

Reati codicistici in materia di interruzione di gravidanza: questioni *de iure condendo*

Antonio Vallini

Le fattispecie di aborto non consensuale: struttura fondamentale. – Se la Corte costituzionale ha qualificato come “a contenuto costituzionalmente vincolato” la legge 194/78 (sent. n. 35/1997), la nostra riflessione può muovere da un punto fermo: attraverso una regolamentazione preferibilmente di legge speciale, stante la sua natura prevalentemente extrapenale, l’ordinamento deve riconoscere la liceità dell’interruzione volontaria di gravidanza (IVG), purché sussistano taluni presupposti sostanziali, si garantisca una tutela minima a tutti gli interessi coinvolti, e data l’osservanza di certe procedure, variabili in rapporto al grado di sviluppo del feto. Intimamente correlati a una simile disciplina, trovano la loro migliore collocazione nella medesima legge speciale **reati “a tutela di funzioni”, cioè a garanzia del rispetto delle procedure anzidette**, sul presupposto che esse conducano, caso per caso, al miglior temperamento, o bilanciamento, tra gli interessi in gioco. I contenuti di tali incriminazioni non potranno che dipendere dalle articolazioni della disciplina cui offriranno sostegno, sicché la definizione di detti contenuti implicherebbe valutazioni ampiamente esorbitanti le questioni strettamente penalistiche che qui siamo tenuti a considerare.

Secondo alcune voci, il rispetto della disciplina di cui alla legge 194/78 costituirebbe piuttosto una “scriminante” (procedurale) rispetto a un fatto comunque offensivo di un bene fondamentale. Adottando questa visuale, più plausibile appare la collocazione dei reati in tema di IVG nel corpo del codice penale, come a suo tempo proposto dalla “Commissione Pagliaro”¹. Sul piano comparatistico, meritevole di approfondimento sarebbe, tra le altre, la disciplina tedesca di cui ai §§ 218 ss. StGB, che riassume in un novero comunque contenuto di fattispecie le condizioni di liceità dell’IVG, e le figure criminose in materia.

Il significato di questo dibattito non merita, tuttavia, di essere esagerato, essendo in ogni caso preferibile, o comunque privo di controindicazioni, mantenere dette disposizioni incriminatrici nel contesto di una regolamentazione esaustiva e “organica” *extra codicem* - conformemente al principio di “riserva di codice” (per quel che vale), come oggi definito nell’art.3 bis c.p. - così da favorire la conoscibilità e l’intelligibilità dei precetti.

Ragionando di un nuovo codice penale, conviene dunque concentrare l’attenzione sulle fattispecie, a tutela senz’altro di beni, di **interruzione di gravidanza non consensuale (colposa, dolosa, eventualmente preterintenzionale)**. Figure criminose collegate solo per contrapposizione alla disciplina della IVG, grosso modo corrispondenti a quelle un tempo delineate dagli artt.17 e 18 l.194/78, ed attualmente “trasferite” dall’art.2 d.lgs. 21/2018 (*Riserva di codice nella materia penale*) in un apposito

¹ Nell’art.62 dell’articolato proposto dalla commissione si considerava, tra le altre fattispecie, quella di “aborto di donna consenziente o su se stessa nei casi non consentiti dalla legge o senza l’osservanza delle modalità da questa previste”. Si proponeva, poi, di “indicare le ipotesi nelle quali, nonostante l’apparente consenso della donna, si applicano le disposizioni sull’aborto di donna non consenziente” e di “prevedere per la donna consenziente o che pratica l’aborto su se stessa una pena inferiore a quella preveduta per l’autore dell’aborto su altra persona”

capo (I bis – *Dei delitti contro la maternità*) del titolo XII del codice penale (*Dei delitti contro la persona*), e segnatamente negli artt.593 bis e 593 ter c.p.

Fattispecie che, anche in un’ottica di riforma, si possono strutturare secondo lo schema essenziale del **reato di evento, causalmente orientato a forma libera** (non mutando il disvalore in ragione delle modalità della condotta, salvo la modalità “negativa” dell’agire al di fuori di una valida procedura di IVG); essendo costituito detto evento, alternativamente, dall’**aborto** (con ciò intendendosi l’interruzione della gravidanza che comporta la morte del feto), ovvero dalla **anticipazione del parto**. Eventi, dunque, che logicamente *presuppongono* uno **stato di gravidanza**.

(*Segue*): **gli eventi** – In rapporto agli eventi, bisognerebbe operare una razionalizzazione e un coordinamento lessicale con la legge 194/78 (o altra futura), anche mediante **apposite clausole definitorie**, per superare noti problemi nell’organizzazione del sistema delle incriminazioni dovuti all’incerto uso e significato di concetti quali interruzione di gravidanza (*genus* comprendente l’aborto e il parto prematuro, o sinonimo di “aborto?”), aborto, parto prematuro, acceleramento del parto (sinonimo di parto prematuro?)².

Per quanto concerne il rilievo da attribuire all’evento, una **distinzione tra titoli di reato di procurato aborto e di procurato parto prematuro** si giustificherebbe in ragione della diversa qualità e gravità dell’evento. Definire, nondimeno, il **“parto prematuro” come circostanza attenuante** di un reato incentrato su un generico evento di “interruzione di gravidanza” semplificherebbe la questione dell’elemento soggettivo (posta l’imputazione oggettiva delle attenuanti). In buona parte dei casi, invero, il soggetto agisce con la consapevolezza e volontà di interrompere una gravidanza, o viola regole cautelari volte a prevenire il medesimo generico risultato, mentre la conseguente morte, o sopravvivenza, del feto dipendono da fattori per lo più né prevedibili né governabili. Se già, dunque, non è semplice immaginare una precisa rappresentazione dolosa degli eventi particolari dell’aborto o dell’anticipazione del parto, salvo il dolo eventuale, ancor più arduo è supporre regole prevenzionistiche *ad hoc* (anche se si potrebbe forse ritenere che le precauzioni volte a prevenire una interruzione di gravidanza siano, in quanto tali, caratterizzate da un implicito, duplice nesso di rischio, tanto con l’aborto, quanto con il parto prematuro).

