

COMMENTO ALL'ART. 12 DELLA LEGGE 194/1978, INTERRUZIONE VOLONTARIA DELLA GRAVIDANZA DELLA MINORENNE.

Introduzione

L'art.1 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza esordisce con una importante incipit: *“Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio. 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 lo aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite.”*

Si attribuisce dunque allo Stato il dovere *di tutelare la vita umana dal suo inizio*, dovere che affianca però a quello di garantire, sottointeso alla madre, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile.

Due principi che come è intuibile sono solo apparentemente conciliabili, ed anzi, come vedremo, il secondo “dovere” si pone come filtro per l'esercizio del diritto di autodeterminarsi della gestante in ordine alla sua salute e alla sua vita.

Come emerge già dal primo articolo, la volontà di tutelare la vita del nascituro è stata esplicitamente affiancata alla necessità di rispettare, non solo la salute della donna, ma anche il suo diritto di autodeterminarsi. Un valore, questo, di cui è imbevuta la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, precorrendo in ciò un'evoluzione giurisprudenziale costante che lo ha sempre più rafforzato.

Come noto, l'autodeterminazione del singolo trova la sua diretta tutela nell'art.13 della Carta, laddove si sancisce l'inviolabilità della libertà personale, comprimibile, solo in casi limite, con atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi predeterminati dalla legge.

La disposizione costituzionale, nata per garantire una difesa al singolo dagli abusi del potere centrale, con il tempo ha visto ampliato il proprio ambito di operatività.

Infatti, l'art. 13 Cost. non solo “assicura” la libertà di gestire le proprie decisioni personali, purchè lecite, ma soprattutto garantisce il diritto di rifiutare ingiustificate invasioni nella propria sfera

personale e, dunque, la *libertà* di disporre del proprio corpo, legittimando il più ampio diritto di scelta in ordine a tutte quelle situazioni che vedono coinvolto il proprio essere. La tutela riconosciuta dall'ordinamento è oggettiva, ovvero prescinde da valutazioni nel merito, privando lo Stato del potere di sindacare la finalità o la ragionevolezza delle decisioni dell'individuo.

Tale principio è stato ribadito anche dalla Consulta con la sentenza n. 471 del 1990, nella quale si è sancito “il valore costituzionale della inviolabilità della persona”, fondato sull'articolo 13 Cost. ed interpretato come *libertà* “nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo” (Corte Costituzionale 22 ottobre 1990 n. 471 in *F.I.*, 1991, I, 20).

E, nell'impostazione assolutamente dominante in dottrina, proprio in ambito medico, tale norma si affianca all'art. 32 Cost., rafforzandolo e rendendo, così, incostituzionale e illegale l'imposizione di trattamenti sanitari, eseguiti fuori dai casi previsti dalla legge e senza il rispetto dei valori della persona che deve riceverli.

Già alla fine degli anni settanta, epoca della promulgazione della legge n. 194/1978, il diritto di rifiutare gli interventi medici veniva considerato il naturale corollario “del *più ampio principio della libertà personale*, che si sostanzia nell'esclusività sul proprio essere fisico e psichico ed in virtù del quale la persona non può essere sottoposta a coercizione nel corpo e nella mente, a violazioni della sua sfera di libertà corporale e *anche soltanto morale*”¹.

E, proprio con riferimento alla legge sull'interruzione della gravidanza, il concetto di inviolabilità della persona, inteso in senso lato ed espressione del diritto di autodeterminarsi, ha trovato la sua esasperazione. Infatti, l'orientamento oramai consolidato nella giurisprudenza italiana riconosce il diritto della madre al risarcimento del danno allorquando il medico, per una errata diagnosi sulla malformazione del feto, non le abbia consentito di abortire, violando così il suo diritto di ricorrere ad una procreazione che si vuole cosciente e responsabile. Ed è per tale ragione che si afferma: [l]a nascita indesiderata, invero, determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori, i quali si trovano esposti a dover misurare (non i propri specifici "valori costituzionalmente protetti", ma) la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze della figlia, con tutti gli ovvi sacrifici che ne conseguono” (Corte d'Appello di Perugia civile, [Sentenza 25.01.2005, n. 21](#); tra le altre Corte di Cassazione - Sezioni Unite - sent. 25767/2015; Corte di Cassazione 2 ottobre 2012 n. 16574

¹ F. Mantovani - *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero* Padova Cedam 1974, pp. 201 e ss.

Parallelamente, però, sempre la Corte di Legittimità non ha mai smesso di ribadire che la tutela predisposta da parte dell'ordinamento è dal momento del concepimento (Corte di Cassazione, sez.III, 29 luglio 2004 n. 14488 in *D&G* 2004, f.33, 12).

Il valore della vita prenatale troverebbe invero conferma proprio nel capoverso dello stesso articolo 1 della legge n. 194/1978. Infatti, il divieto di far ricorso all'aborto come ad uno strumento per il controllo delle nascite sembrerebbe significare, seppur indirettamente, che l'obiettivo della legge non sia quello di garantire alla madre "il diritto" di interrompere la gravidanza, bensì quello di regolare quelle situazioni in cui le necessità della donna si contrappongano all'esigenza di tutelare il "diritto alla vita" del concepito.

E tale è stata anche l'interpretazione della Corte Costituzionale. Nella pronuncia n. 35 del 1997, i giudici delle leggi hanno sostenuto che *"(...) in dette proposizioni (i.e. articolo 1, comma II, legge 194 del 1978) (...) è ribadito 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"* (Corte Costituzionale 10 febbraio 1997 (ud. 30 gennaio 1997) n.35 in *Giur Cost.* 1997, 290).

Impostazione, questa, confermata anche dalla Corte di Cassazione a sezione unite, per la quale "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 (Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili 22 dicembre 2015, n. 25767)

Alla luce di tali premesse, devono essere letti gli articoli 4, 5, 6, 7 e 12 della legge 194/1978

1. Il potere della minorenne di interrompere la gravidanza nei primi novanta giorni: un diritto-limite o un limite al diritto?

Il legislatore del 1978 ha concentrato nell'unico articolo 12 della legge 194/1978 la disciplina relativa all'interruzione volontaria della gravidanza della minorenne, ove, attraverso il richiamo più o meno esplicito ai presupposti e alle modalità di cui alle disposizioni 4, 5, 6 e 7 del

medesimo testo, si condensano le soluzioni normative di quattro distinte ipotesi, riferite alle due fasi gestazionali (prima dei 90 giorni e dopo i 90 giorni).

L'art. 12 nella sua complessa ricerca di sintesi è alquanto caotico: *“La richiesta di interruzione della gravidanza secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna. Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l'interruzione della gravidanza è richiesto lo assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela. Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà 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 potestà 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 potestà o la tutela.*

Come è evidente, oltre ai due momenti, connessi alla bipartizione temporale della gravidanza, ricalcati sul modello degli articoli 4, 5, 6 e 7 della legge (primi novanta giorni e successivo periodo), il legislatore ha disciplinato ulteriori circostanze e variabili, riconducibili, più propriamente, alla condizione della minore, intesa come persona priva della capacità d'agire e soggetta alla potestà (rectius responsabilità genitoriale ex art. 316, come modificato dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. n. 154,) dei genitori o del tutore (*infra*).

In ogni caso, proprio in considerazione dello *status* della minore, colpisce l'incipit dell'articolo 12, poiché *“si apre con la formulazione del principio di personalità della richiesta”*².

² F. Giardina - *Sub art. 12 in Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194, norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* a cura di Bianca e Busnelli in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1978; vedi anche stesso autore *L'interruzione della gravidanza di donna minore: quale incostituzionalità?* in G.I., 1981, I, sez. II, 37; *L'ultimo atto di una storia senza fine: l'incostituzionalità dell'articolo 12 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza* in *G.Civ.*, 1997, 42

Si puntualizza infatti: *“La richiesta di interruzione della gravidanza, secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna”*.

Tale prescrizione sottende due scelte legislative distinte. Da un lato, come suggerisce chiaramente la formulazione, si esclude *a priori*, anche se forse ingenuamente, che i genitori possano costringere la figlia ad abortire, soluzione suggerita proprio dalla necessità della richiesta personale della minore che garantisce, *in teoria*, la libertà di quest'ultima di non abortire³.

Dall'altro, deve trattarsi di una minore capace di intendere e volere, perchè altrimenti troverebbe applicazione l'art. 13 della medesima legge, relativo alla donna interdotta per infermità di mente.

Anche la minore emancipata sfugge alla complessa procedura dell'art. 12 e per orientamento oramai pacifico in giurisprudenza *“l'emancipazione comporta l'acquisto da parte della minore di una piena capacità nei rapporti personali; pertanto la richiesta di autorizzazione all'interruzione della gravidanza (...) non è necessaria, dovendosi ritenere che tale ipotesi sia pienamente assimilata al caso della richiesta formulata dalla donna maggiorenne”* (Pretura di Monza, 9 maggio 1987, in F.I.,1987, I, 2875; in tal senso anche Pretura Cosenza, 20 dicembre 1994- Dir. famiglia 1995, 250).

Sulla base di quanto previsto dal dettato normativo, soprattutto *nei primi novanta giorni* della gestazione, la richiesta della minore, sebbene personalmente avanzata, deve essere comunque accompagnata dall'assenso di chi esercita sulla stessa o la tutela o ciò che la norma, ancora non aggiornata, definisce *potestà*, ma che deve essere letta come responsabilità genitoriale.

Una situazione complessa, dunque, poiché, come rilevato all'indomani dell'entrata in vigore della legge, *“la previsione dell'assenso (..) sembra realizzare una sorta di soluzione intermedia tra libertà della minore ed autorità dei genitori o del tutore, tra autonomia e sottoposizione a potestà”*⁴.

Dal testo dell'art. 12 si capisce però che l'ingerenza e la valutazione dei rappresentanti legali è limitato ai casi in cui non vi sia urgenza di intervenire, ovvero quando ricorrano le ipotesi disciplinate dall'art. 4 della stessa legge.

1.1. L'elastica disciplina dell'art. 4 della legge 194/1978 e l'incoerenza dell'art. 5 l.194/1978

L'art. 4 della l. 194/1978 indica le condizioni in cui, entro i primi novanta giorni, sia possibile interrompere la gravidanza. Le ipotesi vengono individuate secondo un duplice sistema: tassativo ed elastico. Il presupposto principale si identifica nel *serio pericolo per la salute fisica o*

³ F.Giardina, 1978, 1663

⁴ F. Giardina, 1978, 1665-1666

psichica della madre, che potrebbe rimanere compromessa dalla gravidanza, dal parto o dalla maternità. Il legislatore ha chiaramente optato per un concetto ampio di salute, nell'ottica della valorizzazione unitaria della persona.

È noto, però, che proprio la giurisprudenza di merito, strumentalizzando il termine *serio*, abbia agevolato un'interpretazione molto estensiva della disposizione, ricomprendendo, sin dall'entrata in vigore della legge, anche i casi in cui non ricorra una vera e propria malattia⁵. Per contro, un'impostazione più rigida è stata offerta dalla Suprema Corte, secondo la quale dovrebbe ricorrere *una rilevante possibilità di turbamento o di alterazione dell'equilibrio psichico della donna*⁶, sottolineandosi la necessità che ricorra il reale pericolo per la salute psichica della gestante.

