

Giovanni Di Rosa

Profili giuridici dell'esistenza



Giappichelli



Introduzione

Proseguendo una ormai risalente, ma sempre proficua collaborazione, deputata a coniugare ricerca e didattica, affido ai tipi dell'editore Giappichelli alcuni contributi destinati, prevalentemente ma non esclusivamente, agli studenti del corso di Biodiritto, tenuto sin a partire dall'anno accademico 2007-2008 presso l'allora Facoltà di Giurisprudenza, oggi Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Università degli Studi di Catania. Si trattava di un progetto scientifico che nasceva in un contesto storico ben delineato e che si preannunciava, come poi sarebbe stato, di grande interesse e particolare coinvolgimento, sia sotto il profilo soggettivo (anche in termini di partecipazione emotiva) sia sotto il profilo oggettivo (quanto agli argomenti affrontati). Del resto, una significativa conferma di ciò è venuta dal riscontro ricevuto dagli studenti, sia quanto alla loro interessata e fattiva partecipazione durante lo svolgimento del corso di lezioni, sia rispetto ai generali buoni risultati conseguiti in sede di esami di profitto e, non ultimo, in ragione delle numerose richieste di assegnazione di tesi di laurea e di corrispondente, compiuta redazione.

Nel frattempo, ovviamente, molto è cambiato; al contempo, tuttavia, appare immutato, ed è segno di permanente interesse, il dibattito sulle questioni che attengono all'uomo e, in definitiva, al senso della sua esistenza e allo stesso futuro della natura umana. Di più, mentre in precedenza l'attenzione appariva catalizzata, per così dire, all'interno del percorso di sviluppo dell'essere umano in quanto tale, adesso sono prepotentemente emerse, polarizzando l'attenzione degli studiosi (a tutti i livelli e con tratti di trasversalità), le problematiche di un futuribile che, nei suoi tratti essenziali, è già realtà attuale. Il riferimento è, più precisamente, all'ambito tematico (ricchissimo di implicazioni, non solo etico-giuridiche) della cosiddetta intelligenza artificiale. Dunque, in un quadro ricomposto, si pone il filo conduttore dei rapporti tra naturale e artificiale, che si sviluppa tra (gli estremi di) una dimensione fattuale che propriamente umana non si può definire

(e che si propone in termini ormai non del tutto ancillari rispetto all'uomo) e la (sempre più frequente) richiesta di cessazione di una esistenza umana ritenuta oltre (ossia al di là ma anche contro) i caratteri naturali della stessa.

Nel panorama indagato si stagliano allora, agli opposti, la vita, che è permanente esistere (a partire dalla prima scintilla di una nuova individualità e sempre che non venga precluso il successivo sviluppo), e la morte, che è assenza di vita (quale accadimento naturale che può però essere determinato da una scelta originaria, fatta in condizioni di salute, la quale trova attuazione nel momento in cui manca la relativa consapevolezza). Vengono qui dunque in considerazione ancora una volta i rapporti tra la vita e la morte; tra il desiderio della genitorialità, che sembra divenire diritto al figlio, e la esclusione della maternità, che si concreta nell'esercizio della possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza, sino alla scelta, in precedenza formalizzata, di porre fine alla propria esistenza allorché determinate patologie non consentissero più, in quel momento, l'assunzione di consapevoli decisioni al riguardo. In questo contesto si collocano, altresì, le scelte definite super-etiche (per segnalarne così la particolare rilevanza), relative alla disponibilità del proprio corpo onde assicurare la vita di quello altrui, sia nella forma del trapianto da vivente sia nella forma del trapianto *ex mortuo*. La nuova frontiera è, invece, rappresentata dal (prospettato) superamento dell'umano, ove l'artificio (e tutto ciò che esso comporta) pare, in una certa misura, prendere il sopravvento sull'autore della macchina (ritenuta, nelle forme più evolute, "intelligente").

L'indagine, pertanto, si sviluppa nel suo complesso attraverso un percorso che traduce per l'appunto un peculiare modo di porsi della vita rispetto alla morte, sia con riferimento all'interruzione volontaria della gravidanza, quale espressione della vita negata; sia con riguardo al trapianto d'organi, quale espressione della vita donata; sia per quel che concerne la fine dell'esistenza, quale espressione della vita dolente. La trattazione si completa con una (sintetica e prospettica) analisi del rapporto tra l'umano naturale e l'artificiale tecnologico.

Le tematiche esaminate, peraltro, ora hanno formato oggetto di recenti dibattiti che hanno messo al centro dell'analisi i risultati di una normativa risalente la quale, a distanza di quarant'anni dalla relativa introduzione, ha forse mostrato una serie di limiti, se non strutturali, certamente applicativi, in un contesto peraltro caratterizzato (para-

dossalmente) dal sempre più preoccupante inverno demografico (il riferimento è alla disciplina della interruzione volontaria della gravidanza); ora hanno da ultimo ricevuto compiuta attuazione, attraverso il completamento dell'*iter* originariamente previsto (il riferimento è alla disciplina dei trapianti *ex mortuo*); ora, infine, sono state per la prima volta destinatarie di una specifica regolamentazione al termine di una lunga (e travagliata) gestazione (il riferimento è alla recente disciplina in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento sanitario), necessitando però (per espressa indicazione del giudice delle leggi) di un ulteriore intervento da parte del legislatore (che sembra ormai essere in dirittura d'arrivo) in ragione dell'intervenuta depenalizzazione (a certe, precise e circoscritte condizioni) dell'aiuto al suicidio. In questo panorama, come già anticipato, si pongono altresì al centro della attuale discussione pubblica gli ordini di problemi che hanno a che fare con l'affiancamento alla individualità umana di ciò che traduce (in maniera sempre più invasiva) un certo tipo di sviluppo tecnologico (il riferimento è alle questioni in tema di cosiddetta intelligenza artificiale).