Da considerare con attenzione i riflessi dell’opzione prescelta sul **momento di consumazione del reato**.

Pur potendosi giungere alla stessa conclusione in virtù di principi generali e regole comuni, potrebbe essere utile precisare che **l’anticipazione del parto non è in ogni caso penalmente tipica quando**

² Ad esempio, se si ritiene che l’interruzione di gravidanza (l’unico evento del delitto doloso di cui all’art.18 l.194/78 – oggi 593 ter – 1° comma) corrisponda al solo aborto, viene a mancare un delitto di parto prematuro non consensuale doloso; esito curioso, posta, invece, la chiara incriminazione del parto prematuro colposo nell’art.17 l.194/78 – oggi art.593 bis c.p. – 2° comma. Se, invece, riteniamo che il “parto prematuro” sia ipotesi speciale di una più generale nozione di “interruzione di gravidanza” – come parrebbe ad es. trarsi dall’art. 7, ult. co., l.194/78, ove si tratta di una chiara “anticipazione del parto” chiamandola “interruzione di gravidanza – il parto prematuro non consensuale dolosamente procurato sarebbe punibile come “interruzione della gravidanza non consensuale dolosa”, ai sensi dell’art. 18 l.194/78 – oggi 593 ter c.p. - primo comma, al pari dell’aborto non consensuale doloso, con conseguente riconduzione a uno stesso titolo di reato di fattispecie dal disvalore almeno astrattamente differenziato

compiuta per salvaguardare la salute o la vita del feto, purché vi sia il consenso della madre (in questo caso la clausola opererebbe con riferimento alle ipotesi di IVG), o quando la madre non si attualmente in grado di prestare consenso e l'intervento sia urgente (ipotesi da coordinare con l'art.1, co.7, l. 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

(Segue): il reato di procurate lesioni al feto. - Meritevole di considerazione l'introduzione *ex novo* di un **delitto di procurate lesioni ai danni del feto** (con dolo, o con colpa), posto a tutela del diritto del feto a nascere sano, o, volendo, del diritto alla salute del feto: interessi già da tempo oggetto di attenzione nei settori del diritto civile e costituzionale. L'evoluzione della diagnostica prenatale, e l'accrescimento delle conoscenze causali in ambito embriologico e teratologico, consentono, invero, di enumerare una buona serie di possibili fattori produttivi di "malattie" nel nascituro, e di coglierne le evidenze. Muovendosi in questa direzione, un utile paragone sarebbe costituito dagli artt.157 e 158 del codice penale spagnolo³.

Parrebbe sensato immaginare una causa di non punibilità, o di esclusione della tipicità, relativamente al caso in cui la **lesione si risolva spontaneamente durante la gestazione e non comporti pregiudizio alcuno per il nato**. In questa ipotesi si apprezza una sorta di sopravvenuto difetto di offensività (mentre il disvalore del reato non dovrebbe venir meno quando il manifestarsi dell'evento successivamente alla nascita sia stato prevenuto da interventi medici in utero). Eventuali aggressioni al feto che abbiano complicato la gravidanza, pur non avendo infine danneggiato il nato, rilevarebbero comunque come lesioni ai danni della donna.

In alternativa a quanto prospettato in questo paragrafo, si potrebbe **ridisegnare la fattispecie generale di lesioni (dolose e colpose) in modo da render chiaro che essa può trovare applicazione anche quando la condotta ricada sul feto, ma l'evento si evidenzi in rapporto al nato**: un tipo di soluzione che alcuni autori ritengono già valida *de iure condito* trattando del delitto di omicidio. Una simile scelta, tuttavia, comporterebbe non poche difficoltà per quanto concerne il nesso causale (potendo decorrere anche molto tempo tra la condotta e l'evento, e svolgendosi il decorso eziologico in un "ambiente" difficilmente sondabile) e soprattutto riguardo all'elemento soggettivo, dovendo quest'ultimo essere apprezzato al momento della condotta, quando il "destino" del feto può apparire decisamente imprevedibile, ingovernabile e sottratto alla portata preventiva di regole cautelari.

(Segue): la gravidanza come presupposto della condotta - Anche il concetto di "gravidanza" andrebbe, forse, meglio specificato, con riferimento specialmente a quale debba ritenersi il

³ **TÍTULO IV** - De las lesiones al feto. **Artículo 157**: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años"; **Artículo 158**: "El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses/Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de seis meses a dos años./La embarazada no será penada a tenor de este precepto"

momento iniziale. È vero che, a stretto rigore, la gravidanza coincide con il momento dell'annidamento dell'embrione in utero; tale momento, tuttavia, non è riscontrabile con precisione, dunque non corrisponde alle esigenze di certezza che informano il diritto penale. Il criterio c.d. "gestazionale", praticato in ostetricia, che si concentra sul primo giorno dell'ultima mestruazione, conduce ad esiti paradossali: ad es., si dovrebbero considerare alla stregua di farmaci per l'interruzione di gravidanza gli anticoncezionali che agiscono senz'altro prima del concepimento, ma dopo il mestruo. Più plausibile, dunque, il criterio c.d. "concezionale", che tiene conto della presumibile data del concepimento (essendo quella reale praticamente impossibile da datare), individuata nel giorno dell'ovulazione (14° giorno del ciclo), considerato come la fecondazione avvenga entro le ventiquattro ore dall'ovulazione.

