

LA SFIDA SOCIALE DEL DIRITTO PRIVATO TRA ANTICHE
E NUOVE QUESTIONI

*THE SOCIAL CHALLENGE OF PRIVATE LAW BETWEEN OLD
AND NEW ISSUES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 146-167



Rosario
CARRANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Seguendo alcuni spunti di riflessione di Cesare Massimo Bianca sul ruolo del diritto e del giurista, il saggio individua alcune questioni in tema di inizio vita (aborto e procreazione artificiale), in cui è possibile verificare l'adempimento del compito del giurista di fare del diritto uno strumento a servizio dell'uomo, mediante una risposta globale alle sue esigenze di tutela.

PALABRAS CLAVE: Ruolo del giurista; funzione del diritto; giustizia sociale; tutela della persona; interpretazione; ideologia; aborto; procreazione artificiale; solidarietà sociale; autodeterminazione; diritto di informazione; risarcimento del danno.

ABSTRACT: *Following some ideas of Cesare Massimo Bianca on the role of law and the jurist, the essay identifies some issues in terms of early life (abortion and artificial procreation), in which it is possible to verify the fulfillment of the jurist's task of making law an instrument at the service of man, through a global response to his protection needs.*

KEY WORDS: *Role of the jurist; function of law; social justice; protection of the person; interpretation; ideology; abortion; artificial procreation; social solidarity; self-determination; right to information; compensation for damage.*

SUMARIO.- I. IL DIRITTO PRIVATO E LA SFIDA SOCIALE.- 1. L'impegno per la costruzione di una società più giusta.- 2. L'impegno nella ricerca di risposte globali a tutela della persona.- 3. La neutralità ideologica dell'interprete.- 4. L'interpretazione ideologica del giurista e le risposte parziali del diritto: le c.d. materie eticamente sensibili.- **II. ALCUNE QUESTIONI IN TEMA DI INIZIO VITA.-** 1. La questione dell'aborto.- A) Il diritto di informazione e la tutela risarcitoria.- 2. La questione della procreazione artificiale.

I. IL DIRITTO PRIVATO E LA SFIDA SOCIALE.

In un articolo pubblicato nel 1980, sulla rivista "Iustitia", dal titolo "Il diritto privato e la sfida sociale", il Prof. Cesare Massimo Bianca svolgeva alcune importanti riflessioni di carattere generale sul ruolo del diritto privato e dell'interprete in una società caratterizzata da profondi cambiamenti¹.

Il tema del ruolo del giurista assume una particolare rilevanza nel pensiero e nelle opere di Cesare Massimo Bianca e si interseca in maniera inestricabile con l'altro tema della funzione del diritto².

La profondità delle sue riflessioni in merito, inoltre, è tale da garantirne la persistente attualità e, quindi, l'interesse per il giurista di oggi, offrendo, allo stesso tempo, l'occasione per fare il punto della situazione a distanza di oltre 40 anni in un contesto socio-culturale profondamente mutato rispetto a quell'epoca.

I. L'impegno per la costruzione di una società più giusta.

Proprio partendo da alcune considerazioni in ordine alla funzione del diritto, e in particolare del diritto privato, il Maestro giunge ad attribuire a quest'ultimo una funzione sociale che definisce in termini di "sfida". Precisamente, la "sfida sociale" del diritto privato viene intesa non già in termini di "lotta sociale"³ bensì come un "impegno" per la giustizia.

1 BIANCA, C.M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", *Iustitia*, 1980, p. 213, ora in BIANCA, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, 2002, pp. 141 ss.

2 Sul ruolo del giurista, come uno dei messaggi principali e fondamentali lasciati in eredità dal Prof. Cesare Massimo Bianca, si sofferma anche Mirzia Bianca, fedele custode ed interprete del pensiero del Maestro, che non esita ad utilizzare la più incisiva espressione di "missione" del giurista: cfr. BIANCA, M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", *www.rivistafamilia.it*, pp. 125-126.

3 BIANCA, C.M.: "Il diritto ", cit., p. 146, ove precisa che occorre respingere "ogni suggestione di una utilizzazione del diritto in chiave di lotta sociale".

• **Rosario Carrano**

Magistrato ordinario, Tribunale di Rieti (ITA). E-mail: rosario.carrano@gjustizia.it.

Il Maestro, infatti, avvertiva nitidamente “la consapevolezza che il diritto si pone come uno strumento per la costruzione di una società giusta”⁴ e “la giustizia che la società di oggi reclama più apertamente è la giustizia che si esprime nella tutela prioritaria della persona umana quale valore ultimo al quale tutti i rapporti sociali sono ordinati”⁵.

Non si può non evidenziare la perfetta corrispondenza di tale impostazione con la nozione di giustizia consegnataci dalla tradizione secondo cui “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”⁶.

A tal proposito, infatti, il Professore ha avuto modo di precisare che “La ricerca della giustizia è allora un ‘impegno giuridico’ che deve essere assolto dando a ciascuno ciò che gli spetta come diritto inviolabile” e che “La costante ricerca di ciò che è moralmente dovuto è allora alla base dell’operare secondo giustizia. L’idea della giustizia come impegno continuo è mirabilmente espressa nella nota definizione di Ulpiano, dove il ‘ius’ non è da intendere come il dato offerto al giurista ma come il risultato della sua ricerca su ciò che a ciascuno è dovuto secondo il senso del giusto”⁷.

Tale impegno rappresenta il vero compito dell’interprete che è quello di “fare del diritto uno strumento a servizio dell’uomo, e quindi uno strumento di giustizia sociale”⁸.

Tuttavia, ciò che in Cesare Massimo Bianca colpisce più di ogni altra cosa, non è tanto l’ideale di giustizia in sé, quanto piuttosto il fatto che tale ideale in lui si sia tradotto in vera e propria realtà: l’idea della giustizia sociale come fine del diritto⁹, espressa in questo e in altri scritti, non è rimasta confinata nell’ambito astratto delle idee, ma in Cesare Massimo Bianca si è concretizzata in un personale e costante impegno morale e professionale per la costruzione di un più giusto diritto privato e, in definitiva, per una società più giusta.

4 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., p. 145: “Ma proprio questa consapevolezza sembra manchi alla nostra dottrina che continua a rivendicare la sua non contaminazione ideologica ignorando l’impegno che la società le chiede”.

5 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., p. 144.

