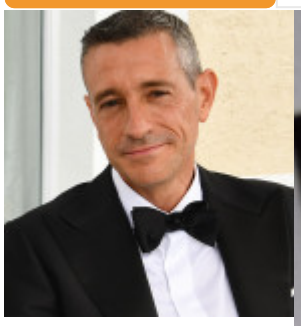
LA NUOVA BUSSOLA QUOTIDIANA
Direttore Riccardo Cascioli
FATTI PER LA VERITÀ

IL CASO

Aborto o omicidio? Il cieco travaglio della Cassazione

VITA E BIOETICA 25_06_2019



Tommaso Scandroglio

La Cassazione il 30 gennaio scorso si è pronunciata su un caso di decesso di un bambino durante il parto. La sentenza n. 27539 è stata depositata il 20 giugno scorso ed è illuminante per comprendere come per la legge italiana e i giudici, l'attribuzione ad un

essere umano della qualifica di soggetto di diritto, cioè di persona, sia assolutamente arbitraria perché meramente convenzionale.

Partiamo dai fatti. Una donna al momento del parto viene assistita da un'ostetrica che, secondo i giudici di primo e secondo grado, nonché per i giudici della Cassazione, ha provocato colposamente la morte del feto per asfissia perché non si era accorta della sofferenza del bambino e così non aveva comunicato questo stato di emergenza al medico, impedendo in tal modo a costui di intervenire con manovre particolari per salvare il bambino. Più in particolare, come indicato dalla Cassazione ricordando il verdetto di primo grado, "il mancato rilievo del battito cardiaco non consentiva di scoprire la sofferenza fetale già in atto e l'omessa comunicazione al ginecologo della complicanza sopravvenuta impedivano l'adozione delle manovre urgenti ed indispensabili per scongiurare la morte in utero del feto".

Tralasciamo per amor di sintesi molte questioni giuridiche che solleva la sentenza ed arriviamo al nocciolo duro della questione. Gli avvocati difensori, nell'impossibilità di scagionare la propria assistita, avevano chiesto ai giudici di derubricare l'imputazione da omicidio colposo ad aborto colposo. Giuridicamente parlando, possiamo parlare di omicidio se la morte è inferta ad un soggetto di diritto, altrimenti se è solo un essere umano non persona parliamo di aborto. Ma quando avviene questo passaggio dall'essere umano al soggetto di diritto? Per la difesa l'essere umano diventa soggetto di diritto cioè persona fisica, ex art. 1 del codice civile, al momento della nascita, ossia, secondo loro, quando è avvenuta "la fuoriuscita dall'alveo materno e col compimento di un atto respiratorio". In breve: alla prima boccata di ossigeno siete persone, prima no. La morte del piccolo essendo avvenuta prima di questo momento rientra nei casi di aborto e non di omicidio.

La Cassazione non è d'accordo e anticipa il momento in cui l'essere umano diventa persona per lo Stato e lo individua al momento del travaglio. Per quale motivo? Perché una forma particolare di omicidio è quello perpetrato sull'infante che, in presenza di particolari condizioni, prende il nome di infanticidio. Si può incorrere in infanticidio ex art. 578 cp anche quando la madre provoca la morte del figlio "durante il parto". Dunque la morte ricercata durante il parto configura una specifica ipotesi di omicidio e quindi ciò significa che durante il parto abbiamo un soggetto di diritto.

Ma cosa significa "durante il parto"? Infatti il parto è composto da più fasi: a quale fase specifica ci dobbiamo riferire? I giudici della Cassazione affermano che, secondo un certo orientamento giurisprudenziale, il momento in cui noi magicamente diventiamo persone è quello del travaglio. Non più come si asseriva una volta nel momento in cui

c'è il distacco del nascituro dall'utero, ma nel travaglio. Da ciò si conclude che, dal momento che il piccolo è morto durante il travaglio, questi era soggetto di diritto, ma provocare la morte di un soggetto di diritto significa incorrere nel reato o di infanticidio o di omicidio. In questo caso, dato che la morte non è stata provocata dalla madre, bensì dall'ostetrica, il reato è quello di omicidio e di omicidio colposo per mancanza di diligenza, prudenza e professionalità. Così i giudici di Cassazione: "Al riguardo, infatti, secondo l'unanime e consolidato orientamento della giurisprudenza, in tema di delitti contro la persona, il criterio distintivo tra la fattispecie di interruzione colposa della gravidanza e quella di omicidio colposo si individua nell'inizio del travaglio e, dunque, nel raggiungimento dell'autonomia del feto". E quindi non si tratta di aborto colposo, ma di omicidio colposo.

Questo per illustrare le argomentazioni che riguardano la vicenda giudiziaria.

