

## Verso il ripensamento del compromesso sull'aborto in Germania. Riflessioni sulla recente abolizione del divieto di informare sulle procedure abortive

Irene Domenici\*

A STEP TOWARDS RETHINKING THE COMPROMISE ON ABORTION IN GERMANY. REFLECTIONS ON THE RECENT LIFTING OF THE BAN ON THE ADVERTISING OF ABORTION PROCEDURES

ABSTRACT: The article reflects on the recent reform that has lifted, under German law, the prohibition for doctors to provide information on the abortion procedures they perform. In particular, it is argued that this testifies to a fundamental change in the social and legal perception of voluntary termination of pregnancy and thus represents only a first step towards a radical paradigm shift in the legal regulation of abortion procedures in Germany. The article shows how the ban on advertising and information was an essential pillar of the legal and political compromise on abortion and analyses the implications of its lifting in the light of the constitutional principle of state neutrality.

KEYWORDS: Abortion; Voluntary Termination of Pregnancy; Germany; Advertisement; Information

ABSTRACT: L'articolo riflette sulla recente riforma che ha abolito, nell'ordinamento tedesco, il divieto per i medici di informare sulle procedure abortive da loro offerte. In particolare, si sostiene che questa testimonia un fondamentale cambiamento nella percezione sociale e giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza e rappresenta, così, solo un primo passo verso un radicale mutamento di paradigma nell'inquadramento giuridico delle procedure abortive in Germania. L'articolo evidenzia come il divieto di diffondere pubblicità o informazioni fosse un pilastro essenziale del compromesso giuridico e politico sull'aborto e analizza le implicazioni della sua abolizione alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato.

PAROLE CHIAVE: Aborto; IVG; Germania; pubblicità; informazioni

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il compromesso sull'aborto – 2.1. Il dovere di protezione del nascituro tra diritto penale e strumenti procedurali – 2.2. Il § 219a StGB come elemento essenziale del compromesso – 3. La progressiva abolizione del divieto di diffondere pubblicità e informazioni sull'IVG – 4. Il necessario ripensamento del compromesso sull'aborto alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato – 5. Conclusioni.

---

\* *Dottoranda al Max Planck Institute for Social Law and Social Policy di Monaco di Baviera. Mail: [domenici@mpisoc.mpg.de](mailto:domenici@mpisoc.mpg.de). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

## 1. Introduzione

Il 24 giugno 2022, lo stesso giorno in cui la Corte Suprema statunitense pronunciava la sua storica sentenza nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>1</sup>, il Bundestag tedesco attuava uno dei pilastri del programma del nuovo governo per la tutela dei diritti riproduttivi: l'abrogazione del § 219a del Codice Penale (*Strafgesetzbuch*, StGB)<sup>2</sup>. Questo paragrafo puniva – con pena detentiva fino a due anni o sanzione pecuniaria – chiunque pubblicamente, a scopo di lucro o in modo gravemente offensivo, offrisse, annunciasse, pubblicizzasse o promuovesse i propri o altrui servizi abortivi, nonché i mezzi, oggetti o procedure idonei all'interruzione di gravidanza. In altre parole, sanzionava la diffusione, da parte dei medici, di pubblicità e informazioni sulle procedure abortive da loro offerte<sup>3</sup>.

L'abolizione di questa misura si inserisce tra gli obiettivi dell'ambizioso piano volto a «rafforzare il diritto delle donne all'autodeterminazione [riproduttiva]»<sup>4</sup> presentato dal nuovo governo nel patto di colazione del dicembre 2021. Il programma della coalizione pone particolare attenzione sull'accesso all'IVG. Tra i vari propositi, si prefissa di includere l'aborto nell'ambito della formazione e dell'aggiornamento professionale dei medici sottolineando, peraltro, l'importanza dell'accesso gratuito alle procedure abortive. Radicale è la proposta di istituire una commissione per l'autodeterminazione riproduttiva con il preciso compito di esaminare la possibilità di regolare l'aborto «al di fuori del codice penale»<sup>5</sup>.

Il nuovo governo vuole così rispondere alle richieste della società civile e della dottrina giuridica che, da tempo, sostengono la necessità di una riforma dell'intero diritto della medicina riproduttiva, attualmente regolato in maniera piuttosto restrittiva e prevalentemente da norme di diritto penale. I §§ 218 e 218a StGB prevedono tuttora che l'interruzione volontaria della gravidanza costituisca reato e sia punita con sanzione pecuniaria o pena detentiva fino a tre anni, salvo nei casi in cui vi sia una indicazione medica (§ 218a(2) StGB) oppure siano soddisfatte alcune condizioni: che la procedura avvenga nelle prime 12 settimane di gravidanza, sia condotta da un medico e preceduta da una consultazione (§ 218a(1) StGB).

Sebbene la punibilità dell'aborto sia esclusa in questi casi, la sua perdurante classificazione come reato influenza il clima generale che circonda le procedure di IVG in Germania. Il numero di medici disposti a praticare interruzioni della gravidanza è ancora insufficiente a coprire la richiesta,<sup>6</sup> special-

<sup>1</sup> U.S. SUPREME COURT, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022).

