

I delitti contro la vita.

La tutela della vita umana “fin dal suo inizio” e “fino alla fine”

Antonella Massaro

CASO A: Tizio si introduce nell’Ospedale Alfa, recandosi nel locale di rianimazione in cui si trova ricoverata sua moglie Caia. Quest’ultima versa in condizioni gravi che, ad avviso dei medici, comportano possibilità di vita estremamente ridotte. Tizio, minacciando il personale sanitario con una pistola scarica, disattiva il ventilatore artificiale che assicura le funzioni respiratorie della donna e, trascorso qualche minuto, chiede che venga accertata la morte di Caia. Ottenuta una conferma in tal senso, abbandona l’arma, mette la fede nuziale all’anulare sinistro della moglie e si consegna alla polizia, dichiarando altresì che non sussisteva alcun preventivo “patto di morte” con sua moglie. In primo grado Tizio riporta una condanna per omicidio volontario. I giudici di secondo grado, tuttavia, assolvono Tizio, perché al momento del distacco del ventilatore Caia versava in condizioni talmente gravi (mancanza di respirazione autonoma, polmoni e cuore danneggiati, differente diametro delle pupille) da non potersi escludere, al di là di ogni ragionevole dubbio, che, malgrado la sussistenza di un’attività cardiocircolatoria e respiratoria assicurata artificialmente, non fosse già intervenuta la morte cerebrale (Caso tratto da Ass. App. Milano, 24 aprile 2002).

CASO B: Tizio e Caia lavorano, rispettivamente come medico ginecologo e come ostetrica, presso la clinica Alfa. Sempronia si rivolge ai due sanitari perché è stata diagnostica una grave patologia al feto che porta in grembo, ma, essendo già alla ventiseiesima settimana di gravidanza, non può interrompere la stessa presso una struttura pubblica. Tizio e Caia assicurano la donna sulla possibilità di procedere all’aborto, dietro pagamento di 15.000 euro. Tizio induce artificialmente Sempronia al parto e, con l’aiuto di Caia, procede poi alla violenta soppressione del bambino che, pur affetto da gravi patologie, era in grado di respirare autonomamente al momento della “nascita”. Tizio e Caia vengono condannati per omicidio volontario (art. 575 c.p.) (Caso tratto da Cass., Sez. I pen., 8 ottobre 2004, n. 46945, relativo al caso “Villa Gina”).

SOMMARIO: 1. Le fattispecie di omicidio nell’impianto originario del codice penale. – 2. La tutela dell’inizio della vita: i delitti di aborto in una prospettiva storica. – 2.1. I delitti di aborto nel sistema vigente. – 2.1.1. L’aborto colposo (art. 593-bis c.p.). – 2.1.2. Il rapporto tra l’interruzione della gravidanza e il parto prematuro (art. 593-ter c.p.). – 2.1.3. La responsabilità della donna nei casi di aborto consensuale e illegale (art. 19, l. n. 194 del 1978). – 3. Diritto penale e procreazione medi-

calmente assistita: cenni. – 4. La tutela della fine della vita: rinvio. – 5. La “vita” e la “morte” come elementi normativi? – 6. La “nuova” fisionomia dei delitti contro la vita e l’incolumità individuale. – 7. Il “valore” della vita umana: dall’impianto autoritario del codice Rocco al principio personalistico della Carta costituzionale. – 8. Soluzione dei casi proposti.

1. Le fattispecie di omicidio nell’impianto originario del codice penale

I delitti di omicidio, pur rappresentando «la costante più costante del diritto penale»¹, hanno subito significative modifiche ad opera del legislatore più recente.

Il sistema originario del codice Rocco prevedeva tre fattispecie di omicidio comune che, sia pur con alcune modifiche, sono tuttora vigenti, differenziandosi anzitutto sul piano dell’elemento soggettivo: l’omicidio doloso (art. 575 c.p., aggravato nelle ipotesi previste dai successivi artt. 576 e 577 c.p.), l’omicidio colposo (art. 589 c.p.) e l’omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.). Il fatto che nei delitti di omicidio sia ravvisabile l’intera “gamma” dell’elemento soggettivo, come articolata nelle definizioni generali contenute nell’art. 43 c.p., è chiaro indice dell’intento di apprestare una tutela particolarmente incisiva a fronte di un bene tanto rilevante come la vita umana.

Accanto alle fattispecie di omicidio comune, sono poi previste fattispecie speciali di omicidio, punite meno severamente rispetto all’omicidio doloso: il riferimento è all’omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e all’infanticidio in condizioni di abbandono morale e materiale di cui all’art. 578 c.p., nella nuova formulazione introdotta dalla legge con la l. n. 442 del 1981, la quale ha abrogato l’articolato sistema di delitti commessi per causa d’onore previsti dalla versione originaria del codice penale. Si trattava di fattispecie che, in buona sostanza, prevedevano pene irrisorie per l’uomo che commettesse fatti di lesioni o di omicidio nei confronti di una donna adultera o, comunque, in conseguenza dell’onta derivante dal tradimento subito: oltre a rappresentare l’anacronistica incrostazione di un sistema di valori (almeno teoricamente) superato, i delitti in questione si ponevano in evidente contrasto con le norme e i principi ricavabili dalla Carta costituzionale. L’ormai abrogato art. 587 c.p., in particolare, prevedeva l’attenuazione della responsabilità o, nel caso di percosse, addirittura la sua esclusione, qualora i fatti di omicidio o lesioni fossero commessi a danno del coniuge (*id est*: la moglie), della figlia o della sorella, nell’atto in cui se ne scoprisse l’illegittima relazione carnale oppure nello stato d’ira determinato dall’offesa recata all’onore suo o della sua famiglia, estendendo il medesimo trattamento di favore alla morte o alle lesioni commesse a danno del colui che intrattenesse l’illegittima relazione carnale con la donna fedifraga². Si trattava, come efficacemente evidenziato, «un ramo secco del-

¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, VI ed., Cedam, 2016, 96.

² Art. 587 c.p. (abrogato). «Omicidio e lesione personale per causa d’onore. Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell’atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato

l'ordinamento destinato inevitabilmente a cadere»³, anche se la folata di vento che ha determinato questo effetto si è registrata solo nel 1981.

La formulazione originaria dell'art. 578 c.p., inserendosi nel medesimo solco tracciato dai delitti per causa d'onore, prevedeva una pena attenuata per colui che cagionasse la morte di un neonato immediatamente dopo il parto o di un feto durante il parto per salvare l'onore proprio o di un prossimo congiunto⁴. L'attuale art. 578 c.p., per contro, punisce con una pena ridotta rispetto a quella di cui all'art. 575 c.p., la madre che cagioni la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, oppure del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da *condizioni di abbandono morale o materiale connesse al parto*. Il secondo comma precisa che agli eventuali concorrenti si applichi la pena della reclusione non inferiore ad anni ventuno (la stessa, dunque, prevista dall'art. 575 c.p.), ma, qualora gli stessi abbiano agito al solo fine di favorire la madre, la pena può essere diminuita da un terzo a due terzi.

Si discute se le condizioni di abbandono morale e materiale debbano essere intese in un'accezione oggettiva o soggettiva: se, altrimenti detto, debbano sussistere oggettivamente ed essere apprezzabili come tali da un osservatore esterno, o se è sufficiente che la madre se le rappresenti come esistenti, determinandosi ad agire proprio in ragione della condizione nella quale ritiene di versare. Sembra preferibile ritenere che la più mite risposta sanzionatoria nei confronti della (sola) madre derivi da un minor disvalore soggettivo del fatto commesso e che quindi le condizioni di abbandono individuino un elemento a contenuto esclusivamente psicologico⁵. Si pensi al caso di una giovane donna che, scoprendo di essere incinta a seguito di una relazione con un uomo sposato, il

d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona, che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella. / Se il colpevole cagiona, nelle stesse circostanze, alle dette persone, una lesione personale, le pene stabilite negli articoli 582 e 583 sono ridotte a un terzo; se dalla lesione personale deriva la morte, la pena è della reclusione da due a cinque anni. / Non è punibile chi, nelle stesse circostanze, commette contro le dette persone il fatto preveduto dall'articolo 581». Si rinvia sul punto a V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, V ed., Utet, 1985, 133 ss.