6 D. I.1.10 pr.: La giustizia consiste nella costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto.

7 BIANCA, C.M.: “Riflessioni di un civilista sul diritto naturale”, in P. SIRENA (a cura di), *Oltre il “positivismo giuridico”*, in onore di A. Falzea, Napoli, 2011, p. 45.

8 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., p. 146.

9 Cfr. BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., p.144: identificare il fondamento del diritto nella giustizia sociale significa, in definitiva, porre la stessa persona umana come fine ultimo di tutto l’ordinamento giuridico. Come ben evidenziato dal Maestro, infatti, porre la giustizia sociale come fondamento del diritto significa “riconoscere che il diritto è in funzione della tutela dell’uomo e quindi dei suoi interessi essenziali di rispetto della persona e di solidarietà”.

La dimostrazione più evidente di quella costante volontà di “dare a ciascuno il suo” (“suum cuique tribuere”) la si rinviene nel suo continuo impegno per “un più giusto diritto di famiglia”¹⁰.

A tal proposito, infatti, basti ricordare come il Maestro, sin dal 1967, avanzò la proposta di eliminare ogni diversità di trattamento tra figli legittimi e naturali, affermando decisamente che “una delle più pressanti esigenze morali” riguarda la “equiparazione dello stato di figlio naturale allo stato di figlio legittimo. Si tratta di un principio che non trova piena corrispondenza nel comune sentire: la sua affermazione non può nascere quindi da un’indagine sociologica ma da un’istanza di giustizia proposta alla società”¹¹.

Questa istanza di giustizia sociale ha dovuto attendere altri 45 anni prima di trovare compimento con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 (c.d. riforma Bianca), che ha finalmente introdotto il principio della unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.).

Non c’è dubbio che questa vicenda rappresenti uno degli esempi più eloquenti di quella “costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto” che, nel caso di specie, si è tradotta in un personale impegno morale e professionale durato quasi mezzo secolo.

2. L'impegno nella ricerca di risposte globali a tutela della persona.

Nel pensiero di Cesare Massimo Bianca, inoltre, la ricerca della giustizia si specifica nella ricerca di risposte globali orientate alla tutela della persona e, con riguardo al ruolo dell’interprete, in una interpretazione delle norme orientata a tal fine.

In particolare, movendo dall’individuazione del compito dell’interprete consistente nel “fare del diritto uno strumento a servizio dell’uomo, e quindi uno strumento di giustizia sociale”, il Maestro specificava che “questo impegno significa che dal diritto ci attendiamo risposte globali, anche se non definitive, all’esigenza di rispetto e di solidarietà della persona umana”¹². Tale impegno, inoltre, “significa ancora che ciascuno, nel suo ruolo, deve contribuire a dare queste risposte, e che l’interprete deve allora adeguare per quanto possibile le norme che interpreta ai principi costituzionali che esprimono il valore prioritario dell’uomo”¹³.

10 Così il titolo di un suo saggio: BIANCA, C.M.: “Verso un più giusto diritto di famiglia”, *Iustitia*, 2012, p. 237 ss.

11 Cfr. BIANCA, C.M.: “Lo psedo-riconoscimento dei figli adulterini”, in *La riforma del diritto di famiglia* (Atti del I Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione «Giorgio Cini» nei giorni 30 aprile-1° maggio 1967), Padova 1967, p. 183 ss.

12 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., p. 146.

13 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., p. 146.

Per indicare qualche esempio della necessità di “quelle risposte globali che a volte si intravedono incompiutamente nei programmi politici e che la dottrina non riesce neppure a prospettare”, venivano richiamate alcune tematiche, quali l'aborto, il problema della casa e dell'abitazione ed, infine, il tema dell'adozione.

Colpisce, in particolare, il riferimento alla questione dell'aborto: “La battaglia sul divieto penale dell'aborto appare del tutto inutile di fronte ad una realtà dell'aborto clandestino che il divieto penale non è certo riuscito ad evitare e neppure a frenare. Bisognava e bisogna, piuttosto, chiedersi quale concreta solidarietà sia possibile offrire alla donna spinta ad abortire per le sue circostanze personali o per le sue condizioni socio-economiche. Di questo la dottrina non si è minimamente preoccupata”¹⁴.

Appare evidente qui il rimprovero mosso nei confronti di quella dottrina positivista che, preoccupata di non veder contaminata la scienza giuridica da valutazioni etiche e sociali, disattende pienamente quell'impegno a “fare del diritto uno strumento a servizio dell'uomo” finendo altresì per accentuare il distacco tra la lettera della legge e la realtà sociale.

A tal proposito, altrettanto eloquente è il prosieguo del discorso su questo punto: “Abbiamo una legge la quale prevede che la donna deve essere fatta consapevole dei suoi diritti di lavoratrice e di madre, e degli aiuti che essa potrà ricevere, senza dirci tuttavia quali siano questi diritti e questi aiuti. Il silenzio sta piuttosto ad indicare che non vi sono né diritti né aiuti e che la donna deve risolvere da sé il suo problema”¹⁵.

Colpisce ancora, la perdurante attualità delle critiche avanzate in tema di adozione, sebbene trattavasi allora di adozione speciale, con riguardo alla mancanza di sostegni economici alla famiglia di origine del minore tali da consentire a quest'ultimo di poter crescere nella propria famiglia: “qui il silenzio della dottrina diviene ancora più significativo se si tiene presente che abbiamo una legge dello Stato che sancisce il diritto dei genitori a ricevere dalla comunità i mezzi per risolvere i loro compiti (art. 30² Cost.)”¹⁶.

E proprio con riferimento a quest'ultima questione, il Maestro concludeva sottolineando ancora una volta l'esigenza di una risposta globale di giustizia sociale: “Ecco dunque ancora un esempio della necessità di una risposta globale o quanto

14 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., pp. 146-147.

15 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., p. 147.

16 Anche in questo caso, l'impegno di Cesare Massimo Bianca per un diritto più giusto si è concretizzato con la riforma della filiazione (legge n. 219 del 2012 e d.lgs. 154 del 2013), che ha introdotto l'art. 79 bis nella legge sull'adozione (l. n. 184 del 1983), il quale prevede che: “il giudice segnala ai comuni le situazioni di indigenza di nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia”.

meno della necessità di porre il problema di una risposta globale orientata alla tutela della persona”¹⁷.

3. La neutralità ideologica dell'interprete.

La riflessione del Maestro, però, non si è fermata alla mera constatazione del fallimento del diritto e del giurista nel fornire risposte parziali e non globali alle esigenze di tutela della persona, ma si è spinta anche all'individuazione delle cause che ne sono alla base, sinteticamente individuate nella c.d. neutralità ideologica dell'interprete.