In realtà, poi, proseguendo nella lettura della norma, si scopre che “quel *serio pericolo*” deve sussistere in relazione *o al suo (della donna) 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*⁷.

Così, quello che dovrebbe rappresentare un elenco tassativo con funzione di sbarramento, in realtà finisce per divenire l'elenco di una serie di circostanze idonee a dilatare in maniera indefinita le possibilità di abortire. In particolare, il riferimento alle condizioni economiche, sociali e familiari introduce un criterio dai contorni decisamente incerti. Le critiche, particolarmente decise sin dal 1978 e rivolte a tale previsione, hanno accusato il legislatore di aver redatto una norma “*tecnicamente mal fatta, caotica e piena di inutili riferimenti demagogici e in certo senso moralmente non accettabili*”⁸. Ed è altresì condivisibile la tesi di chi ha rilevato come l'art. 4 non indichi di fatto precisi motivi, ma anzi “*lasci alla donna la facoltà di formulare circostanze specifiche elaborate in relazione alle categorie indicate*”⁹.

L'interprete, alla luce dell'enfasi propria dell'articolo 1 della legge in esame, può solo rimanere perplesso di fronte all'uso del condizionale in ordine a quelle situazioni *accusate* dalla

⁵ Tribunale di Firenze 6 giugno 1978 in *Giur. Mer.* 1981, 160

⁶ Corte di Cassazione, sez. pen. 19 ottobre 1981 in *Cass. Pen. Mass.* 1982, II, 1151; nel 2004 la Corte di Cassazione ha affermato che “la legge permette alla madre di autodeterminarsi, in presenza delle condizioni richieste e del pericolo per la sua salute. La sola esistenza di malformazioni del feto che non incidano sulla sua salute o sulla vita della donna non permettono alla gestante l'aborto”, Corte di Cassazione sez.III. civ., 6 maggio 2004- 29 luglio 2004, n. 14488 in *D e G* 2004, f. 33, 15.

⁷ E' stato definito anche aborto *economico-sociale* in contrapposizione a quello eugenetico e a quello terapeutico. Si veda Ufficio Istruzione Tribunale di Salerno, 17 giugno 1978, *Giordano ed altri* in *Giust. Pen.*, 1979, I, 315

⁸ Pretura di Città di Castello I dicembre 1978 (ord.) *Ignoti* in *Giur.Merito*, 1980,122

⁹ E. Robiola *Punibilità dell'aborto autoprocuratosi dalla donna: ieri, oggi e domani.* in *G.I.*, 1979, II, 419; R. Diddi *Riflessioni in tema di aborto e giurisprudenza della Corte Costituzionale* in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1983, 1576

madre tali che *comporterebbero* un serio pericolo. In tal modo, infatti, escludendo l'esigenza di un reale accertamento, si legittima un processo di soggettivazione della necessità dell'aborto¹⁰, tradendo palesemente i principi proclamati nel primo articolo della legge.

Ed ancor meno accettabile è il riferimento alla situazione economica, poiché consente un'incivile abdicazione da parte dello Stato, ai doveri costituzionalmente previsti. Infatti, in base agli artt. 3 e 31 della Carta Costituzionale, la Repubblica *avrebbe* l'obbligo di rimuovere ogni ostacolo di natura economica per garantire lo sviluppo della persona, anche nelle formazioni sociali e quindi all'interno della famiglia, contesto in cui, si crede, debba includersi anche il concepito¹¹.

Presenta una certa incoerenza anche la procedura prevista per l'aborto, regolata dall'art. 5¹². La norma, come noto, consente alla gestante di rivolgersi al proprio medico di fiducia, oppure ad un consultorio o ad una struttura socio-sanitaria, per ottenere un documento attestante la gravidanza e la sua richiesta di interruzione, senza dover assolutamente provare alcuna delle circostanze di cui all'art. 4. Dopo sette giorni tale documento diviene titolo per ottenere l'intervento abortivo.

Proprio dalla lettura degli articoli 4 e 5 sembrerebbe emergere, allora, un diritto assoluto e insindacabile della donna di abortire nei primi novanta giorni di gravidanza. Tale rilievo ha suscitato le critiche di alcuni autori che hanno accusato la legge di aver scardinato il principio dell'uguaglianza dei coniugi, del distinto diritto di entrambi i genitori di mantenere i figli e del

¹⁰ In tal senso anche E. Robiola: "l'uso del condizionale viene così a vanificare anche quella che avrebbe costituito la condizione oggettiva per l'applicabilità dell'intero disposto dell'art.4" in *Punibilità dell'aborto autoprocuratosi dalla donna: ieri, oggi e domani*.op.cit. 419; C. Albeggiani *Aspetti problematici in tema di interruzione della gravidanza nei primi novanta giorni* in *FI*, 1988, II, 467; F. Palazzo V. *Persona (Delitti contro)* in *Enc. Dir.*, XXXIII, Giuffè,1983, 294, 315;

¹¹ E. Giacobbe ravvisa, criticamente, nella scelta del legislatore un'agevolazione alla "rimozione del discriminato", op.cit., 74. In tal senso anche R. Diddi, op.cit. 1570; C.M.Bianca criticando la legge, commentava "l'assenza di un aiuto solidaristico per rendere affettivamente libera la scelta della maternità non è coerente con la solenne affermazione costituzionale del dovere dello Stato di agevolare con misure economiche e altre provvidenziali la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi (art.31 I.co) Non è neppure coerente con l'impegno dello Stato di rimuovere le cause di ordine economico e sociale che limitano di fatto l'uguaglianza dei cittadini" in *Note introduttive alla legge 22 maggio 1978 n.194*,cit., 1594.

¹² E proprio gli artt. 4 e 5 sono stati oggetto di numerose ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale. In tali disposizioni di legge sono state ravvisate le maggiori violazioni della Carta, e in particolare degli articoli 2, 30, 29, 31 e 32. Tra le tante ricordiamo Tribunale di Caltanissetta ord. del 17 giugno 1978 in *Giust.Pen.* 1979, I 311; Giudice Istruttore Tribunale di Salerno, 17 giugno 1978, *Giordano ed altri* in *Giur. Cost.*, 1979, I, 253; Tribunale di Chieti ord. del 10 luglio 1978 in *Riv. Pen.* 1979, 224; Tribunale di Trento ord. del 16 agosto 1978 in *Dir.Fam.* 1979, 503; Corte d'Appello di Firenze ord. del 5 ottobre 1978 in *Dir.Fam.* 1979, 530; Tribunale di Firenze ord. del 5 ottobre 1978 in *Giur. Cost.* 1980, II, 503; Pretura di Città di Castello I dicembre 1978 (ord.) *Ignoti* in *Giur.Merito*, 1980,120; Pretura di Genova ord. del 23 gennaio 1979 in *Dir. Fam.* 1979, 574; Tribunale di Salerno ord. del 13 febbraio 1979 in *Dir. Fam.* 1979, 579; Corte d'Appello di Cagliari ord. del 12 maggio 1979 in *Giur.Cost.* 1979, II, 1420; Pretura di Galatina ord. del 14 gennaio 1980 in *Giur. Cost.* 1981, II, 447; Pretura di Padova ord. del 25 maggio 1981 in *Giur. Cost.* 1981, II, 1565.

valore della famiglia¹³. Ma anche la giurisprudenza di merito, all'indomani della promulgazione della legge, si lasciava andare ad aspri giudizi contro quelle formalità burocratiche che avrebbero tradito, di fatto, “*il valore sociale della maternità (...) esposto al prevalere di esigenze egoistiche che hanno modo di realizzarsi senza limite alcuno*”¹⁴, criticando il potere incontrollato della madre sulla vita del nascituro¹⁵. L'accento, posto indubbiamente sull'autodeterminazione della donna, è stato, inoltre, giudicato *anomalo e esasperato*¹⁶, in ragione del fatto che si risolve in un contrasto vittorioso sulla salute e sulla vita umana, sulla formazione e sullo sviluppo della famiglia.

La dottrina, però, non è oggi compatta nei suoi giudizi.

Per altri, infatti, la scelta normativa sarebbe coerente con l'impianto di una legge plasmata sul diverso ruolo della madre durante la gravidanza e pertanto rappresenterebbe l'ovvia conseguenza pratica del principio di autodeterminazione del paziente garantito dagli articoli 13 e 32 Cost¹⁷. Non ci si avvede, però, che in tal modo si annulla il disegno individuato dall'articolo 1, ponendo al centro della scena giuridica solo la madre.

Un terzo filone interpretativo cerca, invece, di rafforzare il valore normativo dei principi espressi nell'articolo 1 della legge, smussando le possibili incongruenze¹⁸. Così, proponendo una lettura coordinata degli articoli 4 e 5 e “contenuta” nel limite indicato dall'art. 1, si ritiene che le *circostanze* addotte dalla donna debbano essere sempre valutate dal medico e non semplicemente

¹³ Tra le altre R. Diddi op.cit. 1577; All'indomani della promulgazione della legge vari autori contestarono la scelta del legislatore di pretermettere il padre e marito dalla decisione abortiva poiché ritenevano “non solo è evidente la sproporzione fra l'interesse a non subire questo condizionamento e interesse dell'uomo alla paternità, coinvolgente la sua vita intera, ma il sacrificio di questo secondo interesse è precluso dalla norma contenuta nell'art.2 Cost., che imponendo un dovere di solidarietà non consente un esercizio in chiave puramente individualistica dei diritti inviolabili che esse stessa riconosce e garantisce”, G.Galli – V.Italia – F.Realmonte – M.Spina – C.E.Traverso *L'interruzione volontaria della gravidanza* Milano, 1978, 160.

¹⁴ Giudice Istruttore Tribunale di Salerno, 17 giugno 1978, *Giordano ed altri* in *Giur. Cost.*, 1979, I, 256.

¹⁵ Corte d'Appello di Firenze 05.10.1978 ord. *Branca Ricci ed altri* in *Giur.Cost.*, 1979,II, 263

¹⁶ R. Diddi, op.cit. 1575.

¹⁷ G.Ferrando *L'interruzione della gravidanza tra autonomia della donna e accordo dei coniugi* in *Fam. Dir.*, 1999, 131. L'autrice giustifica soprattutto la scelta legislativa di subordinare la partecipazione del padre al consenso della madre. U. Scarpelli nel 1987 difendeva la scelta del legislatore sostenendo che: “nessuno abbia il diritto di sovrapporre i suoi valori e la sua volontà all'autonomia della donna che nutre il nuovo corpo e può ancora considerarlo se stessa” in *Bioetica: prospettive e principi fondamentali* riportato in *La Bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo* a cura di Maurizio Mori, Biblioteche, Milano, 1999, 25. In tal senso anche M.Dogliotti *Diritto a non nascere e responsabilità civile* in *Dir.Fam.Pers.*1995, II, 1481; Corte Costituzionale 31.03.1988 n.389 in *G.I.*, 1988I, I, 1073 che ha ritenuto che “l'assenza” del padre dalla procedura non infici assolutamente il rispetto dell'art. 29 Cost. *Contra* in passato A. De Cupis “...è assurdo che la prevalenza giunga al punto di considerare la moglie come arbitra assoluta delle modalità di esercizio del proprio diritto, compresa la non audizione del marito....l'esclusione della necessità dell'espressione dell'opinione e dei propositi del marito costituisce gravissima violazione dell'art. 29, II co., della Costituzione” in *L'aborto di donna coniugata* in *G.I.*, 1988 I, I, 1073-1074.