Le scelte al riguardo andrebbero in ogni caso coordinate con quelle che si intenderanno fare in tema di embrionicidio. Tra la condizione dell'embrione *in vitro* (cui, senz'altro, un'eventuale figura di embrionicidio dovrebbe riferirsi), e quella dell'embrione impiantato in utero (rispetto al quale trovano applicazione le fattispecie di interruzione di gravidanza), si colloca la situazione dell'ovulo già fecondato, interno al corpo della madre, ma non ancora annidato. Su di esso possono agire quei farmaci (c.d. "**pillola del giorno dopo**") che, si ritiene, riescono a impedire la fecondazione o l'impianto. V'è da domandarsi se una simile fase, a dire il vero assai difficilmente "percepibile", meriti d'essere ricondotta a uno spazio libero dal diritto penale (come sostanzialmente accade adesso), o, piuttosto, all'ambito applicativo del reato di embrionicidio, o ancora a quello della disciplina in materia di aborto (come al limite sarebbe più ragionevole, essendo comunque coinvolti, in questa fase, il corpo e l'autodeterminazione della madre).

(Segue): il soggetto attivo – Le ipotesi di aborto non consensuale meritano d'essere concepite come **reati comuni**. L'eventuale **qualifica di "sanitario"** – e ancor più di sanitario "**obiettore di coscienza**" (v. oggi l'art.20 l.194/78) - potrebbe fungere da circostanza aggravante, e comportare l'applicazione di pene accessorie *ad hoc* (quanto all'obiettore di coscienza, v. tuttavia *infra*).

Questione a se stante è quella della **punibilità della madre**. Non è peregrino affermarla in caso di lesioni fetali *dolose*, in parallelo con la scelta, già propria del nostro ordinamento, di sanzionare (sia pure con pene diminuite) colei che volontariamente si procura un aborto illegale (sicché, posta questa analogia, un simile reato di lesioni fetali "autoprocurate" meriterebbe forse di essere inserito nella legge speciale).

Consigliabile, invece, sancire la atipicità di aborto e lesioni fetali colpose causate dalla stessa gestante; o, quantomeno, prevedere una causa personale di non punibilità, operativa anche in caso di "cooperazione colposa" con altri, ma a questi non estendibile (si pensi alla donna che assuma colposamente un farmaco abortivo, indotta in errore da una difettosa informazione del medico). A favore di questa opzione militano ragioni, diffusamente condivise, che tengono conto del "coinvolgimento personale e corporale" della donna nella maternità, e che altresì riconoscono la notevole difficoltà di individuare una soglia di "rischio illecito" in attività potenzialmente lesive del nascituro, che tuttavia costituiscano espressione dell'autodeterminazione della donna sulla propria vita e sul proprio corpo. Un'eventuale incriminazione

costringerebbe la gravidanza in una gabbia di “oneri”, penalmente sanzionati, suscettibili di alterare il senso profondo di questa delicata esperienza esistenziale, esacerbandone gli aspetti conflittuali, col rischio persino di fomentare la IVG, che in un simile scenario verrebbe percepita come liberatoria.

Oggettività giuridica e collocazione sistematica - Le figure criminose in discussione si incentrano, in definitiva, su di una lesione effettiva, e necessaria – non mediata dalle variabili dinamiche di una “funzione” - degli interessi di rilievo costituzionale della *vita del feto*, delle *aspirazioni alla maternità* e della *integrità fisica* della madre (della *salute del feto, del nascituro e della gravidanza*, nelle ipotesi di lesioni fetali)⁴. Si distinguono dunque significativamente da quelle in materia di IVG, tanto per oggettività giuridica, quanto per struttura e modalità di tutela. Per tale ragione si può convenire sull’opportunità di una collocazione codicistica, tra i reati contro la persona⁵.

Si potrebbe ribadire la scelta, recentemente compiuta dal legislatore, di **costruire uno specifico capo dedicato ai “delitti contro la maternità”, collocato immediatamente dopo quello riferito alla tutela penale della vita e della integrità fisica**. Detta soluzione in qualche modo echeggia la relazione della “Commissione Pagliaro”, nella quale si proponevano “reati contro la gestazione”, e veniva già suggerita dalla *Commissione di studio per l’elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale*, presieduta dal dott. Marasca, che la riteneva «decisamente preferibile all’alternativa, consistente nello smembrare la disciplina in oggetto per collocare le disposizioni in diversi luoghi e, nello specifico, rispettivamente dopo le “ipotesi minori” di omicidio doloso (all’art 580-bis c.p.), dopo le fattispecie di omicidio colposo (art. 589-quater c.p.) e dopo l’omicidio preterintenzionale (art. 585-bis c.p.). La sistemazione dopo le fattispecie di omicidio, piuttosto che a seguire quelle di lesione, sarebbe infatti giustificata dalla considerazione che nella filosofia ispiratrice della legge 194, nei casi di non consensualità, l’interesse del nascituro, sottraendosi al bilanciamento con il bene “salute della madre”, si “riespande”, acquistando un valore assoluto. Tuttavia, premesso che anche la mera scelta di *sedes* sottende una presa di posizione sul piano dei valori tutelati, si teme che tale presa di posizione, in una materia delicata come quella bioetica, dia la stura a valutazioni critiche, e per questo è stata ritenuta recessiva»⁶.

