

# RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA  
**WALTER BIGIAVI** E **ALBERTO TRABUCCHI**  
*(1955-1968)* *(1955-1998)*

COMITATO DI DIREZIONE

**C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI**  
**GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO**  
**NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE**  
**ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO**  
**RODOLFO SACCO - VINCENZO SCALISI**  
**PIERO SCHLESINGER - PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO**

*E*

**GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME**  
**DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO**

**Maggio-Giugno**  
**2018**

[edicolaprofessionale.com/RDC](http://edicolaprofessionale.com/RDC)



Wolters Kluwer

DARIO FARACE

Prof. aggregato nell'Università di Roma «Tor Vergata».

## INTERRUZIONE VOLONTARIA DELLA GRAVIDANZA E SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il quadro normativo. La l. n. 194/1978. Tre fattispecie distinte ed un effetto comune. – 3. L'I.V.G. come diritto soggettivo della gestante? Spunti da Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767. – 4. Segue. Un corollario tratto dalla giurisprudenza: l'I.V.G. come oggetto di presunzione? – 5. L'I.V.G. come facoltà della gestante? – 6. L'I.V.G. come potere della gestante? – 7. L'I.V.G. come libertà della gestante? – 8. La tesi proposta. La richiesta di I.V.G. come elemento di fattispecie. – 9. Segue. Il diritto della gestante all'autodeterminazione.

1. – Queste pagine cercano di offrire un contributo alla soluzione di un problema assai delicato: se nel nostro ordinamento possa dirsi sussistente un diritto soggettivo (o un'altra situazione giuridica favorevole) all'interruzione volontaria della gravidanza (I.V.G.).

L'I.V.G. è disciplinata dalla l. 22 maggio 1978, n. 194 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza*). All'entrata in vigore della l. n. 194/1978 i primi commentatori hanno posto in evidenza come l'aborto non si possa collocare sul medesimo piano della maternità<sup>(1)</sup>, espressamente tutelata dalla Costituzione (art. 31, comma 2)<sup>(2)</sup>. In dottrina soltanto alcune voci discorrevano di un diritto al-

---

<sup>(1)</sup> Cfr. per tutti C.M. BIANCA, Sub *art. 1*, I, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario* alla l. 22 maggio 1978, n. 194, in *Nuove l. civ. Comm.*, 1978, p. 1593: «la legge non è volta a tutelare l'interruzione della gravidanza come esercizio di libertà civile e come espressione di un valore positivo della persona (...). L'aborto non è considerato in termini equivalenti alla maternità».

<sup>(2)</sup> Scrive N. LIPARI, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: problemi e prospettive*, in *Rass. d. civ.*, 1986, p. 571: «il ricorso occasionale all'art. 31 [Cost.] in relazione al solo problema dell'aborto ha messo in sordina quella che ne è la peculiare caratteristica, che consiste nell'assegnare valenza costituzionale al rapporto che si instaura tra due soggetti legati dal vincolo biologico dipendente dal "fatto" del "concepimento" e della "gestazione" (...). Anzi, (...) si potrebbe dire che con la "maternità" si è inteso dare rilevanza costituzionale a quella società "naturale" che si instaura tra la madre e il concepito».

l'I.V.G.<sup>(3)</sup>, mentre la giurisprudenza non riconosceva una tale situazione giuridica soggettiva.

Col passare del tempo, nel linguaggio degli interpreti<sup>(4)</sup> è diventato piuttosto abituale parlare di un diritto soggettivo all'I.V.G., ovvero di una facoltà, di una facoltà condizionata, di un potere, di una libertà. Non mancano casi in cui i termini sono impiegati in modo promiscuo, per cui si discorre dell'aborto contemporaneamente, ad es., in termini di diritto e di facoltà<sup>(5)</sup>. Un differente orientamento nega senz'altro l'esistenza

<sup>(3)</sup> V. C. CASINI-F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194)*, Padova 1978, p. 118-119: «dal sistema organico degli artt. 4 e 5 deriva la necessità di qualificare la facoltà di interrompere la gravidanza come un vero e proprio illimitato diritto di aborto. La sua estensione ad ogni possibile caso è stata già da noi rilevata. Quanto alla sua natura giuridica di diritto non possono esservi dubbi (...). Un diritto ad interrompere la gravidanza esiste anche oltre il 90° giorno come vedremo, ma il carattere più circoscritto dei presupposti sostanziali, il loro contenuto più specificamente sanitario, la loro controllabilità rendono meno chiaro il suo inquadramento. Nei primi mesi, invece, il fatto che sia attribuita rilevanza giuridica solo alla volontà della donna include il diritto di aborto tra i diritti di libertà o se vogliamo nell'ambito del diritto di autogestione del proprio corpo»; G. DELL'OSSO, *I soggetti della vicenda abortiva: la donna, il padre, il medico*, in P. MARTINI-G. DELL'OSSO-T. DE PALMA-C. LORÈ-G.A. NORELLI-I. PIVA, *L'aborto. Aspetti medico-legali della nuova disciplina*, Milano 1979, p. 25: «non pare potersi negare che sia stata attuata una vera e propria, seppur parziale, liberalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza (...). Il legislatore ha così riconosciuto alla donna il diritto ad una maternità cosciente e voluta, da realizzare in piena autonomia e serenità».

<sup>(4)</sup> V. gli Autori e le pronunce citate nei par. 3-7.

<sup>(5)</sup> V. sin d'ora Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754 (pres. Amatucci, rel. Travaglino), in *Corr. giur.*, 2013, p. 45 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *G. it.*, 2013, p. 796 ss., con note di D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il "danno da procreazione" si «propaga» al procreato?*, di G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere* e di L. COPPO, *Doveri informativi e natura dell'obbligo di diagnosi prenatale* (p. 1052 ss.); in *Contratti*, 2013, p. 563 ss., con nota di N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, I, p. 175 ss. (da cui le successive citazioni), con nota di E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Danno e resp.*, 2013, p. 139 ss., con nota di S. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*; Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488 (pres. Vittoria, est. Segreto), in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 121 ss. (da cui le successive citazioni), con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*; in *Corr. giur.*, 2004, p. 1431 ss., con nota di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2005, I, p. 418 ss., con nota di E. PALMERINI, *La vita come danno? No ..., sì ..., dipende*; in *Danno e resp.*, 2005, p. 379 ss., con nota di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*, in *Contratti*, 2010, che parla di «facoltà di interrompere la gravidanza» (p. 663) e di «diritto all'interruzione di gravidanza» (p. 669).

di un diritto all'aborto nel nostro ordinamento<sup>(6)</sup>.

Donde la necessità di chiarire se l'I.V.G. sia un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico come diritto soggettivo, o come altra situazione diversamente protetta<sup>(7)</sup>.

2. – Per risolvere il problema posto conviene muovere dalla l. n. 194/1978, che configura l'I.V.G., da chiunque compiuta (inclusa la gestante), come reato<sup>(8)</sup>. L'art. 19 (commi 1 e 2) della l. n. 194/1978 dispone che «*Chiunque cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osser-*

---

(6) Cfr., con varietà di posizioni, F.D. BUSNELLI, *Riflessioni in margine a una tempestiva "provocazione"*, in D. CARUSI (a cura di), *Chiamati al mondo. Vite nascenti ed autodeterminazione procreativa. Atti del Convegno di Genova (24 maggio 2013)*, Torino 2015, p. 126: «Senza dubbio illegittimo sarebbe qualificare come "diritto all'aborto" la richiesta della gestante ai sensi (e nei limiti) della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza»; C. DEL BÒ, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, in F. POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Roma 2013, p. 117-118: «in senso stretto, quindi, il testo di legge non attribuisce un diritto all'aborto né riconosce una completa autodeterminazione alla donna»; M. GORGONI, *Il danno da procreazione: profili civilistici*, in D. CARUSI (a cura di), *Chiamati al mondo. Vite nascenti ed autodeterminazione procreativa. Atti del Convegno di Genova (24 maggio 2013)*, cit., p. 42; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Diritto civile Lipari-Rescigno*, vol. IV, Milano 2009, p. 176: «non esiste un diritto all'interruzione della gravidanza, ma una disciplina legale del bilanciamento di interessi fra la vita dell'embrione e la vita o la salute della madre (...). Se non esiste un diritto all'interruzione della gravidanza a fortiori non può teorizzarsi un diritto di autodeterminazione procreativa, la cui latitudine – emblematicamente rappresentata dal richiamo all'art. 13 Cost. – finisce per abbracciare l'istanza di realizzare un controllo sulle nascite che, come emerge da alcune vicende giurisprudenziali, trascende ampiamente i limiti della stessa l. 194/1978».

(7) Cfr. per tutti P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 64: «rimane indissolubile il problema della costruzione dell'aborto, poiché solo la costruzione dell'aborto come diritto o come facoltà, evidentemente, permette il ragionamento sul nesso causale qui condotto, che è in realtà un ragionamento di collegamento negoziale, e quindi, *sorregge alla fine l'intera costruzione della soluzione* operata dal Supremo Collegio. Il giudice di legittimità dovrebbe, a mio modesto avviso, ormai operare una scelta univoca in tema di qualificazione giuridica dell'atto di richiesta di abortire, così come disciplinato dalla l. n. 194 del 1978. Viceversa si continua ad oscillare fra l'atto necessitato legislativamente consentito, e l'esercizio del diritto soggettivo; si passa dall'atto illecito necessitato fino al negozio giuridico potestativo. Una tale incertezza non è ovviamente solo dogmatica, ma operativa e valoriale: infatti all'inizio della decisione si nega la possibilità in Italia dell'aborto eugenetico come ripugnante all'ordinamento; possibilità che invece ritorna evidentemente *de plano* una volta che si costruisca l'atto d'aborto come diritto soggettivo / facoltà della madre in presenza di informazioni sicure sulle malformazioni genetiche del figlio. E questo è un nodo che nessuna "narrativa" intermedia può sciogliere, per quanti "passaggi logici intermedi" essa ponga» (c.vi dell'A.).

(8) I successivi commi 3 e 4 dell'art. 19 dispongono che «*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*».

vanza 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 [euro 51]». Ma se l'I.V.G. avviene senza l'accertamento medico previsto dall'art. 6, l. n. 194/1978, lett. a) e b), o comunque senza osservare le modalità previste dall'art. 7, le pene sono più aspre: reclusione da uno a quattro anni per chi provoca l'aborto e reclusione fino a sei mesi per la donna.

La stessa legge però descrive tre fattispecie che rendono applicabile un comune effetto: la non punibilità dell'aborto.

La prima è contemplata dagli artt. 4 e 5 e disciplina l'I.V.G. praticata entro novanta giorni dal concepimento. In base all'art. 4, *«la donna che 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 o 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, si rivolge»* ad un consultorio pubblico istituito ex art. 2, lett. a), l. 29 luglio 1975, n. 405 (*Istituzione dei consultori familiari*), a una struttura sociosanitaria abilitata dalla Regione, o a un medico di sua fiducia. L'art. 5 l. n. 194/1978 dispone che *«Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso (...) di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta (...), le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto»*. Quando il medico del consultorio o della struttura, ovvero il medico di fiducia, *«riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza»* con cui la gestante può presentarsi presso una delle sedi autorizzate a praticare l'I.V.G. Se non vi è urgenza, *«al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatole ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate»*.