<sup>2</sup> DEUTSCHER BUNDESTAG, *Plenarprotokoll 20/45*, 24/06/2022, 4610-4628, disponibile al link <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20045.pdf> (ultima consultazione 30/11/2022).

<sup>3</sup> I commi 2 e 3 del § 219a StGB prevedevano, tuttavia, l'inapplicabilità della disposizione alle pubblicazioni su riviste scientifiche e alle informazioni rivolte ai consultori.

<sup>4</sup> *Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP)*, disponibile al link <https://bit.ly/3li00b2> (ultima consultazione 30/11/2022), 92.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Vd. C. WIEDEMANN, *Schwangerschaftsabbrüche: Weg mit Paragraf 218*, in *ZEIT Online*, 16/08/2022; V. CHIOFALO, S. YAKAR, *Sozioökonomische Perspektive auf Intersektionalität am Beispiel des Zugangs zum Schwangerschaftsabbruch*, in *JuWissBlog*, 43, 2022, <https://www.juwiss.de/43-2022/> (ultima consultazione 30/11/2022).

mente nei *Länder* di tradizione cattolica<sup>7</sup>. La situazione giuridica contribuisce a una percezione sociale negativa dell'aborto, che a sua volta influisce sulla scelta degli studenti di medicina di seguire formazioni specifiche sull'esecuzione di procedure abortive<sup>8</sup>. Inoltre, i ginecologi che decidono di praticare aborti sono spesso esposti a minacce o dimostrazioni e accusati di commettere omicidi<sup>9</sup>. Dal punto di vista delle pazienti, il quadro normativo si sostanzia nell'imposizione di ostacoli socio-economici all'accesso all'IVG<sup>10</sup>. Per quanto riguarda, ad esempio, la copertura delle spese abortive, queste sono rimborsate dalle assicurazioni sanitarie pubbliche solo nei casi in cui vi sia una indicazione medica o criminologica<sup>11</sup>. Persino l'obbligo di sottoporsi a previa consulenza in un apposito consultorio espone la paziente a stigma e pressione sociale<sup>12</sup>, in quanto il § 219 StGB prevede esplicitamente che la consulenza debba «servire a proteggere la vita del nascituro. Il suo scopo è quello di incoraggiare la donna a proseguire la gravidanza e ad aprirsi alle prospettive di vita con il bambino». In questo contesto, l'abolizione del divieto per i medici di informare sulle procedure abortive da loro offerte porta un vento di cambiamento nella percezione sociale e giuridica dell'aborto. Il presente contributo sostiene che questa riforma, inserita nel più ampio programma a sostegno dei diritti riproduttivi presentato dal nuovo governo, non possa che rappresentare solo un primo passo verso un radicale mutamento di paradigma nell'inquadramento giuridico dell'IVG in Germania<sup>13</sup>. Questa tesi verrà sostenuta, in primo luogo, mostrando come il divieto di diffondere pubblicità o informazioni fosse un pilastro essenziale del compromesso giuridico e politico sull'aborto raggiunto alla fine del secolo scorso, la cui caduta mette in discussione il compromesso stesso. In secondo luogo, si dimostrerà come il forte dissenso sul § 219a StGB, aspetto sintomatico del mutamento nella percezione sociale dell'aborto, assuma rilevanza costituzionale alla luce del principio fondamentale della neutralità dello stato.

<sup>7</sup> E. KEL, *Gynäkologie in München: Immer weniger Ärzte nehmen Schwangerschaftsabbrüche vor*, in *Süddeutsche Zeitung*, 23/11/2020.

<sup>8</sup> A. ULBRICHT, *Who can talk about abortion? Information, offence, freedom of speech, and the advertising ban in Germany*, in *Politics*, 0, 2021, p. 5.

<sup>9</sup> C. WIEDEMANN, *op. cit.*

<sup>10</sup> V. CHIOFALO, S. YAKAR, *op. cit.*

<sup>11</sup> Vd. § 24b SGB V. L'assicurazione sanitaria pubblica è comunque obbligata a coprire le spese nei casi di indigenza, come previsto dal Tribunale Costituzionale Federale in BVerfG, 28/5/1993 - 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/90, 2 BvF 5/92, in *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, par. 333.

<sup>12</sup> C. WIEDEMANN, *op. cit.*

<sup>13</sup> Come auspicano C. WIEDEMANN, *op. cit.*; W. JANISCH, *Schwangerschaftsabbrüche: Gehört die Abtreibung noch ins Strafgesetzbuch?*, in *Süddeutsche Zeitung*, 9/7/2022); V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, in *Verfassungsblog*, 30/6/2022, <https://verfassungsblog.de/identitaetpolitik-als-emanzipatorisches-instrument-in-der-debatte-um-den-schwangerschaftsabbruch/> (ultima consultazione 30/11/2022); J. BERGMANN, *Paragraf 219a: Die Abschaffung des Werbeverbots für Abtreibungen ist nicht genug*, in *Süddeutsche Zeitung*, 24/6/2022.