⁴ Si ritiene da alcuni non interessato il bene della “salute” della madre, tanto che le fattispecie di procurato aborto vengono normalmente fatte concorrere con quelle di lesioni, qualora dalla condotta derivi una “malattia” per la madre. In realtà, un evento così coinvolgente l’equilibrio psicofisico della gestante, come in specie una interruzione di gravidanza non voluta, pare ipso facto incidere sulla salute della gestante, specie se si considera la nozione ampia di salute avvalorata dalla OMS e accolta dalla stessa legge 194/78 (v. in specie l’art.4). Il succitato concorso con il reato di lesioni si può omonque giustificare per la non esauribilità degli elementi costitutivi dell’un reato nell’altro, e non già per una difformità di oggettività giuridica, in linea con gli orientamenti strutturali ormai accolti anche dalle Sezioni Unite della Cassazione.

⁵ Non mancano nondimeno ragioni, su cui riflettere, che potrebbero militare a favore della scelta di mantenere simili fattispecie nell’orbita della legge speciale che disciplina l’interruzione volontaria di gravidanza (e dunque al di fuori dell’ambito di riflessione che ci siamo riservati). In tal modo, esse verrebbero contenute in quel medesimo *corpus* normativo ove si collocano alcune fattispecie accessorie comuni a tutte le tipologie di delitti in materia di interruzione di gravidanza (ad es. l’aggravante del fatto compiuto dall’obiettore di coscienza: art.20 l.194/78); meglio si evidenzerebbe, in ragione della contiguità sistematica, il “confine esterno” delle stesse fattispecie a tutela di funzioni, fondamentalmente incentrato, appunto, sul difetto di consenso della donna; si salderebbero e valorizzerebbero i necessari legami terminologici tra le diverse tipologie di incriminazioni

⁶ Relazione finale della commissione, p.28

Mutatis mutandis, anche in questa sede è opportuno evitare opzioni troppo connotate sul piano delle premesse bioetiche, per accoglierne altre, meno impegnative, e semmai ancorate ad esplicite indicazioni costituzionali (v. in specie l'art.31, 2° co., in tema di "protezione della maternità"). D'altronde il concetto di "maternità" è di sintesi, capace di "comprendere" nei propri orizzonti gli interessi imputabili tanto al nascituro, quanto alla madre, sicché una simile scelta codificatoria non ridurrebbe gli spazi del dibattito teso a meglio focalizzare la natura degli uni e degli altri.

L'elemento esplicito del dissenso della gestante e i suoi "benefici effetti" sistematici ed ermeneutici

- Una volta optato per la collocazione codicistica, si imporrebbero scelte lessicali volte a dirimere i nessi sistematici con altre figure criminose, per meglio distinguere il peculiare orientamento teleologico di quelle in esame, e così da semplificare questioni in tema di concorso di norme e reati.

Utile, in questa prospettiva, esplicitare *in ogni caso* **l'elemento negativo del difetto di consenso della madre** (attualmente evidenziato nel solo 593 ter c.p., e desunto in via interpretativa dalla descrizione della fattispecie di aborto colposo); salvo poi delineare **motivi di invalidità del consenso** (oggi si parla di "consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno"), tendenzialmente corrispondenti a quelli che precludono l'applicazione del reato di omicidio del consenziente⁷.

Così operando non solo si marcherebbe la distanza dalle fattispecie di IVG illecita, ma si otterrebbero una pluralità di apprezzabili risultati.

In primo luogo, si renderebbe definitivamente inattuabile quella interpretazione che attualmente, sulla scorta di buoni argomenti, e fondamentalmente per colmare una lacuna, ipotizza un'estensione del reato c.d. di "aborto colposo" anche alla **condotta di chi, per colpa, non abbia rispettato i presupposti e i vincoli procedurali che consentono una IVG** (si immagini, ad es., un errore colposo sui tempi della gravidanza, o sulla sussistenza di un pericolo per la salute della gestante). Per contro, si tradurrebbe in chiara scelta normativa l'opinione di chi propone una netta differenziazione di ambiti applicativi, più razionale se non altro nella prospettiva *de iure condendo*, stante la notevole differenza di orientamento teleologico che intercorre tra le ipotesi di aborto colposo consensuale e non consensuale. Piuttosto, a questo proposito, meglio sarebbe integrare il novero delle figure criminose della legge speciale con una disposizione precipuamente riferita ad una IVG "colposamente illecita"; oppure **qualificare come contravvenzioni, sia pure seriamente sanzionate, i reati di legge speciale**, sul presupposto che sia

⁷ Da valutare se un **difetto di informazione, nell'ambito di una procedura di IVG**, possa giustificare l'applicazione dei reati di procurato aborto non consensuale, o viceversa meriti di essere trattato al pari di altri casi di "violazione" di dette procedure. La questione si interseca con quella, trattata da Marco Pelissero, dell'atto medico arbitrario, e si correla al problema della configurabilità di un **concorso di reati di interruzione di gravidanza consensuale e non consensuale** (concorso attualmente ammesso in giurisprudenza). Per quanto concerne il **consenso prestato dalla minorenne, dall'interdetta o comunque dall'incapace**, sarebbe necessario un attento coordinamento con regole di legge speciale che attribuiscono a tali soggetti, entro certi limiti, la possibilità di un ricorso alla IVG; potrebbe prevedersi comunque un **aggravante quando il fatto, in assenza di valido consenso, sia commesso ai danni di queste categorie particolarmente "vulnerabili" di gestanti**, come già in parte oggi nell'ultimo comma dell'art.593 ter c.p. A dire il vero, oggi la l.194/78 non considera espressamente il caso dell'IVG su donna naturalmente incapace ma non interdetta, la cui disciplina, a parere di alcuni, può essere ricostruita mediante procedimento analogico. La lacuna andrebbe colmata *de iure condendo*.

questa la “forma” naturale di reati a tutela di funzioni: in tal modo esse diverrebbero *ipso facto* punibili anche a titolo di colpa.