La seconda fattispecie disciplina l'I.V.G. dopo il novantesimo giorno successivo al concepimento. Essa è prevista dall'art. 6, che detta criteri più

stringenti rispetto all'ipotesi precedente: «*L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, 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».* Il successivo art. 7 dispone tuttavia al comma 3 che «*quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 [ossia, se è accertato un grave pericolo per la vita della gestante] e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto».*

La terza fattispecie disciplina l'I.V.G. che «*si renda necessaria per imminente pericolo per la vita della donna».* Il caso è regolato dall'art. 7, comma 2, secondo cui «*l'intervento può essere praticato anche senza lo svolgimento delle procedure previste dal comma precedente e al di fuori delle sedi di cui all'articolo 8. In questi casi, il medico è tenuto a darne comunicazione al medico provinciale».*

L'interprete del diritto è (era) educato ad applicare le norme mediante la sussunzione di un dato fatto storico in una determinata fattispecie. La norma  $x$  dispone, all'accadere del fatto  $y$ , l'effetto  $z$ . Chiamiamo rilevanza interna<sup>(9)</sup> il nesso che collega la fattispecie descritta dalla norma  $x$  all'effetto  $y$ . Chiamiamo rilevanza esterna<sup>(10)</sup>, il nesso che collega il fatto storico concretamente accaduto ad una determinata fattispecie.

<sup>(9)</sup> Cfr. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 55 ss. ora in N. IRTI, *Saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1984, p. 26: «Chiamiamo "rilevanza interna" la posizione che il concetto riceve nel congegno normativo. L'interprete trova dinanzi a sé due gruppi di parole, che non descrivono accaduti storici o eventi di natura, ma enunciano una *correlazione tra possibili*: cioè, servono a costruire il concetto del condizionante e il concetto del condizionato. La norma non descrive il passato, ma enuncia fenomeni, che appartengono al futuro» (c.vi dell'A.). E dopo (p. 42): «La rilevanza interna si risolve nella ricostruzione dei concetti normativi. L'interprete, che guadagna il significato di una norma, trova dinanzi a sé due concetti: il concetto della fattispecie (A) e il concetto della conseguenza (B). La norma, in tanto definisce l'*antecedens*, in quanto dispone il *consequens*: la fattispecie è sempre fattispecie di un effetto; A non è concepibile fuori dal legame con B. Si precisa così il *carattere funzionale della fattispecie*, e l'esigenza metodologica di non separare ciò che la norma congiunge. La rilevanza interna obbedisce al *motivo della sintesi*, poiché l'interprete ricostruisce la fattispecie in vista degli effetti. Il giudizio ipotetico non può essere separato dal giudizio assertorio: A è descritto come antecedente di B» (c.vi dell'A.).

<sup>(10)</sup> Cfr. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 42: «Il secondo profilo della rilevanza implica il riferimento a un dato esterno, che è sussunto sotto uno schema normativo. Il dato esterno può appartenere: a) alla realtà giuridica; b) alla realtà extragiuridica (cioè, alla natura ed alla storia)».

È compito del giurista sussumere un determinato fatto storico entro una certa fattispecie normativa<sup>(11)</sup>. Il fatto storico presenta certi elementi riconducibili ad una determinata fattispecie: il giudizio di sussunzione comporta come conseguenza l'applicazione dell'effetto predicato dalla norma e dunque la costituzione, modificazione o estinzione di corrispondenti situazioni giuridiche soggettive.

La prima fattispecie appare composta dai seguenti elementi: (a) una gestante, che (b) entro i primi novanta giorni dal concepimento, (c) si trovi in una delle circostanze elencate all'art. 4, per le quali la prosecuzione della gravidanza comporterebbe un serio pericolo per la salute fisica o psichica, non è obbligata a correre tale rischio. Ella può chiedere che sia tutelata la propria salute psico-fisica attraverso un intervento abortivo. A tal fine (d) si rivolge ad un medico sottoponendosi agli accertamenti sanitari necessari, (e) acquisisce dal medico tutte le informazioni necessarie sulle forme di ausilio che possano farle evitare l'I.V.G. e riceve l'invito a soprassedere all'aborto per sette giorni. Spirato tale termine (f) – qualora non ricorra un caso di urgenza di cui all'art. 5, comma 2, l. n. 194/1978 (f1) –, la gestante si presenta presso una delle strutture sanitarie autorizzate munita del certificato (g) rilasciato dal medico, col quale potrà sottoporsi all'I.V.G. senza che la sua condotta possa essere reputata punibile.

La seconda fattispecie presenta, rispetto alla prima, le seguenti variazioni ai punti b) e c): il concepimento è avvenuto da più di novanta giorni e la gestante si trova in una delle circostanze elencate all'art. 6, per le quali la prosecuzione della gravidanza comporterebbe:

- un grave pericolo per la sua vita, oppure
- un grave pericolo per la sua salute fisica o psichica, determinato da accertati processi patologici (tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro), purché non sussista la possibilità di vita autonoma del feto.

La terza fattispecie riguarda (a) una gestante che (b) si trovi in imminente pericolo di vita. In questo caso l'I.V.G. potrà essere praticata anche senza ricorrere alle procedure di cui all'art. 7, comma 1.

---

(11) Anche se oggi tale impostazione non è da tutti condivisa, rimane ad avviso di chi scrive preferibile. «Quando l'operatore giuridico (giudice, avvocato, ecc.) si trova di fronte a un caso concreto di cui vuole individuare la disciplina, egli procede a ricercare la norma che prevede, in astratto, un caso con caratteristiche eguali a quelle del caso concreto e, una volta trovata, applica i relativi effetti giuridici»: così, col consueto nitore, U. CARNEVALI, *Appunti di diritto privato*, XI ed., Milano 2016, p. 19.

Si devono altresì ricordare l'art. 5 c.c.<sup>(12)</sup>, che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume; e l'art. 1, comma 1, lett. c), l. n. 405/1975, in base al quale «*Il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità ha come scopi (...) la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento*»<sup>(13)</sup>.

3. – Così delineato il quadro normativo, occorre esaminare le risposte che gli interpreti hanno dato al quesito sulla sussistenza di una situazione giuridica soggettiva riferibile all'I.V.G. Conviene iniziare dalle opinioni secondo cui la gestante sarebbe titolare di un vero e proprio diritto soggettivo all'I.V.G., anche perché recentemente riaffermate dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione.

---

<sup>(12)</sup> Sugli atti di disposizione del corpo, cfr. per tutti A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, II ed., in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano 1982, spec. p. 110 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli 1983; R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa 2007; G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto Rodotà-Zatti*, t. II, Milano 2011, p. 805 ss.; F. PARENTE, *La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo*, in G. LISELLA-F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. CNN*, Napoli 2012, spec. p. 381 ss.; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, in *Tratt. Bessone*, Torino 2014, spec. p. 364 ss.; C.M. MAZZONI, *Integrità del corpo e atti di disposizione*, in C.M. MAZZONI-M. PICCINNI, *La persona fisica*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2016, spec. p. 13 ss.; M. TAMPONI, *Campioni biologici e atti di disposizione del corpo*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, numero speciale di *Diritto Mercato Tecnologia*, Roma 2016, p. 207 ss.

<sup>(13)</sup> In dottrina, sulla tutela costituzionale del diritto (non solo alla vita, ma anche) alla salute spettante al concepito, v. per tutti F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 533 ss.; N. COVIELLO JR., *La tutela della salute dell'individuo concepito (Note introduttive alla riflessione giuridica sull'aborto)*, in *D. fam.*, 1978, p. 252: «L'ordinamento riconosce all'individuo il bene della salute e stabilisce che la relativa tutela è diritto fondamentale di lui e interesse della collettività (art. 32, comma 1, Cost.). Dal dato costituzionale emerge che la salute è attributo specifico di ogni individuo. (...). Si può ancora precisare che il concepito è individuo fin dall'inizio del concepimento. La disposizione non pone limitazioni; sicché appare ragionevole ritenere che la salute è bene riconosciuto al concepito fin dall'inizio e la correlativa tutela è conseguentemente garantita a far data dal concepimento»; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova 2003, p. 26; L. ROSSI CARLEO, *Sub art. 4*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1618; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in questa *Rivista*, 2016, p. 1554 ss.; C.E. TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milano 1977; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2001, II, p. 149 ss. Nella manualistica, cfr. per tutti F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, VI ed., Torino 2016, p. 244-245.

Con la sentenza 22 dicembre 2015, n. 25767<sup>(14)</sup>, le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto giurisprudenziale relativo al c.d. danno da nascita indesiderata. Molte delle soluzioni adottate da questa pronuncia sembrano pienamente persuasive ed hanno segnato un punto di rottura con una precedente (e meno condivisibile) giurisprudenza della S.C.; ad es. per quanto riguarda il diritto a non nascere se non sano o i profili legati alla ripartizione dell'onere probatorio.

In questa sede parrebbe tuttavia preferibile soffermarsi su uno dei – pochi, come già specificato – punti meno convincenti della motivazione, già riproposto in una successiva pronuncia di legittimità<sup>(15)</sup>. L'*incipit* della motivazione appare pienamente condivisibile:

«Punto di partenza della relativa disamina è l'interpretazione della L. 22 maggio 1978, n. 194 (...), che ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità legale di ricorrere all'aborto, legittimando l'autodeterminazione della donna a tutela della sua salute, e non solo della sua vita, pur nel rispetto di condizioni rigorose, espressione di un bilanciamento di esigenze di primaria rilevanza. Il diniego, in linea di principio, dell'interruzione di gravidanza come strumento di programmazione familiare, o mezzo di controllo delle nascite, e "a fortiori" in funzione eugenica, emerge, infatti, inequivoco già dall'art. 1, contenente l'enunciazione solenne della gerarchia dei valori presupposta dal legislatore, rivelatrice della natura eccezionale delle ipotesi permissive; fuori delle quali l'aborto resta un delitto (...)»<sup>(16)</sup>.

Correttamente la Corte ribadisce il diniego, in linea di principio,

---

<sup>(14)</sup> Questa sentenza (pres. Rovelli, est. Bernabai, rel. Spirito) è stata pubblicata in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, I, p. 443 ss. (da cui le citazioni), con nota di F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 41 ss., con nota di G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*; in *F. it.*, 2016, I, c. 494 ss., con nota di C. BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*; in *Danno e resp.*, 2016, p. 349 ss., con nota di S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*; in *G. it.*, 2016, p. 543 ss., con note di D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni unite* (p. 549 ss.) e di M. RUSSO, *Omessa informativa sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza: spunti in materia di legittimazione e prova*, p. 1393 ss. V. anche le riflessioni di M. FRANZONI, *Riflessioni a margine della sentenza sul "diritto a nascere sani"*, in *Jus Civile*, 2016, p. 436 ss., e di C.M. MAZZONI, *Vita e non vita in Cassazione. A proposito di Cass. n. 25767/2015*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, II, p. 461-462.

<sup>(15)</sup> Cass., sez. III, 7 aprile 2016, n. 6793 (pres. Travaglini, rel. Tatangelo), in *Pluris*.

<sup>(16)</sup> Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 445.

dell'I.V.G. come strumento di programmazione familiare, o mezzo di controllo delle nascite, e *a fortiori* in funzione eugenica. Altrettanto esattamente le Sezioni Unite riconoscono la natura eccezionale delle ipotesi entro le quali l'I.V.G. è permessa e al di fuori delle quali «*l'aborto resta un delitto*».

Subito dopo, segue un brano che suscita perplessità.

«*In particolare, dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la presenza delle condizioni ivi rigorosamente tipizzate ha non solo efficacia esimente da responsabilità penale, ma genera un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza (art. 6: [...]). Il dettato normativo trova rispondenza assiologica nel principio costituzionale di non equivalenza tra la salvezza della madre, già persona, e quella dell'embrione, che persona deve ancora diventare (Corte Cost. 18 febbraio 1975 n. 20)*»<sup>(17)</sup>.

L'affermazione delle Sezioni Unite è netta e precisa: i presupposti indicati dalla l. n. 194/1978 farebbero sorgere «*un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza*». Ma il punto, così delicato, non è argomentato: la motivazione subito dopo affronta la questione relativa alla ripartizione dell'onere probatorio, tema connesso ma distinto.