Quanto ai tratti redazionali ampio spazio, come di consueto, viene riservato sia alla analisi del dato normativo, rispetto alle proposte ricostruzioni interpretative da parte della dottrina, sia alle relative applicazioni giudiziali; si tratta di una (convinta) scelta di metodo deputata a fornire spunti di riflessione e autonomia di giudizio allo studente universitario che, al necessario (e insostituibile) approccio teorico, deve accompagnare la (altrettanto) importante comprensione della prassi, attraverso cui diviene operante il diritto.

Parte I
Scelte di vita e di morte

Capitolo I

La vita negata

L'interruzione volontaria della gravidanza

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La originaria rilevanza penalistica dell'aborto. – 3. (*Segue*). L'intervento del giudice delle leggi. – 4. L'introduzione delle norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194). Principi ispiratori e finalità della disciplina. – 5. Le condizioni di accesso alla procedura interruttiva. – 6. La esclusiva responsabilità decisionale della donna nei confronti della vita nascente. – 7. La possibilità di vita autonoma del feto. – 8. Gli stati di incapacità della gestante. La minore età. – 9. (*Segue*). L'interdizione. – 10. L'obiezione di coscienza del personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie. – 11. Dall'aborto chirurgico all'aborto farmacologico. – 12. Rilievi conclusivi.

1. *Cenni introduttivi*

Sono ormai trascorsi più di quarant'anni dalla legalizzazione, ad opera della legge 22 maggio 1978, n. 194, dell'interruzione volontaria della gravidanza. Ciò consente, per un verso, di ripercorrere (in termini ovviamente sintetici) l'*iter* che ha condotto all'introduzione della possibilità per la donna di ricorrere all'aborto, peraltro funzionale alla comprensione delle successive scelte operate dal legislatore; per altro verso, di verificare lo stato dell'arte rispetto alle prospettate ragioni poste a fondamento dell'opzione di legge. Sotto quest'ultimo aspetto, in buona sostanza, può apparire di utilità riscontrare, a fronte di quanto statuito nel 1978, la corrispondente applicazione; se cioè, più in particolare, si sia proceduto in (assoluta) sintonia con le stesse intenzioni della introdotta regolamentazione o in (eventuale) difformità rispetto a quello che, disciplinarmente dato, si presenta del resto nella stessa interpretazione e attuazione giudiziale.

Non possono al riguardo sottacersi taluni dati che, nella loro asciut-

ta essenzialità, appaiono tuttavia assai indicativi. Già quasi al termine del primo trentennio dalla introduzione della l. n. 194/1978 risultava chiara, in tutta la propria crudezza, la realizzata eterogenesi dei fini. Anche i più convinti sostenitori della normativa in questione, strenui difensori anche rispetto al proposto referendum abrogativo voluto dai cattolici, avevano infatti rilevato il profondo cambiamento della società; si constatava, in particolare, come la regolamentazione di legge fosse diventata uno strumento individuale che riflette una cultura funzionalista e venisse utilizzata per rispondere a un disegno altrettanto funzionalista, senza peraltro mancare di evidenziare la visione di base che nega all'uomo il privilegio di essere irriducibile ai suoi prodotti e che non riconosce all'uomo il mistero che è⁽¹⁾. Del resto le stesse cifre a quel tempo indicate lasciano intendere un certo approccio nel ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza, atteso che dal 1978 al 2007 erano stati praticati quasi cinque milioni di interventi, con una media annuale ormai da diversi anni di circa 130.000 aborti per anno. In verità il dato ora fornito si è progressivamente ridotto negli anni successivi sino a giungere, secondo quanto risulta dalla (ultima) Relazione annuale del Ministro della Salute al Parlamento *ex art.* 16 l. n. 194/1978, trasmessa il 30 luglio 2021 e contenente i dati definitivi relativi all'anno 2019, a un numero di poco superiore ai 73.000 interventi, con una lieve risalita del tasso di abortività (ossia numero di interruzioni volontarie per 1000 donne tra 15 e 49 anni) ma con una diminuzione del rapporto di abortività (ossia numero di interruzioni volontarie per 1000 nati vivi)⁽²⁾.

In questa congerie di dati e numeri (più o meno confortanti, a seconda dei punti di vista) si staglia il ben noto (e mai sopito) dibattito tra i sostenitori dell'attuale regolamentazione legislativa, ritenuta condivisibile espressione dell'irrinunciabile diritto delle donne italiane all'autodeterminazione⁽³⁾, e i richiedenti significative modifiche al-

⁽¹⁾ Il riferimento è al pensiero di P. BARCELONA, *Succubi di una cultura individualista*, in *Avvenire*, 28 agosto 2007.

⁽²⁾ La richiamata Relazione è consultabile sul relativo sito ufficiale, ossia www.salute.gov.it/portale/documentazione. La precedente Relazione, trasmessa il 9 giugno 2020 e contenente i dati definitivi relativi all'anno 2018, riferiva di un numero (in continua discesa) di poco superiore ai 76.000 interventi, con una diminuzione (rispetto ai dati precedenti) sia del tasso di abortività sia del rapporto di abortività.

