



Università degli Studi di Firenze

Dottorato in Discipline penalistiche: diritto e procedura penale

CICLO XIV

COORDINATORE Chiar.mo Prof. Roberto Bartoli

LIBERTÀ DI COSCIENZA E DIRITTO PENALE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/117

Dottorando

Dott.ssa Valentina Abu Awwad

Tutore

Chiar.mo Prof. Antonio Vallini

Anni 2009/2012

CAPITOLO PRIMO

LA COSCIENZA E I PRINCIPI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. La libertà di agire secondo coscienza nella Carta costituzionale e nei trattati internazionali. – 2. In particolare: il rilievo costituzionale dell'obiezione di coscienza. – 3. I limiti costituzionali all'esercizio del diritto di obiezione di coscienza. – 4. Obiezione di coscienza e principio di laicità.

1. *La libertà di agire secondo coscienza nella Carta costituzionale e nei trattati internazionali.*

La nostra Costituzione non contiene un esplicito riferimento alla tutela della libertà di coscienza, a differenza della Costituzione tedesca che al §4, 3 afferma espressamente che «nessuno può essere costretto, contro la sua coscienza, al servizio militare con le armi. I particolari sono regolati da una Legge federale»¹.

Nessuno dubita, tuttavia, che tale prerogativa trovi comunque riconoscimento nella Carta fondamentale italiana². Le

¹ LOSCHELDER W., *The non fulfillment of legally imposed obligations because of decisions of conscience – the legal situation in the Federal Republic of Germany (FRG)*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza nei Paesi della comunità europea*, Atti dell'incontro (Bruxelles-Lovanio 7-8 dicembre 1990), Giuffrè, 1992, 29 ss.

² Sul punto, v. *ex multis* SPADARO A., *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla "meta-etica" pubblica (costituzionale)*, Relazione al Convegno nazionale A.I.C., Napoli, 26 – 27 ottobre, su *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, 28; CANESTRARI S., - CORNACCHIA L. – DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Il Mulino, 2007, 242.

perplessità in merito alla previsione di una tutela costituzionale della libertà di coscienza si riducono, quindi, soltanto all'individuazione della norma a cui fare riferimento.

A tal riguardo, viene anzitutto richiamato il principio personalista di cui all'art. 2 Cost., interpretato quale clausola aperta di adeguamento automatico destinata ad accogliere e costituzionalizzare ogni interesse della persona che si affermi quale esigenza inviolabile³. In quest'ottica, la protezione della coscienza individuale viene collegata, ai sensi dell'art. 2 Cost.⁴, alla tutela dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo nel duplice senso che «non si deve costringer l'uomo ad andare contro la sua coscienza», ma «non si deve neppure impedirgli di agire in conformità ad essa»⁵. Da ciò deriva, l'apertura dell'ordinamento ai diritti che sono coesenziali a tali valori e, di conseguenza, alla *coscienza individuale* considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana.

Taluni richiamano altresì l'art. 13 Cost., norma posta a salvaguardia della libertà, per così dire, della mente e del corpo, comprensiva quindi della libertà di coscienza, nella duplice dimensione di libertà di non ricevere imposizioni nella

³ PALAZZO F., voce *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 542.

⁴ C. Cost. 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. cost.*, 1991, 3805 ss. ove si legge che «la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda».

⁵ BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, in *Il diritto ecclesiastico*, XCIV, 1983, 333.

formazione dei propri convincimenti e di tenere comportamenti esterni conformi ai dettami della propria coscienza⁶.

Per altri, la libertà di coscienza trova copertura costituzionale nell'art. 19 Cost.⁷. Tuttavia, il riferimento a tale norma pone il problema di stabilire il rapporto esistente fra libertà religiosa e libertà di coscienza.

In base ad un primo orientamento, la libertà di coscienza può essere intesa come un contenuto della libertà religiosa in quanto la libertà di coscienza sarebbe espressione diretta ad indicare precisamente e soltanto la libertà di professare esternamente la propria fede religiosa, di manifestare agli altri la propria appartenenza ad un gruppo religioso, senza riferimento ad altre dimensioni dell'esperienza religiosa, come la libertà di culto e la libertà di proselitismo, che concorrono invero ad integrare il concetto di libertà religiosa⁸.

Tuttavia, poiché l'art. 19 Cost. non sembra luogo idoneo a difendere principi della coscienza morale che si basino esclusivamente su motivi di ordine non religioso⁹ si è sviluppato un diverso orientamento, secondo cui la libertà di coscienza comprenderebbe al suo interno la libertà religiosa, in quanto intesa come libertà (generalissima) di avere una tavola di valori etici, un'ideologia, una visione del mondo e della vita riguardante l'intera personalità; mentre la libertà religiosa

⁶ MANTOVANI F., *Obiezione di coscienza: fra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2, 2011, 141.

⁷ Cfr. PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubb.*, X, 1991, 246.

⁸ C. Cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Dir. eccl.*, 1979 II, 220, in tema di formula di giuramento dei testimoni.

⁹ In passato è stato proposto un progetto di legge costituzionale ove si prevedeva di aggiungere al testo dell'art. 19 Cost. una premessa di tale tenore: «La libertà della fede e della coscienza è inviolabile».

sarebbe da riferire all'esercizio della libertà di coscienza nello specifico ambito religioso¹⁰. In questa seconda prospettiva, la libertà di coscienza potrebbe assumere rilievo anche qualora le motivazioni addotte dall'obietto non fossero riferibili all'ambito religioso: la libertà religiosa costituirebbe infatti una specie della più ampia libertà di coscienza¹¹. Questa seconda interpretazione sembra corrispondere alle stesse intenzioni del legislatore, il quale nel disciplinare l'obiezione di coscienza al servizio militare, e nel ritenerla ammissibile qualora sia fondata su «una concezione generale della vita basata su profondi convincimenti filosofici o morali» oltretutto «religiosi», ha dimostrato di non voler riferire la libertà di coscienza alla sola libertà di aderire ad una determinata fede religiosa¹².