## 2. Il compromesso sull'aborto

### 2.1. Il dovere di protezione del nascituro tra diritto penale e strumenti procedurali

L'attuale regolazione dell'interruzione volontaria di gravidanza è il risultato di un delicato compromesso, attuato dal legislatore secondo le coordinate dettate dal *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) nelle due sentenze sull'aborto del 1975<sup>14</sup> e del 1993<sup>15</sup>.

Con la prima decisione, il Tribunale Costituzionale Federale si era pronunciato contro un tentativo di liberalizzazione della disciplina che avrebbe escluso la punibilità dell'aborto nelle prime 12 settimane di gravidanza<sup>16</sup>. La sentenza dichiarava che la vita del nascituro fosse da tutelare, sin dall'impianto, come interesse giuridico indipendente e prevalente su quello all'autodeterminazione della donna<sup>17</sup>. La Corte, infatti, riconosceva al nascituro i diritti alla vita e all'integrità fisica di cui all'art. 2.2 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*, GG)<sup>18</sup>, nonché quello alla dignità sancito dall'art. 1.1 GG.<sup>19</sup> Si poneva, pertanto, in capo al legislatore il dovere di proteggere efficacemente la vita umana, anche mediante norme di diritto penale, ammettendo una possibile esenzione dalla pena solo in casi di grave pericolo per la vita e la salute della gestante, o ove la prosecuzione della gravidanza imponesse alla donna un onere assolutamente irragionevole<sup>20</sup>.

Dopo la riunificazione della Germania, un ulteriore tentativo di riforma provocò il secondo intervento del BVerfG, nuovamente a sostegno di una maggiore protezione della vita embrionale<sup>21</sup>. La sentenza del 1993 ribadì fondamentalmente i principi espressi nella decisione precedente, stabilendo le modalità costituzionalmente obbligate con cui lo stato deve assolvere al dovere di tutelare vita e dignità del nascituro.

Con le due pronunce, il giudice costituzionale ha contribuito in maniera decisiva a delineare i confini del tuttora valido compromesso sull'aborto. Il concetto di protezione definito dal BVerfG si basa sul dovere statale di tutelare l'embrione anche nei confronti della madre<sup>22</sup>. Questo comporta, in primo luogo, l'imposizione alla gestante dell'obbligo fondamentale di portare a termine la gravidanza<sup>23</sup>. So-

<sup>14</sup> BVerfG, 25/2/1975 - 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, in *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*.

<sup>15</sup> *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*. Per un approfondito commento alla decisione si veda tra tutti M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

<sup>16</sup> D. COESTER-WALTJEN, *Anmerkung BVerfG, Urt. v. 25. 2. 1975 - 1 BvF 1 - 6/74*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 42, 2017, pp. 3068-3069.

<sup>17</sup> Per una critica alle motivazioni e alla tesi principale della decisione vd. G. CZERMAK, *Siebzig Jahre Bundesverfassungsgericht in weltanschaulicher Schiefelage: Fälle, Strukturen, Korrekturmöglichkeiten*, Baden-Baden, 2021, pp. 42-ff.

<sup>18</sup> *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 109-ff.

<sup>19</sup> *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 140-ff.

<sup>20</sup> *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 135-ff.

<sup>21</sup> *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*.

<sup>22</sup> Sui pilastri del concetto di protezione formulato dal BVerfG vd. A. LEISNER-EGENSPERGER, *Tanz um das geborene Kind: Der Schutz des ungeborenen Lebens und das Selbstbestimmungsrecht der Frau*, in *Verfassungsblog*, 24/6/2022, <https://verfassungsblog.de/tanz-um-das-geborene-kind/> (ultima consultazione 30/11/2022); S. WALTHER, G. HERMES, *Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht - Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 37, 1993, 2337-2347.

<sup>23</sup> Vd. S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2338.

lo in circostanze eccezionali, che richiedano un irragionevole sacrificio da parte della donna, si ammette che questo obbligo non sia opponibile<sup>24</sup>.

In secondo luogo, si stabilisce che lo Stato debba adottare misure sufficienti a garantire all'embrione una protezione efficace, mediante una combinazione di elementi preventivi e repressivi. Non è quindi possibile per il legislatore rinunciare liberamente all'uso del diritto penale senza incorrere nel pericolo di adottare misure inadeguate<sup>25</sup>. Inoltre, il dovere di protezione si estende alla tutela contro influenze sociali o economiche che possano contrastare con la volontà della donna di continuare la gravidanza. In particolare, lo Stato ha il dovere di garantire proteggere la vita del nascituro dalla «coscienza generale»<sup>26</sup>.

Infine, il BVerfG lascia aperta la possibilità di adottare un modello di non punibilità dell'aborto basato sulla consulenza alla gestante, il quale, nondimeno, deve mirare a persuadere la donna a continuare la gravidanza e renderla consapevole del diritto alla vita dell'embrione<sup>27</sup>.

Il risultato è un concetto di protezione del nascituro basato, da una parte, sull'adozione di misure di diritto penale e, dall'altra, sulla previsione di strumenti procedurali quali la consulenza medica obbligatoria<sup>28</sup>. Entrambi questi aspetti hanno la finalità non solo di dissuadere la gestante dalla decisione di abortire, ma anche di plasmare la coscienza sociale e creare un ambiente fondamentalmente avverso all'IVG. Solo la previsione di questi elementi di tutela della vita embrionale consente l'apertura verso l'eccezionale rinuncia alla sanzione penale e, così, la realizzazione di un delicato compromesso sull'aborto<sup>29</sup>.