Sovente la giurisprudenza, tanto di legittimità<sup>(18)</sup> quanto di me-

<sup>(17)</sup> Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 445.

<sup>(18)</sup> La prima pronuncia di legittimità che parla espressamente di un diritto ad abortire, a quanto risulta, parrebbe essere (seppur con qualche timidezza), Cass., sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464 (pres. Longo, est. Lo Piano), in *Nuova g. civ. comm.*, 1995, I, p. 1107 ss., con nota di S. ORRÙ, *Sulla responsabilità medica per mancata interruzione della gravidanza* (si legge a p. 1111: «L'interesse protetto dalla norma è quindi la salute della donna; il diritto all'interruzione della gravidanza è riconosciuto solo in ragione della tutela del detto interesse»).

Parte della giurisprudenza successiva si è mossa nella stessa direzione: cfr. per tutte Cass., sez. III, 1 dicembre 1998, n. 12195 (pres. Vittoria, rel. Segreto), in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 672 ss., con nota di G. GIACALONE, *Sull'obbligo di informazione del medico circa le malformazioni del feto e sulla domanda risarcitoria proposta dal padre*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 522 ss., con nota di E. FILOGRANA, «*Se avessi potuto scegliere ...*: la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione»; in *F. it.*, 1999, I, c. 77 ss.; Cass., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123 (pres. Fiduccia, rel. Massera), in *Corr. giur.*, 2006, p. 1691-1692, con nota di A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Resp. civ.*, 2007, p. 56 ss., con nota di M. GORGONI, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*; Cass., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13 (pres. Morelli, rel. Filadoro), in *Contratti*, 2010, p. 662, con la citata nota di V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*; Cass., sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354 (pres. Petti, est. Chiarini), in *Danno e resp.*, 2011, p. 384 ss., con nota di R. SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*; Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., nella cui motivazione si legge (p.

rito<sup>(19)</sup>, considera l'I.V.G. un diritto soggettivo della gestante, e tale impostazione è seguita anche da parte della dottrina<sup>(20)</sup>. L'impressione è quella di un dibattito in cui, lentamente ma inesorabilmente, si voglia affermare un'idea, molto precisa: l'ordinamento giuridico riconoscerebbe la sussistenza di un diritto ad abortire.

Una prima analisi del quadro normativo esaminato restituisce però il seguente esito: in nessun punto si parla di un "diritto ad abortire", o comunque di una analoga situazione giuridica soggettiva. La legge invece considera illecito l'aborto volontario, non solo in sede civile ma anche in

185): «al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pur nei limiti e nei casi previsti dalla legge, si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del "diritto" del feto a venire alla luce, in funzione della tutela non soltanto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile (art. 1, l. n. 194 del 1978), ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre»; la sentenza tuttavia poco dopo parla di facoltà: «Appare di indiscutibile efficacia la scelta lessicale di un legislatore che descrive la situazione giuridica soggettiva attribuita alla gestante in termini di diritto alla procreazione cosciente e responsabile, a lei rimesso in termini di assoluta quanto inevitabile esclusività (...). Altra e diversa questione è quella se la facoltà riconosciuta *ex lege* alla madre di interrompere volontariamente la gravidanza – consentendole di porre fine, con la propria manifestazione di volontà, allo sviluppo del feto – possa ritenersi rappresentativa di un esclusivo interesse della donna, e non piuttosto anche del nascituro» (p. 185-186); Cass., sez. III, 27 novembre 2015, n. 24220 (pres. Salmè, rel. Barreca), in *Pluris* (e v. la nota di L. MATTINA, *Il consenso informato e l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 64 ss.): «Va infatti tenuto presente che il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute e che vanno trattate diversamente le fattispecie in cui il danneggiato lamenti la lesione del primo e/o la lesione del secondo (...); ed, a maggior ragione, le fattispecie, come quella in esame, in cui lamenti che dalla lesione del diritto all'autodeterminazione in tema di scelte diagnostiche, sia conseguita la lesione di altro diritto, quale quello di interrompere volontariamente la gravidanza, o di autodeterminarsi in merito alla scelta di procedere o meno a siffatta interruzione».

<sup>(19)</sup> Nella giurisprudenza di merito, un segnale abbastanza chiaro parrebbe cogliersi in Trib. Padova, 9 agosto 1985 (pres. Palmeri, est. Campanato), in *F. it.*, 1986, I, c. 1995 ss., con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza*; in *Nuova g. civ. comm.*, 1986, I, p. 115 ss., con Nota di P. ZATTI. Successivamente sono state adottate formulazioni più esplicite: v. per tutte Trib. Roma, sez. II civ., 14 marzo 2012, in *Pluris*; Trib. Brindisi – sez. Francavilla Fontana, 26 giugno 2012, in *Pluris*: «per quanto possa dirsi acclarato che l'attrice si sarebbe orientata ad interrompere la gravidanza, deve verificarsi se la stessa, in considerazione dello stadio della gravidanza, potesse considerarsi titolare, *illo tempore*, del diritto di abortire quale conformato dal legislatore»; Trib. Ragusa, 20 febbraio 2015, in *Pluris*; Trib. Roma, sez. XIII civ., 11 novembre 2015, in *Pluris*.

<sup>(20)</sup> V. per tutti, oltre ai contributi citati in nt. 3, G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, cit., p. 813 ss.; M. DI MASI, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia*, in *www.questionegiustizia.it*, 2014; L. FIANDACA, *Il danno non patrimoniale. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2009, p. 343, 351; R. PUCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 821 ss.

sede penale. Commetterlo espone i soggetti responsabili (il medico, la donna, ecc.) a una serie di sanzioni giuridiche, anche di natura penale, come riconoscono le stesse Sezioni Unite<sup>(21)</sup> e come afferma del resto la dottrina penalistica<sup>(22)</sup>. Senza tralasciare le conseguenze civilistiche della condotta<sup>(23)</sup>.

La legge sull'I.V.G. conferisce ad alcuni atti, nelle ipotesi tassativamente previste, efficacia scriminante in grado di rimuovere l'antigiuridicità della condotta. Il soggetto responsabile, nei casi previsti, non sarà penalmente sanzionato né potrà essere condannato a risarcire danni cui difetterebbe il predicato dell'ingiustizia.

Ci si deve ora chiedere se attribuire efficacia scriminante a un certo atto, compiuto da un determinato soggetto alle condizioni indicate dalla legge, possa equivalere a costituire un diritto soggettivo in capo al soggetto medesimo. La risposta non può che essere negativa: altro è escludere la punibilità, altro è attribuire un diritto soggettivo suscettibile di una giuridica pretesa<sup>(24)</sup>. Si pensi, ad es., allo stato di necessità, che presenta

<sup>(21)</sup> V. *supra*, testo e nt. 14.

<sup>(22)</sup> V. per tutti in dottrina E.R. BELFIORE, Sub *art. 19*, in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia. Leggi collegate*, Torino 2010, 495: «Alla stregua dell'art. 19 costituisce reato cagionare l'interruzione della gravidanza fuori dai casi e senza l'osservanza delle modalità prescritte dalle disposizioni richiamate»; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto Rodotà-Zatti*, Milano, 2011, p. 179: «il fatto che la l. n. 194/1978 autorizza a certe condizioni (quale ne sia l'inquadramento giuridico) l'interruzione volontaria della gravidanza lascia sussistere la regola generale per cui al di fuori di tali condizioni, e anche in rapporto alla donna consenziente, l'aborto costituisce reato, ex art. 19 della medesima legge»; M. ZANCHETTI, *Interruzione della gravidanza: profili penalistici*, in S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, p. 1695: «Ai sensi dell'art. 19, l. n. 194/1978, l'interruzione volontaria della gravidanza, a determinate condizioni, è lecita. Al di fuori dei casi e senza l'osservanza delle modalità imposte da questa legge, la condotta costituisce reato. Sotto questo profilo, è evidente che l'aborto non può essere considerato un diritto, ma un mezzo per consentire la garanzia di un diritto di rango costituzionale della gestante: la salute o la vita» (c.vi dell'A.).

<sup>(23)</sup> Come scrive G. CIAN, *Osservazioni a commento della l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove l. civ. comm.*, 1978, p. 913: «Ognuno ben vede tuttavia il mutamento rivoluzionario nella concezione del rapporto coniugale che così si postulerebbe operato dalla legge in commento. È vero che essa ha depenalizzato e reso comportamento lecito, a determinate condizioni, l'aborto, ma da questo solo elemento è sicuramente eccessivo dedurre la non valutabilità dell'interruzione volontaria della gravidanza, sotto il profilo della illiceità, nei rapporti personali fra i coniugi».

<sup>(24)</sup> L'argomento non è nuovo: cfr. E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 175: «Affermare che, nei limiti in cui la vita e la salute della madre giustificano il sacrificio della vita dell'embrione, la madre acquisisca un diritto all'interruzione della gravidanza, sarebbe come sostenere che, nei limiti della legittima difesa, l'agredito abbia diritto ad uccidere l'aggressore e che tale diritto abbia rilevanza giuridica e sia meritevole di tutela risarcitoria».

notevoli punti di contatto con la disciplina dell'aborto<sup>(25)</sup>. Secondo l'art. 54, comma 1, c.p., non è punibile chi ha commesso un fatto penalmente rilevante per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. Vi è una situazione che rende inesigibile una condotta (pur possibile, ma) differente da quella tenuta dal soggetto che agisce in stato di necessità<sup>(26)</sup>. Ma a chi è "costretto dalla necessità" non pare attribuibile la titolarità di un corrispondente diritto soggettivo, suscettibile di una giuridica pretesa.

La l. n. 194/1978, di fronte al rischio di compromettere la vita o la salute della gestante, compie un bilanciamento e non obbliga la donna a correre questo pericolo, che l'art. 4 definisce "serio" e l'art. 6 qualifica "grave"<sup>(27)</sup>. La richiesta deve inoltre essere formulata personalmente dalla

Evidentemente il paradosso non è accettabile per la banale ragione che non è dato inferire dal bilanciamento di due interessi un terzo autonomo diritto a sacrificare l'interesse soccombente»; M. GORGONI, *Il danno da procreazione: profili civilistici*, cit., p. 42; M. ZANCHETTI, *Interruzione della gravidanza: profili penalistici*, cit., p. 1695.

In precedenza, cfr. il pensiero di F.D. BUSNELLI, *Sub art. 1, II*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1595 ss., spec. p. 1598-1599, e di N. LIPARI, *op. cit.*, spec. p. 578.

<sup>(25)</sup> V. per tutte C. cost., 18 febbraio 1975, n. 27 (pres. Bonifacio, rel. Rossi), in *G. cost.*, 1975, p. 117 ss., sul «peculiare stato di necessità della donna incinta in pericolo di grave compromissione della salute» (p. 120), e ancor più esplicitamente Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., p. 129: «l'aborto è consentito nell'ambito di uno stato di necessità (sia pure attenuato e *sui generis*) per la salute o la vita della donna».

<sup>(26)</sup> Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 317: «L'idea dell'*inesigibilità psicologica* di una condotta diversa può indubbiamente giustificare la non punibilità di chi agisce per mettere in salvo sé medesimo, o un congiunto, ovvero ancora una persona affettivamente vicina (...). La ragione giustificatrice dello scriminante viene cioè fatta risiedere nella *manca di interesse* dello Stato a salvaguardare l'uno o l'altro dei beni in conflitto, posto che nella situazione data un bene è in ogni caso destinato a soccombere». A tale riguardo, precisa C.F. GROSSO, voce *Necessità (stato di): e) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1977, p. 883: «La menzione esplicita dell'inevitabilità nel testo dell'art. 54 c.p. sta dunque a significare che la condotta necessitata deve essere in assoluto la meno dannosa, si tratti del documento che si infligge ad un terzo innocente, si tratti di quello che rischia invece di subire la persona originariamente minacciata».