Per altri ancora, l'aggancio alla Carta Costituzionale andrebbe individuato nella lettura sistematica degli artt. 2, 19 e 21 Cost.¹³. L'art. 2 Cost., in quanto norma posta a fondamento di quei rapporti che formano il patrimonio irrettabile della

¹⁰ DALLA TORRE G., *Libertà di coscienza e di religione*, Relazione al Convegno su Libertà religiosa e multiculturalismo, Gallipoli, 29 febbraio-1° marzo 2008; v. anche in *www.statoechiesa.it*, il quale rileva come in questa prospettiva la libertà di coscienza sarebbe riferibile al credente come al non credente, nel senso che anche il non credente ha una coscienza, una tavola di valori cui pretende di uniformare liberamente la propria vita; la libertà religiosa, invece, riguarderebbe solo il credente, colui cioè che ha una visione trascendente del mondo e della vita, che ha una tavola di valori morali radicata in una religione positiva, il quale altrettanto fermamente pretende di poter agire conformemente ai propri convincimenti religiosi.

¹¹ PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 248.

¹² DI MARZIO P., *La libertà di coscienza come diritto soggettivo*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà della coscienza e disgregazione dello stato democratico*, Atti del Convegno di Studi, Modena 30 novembre – 1° dicembre 1990, a cura di BOTTA R., 1991, 269.

¹³ Per una ricostruzione di tali teorie, v. PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 240 ss.

personalità umana e che appartengono all'uomo inteso come essere libero, viene necessariamente ricollegata ad altre norme costituzionali al fine di identificare i diritti inviolabili a cui la stessa si riferisce, quali ad esempio la libertà di manifestare la propria fede religiosa (art. 19 Cost.) e i propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 Cost.)¹⁴.

A livello internazionale, quindi, come già anticipato, la libertà di coscienza trova riconoscimento esplicito all'art. 18 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 e del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, laddove tali disposizioni prevedono che ogni individuo abbia diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Il testo della Dichiarazione del 1948 è riprodotto altresì all'art. 9 della *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali*, tale previsione tuttavia assume una particolare rilevanza rispetto a quella contenuta nelle due predette normative in quanto, il singolo in base alle norme della Cedu potrà ottenere tutela giurisdizionale nei confronti di uno Stato che abbia aderito alla Convenzione, qualora gli atti posti in essere risultino lesivi della propria libertà di coscienza¹⁵. Occorre

¹⁴ In questo senso sembra essersi orientata la stessa C. Cost., 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. Cost.*, 1991, 3813, laddove ha affermato che «quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 Cost.) o della propria fede religiosa (art. 19 Cost.), la sfera intima della coscienza individuale (...) esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuto nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana».

¹⁵ In merito alla distinzione fra la diversa portata normativa delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le analoghe disposizioni dettate dalla Dichiarazione ONU, v. MARGIOTTA

precisare altresì che i trattati internazionali, quindi la stessa Cedu, come costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, soprattutto a seguito delle due sentenze gemelle del 2007¹⁶, hanno un ruolo sub-costituzionale (sono, cioè, norma “interposta” rispetto all’art.117 Cost.) e non entrano a far parte del nostro ordinamento né ex art. 10 Cost., che si riferisce alle sole norme consuetudinarie, né ex art. 11 Cost. essendo tale disposizione riservata alle fonti prodotte da veri e propri ordinamenti.¹⁷

Più recentemente, il diritto alla libertà di coscienza è stato esplicitamente riconosciuto nella *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea* del 7 dicembre del 2000 (art. 10). Tale disposizione al par. 1 prevede che ogni individuo abbia diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione e, al par. 2

BROGLIO F., *La protezione internazionale della libertà religiosa*, Giuffrè, 1967, 5.

¹⁶ CARTABIA M., *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 565 ss.

¹⁷ È importante sottolineare come dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte costituzionale abbia colto l’occasione per ribadire che tale Trattato non ha inciso sul rango della Cedu. Come durante la vigenza del Trattato di Amsterdam, infatti, la Convenzione per quanto in parte «comunitarizzata», per la qualificazione dei diritti tutelati dalla Cedu come principi generali del diritto dell’UE, continua ad applicarsi in tale veste solo nelle materie di competenza dell’Unione mentre resta invariato, per le altre materie, lo schema della norma interposta disegnato dalle sentenze del 2007. In senso critico, v. CERRUTI T., *Cedu, UE e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona?*, nota a Corte Cost., 11 marzo 2011 n. 80, in *Giur. it.*, 2012, 4, la quale evidenzia l’irragionevolezza di un sistema che assicura ai cittadini un diverso trattamento giuridico a seconda che la fattispecie rientri o meno in una materia di competenza dell’Unione europea: nel primo caso, infatti, il giudice nazionale dovrebbe procedere all’immediata disapplicazione; nel secondo caso dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale, con un’inevitabile maggiore durata del processo.

stabilisce che «il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

2. *In particolare: il rilievo costituzionale dell'obiezione di coscienza.*

Il riconoscimento costituzionale dell'obiezione di coscienza si desume in via generale dal quadro di rapporti fra individuo e Carta fondamentale in quanto l'impronta personalistica della nostra Costituzione pone un generale divieto per l'autorità statale di sacrificare interamente i valori dell'autonomia individuale¹⁸. In altri termini, al nostro ordinamento ripugna l'idea di un soggetto obbligato per legge ad agire sempre e comunque in maniera difforme dai propri personali convincimenti interiori, sebbene ciò debba avvenire nei limiti dei doveri di solidarietà che la legge stessa impone¹⁹.

Più specificatamente, il diritto all'obiezione di coscienza si desume dall'esistenza del diritto costituzionale alla libertà di coscienza, il quale, come sopra ricordato, trova posto fra i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, essendo fondato sul riconoscimento della libertà individuale, sul diritto all'autodeterminazione da parte di ogni persona e, quindi, sul riconoscimento giuridico di quegli atteggiamenti che si esplicano nel rifiuto di adempiere a precetti obbligatori dell'ordinamento giuridico in virtù di idee e valori soggettivi²⁰.

¹⁸ PALAZZO F., *Obiezione di coscienza*, cit., 542.

¹⁹ PALAZZO F., *Obiezione di coscienza*, cit., 542.

²⁰ BOMPRESZI A., *Libertà di coscienza e poteri pubblici. Tendenze e prospettive della società contemporanea*, Giappichelli, 2008, 32.

A tal proposito, la stessa Corte Costituzionale ha affermato che la posizione soggettiva specifica dell'obiettore, benché non contemplata espressamente in Costituzione, rappresenta l'estrinsecazione della libertà di coscienza, quale bene costituzionalmente rilevante. Il diritto alla libertà di coscienza tutela infatti non solo la propria libera formazione, ma pretende che tale libertà si esteriorizzi ed il soggetto possa agire conformemente al 'proprio io'²¹.

