà» che fa sì - come notò la femminista West - che «la decisione di abortire è quasi invariabilmente presa all'interno di una rete di responsabilità e impegni interconnessi, confliggenti e spesso inconciliabili». ¹³

Così la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 27/1975, arrivò a depenalizzare parzialmente l'aborto operando un bilanciamento tra due posizioni giuridiche poste in contrapposizione, da un lato i diritti della gestante, dall'altro il diritto alla vita del concepito, separando «giuridicamente» l'embrione dalla donna.

Ciò desume anche dalla legge n. 194/78 che ha conferito specifico riconoscimento a tale impostazione, testualmente inserita nell'enunciazione programmatica del primo comma dell'art. 1, in cui il valore sociale della maternità è associato, con pari dignità ideologica, alla tutela della vita umana dal suo inizio.

Tale equilibrio virtuoso, di per sé talmente univoco da non consentire interpretazioni di segno diverso, trova conferma nel combinato disposto di cui agli artt. 4 e 6 della legge, in base al quale si evince che:

¹⁰ L. Ferrajoli, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Politeia*, n. 65, 2002.

¹¹ A. Musumeci, *Bioetica*, in *Enc. giur.*, vol. V, 1998.

¹² L. Rocchetti, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it.

¹³ R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, Eutanasia e libertà individuale*, Di Comunità, 78.

a) l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente a tale termine); b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possano cagionare un danno alla salute della gestante, e non già in sè e per sè considerate (con riferimento cioè al nascituro).

Da questa scissione «giuridica» della madre dal nascituro, fisicamente impossibile, sorgono quindi due differenti e separati beni - entrambi compresi nella tutela costituzionale della «protezione della maternità» (art. 31 Cost.) - che trovano inoltre separato e ulteriore fondamento costituzionale rispettivamente nell'art. 2 Cost. che riconosce e garantisce il diritto alla vita e nell'art. 32 Cost. volto a tutelare il diritto alla salute psicofisica della donna.

Ma il diritto alla vita del nascituro non è un diritto astratto, contrapponibile a quello della donna, ma è un diritto che può esistere solo 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 legislatore ha tutelato 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.

La sussunzione della posizione costituzionale della gestante entro la disciplina di cui all'art. 32 Cost. rappresenta dunque un evidente limite al presunto «diritto di aborto» e nello stesso tempo una garanzia nella misura in cui assicura «i limiti imposti dal rispetto della persona umana», ossia la sua essenziale libertà di autodeterminarsi.

Paradossalmente, infatti, senza la libertà di scelta la donna non potrebbe definirsi come individuo pienamente morale, capace di scegliere il bene e il male, perché resterebbe dipendente dalla necessità biologica: non in quanto obbligata a partorire, ma in quanto impossibilitata a scegliere davvero la sua maternità. Con la facoltà di usufruire dell'interruzione di gravidanza la donna diventa invece capace di assumere coscientemente le sue relazioni umane: quella con l'altro che potrebbe nascere e quella con l'uomo con il quale procrea, auspicando che la gravidanza scaturisca ogni volta dall'apertura alla vita nascente e da una scelta cosciente, consapevole e gioiosa.¹⁴

La legge 194, quindi, nella sua interpretazione e applicazione, non sanziona un diritto all'aborto ma garantisce concretamente i diritti di tutti i soggetti, avendo ben chiaro che il bilanciamento di interessi - quale strumento della ragionevolezza - operato dalla legge sancisce l'inesistenza dell' «*equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute propria di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare*» (Corte cost., sent. n. 27/1975 e 35/1997)¹⁵

¹⁴ F. Bimbi, *Aborto: ecco la mia contromoratoria*, in www.caffeeuropa.it.