Alla radice di questo fallimento del giurista, secondo il Professore, vi è la concezione, tipica di certa dottrina positivista, secondo la quale il giurista dovrebbe assumere un ruolo di neutralità ideologica nei confronti delle realtà metagiuridiche.

A ben vedere, infatti, la critica del Maestro è rivolta non tanto alla ingiustizia della legge, quanto piuttosto al ruolo dell'interprete che, nell'interpretare la legge, spesso disattende il suo compito di cercare una risposta integrale alle esigenze di tutela della persona.

Più precisamente, la critica è rivolta a quell'esasperato positivismo normativo in base al quale “il ruolo del giurista e la sua stessa affidabilità dipenderebbero proprio dalla sua capacità di non farsi portatore di alcuna ideologia che non sia quella del rispetto della legge”.

A tal riguardo, occorre subito precisare che il riferimento alla “ideologia” che dovrebbe guidare il giurista nell'interpretazione della legge deve essere correttamente inteso come un rimando a quell'insieme di valori giuridici e metagiuridici di cui l'interprete dovrebbe farsi portatore.

Sul punto, infatti, è lo stesso Professore che, in altra occasione, rivolgendosi ai giovani, ha sottolineato che “il diritto è una realtà umana affidata alle loro azioni e alle loro coscienze, cioè, in definitiva, ai loro ideali politici, sociali, morali, religiosi. Nella capacità di trovare e credere in questi ideali e di farli valere attraverso il diritto, sono riposte, più che in una incondizionata fede nel precetto legislativo, le speranze della società”¹⁸.

Tali ideali, nel pensiero di Cesare Massimo Bianca, devono essere individuati fondamentalmente nei principi di uguaglianza, di solidarietà e di giustizia sociale,

17 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., p. 148.

18 BIANCA, C.M.: “L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale”, in *Studi in onore di Zingali*, III, Milano, 1965, p. 159; *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 478 ss.; *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. I, cit., p. 3 ss.

una triade che non a caso viene definita da Mirzia Bianca come la “piattaforma ideologica” del suo pensiero¹⁹.

4. L'interpretazione ideologica del giurista e le risposte parziali del diritto: le c.d. materie eticamente sensibili.

Ciò posto, è interessante constatare come ancora oggi la presenza di risposte parziali da parte del diritto alle esigenze di tutela della persona nella sua globalità siano dovute proprio ad una non corretta impostazione ideologica di fondo da parte dell'interprete.

Ciò emerge oggi con particolare evidenza soprattutto nell'ambito delle materie c.d. eticamente sensibili. Si tratta, infatti, di ambiti in cui è più facile constatare l'esistenza di alcune interpretazioni “ideologiche” delle norme di riferimento.

In questo senso, però, il termine “ideologia” assume un'accezione prettamente negativa. Il riferimento alla “ideologia”, infatti, deve essere qui inteso non già in positivo, come l'espressione di determinati ideali, quanto piuttosto in negativo, come l'assolutizzazione di una determinata idea che si traduce in una prevalenza assoluta di un interesse rispetto ad ogni altro, finendo così per realizzare un contemperamento non equo tra contrapposte esigenze in conflitto tra loro.

A tal riguardo, può essere senz'altro ripresa l'efficace espressione di “tirannia dei diritti” utilizzata dalla Corte costituzionale²⁰ e poi anche dalla Suprema Corte di Cassazione²¹, con la quale si è voluto indicare in maniera sintetica quel

19 Cfr. il bellissimo contributo di BIANCA, M.: “Il diritto”, cit., p. 126, la quale evidenzia la “particolare sensibilità per i valori di giustizia sociale, uguaglianza e solidarietà, tasselli di quella che mi piace chiamare la piattaforma ideologica del Suo pensiero. Chiaramente questi valori sono l'humus di tutti i Suoi scritti, anche se hanno trovato più piena espressione nel diritto di famiglia. Inoltre proprio in questo settore del diritto civile mio padre ha portato a pieno compimento la Sua idea sul ruolo del giurista, ruolo che nella Sua prospettiva era da intendersi più propriamente come una vera e propria “missione” per la realizzazione dei principi di giustizia, uguaglianza e solidarietà”.

20 Cfr. C. cost. n. 85 del 2013 (sul caso Ilva di Taranto): “Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. [...] La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

21 Cfr., ad es., Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, con riguardo all'interesse del minore: “In effetti, il principio dell'interesse del minore “da solo non può essere decisivo” (in tal senso, Corte Edu, 3 ottobre 2014, Jeunesse c. Olanda, P. 109): altrimenti, tale diritto diventerebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono nel loro insieme la tutela della sua dignità; infatti, tutti i diritti costituzionalmente protetti si trovano in rapporto di integrazione

bilanciamento non equilibrato di contrapposti interessi, determinato appunto dalla prevalenza assoluta di un diritto rispetto ad un altro in conflitto.

In quest'ottica, quindi, deve oggi rivendicarsi una rinnovata "neutralità ideologica" dell'interprete nelle tematiche c.d. eticamente sensibili al fine di individuare quell'equo bilanciamento tra contrapposti interessi in conflitto, di non facile realizzazione.

Sull'esempio del Maestro, quindi, si vuole cercare di individuare alcune questioni in cui ciò può risultare più evidente, con particolare riguardo alla tematica del c.d. inizio vita.

II. ALCUNE QUESTIONI IN TEMA DI INIZIO VITA.

I. La questione dell'aborto.

Come è noto, la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza ha introdotto nel nostro ordinamento un diritto ad abortire, al ricorrere delle condizioni di legittimità previste dalla stessa legge²². L'opinione oggi largamente diffusa è quella ritenere che tale diritto sia espressione del più ampio diritto di autodeterminazione della donna, tutelando così l'interesse di quest'ultima ad interrompere gravidanze non desiderate. Tale interpretazione, inoltre, si fonda sull'idea secondo la quale l'oggetto della tutela giuridica sarebbe rappresentato in ultima analisi dalla libertà di autodeterminazione della donna.

A ben vedere, tuttavia, si tratta di una interpretazione "ideologica", nel senso sopra chiarito, dal momento che si tende ad assolutizzare il principio di autodeterminazione, a discapito degli altri principi e valori presi in considerazione dalla legge, con la conseguenza, inoltre, di fornire una risposta parziale ed incompleta alle esigenze di tutela della donna.