Ancora: esplicitare l’elemento del mancato consenso della donna (purché detto mancato consenso sia chiaramente riferito all’evento, e non alla condotta), contribuirebbe ad estromettere in modo più chiaro dall’ambito applicativo di queste fattispecie i casi in cui **la condotta provochi alla madre, o al feto, lesioni che poi, per varie ragioni, la inducano a optare per una IVG**. Rispetto a simile eventualità, già oggi si tende ad escludere il fatto tipico, per difetto di nesso causale o psicologico. Un simile risultato, effettivamente coerente con le regole dell’imputazione oggettiva e con un’idea rigorosa di personalità della responsabilità - non essendo propriamente, o comunque interamente, imputabile all’autore della lesione la soppressione del feto - non comporterebbe alcuna “lacuna di tutela”, laddove, come auspicabile, si preveda un autonomo reato di procurate lesioni al feto. Si potrebbe nondimeno immaginare una fattispecie autonoma dedicata a questa specifica fattispecie, eventualmente inserita nella legge speciale in tema di IVG; oppure, in alternativa, una apposita aggravante del reato di lesioni (alla madre o al feto).

Una riflessione a se stante merita la non rara casistica di **donne costrette a ricorrere alla IVG mediante violenza, minaccia, o inganno**. Il disvalore di simili condotte pare più propriamente corrispondente a quello di un procurato aborto non consensuale *tout court*, sicché appare plausibile una equiparazione, se non altro *quoad poenam*. Già in rapporto al diritto vigente la giurisprudenza tende ad applicare la figura dell’art.18 l.194/78 (oggi 593 ter c.p.), piuttosto che quella dell’art.611 c.p.

Delicati interrogativi solleva, infine, l’ipotesi di un **consenso, o dissenso, all’interruzione di gravidanza – eventualmente condizionati – espressi mediante direttive anticipate** (si pensi a una donna in stato di gravidanza, cui venga diagnosticata una grave malattia che probabilmente la condurrà a uno stato di incoscienza già prima del parto). Una tematica non molto trattata in dottrina, ma che si impone all’attenzione a seguito dell’entrata in vigore della già citata l. 219/2017.

Il discrimine tra i reati di aborto e di omicidio - La riforma di codice che si va qui a ipotizzare dovrà tener conto delle differenti sensibilità rappresentate all’interno dell’associazione, e al tempo stesso risultare ragionevole nelle sue implicazioni applicative, nonché conforme a scelte consolidate della Corte costituzionale e delle Corti europee, così da apparire meglio “metabolizzabile” dai processi politici-istituzionali che, ipoteticamente, potrebbero tradurla in atto legislativo.

In questa prospettiva, se sembrano irricevibili impostazioni che (esplicitamente o implicitamente) considerano il concepito quasi *portio mulieris* (aderendo alle quali bisognerebbe considerare l’aborto non consensuale alla stregua di una lesione qualificata), appare allo stesso modo difficile dar seguito ad approcci “tuzioristici” che ritengono la situazione soggettiva del concepito in tutto parificabile a quella del nato. Muovendosi su questa linea, bisognerebbe qualificare l’aborto non consensuale alla stregua di un omicidio, in varia guisa “aggravato”, per il coinvolgimento anche dell’integrità fisica della madre e del

valore della maternità (allo stesso modo, dovrebbe considerarsi pari a un omicidio la soppressione dell'embrione *in vitro*).

Un'opzione così "radicale", tuttavia, oltre che fondata su premesse teoriche controverse, imporrebbe una rivisitazione radicale anche della disciplina della IVG, che attualmente non presuppone un'uniformità di *status* giuridico tra gestante e feto, e che nondimeno è stata dichiarata "costituzionalmente vincolata" dalla Corte costituzionale; la quale Corte, in effetti, pur annoverando a più riprese quello del concepito tra i valori fondamentali (*ex art.2 Cost.*), ha sempre nella sostanza inteso tale valore come recessivo rispetto alla salute della gestante, sul presupposto che la donna è già persona, mentre il nascituro "persona ancora deve diventare".

Appare dunque espressione di una politica-criminale ragionevole e realistica **continuare a differenziare le figure di procurato aborto da quelle di omicidio** (tra le quali l'eventuale figura di infanticidio), così da armonizzare il nostro progetto con una tradizione legislativa risalente e consolidata, e con univoci riferimenti comparatistici. Una simile articolazione delle incriminazioni, tra l'altro, è già oggi da alcuni ritenuta non incompatibile con il postulato della piena "personalità" dell'embrione, sicché gli orientamenti "tuzioristici" non ne verrebbero necessariamente sacrificati.

In quest'ottica, la scelta meno problematica sarebbe quella di **indicare, come momento distintivo, quello dell'inizio del parto, naturale o indotto**; salvo precisare se, con esso, voglia intendersi già la fase prodromica, o la fase dilatante, o addirittura quella espulsiva (in giurisprudenza e in dottrina si riscontrano, a questo proposito, soluzioni non del tutto corrispondenti), e quale sia poi l'attimo rilevante nell'eventualità di un cesareo. Tale criterio è da molto tempo praticato, e la sua prova è supportata da comprovate metodologie medico-legali. Al contempo, sarebbe opportuno **evitare ogni riferimento lessicale al "feto durante la nascita"** – come invece oggi nell'art.578 c.p. - evocativo di una figura specifica di "feticidio" in realtà priva di autonomia sistematica, e oltretutto imprecisa, posto che nel linguaggio medico-scientifico si definisce feto il prodotto del concepimento finché collocato in utero.