¹⁵ Come ricorda G. Zagrebelsky, *La moratoria sull'aborto ultima violenza alle donne*, in *La Repubblica*, 28.01.2008, per cui «Da un lato, sta la tutela del concepito fondata sul riconoscimento costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo, «sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie», trattandosi di chi «persona deve ancora diventare». Dall'altro, sta il diritto all'esistenza e alla salute della donna, che «è già persona». Il riconoscimento

La differenza, anche in termini di tutela costituzionale, tra il nascituro e la madre – ricostruita con finezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale – appare coerente con la complessiva impostazione dell'ordinamento che assicura tutela alla vita prenatale attraverso la tutela della madre, poiché l'ordinamento giuridico considera il feto parte del corpo della madre.¹⁶

Nel nostro diritto penale non esistono infatti figure di reato che riguardino autonomamente il feto disgiunto dalla madre. In ambito civilistico, basta uno sguardo alla giurisprudenza in materia di aborto provocato dal fatto illecito del terzo per capire che il ricorso alle regole della responsabilità civile consente di tutelare il diritto della donna «ad essere (o a non essere) madre», circoscrivendo quindi in termini chiari quale sia la situazione giuridica soggettiva che subisce l'interferenza da parte dell'intervento esterno nella sfera procreativa. Il danno subito dalla donna viene inoltre ricondotto con sempre minore frequenza al danno alla salute o al danno morale e con maggior frequenza nella categoria del danno esistenziale, in quanto lesivo dell'autodeterminazione procreativa, valorizzando l'incidenza della garanzia offerta dall'art. 2 Cost. nella disciplina della responsabilità civile, secondo una traiettoria argomentativa che prende piede dalla previsione normativa del c.d. aborto colposo, contemplata dall'art. 17 legge n. 194/1978, finalizzata alla tutela del diritto della donna «ad essere madre».¹⁷

Appare quindi paradossale sostenere che «tutto il percorso di una gravidanza prende costantemente in considerazione la possibilità di intervenire da un momento all'altro con una IVG. Nel percorso di una donna gravida, dall'amniocentesi all'ecografia morfologica - da farsi ad un certo punto della gestazione -, sono presenti richiami continui alla reale opportunità di mettere al mondo il bambino (perché non sarebbe sufficiente volerlo, questo bambino?). Questi richiami, quindi, ci sono per segnalare la possibilità di interrompere la gravidanza qualora si presentasse un rischio ...più o meno elevato relativo alla perfezione del feto».

E ciò non solo in quanto nel nostro ordinamento non è riconosciuto l'aborto eugenetico né come diritto della madre, né come diritto che, nel caso di c.d. *wrongful life*, il nascituro può far valere, successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio (Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; si veda anche AA.VV., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di D'Angelo, Milano, 1999), ma soprattutto in quanto queste tecniche diagnostiche rappresentano il presupposto per l'inveramento di due principi cardine della

pieno del diritto di uno si traduce necessariamente nella negazione del diritto dell'altro. Per questo, è incostituzionale l'obbligo giuridico di portare a termine la gravidanza, "costi quel che costi"; ma, per il verso opposto, è incostituzionale anche la pura e semplice volontà della donna, cioè il suo "diritto potestativo" sul concepito (sent. n. 35 del 1997). Si sono cercate soluzioni, per così dire, intermedie, ed è ciò che ha fatto la 194, prevedendo assistenza sanitaria, limiti di tempo, ipotesi specifiche (stupro o malformazioni) e procedure presso centri ad hoc che accompagnano la donna nella sua decisione: una decisione che, a parte casi particolari (ragazze minorenni), è sua. La donna, dunque, alla fine, è sola di fronte al concepito e, secondo le circostanze, può essere tragicamente contro di lui. Qui, una mediazione tra i due diritti in conflitto (della donna e del concepito) non è più possibile»

¹⁶ M.R. Marella, *Esercizi di biopolitica*, in Riv. crit. dir. priv., 2004, 1.

¹⁷ M.R. Marella, *La logica e i limiti del diritto...*, cit.

materia bioetica da un lato il cd. consenso informato ex art. 32 co. 2 Cost., dall'altro la libertà di coscienza, intesa come «relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso» che trova fondamento in una lettura sistematica degli articoli 2, 19 e 21 Cost.¹⁸

Se è vero dunque che nella riflessione giuridica è spesso percepibile una sorta di impermeabilità ad un approccio che non si arroccchi nella astrattezza e nella neutralità del diritto, tuttavia le esperienze giuridiche non possono essere relegate nel mondo delle simulazioni, ma devono essere calate nella realtà sociale.