Una risposta globale, infatti, implica ben altre soluzioni, che vanno al di là della mera tutela della sua libertà, richiedendo invece delle concrete risposte di solidarietà sociale nei suoi confronti: la sfida sociale del diritto privato si gioca proprio qui, tra risposte parziali e risposte globali orientate alla tutela della persona.

reciproca e sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco (Corte cost. n. 85 del 2013, n. 10 del 2015, n. 63 del 2016)".

22 Cfr. Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, che parla di "un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza", ritenendo che la legge in questione abbia "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".

Innanzitutto, dal punto di vista metodologico, occorre osservare che il suddetto procedimento esegetico non prenda le mosse dalla lettera e dallo spirito della legge, bensì parta dall'idea predominante secondo cui ciò che bisogna tutelare è l'autodeterminazione della donna, a prescindere da quello che la stessa legge dice. Ciò risulta dimostrato già dal semplice fatto che si tratta di una idea che non trova nessun fondamento normativo nella legge n. 194 del 1978. Si tratta, quindi, di un evidente esempio di approccio ideologico ad una questione eticamente sensibile.

Movendo, invece, dal chiaro tenore delle disposizioni normative, si deve in primo luogo evidenziare come in nessun punto del testo legislativo sia dato rinvenire alcun riferimento al concetto di autodeterminazione della donna.

Inoltre, emerge con palese evidenza che tutto l'impianto normativo in questione si regge sul doppio pilastro della tutela del diritto alla vita del concepito e del diritto alla salute della donna, che rappresentano i due contrapposti interessi in conflitto.

In particolare, l'art. 4, nel fissare le condizioni di liceità dell'interruzione della gravidanza nei primi novanta giorni, in mancanza delle quali l'aborto rimane pur sempre un reato²³, prevede la necessaria sussistenza di circostanze da cui potrebbe derivare "un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica", mentre, dopo i novanta giorni (c.d. aborto terapeutico), è necessaria la sussistenza di un "grave pericolo" per la vita o la salute della donna²⁴ e, laddove sussista anche la possibilità

23 Cfr. art. 19, legge 22 maggio 1978, n. 194: "Chiunque cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 5 o 8, è punito con la reclusione sino a tre anni.

La donna è punita con la multa fino a lire centomila.

Se l'interruzione volontaria della gravidanza avviene senza l'accertamento medico dei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'articolo 6 o comunque senza l'osservanza delle modalità previste dall'articolo 7, chi la cagiona è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi.

Quando l'interruzione volontaria della gravidanza avviene su donna minore degli anni diciotto, o interdetta, fuori dei casi o senza l'osservanza delle modalità previste dagli articoli 12 e 13, chi la cagiona è punito con le pene rispettivamente previste dai commi precedenti aumentate fino alla metà. La donna non è punibile.

Se dai fatti previsti dai commi precedenti deriva la morte della donna, si applica la reclusione da tre a sette anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da due a cinque anni; se la lesione personale è grave questa ultima pena è diminuita.

Le pene stabilite dal comma precedente sono aumentate se la morte o la lesione della donna derivano dai fatti previsti dal quinto comma".

24 Cfr. art. 6, legge 22 maggio 1978, n. 194: "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". In giurisprudenza, cfr. ad es., Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251: "in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, requisito imposto dall'art. 6, lett. b), della l. n. 194 del 1978 per far luogo all'interruzione della gravidanza dopo i primi 90 giorni dal suo inizio, sicché, non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto, dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale non può derivare un danno risarcibile".

di vita autonoma del feto, l'aborto è consentito solo nel caso di grave pericolo di morte della madre²⁵.

Nei primi novanta giorni di gravidanza, inoltre, il pericolo di pregiudizio all'integrità psico-fisica della donna, può essere collegato non solo al suo stesso stato di salute, ma anche ad altre situazioni espressamente previste dal medesimo art. 4, quali le sue condizioni economiche, sociali, familiari, le circostanze in cui è avvenuto il concepimento oppure previsioni di anomalie o malformazioni del concepito²⁶.

Pertanto, al fine di ritenere lecito il ricorso all'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni, non è sufficiente l'esistenza di una delle suddette condizioni personali della donna, circostanze del concepimento o malformazioni del concepito, essendo altresì necessario che tali condizioni e circostanze incidano effettivamente sullo stato di salute della donna stessa.

Ciò, infatti, viene espressamente ribadito dalla medesima legge, laddove impone ai soggetti competenti di attivarsi per trovare possibili soluzioni alternative all'aborto "specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante" (cfr. art. 5)²⁷.

Sulla base di tale impostazione, quindi, la facoltà abortiva, lungi dal tutelare il mero interesse della donna a non avere gravidanza indesiderate, rappresenta piuttosto un mezzo di tutela del diverso diritto alla salute della stessa.

25 Cfr. art. 7, comma 3, legge 22 maggio 1978, n. 194: "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 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto".

26 Cfr. art. 4, legge 22 maggio 1978, n. 194: "Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, 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 ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975, n. 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia".

27 Cfr. art. 5, legge 22 maggio 1978, n. 194: "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 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, 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".

Analogo compito spetta al medico di fiducia, il quale, insieme alla donna, valuta "le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie" (cfr. art. 5, comma 2).

La diversità di impostazione non è meramente teorica ma implica rilevanti conseguenze sul piano pratico, con particolare riguardo alla tutela risarcitoria.

Oggi, infatti, si riconosce pacificamente un diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata interruzione della gravidanza per fatto imputabile al medico che abbia colposamente omesso di diagnosticare o di informare compiutamente la donna di una grave malformazione del feto (c.d. danno da nascita indesiderata).

Orbene, escludendo il diverso caso in cui la condotta colposa del medico abbia cagionato direttamente un danno al concepito, nel caso in cui, invece, tale condotta omissiva abbia solamente impedito alla donna di poter ricorrere all'interruzione della gravidanza, la conseguenza logica sul piano giuridico dovrebbe essere quella di ritenere il medico responsabile solamente del danno alla salute psico-fisica effettivamente subito dalla donna per la mancata interruzione della gravidanza.

Oggi, invece, in tema di danno da c.d. nascita indesiderata, si assiste ad un orientamento giurisprudenziale che include nell'ambito dei danni risarcibili anche i pregiudizi patrimoniali consistenti nelle spese di cura, di assistenza e di mantenimento del figlio malformato, fino a ricomprendervi le spese per l'adeguamento della propria abitazione alla condizione di invalidità del figlio²⁸.