³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, XV ed., Giuffrè, 2008, 58.

⁴ Per tutte le necessarie indicazioni E. BOZHEKU, *L'infanticidio. Spunti e rilievi di parte generale*, Jovene, 2012, 47 ss.

⁵ Così M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Giappichelli, 2006, 190 ss. L'opinione dominante sembrerebbe quella che riconosce alle condizioni di abbandono una consistenza tanto oggettiva quanto soggettiva: in dottrina F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, IV ed., Giappichelli, 2016, 125; in giurisprudenza Cass., Sez. I pen., 23 maggio 2013, n. 26663, in *Riv. pen.*, 9/2013, 919, secondo la quale «l'abbandono "materiale e morale" costituisce un requisito della fattispecie oggettiva da leggere "in chiave soggettiva": in altri termini, la concreta situazione di abbandono, pur rappresentando un dato concreto e indiscutibile che deve effettivamente sussistere, trattandosi di un elemento del fatto tipico, non deve rivestire carattere di oggettiva assolutezza, in quanto è sufficiente ad integrare la situazione tipica anche la percezione di totale abbandono avvertita dalla donna nell'ambito di una complessa esperienza emotiva e mentale quale quella che accompagna la gravidanza e poi il parto»; Cass., Sez. I pen., 7 ottobre 2010, n. 40993, in *Cass. pen.*, 4/2012, 1346, con note di D. SPURI, *L'infanticidio: profili dogmatici* ed E. BOZHEKU, *Infanticidio: nuovo approdo della Suprema Corte in tema di condizioni di abbandono morale e materiale*; Cass., Sez. I pen., 3 dicembre 2013, n. 2267. *Amplius* E. BOZHEKU, *L'infanticidio*, cit., 166 ss.

quale non vuole occuparsi né della gravidanza né del bambino, decida di sopprimere il neonato appena dopo il parto: si ipotizzi che la ragazza, risiedendo in una grande città, avrebbe avuto la materiale possibilità di rivolgersi alle strutture competenti per praticare un'interruzione volontaria di gravidanza, o, ancora, che alcuni dei suoi familiari, venuti a conoscenza della situazione, le fossero rimasti accanto. Se le condizioni di abbandono fossero valutate in chiave unicamente oggettiva, dovrebbe senza dubbio applicarsi la fattispecie di omicidio volontario; potrebbe invece ipotizzarsi un'operatività dell'art. 578 c.p. qualora la situazione soggettiva della madre l'abbia condotta a esasperare la condizione nella quale versava, determinandola al compimento del gesto estremo.

2. La tutela dell'inizio della vita: i delitti di aborto in una prospettiva storica

La fattispecie di infanticidio rivela una stretta connessione storica con i delitti di aborto: l'infanticidio, specie in passato, rappresentava il "rimedio" a una gravidanza indesiderata, cui spesso si ricorreva quando fosse difficile o impossibile, per la donna, ricorrere a pratiche di "aborto legale"⁶.

Nel codice Rocco i delitti di aborto erano inseriti tra i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe. L'interesse che faceva da sfondo all'incriminazione, dunque, era estraneo tanto alla tutela della madre quanto a quello del nascituro. Nell'ambito della visione collettivista tipica dello Stato autoritario e della campagna demografica portata avanti dal regime fascista, l'obiettivo era quello di un potenziamento della popolazione nazionale o, comunque, di una preservazione dell'integrità della stirpe⁷.

Accanto alle due fattispecie ausiliarie dell'istigazione all'aborto e degli atti abortivi su donna ritenuta incinta, il codice penale prevedeva le tre fattispecie di aborto di donna non consenziente (art. 545), aborto di donna consenziente (art. 546) e aborto procuratosi dalla donna (art. 547). Non era prevista una fattispecie di aborto colposo, ma l'aborto compariva nel catalogo delle circostanze aggravanti dei delitti di lesione (art. 583, n. 5, abrogato dalla l. n. 194 del 1978). Sempre come circostanza aggravante delle lesioni personali era poi previsto l'acceleramento del parto (art. 583, n. 3, abrogato dalla l. n. 194 del 1978).

Con l'entrata in vigore della Costituzione si è avvertita tutta l'inadeguatezza di un sistema di tutela di stampo essenzialmente repressivo e, soprattutto, ispirata a un'ottica di carattere "superindividuale".

⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, cit., 117.

⁷ Cfr. G. ZUCCALÀ, voce *Aborto*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, 1958, 129, il quale riteneva che l'opzione volta a riconoscere nell'integrità della stirpe l'interesse giuridico tutelato dalle fattispecie in questione non si ponesse necessariamente in contrasto con i presupposti di un ordinamento democratico, in quanto il bene giuridico in questione si prestava «ad essere inteso come avulso da ogni contingente influenza politica, rivelandosi espressione di un principio morale, religioso, sociale di valore assoluto e comune a tutti i popoli civili».

Il momento di svolta arriva nel 1975, con la celeberrima sentenza n. 27 della Corte costituzionale. Era stata sollevata questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 546 c.p., nella parte in cui rendeva penalmente rilevante l'aborto su donna consenziente anche quando fosse accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e l'equilibrio psichico della donna, senza che tuttavia ricorressero gli estremi dello stato di necessità (art. 54 c.p.). La Corte costituzionale ritenne fondata la questione e dichiarò la parziale illegittimità dell'art. 546 c.p.⁸. Il dibattito sull'aborto divenne dunque pubblico e, pur traendo alimento dal contesto politico delle rivendicazioni femministe e delle contestazioni ai capisaldi di una società clericale (sono gli anni della riforma del diritto di famiglia, della legge sul divorzio, della messa in discussione dei delitti per causa d'onore, ma anche della c.d. legge Basaglia e della riforma del sistema sanitario nazionale), si trovò a essere inquadrato secondo gli strumenti offerti dal diritto⁹.

Sono almeno due gli aspetti fondamentali che emergono dalle motivazioni del Giudice delle Leggi e che costituiscono altrettanti poli attorno ai quali ruota anche l'impianto normativo della l. n. 194 del 1978. In primo luogo, accanto al benessere fisico della donna fa la sua comparsa l'equilibrio psichico della stessa, conformemente a quel concetto ampio di salute che già aveva fatto la sua comparsa a livello internazionale¹⁰. Nell'opera di "bilanciamento" realizzata dalla Corte costituzionale, poi, vengono posti a confronto due interessi diversi: da una parte la salute della madre, dall'altra parte la vita del nascituro. I piatti della bilancia sono in realtà fortemente squilibrati a favore della donna, anche perché si tratta di due soggetti che, già in partenza, non potrebbero essere

⁸ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 566 ss., con nota di A. CRESPI, *L'aborto vivo e vitale negli auspici della Corte costituzionale* e M. BOSCARRELLI, *Corte costituzionale e liberalizzazione dell'aborto*. Sul "momento di svolta" rappresentato dalla sentenza n. 27 del 1975 si rinvia, anche per tutti i necessari riferimenti bibliografici, a S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Franco Angeli, 2015, 78 ss. e a B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, *Il governo del corpo*, t. II, Giuffrè, 2011, 1655 ss. Ad avviso di P. NUVOLONE-A. LANZI, voce *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Utet, 1992, 27 si sarebbe trattato di un'apertura notevole, ma non di un capovolgimento di sistema.

⁹ Per tutti G. SCIRÈ, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Bruno Mondadori, 2008. Sulle note difficoltà di attuazione della l. n. 194 del 1978 v. G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, vol. III, Jovene, 2009, 850 ss. Per le criticità che la legge pone in una prospettiva medico-legale v. invece A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico-legale*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 1719 ss.