In questo senso, l'*obiezione di coscienza* costituisce una forma di attuazione del più ampio *diritto di libertà di coscienza*, in quanto, attraverso il suo esercizio, l'individuo proietta nel mondo esterno la propria identità personale, le proprie più profonde convinzioni²². Il nesso strumentale fra il diritto del singolo a non subire imposizioni o aggressioni nella libera formazione dei propri convincimenti e il diritto del singolo di agire esteriormente sono affermati in modo inequivoco dalla giurisprudenza costituzionale²³. Infatti, dal punto di vista giuridico, sono le manifestazioni esteriori «le sole a contare come esercizio della libertà di coscienza»²⁴.

In base alle superiori considerazioni, deve dunque ritenersi non condivisibile il tentativo di distinguere fra libertà di coscienza, riconosciuta come diritto costituzionalmente garantito e obiezione di coscienza intesa come mero valore costituzionale²⁵.

²¹ BOMPRESZI A., *Libertà di coscienza*, cit., 32.

²² BOMPRESZI A., *Libertà di coscienza*, cit., 32.

²³ PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 247.

²⁴ C. Cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Dir. Eccl.*, 1979 II, 220.

²⁵ DALLA TORRE G., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., 33

s.

Il riconoscimento del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza consente di configurare lo stesso come un diritto *generale* all'obiezione di coscienza. In effetti, appare inesatto apprezzare giuridicamente l'obiezione di coscienza come fenomeno eccezionale, ossia come istituto destinato sempre ad essere interpretato restrittivamente²⁶, a meno che con tale espressione si voglia far riferimento al rapporto esistente fra l'obbligo generale previsto da una legge in via ordinaria e il comportamento dell'obietto che vi deroga. Orbene, soltanto in questi termini, potrebbe dirsi ad esempio che, la clausola sull'obiezione di coscienza, prevista e disciplinata all'art. 9 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, introduce una deroga, ossia un'esenzione privilegiata rispetto all'assolvimento di doveri pubblici previsti dalla Carta Costituzionale come inderogabili²⁷. Tuttavia, ciò non significa che l'esercizio di tale libertà costituisca espressione di un diritto eccezionalmente riconosciuto, costituendo invero espressione di un principio fondamentale e generale «che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo»²⁸.

3. I limiti costituzionali all'esercizio del diritto di obiezione di coscienza.

Il vero problema in materia non riguarda la legittimità costituzionale del rifiuto di obbedire alla norma giuridica nel caso in cui la stessa sia in conflitto con la propria norma morale,

²⁶ BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, cit., 335.

²⁷ C. Cost., 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. Cost.*, 1991.

²⁸ C. Cost., 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. Cost.*, 1991.

in quanto sul riconoscimento costituzionale di tale diritto non vi sono dubbi in dottrina, bensì l'individuazione dei limiti che necessariamente deve incontrare: «non v'è diritto costituzionale a cui non si accompagnino limiti»²⁹.

È bene sin da ora specificare che, oltre ai limiti *generali* dell'obiezione di coscienza, costituiranno oggetto di trattazione i limiti *specifici* riferiti alle singole ipotesi di obiezioni di coscienza ed individuati dal legislatore all'atto della regolamentazione normativa, limiti che saranno analizzati nei paragrafi concernenti le norme positive che regolano l'istituto dell'obiezione di coscienza.

Il primo limite determina l'esclusione del diritto all'obiezione di coscienza qualora motivato da convinzioni personali palesemente in contrasto con *valori fondamentali* del nostro ordinamento costituzionale.

Un tale limite non deve certamente risolversi in un sindacato circa la motivazione addotta dall'obietto, in quanto laddove l'obiezione di coscienza fosse subordinata ad una valutazione circa la meritevolezza dell'interesse tutelato³⁰, vi potrebbe essere il rischio di comprimere illegittimamente il diritto alla libertà di coscienza, essendo evidente che le esigenze di tutela reale di un ordinamento giuridico e corrispondenti oggettivamente ad interessi meritevoli di protezione, non

²⁹ VIOLA F., *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Dir. e Quest. pubb.*, n. 9, 2009, 169.

³⁰ BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, cit. 337, il quale afferma che sarebbe incoerente una disciplina dell'obiezione di coscienza diversa a seconda degli ambiti in cui la stessa si manifesta (in ambito religioso, filosofico...) e a seconda dei differenti motivi, in quanto vi sarebbe contraddittorietà della tecnica legislativa e, per quanto più conta, una ingiustificata diversità di attuazione di uno stesso fondamentale principio di libertà.

sempre coincidono con le opinioni presenti all'interno di una collettività, come spesso può accadere nel caso di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza³¹.

Inoltre, una siffatta impostazione rischierebbe di negare alla libertà di coscienza il rango di "bene giuridico" a sé stante, dato che il diritto all'obiezione di coscienza sarebbe garantito in relazione ai contenuti stessi che, di volta in volta, assume l'obiezione di coscienza.

Alla luce di ciò, è possibile affermare che il bene/valore protetto dall'obiezione di coscienza è il bene *soggettivo* rappresentato dalla coscienza stessa, intesa come libertà di esprimersi e di orientarsi conformemente ai propri imperativi morali, e non il bene *oggettivo* tutelato attraverso l'esercizio dell'obiezione, altrimenti la libertà di un individuo di agire secondo i propri convincimenti sarebbe estesa o compressa sulla base di una scala di valori a lui estranea, dando luogo ad «una ingiustificata diversità di attuazione di uno stesso fondamentale principio di libertà, che finirebbe così per non essere pienamente riconosciuto come tale, come principio, cioè dell'ordinamento»³².

In sostanza, lo specifico interesse sotteso alle convinzioni personali dell'obiettore non deve essere ritenuto rilevante ai fini del legittimo esercizio del diritto di obiezione di coscienza, a meno non si palesi come violazione di diritti fondamentali e, quindi, rilevi al solo fine di escludere qualsiasi plausibilità all'esercizio legittimo dell'obiezione di coscienza.

³¹ DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008, 39, il quale rileva come il legislatore si trovi ad operare un vaglio discrezionale circa le tendenze che risultano dalla coscienza sociale, potendo arrivare talora a condividere le une, talvolta le altre o ad adottare una soluzione idonea a contemperarle fra loro.