<sup>(27)</sup> Scrive A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 46: «Questa soluzione normativa del conflitto tra il bene della vita del feto e quello della salute della madre può essere spiegata sul riflesso del principio secondo cui il corpo della donna madre non può essere visto come mero strumento per la procreazione; onde la considerazione della madre come persona implica l'inesigibilità – dal punto di vista strettamente giuridico – della prosecuzione della gravidanza quando essa comporti un grave sacrificio della sua salute».

In precedenza, v. G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in questa *Rivista*, 1982, I, p. 513-514: «anche sul piano della tutela della madre vi è posto solo per la difesa di esigenze essenziali della persona o, come si dice, di "diritti inviolabili"».

gestante (art. 12, comma 1, l. n. 194/1978), anche nel caso di minore età<sup>(28)</sup>.

Se non si verificano i presupposti previsti dalla legge, la gestante stessa è punibile *ex art.* 19, l. n. 194/1978<sup>(29)</sup>: non ha alcun senso discorrere di diritto soggettivo, in presenza di una condotta non permessa né imposta, ma espressamente vietata dall'ordinamento giuridico.

Da tutto quanto precede non pare che possa derivare una qualificazione in termini di diritto soggettivo. Ciò perché la nozione di "diritto soggettivo" – tuttora controversa in dottrina –, secondo l'orientamento prevalente, consiste nel potere riconosciuto dall'ordinamento ad un soggetto per il soddisfacimento di un interesse giuridicamente rilevante<sup>(30)</sup>.

(28) Gli artt. 12 e 13, con riferimento alla gestante incapace di agire, dispongono, rispettivamente, che «*Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l'interruzione della gravidanza è richiesto l'assenso di chi esercita sulla donna stessa la responsabilità genitoriale o la tutela. Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la responsabilità genitoriale o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all'articolo 5 e rimette entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera. Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza. Qualora il medico accerti l'urgenza dell'intervento a causa di un grave pericolo per la salute della minore di diciotto anni, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela e senza adire il giudice tutelare, certifica l'esistenza delle condizioni che giustificano l'interruzione della gravidanza. Tale certificazione costituisce titolo per ottenere in via d'urgenza l'intervento e, se necessario, il ricovero. Ai fini dell'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, si applicano anche alla minore di diciotto anni le procedure di cui all'articolo 7, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela*»; e che (art. 13) «*Se la donna è interdetta per infermità di mente, la richiesta di cui agli articoli 4 e 6 può essere presentata oltre che da lei personalmente, anche dal tutore o da marito non tutore, che non sia legalmente separato. Nel caso di richiesta presentata dall'interdetta o dal marito, deve essere sentito il parere del tutore. La richiesta presentata dal tutore o dal marito deve essere confermata dalla donna (...)*».

Sull'art. 12, v. per tutti G. FOTI, Sub art. 12, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 464 ss.; F. GIARDINA, Sub art. 12, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1662 ss.; F. REALMONTE, Sub art. 12, in G. GALLI-V. ITALIA-F. REALMONTE-M. SPINA-C.E. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 258 ss.

Sull'art. 13, v. per tutti G. FOTI, Sub art. 13, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 471 ss.; F. GIARDINA, Sub art. 13, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1670 ss.

(29) Sul punto, cfr. per tutti E.R. BELFIORE, Sub art. 19, cit., 495; A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 145 e nt. 105; L. EUSEBI, *op. cit.*, p. 179; T. PADOVANI, Sub art. 19, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1707-1708; Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., p. 128: «Anche a seguito della l. n. 194 del 1978 l'interruzione della gravidanza, al di fuori delle ipotesi di cui agli art. 4 e 6 l. n. 194 del 1978, accertate nei termini di cui agli art. 5 e 8, costituisce reato e ciò anche per la stessa gestante (art. 19 l. n. 194 del 1978)».

(30) Imprescindibile un richiamo a A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Prima*

L'I.V.G. non è configurata dalla legge come interesse giuridicamente rilevante in sé, e meritevole di autonoma tutela: la gestante può chiedere di sottoporsi a trattamenti abortivi solo se vi è un "serio" o "grave" pericolo per la sua salute, se non per la sua stessa vita. Vita e salute sono senz'altro da intendersi come diritti soggettivi della gestante, di cui l'ordinamento non impone il sacrificio qualora vi sia un pericolo scongiurabile attraverso l'I.V.G. Il che appare ribadito dall'art. 1, comma 2, l. n. 194/1978, secondo cui «*L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite*». E tutta la disciplina della l. n. 194/1978 mostra come, se vi è una possibilità di salvare la vita del concepito, questa deve essere perseguita. In base all'art. 7, l. n. 194/1978, «*quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 [ossia, se sussiste un grave pericolo per la vita della gestante] e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto*»<sup>(31)</sup>.

Un'autorevole opinione ricostruisce il diritto soggettivo come destinatarietà di altrui obblighi giuridici<sup>(32)</sup>. Secondo questa prospettiva, l'obbli-

*traduzione con uno studio introduttivo ed annotazioni*, Padova, 1939, p. 133: «Diventa diritto privato la tutela accordata dalle norme agl'interessi d'un singolo contro singoli, per ciò che al (soggetto) tutelato, nel caso di trasgressione della norma, vien dato dall'ordinamento giuridico un mezzo per la rimozione della illiceità e (tale mezzo viene) rimesso al suo uso discrezionale. La pretesa privata è il contrassegno del diritto privato».

Nella nostra dottrina cfr. per tutti, con varietà di accenti, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., 1951, rist., Camerino 1998, p. 156; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., 1966, rist. Napoli 2002, p. 70; C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 6. *La proprietà*, II ed., Milano 2017, p. 9: «Il diritto soggettivo è la *posizione giuridica del soggetto a diretta tutela di un suo interesse*» (c.vi dell'A.); M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La Parte Generale del Diritto Civile*. 2. *Il Diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino 2001, p. 3: «Nel linguaggio del giurista italiano di oggi l'espressione "diritto in senso soggettivo" o "diritto soggettivo" denota genericamente la posizione di vantaggio che compete al soggetto, il quale esercita legittimamente poteri e facoltà»; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXII ed. a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano 2015, p. 80: «il diritto soggettivo è il *potere di agire (agere licere)* per il soddisfacimento di un proprio *interesse individuale, protetto dall'ordinamento giuridico*»; L. NIVARRA-V. RICCIUTO-C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, III ed., Torino 2016, p. 73: «Il diritto soggettivo è la posizione di vantaggio riconosciuta ad un soggetto per la realizzazione di un suo interesse».

Scrivono D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *F. it.*, 1939, IV, c. 25, che dal punto di vista del soggetto si «lascia cogliere l'essenza del diritto soggettivo in un: "*agere licere*", cioè in un "esser lecito agire" per il soddisfacimento d'un interesse».

<sup>(31)</sup> Sull'art. 7, cfr. per tutti C.E. TRAVERSO, *Sub art. 7*, in G. GALLI-V. ITALIA-F. REALMONTE-M. SPINA-C.E. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 174 ss.; G. FOTI, *Sub art. 7*, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 446 ss.

<sup>(32)</sup> Cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova 1990, p. 34 ss.; M.

go giuridico integra un modello di condotta rispetto al quale sarà valutato il comportamento di un soggetto. Se conforme, si avrà un adempimento; se difforme, un inadempimento.

Basandosi sull'art. 9, comma 4, l. n. 194/1978, secondo cui enti ospedalieri e case di cura autorizzate «sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8», si potrebbe ricostruire l'I.V.G. come diritto soggettivo della gestante nei confronti delle strutture autorizzate a praticarla.

Tale impostazione urterebbe tuttavia contro lo stesso art. 9, che prevede al comma 1 il diritto, per il personale sanitario, di esercitare l'obiezione di coscienza. Dispone infatti tale comma che «Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione»<sup>(33)</sup>. Se la gestante non si trova in imminente pericolo di vita, i sanitari non sono tenuti a compiere le pratiche di I.V.G.: poiché l'aborto implica gravi problemi e responsabilità morali, il sanitario può dichiarare la sua indisponibilità a compierlo o a prendervi parte. Né la gestante può far valere alcuna pretesa contro chi esercita l'obiezione di coscienza<sup>(34)</sup>. Inoltre, suscita perplessità l'idea di costruire l'I.V.G. come diritto soggettivo alla soppressione di un essere umano concepito, vista la protezione che il nostro ordinamento giuridico appresta alla maternità<sup>(35)</sup>, alla

---

ORLANDI, *Le situazioni soggettive*, in G. AMADIO-F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, t. I, Bologna 2014, p. 198.

<sup>(33)</sup> L'art. 9 precisa al successivo comma 3 che «L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento», e al comma 5 che «L'obiezione di coscienza non può essere invocata dal personale sanitario, ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo».

<sup>(34)</sup> Curiosamente S. RODÒ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in *Notizie di Politeia*, n. 101, 2011, p. 32, scrive che «La legge n. 194 del 1978 considera l'accesso all'interruzione della gravidanza, conformemente a quanto in essa è disposto, come un diritto della donna. All'articolo 9, poi, riconosce il diritto all'obiezione, ma con precisi limiti soggettivi e oggettivi». La prospettiva parrebbe rovesciata: il diritto all'obiezione di coscienza è certamente protetto e riconosciuto dall'ordinamento, e prevale sulla richiesta di I.V.G. formulata dalla donna.

<sup>(35)</sup> Art. 31 Cost; art. 1, comma 1, l. n. 194/1978.

salute<sup>(36)</sup> e alla vita umana<sup>(37)</sup>, tutelata sin «dal suo inizio»<sup>(38)</sup>.

Questo spettro di argomenti porta a dubitare della sussistenza, in capo alla gestante, di un diritto soggettivo all'I.V.G., di cui si faticerebbe a individuare la fattispecie costitutiva, i soggetti nei cui confronti possa essere esercitato, la disciplina effettivamente applicabile e la coerenza col sistema. Per parlare di un diritto soggettivo all'I.V.G. bisognerebbe deformarne notevolmente il concetto. Il risultato sarebbe un diritto soggettivo davvero *sui generis*: elaborazione che non sembra sia stata fatta; né appare teorizzabile.

4. – Secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità, il giudice dovrebbe presumere che la donna si sottoponga a I.V.G. qualora sia portata a conoscenza di gravi malformazioni al concepito. Sarebbe «corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto»<sup>(39)</sup>. Pertanto, presumendo la sussistenza del pericolo per la salute della gestante e di tutti gli altri requisiti previsti dalla l. n. 194/1978, il cennato orientamento presume altresì che la donna avrebbe richiesto di interrompere la gravidanza (senza

---

<sup>(36)</sup> Art. 32 Cost.; artt. 3 e 35 Carta dir. fond. UE.

<sup>(37)</sup> Art. 32 Cost: cfr. C. cost. 16 luglio 1999, n. 309 (pres. Granata, red. Mezzanotte), consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); art. 1, comma 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219; art. 2 C. eur. dir. uomo; art. 2 Carta dir. fond. UE.

<sup>(38)</sup> Art. 1, comma 1, l. n. 194/1978. Sul punto, v. più diffusamente *infra*.