A ben vedere, però, il presupposto logico giuridico di un simile orientamento è rappresentato dal fatto per cui il bene giuridico tutelato dalla legge sull'interruzione della gravidanza non è più il diritto alla salute della donna, bensì il suo diritto di autodeterminazione.

Se così non fosse, infatti, non troverebbe alcuna giustificazione il risarcimento dei danni patrimoniali conseguenti al mancato aborto, quali il pregiudizio economico per la diminuzione dell'attività e del reddito professionale del genitore la cui vita è stata stravolta dalla nascita di un figlio disabile, oltre alle spese di cura, di assistenza del figlio malformato, nonché le spese straordinarie di adeguamento dell'abitazione, fino ad arrivare alle ordinarie spese di mantenimento del figlio stesso.

Si tratta, infatti, di pregiudizi patrimoniali che nulla hanno a che fare con la tutela del diritto alla salute della donna, essendo piuttosto riferiti alla lesione del diverso diritto alla sua autodeterminazione²⁹.

²⁸ Cfr. Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2020, n. 13881.

²⁹ Come già evidenziato, infatti, la tutela della libertà di autodeterminazione della donna non trova nessun fondamento normativo nella legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. La ratio della legge 22 maggio 1978, n. 194, infatti, lo si ripete ancora, non è quella di tutelare l'autodeterminazione della donna, bensì la sua integrità psico-fisica.

Inoltre, l'estensione della tutela risarcitoria alla lesione della libertà di autodeterminazione della donna, finisce per addossare ingiustamente al medico responsabile il risarcimento di ingenti danni patrimoniali che non sono però causalmente ricollegabili al suo inadempimento, violando così il principio del risarcimento del danno effettivo³⁰.

Deve ritenersi, quindi, che, nella specifica fattispecie in esame, l'unico danno che la madre possa reclamare a causa del mancato aborto per fatto imputabile al medico, sia rappresentato dal pregiudizio alla propria salute psico-fisica³¹.

A) Il diritto di informazione e la tutela risarcitoria.

Come già accennato, una risposta globale all'esigenza di tutela della donna in gravidanza richiede ben altre soluzioni, che non si limitano all'alternativa tra aborto e sua tutela risarcitoria, ma richiedono invece delle concrete risposte di solidarietà sociale nei suoi confronti.

Occorre muovere dalla constatazione che, normalmente, di fronte al dramma di una gravidanza difficile, la prima e più facile soluzione che si prospetta alla donna è solamente quella dell'interruzione della gravidanza, quando invece è la stessa legge n. 194 del 1978 ad impegnare tutti i soggetti coinvolti nel fare tutto il possibile per trovare delle soluzioni alternative all'aborto, cercando altresì di rimuovere le cause che potrebbero spingere una donna verso tale decisione.

L'art. 2 della legge n. 194 del 1978, prevede che i consultori familiari, istituiti dalla legge 29 luglio 1975, n. 405, assistono la donna in gravidanza "informandola sui diritti a lei spettanti" (art. 2, lett. a) sia come madre che come lavoratrice (art. 2, lett. b), attuando ulteriori interventi speciali in suo sostegno (art. 2, lett. c),

30 Invero, l'estensione del danno risarcibile in tema di mancato aborto sta piuttosto ad indicare l'esistenza di una funzione suppletiva dei rimedi privatistici rispetto agli interventi pubblicistici che lo Stato e i vari enti competenti dovrebbero farsi carico: il medesimo rilievo, sebbene in diversa fattispecie, viene fatto da Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., secondo cui "il contrario indirizzo giurisprudenziale e dottrinario, favorevole alla riconoscibilità di una pretesa risarcitoria del nato disabile verso il medico, pur se palesi un'indubbia tensione verso la giustizia sostanziale, finisce con l'assegnare, in ultima analisi, al risarcimento del danno un'impropria funzione vicariale, suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale: in particolare, equiparando quoad effectum l'errore medico che non abbia evitato la nascita indesiderata, a causa di gravi malformazioni del feto, all'errore medico che tale malformazione abbia direttamente cagionato: conclusione, che non può essere condivisa".

31 Sul punto, cfr. anche Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in tema di c.d. danno da nascita indesiderata, che ha solo accennato alla questione: "Esclusa, infatti, la configurabilità di un danno in re ipsa - quale espressamente prospettato dai ricorrenti - occorre che la situazione di grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, L. n. 194 del 1978, ex art. 6, lett. b), (danno potenziale), si sia poi tradotta in danno effettivo, eventualmente verificabile anche mediante consulenza tecnica d'ufficio. Esula, altresì, dal thema decidendum di questa fase di legittimità il problema dell'identificazione dell'eventuale pregiudizio, legato da vincolo causale immediato e diretto, al fatto colposo dei sanitari (artt. 1223 e 2056 c.c.): se limitato allo stesso danno alla salute prefigurato ex ante quale causa permmissiva dell'interruzione di gravidanza - restando cioè interno alla fattispecie di cui all'art. 6, in considerazione della natura eccezionale della norma - o se sia esteso a tutti danni-conseguenza riconducibili, in tesi generale, all'ordinaria responsabilità aquiliana".

nonché “contribuendo a far superare le cause che potrebbero indurre la donna all'interruzione della gravidanza” (art. 2 ,lett. d).

L'art. 5, inoltre, assegna al consultorio familiare e alla struttura socio sanitaria “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 [...] 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”.

Analogo compito spetta al medico di fiducia, il quale, insieme alla donna, valuta “le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie” (cfr. art. 5, comma 2).

Non serve aggiungere altre parole di fronte ad un chiaro dettato legislativo che esprime in maniera evidente la necessità di un grande impegno solidale verso la donna.

Ora, se compito del giurista è quello di “fare del diritto uno strumento a servizio dell'uomo”, allora, nella materia in questione, sarà suo compito quello di offrire una interpretazione della legge che si ponga in linea con quell'obiettivo di fornire risposte globali alle esigenze di tutela della persona.

L'interruzione della gravidanza, di per sé, non rappresenta certo una risposta globale alle esigenze di tutela della donna che deve affrontare una gravidanza, un parto o una maternità difficile. Di fronte a tale situazione, l'offerta dell'aborto è senz'altro la risposta più facile, veloce ed economicamente più conveniente, ma certamente non è la risposta più giusta che si può offrire.