³² BOMPRESZI A., *Libertà di coscienza*, cit., 32.

Al più la rilevanza di tale interesse dovrà essere presa in considerazione da un lato, per ritenere non irragionevole od incostituzionale l'esercizio dell'obiezione di coscienza e dall'altro, per determinare il *quantum* di pena applicabile (v. *infra*).

In base a tale impostazione, nel caso di obiezione di coscienza all'aborto, al fine di risolvere il conflitto fra i due interessi tutelati, parte della dottrina ancora l'esercizio dell'obiezione di coscienza a *specifici* valori, a *specifici* interessi di natura costituzionale, anziché ad una generica libertà di coscienza. In quest'ottica, il conflitto viene riferito da un lato, all'interesse a ricevere la prestazione medica *ex art.* 32 Cost. e dall'altro, alla tutela della vita umana, in quanto bene presupposto di tutti i diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione³³. In questa prospettiva, l'obiezione di coscienza si trova a prevalere sui diritti altrui, come il diritto alla salute, non compromettendo in modo irreparabile la salute o la vita altrui, ma salvaguardando la vita del concepito³⁴.

Questa tesi non pare tuttavia condivisibile, laddove si ritenga che il bene rivendicato dal sanitario attraverso la propria omissione non sia affatto il diritto alla vita dell'embrione, bensì *sic et simpliciter* il bene libertà di coscienza facente capo a quest'ultimo³⁵. Il bilanciamento fra i beni in gioco deve infatti

³³ MANTOVANI F., *Obiezione di coscienza*, cit., 148.

³⁴ MANTOVANI F., *Obiezione di coscienza*, cit., 149.

³⁵ Contra EUSEBI L., *Obiezione di coscienza del professionista sanitario. Statuto delle Professioni sanitarie*, in LENTI L.-PALERMO FABRIS E.-ZATTI P., *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, 186, secondo il quale l'esercizio della libertà di coscienza, che si manifesta attraverso l'obiezione all'adempimento di determinati obblighi, deve intendersi correlato anzitutto al rango preminente nell'assetto costituzionale che

riguardare – merita ribadirlo - il *bene giuridico-libertà di coscienza* e non il bene sotteso all'esercizio di tale libertà. E, pertanto, nell'ipotesi di obiezione di coscienza all'aborto: il bene salute della donna che richiede la prestazione sanitaria *ex art. 32 Cost.* non deve essere comparato con il diritto alla vita dell'embrione tutelato dal sanitario attraverso la propria omissione bensì con il bene della libertà di coscienza facente capo a quest'ultimo³⁶.

A questo limite, parte della dottrina ne affianca un ulteriore, il quale esclude che possano essere considerati comportamenti espressione del diritto alla libertà di coscienza, atteggiamenti *palesamente irragionevoli*. Secondo tale orientamento dottrinale, nel momento in cui viene invocato il diritto di disobbedire ad una legge dello Stato dovrebbe essere dimostrata la congruenza fra il valore che viene proclamato e la sua applicazione pratica e, quindi la sussistenza di un vero e proprio conflitto fra legge e morale³⁷.

Tuttavia, la stessa dottrina che invoca tale limite sottolinea l'importanza che tale irragionevolezza risulti palese e che tale limite sia utilizzato per evitare forme più o meno occulte di restrizione della libertà di coscienza³⁸. Il giudizio di ragionevolezza in ordine all'esercizio dell'obiezione di coscienza non si risolve quindi in un giudizio in grado di escludere rilevanza a tutti quei comportamenti alimentati da indifferenziati soggettivismi della coscienza ed eccentricità individuali. Difatti, un simile giudizio costringerebbe

l'obiettore intende salvaguardare e, quindi, nel caso specifico dell'aborto, al bene-vita.

³⁶ Contra EUSEBI L., *Obiezione di coscienza*, cit., 186.

³⁷ VIOLA F., *L'obiezione di coscienza*, cit., 181.

³⁸ VIOLA F., *L'obiezione di coscienza*, cit., 181.

l'interprete a stabilire quale esercizio della libertà di coscienza sia da considerare ragionevole e quale irragionevole con il rischio di far coincidere l'idea della ragionevolezza con l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza corrispondente alla morale comunemente accettata da un determinato gruppo. E come già visto, una simile impostazione si rivelerebbe in contrasto con il principio personalistico e con il concetto di libertà di coscienza sopra delineato, il quale si oppone «in modo decisivo alla "tipicità" e "ritualità" normative di modelli di coscienza preventivamente fissati»³⁹.

L'ultimo limite riguarda il rispetto dei *doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale* (art. 2 Cost.).

È, invero, innegabile come il riconoscimento incondizionato dell'obiezione di coscienza possa pregiudicare direttamente la realizzazione dei diritti di altri soggetti, soprattutto qualora, come concretamente verificatosi in alcune zone dell'Italia, l'elevato numero di obiettori renda estremamente difficoltosa la possibilità di ottenere interventi di interruzione di gravidanza⁴⁰.

L'esercizio dell'obiezione di coscienza non deve risolversi in una rottura dei vincoli di solidarietà fra cittadini e deve essere precluso qualora determini un pregiudizio assoluto per l'attuazione dei diritti di altri cittadini. Tale ultima considerazione permette di affermare e riconoscere il valore positivo dell'obiezione di coscienza la quale deve essere considerata non come fattore negativo di disgregazione dello Stato bensì come elemento costitutivo di un patto di

³⁹ BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, cit., 338.

⁴⁰ RODOTÀ S., *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 65.

cittadinanza rispettoso delle ragioni della coscienza di tutti: l'obietto deve manifestare infatti la volontà di conservare una solidarietà di fondo con l'ordinamento giuridico nel suo complesso⁴¹. In questo senso, è possibile affermare che l'ordinamento, pur non potendo imporre delle verità, né pretendere adesioni, deve imporre o vietare comportamenti incidenti su interessi che vanno al di là del singolo individuo⁴².