<sup>(39)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735 (Pres. Carbone, est. Vittoria), in *Nuova g. civ. comm.*, 2003, I, p. 619 ss. (da cui le citazioni), con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*; in *F. it.*, 2002, I, c. 3115 ss., con nota di R. SIMONE, *Nascita indesiderata: il diritto alla scelta preso sul serio*, e osservazioni di AL. PALMIERI; in *Rass. d. civ.*, 2005, p. 1078 ss., con nota di S. D'ANDRIA, *Responsabilità del medico per errata diagnosi prenatale e risarcimento del «danno da nascita indesiderata»*; in *Resp. civ.*, 2003, p. 117 ss., con nota di M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; in *G. it.*, 2003, p. 883 ss., con nota di C. PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*. Si legge a p. 627: «La possibilità perduta, d'altra parte, era tale per cui il sottoporsi o no ad un intervento di interruzione della gravidanza, oggetto della scelta, dipendeva solo dalla donna. La circostanza che, nel ricorso di dati presupposti, tra i quali sono le anomalie e malformazioni del nascituro, la legge consenta alla donna di evitarle il pregiudizio che da quella condizione del figlio le deriverebbe al suo stato di salute, rende legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà» (c.vi nostri). L'asserzione è ripresa da Cass., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488 (pres. Nicastro, rel. Amatucci), in *Danno e resp.*, 2005, p. 23 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*; Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

mutare opinione nei sette giorni previsti) e che l'aborto sarebbe comunque avvenuto. Ciò legittimerebbe la pretesa ad un risarcimento del danno provocato dalla mancata I.V.G.

L'orientamento si articola in due opinioni: secondo la prima, per assolvere all'onere della prova la donna potrebbe limitarsi ad allegare le analisi cui si sia sottoposta durante la fase prenatale<sup>(40)</sup>. Secondo una linea alquanto diversa, la madre sarebbe altresì tenuta a provare (anche tramite presunzioni) che le gravi malformazioni del feto avrebbero determinato la richiesta di I.V.G.<sup>(41)</sup>. Questa parrebbe essere la tesi seguita dalla Corte di

---

<sup>(40)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit.: «risulta dalla sentenza e dagli scritti delle stesse parti, che la gestante si rivolse al professionista appunto per esami volti a conoscere se il feto presentasse o no malformazioni o anomalie, segno questo di un comportamento orientato piuttosto nel senso di rifiutare che di accettare di portare a termine la gravidanza, se il feto avesse presentato gravi malformazioni, come poi è risultato» (p. 627); Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, cit.; Cass., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22837 (pres. Morelli, est. Amatucci), in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, I, p. 468 ss., con nota di E. PALMERINI, *Il "sottosistema" della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*; in *Danno e resp.*, 2011, p. 382 ss., con la citata nota di R. SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*; in *D. fam.*, 2011, p. 689 ss.; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2633 ss.; Cass., 13 luglio 2011, n. 15386, in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, I, p. 1252 s., con nota di E. CARBONE, *Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medico-sanitaria*.

<sup>(41)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.; Cass., sez. III, 22 marzo 2013, n. 7269 (pres. Berruti, est. Amendola), in *Danno e resp.*, 2013, p. 1072 ss., con nota di C. TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di cassazione* e in *Fam. e dir.*, 2013, p. 1099 ss., con nota di Ch. AMATO, *Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere probatorio e rilevanza dell'obbligo informativo*; Cass., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27528 (pres. Russo, rel. Vincenti), in *G. it.*, 2014, p. 1585 ss., con nota di L. COPPO, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale*; Cass., sez. III, 30 maggio 2014, n. 12264 (pres. Segreto, est. Travaglino), in *Danno e resp.*, 2014, p. 1143 ss., con nota di C. TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni del feto e ripartizione degli oneri probatori*: «in caso di azione per il risarcimento del danno da nascita indesiderata, allorché sia mancata una espressa manifestazione di volontà della gestante di interrompere la gravidanza, qualora l'indagine su eventuali malformazioni del feto – ove effettuata – avesse avuto esito infausto, la mera richiesta di accertamento diagnostico integra un semplice elemento indiziario dell'esistenza di una volontà che si presume orientata verso l'esercizio della facoltà prevista dalla l. 22 maggio 1978, n. 194, art. 6, comma 1, lett. b). In tal caso (...) è la parte attrice – ricorrendo una simile evenienza – ad essere tenuta ad integrare il contenuto di tale presunzione semplice con elementi probatori ulteriori (e, va aggiunto, sufficientemente significativi) da sottoporre all'esame del giudice per una valutazione finale circa la corrispondenza di quel labile elemento indiziario all'asserto illustrato in citazione, non incombendo, invece, sul medico l'onere di provare che, in presenza di una tempestiva informazione, la gestante non avrebbe potuto o voluto abortire» (p. 1144-1145).

Cassazione a Sezioni Unite<sup>(42)</sup> e confermata successivamente dalla Terza Sezione<sup>(43)</sup>.

L'orientamento appena descritto suscita gravi perplessità. Il pericolo per la vita o la salute della gestante deve ricevere una qualificazione (in termini di "serietà" o di "gravità"). Pertanto non può essere ricavato in via presuntiva, poiché altrimenti si darebbe vita ad una *praesumptio de praesumpto*: presumendo 1) che la gestante avrebbe corso un pericolo "serio" o "grave" per la propria vita o per la propria salute, si presume ulteriormente che 2) per evitare tale rischio avrebbe rifiutato ogni soluzione alternativa, richiedendo di sottoporsi a I.V.G., 3) che l'aborto sarebbe stato effettivamente compiuto e infine che 4) sussista un danno risarcibile<sup>(44)</sup>.

Maggiormente condivisibile appare l'altro orientamento giurisprudenziale, secondo cui il giudice, per accogliere una domanda risarcitoria derivante dalla mancata I.V.G., dovrebbe sempre accertare la sussistenza dei requisiti

<sup>(42)</sup> Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 446: «Ci si riferisce (...) alla *praesumptio hominis*, rispondente ai requisiti di cui all'art. 2729 c.c., che consiste nell'inferenza del fatto ignoto da un fatto noto, sulla base non solo di correlazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'*id quod plerumque accidit* – che peraltro il giudice civile non potrebbe accertare d'ufficio, se non rientrano nella sfera del notorio (art. 115, comma 2, c.p.c.) – ma anche di circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche – emergenti dai dati istruttori raccolti: quali, ad esempio, il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.. In questa direzione il tema d'indagine principale diventa quello delle inferenze che dagli elementi di prova possono essere tratte, al fine di attribuire gradi variabili di conferma delle ipotesi vertenti sui fatti che si tratta di accertare, secondo un criterio di regolarità causale: restando sul professionista la prova contraria che la donna non si sarebbe determinata comunque all'aborto, per qualsivoglia ragione a lei personale».

<sup>(43)</sup> Cass., sez. III, 7 aprile 2016, n. 6793, cit.

<sup>(44)</sup> Questa giurisprudenza «sembra identificare il 'serio pericolo per la... salute fisica e psichica' della gestante con la semplice volontà della stessa di abortire»: così C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, rist. em., Milano, 2015, p. 93, nonché F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*; cit., p. 453.

Scrivono S. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*, cit., p. 156, «a colpire, nel balletto delle presunzioni, è la scelta di considerare l'opzione abortiva, a fronte della malformazione, "corrispondente a regolarità causale", mentre l'ipotesi di un futuro mutamento di decisione, da parte della gestante e rispetto alle intenzioni originariamente espresse, viene relegata alla dimensione dell'improbabile, ovvero del "giuridicamente irrilevante". Di conseguenza, nell'ipotesi di una chiara manifestazione della volontà d'interrompere la gravidanza, la Corte delinea una presunzione che esclude la prova contraria; per il resto, invece, la mera richiesta di accertamento diagnostico configurerebbe una presunzione solo semplice, dinanzi alla quale il convenuto può, contestandola, richiedere la precisa dimostrazione delle determinazioni femminili al ricorrere di una corretta informazione medica».

richiesti dalla legge<sup>(45)</sup>. Ricorrendo anche alle presunzioni, se del caso, ma limitandosi a risalire da un fatto noto ad un fatto ignorato ed evitando le c.d. “doppie presunzioni”; che la stessa S.C. reputa, per solito, inammissibili, secondo il principio *praesumptio de praesumpto non admittitur*<sup>(46)</sup>.

5. – A conclusioni non dissimili si dovrebbe pervenire con riferimento alla ricostruzione dell’I.V.G. come facoltà<sup>(47)</sup>, sia pure condizionata<sup>(48)</sup>, attribuita alla gestante.

La dottrina favorevole ad ammettere la categoria della facoltà è divisa sul significato che essa rivesta. Una nota opinione<sup>(49)</sup> reputa che la facoltà consista in una posizione pregiuridica, quale possibilità di compiere atti leciti, né dovuti né vietati.

In base a un’altra definizione, la facoltà consisterebbe nell’assenza di necessità, ossia nella possibilità giuridica di tenere o non tenere un dato comportamento<sup>(50)</sup>.

Seguendo una diversa linea, per facoltà si intende la possibilità di ottenere un determinato risultato compiendo una data azione. Si tratte-

<sup>(45)</sup> Cfr. per tutte Cass., sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, cit.; v. anche Trib. Roma, 13 dicembre 1994 (pres. Lo Turco, est. Gentili), in *D. fam.*, 1995, p. 662 ss., con nota di M. CONTE, *Dovere d’informazione e danno biologico: uno strano connubio*.

<sup>(46)</sup> V. per tutte Cass., sez. I, 15 gennaio 2016, n. 613 (pres. Didone, rel. Scaldaferrì), Cass., sez. lav., 11 novembre 2013, n. 25313 (pres. Stile, rel. Manna), Cass., sez. I, 9 aprile 2002, n. 5045 (pres. Grieco, rel. Morelli), tutte reperibili in *Pluris*.

Perplessità sul divieto di doppia presunzione sono state di recente manifestate da Cass., sez. V, 21 gennaio 2015, n. 983 (pres. Bielli, rel. Valitutti) e da Cass., sez. V, 26 agosto 2015, n. 17164 (pres. Piccininni, rel. Bielli), in *Pluris*.

<sup>(47)</sup> A. TRABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro*, inestimabilis res e non soltanto res extra commercium, in questa *Rivista*, 1991, I, p. 217; A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, cit., p. 1693; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, ed. agg., Milano 2010, p. 73; Cass., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; Cass., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22837, cit.

<sup>(48)</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 93: «è solo dall’idea di un diritto soggettivo ad abortire che può scaturire tutta la costruzione che perviene fino all’oggettivazione del nascituro; forzatura certamente evitabile qualora si muova invece dalla premessa, scritta nel diritto scritto, che attribuisce alla gestante soltanto una facoltà condizionata»; così anche F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, cit., p. 451.

<sup>(49)</sup> Cfr. W. CESARINI SPORZA, voce *Diritto. Teoria generale: IV) Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, spec. p. 689 ss. Si legge a p. 689: la parola “facoltà” «denota semplicemente qualsiasi “fare”, ovvero il “fare” nelle sue generiche possibilità o virtualità»; G. PUGLIESE, *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell’usufrutto (A proposito di una recensione)*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1956, p. 457: «la situazione del soggetto, a cui sia riferibile un comportamento lecito, è una facoltà».

<sup>(50)</sup> S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l’oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 54.

rebbe dell'idoneità a modificare la realtà giuridica preesistente, operando direttamente sul mondo esteriore<sup>(51)</sup>. Ovvero, dell'idoneità a modificare la realtà di fatto<sup>(52)</sup>.

Secondo l'orientamento forse più diffuso, la facoltà sarebbe elemento costitutivo del contenuto dei diritti soggettivi<sup>(53)</sup>. In particolare, configurando il diritto soggettivo come potere di libera scelta tra più comportamenti, in ordine a un preciso bene, la facoltà consisterebbe nella singola possibilità di tenere un determinato tipo di comportamento. Il che conduce sovente a negare l'autonomia scientifica della facoltà<sup>(54)</sup>, dissolta nel diritto soggettivo<sup>(55)</sup>.