In tal senso, quindi, va custodito l'insegnamento del Prof. Cesare Massimo Bianca che dell'impegno morale e professionale per una società più giusta ne ha fatto il suo movente fondamentale: risuonano ancora attuali le parole del Maestro quando avvertiva il giurista che “bisogna, piuttosto, chiedersi quale concreta solidarietà sia possibile offrire alla donna spinta ad abortire per le sue circostanze personali o per le sue condizioni socio-economiche. Di questo la dottrina non si è minimamente preoccupata”³².

32 BIANCA, C.M.: “Il diritto”, cit., pp. 146-147.

Concretizzando il discorso, per fare un esempio di quale potrebbe essere il ruolo dell'interprete di fronte ad una legge sull'interruzione della gravidanza com'è quella attualmente vigente, si potrebbe pensare appunto ad un impegno del giurista di cercare una soluzione ermeneutica che valorizzi il diritto all'informazione della donna in gravidanza³³, riconoscendone una tutela risarcitoria non solo quando l'informazione sia finalizzata all'interruzione della gravidanza, ma piuttosto, quando essa sia, al contrario, finalizzata alla prosecuzione della stessa³⁴.

Come detto, infatti, oggi si parla molto del diritto al risarcimento del danno in capo alla donna per l'omessa informazione da parte del medico in ordine alle malformazioni del feto, la quale avrebbe esercitato la facoltà di abortire se fosse stata correttamente informata³⁵ (c.d. danno da nascita indesiderata³⁶).

Non si parla, invece, del diritto al risarcimento del danno in capo alla donna in gravidanza per l'omessa informazione da parte dei soggetti competenti in ordine a tutti gli aiuti e i diritti che le spettano, informazioni che, ove fossero state correttamente fornite, avrebbero indotto la donna a non abortire.

33 La rilevanza di un generale dovere informativo del medico, viene confermata anche dall'art. 14, legge 22 maggio 1978, n. 194: "Il medico che esegue l'interruzione della gravidanza 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".

34 Secondo l'impostazione qui seguita, quindi, da un lato, occorrerebbe limitare la tutela risarcitoria esclusivamente ai pregiudizi derivanti dalla lesione all'integrità psico-fisica della donna (nel caso di danno da c.d. nascita indesiderata) e, dall'altro, lato, occorrerebbe ampliare il rimedio risarcitorio alle ipotesi di omessa informazione sulle soluzioni alternative all'aborto, che, ove fornite, avrebbero indotto la donna a non abortire (si potrebbe parlare, qui, per usare la stessa, seppur infelice terminologia, di un danno da aborto indesiderato o da mancata nascita).

35 Sul tema v. Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.: "in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà di interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite "praesumptio hominis", in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale".

36 Per una critica all'espressione "nascita indesiderata", v. Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2020, n. 13881: "occorre puntualizzare che il diritto del quale in questa sede si chiede tutela è il diritto al risarcimento dal danno da privazione della facoltà di esercitare una consapevole scelta se effettuare o no un aborto terapeutico. Appare più corretto qualificare infatti in questi termini il diritto al risarcimento dei danni in caso di privazione del diritto della madre, conseguente alla omessa informazione sulla esistenza di malformazioni del feto tali da consentire l'accesso all'aborto terapeutico, piuttosto che nei termini di "danno da nascita indesiderata", talvolta usati, alquanto brutali e che non danno conto con sufficiente rispetto della sofferenza che c'è dietro sia alla scelta di procedere consapevolmente nella gravidanza che darà luogo alla nascita di un bambino menomato, sia alla scelta di interromperla". A tale condivisibile rilievo, sia consentito aggiungere che l'espressione "danno da nascita indesiderata" sta a significare che il nato, sebbene malformato, è un "danno" per i propri genitori e che la sua nascita non è desiderata da questi ultimi: sul punto, occorre osservare come non solo l'uso di tale terminologia, ma anche la stessa azione risarcitoria esperita dai genitori, sia lesiva della dignità della persona umana, nella specie del figlio nato malformato.

La stessa legge 22 maggio 1978, n. 194, in particolare, riconosce in capo alla donna in gravidanza un diritto di informazione in ordine a tutte le possibili opzioni che l'ordinamento riconosce a tutela della madre e del concepito, come alternativa all'interruzione della gravidanza.

Precisamente, l'art. 2 della stessa legge prevede che i consultori familiari, istituiti dalla legge 29 luglio 1975, n. 405, assistono la donna in gravidanza "informandola sui diritti a lei spettanti".

L'ordinamento, infatti, riconosce una serie di aiuti e sostegni di tipo economico e sociale alla donna che voglia proseguire la gravidanza, fino ad arrivare ad alcuni strumenti che consentono di tutelare la vita nascente anche nell'estrema ipotesi in cui la donna rifiuti il proprio figlio.

Tra questi ultimi, occorre segnalare innanzitutto il diritto della madre all'anonimato (art. 30, comma 1, d.P.R. 3 novembre 2000), avente rilievo costituzionale, in quanto volto a tutelare la vita del nascituro e la salute della madre (cfr. Corte cost. n. 278 del 2013)³⁷.

In secondo luogo, deve ritenersi che rientrino nell'ambito delle informazioni da garantire alla donna in gravidanza anche quelle relative alle iniziative nascenti dalla società civile specificatamente rivolte a tal fine, espressione di quel principio di sussidiarietà orizzontale che i vari enti, tra cui anche lo Stato, sono tenuti a

37 Sul tema, v. di recente Cass. 22 settembre 2020, n. 19824: "il diritto della madre a mantenere l'anonimato al momento del parto - invocato, nel caso di specie, dalla ricorrente per impedire l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della propria madre premorta - trova il proprio riconoscimento nel nostro ordinamento in una pluralità di norme che, integrandosi tra loro, ne consentono la tutela nel modo più ampio:

- il D.P.R. 3 novembre 2000, art. 30, comma 1, 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";

- il D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, comma 1 (codice in materia di dati personali), secondo cui "il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 30, comma 1, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento";

- La L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 28, comma 7, secondo cui "L'accesso alle informazioni non è consentito se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non voler essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo";

- l'allegato del D.M. 16 luglio 2001, n. 349, prescrive in caso di donna che vuole partorire in anonimato (figlio non riconosciuto o di filiazione ignota) che si deve indicare il codice 999 per "Donna che non vuole essere nominata".

Il diritto della madre all'anonimato è stato oggetto anche di un intervento della Consulta, che nella sentenza n. 278/2013, nel riconoscerne il fondamento costituzionale, ha evidenziato che riposa sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per se stessa, la genitorialità naturale".

favorire³⁸. Si pensi, ad es., alle numerose associazioni e movimenti per la vita presenti sul territorio che offrono un supporto specifico e competente a tutela della donna e del bambino.