¹⁰ Il riferimento è anzitutto alla definizione di salute fornita dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, agenzia dell'ONU istituita nel 1948 con l'obiettivo di operare per far raggiungere a tutte le popolazioni il livello di salute più elevato possibile. Nel "preambolo" della sua Costituzione istitutiva è contenuta una definizione ampia di salute quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non la semplice assenza dello stato di malattia o di infermità». La nozione in questione è stata recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. C.p.S. n. 1068 del 1947, con il quale si è approvato il Protocollo relativo alla costituzione dell'OMS. Sul punto, in particolare, V. DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2001, 132 ss. Per una lettura critica della definizione ampia di salute proposta dall'OMS v., per tutti, D. CALLAHAN, *The WHO definition of "health"*, in *The Hastings Center Studies*, vol. I, n. 3, *The concept of health*, 1973, 77 ss.

del tutto equiparati sotto il profilo giuridico. «La scriminante dell'art. 54 c.p. – osserva la Corte costituzionale – si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora, non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio *di chi è già persona*, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che *persona deve ancora diventare*».

Si tratta evidentemente di affermazioni che portano in primo piano la questione relativa alla natura giuridica del concepito, autentico nodo pregiudiziale quando si discuta di una rilevanza penale delle pratiche abortive o, più in generale, quando si pretenda di operare un “bilanciamento” tra gli interessi della madre e quelli del nascituro¹¹.

Da un punto di vista logico, sembrerebbe che le soluzioni praticabili siano due, perfettamente speculari l'una rispetto all'altra. La prima via è quella fondata su una *differenziazione totale tra nato e concepito*, in base alla quale solo il nato è soggetto di diritto, mentre il concepito è degradato a mera “parte del corpo della donna”, come tale sottoposto al medesimo regime di disponibilità previsto per le altre parti del corpo umano.

La seconda via è quella della *equiparazione totale tra nato e concepito*, che conduce a riconoscere al concepito pari dignità e “consistenza giuridica” del nato, con la conseguenza per cui la sua tutela resta affidata ai delitti di omicidio: la vita del concepito può dunque subire compromissioni solo per la salvaguardia di un'altra vita umana (quella della madre), quando la stessa sia pregiudicata dallo sviluppo ulteriore della gravidanza, mentre non rilevarebbero interessi diversi, a partire dalla tutela “ampia” della maternità.

I vari ordinamenti giuridici, a partire da quello italiano, hanno però mostrato un atteggiamento misto di reticenza e di imbarazzo rispetto a questi due modelli, rifugiandosi in una situazione di evidente compromesso: *il concepito è una vita umana, ma non è ancora una persona*; è soggetto e non oggetto, ma, in quanto persona solo in potenza e non ancora in atto, è meritevole di una tutela “inferiore” rispetto a quella assicurata al soggetto già nato¹².

Nell'ambito di questo modello intermedio sono almeno tre le soluzioni praticabili:

a) *la c.d. regolamentazione secondo termini*, che prevede la fissazione di un termine entro cui sia possibile interrompere la gravidanza senza la sussistenza di condizioni ulteriori. La decisione di ricorrere alla pratica abortiva viene sostanzialmente demandata alla donna, sulla base del mero rispetto dei limiti temporali;

b) *la c.d. regolamentazione secondo indicazioni*, conformemente alla quale l'interruzione di gravidanza è consentita solo in determinate situazioni preventivamente e tassativamente individuate dal legislatore, che, sulla base di presupposti oggettivi, limita la scelta della donna;

c) *la c.d. regolamentazione secondo indicazioni legata a termini*, che rappresenta una sintesi dei due schemi precedenti¹³.

¹¹ Con particolare riguardo alla procreazione medicalmente assistita e alla tutela dell'embrione O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2018, 916-917.

¹² *Amplius* F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, cit., 4 ss.

¹³ M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Cedam, 1992, 124.

La “terza via”, nella sua variante di una regolamentazione dell’aborto legata al rispetto tanto di vincoli temporali quanto di condizioni ulteriori, è quella seguita dal legislatore italiano con la l. n. 194 del 1978, che riprende, amplificandole, le indicazioni fornite qualche anno prima dalla Corte costituzionale: si abbandona la via della repressione all’aborto e si intraprende quella di una “legalizzazione sotto condizioni”, anche al fine di prevenire gli aborti clandestini.

Dall’assetto collettivistico delineato dal codice Rocco si passa a una visione di stampo personalistico-individuale, decisamente più in linea con le indicazioni provenienti dalla Carta costituzionale. Gli interessi personalistico-individuali che vengono in considerazione, tuttavia, sono due: quello della madre e quello del nascituro. L’art. 1 della l. n. 194 sembrerebbe porli sullo stesso piano, nella parte in cui afferma che «Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio». In realtà il principio di autodeterminazione della madre (non di entrambi i genitori, quando il padre possa e voglia esprimere la propria opinione) si vede attribuito un ruolo determinante. Questo, beninteso, non vuol dire che il nostro ordinamento riconosca un vero e proprio “diritto ad abortire”, ma significa unicamente che, nelle condizioni eccezionali entro le quali è ammessa un’interruzione di gravidanza, il legislatore accorda una posizione di indubbio rilievo alla scelta della madre e alla tutela del suo “benessere”¹⁴.

Il sistema delineato dalla l. n. 194 del 1978 assume come *discrimen* cronologico la soglia dei 90 giorni dall’inizio della gravidanza. Prima dei 90 giorni la donna può chiedere l’interruzione della gravidanza quando «accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» (art. 4). Non si è esitato a rinvenire in questa ipotesi una mera regolamentazione per termini, posto che il medico non avrebbe alcun potere-dovere di accertare le condizioni previste dalla legge al fine di esprimere parere sfavorevole all’interruzione di gravidanza¹⁵. Dopo i 90 giorni l’interruzione di gravidanza può essere praticata «a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (art. 6).

¹⁴ Per una ricostruzione del possibile contrasto tra gli interessi della donna e quelli del nascituro si rinvia a K. SUMMERER, *Libertà della donna e tutela del nascituro. Il conflitto materno-fetale nella prospettiva del diritto penale*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 1623 ss. V. anche M.L. BOCCIA, *Il conflitto sulla decisione della donna. Un confronto tra uomini e donne del Pci sull’aborto*, in *Reti*, 3-4/1988, 77-86, citata da S. ROSSI, *La salute mentale*, cit., 77, nota 262: «Dobbiamo eliminare un equivoco: si confonde l’autodeterminazione con un diritto civile o di libertà e come tale affiancabile ad altri diritti riconosciuti dallo Stato. Non è così, perché non c’è nessuna libertà né alcun diritto all’aborto per la donna. C’è invece nel riconoscimento che la decisione è sua, una ridefinizione dei rapporti di potere tra uomini e donne».

¹⁵ T. PADOVANI, voce *Procreazione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, 1987, 976. *Contra* M. ZANCHETTI, *La legge sull’interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 145.

2.1. I delitti di aborto nel sistema vigente

Le fattispecie penali previste dalla l. n. 194 possono essere idealmente divise in due blocchi contenutistico-sistematici:

a) gli artt. 17 e 18 prevedono le ipotesi di *interruzione della gravidanza senza il consenso della donna*, che, quindi, nulla hanno a che vedere con la procedura prevista dalla l. n. 194 del 1978, nella quale è centrale la volontaria partecipazione della madre. *Non è prevista* in questi casi *alcuna responsabilità della donna*¹⁶. Il legislatore riproduce concettualmente il sistema dei delitti di omicidio, a partire dalla previsione delle tre forme di elemento soggettivo: aborto colposo (art. 17), aborto doloso (art. 18, comma 1, che punisce chi cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna), aborto preterintenzionale (art. 18, comma 2, che punisce chi cagioni l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna), con le ultime due fattispecie parificate sul piano della risposta sanzionatoria (reclusione da quattro a otto anni). L'omicidio doloso di una donna in stato di gravidanza non assorbe il reato di procurato aborto: si risponderà quindi di entrambe le fattispecie di reato, in regime di concorso formale¹⁷.