Pertanto, al precipuo scopo di evitare che l'adduzione di motivi di coscienza si traduca in una forma di privilegiata esenzione del soggetto dall'obbligo di adempiere a doveri inderogabili di solidarietà, l'obbligo rifiutato è stato spesso convertito dal legislatore in un diverso obbligo rispettoso sia delle ragioni della coscienza che del generale dovere di solidarietà ed ugualmente satisfattivo dell'obbligo inderogabile⁴³. Si parla al riguardo di *convertibilità dei doveri pubblici*: «ad un certo obbligo di diritto pubblico, gravante sul cittadino in forza di legge» è sostituito «un obbligo parimenti di diritto pubblico, ma di contenuto diverso»⁴⁴.

⁴¹ Sul punto v. ancora, RODOTÀ S., *Problemi dell'obiezione*, cit., 65; TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, in *Dig. disc. priv.*, XII, 1995, 533.

⁴² ONIDA V., *L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di PERRONE B., Giuffrè, 1992, 365.

⁴³ PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 253.

⁴⁴ TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, cit., 533, secondo il quale il dovere di solidarietà rappresenta il criterio di equilibrio tra il momento della libertà, del diritto soggettivo, ed il momento della responsabilità, della doverosità, essendo ogni rapporto giuridico correlazione e reciprocità fra diritti e doveri; PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 253 secondo cui la previsione di una prestazione alternativa, al di fuori della convertibilità degli obblighi pubblici diviene anche uno strumento idoneo a saggiare indirettamente la fondatezza dei motivi di coscienza insieme ad altri strumenti fra i quali la particolare gravosità della prestazione alternativa.

L'obiettore di coscienza, fedele all'imperativo della propria coscienza, volentieri deve accettare la prestazione alternativa all'obbligo generale sullo stesso gravante: l'obiettore autentico richiede al diritto il riconoscimento di una zona di «alienità dal potere» qualora si verifichi il contrasto tra norma esterna e norma interna, ma non vuole certamente che ciò si traduca in un'alienità dalle proprie responsabilità⁴⁵. Così ad esempio la previsione del servizio civile alternativo all'obbligo del servizio militare è stata intesa come attuazione del medesimo dovere inderogabile di difesa della patria *ex art. 52 Cost.*⁴⁶. Pertanto, in linea generale, laddove il dovere costituzionale imposto sia suscettibile di essere adempiuto mediante prestazioni diverse, il legislatore potrà o dovrà ricorrere all'istituto della conversione di obblighi pubblici.

È tuttavia evidente che l'uso di tali strumenti è consentito a condizione che sia proporzionato ai vari tipi di obiezione di coscienza e finalizzato a garantire che il riconoscimento dell'obiezione di coscienza non metta sostanzialmente in crisi la conseguibilità dei fini perseguiti dalla norma generale⁴⁷.

4. *Obiezione di coscienza e principio di laicità.*

⁴⁵ TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, cit., 526.

⁴⁶ Sulla legge 772 del 1972 era intervenuta la Corte costituzionale con sentenza 31 luglio 1989, n. 470, in *Giur. cost.*, 34, 1989, I, 2161, con cui era stata censurata non la previsione della prestazione sostitutiva in quanto tale ma l'eccessiva onerosità di quest'ultima, parificandone la durata a quella del servizio militare.

⁴⁷ ONIDA F., *Contributo ad un inquadramento giuridico delle obiezioni di coscienza*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1982, 247.

Lo Stato laico presuppone equidistanza e neutralità dai valori afferenti alle varie singole concezioni morali e religiose diffuse nella società⁴⁸, ma ciò non significa rifiuto aprioristico di qualsiasi prospettiva religiosa o morale. Se il concetto di laicità fosse identificato con la marginalizzazione o neutralizzazione di chi sia portatore di determinate ideologie religiose o morali, lo Stato finirebbe per sancire la preferenza per un modello chiaramente *confessionale*: «l'ideologia dello Stato "ateo", lungi dal rappresentare una conseguenza radicale dello Stato laico», sarebbe piuttosto «un ritorno allo Stato confessionale»⁴⁹. In virtù di una siffatta concezione, in caso di conflitti fra obblighi giuridici e obblighi morali, i doveri statali dovrebbero sempre e comunque avere un primato indiscusso, con conseguente soccombenza delle opzioni morali che confliggono con tali doveri e negazione della possibilità di sollevare obiezione di coscienza⁵⁰.

Invero, il concetto di laicità conforme al dettato costituzionale è quello che traduce l'equidistanza dell'ordinamento giuridico dalle differenti fedi religiose e dalle diverse concezioni, non nell'indifferenza dell'ordinamento per le prerogative individuali, bensì nel riconoscimento del *pluralismo* ideologico.⁵¹

⁴⁸ ONIDA F., *Il problema dei valori nello Stato laico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1995, 677.

⁴⁹ CANESTRARI S., - CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, 2007, 240.

⁵⁰ CANESTRARI S., - CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, cit., 241.

⁵¹ ROMANO M., *Principio di laicità dello stato, religione, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 503.

In questo senso è possibile affermare che, il principio di laicità caratterizza la forma di Stato in senso *pluralistico*, imponendo la convivenza di fedi e, più in generale, di quanti esprimono posizioni diverse da quelle accolte anche universalmente⁵². Pluralismo significa infatti garanzia e protezione del diritto di pensare, di esprimersi, di non comportarsi in modo conforme alla maggioranza, sia a livello individuale che di gruppo.

A differenza quindi dello Stato assoluto (dove le ragioni del singolo non vengono ritenute meritevoli di tutela), il sistema democratico deve dar spazio all'obiezione di coscienza, come «tecnica indispensabile» a risolvere casi di conflitti non altrimenti componibili, per il venir in gioco di valori ritenuti non negoziabili⁵³: l'obiezione di coscienza consente infatti di risolvere il conflitto, senza compromesso, ma attraverso il mantenimento delle diverse posizioni in gioco⁵⁴. Per questo «riconoscere la libera formazione della coscienza significa per l'ordinamento rispettare il pluralismo ideologico non solo nelle libertà di manifestazione di pensiero, ma anche nei comportamenti che traggono fondamento e doverosità dalle

⁵² Sul tema dei rapporti fra principio di laicità, pluralismo ideologico e obiezione di coscienza si v. CANESTRARI S., - CORNACCHIA L. – DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, cit., 227; PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55; FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 547.

⁵³ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 30 luglio 2012, 7, il quale evidenzia come la necessità di assicurare una zona di rispetto delle coscienza dei singoli emerga anche in funzione del principio pluralista che caratterizza le democrazie contemporanee, nonché del principio di laicità, inteso come non interferenza dello Stato nei confronti della morale individuale.