⁽³⁾ Tra le tante manifestazioni adesive può leggersi la (sintetica ma chiara) esposizione della Consulta laica di bioetica, *Considerazioni sul diritto all'interruzione volon-*

la disciplina vigente, dirette a migliorare la difesa della vita nascente⁽⁴⁾.

Al di là della diversità delle riferite prospettive, che si avrà modo di riprendere più avanti, anche alla luce e in ragione della compiuta disamina dell'impianto normativo, un dato appare incontestabile, ossia che la gravidanza si presenta come evento il quale mette in moto una rete di rapporti interni (tra genitori e tra questi e il nascituro) ed esterni (tra genitori e operatori della sanità); ciò avviene, peraltro, in una dinamica relazionale che, al proprio interno, si pone in termini di graduazione nei rapporti tra i soggetti coinvolti⁽⁵⁾ nei cui confronti, messa di canto la possibile conflittualità proprio in occasione dell'interruzione volontaria della gravidanza (si pensi, per esemplificare, al rapporto tra la madre e il padre), il nascituro sembra assumere connotazioni, sotto il profilo della relativa tutela, assai diverse⁽⁶⁾.

taria di gravidanza, già in *Bioetica*, 1994, p. 1 ss. e ripubblicata in *Bioetica*, 2003, n. 3, *Supplemento*, p. 31 ss. Di diritto fondamentale della persona, riferendosi alla libertà di scelta e di autodeterminazione della donna di interrompere volontariamente la gravidanza al ricorrere delle condizioni previste dalla l. n. 194/1978, discute Cass., Sez. Un., 15 febbraio 2021, n. 3780, in corso di pubblicazione in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, con nota (parzialmente critica) di I. RAPISARDA, *Detenzione domiciliare e interruzione volontaria della gravidanza*, che ha confermato la decisione della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura in ordine alla disposta condanna del giudice di sorveglianza del Tribunale di Brescia che aveva negato la richiesta autorizzazione presentata da una donna, ristretta in regime di detenzione domiciliare, ad allontanarsi dalla propria abitazione, al fine di praticare un intervento di interruzione volontaria della gravidanza.

⁽⁴⁾Valga per tutti il richiamo al riassuntivo (ma incisivo) articolo del 19 ottobre 2008 di L. ROMANO, *Da una legge per l'aborto a una per la vita. Prospettive di biopolitica a 30 anni dalla legge 194*, in www.zenith.org/article-ZI0810190.

⁽⁵⁾Sul punto C. ZUCCARO, *La gravidanza: aspetti etici fondamentali*, in *Riv. teologia morale*, 1998, p. 81 ss.

⁽⁶⁾Perspicuamente A. LA TORRE, *Ego e Alter nell'interruzione della gravidanza*, in *Giust. civ.*, 2010, II, p. 3, mette l'accento sulla particolarissima rete relazionale tra la madre (*ego*) e il feto (*alter*), rilevando efficacemente che il «grembo della donna in stato di gravidanza è il luogo in cui il rapporto tra l'*ego* e l'*alter* si manifesta in modo primigenio e totalizzante: primigenio, perché è in esso la sede di formazione della vita umana; totalizzante perché, fino al momento in cui con la nascita non seguirà il distacco del feto dall'utero materno, il legame simbiotico è di tale pregnanza da immedesimare l'*alter* nell'*ego*, così da presentare il figlio non ancora nato come *portio viscerum* della madre»; sulla figura, assolutamente peculiare, della maternità M. RECALCATI, *Le mani della madre. Desiderio, fantasmi ed eredità del materno*, Milano, 2015, p. 24 ss., che vi ravvisa l'attesa da parte della donna «di qualcosa che, sebbene lei lo porti con sé, dentro di sé, in sé, nel proprio ventre, nelle proprie viscere, appare come un principio di alterità che rende possibile un *altro mondo*» (p. 25).

2. La originaria rilevanza penalistica dell'aborto

Fino al 1978 l'aborto veniva considerato, in termini generali ma non assoluti, un delitto, essendovi dedicata la quasi totalità del titolo X del libro II del codice penale, volto a disciplinare i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe (artt. 545-555 c.p.). Peraltro, a fronte della dizione riportata, che certo la diceva lunga in ordine all'oggetto della tutela giuridica, ossia rispetto al bene giuridico leso, l'aborto veniva storicamente considerato, entrando a far parte dei delitti contro la vita, come «una frustrazione della legittima speranza del marito ad avere un figlio, lesione dell'interesse del padre a non essere defraudato della prole (diritto di famiglia)»⁽⁷⁾.

Il codice penale Rocco (entrato in vigore il 1° luglio 1931 e tuttora vigente), sotto questo profilo, innovando rispetto al precedente codice Zanardelli (entrato in vigore il 1° gennaio 1890), inserisce il delitto di aborto non più tra i delitti contro la persona, quanto piuttosto in quelli contro l'integrità e la sanità della stirpe, secondo taluni come espressione di una particolare ideologia del vigente regime politico; ciò, del resto, in adesione all'ondata nazionalistica che, dopo la prima guerra mondiale, investe tutti i paesi occidentali con la consequenziale adozione, per un verso, di provvedimenti a favore della famiglie numerose e il correlativo l'inasprimento legislativo, per altro verso, contro la contraccezione e l'aborto⁽⁸⁾.