Nelle considerazioni di Enrico Ambrosetti emerge una stimolante proposta alternativa, d'altronde già avanzata da alcuni *de iure condito*, e non priva di conferme comparatistiche⁸. Si suggerisce, in particolare, di considerare quale **momento di differenziazione tra i reati di aborto in discussione, e quelli di omicidio**, non più la nascita, bensì *l'acquisizione della capacità di vita autonoma* da parte del concepito, anche se ancora *in utero*.

Questa scelta ha il pregio di riflettere un più equilibrato compromesso tra le diverse sensibilità bioetiche circa lo "statuto del concepito". Bisogna poi laicamente riconoscere che il venir meno della dipendenza biologica dal corpo della madre, a prescindere dalla nascita (*autonomia*, che è altra cosa

⁸ V. ad es. il §187 del Codice Penale della California, stando al quale " Murder is the unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice aforethought". La disposizione pretende di essere coordinata con quelle in materia di aborto lecito, stando alla quale, salvo pericolo per la vita o la salute della donna, l'aborto non può essere compiuto se il medico "in buona fede" ritiene che il feto sia *viable*: cfr. Health and Safety Code, Division 106, Part 2, Chapter 2, Article 2.5. 123468, lett. B). Si tratta di una delle diverse traduzioni in legge statale del noto criterio stabilito dalla decisione della Supreme Court *Roe v. Wade*, 1973

rispetto alla *vitalità*), comporta un indubbio “salto qualitativo” nella condizione del nascituro, che lo rende senz’altro degno della qualifica giuridica di “persona”, e penalistica di “uomo”. La tesi della “capacità di vita autonoma” tiene inoltre conto di come il feto non sia più entità “sottratta alla vista” e dunque necessariamente confusa col corpo della madre fintantoché da esso non si emancipi: le evoluzioni della tecnica consentono ormai di visualizzarlo e di trattarlo come paziente “a se stante”, già in fasi molto precoci. Infine, si otterrebbe in questo modo un miglior coordinamento con quei passaggi della disciplina della IVG (meritevoli di preservazione *de iure condendo*) che, in caso di raggiunta capacità di vita autonoma, sembrano riconoscere una raggiunta parità di rilievo costituzionale tra (vita del) feto e (vita della) gestante, e coerentemente impongono di salvaguardare la vita del bambino estratto dal ventre materno, lasciando intravedere altrimenti (secondo la più diffusa interpretazione) l’applicazione delle fattispecie comuni di omicidio (a condotta vuoi attiva, vuoi omissiva); in tutta coerenza con il criterio, difficilmente contestabile, stando al quale «*the rights to medical treatment of an infant prematurely born alive in the course of an abortion shall be the same as the rights of an infant of similar medical status prematurely born spontaneously*»⁹.

Il più evidente limite di una simile opzione, tuttavia, ha a che fare con il principio di determinatezza, sicché essa se non altro dovrebbe essere accompagnata da attente precisazioni normative. Anche ammettendo che il momento in cui si acquisisce la “vita autonoma” non possa mutare *di luogo in luogo* in ragione delle differenti risorse tecniche ivi disponibili, in ogni caso l’individuazione di detto momento appare condizionata da indicazioni scientifiche non univoche, in ragione dei differenti approcci e metodologie. A dirla tutta, l’accertamento della capacità di vita autonoma dovrebbe aver luogo caso per caso, molto dipendendo da cangianti condizioni biologiche e di salute del singolo feto, dalle modalità di conduzione della gravidanza, e da altre variabili. Lo stesso concetto di “capacità di vita autonoma” si presta, d’altronde, a differenti definizioni: fa esso riferimento a una *possibilità* o a una *probabilità* di sopravvivenza? Potrebbe, la necessaria “autonomia”, riconoscersi anche quando siano comunque necessari supporti medici, almeno nei primi momenti? Solo supporti *ordinari*, come ad es. nella disciplina californiana¹⁰, o anche *straordinari*? E come distinguere queste due categorie?

A fronte di un simile quadro, la fissazione *ex lege* di un numero di settimane presuntivamente correlato alla raggiunta *viability* soddisferebbe le ragioni di certezza, ma con quale sacrificio per la plausibilità empirica della soluzione che di volta in volta ne deriverebbe? E come andrebbe poi stabilito questo limite: operando una sorta di “media” delle indicazioni fornite dalla scienza, oppure orientandolo verso quell’età in cui la permanenza in vita è “probabile”, secondo una logica di *extrema ratio* punitiva, o, al contrario,

⁹ California Health and Safety Code – HSC – Division 106 – Part 2 – Chapter 2 – Article 2.1234356. Meriterebbe un approfondimento comparatistico l’ipotesi secondo la quale detto criterio è destinato ad imporsi ad ogni ordinamento in ragione dell’irragionevolezza (qualunque sia la concezione prescelta in materia di fetal rights) di un trattamento differenziato di bambini egualmente capaci di vita, l’uno derivante da un’interruzione artificiale, l’altro da un’interruzione naturale della gravidanza

¹⁰ Nella disciplina californiana, che si è presa a riferimento, la *viability* è ad es. definita come «the point in a pregnancy when, in the good faith medical judgment of a physician, on the particular facts of the case before that physician, there is a reasonable likelihood of the fetus’s sustained survival outside the uterus without the application of extraordinary medical measures»: Health and Safety Code, Division 106, Part 2, Chapter 2, Article 2.5. 123464, lett. D)

verso quelle età in cui essa può ritenersi soltanto “possibile”, in conformità a un approccio precauzionale che enfatizzi il valore della vita nascente,? In quale modo, poi, si potrebbe tenere quel limite al passo delle evoluzioni della scienza? Si potrebbe immaginare un rinvio mobile a decreti ministeriali/linee guida aggiornati nel tempo? Oppure una procedura di accertamento volta per volta, affidata ad una *équipe* multidisciplinare, in analogia con quanto si prescrive per l’accertamento della morte? Da considerare che quest’ultima analogia è in certa misura posticcia e fuorviante, se solo si tien conto del diverso oggetto di accertamento (la valutazione della capacità di vita autonoma, a differenza di quella di morte neurologica, impone anche una difficile prognosi), delle diverse finalità, e dei differenti momenti e possibilità concreti di intervento dell’*équipe* nell’uno e nell’altro caso.