¹⁸ F.D.Busnelli *sub art. 1* in *Legge 22 maggio 1978 n.194* op.cit., 1603 e 1605; M.Bianca scriveva “L'interesse del nascituro alla propria esistenza cede di fronte a quello della tutela della salute della madre” in *sub art. 1* in *Legge 22 maggio 1978 n.194,op.cit.* 1608.

“attestate”¹⁹. Pertanto, dovrebbero essere sempre operati i cosiddetti *necessari accertamenti* per verificare la sussistenza di reali problematiche inerenti alla salute o all’incidenza, sulla salute psicofisica della donna, degli altri presupposti indicati dal legislatore, imponendo al medico il diritto-dovere di non rilasciare alcun documento, se non diagnostica le condizioni per l’aborto²⁰. E, giustamente, è stato messo in rilievo che accedere all’interpretazione suggerita dalla lettera dell’art. 5 significherebbe ammettere la tutela, non della salute della donna, ma del mero diritto di autodeterminarsi²¹. Si finisce, allora, per restringere il raggio di azione della legge solo ai casi in cui ricorra “quantomeno il rischio” per la salute della gestante, come affermato dalla Corte Costituzionale nel 1975 e ribadito nel 1997²².

Tale interpretazione, però, sebbene si concili con quanto “proclamato” nel primo articolo della legge 194/1978, si discosta molto dalla lettera delle norme 4 e 5.

Dunque, pur non volendo sostenere che per i primi novanta giorni, la legge, consapevolmente e volontariamente, abbia riconosciuto alla donna il diritto di abortire, si deve prendere atto della difficoltà di evitare i casi di strumentalizzazione della normativa per interrompere “sempre e comunque” la gravidanza.

La lettura necessariamente coordinata e sistematica dell’art. 12 con l’art. 4 e 5 della legge in esame impone che per *l’assenso o il dissenso o per la decisione di abortire*, con riferimento al caso della minorenni, il giudizio e le conclusioni *dovrebbero* parametrarsi sulle condizioni individuate *ex lege* negli articoli 4 e 5.

Trova così conferma l’assoluta uguaglianza, quanto alle condizioni per l’interruzione, tra la donna maggiorenne e la minorenni, poiché “*in presenza (...), entro i primi novanta giorni, di serio pericolo (art.4) maggiore o minore di età che la donna sia, secondo parametri ben individuati e circoscritti nella legge (stato di salute, condizioni economiche, o sociali o familiari, circostanze del concepimento, ovvero previsione di anomalie nel concepimento) viene accordata facoltà alla richiesta di adire le esistenti strutture socio-sanitarie (art.5)*” (Corte Costituzionale, 25 maggio

¹⁹ M. Zanchetti *cit.*, 95; F.D. Busnelli in particolare sottolineava che il principio espresso nell’art. 1, per ragioni logico sistematiche, avrebbe dovuto condizionare anche l’interpretazione degli articoli 4 e 5 della legge, da intendersi, rigorosamente come disposizioni eccezionali, inibendo dunque ogni tesi contraria volta a riconoscere un diritto assoluto della donna ad abortire in *sub art. 1 op.cit.*, 1595.

²⁰ Andriani *Sub art. 5 in Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194, norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza a cura di Bianca e Busnelli in Le Nuove Leggi Civili Commentate, 1978, 1634*

²¹ F.D. Busnelli *Bioetica e diritto privato* Giappichelli Torino, 2001, 146.

²² F.D. Busnelli *ult.op.cit.*, 142.

1987, n. 196 in *F.I.* I, 762; Corte Costituzionale ordinanza, 12.11.1985, n.297 in *Gir. Cost.* 1985, 2259).

2. Il ruolo e il significato dell'assenso dei genitori, che hanno la responsabilità genitoriale, o del tutore

Sulla base dell'art. 12, *Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l'interruzione della gravidanza è richiesto lo assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela.*

In realtà, una lettura rigorosa e sistematica dell'art. 12 confina l'operatività dell'assenso dei genitori o del tutore solo alla fase immediatamente prodromica all'operazione d'interruzione della gravidanza, restando dunque esclusa in quella ancor precedente.

La minore, pertanto, ha diritto di rivolgersi autonomamente al consultorio, alla struttura socio-sanitaria o al medico di fiducia, ha diritto di richiedere da sola sia l'assistenza professionale sia di abortire e sempre e solo alla minore sarà rilasciato il certificato previsto dall'art. 5, comma IV (ex art. 12, comma II).

Ma, proprio nella fase successiva all'accesso al consultorio o alla richiesta di una consulenza medica per abortire, si ramificano le diverse soluzioni contenute nel II comma della norma in esame.

Si legge infatti *“Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà 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.”*

Queste ultime sono state elaborate tenendo conto della peculiare condizione giuridica della minore e sono state predisposte al fine di contemperare il rispetto dell'autodeterminazione e della salute della giovane, con il dovere di preordinare meccanismi di tutela della stessa, in quanto ritenuta soggetto più debole, tendenzialmente incapace di assumere coscientemente decisioni radicali.

Di conseguenza, come chiarisce la seconda parte del secondo comma dell'art. 12, il potere decisionale di chi esercita sulla minore la responsabilità genitoriale (*ex potestà*) o la tutela, nei primi novanta giorni, non è stato inteso come assoluto.

Se in teoria, i genitori esercenti la responsabilità genitoriale o il tutore dovrebbero essere immediatamente informati della volontà della ragazza, in pratica, per *seri motivi* - non meglio qualificati e precisati - *che impediscano o sconsiglino la consultazione*, i rappresentanti legali possono non essere messi al corrente della richiesta.

Tali seri motivi sono, però, meramente segnalati dalla minore, alla quale, in ultima analisi, si riconosce così il potere di estromettere dalla scena proprio chi ha la responsabilità o la tutela su di lei.

Sovente, nella prassi, a tale astratta previsione normativa, si riconduce l'ipotesi in cui i genitori abbiano convincimenti religiosi o morali, che renderebbero difficile una valutazione serena della situazione, inducendoli ad escludere a priori il consenso all'interruzione della gravidanza.

E proprio in considerazione di tale consuetudine applicativa sono state evidenziate difficoltà di coordinamento e di interpretazione tra l'articolo 12, comma II, e l'articolo 30 della Costituzione. Quest'ultimo, come noto, prevede un intervento suppletivo dello Stato, solo ed esclusivamente in caso di incapacità dei genitori ad adempiere ai loro doveri o ad esercitare i loro diritti in merito al mantenimento, all'educazione e istruzione dei figli, non considerando altre ipotesi di "invasione" *ab externo*.

Così sull'erroneo presupposto che i diritti e doveri attribuiti ai genitori ex art. 30 Cost. fossero da intendersi "*quali espressioni della patria potestà*" (Pretura di Ivrea, 16 novembre 1979 in G.I., 1981, I, 2, 46),

l'aver riconosciuto il potere della minore di non informare il padre e la madre è stato considerato, in passato, un "*attentato compiuto all'istituto della patria potestà, riconosciuto nell'art. 30 della Costituzione (...), senza precedenti*" (Pretura di Ivrea, 16 novembre 1979 in G.I., 1981, I, 2, 47).

La Corte Costituzionale ha, però, giudicato infondata la questione sollevata anche dal Pretore di Verona, il quale, peraltro, ravvisava un conflitto non solo con l'art. 30 Cost., nei termini già indicati, ma anche con l'art. 3 Cost. nella misura in cui l'art.12 della legge consente – di fatto- la discriminazione di quei genitori che per un loro convincimento religioso o morale siano contrari all'aborto (Pretura di Verona, 21 ottobre 1978, in *D.F.P.*, 1979, 541).

Le censure sollevate sono state respinte dalla Consulta, la quale ha dovuto, però, far ricorso ad una forzata interpretazione del testo. Infatti, è stato stabilito che "*se la consultazione [dei genitori] non è prescritta non è nemmeno esclusa, ma lasciata alla valutazione del consultorio, della struttura socio-sanitaria o del medico di fiducia: e in definitiva, ciò che più importa, al prudente apprezzamento del giudice*" (Corte Costituzionale 25 giugno 1981, n.109 in *DFP* 1981,

660; confermata con l'ordinanza della Corte Costituzionale, n. 14 del 18 gennaio 1989 in *Giur. Cost.* 1989, I, 51).

E, dunque, in tale prospettiva esegetica “ *il genitore della minore [può] non essere sentito: ma ciò quando, valutate le circostanze della specie e la serietà dei motivi richiesti al riguardo dalla legge, sia ragionevole presumere che il doverlo consultare aggravi il rischio, appunto, del ricorso all'aborto clandestino*” (Corte Costituzionale 25 giugno 1981, n.109 in *DFP* 1981, 660).

Pertanto, in teoria, solo il fondato timore di indurre la minore a ricorrere all'aborto clandestino potrebbe convincere il consultorio, o il medico a precludere l'intervento del genitore ossia quando non vi siano margini per sperare nell' “ *insostituibile rapporto affettivo che dovrebbe stabilmente legare i figli ai genitori, e di dedurre che questi, una volta consultati, soccorrerebbero la gestante nel frangente in cui essa versa*” (Corte Costituzionale 25 giugno 1981, n.109 in *DFP* 1981, 660).

Nell'interpretazione della Corte Costituzionale, in realtà, anche il giudice tutelare avrebbe il potere di decidere di consultare *comunque* i genitori, pur contro la volontà espressa della minore.

Il dettato normativo, però, non lascia alcun margine a tale tipo di ricostruzione critica. Infatti, quando *seri motivi impediscono o sconsigliano la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutano il loro assenso o esprimono pareri tra loro difformi*, il medico di fiducia, o il consultorio, o la struttura socio-sanitaria alla quale si è rivolta la ragazza, ex lege, esperiti i compiti indicati nell'art. 5, entro sette giorni, devono redigere ed inoltrare un parere al giudice tutelare del luogo in cui operano. Non si riconosce alcun potere di consultare i genitori al Giudice Tutelare.

Per contro, i compiti indicati nell'art. 5 ed evocati nel disposto normativo di cui all'art. 12 sono così riassumibili: “ *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.*”

Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; 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; 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.

È pacifico che l'intervento di supporto, di aiuto e l'attività medica di accertamento debbano essere comunque eseguiti, sia nel caso della maggiorenne che della minorenni. Per contro, sorgono seri dubbi sulla possibilità/legittimità di poter "interloquire" anche con il padre del concepito.