Il d.lgs. n. 21 del 2018 (c.d. decreto sulla riserva di codice) ha abrogato tanto l'art. 17 quanto l'art. 18, l. n. 194 del 1978, riproducendone il contenuto nei nuovi articoli 593-*bis* c.p., rubricato «Interruzione colposa di gravidanza», e 593-*ter* c.p., rubricato «Interruzione di gravidanza non consensuale». Le fattispecie in questione, quindi, vedono mutata la loro *sedes materiae*: dalla legislazione speciale al codice penale.

b) l'art. 19, che mantiene la sua collocazione originaria, prende invece in considerazione l'*interruzione volontaria della gravidanza in violazione della procedura prevista dalla legge n. 194 del 1978*¹⁸. In questi casi *anche la donna*, che aderisce volon-

¹⁶ L'attuale art. 592-*bis* c.p. (precedente art. 17, l. n. 194 del 1978), facendo riferimento alla condotta di chi *cagiona ad una donna* l'interruzione della gravidanza (o un parto prematuro), esclude la donna stessa dal novero dei soggetti attivi dell'aborto colposo. Nessun dubbio, poi, sul fatto che la donna non risponda nei casi previsti dall'art. 593-*bis* c.p., che prende in considerazione l'aborto commesso senza il suo consenso e quello conseguente a condotte dirette a provocarle lesioni.

¹⁷ Tra le più recenti Cass., Sez. I pen., 31 marzo 2010, n. 24156, in *Cass. pen.*, 11/2011, 3872; Cass., Sez. I pen., 17 marzo 2010, n. 18514, in *Riv. pen.*, 9/2010, 852.

¹⁸ Art. 19, l. 194 del 1978: «Chiunque cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 5 o 8, è punito con la reclusione sino a tre anni. / La donna è punita con la multa fino a lire centomila. / Se l'interruzione volontaria della gravidanza avviene senza l'accertamento medico dei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'articolo 6 o comunque senza l'osservanza delle modalità previste dall'articolo 7, chi la cagiona è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi. / Quando l'interruzione volontaria della gravidanza avviene su donna minore degli anni diciotto, o interdetta, fuori dei casi o senza l'osservanza delle modalità previste dagli articoli 12 e 13, chi la cagiona è punito con le pene rispettivamente previste dai commi precedenti aumentate fino alla metà. La donna non è punibile. / Se dai fatti previsti dai commi precedenti deriva la morte della donna, si applica la reclusione da tre a sette anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da due a cinque anni; se la lesione personale è grave que-

tariamente e consapevolmente alla procedura illegittima, *risponde*, sia pur con pene ridotte.

Pur senza entrare nel dettaglio degli elementi costitutivi delle singole fattispecie, è possibile evidenziare alcune delle più evidenti questioni problematiche poste dalle stesse.

2.1.1. L'aborto colposo (art. 593-bis c.p.)

L'art. 593-bis c.p. punisce, con la reclusione da tre mesi a due anni, chiunque cagioni a una donna per colpa l'interruzione della gravidanza. La pena prevista è diminuita fino alla metà per il soggetto che cagioni per colpa un parto prematuro. In entrambi i casi la pena è aumentata se il fatto è commesso con la violazione delle norme poste a tutela del lavoro.

Si discute se la responsabilità in questione possa derivare dall'inosservanza di qualsiasi regola cautelare posta a tutela dell'incolumità personale e/o della vita altrui o se, per contro, debba trattarsi di una regola precauzionale specificamente diretta ad evitare l'interruzione della gravidanza.

Nessun dubbio, per esempio, sul fatto che risponda di aborto colposo l'ostetrica, incaricata di eseguire un tracciato cardiocografico all'esito del quale si evidenzia un'anomalia cardiaca del feto, che ometta di informare tempestivamente il medico di turno¹⁹ o, ancora, il medico che rinvi un parto cesareo già programmato come urgente, omettendo di proseguire il monitoraggio nonostante fossero stati rilevati sintomi di tachicardia fetale²⁰.

Più problematico si presenta invece il caso di chi cagioni, per colpa, un incidente stradale, dal quale derivi la morte di una donna incinta e del feto che la stessa porti in grembo. Secondo una prima impostazione non si ravviserebbe ostacolo alcuno all'operatività dell'attuale art. 593-bis c.p.²¹, mentre secondo altri, poiché le regole sulla circolazione stradale non sono poste a specifica tutela della "gravidanza", il soggetto potrebbe rispondere (anche) di aborto colposo solo nel caso in cui fosse a conoscenza dello stato di gravidanza della donna²². La Corte di cassazione, in un caso riguardante l'investimento di una donna incinta che stava attraversando la strada, ha confermato la condanna per omicidio colposo, ma non anche quella per aborto colposo, non emergendo alcun elemento «(quale potrebbe essere stato, ad esempio, se l'incidente fosse avvenuto nelle immediate adiacenze di un ospedale o di una clinica o di uno *store* che vendesse prodotti per la prima infanzia)» da cui ricavare la prevedibilità dell'evento²³.

sta ultima pena è diminuita. Le pene stabilite dal comma precedente sono aumentate se la morte o la lesione della donna derivano dai fatti previsti dal quinto comma».

¹⁹ Cass., Sez. V pen., 12 dicembre 2014, n. 20063.

²⁰ Cass., Sez. V pen., 13 novembre 2013, n. 660.

²¹ M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 335.

²² T. PADOVANI, *Commento agli articoli 17 ss.*, in *Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, a cura di C.M. Bianca-F.D. Busnelli, in *N. leggi civ. comm.*, 6/1978, 1691.

²³ Cass., Sez. IV pen., 27 aprile 2017, n. 25552, in *Guida dir.*, 29/2107, 78.

La lettura “restrittiva” dell’art. 593-*bis* c.p. non risulta del tutto convincente, se non altro perché la disposizione in questione prevede come circostanza aggravante l’ipotesi in cui l’interruzione della gravidanza o il parto prematuro derivino dalla violazione delle norme in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro (si pensi all’esposizione a sostanze tossiche di una lavoratrice incinta): si tratta di regole che, quanto a “spettro preventivo”, sono del tutto assimilabili a quelle in materia di circolazione stradale e che, soprattutto, non (sempre) sono specificamente dirette alla tutela della gravidanza e del nascituro. Risulterebbe dunque irragionevole escludere dalla fattispecie casi analoghi a quelli che la fattispecie stessa prende in considerazione ai fini di un aggravamento di pena²⁴.

2.1.2. Il rapporto tra l’interruzione della gravidanza e il parto prematuro (art. 593-*ter* c.p.)

Il codice Rocco distingueva chiaramente l’aborto dall’acceleramento del parto: il primo caratterizzato dalla morte del prodotto del concepimento, il secondo dalla permanenza in vita dello stesso. L’acceleramento del parto, come già precisato, costituiva una circostanza aggravante delle lesioni dolose e colpose.

La l. n. 194 parla molto raramente di “aborto”. Nella maggior parte delle disposizioni, a partire da quelle penali, il legislatore ricorre al concetto di “interruzione volontaria della gravidanza”, a volte distinto dal “parto prematuro”. Dietro quella che sembrerebbe una scelta orientata a mere ragioni di eufemismo legislativo²⁵, si nasconde in realtà una questione relativa all’esatta individuazione degli elementi costitutivi dei reati previsti dalla l. n. 194: si tratta cioè di chiarire se il concetto di interruzione volontaria di gravidanza coincida necessariamente con l’esito abortivo.

L’interrogativo in questione assume particolare rilevanza per la formulazione dell’attuale art. 593-*ter* c.p.²⁶: quest’ultima disposizione prevede infatti una diminuzione della pena in caso di acceleramento del parto “preterintenzionale” (comma 3) e, come già precisato, l’art. 593-*bis* fa esplicito riferimento all’acceleramento del parto colposo.