Ad ogni buon conto, nel vigore della fattispecie delittuosa, se ne riteneva la sussistenza anche in relazione ad ipotesi di inseminazione artificiale, rappresentando quest'ultima una mera modalità (sia pure peculiare) da cui trae origine la gravidanza ma non incidendo affatto nei confronti del delitto in esame⁽⁹⁾. D'altra parte, oltre al cosiddetto aborto indiretto, ossia quell'atto chirurgico o altra applicazione terapeutica che, indipendentemente dallo stato di gravidanza, fosse ri-

⁽⁷⁾ G. ZUCALÀ, *Aborto*, b) *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 128, richiamando in nota l'insegnamento di studiosi italiani e stranieri; adesivi riferimenti in G. SPAGNOLO, *Studio sull'interruzione della gravidanza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1266, ove si sottolinea l'interesse sociale alla tutela della maternità e all'incremento demografico della nazione, proprio riportando le parole contenute nella relazione al Re di accompagnamento al codice penale da parte del Ministro di grazia e giustizia (e affari di culto) Alfredo Rocco.

⁽⁸⁾ Sviluppì in tal senso in G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003, p. 83 ss.

⁽⁹⁾ Al riguardo G. ZUCALÀ, *Aborto*, cit., p. 131.

chiesto per la salvezza della madre e avesse come conseguenza accessoria la morte del feto, non si riteneva sanzionabile, invocando lo stato di necessità (art. 54 c.p.), «il diretto intervento demolitore, quante volte la interruzione della gravidanza venga compiuta per la necessità di salvare la donna da un danno grave alla persona, non altrimenti evitabile, determinato o dalla gravidanza o dal parto»⁽¹⁰⁾. Si invocava infatti, fin d'allora, la preminenza, nel conflitto tra i due interessi (da un lato, la vita e la salute, grave infermità, della gestante; dall'altro, la vita del feto), la possibilità del sacrificio del feto, ossia il bene di minore rilievo sociale; mentre, invece, proprio facendo riferimento al conflitto tra i due interessi in gioco (questa volta differenti e non certo sullo stesso piano) si escludeva la possibilità di richiamare lo stato di necessità a giustificazione dell'aborto quale strumento per tutelare l'onore della gestante che avesse subito violenza sessuale⁽¹¹⁾. Sintomatico, peraltro, del contesto in cui si operava e, altresì, della fedele applicazione della regola normativa, era l'esclusione dell'aborto eugenetico (ritenuto punibile), praticato cioè in presenza di rilevanti difetti fisici del concepito; ipotesi alla quale poteva assimilarsi, in ordine alla ritenuta illiceità, quella della interruzione volontaria della gravidanza provocata per prevenire danni sociali ed economici⁽¹²⁾.

L'unico caso di aborto non punibile, considerato dunque lecito, era pertanto quello della donna che vi avesse fatto ricorso nello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., a norma del quale «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo». Solo quindi la necessità di salvare la vita della donna veniva ritenuta proporzionata alla gravità dell'aborto, rispetto a cui la stessa giurisprudenza, mediante un'interpretazione restrittiva del concetto di attualità del pericolo, considerava punibile anche l'aborto effettuato per finalità terapeutiche qualora il danno temuto non si presentasse ancora come imminente.

⁽¹⁰⁾ G. ZUCCALÀ, *Aborto*, cit., p. 135; sullo stato di necessità quale scriminante generale anche P. NUVOLONE-A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Digesto, disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 24 s.

⁽¹¹⁾ Sul punto ancora G. ZUCCALÀ, *Aborto*, cit., p. 136.

⁽¹²⁾ In merito G. ZUCCALÀ, *Aborto*, cit., p. 137.

3. (Segue). *L'intervento del giudice delle leggi*

In questo contesto normativo e, più in generale, socio-culturale va allora rivolta l'attenzione, anche (ma non solo) per ragioni di ordine temporale, ad alcune sentenze del giudice delle leggi che, in buona sostanza, anticipano e orientano (nel senso che indirizzano) le (successive) scelte del legislatore, mettendo in evidenza l'ordine di problemi che presenta la normativa penalistica⁽¹³⁾. In particolare, una (sia pur rapida) disamina merita la decisione del 1975 con la quale, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., che incriminava l'aborto di donna consenziente, promosso con ordinanza emessa il 2 ottobre 1972 dal giudice istruttore del Tribunale di Milano, la Corte costituzionale ne dichiara l'illegittimità, nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quanto l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre⁽¹⁴⁾.

Il giudice delle leggi, anzitutto, critica la (allora) attuale collocazione dell'aborto volontario quale delitto contro l'integrità della stirpe, ritenendo piuttosto che, così come invece disposto all'interno del codice penale previgente, ossia il codice Zanardelli, l'aborto debba essere considerato un delitto contro la persona. Ulteriore rilievo di interesse è rappresentato dal riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela del concepito, richiamando, in termini generali, l'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali viene annoverata, sia pure con le caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito e, in termini più specifici, l'art. 31, comma 2, Cost., che impone espressamente la protezione della maternità. A fronte di questo complessivo quadro di (primario) riferimento normativo, che indubbiamente giustifica la considerazione penalisti-

⁽¹³⁾ Si tratta delle decisioni di Corte cost., 16 marzo 1971, n. 49, in *Foro it.*, 1971, I, c. 833, in ordine alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 553 c.p., relativo alla previsione del delitto di incitamento a pratiche contro la procreazione, e di Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, *ivi*, 1975, I, c. 515, in merito alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., con riguardo alla previsione del delitto di aborto di donna consenziente, sulla quale ultima, tra tanti, S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicate in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2099 ss.