## 2.2. Il § 219a StGB come elemento essenziale del compromesso

Molti autori hanno sottolineato come il divieto di diffusione di pubblicità e informazioni sulle procedure abortive, imposto dal recentemente abrogato § 219a StGB, fosse da considerare una componente essenziale della tutela procedurale garantita al nascituro nel quadro del compromesso sull'IVG<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 201-ff.

<sup>25</sup> BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 159-ff. Vd. A. LEISNER-EGENSPERGER, *op.cit.* e cf. C. STARCK, *Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG*, in *JuristenZeitung*, 17, 1993, 818.

<sup>26</sup> BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 179. Vd. S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2338; G. BERGHÄUSER, *Die Strafbarkeit des ärztlichen Anerbietens zum Schwangerschaftsabbruch im Internet nach § 219a StGB – eine Strafvorschrift im Kampf gegen die Normalität*, in *JuristenZeitung*, 10, 2018, 499; H. TRÖNDLE, *Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 46, 1995, 3011-3012.

<sup>27</sup> BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 221-ff. Vd. C. STARCK, *op.cit.*, 819.

<sup>28</sup> Sulla proceduralizzazione della tutela del nascituro vd. M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen: Eine verfassungsrechtliche Analyse*, in *JuristenZeitung*, 19, 2022, 936.

<sup>29</sup> T. SCHWEIGER; *Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche – Das nächste rechtspolitische Pulverfass?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 4, 2018, 98. Cf. però S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2347.

<sup>30</sup> Di questa opinione, *inter alia*, D. BÄR, *Erst das Werbeverbot, dann die Abtreibung?*, in *FAZ Einspruch*, 22/6/2022; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1, 2018, p. 13; L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen! – Zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 17.1.2022 sowie zum Regierungsentwurf der Bundesregierung vom 9.3.2022 zur Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) –*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2, 2022, 122; P. RHEINFISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig? Wie das BVerfG beim Werbeverbot für Abtreibung zum Rosi-*

Il § 219a StGB, infatti, concorreva in vari modi al compimento dei doveri di protezione dello Stato indicati dal BVerfG. Da una parte, il divieto di diffondere informazioni o pubblicità sulle procedure abortive contribuiva al successo del concetto di consulenza medica obbligatoria così come concepito dal giudice costituzionale<sup>31</sup>. In questo senso, si è sostenuto che la possibilità per i medici di informare sulle IVG avrebbe messo in pericolo l'idea di una consulenza medica mirata a rendere la donna consapevole del diritto alla vita del feto e della gravità della scelta abortiva<sup>32</sup>. L'obbligo di consulenza si fondava, infatti, sul concetto dell'offerta di informazioni da parte di un organismo indipendente e privo di interessi commerciali, adatto a indirizzare la donna verso la scelta di continuare la gravidanza<sup>33</sup>. Al contrario, la fornitura di informazioni da parte di soggetti economicamente interessanti a offrire procedure abortive avrebbe pregiudicato la formazione di una corretta consapevolezza sulle difficili implicazioni dell'IVG da parte della gestante<sup>34</sup>. L'inserimento delle procedure abortive in una variegata lista di trattamenti offerti dai medici avrebbe, infatti, avvalorato una concezione dell'IVG come procedura medica di routine<sup>35</sup>.

Più in generale, il divieto di pubblicità mirava a salvaguardare il "clima sociale", nella misura in cui contribuiva a orientare la coscienza sociale verso un giudizio di valore negativo sulle procedure abortive<sup>36</sup>. La disposizione, assicurandosi che l'IVG non potesse rientrare in elenchi di servizi medici comunemente offerti, mirava a rendere i cittadini consapevoli della eccezionalità e problematicità etica

---

*nen-picken einlädt*, in *Verfassungsblog*, 16/3/2018, <https://verfassungsblog.de/alles-verfassungswidrig-wie-das-bundesverfassungsgericht-beim-werbeverbot-fuer-abtreibung-zum-rosinenpicken-einlaedt/> (ultima consultazione 30/11/2022); M. FROMMEL, *Das Verbot des »Anbietens« von Diensten für den Schwangerschaftsabbruch nach § 219 a Abs. 1 StGB – Bemerkungen zum Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag BT-Drucks 19/630 vom 2.2.2018*, in *Juristische Rundschau*, 5, 2018, 240; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen, Urt. v. 24. 11. 2017 – 507 Ds 501 Js 15031/15*, in *Medizinrecht*, 37, 2019, 80. Ritengono, invece, che l'importanza del § 219a StGB nel compromesso sull'aborto sia stata sopravvalutata H. LORENZ, E. TURHAN, *Die (vollständige) Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) – sachgerecht begründet und alternativlos?: Erste Gedanken zum Referentenentwurf des BMJ v. 17.1.2022 und dem Regierungsentwurf vom 9.3.2022 unter Berücksichtigung des Entschließungsantrags der Fraktion der CDU/CSU v. 15.3.2022*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2, 2022, p. 133; T. SCHWEIGER; *op.cit.*, 101 e M. RAHE, *Strafbare Werbung bei Hinweis auf legalen Schwangerschaftsabbruch?*, in *Juristische Rundschau*, 5, 2018, 234. Contra anche V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude? Der Referentenentwurf zur Streichung des § 219a StGB*, in *JuWissBlog*, 6, 2022, <https://www.juwiss.de/6-2022/> (ultima consultazione 30/11/2022), che sottolinea come il divieto di pubblicità non sia mai menzionato dal giudice costituzionale come strumento effettivo per tutela del feto.