Un’ulteriore possibilità potrebbe essere quella di **considerare la raggiunta capacità di vita autonoma del feto alla stregua di una aggravante (o fattispecie autonoma più severamente sanzionata) dei reati di procurato aborto (e in tema di IVG)**. A tal fine potrebbero fungere da modello ordinamenti che, appunto, prevedono una fattispecie autonoma di *child destruction*, differenziata tanto dall’aborto illecito, quanto dall’infanticidio/omicidio¹¹. In questo caso, la raggiunta capacità di vita autonoma non comporterebbe più un troppo impegnativo “salto di qualità” nella tipicità del fatto, sicché si stempererebbero le anzidette questioni in punto di determinatezza, così come apparirebbe forse più sostenibile la previsione di una presunzione *ex lege*.

Nell’articolare queste riflessioni, bisognerà altresì tener conto di come la scelta di qualificare come “uomo” un soggetto ancora in utero possa impattare su tutta una serie di questioni correlate, estremamente delicate.

In primo luogo, la questione del c.d. *maternal-fetal conflict*, che può porsi in termini particolarmente problematici se si anticipa a una fase in cui è ancora in atto la gravidanza una relazione madre-figlio “a tutti gli effetti”, e cioè comportante pieni obblighi di protezione della prima a favore del secondo (mentre vi è da dubitare che sussista una posizione di garanzia della gestante nei confronti del feto non ancora uomo). Come contemperare questa piena posizione di garanzia con il diritto all’autodeterminazione e alla salute della donna? Si consideri, ad es., il caso in cui emerga la necessità clinica di curare il feto, o di intervenire con un cesareo, mentre la madre dissente; oppure alla possibile illiceità di scelte esistenziali anche “omissive”, che elevino il rischio per la salute di chi dovrebbe ritenersi già “figlio”, ma ancora non è nato.

Sarebbe altresì da ponderare come scelte codificatorie in materia possano (troppo?) condizionare il dibattito circa le **cure di fine vita dei grandi prematuri**, posto che il criterio della “capacità di vita

¹¹ V. ad es., in UK, la Section 1(1) dell’*Infant Life Preservation Act 1929*, intitolata *Punishment for child destruction*: «(1) Subject as hereinafter in this subsection provided, any person who, with intent to destroy the life of a child capable of being born alive, by any wilful act causes a child to die before it has an existence independent of its mother, shall be guilty of felony, to wit, of child destruction, and shall be liable on conviction thereof on indictment to penal servitude for life: /Provided that no person shall be found guilty of an offence under this section unless it is proved that the act which caused the death of the child was not done in good faith for the purpose only of preserving the life of the mother./For the purposes of this Act, evidence that a woman had at any material time been pregnant for a period of twenty-eight weeks or more shall be primâ facie proof that she was at that time pregnant of a child capable of being born alive»

autonoma” contribuisce a definire il discrimine tra l’obbligo di praticare ogni trattamento intensivo disponibile, ed invece l’obbligo di provvedere soltanto a cure compassionevoli.

L’eventuale opzione a favore della *viability* come discrimine tra lo *status* di feto e quello di uomo andrebbe in ogni caso attentamente coordinata con la disciplina attualmente contenuta nell’art.7, ult.co., e 19 legge 194/78 (la quale, a sua volta, appare suscettibile di una rimodulazione).

L’articolazione delle incriminazioni in ragione del titolo di imputazione – Salvo che non si intenda riconsiderare l’imputabilità delle lesioni (ai danni di un uomo) sia a titolo di dolo che di colpa, appare coerente mantenere la rilevanza del reato di procurato aborto e di lesioni al feto **anche quando commessi con colpa**, vista la tendenziale analogia quanto ad oggettività giuridica. Inutile aggiungere che le ipotesi colpose dovrebbero sempre chiaramente accompagnarsi a una corrispondente ipotesi dolosa, diversamente da quanto oggi pare accadere (v.*supra*, nt. 2).

Questioni consuete in giurisprudenza – come quella del discutibile **“rapporto di rischio”** tra regole cautelari prevalentemente poste a tutela dell’incolumità personale (ad es. quelle sulla circolazione stradale), e una conseguenza difficilmente “prevedibile” quale l’interruzione di gravidanza – non conviene siano risolte *ex lege*, in disposizioni di parte speciale, costituendo il precipitato di problematiche più generali in tema di reato colposo. Qualora si ritenga opportuno conservare una **disciplina specifica della responsabilità colposa in ambito sanitario**, paragonabile all’attuale 590 *sexies* c.p., sarebbe d’uopo estenderla anche alla procurata interruzione di gravidanza.

Da riconsiderare, invece, l’aggravante incentrata sulla violazione di regole cautelari “poste a tutela del lavoro” (art.593bis, 3° co., c.p.), o altre analoghe. L’avversione di chi scrive tanto per la frammentazione casistica della tipicità dovuta al proliferare delle circostanze, quanto per la costruzione di irragionevoli ambiti “differenziati” di reati colposi, spinge verso una soluzione negativa.

Vi è poi da valutare quanto convenga riproporre **ipotesi a struttura preterintenzionale**, come l’interruzione preterintenzionale della gravidanza di cui all’art.593 ter, 2° e 3° co., c.p. o i casi di aborto aggravati dalla morte o dalle lesioni della donna di cui al 4° co. (correlati anche all’aborto preterintenzionale, dunque, in certo senso, preterintenzionali “alla seconda”!).