⁽¹⁴⁾ Il riferimento è alla già richiamata sentenza della Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, cit.

ca della fattispecie in esame, la Corte costituzionale rileva la possibilità, e in questo risiede l'evidenziato *vulnus*, che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in contrasto con altri beni egualmente tutelati a livello costituzionale, con la necessitata conseguenza di dovere operare un appropriato bilanciamento di interessi, in mancanza del quale la prevalenza del primo risulterebbe totale e assoluta a detrimento di un'adeguata protezione dei secondi. In questo senso la scriminante dell'art. 54 c.p. non appare, ad avviso del giudicante, di ausilio rispetto al caso *de quo*, in quanto esige non solamente la gravità e l'assoluta inevitabilità del danno o del pericolo ma anche la corrispondente attualità, mentre può accadere (come nell'ipotesi concreta in esame) che il danno o il pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto ma mancare del tratto dell'immediatezza, non consentendo così di invocare la richiamata scriminante.

Emerge così, nella prospettazione dei giudici costituzionali, la assoluta particolarità della condizione della gestante, a cui si aggiunge, con un passaggio motivazionale particolarmente incisivo (al di là della relativa condivisibilità), l'insussistenza dei presupposti di operatività dell'art. 54 c.p., il quale postula l'equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che con il fatto stesso si vuole salvare; proprio questo tuttavia è ciò che manca nella fattispecie presa in considerazione e oggetto del vaglio di costituzionalità, atteso che «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». In questo modo, ravvisata la preminente esigenza della tutela della salute (o della vita) della madre, secondo un giudizio che è tuttavia carente dell'attualità del pericolo, si corre il rischio (anche se probabilmente ciò non è nell'intenzione del giudicante) di legittimare l'interruzione volontaria della gravidanza per il fatto stesso della gravidanza in sé, considerato che la possibilità di complicanze, anche gravi, per la donna si presenta generalmente nella quasi totalità delle gestazioni; lo stesso giudizio probabilistico, che ha a che fare con l'oggi, ossia in costanza di gravidanza, finisce per attenere alla verifica di un danno relativo però ad un domani, ossia in un momento successivo, sganciando così l'attualità del pericolo dall'imminenza del danno temuto⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Critiche diffuse in M. BOSCARRELLI, *Corte costituzionale e liberalizzazione dell'aborto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 569 ss.

Quanto invece all'altro profilo messo in evidenza nella decisione che qui si analizza, ossia la situazione giuridica del concepito, dottrina concorde giunge addirittura ad affermare che i giudici costituzionali abbiano tracciato una linea (di sostanziale confine normativo) tra il momento della vita prenatale e quello della vita postnatale, considerando solamente quest'ultimo come inizio della vita, ritenendo pertanto l'embrione una realtà diversa dalla persona⁽¹⁶⁾. Al riguardo deve tuttavia rilevarsi, senza peraltro entrare nel merito della specifica questione, che quel passaggio della sentenza in cui si individua nel concepito una persona *in fieri* sembra cozzare, rendendo così contraddittoria la posizione assunta, con la proclamata qualificazione dell'aborto (espressa all'inizio della decisione, come già in precedenza evidenziato) in termini di delitto contro la persona⁽¹⁷⁾.

La stessa Corte costituzionale, peraltro, rilevato, *de iure condito*, che l'intervento sulla donna debba essere operato in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto, mette in guardia da una sostanziale (generalizzata) legalizzazione dell'aborto, invitando il legislatore (in termini di obbligo) a «predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla». Una decisione, dunque, che, imboccata la via del bilanciamento tra valori costituzionali, si attesta su una posizione mediana, senza cioè determinare un capovolgimento del sistema, ossia «su una linea di continuità con la tradizione codicistica nel mantenere l'incriminazione dell'aborto volontario; ma al tempo stesso su una linea di discontinuità nel renderlo lecito quando sia in pericolo la salute della gestante»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ È il pensiero di U. DINACCI, *Prospettive sull'aborto*, in *Giust. pen.*, 1975, I, p. 203 ss. Il tema ritornerà prepotentemente all'attenzione, e se darà conto a breve, in ragione delle previsioni della successiva legge 19 febbraio 2004, n. 40, in tema di procreazione medicalmente assistita, il cui art. 1, comma 1 dispone, tra l'altro, che la «presente legge (...) assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

⁽¹⁷⁾ Proprio la diversa assunzione del valore attribuito alla nascita di nuovi esseri umani e lo stesso concetto di persona, il quale condiziona in particolare la disciplina dell'aborto e dell'infanticidio, vengono significativamente indicate da T. PADOVANI, *Procreazione*, b) *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 970, come le variabili che orientano le scelte legislative.

⁽¹⁸⁾ A. LA TORRE, *Ego e Alter*, cit., p. 9.

Merita infine di essere segnalata, sempre sul versante degli interventi del giudice delle leggi, la decisione con cui viene ritenuta ammissibile la proposta richiesta di *referendum* abrogativo del titolo X del libro II del codice penale⁽¹⁹⁾, stimolando così ulteriormente il legislatore rispetto a quanto già in cantiere nei plurimi progetti di legge in tema di ammissibilità dell'interruzione volontaria della gravidanza⁽²⁰⁾.