Premesso che l'esegesi costante esclude che il padre biologico possa imporre o vietare l'aborto alla gestante, il mancato esplicito richiamo nell'art.12 alla possibilità di sentire anche quest'ultimo potrebbe lasciar pensare che questi, nel caso della minorenni, non dovrebbe mai essere "chiamato". In realtà, appare più corretto il ragionamento inverso, ovvero che, se il legislatore avesse inteso escludere l'intervento, in astratto, dell'altro genitore, lo avrebbe chiaramente scritto. Ne consegue che il problema interpretativo si sposta in avanti nel senso di capire se il consenso della minorenni sia sufficiente ad autorizzare il consultorio o il medico a chiamare il padre biologico o se in questo caso sia necessario l'assenso dei genitori o del tutore della minore. La legge non contiene alcuna risposta, e, alla luce di una interpretazione storica, che tenga conto del tempo nel quale è stata formulata, si ha ragione di ritenere che solo con l'assenso dei genitori il padre biologico avrebbe potuto essere sentito. Oggi, la risposta sembrerebbe invece di senso radicalmente opposto, ovvero il coinvolgimento del padre biologico dovrebbe dipendere solo dalla volontà della minore.

3) Il ruolo del Giudice Tutelare

La legge dispone un intervento quasi automatico del Giudice Tutelare, su richiesta del Consultorio, o della struttura socio sanitaria o del medico di fiducia, *entro sette giorni dalla richiesta della ragazza*, e sulla base di una relazione degli esperti selezionati dal legislatore.

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, con atto non soggetto a reclamo, l'interruzione della gravidanza.*

Dunque, non solo il legislatore non ha previsto alcun potere del magistrato di convocare i rappresentanti legali, ma ha altresì eliminato, in questa fase, ogni forma di esercizio reale della potestà/responsabilità o della tutela sulla minorenne.

La scelta del legislatore non deve però essere drammaticamente qualificata come un "attentato", peraltro "senza precedenti" all'istituto della patria potestà, *prima*, responsabilità genitoriale, *oggi*, come lamentato dal Giudice Tutelare di Ivrea. Questi non ha considerato né l'evoluzione normativa in tema di diritto di famiglia e dei diritti personali del minore, concentrata peraltro nel 1975, né ha saputo ben coordinare i rapporti tra l'incapacità legale, la potestà/responsabilità genitoriale e la rappresentanza legale.

Quanto a questo secondo profilo appare chiaro che " *non c'è conflitto tra la capacità del minore in atti di natura personale e l'inalterata fisionomia dell'incapacità legale e della potestà dei genitori: c'è solo una divisione di sfere di operatività.*"²³.

Così da una lettura attenta delle norme del codice civile e delle leggi speciali, già in vigore all'epoca (*infra*) risulta chiaro che " *il momento personale si libera progressivamente da schemi ed istituti tipici di un settore patrimoniale del diritto delle persone, settore un tempo totalizzante e comprensivo di ogni aspetto del vincolo tra genitori e figli, ora ridimensionato al suo proprio ruolo di protezione del patrimonio del minore proprietario*" (Giardina, 1981, 40).

Il diverso ruolo evocato, come premesso, è stato dedotto da disposizioni come l'articolo 250, II comma, c.c. (sull'assenso del maggiore degli anni sedici ad essere riconosciuto come figlio naturale) e segnato, più esplicitamente dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, e, sempre nello stesso anno, dalla legge n. 405 sui consultori familiari.

Se in un ristretto ambito, il secondo intervento normativo consentiva anche ai minori di rivolgersi ai consultori per ricevere assistenza psicologica, sociale, informativa ed operativa per problemi legati alla famiglia e alla coppia, è solo con la riforma del diritto di famiglia (Legge 19 maggio 1975, n. 151 in G. U., 23 maggio, n. 135) che il rapporto tra genitori e figli, con riferimento ai diritti personali, muta la sua fisionomia, coinvolgendo la modifica di molte norme del codice civile.

²³ F. Giardina, op.cit. 1981, 40

Proprio con riferimento al complesso problema della rappresentanza legale nella sfera particolare della tutela della salute psico-fisica, già nel 1981, si spiegava come “ *mentre l’istituto dell’incapacità legale di agire e la sostituzione dell’attività dell’incapace con quella del rappresentante legale (il genitore esercente la potestà o il tutore) hanno un preciso significato di tutela dell’incapace e dei terzi nella circolazione dei beni e nella contrattazione tra privati, l’esercizio di diritti personali ed ogni atto inerente alla tutela della persona del soggetto privato non è suscettibile di limitazioni legali di capacità, ma solo di limitazioni inerenti alla effettiva incapacità d’intendere e di volere*”²⁴.

Ed invero una lettura dell’articolo 12 della legge n. 194/1978 non solo sistematica, ma condizionata anche dal principio che impone il rispetto della personalità, ivi inclusa quella del minore, conduce a riconoscere il diritto al riserbo della minorenni, poiché si ravvisa “*nella prospettiva del pieno rispetto della personalità del minore(...) e specialmente in una materia così delicata e intima, la sussistenza di un diritto alla riservatezza, come protezione della propria sfera privata (...) e che talora è stato riconosciuto anche a favore del minore nei confronti dei genitori (per esempio nel diritto a talune condizioni, alla segretezza della propria corrispondenza)*” (Pretura di Genova 27.06.1978, *B.L. in G.I.*,1980, I, sez.II, 126).

Conclusione, quest’ultima, che troverebbe un’ulteriore conferma nella lettura combinata dell’art. 5 e 12 della legge in esame. E ciò in quanto “*di tutela della riservatezza si parla più volte nella legge, a favore della donna maggiorenne (art.5), e il richiamo fatto a tale articolo dalla norma dell’art. 12 suggerisce, anche secondo un’interpretazione meramente letterale, l’estensione di tale tutela, almeno in taluni casi, alla minorenni*” (Pretura di Genova 27.06.1978, *B.L. in G.I.*,1980, I, sez.II, 126).

Tale interpretazione ben si concilia con i principi e gli obiettivi segnati da quella che rappresentava, all’epoca dell’entrata in vigore della legge sull’interruzione della gravidanza, la riforma del diritto di famiglia e che guardava “ *al minore non più come oggetto passivo delle scelte degli adulti o, nella migliore delle ipotesi, destinatario di un generico favor concesso dall’alto, ma come titolare ad ogni effetto di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili*” (Pretura di Genova 27.06.1978, *B.L. in G.I.*,1980, I, sez.II, 125).

Si segnala di recente, la sentenza del Giudice Tutelare del Tribunale di Mantova, del 29/02/2016,

²⁴ F. Giardina, op-cit. 1981, 40

che, dopo aver ribadito che *“il compito del Giudice Tutelare, nel procedimento previsto dall'art. 12 l. 194/78, in tutti i casi in cui l'assenso dei genitori o degli esercenti la tutela non sia o non possa essere espresso, è unicamente quello di autorizzare la minore a decidere in merito all'interruzione di gravidanza”* e che tale *“compito "non puo' configurarsi come potestà co-decisionale, la decisione essendo rimessa - alle condizioni ivi previste -soltanto alla responsabilità della donna”* (v. *ordinanza n. 76 del 1996 Corte Cost.*), *rispondendo il provvedimento del giudice tutelare "ad una funzione di verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale" (ordinanza n. 514 del 2002 Corte Cost.)*, ha invero negato l'autorizzazione poiché la ragazza non si era presentata davanti al Giudice nel giorno e nell'orario concordato per essere sentita.

Si legge invero nella motivazione *“la mancata comparizione della minore al fine di essere "sentita" non consente a questo Giudice di operare alcuna verifica in ordine alla effettiva consapevolezza, in capo alla stessa, della scelta alla quale si è determinata, e in particolare di verificare se la stessa sia in grado di comprenderne il significato e le conseguenze;*
(...) in assenza di tale necessaria verifica la richiesta allo stato non puo' essere accolta, con conseguente rigetto della stessa, fermo restando la possibilità per la minore di presentare eventualmente nuova istanza, qualora ne sussistano i presupposti;“

Emerge peraltro un lato oscuro dell'articolo 12, comunque, colto dal Pretore di Urbino (ordinanza del 25 gennaio 1982, in G. U. n. 206 del 1982), il quale ha sollevato questione di illegittimità costituzionale relativamente all'art.12, comma II, per violazione dell'articolo 25, I comma, Cost., in quanto tale norma consentirebbe addirittura alla minore di *scegliere* il magistrato, evitando il giudice naturale competente.

Ed in effetti l'art. 12 non impone alla minore di rivolgersi al consultorio, alla struttura socio-sanitaria o al medico di fiducia del suo luogo di residenza. Ma proprio questa scelta radica la competenza del Giudice Tutelare, poiché questi invieranno la relazione con il loro parere al magistrato del luogo in cui operano.

La Corte Costituzionale, però, rispettosa della scelta legislativa, ancora una volta ha dichiarato manifestamente infondata la questione, in quanto *“il legislatore ha appunto precostituito in termini generali il Giudice tutelare competente, indicandolo secondo criteri non arbitrari in quello del luogo dove sono situate le strutture o risiede il medico di fiducia cui la minore ha*

ritenuto di rivolgersi: e così sottraendolo ad ogni determinazione discrezionale da parte di pubbliche autorità, condizioni sufficienti, secondo la giurisprudenza di questa Corte, a rispettare il principio invocato (Corte Cost. sentenze n. 1 del 1965 e n. 6 del 1975).” (Corte Costituzionale, ordinanza, 14 aprile 1988, n. 463 in F.I. 1988,2117; confermata da Corte Costituzionale, ordinanza, n. 133 del 1990 in Giur. Cost., 1990, II, 749).

Il legislatore ha previsto anche una seconda ipotesi in cui diviene necessario l'intervento del magistrato, il quale si andrà a sostituire ai genitori o al tutore.

Infatti, se questi ultimi, regolarmente sentiti, si oppongono o esprimono pareri discordi, scatta la medesima procedura prevista nell'ipotesi in cui gli stessi, per “seri motivi”, non vengono nemmeno sentiti.

Come sintetizza la dottrina, “*nei sette giorni successivi alla richiesta o viene dato l'assenso e quindi può essere praticata l'interruzione o si provoca l'intervento del giudice sotto forma di atto di autorizzazione*”²⁵.

Dunque, come ben precisa la legge, *il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia*, ai quali si è rivolta la minore, di fronte all'inopportunità di sentire i genitori o il tutore, oppure di fronte al loro rifiuto di autorizzare l'interruzione della gravidanza, voluta dalla ragazza, oppure, infine, se esprimono *pareri tra loro difformi*, devono espletare comunque i compiti e le procedure di cui all'articolo 5, ma poi devono rimettere entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui operano.

4. L'autorizzazione del giudice tutelare: ruolo e funzioni ai limiti della Carta Costituzionale nel conflitto con la volontà della minore e il dovere del medico

Il giudice tutelare, entro cinque giorni, dopo aver ricevuto la richiesta del Consultorio o del medico di fiducia o della struttura socio sanitaria, deve obbligatoriamente sentire la ragazza 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.