²⁴ Cfr. T. PADOVANI, voce *Procreazione*, cit., 988, il quale ritiene necessario che le norme violate si riferiscano alla salvaguardia della salute della gestante, ovvero, pur se genericamente dirette alla tutela dell’igiene e della sicurezza del lavoro, assumano una specifica finalità cautelare nell’assicurare un normale decorso della gravidanza.

²⁵ Sul concetto di “eufemismi legislativi” R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L’arte di preparare le leggi*, Giuffrè, 2004, 151 ss.

²⁶ Art. 593-*ter* c.p.: «Interruzione di gravidanza non consensuale. Chiunque cagiona l’interruzione della gravidanza senza il consenso della donna è punito con la reclusione da quattro a otto anni. Si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l’inganno. / La stessa pena si applica a chiunque provochi l’interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna. / Detta pena è diminuita fino alla metà se da tali lesioni deriva l’acceleramento del parto. / Se dai fatti previsti dal primo e dal secondo comma deriva la morte della donna si applica la reclusione da otto a sedici anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da sei a dodici anni; se la lesione personale è grave quest’ultima pena è diminuita. / Le pene stabilite dai commi precedenti sono aumentate se la donna è minore degli anni diciotto».

Il parto prematuro, per contro, resterebbe privo di tutela nella più grave ipotesi dolosa.

Alcuni ritengono che il concetto di interruzione della gravidanza dovrebbe ritenersi comprensivo tanto dell'aborto quanto della mera accelerazione del parto: quel che importa, come la lettera dell'espressione parrebbe suggerire, è il solo fatto che il fisiologico processo di gravidanza risulti interrotto. Secondo questa impostazione l'acceleramento del parto preterintenzionale rappresenterebbe una mera circostanza attenuante dell'aborto preterintenzionale, mentre il primo comma dell'art. 593-*bis* c.p. dovrebbe riferirsi tanto all'aborto doloso quanto all'acceleramento del parto doloso²⁷.

Altri invece, muovono dalla distinzione concettuale tra aborto e acceleramento del parto, ritenendo che il parto prematuro configuri una fattispecie di reato autonoma rispetto all'interruzione di gravidanza e che la morte del feto segni il momento consumativo dell'aborto²⁸, cercando però di colmare la lacuna ravvisabile in riferimento all'acceleramento del parto doloso. Si è sostenuto, per esempio, che l'art. 593-*ter*, comma 1, c.p. rappresenterebbe un'eccezione all'equivalenza tra interruzione volontaria e aborto, con la conseguenza per cui la fattispecie sarebbe applicabile anche alla mera accelerazione del parto²⁹. Secondo altri, invece, il parto prematuro doloso andrebbe ricondotto al terzo comma dell'art. 593-*ter* c.p., ritenendo che le lesioni dalle quali derivi l'acceleramento del parto siano inclusive di quelle dirette a cagionare l'interruzione volontaria della gravidanza (e non solo di quelle prese in considerazione dal secondo comma)³⁰.

2.1.3. La responsabilità della donna nei casi di aborto consensuale e illegale (art. 19, l. n. 194 del 1978)

Riguardo alle fattispecie di aborto "consensuale e illegale" previste dall'art. 19, l. n. 194 del 1978, non del tutto chiari risultano i confini della responsabilità della donna. Le sanzioni di cui era destinataria la madre, in effetti, erano chiaramente individuate

²⁷ Si tratta dell'opinione sostenuta in particolare da T. PADOVANI, voce *Procreazione*, cit., 983 ss.: «a favore della tesi secondo cui l'interruzione della gravidanza costituisca un *genus* comune comprensivo tanto dell'aborto quanto dell'acceleramento del parto milita un'univoca ragione sistematica. Se essa coincidesse esclusivamente con l'aborto, si dovrebbe in effetti concludere che le fattispecie colpose e preterintenzionali nelle quali è prevista la rilevanza specifica del parto prematuro (art. 17 comma 2 e art. 18 comma 3 l. n. 194, cit.) siano sprovviste della corrispondente fattispecie dolosa, dato che in nessuna disposizione punibile a tale titolo si contempla il fatto di cagionare un parto prematuro, ma solo quello di determinare un'interruzione della gravidanza (art. 18, comma 1 e art. 19, l. n. 194, cit.). E poiché non è ammissibile che un reato punibile a titolo di colpa o di preterintenzione non sia anche punibile a titolo di dolo, ne deriva che l'interruzione della gravidanza deve essere assunta come concetto di genere comprensivo di entrambi gli eventi ipotizzati». V. anche F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III ed., Cedam, 1985, 320-321.

²⁸ Per tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 99-100.

²⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 106. Nella stessa direzione, sia pur in senso dubitativo, P. NUVOLONE-A. LANZI, voce *Gravidanza*, cit., 37.

³⁰ M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 348-349.

nelle fattispecie contenute originariamente nel codice Rocco: l'art. 546 c.p. estendeva la pena prevista a chi cagionasse l'aborto di una donna consenziente anche a quest'ultima, mentre l'art. 547 c.p. prevedeva un'apposita fattispecie per l'aborto procuratosi dalla donna.

La l. n. 194 del 1978 non riproduce la fattispecie di aborto autoprocurato, né chiarisce con sufficiente precisione terminologica la condotta della donna rispetto a quella degli altri soggetti responsabili.

L'art. 19, comma 1 punisce, con la reclusione fino a tre anni, chiunque cagiona l'interruzione volontaria di gravidanza violando gli artt. 5 o 8, l. n. 194 del 1978. Il secondo comma prevede che in questo caso la donna sia punita con la multa fino a lire centomila (51.65 euro), ma il d.lgs. n. 8 del 2016 ha depenalizzato la fattispecie in questione, convertendola in illecito amministrativo punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 10.000 euro³¹. Il terzo comma dell'art. 19 punisce, con la reclusione da uno a quattro anni, l'interruzione della gravidanza svolta in violazione di quanto previsto dagli artt. 6, lett. a) e b), e 7, l. n. 194 del 1978. In questo caso la donna è punita con la reclusione fino a sei mesi, come previsto dal successivo quarto comma.

Sembrirebbe che le espressioni «chiunque/chi cagiona l'interruzione volontaria di gravidanza», di cui al primo e al terzo comma, ben possano comprendere anche la condotta della donna che, non limitandosi a prestare il consenso alla condotta materialmente posta in essere da altri, realizza direttamente la condotta da cui deriva l'effetto abortivo³²: ciò potrebbe avvenire tramite l'introduzione di strumenti meccanici, ma anche attraverso l'assunzione di farmaci³³.

La formulazione laconica del secondo comma e del terzo comma («la donna è punita ...») non sembrerebbe chiarire a quale condotta della donna il legislatore abbia inteso fare riferimento. Alla condotta che cagiona materialmente l'interruzione della gravidanza? Al consenso prestato a una pratica abortiva posta in essere da altri? O, ancora, a entrambe le ipotesi? Sebbene la lettera della legge non sembri risolutiva, esigenze di coerenza sistematica parrebbero suggerire la lettura più ampia: la donna risponde, con sanzione diminuita, tanto nel caso in cui abbia materialmente posto in

³¹ D.lgs. n. 8 del 2016, art. 1: «5. La sanzione amministrativa pecuniaria, di cui al primo comma, è così determinata: a) da euro 5.000 a euro 10.000 per i reati puniti con la multa o l'ammenda non superiore nel massimo a euro 5.000; b) da euro 5.000 a euro 30.000 per i reati puniti con la multa o l'ammenda non superiore nel massimo a euro 20.000; c) da euro 10.000 a euro 50.000 per i reati puniti con la multa o l'ammenda superiore nel massimo a euro 20.000».

³² T. PADOVANI, voce *Procreazione*, cit., 987; F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., 319; M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 363.