4. *L'introduzione delle norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194). Principi ispiratori e finalità della disciplina*

Il 18 maggio 1978 viene definitivamente approvato dal Senato della Repubblica, con 160 favorevoli e 148 contrari, il testo normativo in precedenza licenziato dalla Camera dei Deputati con 308 voti favorevoli e 275 contrari, poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale come legge 22 maggio 1978, n. 194, recante norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza. Il relativo art. 22, comma 1 abroga il titolo X del libro II del codice penale, mentre il successivo comma 2 dispone (altresi) l'abrogazione del n. 3, comma 1 e del n. 5, comma 2 dell'art. 583 c.p., relativamente cioè alle circostanze aggravanti rispetto al fatto commesso nei confronti della donna incinta, costituite (quale lesione personale grave) dall'acceleramento del parto e (quale lesione personale gravissima) dall'aborto della persona offesa. L'aborto viene così depenalizzato ma solo entro i limiti di

⁽¹⁹⁾ Il richiamo è alla decisione di Corte cost., 22 dicembre 1975, n. 251, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2895.

⁽²⁰⁾ A quanto già esposto in testo bisogna aggiungere, per completezza, l'accadimento presentato da A. BOMPIANI, "Medicina e Morale" e l'aborto. *Rassegna di 60 anni di attenzione al problema e di impegno educativo per il superamento della interruzione volontaria di gravidanza*, in *Medicina e Morale*, 2010, p. 832 e, *ivi*, nota 41, quale "affondo" propagandistico e relativo al disastro di Seveso, incidente avvenuto nel 1976 nello stabilimento chimico dell'Icmesa di Meda, con la consequenziale fuoriuscita e dispersione nell'ambiente circostante di una nube di diossina; il timore di possibili malformazioni per i concepiti induce al ricorso, autorizzato in via straordinaria per legge, all'interruzione precauzionale della gravidanza, anche se la successiva disamina dei reperti anatomici avrebbe poi escluso lesioni embrio-fetali ascrivibili al materiale tossico; riferimenti sul punto anche in G. BERLINGUER, *La legge sull'aborto*, Roma, 1978, p. 37 s.

quanto ritenuto possibile, come si vedrà, dalla introdotta normativa, rimanendo viceversa vietato in tutti gli altri casi rispetto ai quali, ossia fuori dalle condizioni di legge previste, continua a costituire un reato (artt. 17-19 l. n. 194/1978)⁽²¹⁾.

Proprio questo appare il punto da cui muovere per la ricostruzione sistematica della novella legislativa, della quale, in via introduttiva, possono segnalarsi i principi ispiratori che ne rappresentano (anche) le finalità, come meglio ravvisabile attraverso la disamina dell'art. 1 l. n. 194/1978. Al riguardo, infatti, uno dei rilievi dei primi autorevoli commentatori, il quale giustamente segnalava che «la legge non è volta a tutelare l'interruzione della gravidanza come esercizio della libertà civile e come espressione di un valore positivo della persona»⁽²²⁾, contemporaneamente mettendo in luce che la medesima normativa «non ha dunque accettato l'esaltazione ideologica dell'aborto ma, come si evince anche dai lavori preparatori, essa ha piuttosto inteso ovviare alla piaga dell'aborto clandestino»⁽²³⁾, risulta ancora oggi confermato dalla recente giurisprudenza nomofilattica che, nell'interpretazione della l. n. 194/1978, ravvisa la natura eccezionale delle ipotesi permissive, fuori delle quali l'aborto rimane, come già detto, un delitto⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ In merito può richiamarsi, tra le tante, la decisione di Cass. pen., 20 luglio 2007, n. 29352, in *www.diritto.it*, che ha confermato la condanna penale per aborto colposo ai sensi dell'art. 17 l. n. 194/1978 e il conseguente risarcimento danni per un ginecologo che non aveva seguito tutte le regole cautelari, volte a prevenire l'interruzione della gravidanza e la morte del feto, a prescindere dalla possibilità di vita autonoma di quest'ultimo; al riguardo, in precedenza, Pret. Arezzo, 11 luglio 1992, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 281, ha ritenuto che, ai fini della individuazione del momento in cui ha inizio l'autonoma vita biologica e della correlativa configurabilità del delitto di omicidio e non già di quello di aborto colposo di cui all'art. 17 l. n. 194/1978, occorre fare riferimento non già al momento del parto, bensì all'inizio del travaglio del parto in cui ha inizio quel periodo di transizione tra la vita intrauterina e quella extrauterina, identificabile con il momento della rottura delle acque.

⁽²²⁾ C.M. BIANCA, *Commentario alla Legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, sub art. 1, p. 1593.

⁽²³⁾ C.M. BIANCA, *Commentario*, cit., sub art. 1, p. 1593, rilevando l'insufficienza del divieto penale a frenare il fenomeno dell'aborto.

⁽²⁴⁾ Si tratta della decisione di Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Giur. it.*, 2016, p. 543 e (solo massima) p. 1392, con note, rispettivamente, di D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni unite* e di M. RUSSO, *Omessa informativa sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza: spunti in materia di legittimazione e prova* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 443, con nota di F.