<sup>31</sup> L. WÖRNER, *Ein „Urteil als Ehrentitel im Kampf für ein besseres Gesetz“? Die populistische Debatte um die Strafbarkeit der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch gem. § 219a StGB*, in A. SINN, P. HAUCK, M. NAGEL, L. WÖRNER, *Populismus und alternative Fakten: (Straf-)Rechtswissenschaft in der Krise? Abschiedskolloquium für Walter Groppe*, Tübingen, 2020, 371.

<sup>32</sup> M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 13; M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., p. 936; P. RHEIN-FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig?*, cit.

<sup>33</sup> L. WÖRNER, *Ein „Urteil als Ehrentitel im Kampf für ein besseres Gesetz“?*, cit., 371; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen, 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15: Werbung für den Schwangerschaftsabbruch*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 7, 2018, 417; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 14.

<sup>34</sup> L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen!*, cit., 126.

<sup>35</sup> M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 936-937.

<sup>36</sup> M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 13.

delle procedure abortive<sup>37</sup>. La punibilità dell'offerta di informazioni offriva così una tutela dalla "normalizzazione" delle procedure abortive<sup>38</sup>, proteggendo una sorta di interesse collettivo al mantenimento di una coscienza sociale ostile all'IVG<sup>39</sup>. Questo interesse rientrava esplicitamente nel concetto di protezione ideato dal giudice costituzionale, che aveva sostenuto la necessità di tutelare la vita del feto anche tramite misure preventivamente volte a garantire una diffusa consapevolezza del nascituro come titolare di diritto alla vita e alla dignità e, di conseguenza, un clima sociale di avversione all'aborto<sup>40</sup>.

### 3. La progressiva abolizione del divieto di diffondere pubblicità e informazioni sull'IVG

La disposizione del § 219a StGB negava, di fatto, ai medici la possibilità di segnalare sui loro siti web la disponibilità a eseguire procedure abortive. Un progressivo cambiamento nella percezione sociale di questo divieto è stato determinato dallo scalpore sollevato dal caso della ginecologa Kristina Hänel<sup>41</sup>, condannata nel 2017 dal tribunale distrettuale (*Amtsgericht*, AG) di Gießen a una sanzione pecuniaria di seimila euro<sup>42</sup>. La dottoressa aveva indicato sulla sua pagina web la propria disponibilità a eseguire IVG, dando inoltre la possibilità agli utenti di richiedere l'invio di un file contenente informazioni più dettagliate sulla procedura<sup>43</sup>. Il tribunale considerava soddisfatte le condizioni di cui al § 219a StGB, nella misura in cui la ginecologa aveva effettivamente offerto i propri servizi abortivi pubblicamente e a scopo di lucro<sup>44</sup>. Ai fini dell'applicazione della disposizione penale, i giudici ritenevano sufficiente che il vantaggio pecuniario fosse uno degli scopi dell'azione dell'imputata, considerando irrilevante il fatto che essa avesse agito primariamente con l'intenzione di informare le pazienti<sup>45</sup>. Tra le informazioni offerte, infatti, risultava un chiarimento sull'assunzione dei costi da parte della paziente o dell'assicurazione sanitaria pubblica<sup>46</sup>.

Il caso rivelava così la realtà giuridica del § 219a StGB che, seppur rubricato «pubblicità dell'interruzione di gravidanza», era di fatto applicabile non solo alla pubblicità commerciale

<sup>37</sup> R. MERKEL, *StGB § 219a*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2017, Rn. 2-3; A. HOLLO, *§ 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friehe*, in *JuWissBlog*, 10, 2020, <https://www.juwiss.de/10-2020/> (ultima consultazione 30/11/2022); A. ULBRICHT, *op.cit.*, 10.

<sup>38</sup> M. RAHE, *op. cit.*, 235; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 417.

G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 499; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 80.

<sup>39</sup> T. SCHWEIGER; *op. cit.*, 98-99.

<sup>40</sup> Come nota, *inter alia*, G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 499.

<sup>41</sup> Vd. A. ULBRICHT, *op. cit.*, 1; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, *cit.*; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 416.

<sup>42</sup> AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15.

<sup>43</sup> AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15. Vd. P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, *cit.*, 13 e G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 497.

<sup>44</sup> AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15.

<sup>45</sup> P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 79; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498.

<sup>46</sup> G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498.

dell'aborto ma anche alla semplice diffusione di informazioni imparziali, utili alle gestanti per compiere una scelta informata<sup>47</sup>.