³³ Ad avviso di Cass., Sez. I pen., 25 febbraio 2015, n. 14218, in *Rass. dir. farmac.*, 5/2015, 1037, integra il reato di illecita interruzione volontaria di gravidanza di cui all'art. 19, l. n. 194 del 1978 la condotta della gestante che abbia assunto con modalità *off-label* un noto farmaco abortivo (*Cytotec*) in assenza di patologie in atto tali da giustificare l'utilizzo e in situazione di ricovero presso una struttura ospedaliera, quindi senza motivo di assumere iniziative autonome di tipo farmacologico omettendo l'avallo dei sanitari.

essere la pratica abortiva, quanto nel caso in cui abbia prestato il suo consenso a un aborto illegale. Del resto, se i limiti entro cui è ammesso l'aborto sono delineati accordando prevalenza agli interessi della donna, è in sede di tutela penale derivante dalla trasgressione di quelle previsioni che può (ri)trovare spazio anche l'interesse del concepito.

Si tratta di verificare se la depenalizzazione della condotta della donna prevista dal secondo comma dell'art. 19, avvenuta nel 2016, produca qualche effetto di rilievo. La depenalizzazione in questione si presta a letture costanti: da una parte, la previsione dell'illecito amministrativo sembrerebbe suggerire un minor disvalore della condotta in questione, dall'altra parte, tuttavia, il *quantum* della sanzione passa da poco più di 50 euro (una sanzione simbolica nel suo ammontare) a un minimo di 5.000 euro: ciò potrebbe determinare un effetto deterrente per le donne che, intrapresa un'interruzione di gravidanza "illegale", intendano rivolgersi a una struttura sanitaria per limitarne le eventuali conseguenze negative.

Da un punto di vista più strettamente sistematico, poi, la condotta del nuovo illecito amministrativo dovrebbe essere quella della "donna che cagiona direttamente l'interruzione di gravidanza o che concorre a cagionarla con altri". La circostanza per cui, in relazione al medesimo fatto, la donna risponda di un illecito amministrativo, mentre gli altri soggetti coinvolti rispondano penalmente, parrebbe non presentare particolari criticità. Si pensi però al caso in cui la donna si provochi direttamente l'aborto, ma con il concorso morale di un terzo, che la istighi a tenere quella condotta: dovrebbe ammettersi la curiosa ipotesi di una condotta "atipica", penalmente rilevante, che contribuisce alla realizzazione di un'offesa tipica, la quale però costituisce solo un illecito amministrativo.

Indipendentemente dalla soluzione che si intenda offrire a questo particolare quesito, resta il fatto che sarebbe auspicabile una riforma organica dei delitti in questione, che tenga nella considerazione adeguata tanto i profili di carattere strettamente sanzionatorio quanto le implicazioni sistematiche derivanti dai più recenti interventi legislativi.

3. Diritto penale e procreazione medicalmente assistita: cenni

La l. n. 194 del 1978 necessita di coordinamento con la l. n. 40 del 2004, in materia di *procreazione medicalmente assistita*. La l. n. 40 contiene una serie di illeciti che possono dividersi in tre categorie: gli illeciti di concepimento, con cui si sanzionano, di per sé, alcune ipotesi in cui concepimento è eseguito artificialmente; gli illeciti a tutela del concepito, che sanzionano condotte il cui oggetto è un embrione già formato; gli illeciti di funzione, che sanzionano il mancato rispetto della procedura amministrativa di riferimento³⁴.

La l. n. 40 del 2004 è ispirata a un intransigente rigore repressivo che sembra pro-

³⁴ A. VALLINI, voce *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, 2016, 697-698.

porsi come obiettivo prioritario proprio quello della tutela dell'embrione: la logica complessiva, dunque, si rivela esattamente speculare rispetto a quella sottesa alla l. n. 194 del 1978³⁵.

La rigidità dell'impianto originario della l. n. 40 del 2004 risulta indubbiamente "mitigata" a seguito di numerosi interventi da parte della Corte costituzionale³⁶.

Già la sentenza n. 151 del 2015 ha "recuperato" l'interesse della salute della donna come valore centrale e non negoziabile, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 2, l. n. 40, nella parte in cui prevedeva un divieto di creazione di embrioni c.d. soprannumerari, che non dovevano comunque superare il numero di tre, imponendo poi l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto degli stessi³⁷.

Con la sentenza n. 96 del 2015, poi, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di accedere alle tecniche di fecondazione assistita, con diagnosi preimpianto, alle coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili³⁸: la fecondazione assistita, dunque, è attualmente ammessa anche quando non si tratti di

³⁵ Senza appello la condanna di E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2013, 3. Significative anche le considerazioni di T. PITCH, *L'embrione e il corpo femminile*, in *www.costituzionalismo.it*, 22 maggio 2005. Sul difficile coordinamento tra la l. n. 40 e la l. n. 194, in particolare, A. VALLINI, voce *Procreazione medicalmente assistita*, cit., spec. 703; L. RISCATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2005, 678 ss., la quale evidenzia anche il "pregiudizio ideologico" che starebbe alla base della l. n. 40. Per un più generale inquadramento del "programma punitivo" della l. n. 40 si rinvia a A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, 2012, 173 ss.

³⁶ Ad avviso di O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita*, cit., 916-917, il fallimento della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita sarebbe dipeso non tanto o soltanto dalla sua contrarietà a specifici valori della Costituzione, ma piuttosto dalla sua eccessiva rigidità: a fronte di indicazioni non univoche fornite dalla Carta costituzionale, la Corte avrebbe «espresso una valutazione politica sulle scelte operate dal legislatore del 2004, formulando un giudizio segnato da un grado di discrezionalità valutativa più simile a quella (che sarebbe dovuta restare) di appannaggio legislativo».

³⁷ Corte cost., 31 marzo 2009, n. 151, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2009, 928, con nota di E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, n. 6.1.: «il limite legislativo in esame finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto. Ciò in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

³⁸ Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2015, con nota di F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*.

uno strumento volto a superare problemi di sterilità, ma per produrre embrioni da sottoporre a diagnosi preimpianto, allo scopo di selezionare soltanto gli embrioni sani per il trasferimento in utero.

La liceità della selezione preimpianto dei soli embrioni sani è stata poi ribadita dalla Corte con la sentenza n. 229 del 2015, che dichiarato incostituzionale l'art. 13 commi 3, lett. b) e 4, l. n. 40 (in cui si prevede il divieto di selezione embrionaria a scopo eugenetico), nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche qualora la stessa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche³⁹.

Il paradosso delle coppie fertili che, in caso di malattie ereditarie trasmissibili, non potevano "escludere dalla selezione" l'embrione malato, ma potevano "sopprimere" il feto malato ricorrendo alle procedure di cui alla l. n. 194 del 1978⁴⁰ è almeno in parte superato, anche se i problemi legati alla tutela dell'inizio vita e, in particolare, dell'embrione "in quanto tale" non sono certo del tutto risolti: si pensi, solo per restare alla questione più evidente, all'incertezza che regna in riferimento alla sorte degli embrioni "scartati" dalla selezione, posto che l'embrionicidio⁴¹ non è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo⁴².

La tutela penale della vita "fin dal suo inizio", dunque, continua a porre interrogativi di non agevole soluzione.

4. La tutela della fine della vita: rinvio

Questioni in parte analoghe, se non altro perché comportano pressoché inevitabilmente che la lente del giurista sia condizionata anche da pregiudiziali filosofiche, etiche o religiose, si pongono sull'opposto versante del "fine vita".

L'ordinamento italiano solo di recente si è dotato di un'apposita disciplina, che ha superato la radicale e ormai ingiustificata reticenza del legislatore a pronunciarsi in

³⁹ Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 229, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015, con nota di A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*.

⁴⁰ M. ZANCHETTI, *Interruzione della gravidanza: profili penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 1699; A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2015; P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, 385.

⁴¹ Art. 14: «Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni. 1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194».