Infatti, deve ritenersi che il favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà" c.d. orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), rappresenti uno dei compiti dello Stato (art. 3 Cost.) volti a rimuovere quegli ostacoli che di fatto impediscono alla donna di rendersi pienamente consapevole delle responsabilità connesse alla procreazione.

L'estensione dell'obbligo informativo anche a tali contenuti, quindi, costituisce un modo specifico con cui lo Stato garantisce il "diritto alla procreazione cosciente e responsabile" (art. 1, legge n. 194 del 1978), che non si identifica con il diritto della donna ad abortire, ma al contrario, consiste nel diritto ad avvalersi di tutti quei servizi di assistenza, educazione e informazione che rientrano tra le finalità tipiche dei consultori familiari, appositamente istituiti a tal fine (cfr. legge 29 luglio 1975, n. 405) e che è evidentemente teso a tutelare in via preventiva "la vita umana fin dal suo inizio" (cfr. art. 1, cit.), non già a tutelare in via successiva l'autodeterminazione della donna³⁹.

2. La questione della procreazione artificiale.

Restando sempre nell'ambito delle questioni relative al c.d. inizio vita, una delle tematiche che oggi risulta essere maggiormente problematica, per i fini che qui interessano, è senz'altro quella della procreazione artificiale.

Anche questo, infatti, rappresenta un ambito paradigmatico nel quale, dall'analisi delle risposte che vengono date al problema che si cerca di risolvere, si può facilmente verificare se ci troviamo di fronte ad una "una risposta globale

38 Tra queste, inoltre, rientra anche quella meritoria opera di volontariato che, riprendendo una secolare tradizione, ha istituito le c.d. culle per la vita (cfr. sul punto www.culleperlavita.it), finalizzate ad accogliere in sicurezza e riservatezza i figli nati da donne che non possono o non vogliono tenerlo, avviandoli poi all'adozione.

39 Invero, l'unico riferimento implicito ed indiretto al concetto di autodeterminazione procreativa, lo si può rinvenire nello stesso art. 1, laddove si specifica che l'aborto non costituisce in nessun caso un mezzo di controllo delle nascite. Si tratta, tuttavia, di un concetto che assume ben altra portata rispetto a quello qui criticato.

Cfr. art. 1, commi 2 e 3, cit.: "L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite.

Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite".

Sul punto, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che "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" (così, Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767).

orientata alla tutela della persona” oppure se si tratta solamente di risposte parziali che affrontano solo una parte del problema.

Tutta la questione della fecondazione assistita nasce fondamentalmente da un problema di sterilità o infertilità della persona. E' solo, infatti, in queste ipotesi tassativamente previste dalla legge che è consentito accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La legge 19 febbraio 2004, n. 40, precisamente, stabilisce che il ricorso alla fecondazione assistita è consentito solo nel caso in cui “non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità” (art. 1, co. 2), ossia “quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione” (art. 4).

L'obiettivo del legislatore, inoltre, è quello di incentivare la ricerca sulle cause della sterilità e della infertilità, come, peraltro, espressamente indicato nella stessa legge n. 40 del 2004, la quale si pone come finalità quella di “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana” (art. 1), promuovendo allo stesso tempo le “ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità” e favorendo “gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l'incidenza” (art. 2).

Tuttavia, il nodo centrale della questione è dato dal fatto che tali tecniche di fecondazione assistita non hanno natura terapeutica, in quanto esse non sono finalizzate a curare la patologia riproduttiva, ma rappresentano solamente uno strumento artificiale di procreazione alternativo al naturale rapporto sessuale. In altri termini, la fecondazione assistita non risolve il problema, ma si limita ad aggirare l'ostacolo, lasciando così la persona affetta dalla patologia riproduttiva nella stessa situazione di prima.

Inoltre, dal momento che le tecniche di fecondazione artificiale non hanno natura terapeutica, queste sono andate perdendo inevitabilmente ogni aggancio con l'aspetto patologico, finendo così per identificarsi con una semplice modalità alternativa di procreazione di un essere umano.

L'esclusione della “ratio” terapeutica, infatti, ha portato alcuni ordinamenti a riconoscere l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale anche ad alcune persone, come quelle omosessuali, per le quali la “sterilità” è un elemento fisiologico della coppia e non uno patologico della persona. Se questa è la tendenza, a breve si arriverà a consentire l'accesso alla fecondazione artificiale anche alle donne in menopausa, equiparando così in maniera artificiosa una condizione naturale e fisiologica legata all'età della donna ad una “patologia” riproduttiva.

L'utilizzo di tecniche che non hanno nessuna finalità curativa per risolvere problemi di salute della persona evidenzia già di per sé la natura parziale e non globale della risposta ad una esigenza di tutela.

In questo modo, infatti, al legittimo desiderio di una coppia di avere dei figli, desiderio peraltro maggiormente accentuato proprio nei casi in cui vi siano difficoltà a procreare, viene data una soluzione parziale, in quanto finalizzata a risolvere una parte del problema (la mancanza di figli) e non invece a dare una "risposta globale", volta cioè a rimuovere interamente il problema (la patologia riproduttiva) e le sue conseguenze (la mancanza di figli).

Ecco dunque un altro esempio di risposta parziale e non globale alle esigenze della persona umana.

Il compito del giurista, allora, dovrebbe essere quello di proporre, per quanto gli è possibile ed in base al ruolo specifico che ciascuno ricopre, una interpretazione della legge n. 40 del 2004 che sia orientata alla tutela globale della persona umana.

In tale prospettiva, quindi, si potrebbero per esempio evidenziare i caratteri della strumentalità e della residualità delle tecniche di fecondazione assistita.

Precisamente, il carattere strumentale lo si desume dalla stessa legge n. 40 del 2004, la quale indica come finalità quella di "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1), promuovendo allo stesso tempo le "ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità" e favorendo "gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l'incidenza" (art. 2).

Ciò significa, quindi, che la legge sulla fecondazione assistita, per espressa previsione normativa, si pone come strumento finalizzato comunque alla "soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità", cioè come strumento a tutela di un diritto alla salute, precisamente di salute sessuale e riproduttiva, e non a tutela di un diritto di autodeterminazione, che finisce per sconfinare poi nel mero arbitrio.

Allo stesso modo, si potrebbe porre in evidenza il carattere della residualità delle tecniche in oggetto.