In effetti, per un verso, va rilevata la contraddittorietà (frutto di un evidente compromesso politico) che la normativa nel suo complesso presenta⁽²⁵⁾, sin dall'intestazione della legge, laddove si mettono insieme àmbiti di intervento che certo possono risultare contrapposti; il riferimento è, da un lato, all'assicurazione di tutela della maternità, la cui rilevanza valoriale trova peraltro fondamento costituzionale nell'art. 31, comma 2, Cost., e, dall'altro alla regolamentazione (avversa) dell'interruzione volontaria della gravidanza⁽²⁶⁾. Per altro verso, poi, è indubbio che, almeno dal punto di vista delle declamazioni di apertura, sia pure a fronte della (non del tutto chiara) garanzia del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, non sia configurabile un diritto all'aborto, quanto piuttosto sia ravvisabile una regolamentazione dettata dalla necessità della prevenzione e del contrasto (soprattutto nei confronti dell'aborto clandestino)⁽²⁷⁾. Questo è, infatti, il signi-

PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, componendo il conflitto in ordine al duplice ordine di problemi rappresentato, in caso di cosiddetta nascita indesiderata di nato malformato, dalla ripartizione dell'ordine probatorio dei presupposti di legge per l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza e dalla legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico e della struttura sanitaria; in precedenza, sulla specifica questione della prova del danno, rispetto all'indirizzo giurisprudenziale formatosi, R. PUCCELLA, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza. Nascita «indesiderata» e prova del danno (Alcune considerazioni in merito a Cass., 22.3.2013, n. 7269)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 653 ss. Per altro verso, proprio all'ipotesi dell'aborto penalmente illecito si riferisce la prospettata applicabilità della sanzione dell'indegnità a succedere ex art. 463 c.c. rispetto al genitore del concepito soppresso, da parte di C.M. BIANCA, *Commentario*, cit., sub art. 1, p. 1609 ss., il quale altresì evidenzia che tale fattispecie «rappresenta soppressione della vita di un discendente già capace di succedere» (p. 1610).

⁽²⁵⁾ Taluni rilievi in tal senso sono presenti nella rassegna di A. BOMPIANI, *“Medicina e Morale” e l'aborto*, cit., p. 834 ss.; più in dettaglio P. ZATTI-U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Digesto, disc. priv. (sez. civ.)*, IX, Torino, 1993, p. 263 s.

⁽²⁶⁾ Lo evidenzia anche A. LA TORRE, *Ego e Alter*, cit., p. 11.

⁽²⁷⁾ Esclude decisamente un diritto della donna in tal senso (in termini cioè di situazione giuridica soggettiva), proprio muovendo dalla complessiva interpretazione delle dichiarazioni di principio della normativa, M. GORGONI, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, in *Danno resp.*, 1999, p. 772, rilevando per l'appunto «più elementi decisivi contrastanti con l'idea che l'interruzione volontaria della gravidanza sia un diritto soggettivo»; adesivamente, in una compiuta prospettiva assiologica, R. TOMMASINI, *Legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*², a cura di G. DI ROSA, *Leggi complementari*, Torino, 2018, sub art. 1, p. 328, evidenziando l'esigenza di tutela della salute fisio-psichica della donna.

ficato da assegnare alla previsione normativa secondo cui lo Stato «riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio» (art. 1, comma 1, l. n. 194/1978), rispetto a cui le successive indicazioni assumono un valore di consequenziale coerenza sistematica, affermandosi che l'interruzione volontaria della gravidanza «non è mezzo per il controllo delle nascite» (art. 1, comma 2, l. n. 194/1978) e affidando allo Stato, alle regioni e agli enti locali il compito (programmatico) di promuovere e sviluppare «i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite» (art. 1, comma 3, l. n. 194/1978)⁽²⁸⁾.

Quanto, poi, alla su esposta possibile difformità tra la garanzia del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, da un lato, e il riconoscimento del valore sociale della maternità e della tutela umana dal suo inizio, dall'altro, non soltanto si è sostenuta la correlativa intima (coerente) connessione ma, di più, si è ricondotta ad unità di intenti anche la prospettata discrasia tra il riconoscimento della consapevolezza procreativa rispetto a quello della responsabilità generativa, ritenendosi innaturale e infondata la diversificazione di contenuto «tra diritto alla procreazione cosciente e diritto alla procreazione responsabile (...) inconciliabile sia con il concomitante principio della tutela della vita umana dal suo inizio, sia con la direttiva contenuta nell'art. 1, comma 2°»⁽²⁹⁾.

In verità l'interpretazione congiunta e sistematicamente orientata dei principi formulati dall'art. 1, comma 1, l. n. 194/1978 appare da condividere, anche in ragione della evidente connessione con quanto ulteriormente esplicitato dal prosieguo del testo normativo dell'art. 1,

⁽²⁸⁾ Di segno diverso pare l'interpretazione fornita da G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 81, ad avviso della quale «il controllo delle nascite non costituisce più una condotta socialmente riprovata e penalmente sanzionata, ma viene invece riconosciuto come oggetto di una libera scelta della persona e della coppia»; sulla conciliazione e integrazione dell'interruzione volontaria della gravidanza con le altre finalità della legge, con la esclusione (tra l'altro) dell'indirizzo ai fini della limitazione delle nascite (quale mezzo ordinario di controllo), chiaramente B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Tratt. biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, *Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2011, p. 1658 ss.