⁴² A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto*, cit. *Amplius*, per un'esauriva analisi della l. n. 40 del 2004, ID., voce *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 696 ss.

maniera esplicita sulle questioni troppo sbrigativamente ricondotte entro la problematica cornice della “eutanasia”: si tratta della l. n. 219 del 2017, recante *norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

La legge in questione, tuttavia, non interviene direttamente sul codice penale e, in particolare, lascia inalterata l’originaria formulazione degli articoli 579 (omicidio del consenziente) e 580 (istigazione o aiuto al suicidio) c.p. Si rinvia dunque alla parte del volume dedicata a queste fattispecie per un inquadramento delle questioni alle stesse relative⁴³.

5. La “vita” e la “morte” come elementi normativi?

La posizione del diritto penale di fronte ai temi dell’inizio e della fine della vita umana è accomunata non solo dalle zavorre ideologiche che, almeno in certi casi, sono in grado di “appesantire” l’opera dell’interprete e/o del legislatore, ma anche, su un piano per certi aspetti opposto, dalla necessità di fare i conti con gli incalzanti progressi della scienza e della tecnica.

Rispondere ai quesiti “quando si nasce?” e “quando si muore?” in una prospettiva giuridica è divenuta un’operazione particolarmente complessa, visti, da una parte, gli studi sempre più dettagliati sull’embrione e, dall’altra parte, le tecniche che consentono di prolungare le funzioni vitali di un individuo ben al di là di quanto fosse anche solo immaginabile ai tempi di compilazione del codice penale.

Il concetto di morte, che nel sistema delineato dal codice penale del 1930 rappresentava forse il prototipo degli elementi descrittivi del fatto tipico di omicidio, diviene progressivamente un elemento normativo “in senso stretto”, che, cioè, rinvia ad altra norma per la sua definizione⁴⁴.

Specie a partire dalla fine degli anni ’60 (e soprattutto dopo il primo trapianto di cuore, avvenuto nel 1967) divenne chiaro non solo che le moderne tecniche di rianimazione potevano condurre a una nuova situazione clinica del paziente, consistente nel coma irreversibile, ma anche che era necessario poter disporre di organi umani a fini terapeutici⁴⁵. Si rendeva urgente, quindi, una definizione di “morte” adeguata ai progressi della medicina, che, in particolare, differenziasse la “morte clinica” dalla “morte tradizionale”, individuabile nella cessazione dell’attività cardiocircolatoria e, di conseguenza, di quella respiratoria. Nel 1968 un celebre Rapporto, pubblicato dal Co-

⁴³ *Infra*, A. MASSARO, *L’omicidio del consenziente e l’istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*.

⁴⁴ L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, 2004, 8, alla quale si rinvia anche per le necessarie precisazioni relative alla categoria degli elementi normativi.

⁴⁵ C.A. DEFANTI, *La morte cerebrale. Definizioni tra etica e scienza*, in *Trattato di bioridiritto*, cit., 2037-2038.

mitato della *Harvard Medical School*, propose di considerare morto il paziente che versasse in una condizione di *morte cerebrale*, intesa come la cessazione irreversibile di tutte le funzioni del cervello. Malgrado alcune perplessità suscitate dal Rapporto di Harvard, il criterio della morte cerebrale ottenne un tale successo da essere recepito in molte legislazioni nazionali⁴⁶.

Nell'ordinamento italiano il punto di approdo del cammino volto a definire, con un criterio unitario, il concetto di morte giuridicamente rilevante⁴⁷, è costituito dalla l. n. 578 del 1993, intitolata *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*. La definizione di morte è contenuta nell'art. 1, il quale stabilisce che «la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo»⁴⁸.

Non sempre, ovviamente, l'accertamento giudiziale di questa condizione si rivela agevole. Nel CASO A, per esempio, pur mancando una ufficiale dichiarazione di morte, le condizioni della pretesa vittima erano astrattamente compatibili con uno stato di morte cerebrale: se gli elementi costitutivi del delitto di omicidio non risultano accertati al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.), si impone un esito assoluto⁴⁹.

Le questioni, se possibile, divengono ancor più complesse sull'opposto versante dell'inizio della vita, posto che in questo caso non si è pervenuti (e sarebbe del resto estremamente complesso farlo) a una definizione normativa del concetto in questione.

Il codice penale assume come *discrimen* di tutela della vita il momento della nascita, che segna anche l'applicazione della fattispecie di omicidio comune (art. 575 c.p.) o, in presenza di condizioni di abbandono morale e materiale, di infanticidio (art. 578 c.p.). La "nascita" deve essere intesa come il distacco del feto dall'utero materno, naturale o indotto: prima di questo momento possono trovare applicazione i delitti di aborto, dopo questo momento si apre la via all'applicazione dei delitti di omicidio⁵⁰.

In una vicenda assimilabile a quella descritta dal CASO B la Corte di cassazione ha

⁴⁶ V. ancora C.A. DEFANTI, *La morte cerebrale*, cit., 2039.

⁴⁷ Per una efficace ricostruzione del cammino in questione F.G. PIZZETTI, *La morte e la legge. La disciplina sulla definizione di morte e l'accertamento della morte legale dall'Unità d'Italia a oggi (e a domani)*, in *Storia della definizione di morte*, a cura F.P. De Ceglia, Franco Angeli, 2014, 391 ss.

⁴⁸ L'art. 2, l. n. 578 del 1993 precisa poi che: «1. La morte per arresto cardiaco si intende avvenuta quando la respirazione e la circolazione sono cessate per un intervallo di tempo tale da comportare la perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo e può essere accertata con le modalità definite con decreto emanato dal Ministro della sanità. 2. La morte nei soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie si intende avvenuta quando si verifica la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo ed è accertata con le modalità clinico-strumentali definite con decreto emanato dal Ministro della sanità».

⁴⁹ Ass. Monza, 20 giugno 2000, in *Cass. pen.*, 4/2003, 1343 ss.; Ass. App. Monza, 24 aprile 2002, *ivi*, 1354 ss., con nota di G. CASSANO-F.G. CATULLO, *Eutanasia, giudici e diritto penale* e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 654, con nota di F. CENTONZE, *La Corte d'assise di fronte al ragionevole dubbio*.

⁵⁰ Cfr. Cass., Sez. V pen., 21 ottobre 2008, n. 44155, in *Cass. pen.*, 10/2009, 3838, la quale ribadisce che il criterio distintivo tra la fattispecie di interruzione colposa della gravidanza e quella di omicidio colposo consiste nell'inizio del travaglio e, dunque, nell'autonomia del feto.

ritenuto che l'avvenuto distacco del feto dall'utero materno rendesse inconferente il riferimento all'art. 19, l. n. 194 del 1978, determinando invece l'applicazione dei delitti di omicidio previsti dal codice penale⁵¹. I giudici di legittimità hanno chiarito che, ai fini della sussistenza delle fattispecie di cui agli artt. 575 e 578 c.p., è necessario che il feto sia vivo fino al realizzarsi della condotta che ne cagiona la morte, non richiedendosi che lo stesso sia anche vitale. Il *nato vivo* è il bambino che presenta segni vitali (respiro, battito cardiaco, movimenti)⁵², mentre il *nato vitale* è il bambino che presenta una capacità di vita autonoma al di fuori del grembo materno.

Il delitto di omicidio e, in particolare, il nesso di causalità tra la condotta e la morte, sussiste anche quando la condotta abbia l'effetto di anticipare, sia pur di una frazione minima di tempo, l'evento letale, con la conseguente irrilevanza di anomalie anatomiche e di patologie funzionali potenzialmente idonee a determinare la morte del feto in tempi brevi⁵³.

La tutela apprestata dalla l. n. 194 del 1978 alla vita prenatale, come anticipato, è risultata insufficiente, tanto che il legislatore italiano, con la l. n. 40 del 2004, ha realizzato un passaggio dalla tutela del *feto* a quella dell'*embrione*. Secondo la biologia l'embrione può essere considerato un essere umano, poiché è caratterizzato da un corredo cromosomico tipico della specie *homo sapiens* e differenziato da quello di individui della stessa specie: giungere però, sul piano della tutela giuridica, a un'automatica parificazione tra una "persona in potenza" e una "persona in atto" rappresenta un'operazione non priva di criticità⁵⁴. Lo stesso concetto di embrione, pur comparando in molte delle disposizioni della l. n. 40 del 2004, non si mostra del tutto univoca, contribuendo a complicare un quadro normativo già di difficile lettura.