Anche qui è la stessa legge che prevede la possibilità di accedere alla fecondazione assistita solo nei casi di sterilità o di infertilità tassativamente previsti dalla legge. La legge n. 40 del 2004, infatti, stabilisce che il ricorso alla fecondazione assistita è consentito solo nel caso in cui "non vi siano altri metodi terapeutici

efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità” (art. 1, co. 2)⁴⁰, ossia “quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione” (art. 4)⁴¹.

Inoltre, è la stessa legge n. 40 del 2004 che, in tema di consenso informato (art. 6), stabilisce che “Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita” (art. 6, comma 1).

In ciò emerge il carattere residuale di tali tecniche e la loro subordinazione alla finalità primaria costituita dalla cura della patologia.

Ora, se la prassi seguita presso le strutture che effettuano tali pratiche di fecondazione artificiale mostra come, in realtà, spesso si operi in violazione dei suddetti principi di strumentalità (rispetto alla finalità curativa) e di residualità (rispetto ad altri metodi alternativi sia medici che giuridici), il giurista potrebbe non di meno enucleare da tali principi giuridici alcuni precisi obblighi di informazione in capo al personale medico addetto a tali pratiche.

A tal riguardo, inoltre, si potrebbe valorizzare maggiormente il riferimento normativo alla “impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione” mediante “altri metodi terapeutici efficaci”. Esistono, infatti, metodi consistenti in un insieme di tecniche diagnostiche e di interventi medici (sia farmacologici che chirurgici) che hanno per obiettivo l'individuazione della causa dell'infertilità e la sua puntuale rimozione⁴².

40 L'art. 1, comma 2, tuttavia, deve essere letto alla luce di Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96 (sulla c.d. diagnosi pre-impianto), che ha dichiarato “l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche”.

41 La Corte Costituzionale, con sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n. 162, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, comma 3, “nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili”.

42 Un valido esempio è rappresentato dalla c.d. Naprotecnologia (traduzione dell'inglese *Na.pro. technology*, abbreviazione di *Natural Procreation Technology*). Si tratta di una metodologia che nasce negli Stati Uniti, ma ancora poco applicata in Europa, e che risulta essere più efficace, più economica e meno invasiva della fecondazione artificiale. Inoltre, l'elemento più importante di tale metodologia è che, a differenza delle tecniche di procreazione artificiale, la naprotecnologia è una vera e propria terapia, in quanto è finalizzata alla cura delle relative patologie riproduttive. Per riferimenti in lingua italiana, v. www.naprotecnologia.ch: i vantaggi che derivano dalla naprotecnologia rispetto alla fecondazione artificiale sono numerosi: a) le percentuali di successo sono molto più elevate in termini di nascite da coppie che seguono i trattamenti; anzi, spesso le coppie che si rivolgono alla naprotecnologia sono proprio quelle che hanno già sperimentato i fallimenti della fecondazione in vitro; b) i costi economici sono enormemente più ridotti; c) i costi non economici, quali lo stress fisico e psichico della coppia che si sottopone alle tecniche di fecondazione artificiale, sono praticamente inesistenti (si pensi, ad esempio, al bombardamento ormonale cui si

Inoltre, il carattere residuale delle tecniche in questione viene evidenziato dalla legge non solo con riguardo al “altri metodi terapeutici”, ma anche con riguardo ad altri strumenti giuridici alternativi alla procreazione medicalmente assistita, primo fra tutti il ricorso all'adozione (cfr. art. 6, comma 1, legge n. 40 del 2004), rispetto alla quale le tecniche di procreazione artificiale si pongono oggettivamente in conflitto⁴³.

In conclusione, quindi, dagli stessi principi di strumentalità e di residualità della legge n. 40 del 2004, potrebbe scaturire un obbligo in capo al medico di informare la coppia che si rivolge alla struttura dell'esistenza di altri metodi di soluzione della patologia, ed indicare le strutture competenti e specializzate a tal fine⁴⁴. L'inadempimento di tale obbligo di informazione potrebbe dar luogo, poi, anche ad una responsabilità per risarcimento del danno, qualora si accertasse che la coppia avrebbe potuto risolvere i problemi riproduttivi facendo ricorso a tecniche alternative alla fecondazione artificiale, se fosse stata adeguatamente informata.

sottopone la donna per avere una stimolazione ovarica, con possibili complicazioni quali la sindrome di iperstimolazione); d) il benessere della coppia è posto al centro della terapia.

- 43 Sull'adozione come alternativa alla procreazione medicalmente assistita, cfr. Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, che ha evidenziato come le tecniche di procreazione medicalmente assistita e, in particolare, la pratica della maternità surrogata, si pongano oggettivamente in conflitto con l'istituto dell'adozione. Sul punto, v. anche il condivisibile rilievo di MORACE PINELLI, A.: “La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33”, www.giustiziasieme.it: “A nostro avviso, il legislatore dovrà, innanzitutto, favorire la costituzione di rapporti di filiazione giuridica tra persone esistenti, anziché il ricorso alle tecniche di p.m.a., con una profonda revisione della legge sulle adozioni”.
- 44 In un'ottica “de jure condendo”, l'esistenza di metodi terapeutici alternativi di risoluzione delle problematiche legate alla salute riproduttiva potrebbe essere valorizzata mediante la richiesta di ricevere uno specifico consenso informato sul punto da parte della coppia che chiede di accedere alle tecniche di procreazione artificiale, con indicazione specifica dei singoli metodi alternativi e delle loro caratteristiche in termini di costi e benefici sulla salute di tutti i soggetti coinvolti (la donna, la coppia e l'embrione), rispetto alle tecniche di PMA.

BIBLIOGRAFIA

BIANCA, C.M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", *Iustitia*, 1980, p. 213.

BIANCA, C.M.: "L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale", in *Studi in onore di Zingali*, III, Milano, 1965, p. 159.

BIANCA, C.M.: "Lo pseudo-riconoscimento dei figli adulterini", in *La riforma del diritto di famiglia* (Atti del I Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione «Giorgio Cini» nei giorni 30 aprile-1° maggio 1967), Padova 1967, p. 183 ss.

BIANCA, C.M.: "Riflessioni di un civilista sul diritto naturale", in P. SIRENA (a cura di) *Oltre il "positivismo giuridico"*, in onore di A. Falzea, Napoli, 2011, p. 45.

BIANCA, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, 2002, pp. 141 ss.

BIANCA, M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", www.rivistafamiglia.it, pp. 125-126.

MORACE PINELLI, A.: "La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33", www.giustiziainsieme.it.