⁵⁴ RODOTÀ S., *Problemi*, cit., 59.

idee personali» permettendo atteggiamenti difformi da quelli prescritti dalla legge⁵⁵.

L'istituto dell'obiezione di coscienza svolge quindi nella società democratica, aperta al confronto fra ideologie e a culture diverse, l'importante funzione di impedire *a priori* l'attivazione dello strumento penale ogniqualvolta l'individuo persegua sistemi di valore diversi rispetto a quelli recepiti dalla norma giuridica.

⁵⁵ BOMPRESZI A., *Libertà di coscienza*, cit., 81.

CAPITOLO SECONDO

OBIEZIONE DI COSCIENZA E NORMA PENALE: UN CASO DI CONFLITTO FRA DOVERI?

SOMMARIO: 1. L'obiezione di coscienza come caso di "antinomia" fra norma penale e norma morale. – 2. L'oggetto e il contenuto dell'obiezione. – 3. La disciplina giuridica dell'obiezione di coscienza. – 3.1. La leva militare obbligatoria e legge del 15 dicembre 1972, n. 772. – 3.2. L'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza. – 3.3. L'obiezione di coscienza alla procreazione medicalmente assistita. – 3.4. L'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale. – 4. Il rilievo penale delle ipotesi di obiezione di coscienza *secundum legem*. – 5. I casi di obiezione di coscienza non disciplinati dal legislatore. – 5.1. Esercizio del diritto all'obiezione di coscienza fra necessità di una previsione legislativa ed esistenza di un diritto direttamente azionabile. – 6. Conflitti della coscienza e sistema delle cause di giustificazione. – 7. Metodo e delimitazione dell'indagine dei prossimi capitoli

1. *L'obiezione di coscienza come caso di "antinomia" fra norma penale e norma morale.*

L'obiezione di coscienza, dal latino *obiecto*, derivato di *obicere* che significa "gettare contro", costituisce una forma di resistenza individuale alla legge, in quanto il soggetto obietto si vuole sottrarre, in ragione del proprio foro interno, ad un obbligo giuridico, la cui inosservanza è penalmente sanzionata dall'ordinamento⁵⁶.

Il critico rapporto esistente fra libertà di coscienza ed obbedienza alla legge penale, ossia l'antinomia potenziale fra la

⁵⁶ VIOLA F., *L'obiezione di coscienza*, cit., 169.

disposizione incriminatrice ed i vincoli cui il soggetto ritenga di non potersi sottrarre, determina quello che si è soliti qualificare come il “dilemma di Antigone”⁵⁷.

Affinché la scelta del singolo possa ritenersi giuridicamente rilevante, l’obiezione di coscienza deve esprimere un conflitto interno alla singola coscienza fra la *lex fori* e la *lex poli*. La *lex fori* deve esprimere una scelta che, pur essendo espressione di una libera decisione individuale, produce effetti che necessariamente devono ricadere nella sfera giudica dell’obietto⁵⁸. Invero, la *lex poli* deve concretarsi in un obbligo giuridico avente come oggetto un determinato *facere*, rispetto al quale la condotta dell’obietto assume i tratti di un’astensione che, facendo venir meno la collaborazione dell’obbligato, impedisce all’ordinamento di conseguire l’obiettivo che si era prefissato mediante la predisposizione del precetto⁵⁹. Il conflitto riguarda, quindi, da un lato, la lealtà del cittadino alle norme dell’ordinamento a cui appartiene, dall’altro, la lealtà ad un sistema di valori su cui la persona basa la propria vita⁶⁰. È importante infatti che il rifiuto si fondi su motivazioni assiologiche – e non meramente psicologiche – in modo da distinguere il fenomeno dell’obiezione di coscienza da

⁵⁷ Nelle ed. delle Tragedie di SOFOCLE, *Antigone – Edipo re – Edipo a Colono*, Bur, 1995, 60 ss., la violazione da parte di Antigone dell’editto di Creonte che le vietava di dare sepoltura al fratello Polinice è emblema del potenziale conflitto fra la legge pubblica dello Stato e la legge interiore di Antigone fondata sulla pietà per i propri defunti.

⁵⁸ Cfr. PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 251.

⁵⁹ PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 251.

⁶⁰ KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 1963, 381, il quale identifica la collisione fra questi doveri nella situazione dell’individuo che «si creda vincolato da due doveri che si contraddicono e quindi si escludono a vicenda».

una forma arbitraria ed occulta di mera disobbedienza alla legge⁶¹.

Considerato che il conflitto in questione riguarda, da un lato, una norma incriminatrice e, dall'altro, una norma che trae le proprie motivazioni dai convincimenti personali dell'individuo, spesso il conflitto viene definito in dottrina in termini di *conflitto improprio*. Secondo parte della dottrina l'obiezione di coscienza, esprimendo un contrasto fra una norma giuridica (la norma incriminatrice) e una norma extragiuridica (la norma morale)⁶², non sarebbe riconducibile ad un autentico conflitto fra doveri, per la mancata giuridicità dei divieti e degli obblighi confliggenti: infatti, per potersi parlare di conflitto fra doveri in senso proprio, la norma in conflitto con la norma incriminatrice dovrebbe rivestire anch'essa *natura giuridica* ed appartenere ad un *medesimo ordinamento*⁶³. Alla stregua di questa impostazione, il conflitto fra norma morale e norma giuridica è stato definito *apparente (inde improprio)* con la conseguenza che, essendo il precetto giuridico l'unica norma a poter rilevare, l'obiezione di coscienza dovrebbe sempre soccombere rispetto al comando normativo ed essere penalmente sanzionata⁶⁴.

Secondo una diversa impostazione, il conflitto riguarderebbe norme appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi con la conseguenza che il conflitto dovrebbe configurarsi come *reale*. In questo senso, il mancato adempimento alla norma

⁶¹ TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, cit., 520.

⁶² BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, 1963, 10.

⁶³ TURCHI V., *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni scientifiche italiane, 2009, 50; BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, cit., 329.

⁶⁴ BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, cit., 329.

giuridica verrebbe ad inserirsi in un altro sistema di obbedienza e un fatto di apparente disobbedienza si sostanzierebbe in un profondo atto di obbedienza, tale da meritare tutela e, quindi, «ben altra disciplina normativa che la sanzione penale»⁶⁵.