Il ruolo del giudice tutelare ruota intorno a quell'impreciso e confuso “*può autorizzare*”, la cui dimensione, i cui limiti e i cui riferimenti, che il testo non rivela nemmeno tra le righe, sono stati individuati da un'attenta esegesi giurisprudenziale.

²⁵ F. Giardina, 1978, 1667; Pretura di Torino, Giud. Tutelare, ord. 12 settembre 1984 in DFP, 1985,9

In via preliminare, si rileva che la natura di tale “intervento” non è chiara. E’ evidente infatti che l’ipotesi normativa in esame è ben distinta da quelle disciplinate agli artt. 333 c.c. (*condotta del genitore pregiudizievole ai figli*) e 316 (*esercizio della potestà dei genitori*, dopo il D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. n. 154, responsabilità genitoriale) c.c., che operano in un contesto conflittuale consimile.

Non è assimilabile a quella prevista dall’art. 333 c.c. in quanto per “attivare” l’intervento del Giudice non si richiede affatto che la condotta del genitore sia stata pregiudizievole per la figlia e, soprattutto, non si giudica tale il rifiuto per autorizzare l’interruzione della gravidanza.

Tuttavia, senza alcuna valutazione sulla condotta del legale rappresentante, il rifiuto di prestare l’assenso sembrerebbe da solo sufficiente a giustificare l’intervento del Giudice Tutelare²⁶.

La funzione di quest’ultimo non si muove nemmeno negli stessi binari tracciati dal 316 c.c. in quanto ex art. 12 legge 194/1978, in caso di contrasto, non sono i genitori a ricorrere al giudice, non è riconosciuto loro alcun potere-diritto di indicare al magistrato “i provvedimenti che ritengono più idonei”, ma soprattutto quest’ultimo non sceglie tra le soluzioni proposte dai genitori, ma piuttosto liberamente valuta l’opportunità di dar corso alla volontà della figlia.

E’ chiaro dunque il netto divario tra l’art. 12 e i principi che operano nell’ambito della responsabilità genitoriale.

E così, in questi termini, la legge n. 194 del 1978, anche ad una prima lettura, chiarisce che l’intervento dei genitori assume un valore di opportunità e non di necessità e, “*lungi dal costituire un atto di esercizio della potestà, si giustifica come elemento di valutazione delle circostanze*”²⁷.

Come premesso, però, il Giudice Tutelare, chiamato a decidere, ha scarni elementi di giudizio: da un lato, quanto dichiarato dalla minore e, dall’altro, la relazione medica o del consultorio o della struttura socio sanitaria. Singolarmente, la legge non ha previsto, per un così delicato ruolo, il potere del magistrato di consultare un diverso medico o uno psicologo o di nominare un consulente.

Correlativamente, poi, il Giudice Tutelare non esercita alcun giudizio sulle ragioni addotte dalla minore e certificate dal medico, anzi come in più occasioni ha chiarito la Corte Costituzionale, questi “*rimane esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all’interruzione gravidica.*” (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,765).

²⁶ F. Giardina, 1978, 1668).

²⁷ F. Giardina, 1978,1666

E per tale motivo la Consulta ha qualificato tale autorizzazione giudiziale come *“provvedimento esterno”* al riscontro in concreto delle condizioni di fatto previste dal legislatore per consentire l'interruzione della gravidanza, in quanto l'accertamento e la valutazione di quelle condizioni, nei limiti previsti dall'art. 5 della legge, sono espletati ai sensi dell'articolo impugnato, dal consultorio, dalla struttura socio-sanitaria, o dal medico di fiducia (...)” (Corte Costituzionale, 14 aprile 1988, n.463 in *F.I.* 1988,2117).

E sempre nel 1987 i Giudici della Consulta hanno chiarito che *“una volta che i disposti accertamenti siansi identificati quale antecedente specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene; intervenendo egli (...) nella sola generica sfera della capacità del soggetto”* (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,758, 766).

Il suo intervento quindi viene definito esclusivamente come pertinente alla sfera della capacità della donna minorenni, poiché *“il diniego o il consenso all'integrazione della volontà della minore è in relazione al giudizio che il magistrato si forma in ordine alla capacità della giovane di dare adeguata valutazione alla gravità e all'importanza dell'atto che si accinge a compiere, anche con riferimento ai motivi di rifiuto eventualmente adottati dai genitori”* (Corte Costituzionale, 14 aprile 1988, n.463 in *F.I.* 1988,2117).

La funzione del magistrato è stata dunque ricondotta nell'ambito dell'**“autorizzazione a decidere”**, specificando, da un lato *“che il provvedimento [...] non decisivo [...] rientra pur sempre nell'ambito degli schemi autorizzatori adversus volentem: unicamente di integrazione della volontà della minorenni, per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire”* (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,765) ossia *“non decisivo, ma meramente attributivo della facoltà di decidere”* (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,764).

Qualche anno più tardi, nel 1996, sempre la Consulta ha escluso espressamente *“che [possa] configurarsi come potestà co-decisionale”* poiché *“la decisione [è] rimessa - alle condizioni previste - soltanto alla responsabilità della donna”* (Corte Costituzionale Ordinanza 15.03.1996, n. 76, in *Giustizia Civile*, 1997, I, 41) .

Ed è per tale ragione che è stata respinta la questione di legittimità costituzionale, sollevata con ordinanza del 25 maggio 1995 dal Pretore di La Spezia, in funzione di giudice tutelare (Pretura La Spezia, 25 maggio 1995, in *Riv. Pen.*, 1995, 1425). Questi aveva giudicato gli articoli 4, 5 e 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194 in contrasto con gli articoli 2 e 31, secondo comma, della Costituzione, nella misura in cui proteggono la vita del concepito e la maternità, ritenendo il provvedimento autorizzatorio in realtà integrativo della volontà della minore, risolvendosi *in una*

manifestazione di volontà, convergente con quella della donna, espressivo, peraltro di valutazione intrinseca del contenuto della decisione che la minore intende prendere.

La Consulta ha avuto così l'occasione di spiegare come *“in senso diverso, deve ribadirsi che il potere autorizzatorio del giudice tutelare è previsto (quando si verificano le condizioni di cui al secondo comma dell'articolo 12 della legge n. 194 del 1978) a garanzia della consapevolezza circa i beni di rilievo costituzionale consistenti nella tutela della vita del concepito e della vita e della salute della donna (sentenza n. 27 del 1975) e della serietà della loro valutazione e ponderazione (ordinanza n. 293 del 1993; sentenza n. 109 del 1981), e quindi anche a garanzia del rispetto delle procedure che la legge ha previsto a tale scopo, in un sistema che prefigura interventi di sostegno e di solidarietà da parte dei servizi sociali per superare le cause che potrebbero portare all'interruzione della gravidanza (art. 2, primo comma, e art. 5, primo e secondo comma, della legge n. 194 del 1978);”* (Corte Costituzionale Ordinanza 15.03.1996, n. 76, in Giustizia Civile, 1997, I, 41; Corte Costituzionale Ordinanza, 24 giugno 1993, n. 293 in *Giur. Cost.* 1993, II, 2096) .

Non solo. Sempre con diretto riferimento allo status del concepito, si cerca di trovare una giustificazione a tale autorizzazione, spiegando come *“nell'ambito della procedura autorizzatoria di cui all'art. 12 impugnato, non viene direttamente in causa l'interesse del concepito (ordinanza n. 463 del 1988) e ciò non nel senso dell'indifferenza dell'ordinamento rispetto a esso - come erroneamente affermato dal giudice rimettente - ma nel senso che a tale interesse sono preordinati gli accertamenti, le valutazioni e le attività previste a tutela della maternità e della vita del concepito, cui sono chiamati i soggetti indicati dall'art. 5 della legge”*²⁸.

E proprio la rilettura del Giudice delle Leggi ha posto in evidenza come, in tale ambito, proprio

“la funzione del giudice tutelare costituisce strumento di garanzia circa la effettiva consapevolezza della scelta della minore nella valutazione dei beni in gioco, in un sistema che vede coinvolti tutti gli interventi di carattere sociale a tutela della maternità e della vita del concepito, potendo il giudice negare l'autorizzazione quando escluda, nel suo prudente apprezzamento, tale consapevolezza” (Corte Costituzionale Ordinanza, 24 giugno 1993, n. 293 in *Giur. Cost.* 1993, II, 2098).

Dunque, la tutela del nascituro si esaurisce nella fase esperita davanti al Giudice Tutelare.

Anche nel 2007 la Consulta, sotto il diverso profilo della natura discrezionale o meno del provvedimento richiesto al Giudice Tutelare, ha comunque confermato la propria interpretazione.

²⁸ Corte Costituzionale Ordinanza 15.03.1996, n. 76, in Giustizia Civile, 1997, I, 41

Infatti, l'ordinanza del 5 dicembre 2007, n. 416 ha avuto ad oggetto proprio la legittimità costituzionale dell'art. 12 con riferimento all'art. 111 Cost.

Secondo il Giudice tutelare di Treviso, ogni volta in cui v'è urgenza per l'approssimarsi del termine ultimo utile per l'interruzione della gravidanza e la minore non voglia informare i genitori, il magistrato, contrariamente a quanto previsto al II comma, ultima parte, dell'articolo 12, sarebbe di fatto chiamato ad emanare un mero provvedimento autorizzativo non motivato, svincolato da qualsiasi potere discrezionale (ord. del 12 dicembre 2006 in *G. U.* n. 18, I serie speciale, 2007).

Come ben riassume la motivazione *“apparirebbe evidente l'estrema contraddittorietà di una norma che, da un lato, richiede un provvedimento giurisdizionale discrezionale (che, alla stregua dell'invocato art. 111, sesto comma, della Costituzione, deve essere sempre motivato) e, dall'altro, impone un mero provvedimento autorizzatorio svincolato da qualsiasi potere discrezionale del Giudice”*.

Come prevedibile, la Consulta ha aggirato ogni elaborazione concettuale e, schivando il rischio di una argomentazione capziosa, ha contestato il difetto di rilevanza, in quanto il Giudice *a quo* aveva in concreto già autorizzato la minore. Ciononostante, contestualmente e incidentalmente, ha ribadito: *“il giudice deve motivare soltanto sull'accertamento della volontà della donna stessa, senza entrare nel merito di quanto da lei affermato”* (Corte Costituzionale, 5 dicembre 2007, n. 416).

Proprio questo ruolo di comprimario attribuito al magistrato ha sollevato un ulteriore dubbio di incostituzionalità della legge, con riferimento all' art. 3 Cost., nella misura in cui la legge non riconosce, come al medico ex art. 9 l. 194/1978, anche al Giudice tutelare il diritto di opporre il suo rifiuto di *judicare* per obiezione di coscienza, con diretto riferimento agli artt., 2, 19 e 21, medesima legge; e ciò sul presupposto che l'obbligo di pronunciarsi sull'autorizzazione all'aborto della minore si scontrerebbe con il diritto di libertà di coscienza, di manifestazione del pensiero e di libertà religiosa.

Numerose sono state le argomentazioni addotte, quanto complesse e articolate le ordinanze di manifesta infondatezza.