Una legislazione ragionevole, forse, dovrebbe anzitutto predisporre una tutela il cui grado di incisività corrisponda ai diversi stadi di sviluppo del concepito⁵⁵, in accordo con gli interessi di cui è titolare la madre (*rectius*, la donna), senza contare la necessità di delineare un sistema intimamente coerente di tutela penale della persona *in limine*

⁵¹ Cass., Sez. I pen., 18 ottobre 2004, n. 46945.

⁵² Secondo la definizione fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, il "nato vivo" è il prodotto del concepimento di qualsiasi età gestazionale, completamente espulso o estratto dalla madre che, dopo la separazione da essa, respiri o mostri una qualunque evidenza di vitalità come: pulsazioni cardiache, del cordone ombelicale o qualsiasi movimento della muscolatura volontaria, anche se il cordone ombelicale non sia stato reciso. Alla "possibilità di vita autonoma del feto" fa riferimento, per esempio, l'art. 7, l. n. 194 del 1978, secondo il quale, alla sussistenza di questa condizione l'interruzione volontaria della gravidanza dopo i primi novanta giorni può essere praticata solo in presenza di un grave pericolo per la vita della donna.

⁵³ Cass., Sez. I pen., 18 ottobre 2004, n. 46945, cit.

⁵⁴ A. VALLINI, voce *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 717 ss., anche per tutte le necessarie indicazioni bibliografiche. Ampie considerazioni al riguardo anche in F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, cit., 10 ss. Per il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla salute del concepito, in particolare, L. EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 862.

⁵⁵ Cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione*, cit., 678.

*vitae e in limine mortis*⁵⁶: pur nella consapevolezza che l'“equilibrio perfetto” non è un obiettivo giuridicamente raggiungibile, specie quando a venire in considerazione siano gli interrogativi essenziali relativi alla stessa condizione umana (*Cos'è la vita? Cos'è la morte?*).

6. La “nuova” fisionomia dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale

Il legislatore più recente ha alterato, almeno in parte, la fisionomia del sistema dei delitti di omicidio risultante dal codice penale, intraprendendo un processo di progressiva frammentazione della tutela che potrebbe conoscere approdi ulteriori nell'immediato futuro.

La tendenza più evidente è quella che attiene al tentativo di specificare (e specializzare) lo statuto della colpa penale, attraverso una valorizzazione delle peculiarità proprie delle attività pericolose rispetto alle quali la colpa pone significativi problemi di ricostruzione e, soprattutto, di accertamento. Anzitutto, la l. n. 41 del 2016 ha introdotto nel codice penale all'art. 589-*bis* c.p. il delitto di omicidio stradale: si tratta di una fattispecie (solo) colposa, che ha elevato a reato autonomo quella che in precedenza rappresentava un'ipotesi aggravata dall'art. 589 c.p.⁵⁷. In secondo luogo, la l. n. 24 del 2017 ha introdotto l'art. 590-*sexies* c.p., relativo alla morte o alle lesioni cagionate, ancora una volta per colpa, da parte di un esercente la professione sanitaria nell'ambito della propria attività⁵⁸. Entrambe sono riforme troppo recenti perché si possa valutarne il reale impatto applicativo o, in ogni caso, perché si possa stilare il bilancio relativo a disposizioni che, almeno a prima lettura, evidenziano non pochi difetti di formulazione.

Anche il sistema dei delitti contro l'incolumità personale, pare opportuno precisarlo, è interessato da un processo di frammentazione della tutela analogo a quello ravvisabile sul piano dei delitti di omicidio. Le fattispecie “base” sono costituite dai delitti di percosse (art. 581 c.p.), lesioni dolose (art. 582 c.p., aggravate nelle ipotesi previste dall'art. 583 c.p.) e lesioni colpose (590 c.p.).

Sul versante delle lesioni dolose, il quadro normativo si è arricchito anzitutto con l'introduzione dell'art. 583-*bis*, rubricato «Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, introdotto dalla legge n. 7 del 2006». Sono state molte le critiche rivolte al nuovo delitto di cui all'art. 583-*bis* c.p., che, in sostanza, ha introdotto una fattispecie speciale, punita in maniera particolarmente severa, rispetto alle fattispecie di lesione

⁵⁶ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 29 ss.

⁵⁷ *Infra*, A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime. Reato complesso e attenuante della “concausa”*.

⁵⁸ *Infra*, A. MASSARO, *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. Quale rilevanza per il grado della colpa penale?*

personale grave o gravissima (art. 583 c.p.): si sono evidenziati, tra l'altro, l'eccessiva sproporzione del trattamento sanzionatorio, il mancato coordinamento con le fattispecie di lesioni, la previsione nel secondo comma dell'art. 583-*bis* c.p. del dolo specifico costituito dal fine di menomare le funzioni sessuali (mentre la finalità statisticamente più ricorrente sarebbe proprio quella di tipo culturale, consistente, per esempio, nel desiderio di far accogliere la fanciulla dalla comunità di appartenenza della stessa⁵⁹). Si è persino giunti a mettere dubbio la validità scientifica delle affermazioni secondo cui le pratiche di mutilazione genitale femminile (categoria capace di comprendere interventi assai diversi tra loro) sarebbero sempre nocive per la salute o il piacere sessuale della donna e non si è mancato di rilevare la "disparità di trattamento" che verrebbe a determinarsi rispetto alla circoncisione maschile⁶⁰. La preoccupazione, inoltre, è che l'esplicita criminalizzazione delle pratiche in questione rischi di avere come unico effetto una crescente clandestinità delle stesse, oltretutto in condizioni igienico-sanitarie tali da mettere in pericolo la stessa sopravvivenza della donna⁶¹. Lasciando in sospeso l'interrogativo sull'effettivo rafforzamento di tutela realizzato con la l. n. 7 del 2006 o sul mero valore simbolico del provvedimento in questione, si può solo prendere atto delle applicazioni giurisprudenziali a dir poco sporadiche conosciute fino a questo momento dall'art. 583-*bis* c.p.⁶².

Il d.l. n. 8 del 2007 (convertito con modificazioni dalla l. n. 41 del 2007), poi, ha introdotto nel codice penale l'art. 583-*quater* c.p., che punisce le lesioni gravi o gravissime cagionate a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, il quale condivide con le mutilazioni genitali femminili lo scarso successo sul piano applicativo⁶³.

Sul versante delle lesioni colpose, la già citata l. n. 41 del 2006 ha introdotto anche la fattispecie di lesioni stradali (limitate a quelle gravi o gravissime), così come il nuovo art. 590-*sexies* c.p. si riferisce non solo alla morte ma anche alle lesioni cagionate nello svolgimento di un'attività sanitaria.

Deve infine precisarsi che la morte o le lesioni compaiono, sotto forma di elementi costitutivi o di circostanze aggravanti, in un numero significativo di fattispecie incriminate

⁵⁹ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi*, a cura di A. Bernardi-B. Pastore-A. Pugiotto, Giuffrè, 2008, 186 ss.

⁶⁰ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, 2010, 44 e ss.

⁶¹ C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 43; G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Legalità penale*, cit., 211.

⁶² V. sul punto Trib. Verona, 14 aprile 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2011, 838, con nota di C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*; App. Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485, in *Dir. pen. cont.*, 23 luglio 2013, con nota di F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora) unica applicazione giurisprudenziale dell'art. 583-bis c.p.*

⁶³ V. anche l'art. 6-*quinquies*, l. n. 401 del 1989, che estende le sanzioni previste dall'art. 583-*quater* c.p. alle lesioni gravi o gravissime cagionate, in occasione di manifestazione sportiva, nei confronti degli addetti ai controlli dei luoghi ove si svolgono le manifestazioni stesse.