<sup>(51)</sup> Cfr. questo luogo di F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 151-152: «Concepito come potenza, il potere implica una idoneità a modificare il mondo, traducendo la possibilità in esistenza. Una prima distinzione riguarda la natura della modificazione, che il potere è idoneo a produrre. Tale modificazione può consistere in un *agere* o in un *iubere*. Che la modificazione consista in un *agere* vuol dire che il soggetto del potere opera *direttamente* sul mondo esteriore, determinandone la modificazione, così che senza di esso il mondo sarebbe stato diverso. A questa figura di potere si dà il nome di *facoltà* (*facultas*, da *facere*). (...) La facoltà si distingue dal diritto soggettivo o dalla potestà come potere *di agire*, non *di comandare*». E poco dopo: «la facoltà non esce dalla sfera dell'interesse proprio mentre il diritto soggettivo invade la sfera dell'interesse altrui» (p. 161).

<sup>(52)</sup> V. per tutti S. MAZZAMUTO, *L'autonomia negoziale e le situazioni giuridiche soggettive*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale del diritto privato*, Torino, 2016, p. 59; L. NIVARRA-V. RICCIUTO-C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 83: «La facoltà è la libertà di assumere un comportamento materiale».

<sup>(53)</sup> V. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, cit., p. 3: «le facoltà concorrono a formare il contenuto del diritto soggettivo»; G. CRISCUOLI, voce *Diritti facoltativi*, in *Enc. forense*, III, Milano 1958, p. 167; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 73.

<sup>(54)</sup> Tanto da far affermare a S. CASSARINO, *op. cit.*, p. 47, che la dottrina «ha sempre considerato la facoltà come la cenerentola delle situazioni giuridiche, anzi addirittura neanche una situazione, ma un semplice elemento del contenuto di quella situazione giuridica posta al centro del sistema (diritto soggettivo)». Secondo il Cassarino, la facoltà sarebbe invece non solo una situazione giuridica soggettiva, ma una situazione giuridica primaria: «Le situazioni giuridiche primarie sono, come già si è messo in luce, il *dovere* (inteso in senso ampio, ossia come comprensivo del *dovere in senso stretto* e dell'*obbligo*), la *facoltà* e il *diritto soggettivo*» (p. 11, c.vi dell'A.).

<sup>(55)</sup> V. per tutti A. ANASTASI, voce *Facoltà e diritti facoltativi*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 207 ss., spec. p. 219; U. CARNEVALI, voce *Facoltà*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, Torino 1992, p. 174: «Il secondo indirizzo – oggi del tutto prevalente – nega ogni autonomia al concetto di facoltà: le facoltà sarebbero i vari poteri che concorrono a formare il contenuto di un diritto soggettivo»; G. CRISCUOLI, voce *Diritti facoltativi*, cit., p. 169: «i caratteri della facoltà sono l'*accessorietà* e la *mancanza di autonomia* rispetto al diritto soggettivo principale» (c.vi dell'A.); R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato. I. Dispense integrative ad uso degli studenti*, Milano 1962, p. 23: «La possibilità di un determinato tipo di comportamento viene detta facoltà, situazione soggettiva semplice, ma non autonoma, in quanto è un elemento costitutivo del contenuto del diritto soggettivo» (sottol. dell'A.); A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 81: «Le facoltà (...) sono, invece,

Un'autorevole opinione reputa che la facoltà sia priva di autonomia scientifica<sup>(56)</sup> seguendo un ragionamento diverso. Essa si risolverebbe nel rapporto logico tra una fattispecie ed un effetto, in cui «il singolo *sceglie* l'atto da compiere, e decide di conseguire o non conseguire un certo risultato giuridico»<sup>(57)</sup>.

Un tratto appare comune a tutte queste opinioni: la facoltà è considerata una possibilità, offerta ad un determinato soggetto, di scegliere tra più condotte. Tale possibilità di scelta sarebbe confinata in un ambito pregiuridico, ovvero psicologico, oppure rilevante anche sul piano giuridico. In quest'ultimo caso, consisterebbe nell'idoneità a modificare la realtà materiale o giuridica preesistente.

Quanto precede porta ad escludere che l'I.V.G. possa essere considerata una facoltà giuridicamente spettante alla gestante. Se si intende la facoltà come posizione pregiuridica, o come superfetazione psicologica, ci si colloca al di fuori dell'ambito del diritto (e quindi di queste pagine). Se si intende la facoltà come possibilità di modificare la realtà materiale o giuridica, si deve ricordare che la gestante non può ottenere alcun risultato soltanto in forza degli atti da lei compiuti senza la volontaria e non coercibile cooperazione di altri soggetti (il personale sanitario). Anche qui si dovrebbe ricostruire la facoltà in maniera del tutto *sui generis*: cosa che non pare condivisibile.

6. – Talvolta si è pensato di considerare l'I.V.G. come potere spettante alla donna<sup>(58)</sup>. Ma nemmeno la controversa categoria del potere giuridico parrebbe offrire utili spunti ricostruttivi.

La dottrina che riconosce autonomia al potere tende a designarlo come possibilità, spettante a un soggetto, di produrre determinati effetti giuridici<sup>(59)</sup>; il che costituirebbe uno «svolgimento» o «esercizio» della

---

manifestazioni del diritto soggettivo che non hanno carattere autonomo, ma sono in esso comprese».

<sup>(56)</sup> Cfr. N. IRTI, *Introduzione*, cit., p. 46-47; M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 206-207.

<sup>(57)</sup> Così N. IRTI, *Introduzione*, cit., p. 47.

<sup>(58)</sup> Trib. Min. Trento, ord. 29 gennaio 1993 (pres. Iannetti, est. Rossato), in *D. fam.*, 1993, p. 975: «il citato potere di interrompere la gravidanza senza richiedere l'assenso o il consenso del padre del nascituro indicano che l'ordinamento attribuisce rilevanza alla esclusiva volontà della donna per decisioni di importanza comuni del padre o della madre».

<sup>(59)</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, cit., p. 4; A. LENER, voce *Potere e potestà. 1. Potere (in generale)*. b). *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, p. 614: «Il potere giuridico di diritto privato, in definitiva, indica la dimensione soggettiva della possibilità accordata dall'ordinamento al soggetto privato di operare nella realtà giuridica, cioè di agire conseguendo un risultato utile, per sé o per altri, che può consistere tanto nella

capacità giuridica<sup>(60)</sup>.

Un'autorevole opinione<sup>(61)</sup> nega al potere la dignità di autonoma situazione giuridica soggettiva. Secondo questa ricostruzione, è vero che le fattispecie dipendenti dalla volontà umana non vengono ad esistenza (e dunque non producono effetti), se gli atti cui si riferiscono non sono voluti dai soggetti che li pongono in essere. Gli effetti sono tuttavia quelli previsti dai medesimi atti, cui non avrebbe senso aggiungere un'ulteriore situazione soggettiva che consisterebbe nel conferire ai singoli la possibilità di volere gli atti in questione<sup>(62)</sup>. In questa prospettiva, il potere si risolverebbe nel nesso che lega fattispecie a effetto.

Si è già osservato come la gestante non possa, di per sé, esigere l'I.V.G. Essa può essere chiesta, ma non pretesa né *sic et simpliciter* ottenuta<sup>(63)</sup>. In conclusione, suscita gravi perplessità configurare in capo alla gestante un potere giuridico di interrompere la gravidanza.

modificazione di questa realtà, tanto nella sua conservazione-attuazione»; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 59; L. NIVARRA-V. RICCIUTO-C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 83; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 1922, III rist., Padova 1967, p. 51: il potere giuridico «consiste in una valutazione, che attribuisce al soggetto destinatario una possibilità di volere, a cui l'ordinamento giuridico connette il prodursi di effetti giuridici che realizzano gli scopi pratici, a cui mira la volontà manifestata dal soggetto (...). Ciò che caratterizza il potere giuridico è che con esso l'ordinamento giuridico annette a certe manifestazioni di volontà dell'uomo o di altri soggetti il prodursi di effetti giuridici, i quali garantiscono la realizzazione dello scopo pratico voluto dal soggetto».

Secondo F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 69, «La posizione attiva del rapporto giuridico può designarsi col termine generico di potere, quella passiva col termine corrispettivo di dovere».

<sup>(60)</sup> Così SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, rist. inalt. Milano 1983, p. 172 ss., spec. p. 191: «è potere lo svolgimento di una capacità, in quanto implica una più o meno larga signoria di volontà».

<sup>(61)</sup> N. IRTI, *Introduzione*, cit., p. 37 ss.; M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 200-201.

<sup>(62)</sup> M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 200: «La "possibilità di volere atti giuridici" parrebbe categoria più psicologica che giuridica: si è osservato che ogni atto rinvia a una decisione della volontà umana. Postulare una norma attributiva di un potere giuridico, che ne costituirebbe effetto, suscita perplessità difficilmente superabili. Da un lato, non si vede come un "potere" generale di compiere atti possa essere distinto dalla capacità di agire. Dall'altro, la capacità di agire non viene in rilievo come fattispecie generatrice di un potere giuridico (...), bensì come elemento e modalità di fattispecie (...).».

<sup>(63)</sup> V. infatti Trib. Venezia, 10 settembre 2002 (giud. Rigoni), in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2597 ss. (da cui la citazione), con nota di E. GIACOBBE, *La filiazione «da inadempimento»*, e di S. BALDASSARI, *Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico*; in *Resp. civ.*, 2003, p. 117 ss., con nota di M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*: «pienamente condivisibile è l'affermazione della non pretendibilità giuridica dell'interruzione della gravidanza (...). D'altra parte, pacificamente l'aborto non può essere considerato un mezzo di controllo delle nascite» (p. 2597).

7. – L'I.V.G. è stata altresì ricostruita come “libertà” riconosciuta in capo alla gestante<sup>(64)</sup>. Premesso che la libertà non fa parte delle tradizionali situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento, si deve aggiungere un ulteriore rilievo critico rispetto a quanto osservato *supra* (par. 3). L'I.V.G. ha come effetto la soppressione del nascituro, ossia di un'altra vita umana. Vita che l'ordinamento giuridico tutela dal suo inizio: in base all'art. 1, comma 1, l. n. 194/1978: «*Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio*».

È appena il caso di ricordare che la l. 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) riconosce al concepito la soggettività giuridica<sup>(65)</sup>. La Corte Costituzionale pone da tempo in evidenza il diritto alla vita spettante al concepito e tutelato dalla Costituzione<sup>(66)</sup>, e

---

<sup>(64)</sup> Cfr. per tutti, con varietà di accenti, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. RODOTÀ-M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto Rodotà-Zatti*, Milano 2010, p. 248: «Nel dibattito pubblico il diritto della donna di decidere la sua maternità viene di solito presentato come “diritto di aborto”, cioè come una libertà positiva (o “libertà di”, o “*liberty of*”) consistente appunto nella libertà di abortire. Si trascura invece che esso è ancor prima una libertà negativa (o “libertà da” o “*liberty from*”), ossia il diritto della donna a non essere costretta a divenire madre contro la propria volontà; e che il divieto penale dell'aborto non si limita a proibire un fare, ma obbliga altresì a una scelta radicale di vita qual è la maternità. È in questione insomma, ben prima che una *facultas agendi*, un'immunità, una *habeas corpus*, ossia la “libertà personale” sancita come “inviolabile” dall'art. 13 della nostra Costituzione, che è una “libertà da” “restrizioni”, quali sono appunto la coercizione giuridica a divenire madre» (c.vi dell'A.); F. PARENTE, *La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo*, cit., p. 453: «la disciplina positiva appare diversamente conformata: prima del novantesimo giorno, sembra ispirata ad una sorta di scelta libertaria, nel cui ambito il diritto di autodeterminazione della donna assume un rilievo decisamente preminente, in funzione della tutela della libertà sessuale e del bene della sessualità (...)»; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1999, p. 120: «il controllo delle nascite non costituisce più una condotta socialmente riprovata e penalmente sanzionata, ma viene invece riconosciuto come oggetto di una libera scelta della persona e della coppia». Questa affermazione suscita però perplessità, considerando che secondo l'art. 1, comma 2, l. n. 194/1978, l'I.V.G. «non è mezzo per il controllo delle nascite».