La Consulta ha infatti sempre giudicato infondata la questione, ritenendo non solo ben diversi i ruoli del giudice e del medico, in quanto il primo, come già precisato, si limita ad attestare la capacità di decidere della minore, ma soprattutto perché ha ritenuto prevalente la doverosità di *“satisfacere officio”* (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,767).

Doverosità che per il magistrato, nella ricostruzione della Corte, trova i suoi contenuti direttamente nell'art. 54, II comma, Cost., e –indirettamente- nelle limitazioni disposte dal terzo comma dell'art. 98 Cost. e nelle garanzie dell'art. 107 cost. che “come lo pone al riparo da qualsivoglia interferenza *ab externo* , così comporta (...) l'indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia” (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I, 770).

Illustre assente è invero il richiamo al principio della soggezione del giudice soltanto alla legge, previsto dall'art. 101, comma, II, Cost.²⁹ .

Se ne deduce pertanto che “ *le esigenze di coscienza del giudice devono cedere di fronte all'esigenze di giustizia dell'ordinamento* ”³⁰ .

Sulla base delle premesse considerazioni, proprio la necessità di valutare la capacità di decidere della minore e, in definitiva, la sua maturità, lascia emergere molte perplessità in ordine alla mancata previsione normativa del dovere del Giudice di disporre una consulenza tecnica psicologica sulla giovane, che aiuti il magistrato nel delicato compito attribuitogli, o meglio imposto.

4.1 La confusa natura del provvedimento emanato dal Giudice Tutelare e la sua presunta non reclamabilità

L'ultima parte del secondo comma dell'art. 12 dispone che il Giudice tutelare possa autorizzare a decidere l'interruzione della gravidanza “*con atto non soggetto a reclamo*”.

La legge, però, non specifica affatto quale sia la natura del provvedimento emanato dal Giudice Tutelare ed in passato si è sostenuta, ed affermata, la tesi secondo la quale dovrebbe trattarsi di un decreto, contro il quale sarebbe possibile esperire solo il ricorso in Cassazione³¹

Se non vi sono indicazioni contrarie in merito alla qualificazione dell'atto come decreto, per contro, il limite del divieto di proporre il “reclamo”, legislativamente disposto, è stato diversamente interpretato da un risalente intervento del Tribunale per i Minorenni dell'Emilia Romagna (decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 123).

L'occasione per tale pronuncia era stato proprio il reclamo di una minore avverso la mancata autorizzazione del Giudice Tutelare all'aborto.

²⁹ E. Rossi *L'obiezione di coscienza del giudice* in *F.I.* 1988, I, 766

³⁰ E. Rossi op.cit 767

³¹ F. Giardina, 1978, 1668.

Il Tribunale per i Minorenni, individuato dalla parte reclamante come organo giurisdizionale di secondo grado, pur ritenendo che il caso in esame avrebbe meritato un maggior approfondimento e una maggior comprensione, rilevava *“l'impossibilità di procedere al riesame per la inoppugnabilità del provvedimento”* (decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 124). E, interpretando la scelta legislativa, considerata costituzionalmente incensurabile, giudicava che fosse stato attribuito *“ al solo giudice tutelare il potere discrezionale di autorizzare o meno l'interruzione della gravidanza (...) Di qui la ragione della non reclamabilità del provvedimento conclusivo”* (decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 125).

In tal modo, il Tribunale per i Minorenni riteneva non reclamabile non solo il provvedimento autorizzatorio, ma anche quello che in definitiva finiva per vietare l'intervento.

Così, più esplicitamente, ammettere il reclamo, si spiegava, *“Snaturerebbe lo speciale procedimento, comporterebbe la totale obliterazione della competenza funzionale e non sostituibile del giudice tutelare e l'indebita interferenza nella sfera di essa da parte di altro organo giudiziario”* (decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 125).

Tale motivazione strutturata su argomentazioni di carattere procedurale ha, però, di fatto perso di vista *sia* la natura e la sostanza del problema *sia* i principi cardine dell'interpretazione delle regole.

Sebbene i principi procedurali, individuati nella motivazione, siano, in linea di massima, sempre da tutelare, ad ogni modo, tale tutela non può e non deve spingersi fino al punto di legittimare la compressione o il sacrificio di valori costituzionali come il diritto di gestire la propria vita, la propria salute, e, in definitiva, di autodeterminarsi. Da qui la difficoltà logico-giuridica di ritenere non reclamabile anche il diniego all'autorizzazione.

Pertanto, laddove si legge che il giudice tutelare *può autorizzare a decidere l'interruzione della gravidanza “con atto non soggetto a reclamo”*, il testo è chiaro nel non porre alcun limite al reclamo avverso il provvedimento che invece nega l'autorizzazione.

E tale risultato critico si raggiunge non solo ricorrendo ad un'interpretazione letterale del testo, ma anche affidandosi ad un'esegesi che rivendichi coerenza normativa. Infatti, non deve dimenticarsi che la scelta legislativa di escludere il reclamo solo avverso l'autorizzazione all'interruzione della gravidanza rappresenta la logica conseguenza di aver deciso di lasciare l'ultima parola al Giudice Tutelare, sottraendola ai rappresentanti legali, gli unici ad avere un interesse contrario all'aborto.

Per contro, per configurare il divieto al reclamo anche per il diniego all'autorizzazione dovrebbe ricorrersi ad un'interpretazione estensiva, inammissibile, poiché si porrebbe un limite, senza le procedure di controllo costituzionalmente garantite, all'esercizio di diritti della persona, nel caso concreto, la minore, sanciti nella Carta Costituzionale.

Una conclusione interpretativa che vieti il reclamo alla ragazza minore sarebbe, oggi, anche in insanabile contrasto con la normativa sovranazionale e nazionale (a seguito della riforma del 2012 e del 2013- l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013).

Infatti, l'art. 24, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, considera il minore titolare di diritti di protezione e della libertà di esprimere la propria opinione sulle questioni che lo riguardano. La stessa disposizione sancisce il principio secondo il quale convincimenti e pensieri dei minori degli anni 18 devono essere presi in considerazione – in funzione dell'età e del grado di maturità raggiunto – nelle decisioni destinate a ripercuotersi sulla loro esistenza. Ancor prima nel 1989 l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (New York 1989) ha stabilito il diritto di ascolto in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che possa interessare il minore. Oggi nel codice civile italiano campeggiano gli artt. 336, comma 2, e 336-bis c.c. che regolano l'ascolto del «minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove dotato di capacità di discernimento» nei procedimenti che lo riguardano. Sebbene tali disposizioni si riferiscano a procedimenti strettamente connessi al diritto di famiglia, sono comunque espressivi di una ratio generale che attribuisce valore e rilievo al consenso, all'autodeterminazione e alla volontà del minore di anni 18.

Ed ancor più rilevante è l'art. 3 della legge 219 del 2017 sul *delicato profilo dell'autodeterminazione sanitaria del minore, o comunque della persona incapace*.³²

5. Il ruolo del medico: potere e responsabilità nel delicato confronto con la vita prenatale

Nella prima fase, ossia nei primi novanta giorni, il legislatore ha previsto anche una terza ipotesi, nella quale i genitori, il tutore e il giudice tutelare escono, di fatto, di scena.

Secondo quanto disciplinato dal III comma dell'articolo 12 se il medico accerta l'urgenza dell'intervento a causa di un *grave pericolo per la salute della minore* il potere decisionale si trasferisce interamente nelle sue mani ed è sufficiente, ai fini abortivi, il certificato che attesti *“l'esistenza delle condizioni che giustificano l'interruzione della gravidanza”*.

³² Per un interessante commento si rinvia al commento del Marco Rizzuti **MINORI, INCAPACI E DAT: I PRIMI CONTENZIOSI** in *Diritto e Salute*, rivista online, 2018, pp.166 e ss.

Il parallelo con l'art.5, comma III, della stessa legge, relativo all'interruzione della gravidanza della maggiorenne entro i primi novanta giorni è immediato, ma nella formulazione di questa disposizione si apprezzano dei termini significativamente diversi, che incidono pesantemente sui limiti.

Infatti, nella sua asciutta formulazione, il comma III dell'art.12 si concentra su un'ipotesi particolare, ossia l'unico presupposto è ravvisato nel *grave pericolo per lo stato di salute della giovane che rende necessario l'intervento*.

Condizione fisica, questa, che in passato è stata interpretata in termini restrittivi ossia come “ *la presenza di processi patologici in atto (...) imminenza del probabile danno alla salute della donna*”³³ ma che oggi coinvolge sia la salute più propriamente fisica che psichica.

Per contro, sulla base di quanto disposto dall'art. 5, molto più sfumato nei toni, sarebbe sufficiente che il medico riscontrasse *l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento*.

Se è doveroso tracciare ogni possibile differenza nella disciplina di una materia tanto delicata è altresì intellettualmente onesto sottolineare che nella pratica niente cambia.

E ciò in quanto, come già precisato, l'orientamento giurisprudenziale è nel senso di ritenere contenuto nell'art. 12 un rinvio implicito all'art.5 della medesima legge, superando così ogni complicazione direttamente o indirettamente connessa ad un'interpretazione più o meno rigorosa del testo.

Deve infine e comunque considerarsi, al di là dell'elaborazione normativa, che “ *il grave pericolo per la salute della minore comporta l'esigenza di una tutela che l'interessata può sollecitare, ex art. 32 Cost., in piena autonomia dagli schemi incapacità-rappresentanza, trattandosi di una evidente ipotesi di esercizio di un diritto personale non di abortire, bensì di tutelare la propria salute fisica o psichica*”³⁴.

Si capisce, così, *quale e quanto* potere è stato conferito al medico, peraltro, generico, che attesta il grave pericolo. La norma infatti non pretende che il certificato, titolo per richiedere l'intervento con urgenza, sia stato redatto da un ginecologo, e soprattutto non prevede che il suo parere debba essere confrontato con quello di altro sanitario.

In definitiva, l'eventuale complicità tra il medico di fiducia e la minorenne consente di azzerare l'operatività dei controlli e dei limiti predisposti, *ingenuamente*, dal legislatore.

³³ F-Giardina, 1978, 1664

³⁴ (Giardina, 1978, 1665)

6. Il parallelo con l'art. 7 della legge n. 194 del 1978: la necessità di una tutela equivalente con quella della donna maggiorenne

L'ultima fase, o se vogliamo l'ultima ipotesi, viene disciplinata dal IV comma dell'art. 12, ove si prevede che, superati i primi novanta giorni di gravidanza, debba trovare applicazione l'art.7 della stessa legge.

E proprio in considerazione del fatto che l'art. 7 richiama l'art. 6 della legge n. 194/1978 la giurisprudenza è concorde nel ritenere che “(...), *al di là della formulazione un po' contorta, in caso di interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno la disciplina è identica sia per le donne maggiorenni, sia per le minorenni*” (Tribunale di Milano, 22 giugno 1993, in F.I., 1994, II, 380; Tribunale di Catania, sez. Paternò, 7 novembre 2002 in F.I. 2003, I, 3205).