Oggi, dati alla mano, non si può che constatare come la legge 194 non abbia aperto una voragine, né sia in atto alcun «olocausto di innocenti». È venuto diminuendo il numero totale, quello delle sole donne italiane è precipitato di ben il 60% rispetto al 1983, le certificazioni del medico di famiglia sono passate da oltre la metà a meno di un terzo (a beneficio dei consultori e dei servizi ostetrici), l'interruzione farmacologica, quella con la pillola del giorno dopo, copre neppure l'1% dei casi e non ha modificato il tasso calante delle interruzioni.¹⁹

Si vuole di più? Bene, allora si passi dall'enunciazione dei principi «non negoziabili» alla prassi politica per ridurre, nei limiti del possibile, le violenze generatrici di aborto: e quindi «educazione sessuale, per prevenire le gravidanze che non si potranno poi sostenere; giustizia sociale, per assicurare alle giovani coppie la tranquillità verso un avvenire in cui la nascita d'un figlio non sia un dramma; occupazione e stabilità nel lavoro, per evitare alla donna il ricatto del licenziamento; servizi sociali e sostegni economici a favore della libertà dei genitori indigenti. Dalla mancanza di tutto questo dipende l'aborto di necessità, che - si dirà - è però una parte soltanto del problema. Ma l'altra parte, l'aborto per leggerezza, troverà comunque le sue vie di fatto per chi ha i mezzi di procurarselo, indipendentemente dalla legge».²⁰

Al contrario, la proposta di moratoria dell'aborto, così come si è venuta configurando, punta, in Italia, a modificare la legge 194, per ora sull'aborto terapeutico e sul riconoscimento dei Centri aiuto alla vita, con l'obiettivo - sul lungo periodo - di portare all'Onu una proposta di riconoscimento dei diritti del non-nato, affinché prevalgano su quelli della madre e possano venir utilizzati per bloccare le campagne d'informazione contraccettiva, per la salute riproduttiva e di ulteriori legalizzazioni dell'aborto.

Concludendo, si deve esigere una visione «concreta» e complessa dei diritti. Cosicché, se lo sguardo del diritto sulla vita e sulla realtà è mediato dai fini e dai valori che una società riesce a includere nel sistema giuridico, che quindi - soprattutto quando incorpora valori e si presenta come principio direttivo dell'azione politica e sociale - è il risultato di processi che si propongono di svincolarlo dalla logica dell'immediato e di collocarlo in un orizzonte «prospettico», allora è compito precipuo del giurista, e in primo luogo del

¹⁸ C. Casonato, *Biodiritto e pluralismo nello stato costituzionale*, in C. Casonato, C. Piciocchi (a cura di) *La bioetica, fra scienza etica e diritto*, Milano, 2004.

¹⁹ G. Amato, *La moratoria sull'aborto e i bambini maltrattati*, in *Il Sole 24 Ore*, 6.01.2008.

²⁰ G. Zagrebelsky, *La moratoria sull'aborto...*, cit.

giurista-legislatore, ideare e sperimentare assetti normativi che consentano, all'interno dell'opzione di fondo previamente adottata, un bilanciamento tra valori costituzionali tendenzialmente contrapposti. Nello svolgere tale compito, certamente non facile, il giurista deve affrancarsi tanto dalla tentazione «autoritaria» di una postulata «tirannia dei valori» (o, peggio, di un valore), quanto dal miraggio di una «demagogica coesistenza dei valori», affidata a un mero compromesso delle possibilità.²¹

Solo così nasce un diritto «faticoso»²² che non allontana da sé la vita, ma cerca di penetrarvi; che non fissa una regola immutabile, ma disegna una procedura per il continuo e solidale coinvolgimento di soggetti diversi; che non sostituisce alla volontà del «soggetto debole» il punto di vista di un altro, ma crea le condizioni affinché quest'ultimo possa sviluppare un punto di vista proprio, contribuendo alla decisione su se stesso.

²¹ F.D. Busnelli, *Quali regole per la procreazione assistita*, in Riv. Dir. civ., Padova, 1996, 5, I, pp.571-591.

²² S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, 28-30.