<sup>(65)</sup> Art. 1, comma 1: «*Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*».

<sup>(66)</sup> C. cost. 10 febbraio 1997, n. 35 (pres. Granata, rel. Vassalli), in *G. cost.*, 1997, p. 281 ss., con note di C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, e di M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*, che riafferma «il diritto del concepito alla vita. La limitazione programmata delle nascite è infatti proprio l'antitesi di tale diritto, che può essere sacrificato solo nel confronto con quello, pure costituzionalmente tutelato e da iscriversi tra i diritti inviolabili, della madre alla salute e alla vita» (p. 290); C. cost. 18 febbraio 1975, n. 27, in *G. cost.*, 1975, p. 119: «l'art. 2 Cost.

la salute del concepito è espressamente protetta dalla legge (v. in particolare il già richiamato art. 1 della l. n. 405/1975) <sup>(67)</sup>.

Una “libertà” individuale di sopprimere la vita altrui non avrebbe davvero precedenti nel nostro ordinamento giuridico e non pare per nulla condivisibile <sup>(68)</sup>.

8. – Se le considerazioni che precedono appaiono condivisibili, le affermazioni secondo cui in capo alla gestante sussisterebbe un vero e proprio diritto soggettivo ad abortire suscitano gravi perplessità. Né sembra più persuasivo ricostruire l’I.V.G. come altra situazione giuridica, diversa dal diritto soggettivo.

In luogo di invocare la costituzione di una situazione giuridica soggettiva assai dubbia, si potrebbe cercare di percorrere una strada diversa, abbandonando il piano degli effetti giuridici per collocarsi su quello della fattispecie.

Si insegna che il fatto giuridico (in senso lato) è qualsiasi situazione del mondo dell’essere prevista dal diritto come causa di effetti giuridici <sup>(69)</sup>. Due

riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la tutela giuridica del concepito».

<sup>(67)</sup> Giova ricordare l’art. 254 c.c., secondo cui è possibile riconoscere un proprio figlio «con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento», e l’art. 224-bis, comma 4, c.p.p., in forza del quale «Non possono in alcun modo essere disposte operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l’integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità».

<sup>(68)</sup> Altro è decidere di tutelare la salute propria, altro è scegliere di sopprimere la vita altrui. Cfr. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 18-19: «Ad esempio quando la Carta di Firenze, un documento sottoscritto da un gruppo di neonatologi, vorrebbe attribuire ai genitori il potere di vietare al medico il trattamento di pronto soccorso al neonato prematuro – in considerazione del rischio di gravi malattie – il principio di autonomia viene richiamato in un ambito che non gli compete: al giudizio sull’appropriatezza medica del soccorso si sostituirebbe il potere di decidere sulla vita o sulla meritevolezza della vita di un’altra persona».

Conviene riportare questo luogo di C.M. BIANCA, *Sub art. 1, I, cit.*, p. 1593: «occorre anzitutto prendere atto (...) che la legge non è volta a tutelare l’interruzione della gravidanza come esercizio di libertà civile e come espressione di un valore positivo della persona».

<sup>(69)</sup> S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, rev. e agg. di A. Falzea con prefazione di N. Irti, Milano, 1996, p. 3; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. con introduzione di G.B. Ferri, a cura di G. Crifò, Napoli 2002, p. 9: «Fatti giuridici sono pertanto i fatti ai quali il diritto attribuisce rilevanza giuridica nel senso di mutare le situazioni ad essi preesistenti e di configurare situazioni nuove, cui corrispondono nuove qualificazioni giuridiche» (c.vi dell’A.); F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 103: «Sono fatti giuridici quelli produttivi di un evento giuridico, consistente particolarmente nella costituzione, modificazione o nell’estinzione di un rapporto giuridico, oppure nella sostituzione di un nuovo rapporto a un rapporto preesistente; o altrimenti nella qualificazione di una persona, di una cosa o di un altro fatto»; R. SACCO, con la collaborazione di P. Cisiano, *La Parte Generale del Diritto Civile. 1. Il Fatto, L’Atto, Il Negozio*, in *Tratt. Sacco*, Torino 2005, p. 44: «Il giurista chiama

sono gli elementi del fatto giuridico: l'elemento materiale (il fatto naturale od umano) e l'elemento formale (la qualificazione giuridica del fatto)<sup>(70)</sup>.

La richiesta di interrompere la gravidanza formulata dalla gestante è certamente un atto umano rilevante per il diritto. È un atto volontario della gestante, i cui effetti sono però sottratti all'autonomia privata per essere *in toto* predeterminati dalla legge; si configura pertanto come atto giuridico in senso stretto<sup>(71)</sup>. La madre non è costretta dall'ordinamento a sacrificare la propria vita o la propria salute per proteggere il concepito e può emettere una dichiarazione che, unitamente agli altri presupposti elencati dalla l. n. 194/1978, rende applicabile un determinato effetto. Questa stessa legge considera illecito e penalmente punibile l'aborto, ma in presenza delle condizioni previste la gestante non sarà obbligata a correre un pericolo per la propria vita o per la propria salute e sarà invece lecitamente sacrificabile la vita del concepito.

La richiesta della madre di procedere a I.V.G., unitamente agli altri presupposti, parrebbe allora configurarsi come un fatto giuridico impeditivo, ossia un fatto reso giuridicamente rilevante per impedire ad un altro fatto di essere efficace<sup>(72)</sup>. Seguendo questo discorso, appare evidente come la de-

fatto giuridico quell'accadimento che – da solo o in unione ad altri fatti – determina la variazione o vicenda di un rapporto giuridico, o, almeno, di una situazione giuridica soggettiva».

<sup>(70)</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 3.

<sup>(71)</sup> Sulla categoria v. per tutti G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955; S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 4 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 107-108.

<sup>(72)</sup> Sui fatti impeditivi, cfr. E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, 1915, rist. con prefazione di Salv. Romano, Milano 1968, p. 329 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, p. 12 ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, 1942, rist. con prefazione dell'A., Padova 1966, spec. p. 322 ss., p. 377 ss.; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 33 ss., p. 235-236, p. 243-244; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, spec. p. 112 ss.; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in questa *Rivista*, 1957, I, p. 399 ss. ma spec. p. 405-407; F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, spec. p. 102 ss.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, 1960, ora in A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. I, Milano 2009, p. 141 ss., spec. p. 250 ss.; M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, p. 46 ss., p. 87 e nt. 111; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 182 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, III ed., Milano 1975, spec. p. 353 ss.; P. SENOFONTE, *Il fatto impeditivo*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1978, p. 1525 ss.; S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 25-26; S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano 2006, p. 130 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, III ed., Torino 2010, spec. p. 265 ss.; S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano 2010, p. 121 ss.; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano 2011, p. 37-38; D. FARACE, *Sul concorso colposo dei soggetti lesi*, in questa *Rivista*, 2015, p. 158 ss.

cisione della gestante di interrompere la gravidanza non sia più ricostruita come situazione giuridica soggettiva, e quindi come effetto di una norma; ma come elemento di fattispecie, ossia un fatto cui la legge – in presenza degli altri elementi previsti – associa l'applicazione di determinati effetti.

La sussistenza degli elementi previsti dagli artt. 4-6, l. n. 194/1978 impedisce che la condotta altrimenti punibile (interruzione volontaria della gravidanza) sia qualificata come illecita. L'ordinamento giuridico considera rilevante la dichiarazione con cui la gestante esprime la volontà di non mettere a rischio la propria vita o la propria salute, unitamente a tutti gli altri elementi considerati necessari per integrare la fattispecie. La mancanza di uno tra questi rende inapplicabile la disciplina prevista, per cui, ad es., la sola presenza di malformazioni del feto e della volontà abortiva non consentono l'accesso all'I.V.G., in difetto del pericolo per la donna<sup>(73)</sup>. Per la gestante, infatti, la situazione giuridica tutelata rimane il diritto alla salute (o alla vita), che nessuno ovviamente pone in discussione: «il diritto

---

(73) Così, esattamente, Cass., sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251 (pres. Spirito, rel. Scarano), in *Pluris*: «pur riconoscendosi alla l. n. 194 del 1978, art. 1 il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e quindi all'autodeterminazione, l'interruzione della gravidanza è ammissibile solo nelle ipotesi normativamente previste in cui sussista un pericolo per la salute o per la vita della gestante, sicché la sola esistenza di malformazioni del feto non incidenti sulla vita o sulla salute della donna non consentono l'accesso all'aborto (v. Cass. n. 29/7/2004, n. 14488). Alla l. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b è espressamente previsto che idonei a determinare “un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna” sono solamente “rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro”. Orbene, nell'esercizio dei propri poteri i giudici del doppio grado di merito hanno correttamente accertato essere la malformazione *de qua* (mancanza della mano sinistra) inidonea ad incidere sulla vita e sulla salute dell'odierna ricorrente (...). In precedenza, v. già Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., p. 125: «Nel bilanciamento, quindi, tra il valore e la tutela della salute della donna e la tutela del concepito, la legge permette alla madre di autodeterminarsi, in presenza delle condizioni richieste e del pericolo per la sua salute, a richiedere l'interruzione della gravidanza. Da ciò consegue che la sola esistenza di malformazioni del feto, che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permettono alla gestante di praticare l'aborto»; Cass., sez. III, 24 marzo 1999, n. 2793 (pres. Bile, rel. Manzo), in *Danno e resp.*, 1999, p. 766 ss., con nota di M. GORGONI, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*: «La ricorrente, nel terzo motivo, ha dedotto che il solo fatto per una gestante quarantenne dell'esistenza della possibilità che il nascituro sia affetto dalla sindrome di Down soddisfa il requisito della presenza di un grave pericolo per la salute. La deduzione è priva di fondamento, in quanto pone a presupposto dell'interruzione di gravidanza le (sole) rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro in sé considerate, mentre nel sistema della legge n. 194 del 1978 in tanto esse rilevano in quanto assurgono a causa dello stato di “grave” pericolo (e non solo “serio” come previsto dall'art. 4 della legge) per la salute fisica o psichica della donna. In altri termini, ciò che conta è la sussistenza del grave pericolo, che è determinato dalle rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, ma potrebbe mancare pur in presenza di queste» (p. 767).

che ha la donna è solo quello di evitare un danno (serio o grave, a seconda delle ipotesi temporali) alla sua salute o alla sua vita»<sup>(74)</sup>.

Un fenomeno simile si verifica per lo stato di necessità, in cui non sorge un diritto soggettivo a compiere un fatto penalmente rilevante che – se commesso in quella specifica circostanza – è considerato dalla legge come non punibile. La richiesta di sottoporsi a I.V.G. rileva come fatto impeditivo tra i cui presupposti vi è anche la volontà della gestante; ma ciò non pare sufficiente a rendere l'I.V.G. una situazione giuridica soggettiva protetta.

In realtà, parrebbe necessaria una distinzione. Altro è un preteso diritto soggettivo di abortire; altro è il diritto di accedere alle strutture competenti per ricevere un'assistenza specializzata; e per verificare, se del caso, la sussistenza dei presupposti che legittimano una richiesta di I.V.G.<sup>(75)</sup> Si tratta, all'evidenza, di due situazioni ben diverse<sup>(76)</sup>.

9. – All'orientamento che attribuisce senz'altro alla gestante un diritto all'I.V.G. si affianca un gruppo di opinioni che non affronta direttamente il tema dell'aborto, ma considera il fenomeno sotto il più generale profilo dell'autodeterminazione spettante alla donna. Dunque non diritto soggettivo ad abortire, ma diritto soggettivo di autodeterminarsi<sup>(77)</sup>. In altre parole, vi sarebbe un «diritto al compimento di una scelta consapevole sulla interruzione di gravidanza»<sup>(78)</sup>, che parrebbe rivestire una natura ambigua tra diritto soggettivo e facoltà. Sotto questo profilo, si rinvia alle critiche esposte *supra*.