⁽²⁹⁾ F.D. BUSNELLI, *Commentario alla Legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, sub art. 1, p. 1597.

commi 2 e 3, l n. 194/1978, dovendosi ravvisare nel complessivo impianto della disposizione di apertura quella funzione promozionale e programmatica che emerge, altresì, dagli stessi lavori preparatori. Di segno opposto, ovviamente, è la prospettazione di un riconosciuto interesse, in termini di vero e proprio diritto, ad autodeterminarsi da parte della donna, che rappresenterebbe non una legalizzazione quanto piuttosto una liberalizzazione dell'aborto, ciò che tuttavia non emerge da una attenta analisi del testo di legge (che pur presenta sicure ambiguità ed evidenti contraddizioni)⁽³⁰⁾. Proprio con riferimento al tema del diritto alla procreazione (cosciente e responsabile)⁽³¹⁾ deve per converso rilevarsi che anche il rinvenimento nella enunciazione contenuta nella prima parte dell'art. 1, comma 1, l n. 194/1978, della introduzione di una situazione di libertà (di usare o meno cioè delle proprie forze generatrici) nei confronti dello Stato, il quale tuttavia deve assicurare agli interessati di potere prendere coscienza dei modi attraverso i quali la procreazione si libera dalla cogenza sessuale, non comporta e non significa che «l'aborto volontario (se pur di fatto può divenirlo) (...) rappresenta sul piano del diritto lo strumento realizzativo della libertà di procreare, mezzo per esprimere una scelta sulla generazione recuperando la libertà di concepimento ormai consumata»⁽³²⁾.

Del resto, come autorevolmente rilevato, nel contenuto «del diritto alla procreazione cosciente e responsabile non rientra, in mancanza di una appropriata disciplina *ad hoc*, la facoltà di disporre liberamente della propria capacità di procreazione»⁽³³⁾, con chiaro ed esplicito riferimento alla intervenuta depenalizzazione della pratica di sterilizzazione, prima costituente reato ai sensi e per gli effetti dell'origina-

⁽³⁰⁾ Sulla prevenzione positiva che caratterizza l'intero impianto normativo e non unicamente repressiva dell'aborto M. ZANCHETTI, *Interruzione della gravidanza: profili penalistici*, in *Tratt. biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, *Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2011, p. 1701 s.

⁽³¹⁾ Sul cosiddetto diritto di procreare, di recente, F. CRISTOFARI, *Autodeterminazione nelle scelte procreative: identità di genere e famiglia*, in *Medicina e Morale*, 2007, p. 555 ss., che evidenzia (tra l'altro) la progressiva assunzione della procreazione (in particolare nelle decisioni giudiziali) quale oggetto di un autonomo diritto della personalità.

⁽³²⁾ A. GORASSINI, *Procreazione*, a) *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 955.

⁽³³⁾ F.D. BUSNELLI, *Commentario*, cit., *sub art. 1*, p. 1598.

rio art. 552 c.p., rispetto alla quale peraltro si è già avuto modo di rilevarne la (permanente) sicura contrarietà ai parametri civilistici ma altresì di evidenziarne, sotto diverso profilo e limitatamente all'operatore sanitario, la rilevanza penalistica⁽³⁴⁾.

Acclarata dunque la dimensione valoriale delle affermazioni di principio contenute nel disposto di legge, che non possono pertanto essere svuotate di significato⁽³⁵⁾, non trascurabile appare, nella direzione già in precedenza evidenziata, il ruolo assegnato dal legislatore ai consultori familiari (istituiti dalla legge 29 luglio 1975, n. 405) a cui spettano compiti informativi e compiti attuativi⁽³⁶⁾. Attraverso i primi (ossia i compiti informativi) viene assicurata, tra l'altro, adeguata conoscenza dei diritti spettanti in gravidanza, in particolare in merito al «rispetto delle norme della legislazione sul lavoro a tutela della gestante» (art. 2, lett. b), l. n. 194/1978); per mezzo dei secondi (ossia i compiti attuativi) si consentono invece adeguati interventi, contribuendo, più specificamente, «a far superare le cause che potrebbero indurre la donna all'interruzione volontaria della gravidanza» (art. 2, lett. d), l. n. 194/1978)⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ Rinvio, al riguardo, a G. DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, p. 177 ss., ove diffusi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; già in precedenza, sul versante civilistico, F.D. BUSNELLI, *Commentario*, cit., sub art. 1, p. 1598 s.

⁽³⁵⁾ Riflessioni sul punto in S. AMATO, *La logica coerenza del paradosso di una legge senza diritto: una interpretazione della legge sull'aborto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1980, p. 197 ss., peraltro assai critico sulle scelte compiute dal legislatore.

⁽³⁶⁾ In merito, di recente, C. CASINI, *Consultori familiari e legge n. 194/1978*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 1777 ss. Il tema è ritornato di attualità, considerata la sostanziale oscurità in cui spesso operano tali strutture, prive talora di effettive risorse economiche e di adeguato personale, in seguito ad una vicenda giudiziaria che prende le mosse dal ricorso di alcuni medici ginecologi iscritti all'Ordine dei medici di Bari avverso talune disposizioni amministrative (assunte con la delibera della Giunta regionale pugliese del 15 marzo 2010, n. 735) con cui erano stati estromessi dai consultori pubblici gli obiettori di coscienza; il ricorso è stato poi accolto da TAR Puglia, 14 settembre 2010, n. 3477, in *Pluris*, su cui, diffusamente, C. SARTEA-I. SCHIRALLI, *Aborto, consultori e obiezione di coscienza (a margine della sentenza n. 3477/2010 del TAR Puglia)*, in *Iustitia*, 2011, 1, p. 81 ss., nonché M.P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.A.R. Puglia la presenza di medici obiettori nei consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2000 ss. e, riguardo ai provvedimenti impugnati, M. CASINI, *I Consultori e l'obiezione di coscienza sanitaria nella riorganizzazione pugliese della rete consultoriale. Considerazioni in attesa della decisione del Tar Puglia*, in *Medicina e Morale*, 2010, p. 52 ss.

⁽³⁷⁾ Di raccordo significativo con il riconoscimento del valore sociale della maternità discute F.D. BUSNELLI, *Commentario*, cit., sub art. 1, p. 1600.