Le suddette affermazioni traggono tuttavia origine da un inganno di fondo: l'obiezione di coscienza, pur essendo sollevata per adempiere ad un dovere morale, trova un proprio fondamento giuridico nella norma costituzionale posta a tutela della libertà di coscienza e ciò permette di affermare il rilievo *anche giuridico* dell'obiezione di coscienza e di superare l'idea accolta dagli ordinamenti positivi circa *l'inidoneità della sfera della coscienza* ad incidere sui rapporti giuridici⁶⁶. A tal proposito, la dottrina costituzionalista della teoria per valori sembra offrire un importante contributo, laddove ancorando l'obiezione di coscienza al patrimonio valoriale dell'ordinamento, in particolare a livello costituzionale, sottolinea come tale valore non possa considerarsi avulso dal contesto normativo.⁶⁷

2. *L'oggetto e il contenuto dell'obiezione di coscienza.*

Il fenomeno dell'obiezione di coscienza si concretizza nel rifiuto di tenere un comportamento attivo imposto dallo Stato, ed ha pertanto carattere tipicamente omissivo: la rivendicazione

⁶⁵ BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, cit., 329.

⁶⁶ TURCHI V., *I nuovi volti*, cit., 52. *Contra*, VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Giuffrè, 2000, 484 secondo il quale un conflitto non sorge fra norme appartenenti ad ordinamenti diversi, laddove manchino criteri di collegamento tra gli ordinamenti medesimi, che riconoscano come norma interna una norma di un diverso ordinamento.

⁶⁷ TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, cit., 526.

dell'obiettore si esaurisce nella pretesa di non collaborare, di «non fare» laddove lo Stato imporrebbe al singolo di collaborare in quanto membri solidali della società⁶⁸. Di conseguenza, non può parlarsi di obiezione di coscienza quando venga attivamente tenuto un comportamento commissivo in contrasto con un obbligo statale contenente un divieto⁶⁹.

Trattando, in particolare, dell'obiezione di coscienza militare, sono state elaborate numerose distinzioni, che possono peraltro assumere rilievo anche in altri settori.

In base all'oggetto dell'obiezione di coscienza è stata infatti distinta l'obiezione di coscienza *diretta*, riferita ad obblighi militari ritenuti inaccettabili dalla coscienza, e *indiretta* riferita al servizio militare in quanto strutturalmente e teologicamente connesso alla guerra⁷⁰. Si è poi distinta, l'obiezione di coscienza *generale* opposta a qualunque guerra e a qualunque uso delle armi, all'obiezione di coscienza *selettiva* opposta ad una specifica guerra e ad uno specifico uso delle armi⁷¹. Inoltre, si è distinto

⁶⁸ ONIDA F., *Contributo ad un inquadramento*, cit., 227.

⁶⁹ ONIDA F., *Contributo ad un inquadramento*, cit., 227, il quale osserva che la limitazione del fenomeno dell'obiezione di coscienza ai soli comportamenti omissivi comporta un livello di minore pericolosità per l'ordinamento statale in quanto il nucleo essenziale di ogni ordinamento è costituito prevalentemente se non esclusivamente da precetti negativi, di non fare qualcosa. Solo in un momento logicamente successivo, l'ordinamento si completa di una serie di precetti positivi, di fare qualcosa, dato che occorre un elevato grado di socialità per pretendere il positivo svolgimento di attività a favore di altri.

⁷⁰ BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, 1967, 197.

⁷¹ SEGRE B., *Costituisce reato l'obbiezione di coscienza?*, in *Foro it.*, 1950, 150, secondo il quale la convinzione che una particolare guerra sia inutile o disastrosa potrebbe costituire una particolare opinione, mentre invece la convinzione di non partecipare a qualsiasi guerra può essere considerata un'esenzione, «un responso dell'individuo ad un suo mentore interno, sia questo coscienza o Dio».

l'obiezione di coscienza *assoluta* riguardante non solo i servizi che comportano l'uso delle armi ma anche ogni altro servizio che sia in qualunque modo collegato con l'esercizio della guerra (consistente sia il rifiuto di prestare sia il servizio militare armato sia il servizio sostitutivo civile o militare non armato)⁷², dall'obiezione di coscienza *relativa* concernente soltanto i servizi che comportano l'uso delle armi. Infine, sulla base dei motivi, è stata distinta l'obiezione di coscienza *totale* determinata da motivi che attengono ad ogni aspetto della vita umana, essendo al tempo stesso religiosi, morali, filosofici e sociali; e l'obiezione di coscienza *particolare*, cioè determinata da un solo tipo di motivo: esclusivamente morale, religioso, filosofico, sociale o politico.

Quanto a contenuti e motivazioni, l'atto di obiezione deve inerire ad orientamenti etici la cui pratica è vissuta dall'individuo come un aspetto necessario della propria dignità e della propria autostima (*self-respect*)⁷³.

In altri termini, è importante che le convinzioni siano etiche e morali, a prescindere dalla loro matrice religiosa o laica, essendo il diritto all'obiezione di coscienza compatibile con entrambe le visioni⁷⁴. Per vero, mentre la convinzione a carattere religioso difende una verità morale oggettiva alla quale la coscienza dovrebbe uniformarsi, la convinzione laica difende credenze soggettive che l'individuo ritiene di non poter

⁷² PONZIANI S., *L'obiezione di coscienza criminosa*, in *Riv. pen.*, 1993, 17.

⁷³ VIOLA F., *L'obiezione di coscienza*, cit., 179.

⁷⁴ ONIDA F., *Contributo ad un inquadramento*, cit., 233, il quale rileva come da un punto di vista quantitativo il problema dell'obiezione di coscienza sia un problema essenzialmente religioso.

smentire con l'azione, senza con ciò tradire la propria autenticità e identità⁷⁵.

L'obiezione di coscienza deva concretarsi da un punto di vista strutturale in un rifiuto:

a) *individuale*: si tratta di una libera decisione individuale, di un conflitto interno alla propria coscienza. Tale carattere contraddistingue l'obiezione di coscienza dalle forme di disobbedienza che fanno perno sull'esercizio collettivo del comportamento dissidente⁷⁶. Infatti, sebbene un individuo appartenga ad un gruppo o ad un movimento ideologicamente sostenitore dell'obiezione di coscienza, non può prescindere da una testimonianza individuale e non può darsi *a priori* riconoscimento giuridico all'obiezione di gruppo⁷⁷;

b) *pubblico* deve essere diretta ad universalizzare l'opzione alternativa invocata così da distinguerla dalla ricerca di personali esenzioni ben altrimenti motivate;

c) *personale* il dilemma dell'obietto di coscienza non può risolversi nella pretesa di adeguamento alle proprie pretese di un terzo soggetto.