Non essendo auspicabile, *de iure condendo*, la costruzione di fattispecie volte ad eludere un’imputazione almeno colposa dell’evento (applicabili, ad es., anche quando l’aggressore non abbia né possa avere contezza dello *status praegnationis*, come in effetti facilmente può accadere), simili incriminazioni dovrebbero comunque presupporre almeno la “prevedibilità” dell’evento più grave; in questo modo, esse tenderebbero a tipizzare situazioni altrimenti qualificabili applicando le regole ordinarie in materia di concorso di reati. Si incrementerebbe, di conseguenza (come già oggi emerge dalla giurisprudenza) il novero delle fattispecie potenzialmente convergenti, con conseguenti complicazioni nella qualificazione di uno “stesso fatto” e possibili squilibri sistematici. Considerata inoltre l’incerta natura dei reati aggravati dall’evento, vien da concludere che dette figure criminose creerebbero una

quantità di problemi applicativi, e di compatibilità con principi di ragionevolezza e colpevolezza, francamente degni di miglior causa. In ogni caso, una risposta definitiva in materia non potrà che dipendere da quella che più generale vorremo dare in tema di reato preterintenzionale.

All'aborto preterintenzionale, in ogni caso – come anche all'ipotesi colposa – non dovrebbe riferirsi **un'eventuale aggravante costituita dall'aver sollevato, il soggetto attivo, obiezione di coscienza** (v. oggi l'art.20 l.194/78); aggravante che non sembra incrementare il disvalore né oggettivo, né soggettivo, di interruzioni di gravidanza non volontariamente provocate.

Le sanzioni – In considerazione della loro struttura, e della loro gravità, i reati in esame meritano sicuramente la qualifica di **delitti**.

La relativa pena andrebbe rapportata a quella delle figure criminose di embrionicidio “extracorporeo”, da un lato, di infanticidio o, comunque, di omicidio dall'altro lato, secondo un'idea di “gravità crescente” del fatto vuoi in proporzione allo stadio di sviluppo del concepito, vuoi nella misura in cui l'evento offensivo venga a coinvolgere, con intensità sempre maggiore di effetti, *anche* l'integrità e salute psico-fisica della gestante e il suo diritto alla maternità. Distante (per eccesso) dovrebbe essere la pena rispetto a quella riferita alle ipotesi di IVG illecita, rispondenti a tutt'altra logica ed esigenza, e meritevoli forse persino di una qualifica contravvenzionale (v. *supra*): potendosi comunque immaginare, come già oggi in giurisprudenza, casi di concorso tra le diverse tipologie di reati in materia di interruzione di gravidanza.

Il **paradigma della “tutela crescente” del concepito**, oltre che sostenuto da solidi riferimenti comparatistici e storici, e corrispondente al piano “costituzionalmente vincolato” della legislazione in tema di IVG (v. *supra*), costituisce altresì un buon compromesso tra differenti visioni bioetiche. Al tempo stesso, esso riflette quella dimensione del “divenire” che connota lo statuto biologico del nascituro, e che rischia di essere mortificata da approcci che enfatizzano le differenze o, viceversa, le corrispondenze ontologiche con il nato.

Tanto premesso, si dovrebbero poi immaginare **clausole di attenuazione della pena per la madre**, qualora la si ritenga possibile soggetto attivo di almeno alcuni di questi reati.

A differenza di quanto ha fatto il legislatore del 1978 (v. in specie l'art.18, co.2, oggi art.593 ter, co.2, c.p.), la **pena per il parto prematuro** (sia esso considerato titolo autonomo, o circostanza attenuante: v. *supra*) dovrebbe essere sempre inferiore a quella riferita all'aborto in senso stretto. Si potrebbe in particolare delineare, al riguardo, una attenuante soltanto facoltativa, considerando come un parto prematuro che comporti gravi complicazioni per il nato possa assumere un disvalore non distante da quello di un aborto, specialmente quando poi il nato deceda in ragione di quelle complicazioni. Da considerare, tuttavia, come in vicende del genere il reato di aborto potrebbe concorrere con quello di lesioni o di omicidio ai danni del bambino.

Infine, la **pena di un eventuale reato incentrato sulla causazione preterintenzionale** della morte della donna mediante atti orientati a procurarle un aborto non consensuale, o a procurarle lesioni da cui derivi anche un aborto, dovrebbe essere superiore a quella propria della figura generale di omicidio preterintenzionale¹²

¹² Giustamente criticata è, in dottrina, l'attuale previsione di una pena inferiore per l'omicidio preterintenzionale della gestante perpetrato mediante interruzione non consensuale della gravidanza, rispetto a quella riferita all'omicidio preterintenzionale di cui all'art. 584 c.p., pur sommandosi, nel primo caso, il disvalore oggettivo di un omicidio a quello di un aborto. È vero che la Corte costituzionale, dopo aver qualificato il reato di cui all'art. 18, comma 3, alla stregua di un delitto aggravato dall'evento, e averlo ritenuto anche per questo non pienamente "comparabile" con l'omicidio preterintenzionale, dichiarò non fondata una questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 584 c.p. (Corte costituzionale, 30 luglio 1981, n. 162). Tuttavia, simili discrasie sanzionatorie appaiono oggi inaccettabili, vuoi in ragione della tendenza ad assimilare ipotesi a struttura preterintenzionale sul piano dei criteri di imputazione, in ossequio al principio di colpevolezza, vuoi in considerazione della rinnovata attenzione della Corte costituzionale per il valore della proporzionalità della pena (v. in particolare Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236).