L'attenzione politica e mediatica richiamata dal caso è culminata in un'onda di indignazione e crescente opposizione al § 219a StGB<sup>48</sup>. Né la società civile né la dottrina giuridica sembravano poter più accettare che, in uno stato liberale e eticamente neutrale, la mera fornitura di informazioni alle pazienti potesse costituire reato, soprattutto alla luce dei numerosi ostacoli giuridici e socio-economici altrimenti affrontati dalle gestanti nel difficile percorso verso l'accesso all'IVG. Inoltre, si diffondeva l'opinione che l'utilizzo di questo strumento per tutela del diritto alla vita del feto influisse sproporzionatamente sul diritto delle pazienti all'informazione e alla scelta del medico (derivanti rispettivamente dagli artt. 5.1 frase 1 GG e 2.2 GG)<sup>49</sup> e quello dei medici all'esercizio della propria professione e all'opinione (artt. 12 GG e 5.1 frase 1 GG)<sup>50</sup>.

In questo senso, numerose richieste di riforma sono state avanzate all'indomani della sentenza di Gießen<sup>51</sup>. In particolare, si chiedeva al legislatore di considerare la possibilità di permettere ai medici perlomeno l'offerta di materiale meramente informativo sulle procedure abortive, lasciando eventualmente intatto solo il divieto di fare pubblicità a scopo commerciale e in maniera apertamente offensiva<sup>52</sup>.

Il legislatore ha risposto a queste istanze, inizialmente, con una riforma del 2019. Questa escludeva, mediante l'aggiunta di un quarto comma, l'applicabilità del reato ai medici che si fossero limitati a informare pubblicamente della propria disponibilità a eseguire IVG alle condizioni di cui al §218a StGB<sup>53</sup>. Nondimeno, l'effettività di questa riforma è stata irrimediabilmente compromessa dall'interpretazione restrittiva del nuovo comma nell'applicazione concreta della giurisprudenza ordinaria. Nonostante la lettera della disposizione permettesse ai medici di dichiarare che svolgevano IVG, una indicazione più precisa sui metodi offerti e sui rischi associati alla procedura rimaneva, infatti, esclusa<sup>54</sup>. Nel periodo immediatamente successivo all'introduzione del nuovo comma, il tribunale

<sup>47</sup> G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498-501; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

<sup>48</sup> A. ULBRICHT, *op. cit.*, 1; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 416; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

<sup>49</sup> J.J. VASEL, *Liberalisierung und Deliberalisierung – Zeitenwenden im Abtreibungsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, 2022, 2381; P. RHEIN-FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig?*, cit.; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 79-80; A. HOLLO, *op. cit. Contra*, però, M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 937.

<sup>50</sup> J. J. VASEL, *op. cit.*, 2381; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 79-80. Anche qui, *contra*, M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 937.

<sup>51</sup> L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 418; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 504.

<sup>52</sup> Vd. *inter alia* U. LEMBKE, L. STEINL, U. SPANGENBERG, M. ECKERTZ-HÖFER, *Hintergrundpapier zur Zulässigkeit von Information und Werbung bei öffentlichen Hinweisen durch Ärzte und Ärztinnen auf die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen und bestehende Reformoptionen*, in *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, 1, 2018; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 504; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 418.

<sup>53</sup> V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude?*, cit.; M. SEITERS, *Das strafrechtliche Schuldprinzip im Spannungsfeld zwischen philosophischem, theologischem und juridischem Verständnis von Schuld*, Berlin, 2020, 273; L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen!*, cit., 125.

<sup>54</sup> Vd. considerazioni di A. ULBRICHT, *op. cit.*, 7; V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude?*, cit.; M. SEITERS, *op. cit.*, 273.

regionale di Gießen (*Landgericht*, LG) ha confermato in appello la condanna di Kristina Hänel<sup>55</sup>, mentre il tribunale distrettuale (*Amtsgericht*) berlinese di Tiergarten ha emesso una ulteriore sentenza contro due ginecologhe accusate di aver violato il § 219a StGB<sup>56</sup>. Queste ultime non si erano limitate a indicare la disponibilità di procedure abortive nei loro studi ma avevano aggiunto che queste si sarebbero svolte «in ambiente protetto» e senza il supporto di farmaci o anestesia<sup>57</sup>. Un simile ragionamento era stato applicato dal LG Gießen, che aveva sottolineato come l'imputata non si fosse limitata a offrire informazioni relative all'*an* delle sue prestazioni abortive, ma avesse anche indicato il *quomodo*<sup>58</sup>. In ultimo, nel maggio 2021, il tribunale distrettuale di Coesfeld ha condannato un ginecologo a una sanzione di tremila euro per la violazione del § 219a StGB<sup>59</sup>.

Queste sentenze, confermando la rilevanza penale del comportamento di medici limitatisi a informare sui loro siti internet della loro disponibilità a intraprendere aborti e delle procedure da loro utilizzate, confermano come la riforma del 2019 si sia dimostrata largamente incapace di rispondere alle preoccupazioni della dottrina giuridica e della società civile<sup>60</sup>. La questione è stata inevitabilmente posta all'attenzione del *Bundesverfassungsgericht*, al quale i medici condannati dalla giurisprudenza ordinaria si sono rivolti presentando ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>61</sup>.