Ma tali argomentazioni aprono ad alcune riflessioni. La prima, la più importante: il momento in cui diventiamo persone per il diritto è stato fissato arbitrariamente, cioè in modo convenzionale. La legge con l'art. 1 del codice civile (ma esistono norme che dicono l'opposto) e i giudici hanno stabilito in modo apodittico che noi siamo qualcuno per lo Stato solo al momento della nascita e, volendo individuare il momento esatto, durante il travaglio. Ora vorremmo chiedere ai giudici – e la domanda è affetta volutamente da una puntina di intemperanza - che differenza passa tra un bambino che si è staccato dall'utero materno – passibile di aborto se non può sopravvivere ad esempio quando gli mancano i reni e il cervello – e il medesimo bambino qualche istante dopo che è nel bel mezzo di un travaglio? Perché il primo per il diritto non è persona fisica e il secondo sì? Quale differenza biologica così scriminante relega il primo a cosa e il secondo lo eleva, in modo prodigioso, a *status* di persona?

I giudici, come indicato prima, rispondono che prima del travaglio non è autonomo e dopo sì. Ne siamo sicuri? Provate a lasciare lì sul lettino un infante senza assistenza e vediamo se e quanto è autonomo. E, al fine di saggiare l'esistenza di una autentica autonomia personale, proviamo tutti noi, giudici compresi, a vivere senza medici che ci curano, supermercati, benzinai, ingegneri che costruiscono case, forze di polizia che tutelano la nostra sicurezza e vediamo quanto campiamo. Come il bambino nel ventre della madre non è perfettamente autonomo perché dipende da lei per l'energia ricavata dal nutrimento, che lei gli fornisce, e per l'ambiente protetto in cui lo custodisce, così non lo è nemmeno dopo, necessitando di molte cure e assistenza.

Quindi l'assegnazione del patentino di persona soggiace al mero arbitrio. In ossequio a questa logica – in cui logica non c'è – se i giudici hanno ragione a fissare

come momento generante la soggettività giuridica nel travaglio, parimenti dovrebbe essere riconosciuta altrettanto ragionevolezza agli avvocati difensori nello stabilire questo momento un attimo dopo il travaglio, ossia quando il piccolo inizia a respirare. Coerenti con questi principi, potremmo posticipare ancor di più l'attimo in cui smettiamo i panni di organismo non personale e ci rivestiamo di quelli di organismo personale e fissarlo quando iniziamo a relazionarci con gli altri, quando manifestiamo atti di autocoscienza etc., così come fecero i famigerati Giubilini e Minerva che in un loro articolo pubblicato su rivista scientifica affermarono che legittimamente si poteva parlare di aborto post nascita, perché fino a quando non c'è persona non abbiamo omicidio, bensì "solo" aborto. E' la medesima logica sposata dal nostro ordinamento giuridico, eccettuato qualche norma, e dai giudici di Cassazione. Va da sé poi che porre sotto l'egida della mera convenzione lo stabilire quando diventiamo persone e quando cessiamo di esserlo provoca enormi rischi per tutti noi: e se domani per il diritto noi smettiamo di essere persone quando finiamo in coma oppure quando non possiamo più guarire da una malattia grave? Una volta c'era la razza a far da spartiacque tra persone e non persone, oggi semplicemente i criteri sono cambiati.

I giudici, per avvalorare la tesi che il bambino nascente è come noi e non come un feto qualsiasi, indicano l'esistenza di un "*quadro normativo e giurisprudenziale italiano ed internazionale di totale ampliamento della tutela della persona e della nozione di soggetto meritevole di tutela, che dal nascituro e al concepito si è poi estesa fino all'embrione*". A parte il fatto che il termine "nascituro" ricomprende quello di "concepito" ed "embrione", questa affermazione appare contraddittoria con tutta la sentenza. Se è soggetto di diritto anche il concepito salta la distinzione giuridica tra omicidio colposo e aborto colposo e dunque anche, più semplicemente, tra omicidio e aborto, perchè anche l'aborto sarebbe un omicidio, solo compiuto prima della nascita. E dunque, a dar retta al senso di questa affermazione, la legge 194 dovrebbe essere dichiarata incostituzionale.

Parimenti potremmo usare le stesse argomentazioni articolate dalla Cassazione per chiedere l'abrogazione della legge 194: se il bambino durante il travaglio non può essere ucciso, parimenti, perché nulla cambia, non dovrebbe essere ucciso un istante prima, quando è ancora nell'utero della madre. Ma da istante prima a istante prima arriviamo al concepito, perché durante tutto lo sviluppo del nascituro, ci dice l'embriologia, nulla cambia, se non il numero di cellule e il loro perfezionamento. In breve: perché non usare questa sentenza a nostro favore?