Così, nonostante vi sia la possibilità di vita autonoma del feto, come nel caso della maggiorenne, “*a fronte della preminente esigenza di tutela della salute della donna, il legislatore ha accantonato le altre esigenze, pur costituzionalmente rilevanti previste dagli artt. 30 e 31 cost. legittimando la minore ad esercitare direttamente ed in piena autonomia il proprio diritto alla salute*” (Tribunale di Milano, 22 giugno 1993, in F.I., 1994, II, 380; Tribunale di Catania, sez. Paternò, 7 novembre 2002 in F.I. 2003, I, 3205).

Si finisce così per escludere ogni possibile interferenza o ingerenza del genitore, del tutore o del Giudice Tutelare, stesso.

Dunque, il *grave pericolo per la vita, la salute fisica o psichica* della gestante annulla le distanze tra la maggiorenne e la minorenni. Per entrambe l'autodeterminazione, intesa nel più riduttivo significato di esercizio insindacabile del diritto di richiedere un intervento medico per la propria salute, anche psichica, viene tutelata con la medesima intensità e il medesimo vigore.

7. L'aborto chimico: differenze e divergenze

Negli ultimi anni, sono emerse altre questioni, molto complesse e dibattute, inerenti all'utilizzazione di alcune sostanze la cui assunzione determina l'interruzione della gravidanza (IVG). Il riferimento è alla pillola Norlevo (nota come “pillola del giorno dopo”) e alla pillola RU486. Infatti, sono sorti numerosi problemi, circa la compatibilità e la coerenza del ricorso al cosiddetto “aborto chimico” con la normativa vigente in tema di IVG, che hanno dato vita a contrapposizioni molto nette, relativamente alla possibilità di ritenere operanti, in tali casi, i principi

e i limiti sanciti dal legislatore, con la legge n. 194/ 1978, quando tali metodi non erano ancora noti o diffusi.

Come noto la Norlevo ha come principio attivo il levonorgestrel (progestinico di sintesi) e deve essere assunta non oltre 72 ore dal rapporto sessuale non protetto. Questa pillola, seguendo le indicazioni scientifiche, non interrompe la gravidanza, bensì la previene bloccando l'ovulazione o impedendo l'impianto dell'ovulo fecondato. Tale precisazione porterebbe a pensare che la Norlevo sfugga al controllo della legge n. 194/1978 poiché quest'ultima disciplina l'interruzione della gravidanza, intesa come gestazione in atto, quando cioè l'embrione si è già impiantato in utero. In teoria, solo un'arbitraria interpretazione estensiva potrebbe pretendere di applicare la disciplina della legge n. 194/1978 anche alla pratica di aborto chimico con la Norlevo.

Al riguardo deve ricordarsi la sentenza n. 8465/2001 del 12 ottobre 2001 resa dal TAR. Lazio, Sezione I bis su ricorso proposto dal Movimento per la Vita Italiano e Forum delle Associazioni Familiari che hanno impugnato il decreto del Ministero della Sanità con il quale era stata autorizzata l'immissione in commercio della pillola "NORLEVO" . Le ragioni principali addotte a sostegno del ricorso erano sostanzialmente due. In primo luogo, si lamentava l'illegittimità del provvedimento che, in violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, autorizzava un farmaco che impediva lo sviluppo del concepito, contrastando con il diritto costituzionalmente garantito all'esistenza della vita umana fin dalla fecondazione. In secondo luogo, si ravvisava la violazione delle disposizioni e delle cautele stabilite dagli artt. 4 e segg. della legge 22.5.1978, n. 194, considerando il farmaco un prodotto che, di fatto, causava l'aborto.

Secondo i ricorrenti infatti l'ovulo fecondato, ancorché non impiantato, rappresentava già un'entità nuova (definibile come pre embrione), da tutelare al pari dell'embrione e del feto.

Tale argomentazione è stata seccamente respinta dal TAR il quale non ha esitato a sottolineare che *“le norme di rango costituzionale invocate non recano una nozione certa circa il momento iniziale della vita umana e l'estensione dell'ambito di tutela nel corso del suo sviluppo.*

Lo specifico problema forma oggetto di ampio dibattito in sede scientifica, bioetica e religiosa - aspetto di cui sono ben consapevoli le parti in causa - e non ha trovato soluzione in apposita regolamentazione.

In assenza di puntuali disposizioni di diritto positivo difetta un immediato parametro di raffronto in base al quale possa dedursi avverso il decreto impugnato il vizio di violazione di legge.”

Sotto un diverso profilo, ben più incisivo e pertinente al tema di indagine, il TAR ha altresì respinto la tesi secondo la quale il Norlevo rappresentasse una pratica abortiva in contrasto con la disciplina per l'interruzione volontaria della gravidanza dettata dalla legge 22.5.1978, n. 194.

E ciò in quanto la legge n. 194/1978, nel regolamentare i casi di interruzione volontaria della gravidanza, non enuncia una puntuale nozione clinica dell'inizio della "gravidanza", e cioè se tale momento coincida con la fecondazione dell'ovulo, ovvero con il suo annidamento nell'utero materno, evento che si verifica in un lasso temporale di circa sei giorni dalla fecondazione. L'esame sistematico della regolamentazione dettata dalla legge n. 194/1978 - che ammette l'aborto entro i primi novanta giorni di gravidanza (art. 4); prevede congrui tempi procedurali per gli accertamenti medici, estesi all'esame delle ragioni che muovono la donna a richiedere l'interruzione della gravidanza, alla ricerca di soluzioni per la rimozione delle cause che inducono alla scelta abortiva (art. 5), fino alla possibilità di assegnare alla madre un termine di sette giorni per ogni definitiva decisione (art. 5, comma quarto) - induce a ritenere che il legislatore abbia inteso quale evento interruttivo della gravidanza quello che interviene in una fase successiva all'annidamento dell'ovulo nell'utero materno. Tale conclusione è avvalorata dall'art. 8 della legge n. 194/1978 che in dettaglio prende in considerazione le modalità interruttrive della gravidanza e ne impone l'effettuazione con l'intervento di un medico specialista ed all'interno di strutture ospedaliere o case di cura autorizzate, circostanze non peculiari alle metodiche anticoncezionali i cui effetti si esplicano in una fase anteriore all'annidamento dell'ovulo.

Il Tar è giunto così alla conclusione per cui *"Il decreto che autorizza la commercializzazione del "NORLEVO" non contrasta con la legge n. 194/1978, poiché il farmaco autorizzato agisce con effetti contraccettivi in un momento anteriore all'innesto dell'ovulo fecondato nell'utero materno. Detta evenienza resta sottratta alla regolamentazione dettata dalla legge richiamata che, come in precedenza esposto, assume a riferimento una condizione fisiologica della donna di stabile aspettativa di maternità cui soccorrono, in presenza di una volontaria e consapevole scelta interruttiva, specifici interventi di assistenza sul piano sanitario e psicologico"*.

Così ragionando, però, si pone allora il problema di considerare quale comportamento dovrebbero assumere i medici di fronte alla richiesta della minorenne.

In realtà v'è ragione di ritenere che, in prima battuta, considerato il Norlevo un contraccettivo, nel caso di una minorenne sarebbe comunque necessario il consenso dei genitori o del tutore .

Qualora però costoro non dovessero prestare il proprio consenso, dovrebbe e potrebbe trovare applicazione, a rigore, solo il terzo comma del medesimo articolo, in quanto si richiede la somministrazione con urgenza.

Si consentirebbe così un intervento “soccorritore” del medico, ravvisando *il grave pericolo per la salute della* minore nelle conseguenze fisiche e psichiche di una gravidanza non voluta che, altrimenti, determinerebbe il verificarsi del più grave e traumatico intervento abortivo.

Quanto alla pillola RU486, diversamente dalla Norlevo, ha di sicuro un effetto abortivo.

Infatti, il mifepristone, dal quale è composta, è in grado di interrompere la gravidanza già iniziata, a seguito dell’attecchimento dell’ovulo fecondato. Deve essere assunto però anche un altro farmaco, una prostaglandina che provoca le contrazioni uterine e l’espulsione dei tessuti embrionali.

E’ chiaro dunque che la Ru 486, da assumere entro il 49° giorno dall’inizio della gravidanza, si presenta come un’alternativa all’aborto per aspirazione. Tale farmaco è legale in Italia dal 10 dicembre 2009 con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’autorizzazione alla sua immissione in commercio. Oggi, dunque, è possibile ricorrere all’interruzione volontaria di gravidanza ricorrendo a tale metodo farmacologico dietro richiesta della persona interessata, in regime di ricovero ordinario, nel rispetto della legge n.194 del 1978.

Non solo. Il 20 luglio 2010, la commissione del Ministero della Salute ha emanato le linee di indirizzo elaborate sul metodo farmacologico RU 486, precisando che si sconsiglia di procedere all’aborto farmacologico per le minorenni senza il consenso dei genitori, “*valutando difficile l’adesione al percorso terapeutico in tale situazione.*”. Date le motivazioni di tale “suggerimento”, viene da chiedersi come tale limite si possa conciliare con l’art. 12 della legge n. 194 del 1978. Inoltre, ci si interroga, soprattutto, su quale sia il senso di tale limite in un ordinamento che ha già disciplinato le ipotesi di conflitto tra i genitori-tutori e le minorenni che richiedono di interrompere la gravidanza. Ancor più complesso è, poi, comprendere perché non si sia considerato che *l’adesione al percorso terapeutico* sarebbe ancor più necessario in caso di aborto chirurgico, mentre questo non è stato affatto individuato dalla legge come vincolo.

Per contro v’è chi plaude alla somministrazione del farmaco alle minori poichè “La RU486 (...) ridurrebbe il trauma alle minorenni”³⁵.

³⁵ E.Pellecchia *Aborto farmacologico e disciplina dell’interruzione volontaria della gravidanza* in NGCC 2010, II, 31

*

Al di là delle differenze di opinione che si riscontrano, in materia, e delle ragioni sottese alle tesi contrapposte, riflesso di una marcata distinzione, più in generale, nei confronti dell'ammissibilità o meno di limiti alla scelta della donna di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, è indubbio che si debba dar applicazione, nella sua interezza e poliedricità, all'art. 12 della legge n. 194/1978. E' nell'alveo di tale norma che, oggi, si deve ricondurre non solo il diritto di scegliere di abortire, ma anche la decisione relativa a *come* procedere ad un pratica così dolorosa, lasciando alla minore, purché adeguatamente informata, piena autonomia, nel prendere una scelta in tal senso. Per questa ragione, le linee guida non paiono affatto modificare il modo in cui si deve dar attuazione alle previsioni in vigore, non incidendo in alcun modo sull'attuale quadro normativo.

6. Conclusioni

Nel tortuoso articolo 12, il diritto di autodeterminazione della minorenni, nella sua forma assoluta, viene consacrato solo in un senso, ossia come diritto di non abortire.

Per contro, il diritto di richiedere un trattamento sanitario, quale libero esercizio della libertà di operare una scelta autonoma sul proprio corpo, almeno nell'intenzione del legislatore, è stato in parte ridimensionato dall'operare della volontà e dei principi di chi, su di lei, esercita la responsabilità genitoriale o la tutela.