L'opportunità per il Tribunale Costituzionale Federale di pronunciarsi sulla costituzionalità della misura è, tuttavia, venuta a mancare a seguito della più recente riforma, con la quale il legislatore ha previsto non solo la completa abrogazione del § 219a StGB, ma anche la revoca di tutte le sentenze di condanna emesse sulla sua base e l'interruzione di eventuali ulteriori processi in corso<sup>62</sup>.

La legge di abrogazione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive è stata approvata da una ampia maggioranza del *Bundestag* il 24 giugno 2022, sulla base di una bozza governativa<sup>63</sup> che prevedeva di sostituire la fattispecie di cui al § 219a StGB con un emendamento alla legge sulla pubblicità di farmaci, dispositivi medici e prodotti terapeutici (*Heilmittelwerbegesetz* - HWG). Questa ultima misura contrasta il pericolo che dell'IVG venga fatta pubblicità ingannevole (punita ai sensi dei §§ 3 e 14 dell'HWG)<sup>64</sup>.

<sup>55</sup> LG Gießen, Urteil vom 12.12.2019 - 4 Ns 406 Js 15031/15.

<sup>56</sup> AG Berlin-Tiergarten, 14.06.2019 - 253 Ds 143/18.

<sup>57</sup> AG Berlin-Tiergarten, 14.06.2019 - 253 Ds 143/18. Vd. M. SEITERS, *op. cit.*, 273.

<sup>58</sup> LG Gießen, Urteil vom 12.12.2019 - 4 Ns 406 Js 15031/15, par. 92.

<sup>59</sup> AG Coesfeld, Urteil vom 20.05.2021 - 3a Ds-30 Js 580/20-249/20.

<sup>60</sup> Vd. *inter alia*, K. HELING-PLAHR, *Die Abschaffung von § 219a StGB war richtig*, in *FAZ Einspruch*, 30/6/2022 e A. ULBRICHT, *op. cit.*, 7.

<sup>61</sup> BVerfG - 2 BvR 390/21 e 2 BvR 290/20.

<sup>62</sup> Art. 4, Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) vom 11 Juli 2022, BGBl I Nr. 25 (18/7/2022). Vd. H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 138-139.

<sup>63</sup> DEUTSCHER BUNDESTAG, *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), zur Änderung des Heilmittelwerbegesetzes und zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch*, BT-Drucks. 20/1635, 02/5/2022, disponibile al link <https://dserver.bundestag.de/btd/20/016/2001635.pdf> (ultima consultazione 30/11/2022).

<sup>64</sup> Vd. H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 137-138; M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 934; K. HELING-PLAHR, *op. cit.*

#### 4. Il necessario ripensamento del compromesso sull'aborto alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato

L'abrogazione del § 219a StGB fornisce l'occasione per riflettere sulla necessità di rivalutare la legittimità del compromesso sull'aborto, così come delineato dal *Bundesverfassungsgericht*, alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato.

Nel diritto costituzionale tedesco, il requisito della neutralità etico-religiosa dello stato risulta dal combinato disposto degli articoli 4.1 (libertà di fede e coscienza), 3.3 (diritto all'uguaglianza), 33.3 (eguale godimento dei diritti civili) GG, nonché degli articoli 136.1 (godimento dei diritti civili e politici indipendentemente dall'appartenenza religiosa), 136.4 (diritto a non essere obbligati a compiere atti religiosi) e 137.1 (divieto di una chiesa di Stato) della Costituzione di Weimar. Questa interpretazione è confermata da diverse sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, che hanno stabilito come la neutralità etico-religiosa sia da considerarsi un obbligo vincolante per lo Stato costituzionale<sup>65</sup>. Anche la dottrina riconosce l'obbligo di neutralità dello stato come uno dei pilastri dell'ordinamento costituzionale tedesco<sup>66</sup>. Per svolgere la sua funzione e garantire la coesistenza di diverse convinzioni etiche, infatti, lo Stato deve necessariamente astenersi dallo schierarsi a favore di una sola definizione del bene morale<sup>67</sup>. Parte maggioritaria della dottrina costruisce questo obbligo nel senso di una neutralità «di giustificazione», secondo la quale, per essere legittime in una società pluralista, le decisioni politiche devono essere giustificabili su assunti condivisibili senza dover sottoscrivere alcuna particolare concezione del bene morale<sup>68</sup>. In base a questo presupposto, l'ordinamento giuridico è legittimo solo se le decisioni su questioni fondamentali sono prese in linea con principi che «tutti i cittadini ragionevoli, liberi ed eguali, sono tenuti ad approvare»<sup>69</sup>.

Un ostacolo a una chiara interpretazione del requisito di neutralità è la costante evoluzione delle convinzioni etiche della società. Difatti, le ragioni che possono essere riconosciute come accettabili dalla maggioranza dei membri della società evolvono nel tempo. Di conseguenza, la portata del principio di neutralità si evolve parallelamente ai cambiamenti nelle convinzioni etiche condivise dai membri della società<sup>70</sup>.