L'autodeterminazione della gestante pare invece più correttamente richiamata, da altra parte della giurisprudenza, con riferimento all'art. 1, l. n. 194/1978<sup>(79)</sup>. Il che fornisce un'opportunità per provare a ricostruire le situazioni giuridiche soggettive che da questa legge derivano.

La l. n. 194/1978 costituisce, in capo a diversi soggetti e a favore della donna gestante, una serie di obblighi: di informazione, consulenza, assistenza e riservatezza.

a) *Obblighi di informazione* sono previsti dall'art. 2, comma 1, lett. a) e b), secondo cui i consultori devono informare la donna «sui diritti a lei

<sup>(74)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., p. 128.

<sup>(75)</sup> Cfr. il già citato passo di S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 32: «La legge n. 194 del 1978 considera l'accesso all'interruzione della gravidanza, conformemente a quanto in essa è disposto, come un diritto della donna».

<sup>(76)</sup> Sul punto, v. anche il paragrafo che segue.

<sup>(77)</sup> Cfr. M. RUSSO, *op. cit.*, p. 1393.

<sup>(78)</sup> Così Cass., sez. III, 28 febbraio 2017, n. 5004 (pres. Chiarini, rel. Rubino), in *Pluris*.

<sup>(79)</sup> Cass., sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251 (citata alla nt. 73).

spettanti in base alla legislazione statale e regionale, e sui servizi sociali, sanitari e assistenziali concretamente offerti dalle strutture operanti nel territorio», nonché «sulle modalità idonee a ottenere il rispetto delle norme della legislazione sul lavoro a tutela della gestante»; dall'art. 5, comma 2, secondo cui il medico di fiducia deve informare la gestante «sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie» e dall'art. 14, secondo cui il medico che esegue l'I.V.G. «è tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi, che devono comunque essere attuati in modo da rispettare la dignità personale della donna. In presenza di processi patologici, fra cui quelli relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, il medico che esegue l'interruzione della gravidanza deve fornire alla donna i ragguagli necessari per la prevenzione di tali processi»<sup>(80)</sup>.

Si noti che questi obblighi appaiono particolarmente rilevanti se si considera che la richiesta di I.V.G. deve essere *consapevolmente* formulata dalla gestante. Recependo l'insegnamento della Corte Costituzionale<sup>(81)</sup> e della giurisprudenza<sup>(82)</sup>, col conforto della dottrina<sup>(83)</sup>, l'art. 1, comma 1, l.

<sup>(80)</sup> Sull'art. 2, cfr. per tutti G. FOTI, *Sub art. 2*, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 401 ss.; V. ITALIA, *Sub art. 2*, in G. GALLI-V. ITALIA-F. REALMONTE-M. SPINA-C.E. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 107 ss.

Sull'art. 14, v. per tutti G. GALLI, *Sub art. 14*, in G. GALLI-V. ITALIA-F. REALMONTE-M. SPINA-C.E. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 270 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Sub art. 14*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1676 ss.

<sup>(81)</sup> C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 438 (pres. Flick, rel. Saulle), in *G. cost.*, 2008, p. 4945 ss., con note di R. BALDUZZI-D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, di D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, e di C. CORAGGIO, *Il Consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*; in *F. it.*, 2009, I, c. 1328 ss. (da cui le citazioni). La Consulta, dopo aver definito il «consenso informato» un «diritto della persona» (c. 1329), lo eleva al livello di «principio generale in materia di tutela della salute» (c. 1330).

<sup>(82)</sup> Cfr. per tutte Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791 (pres. Vittoria, est. Scarano), in *Danno e resp.*, 2009, p. 414 ss., con nota di M. GAGLIARDI, *Esercizio di attività sanitaria presso cliniche in convenzione: chi è responsabile?*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2009, I, 540 ss., con nota di L. KLESTA DOSI, *La responsabilità della struttura sanitaria: una conferma della «oggettivazione» della relazione di assistenza a vantaggio della tutela della persona*; Cass., sez. III, 29 settembre 2015, n. 19212 (pres. Russo, est. Scarano), in *Danno e resp.*, 2016, p. 379 ss., con nota di D. FARACE, *Due revirements della Cassazione sul consenso ai trattamenti sanitari?*; Cass., sez. III, 21 aprile 2016, n. 8035 (pres. Vivaldi, rel. Scarano), in *Pluris*.

<sup>(83)</sup> V. per tutti G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 51: «non vi sono dubbi sulla necessità che il consenso, per essere consapevolmente prestato, debba essere pienamente informato»; M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 86: «Commette un illecito il medico che, al di fuori dello stato di

22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) dispone che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»<sup>(84)</sup>. L'I.V.G. integra un trattamento particolarmente invasivo, che elide un'altrui vita umana pure tutelata dall'ordinamento. La prospettiva di un'I.V.G. non preceduta da una puntuale e corretta informazione, anche relativa alle possibili alternative all'aborto, si colloca al di fuori della liceità.

b) *Obblighi di consulenza* sono previsti dall'art. 5, comma 1 a carico di consultori e strutture socio-sanitarie: «Il consultorio e la struttura socio-sanitaria (...) hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti». Al comma 2 troviamo obblighi di consulenza in capo al medico di fiducia della gestante («Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi (...) valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell'esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza») (85).

Vale la pena richiamare l'attenzione sul coinvolgimento della «persona indicata come padre del concepito», subordinato al consenso della donna. La gestante può, a suo insindacabile giudizio, richiedere il coinvolgimento del padre, ovvero escluderlo in radice.

---

necessità dovuto alle oggettive condizioni del paziente, non lo informi adeguatamente sull'attività da intraprendere, sebbene il difetto di informazione non riguardi l'esecuzione della prestazione caratteristica dell'attività medica. Il difetto di informazione non consente di ottenere un consenso (informato e consapevole) dal paziente; e questa circostanza dà luogo ad un illecito, a prescindere dal modo in cui l'intervento è stato eseguito».

<sup>(84)</sup> Per un primo commento a questa legge, sia consentito un rinvio a A.M. GAMBINO-D. FARACE, *Salute e diritti tra autonomia e responsabilità (a proposito delle leggi 24 e 219 del 2017)*, in *La Magistratura*, n. 1/2018, spec. p. 176 ss.

<sup>(85)</sup> Sull'art. 5, cfr. per tutti F. REALMONTE-C.E. TRAVERSO, *Sub art. 5*, in G. GALLI-V. ITALIA-F. REALMONTE-M. SPINA-C.E. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 144 ss.; G. FOTI, *Sub art. 5*, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 428 ss. Si legge a p. 433: «il sanitario avrebbe il diritto (dovere) di "rifiutare" il rilascio del documento o del certificato legalmente previsti una volta constatata l'insussistenza del pericolo per la salute della gestante».

c) *Obblighi di assistenza* nei confronti della gestante sono previsti dall'art. 2, comma 1, lett. d), secondo cui i consultori devono assisterla «contribuendo a far superare le cause che potrebbero indurre la donna all'interruzione della gravidanza»; dall'art. 5, comma 1 («Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, (...) di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto»); dall'art. 9, comma 3, secondo cui l'obiezione di coscienza non esonera il personale sanitario ed ausiliario «dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento»<sup>(86)</sup>.

d) *Obblighi di riservatezza*: oltre all'art. 5 già esaminato *supra*, in base all'art. 21 «Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 326 del codice penale, essendone venuto a conoscenza per ragioni di professione o di ufficio, rivela l'identità – o comunque divulga notizie idonee a rivelarla – di chi ha fatto ricorso alle procedure o agli interventi previsti dalla presente legge, è punito a norma dell'articolo 622 del codice penale»<sup>(87)</sup>.

Parrebbe venire in rilievo un'autodeterminazione della gestante nel senso di un diritto a non essere costretta a concepire, ad abortire, a coinvolgere o ad escludere il padre del concepito in caso di possibile I.V.G.; ad accedere alle strutture competenti per essere adeguatamente informata, consigliata e sostenuta, nel rispetto della riservatezza e senza

<sup>(86)</sup> Sull'obiezione di coscienza *ex art. 9*, cfr. per tutti A. D'ATENA, *Sub art. 9*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1650 ss.; L. EUSEBI, *op. cit.*, p. 173 ss.; G. FOTI, *Sub art. 9*, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 454 ss.; A. MORRESI, *Aborto e obiezione di coscienza: situazione presente e prospettive di intervento*, in [www.umbrianext.it](http://www.umbrianext.it); S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 29 ss.

Preziosa la lettura di COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Parere su Obiezione di coscienza e bioetica*, del 12 luglio 2012, consultabile in <http://bioetica.governo.it/it/cnb/comunicazione/publicazioni/>.

Cfr. altresì C. CASINI-M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *Obiezione di coscienza in sanità. Vademecum*, Siena, 2009 (si legge a p. 3: «prima di essere un problema giuridico, la coscienza individuale è il "sacrario" della persona, ovvero il luogo ove si esprime la tensione fondamentale verso il bene e dove, quindi, viene ultimamente verificato il senso della propria vita»).

<sup>(87)</sup> Sull'art. 21, cfr. per tutti E.R. BELFIORE, *Sub art. 21*, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 500 ss.; G. GALLI, *Sub art. 21*, in G. GALLI-V. ITALIA-F. REALMONTE-M. SPINA-C.È. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 328 ss.; M.L. LOI-M. SANTILLI, *Sub art. 21*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1714 ss.

essere condizionata dalla situazione personale, sociale ed economica; a verificare la sussistenza dei presupposti che legittimano una richiesta di I.V.G. e a vagliare le possibili alternative. In questo significato può fondatamente parlarsi di un diritto all'autodeterminazione, come desunto dall'art. 1, comma 1, l. n. 194/1978, secondo cui lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio. Che si mostra così pienamente in linea con l'art. 31, comma 2, Cost.: «*La Repubblica ... protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*».

La gestante potrebbe comunque tenere il bambino, curandolo e allevandolo, magari con la richiesta di adeguati sostegni. Oppure, proprio in nome del diritto alla vita, la madre potrebbe avvalersi della facoltà riconosciuta dall'art. 30, comma 1, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*), secondo cui «*La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata*». Tale dichiarazione della donna impedisce in radice la costituzione di un rapporto di filiazione, e con esso tutti gli eventuali disagi eventualmente connessi alla sua salute e causati da una maternità non desiderata. Conoscere la possibilità di mettere al mondo un bambino senza affrontare gli obblighi che discendono dallo *status* di madre potrebbe aiutare la gestante a non ricorrere all'I.V.G.<sup>(88)</sup>.

---

<sup>(88)</sup> Sull'art. 30 d.P.R. n. 396/2000, v. per tutti E. BOLONDI, *Sub artt. 28, 29, 30, 31, 32*, in L. BALESTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 895 ss.; M. FACCIOLI, *Titolo VII – Delle registrazioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali*, in A. ZACCARIA-M. FACCIOLI-R. OMODEI SALÈ-M. TESCARO, *Commentario all'Ordinamento dello stato civile. Aggiornato alla Legge 10 dicembre 2012, n. 219* (in materia di riconoscimento di figli naturali), Santarcangelo di Romagna 2013, p. 163 ss. ma spec. p. 182 ss. Cfr. altresì D. FARACE, *Fecondazione eterologa e conoscenza delle proprie origini. Diritto, interesse, aspirazione, bisogno*, in N. CORBO-MAR. NUZZO-F. RICCI (a cura di), *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti in onore del Prof. Lucio Valerio Moscarini*, t. I, Roma 2016, p. 189 ss.