E proprio, la necessità dell'assenso o in alternativa dell'autorizzazione del Giudice Tutelare venivano considerate, in passato, come prova "dell'inesistenza di un diritto di interrompere la gravidanza (..) per la minore"³⁶.

Questa affermazione, però, non pare condivisibile.

Si rileva, infatti, come la contestuale predisposizione, interna alla legge (art.12), di meccanismi correttivi alla rigida impostazione codicistica del rapporto tra genitori (o tutore) e minorenni ha, in concreto, condotto, da un lato, alla ragionevole frantumazione del chiuso nucleo familiare e, dall'altro, all'invasione di campo dell'ambiente domestico da parte di vari soggetti, dal medico, agli assistenti sociali, al magistrato, con la conseguente dilatazione del potere decisionale della minore.

³⁶ F. Giardina, 1978,1666

Non solo. Come prevedibile, il riconoscimento della *possibilità* di abortire per la minorenni, ancorché entro limiti specifici, nel tempo, si è mosso sulla scia dell'ampliamento del corrispettivo *diritto* della maggiorenne, acquisendo nella propria disciplina l'intera evoluzione estensiva relativa all'interpretazione degli articoli 4,5,6 e 7 della legge.

La legge n. 194 del 1978, con riferimento alla minorenni, si è allora solo formalmente allineata alla regola per cui il consenso informato richiede la piena capacità d'agire, che nell'ordinamento italiano si acquisisce con la maggiore età.

Ed, anzi l'articolo 12 può, a ragione, essere definito come il precursore del principio, oggi affermato, che consente al minore di decidere o quantomeno di concorrere alla decisione finale in tutti quei casi in cui siano in gioco sue scelte personali. Il criterio discretivo è rappresentato appunto dalla sua maturità psichica, abbandonando l'astratto riferimento alla capacità d'agire.

In questo senso, proprio l'evoluzione interpretativa operata dalla Consulta dimostra la volontà di

“escludere l'esercizio dei diritti personali e che si appoggiano quei casi in no di conciorre dell'nella propria disciplina l'anno condotto alla ragionevole frandalla sua maturità psichica da ed ogni atto inerente alla protezione della persona dalla sfera dell'incapacità e della rappresentanza legale per affidarli a diversi strumenti di protezione dell'incapace regolatio da principi di verifica concreta della capacità reale del soggetto³⁷”

La valorizzazione della volontà e dell'opinione del minore è stata peraltro segnata con sempre maggior decisione da atti internazionali e da interventi normativi a livello europeo. Si ricordano in particolare la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del bambino del 1924, la Dichiarazione dei diritti dei bambini adottata dalle Nazioni Unite nel 1959, la Convenzione sui diritti del fanciullo (approvata dall'ONU il 20 novembre del 1989, ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991 n. 176) e più di recente si ricorda la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, (la legge italiana di esecuzione è la legge n. 77 del 20 marzo 2003) tutte accomunate dall'obiettivo di perseguire il "superiore interesse del minore", (art. 3, l. 27 maggio 1991 n. 176).

Proprio con la legge n. 77 del 20 marzo 2003, si sono espressamente disciplinati i *diritti procedurali di un fanciullo* (art. 3) per il concreto esercizio dei diritti che la Convenzione ONU del 1989 aveva riconosciuto formalmente ai minori allorquando aveva disposto che questi *"possono*

³⁷ F.Giardina, op. cit 1997, 46

esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e maturità".

Con specifico riferimento, poi, ai trattamenti sanitari, quale deve intendersi l'interruzione della gravidanza, la legge n. 145 del 28 marzo 2001 (Gazzetta Ufficiale 24 aprile 2001, n. 95) che ha ratificato la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, stipulata ad Oviedo il 4 aprile 1997, all'articolo 6, prevede che il consenso espresso dal legale rappresentante deve, ove è possibile, essere integrato dalla volontà del minore. Quest'ultima, se espressa, deve sempre essere tenuta in particolare considerazione in funzione della maturità del bambino: *L'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité.*

Ed in tal senso, più in generale, all'articolo 84 della II parte del Trattato che adotta la Costituzione per l'Europa, del 29 ottobre 2004 (in G.U. dell'U.E. del 16.12.2004 n.310) si statuisce: i bambini

"possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione nelle questioni che li riguardano in funzione della loro età e maturità" (art.12).

Dunque, l'intera disciplina normativa sull'interruzione volontaria della gravidanza, in una diversa prospettiva, che tenga conto di una rilettura condizionata dall'evoluzione normativa europea e internazionale, si rivela in grado di scongiurare il rischio di tradurre la maggior tutela dell'interesse della minore, concepita come soggetto debole, in una violenza sulla sua personalità e volontà, in un annullamento della sua autodeterminazione.

SENTENZE

Corte Costituzionale 18.02.1975 n. 27 in *G.I.*, 1975, I, 1, 1416; *DFP* 1975, 375

Corte Costituzionale 25.6.1981 n. 108 in *Giur. Cost.* 1981, I, 909

Corte Costituzionale 25.6.1981 n. 109 in *D.F.P.* 1981, 649

Corte Costituzionale 16.2.1982 n. 44-45, ordinanze, in *Giur. Cost.* 1982, I, 377

Corte Costituzionale, ordinanza del 15.11.1985, n. 297

Corte Costituzionale n. 196 del 25.5.1987, in *Giur. Cost.* 1987, I, 2, 1460

Corte Costituzionale n. 561 del 1987 in *Sent. Ord. Corte Cost.* 1987, vol. 79, 450

Corte Costituzionale 31.03.1988 n. 389 in *G.I.*, 1988, I, 1073

Corte Costituzionale 7.4.1988 n. 404, in *Giur. Cost.* 1988, I, 2, 1789

Corte Costituzionale 14.04.1988 n. n. 462 in *FI* 1998, I, 2110

Corte Costituzionale, ordinanza, n. 463 del 14.4.1988, in *Giur. Cost.* 1988 I, 2, 2098

Corte Costituzionale, ordinanza del 18.1.1989 n. 14, in *Giur. Cost.* 1989 I, 1, 51

Corte Costituzionale 22 ottobre 1990 n. 471 in *F.I.*,1991, I, 14

Corte Costituzionale, ordinanza 16.3.1990 n. 133, in *Giur. Cost.* 1990 II, 749

Corte Costituzionale, ordinanza 24.6.1993 n. 293 in *Giur. Cost.* 1993 II, 2096

Corte Costituzionale, ordinanza del 15.3.1996 n. 76, in *Giust. Civ.* 1997, I, 41

Corte Costituzionale 10.02.1997 n. 35 in *G.I.* 1997, I, 1, 348; *Giur.Cost.* 1997, I, 281

Corte Costituzionale 26.01.1998-29.01.1998 n. 3 in *Giur.Cost.* 1998,I, 8

Corte Costituzionale 12.07.2000- 26.07.2000 n. 360 in *Giur.Cost.* 2000, 2596

Corte Costituzionale 12.07.2000- 26.07.2000 n. 361 in *Giur.Cost.* 2000, 2603

Corte Costituzionale 11.5.2001 n. 120 in *Giur. Cost.* 2001 II, 973

Corte Costituzionale 3.12.2001 – 14.12.2001 n. 405 in *Giur.Cost.* 2001, 3916

Corte Costituzionale 26.11.2004 n. 366 in *Giur. Cost.* 2004, IV, 3989

Corte Costituzionale, ordinanza del 12.12.2006 in *G.U.* n. 18, I serie speciale 2007

Corte Costituzionale, ordinanza del 5.12.2007 n. 416 in www.altalex.it

Corte di Cassazione Sezione 3 civile, Sentenza 24.03.1999, n. 2793 in *G.I.*2000, 44

Corte di Cassazione sez.III. civ., 6 maggio 2004-29 luglio 2004, n. 14488 in *D e G* 2004, f.33, 12.

Corte di Cassazione sez. 1 pen. 2.12.2004 n. 46945 IN CD ROM IL SOLE 24 ORE

Corte di Cassazione, sez. 3 civ., sent 14.07.2006 n. 16123 in CD ROM IL SOLE 24 ORE

Corte di Cassazione, sez.III civile, 4 gennaio 2010 n.13 in *Juris Data*

Corte d'Appello di Firenze 05.10.1978 ord. *Branca Ricci ed altri* in *Giur.Cost.*, 1979,II, 257

Corte d'Appello Perugia, civile, 25.1.2005 n. 21 in CD ROM IL SOLE 24 ORE

T.A.R. per il Lazio sez.I *bis*, 12.10.2001, n.8465 in *G. C.* 2002, I, 2977

TAR Lombardia sez.III 4 novembre-29 dicembre 2010 n. 7735 in *Guida al Diritto, Famiglia e Minori*, 2011, f. 2, 68

Tribunale di Milano (ord.) 2.10.1972, in *Gazz. Uff.* n. 21 del 21.01.1973

Tribunale di Firenze, Ufficio Istruzione, 06.06.1978, *Branca Bicci ed altri* in in *Giur. Mer.*, II, 1981, 160

Tribunale di Salerno, Giudice Istruttore, 17.06.1978, *Giordano e altri* in *Giur. Cost.* 1979, II, 256 e in *Giust. Pen.* 1979, I, 315

Trib. Firenze, ord., 5.10.1978 in *G.U.* n. 57 del 27.2.80

Tribunale per i Minorenni dell'Emilia Romagna decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 123

Tribunale di Milano, 22.6.1993, *Buscaglia e altri* in *F.I.* 1994, II, 377

Tribunale di Monza 08.05.1998, *Danoodarry e figli v. Ass.ni Generali s.p.a. e Fondo di Granaria per le vittime della strada* in *D. e R.*, 1998, 927; *G.I.* 1999, I, 42

Trib. Palermo 8 gennaio 1999 in *NGCC* 1999, I, 223

Tribunale di Catania sez. Paternò, 7 novembre 2002 in *F.I.* 2003, I, 3203

Tribunale di Catania sez. I, civile, decreto 3 maggio 2004 n.40, M.A. e altro c. G.A. in *NGCC* 2004, I, 416 con nota Villani

Tribunale di Cagliari, ord. 29 giugno 2004, Pres. Cugusi, in *DFP*, 2005, 938

Pretura di Città di Castello 01.12.1978, *Ignoti*, in *Giur. Merito* 1980,120

Pretura di Genova 27.06.1978, *B.L.* in *G.I.*,1980, I, sez.II, 124

Pretura di Verona, 21.10.1978, in *D.F.P.* 1979, 541

Pretura di Ivrea, 16 novembre 1979 in *G.I.*, 1981, I, 2, 38
Pretura di Galatina ord. del 14.01.80 in *Giur. Cost.* 1981, II, 447
Pretura di Urbino, ord. 25.1.1982, in *G.U.* n. 206 del 1982
Pretura di Torino, Giud. Tutelare, ord. 12.9.1984, in *DFP* 1985, 9
Pretura di San Donà di Piave, ord. del 16.11.1984, in *G.U.* n. 101 bis del 1985
Pretura Cosenza 20.12.1994 in *Dir. Fam. Pers.* 1995, 250
Pretura di La Spezia, ord. del 25.5.1995, in *Riv. Pen.* 1995, 1425