A questo proposito è interessante notare come, nella prima sentenza sull'aborto, il Tribunale Costituzionale Federale abbia dichiarato l'obbligo statale di protezione dell'embrione sin dall'impianto come conforme al principio di neutralità religiosa. La decisione affermava, infatti, che il diritto alla vita del

<sup>65</sup> Questa ricostruzione del principio di neutralità è stata inizialmente rilevante soprattutto nelle decisioni riguardanti le relazioni tra Stato e Chiesa, vd. l'elenco in S. HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, 2017, 13, n. 31.

<sup>66</sup> Vd. tra tutti S. HUSTER, *op. cit.*; B. FATEH-MOGHADAM, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts*, Tübingen, 2019, 122; E. BORNEMANN, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates*, Tübingen, 2020; H. DREIER, *Staat ohne Gott*, München, 2018; nonché i dibattiti in *Dritter Beratungsgegenstand. Neutralität als Verfassungsgebot?*, in C. WALTER (a cura di), *Machtverschiebungen. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 2022, 251-382.

<sup>67</sup> S. HUSTER, *op. cit.*, 12.

<sup>68</sup> Concezione ampiamente teorizzata da S. HUSTER, *op. cit.* e sostenuta, *inter alia*, da B. FATEH-MOGHADAM, *op. cit.* e H. DREIER, *op. cit.*

<sup>69</sup> Come formulato da J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 2005, 393.

<sup>70</sup> Vd. S. HUSTER, *op. cit.*, 569-570.

feto derivasse direttamente dal diritto alla dignità e dovesse quindi essere protetto dall'ordinamento giuridico indipendentemente dall'adesione a principi etici o religiosi<sup>71</sup>. Tuttavia, è discutibile che questa affermazione sia tuttora da intendere come neutrale nel senso sopra indicato. Sembra, infatti, che questo assunto possa, attualmente, essere considerato accettabile solo da chi aderisca a particolari principi etico-religiosi<sup>72</sup>.

Un simile ragionamento può essere esteso all'intero compromesso sull'aborto. La disciplina che prevede la rilevanza penale dell'IVG, escludendone la punibilità in alcuni casi eccezionali, poteva, in passato, essere considerata accettabile e ragionevole dalla vasta maggioranza dei membri società e, quindi, conforme al principio di neutralità. Tuttavia, il crescente dissenso per uno dei pilastri del compromesso – il divieto di fornire informazioni sull'aborto – culminato con l'abrogazione del § 219a StGB, sembra suggerire un mutamento radicale nelle convinzioni etico-religiose della società tedesca. Lo stesso AG Gießen, nel giudicare il caso di Kristina Hänel, aveva sottolineato la necessità per il legislatore di considerare i cambiamenti nelle concezioni etiche della società al fine di ripensare la disciplina delle informazioni sull'IVG<sup>73</sup>.

In questo senso, il rifiuto di uno degli aspetti fondamentali del compromesso sull'aborto mette in discussione la neutralità etico-religiosa, e quindi la legittimità costituzionale, dell'intera disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza<sup>74</sup>.

## 5. Conclusioni

Sia la Germania che gli Stati Uniti hanno assistito, nel giugno 2022, a un sostanziale cambiamento di prospettiva – in direzioni opposte – nella valutazione giuridica e costituzionale dell'IVG<sup>75</sup>.

Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, oggetto di questo contributo, l'abolizione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive ha liberato i medici e le donne dal senso di stigmatizzazione sociale e facilitato l'accesso all'IVG<sup>76</sup>. Ancora più notevole è, tuttavia, il fatto che l'abrogazione del § 219a StGB potrebbe potenzialmente avere ripercussioni sull'intera disciplina tedesca dell'IVG. L'abolizione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive sembra, infatti, costituire solo un primo passo verso un inevitabile radicale ripensamento del compromesso sull'aborto.

Alla luce dei recenti sviluppi, non solo la volontà politica – inequivocabilmente espressa nell'accordo di coalizione del nuovo governo – ma anche il rispetto del principio costituzionale di neutralità dello stato richiedono al legislatore di ripensare la intera disciplina dell'IVG e collocarla finalmente al di fuori dei confini del diritto penale<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> BVerfGE 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, par. 152. Vd. B. FATEH-MOGHADAM, *Bioethische Diskurse zwischen Recht, Ethik und Religion. Juristische Perspektiven – Zum Einfluss der Religion in bioethischen Beratungsgremien*, in F. VOIGT, *Religion in bioethischen Diskursen: Interdisziplinäre, internationale und interreligiöse Perspektiven*, Berlin, 2010, 45; G. CZERMAK, *op. cit.*, 68-71.

<sup>72</sup> A. ULBRICHT, *op. cit.*, 4.

<sup>73</sup> P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 80.

<sup>74</sup> A. ULBRICHT, *op. cit.*, 2; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

<sup>75</sup> Vd. su questo punto le riflessioni di J. J. VASEL, *op. cit.*, 2378-ff.

<sup>76</sup> H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 139.

<sup>77</sup> Vd. J. J. VASEL, *op. cit.*, 2382.