⁷⁵ VIOLA F., *L'obiezione di coscienza*, cit., 182; *Contra*, v. NAVARRO VALLS R.-TORRON J. M., *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, 1995.

⁷⁶ In questo senso suscitava perplessità la legge 516/1988 che recepiva l'intesa fra lo Stato e la Chiesa avventista: all'art. 6 si prendeva atto del fatto che la Chiesa avventista è contraria per motivi di fede all'uso delle armi e si garantiva che gli avventisti, soggetti all'obbligo del servizio militare, fossero assegnati, su loro richiesta e nel rispetto delle norme sull'obiezione di coscienza, al servizio sostitutivo.

⁷⁷ SPINELLI L., *L'obiezione di coscienza. Prefazione.*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà della coscienza e disgregazione dello stato democratico*, Atti del Convegno di studi Modena 30 novembre - 1° dicembre 1990, a cura di BOTTA R., Giuffrè, 1991, 269.

Fra gli ulteriori caratteri dell'obiezione di coscienza, vi è quello che la caratterizza per essere un diritto *inviolabile*, con le relative qualità di originalità, indisponibilità, intrasmissibilità ed imprescrittibilità.

Prima di affrontare in modo più approfondito la trattazione di tale argomento e, in particolare, le ipotesi di obiezione di coscienza previste *ex lege* occorre svolgere alcune precisazioni terminologiche.

La dottrina ha talvolta differenziato il termine *conflitto* da quello di *antinomia*, indicando con il primo termine la confluenza su un medesimo fatto di più norme giuridiche che lo qualificano in modo antitetico (in termini di divieto e di comando; di divieto e di permesso), mentre con il termine *antinomia* le contraddizioni razionali fra più norme egualmente valide ed efficaci all'interno di un medesimo ordinamento giuridico e definite come antinomie di valutazioni o teleologiche⁷⁸. Tuttavia, poiché la distinzione sembra aver perso ormai rilievo, tali espressioni saranno nel corso di questa trattazione utilizzate come sinonimi.

In secondo luogo, il termine obiezione di coscienza è stato spesso contraddistinto rispetto al termine *opzione di coscienza*. Mentre l'obiezione di coscienza indica l'atteggiamento di colui che rifiuta di obbedire la norma positiva, viceversa, l'opzione di coscienza si riferisce ai casi di obiezione di coscienza disciplinati dal legislatore e rispetto ai quali è prevista una modalità alternativa per ottemperare all'obbligo di legge. In questi casi, non si pone più il problema di obiettare alla legge ma soltanto quello di ottemperare alla legge con una modalità diversa ed in

⁷⁸ MANTOVANI F., *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, 627.

conformità ai propri convincimenti interiori⁷⁹. Come ad esempio è accaduto, in presenza del servizio militare obbligatorio, quando il legislatore, tenuto conto del numero sempre maggiore di soggetti che rifiutavano di fare il militare e della contestuale necessità di evitare il vizio di incostituzionalità per contrasto con l'art. 52 Cost. in virtù del quale è «sacro dovere del cittadino difendere la Patria», ha introdotto il servizio civile come modalità alternativa idonea a difendere la Patria in termini sociali.

Discusso è invero se possa parlarsi di opzione di coscienza, anche qualora il legislatore non preveda la possibilità di una mera opzione fra modalità alternative di adempimento all'obbligo ma, in caso insorgenza nel soggetto di un conflitto interiore, legittimi *sic et simpliciter* l'esenzione dall'obbligo (come nel caso di cui all'art. 9 L. 194/1978).

Sembrirebbe che, in questo caso, non essendo prevista una modalità alternativa di prestazione, non dovrebbe parlarsi di opzione di coscienza. Invero, secondo taluni, anche in quest'ultimo caso vi sarebbe pur sempre un'opzione, fra eseguire una prestazione o non eseguirla, con la conseguente non sanzionabilità del rifiuto. Pertanto, in tutte le forme di obiezione di coscienza riconosciute dal legislatore non si tratterebbe di un'obiezione di coscienza in senso proprio, dato che la norma esterna ed la norma interna non entrerebbero in conflitto⁸⁰.

⁷⁹ DALLA TORRE G., *Obiezione di coscienza*, in *Iustitia*, n. 3, 2009, 271.

⁸⁰ DALLA TORRE G., *Obiezione di coscienza*, cit., 272.

3. *La disciplina giuridica dell'obiezione di coscienza.*

La prima fase dell'obiezione di coscienza è stata caratterizzata dal disconoscimento e, persino, dal rifiuto dell'istituto sul piano del diritto positivo.

Successivamente l'obiezione di coscienza è stata recepita nell'ambito dell'ordinamento positivo e la prima ipotesi di obiezione di coscienza *secundum legem* è stata quella relativa alla prestazione del servizio militare.

Oggi, le ipotesi disciplinate dal legislatore che rivestono maggiore interesse sono riferite al settore medico, definito come l'ambito di elezione dell'obiezione di coscienza nell'epoca contemporanea⁸¹, in quanto trattasi di settore esposto più di altri a conflitti etici e interiori a causa dello stretto legame sussistente fra pratiche mediche e questioni di fondamentale rilievo esistenziale⁸².

In particolare, l'importanza di riconoscere dignità alle scelte dell'obiettore origina dalla peculiare rilevanza dei beni con i quali le professioni sanitarie necessariamente vengono a confrontarsi (vita, salute, dignità umana, autodeterminazione del paziente) e dalla non sempre facile "compatibilità" tra le diverse istanze sottese a tali beni; dai progressi della scienza e della tecnica nell'ambito biologico e medico che, accrescendo le potenzialità di manipolazione dell'ordine naturale e della stessa

⁸¹ CARDIA C., *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in www.statoechiesa.it, 2009, 23.

⁸² DALLA TORRE G., *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, 1993, 19 ss.

vita umana dalle origini alla fine, finiscono per sollecitare interrogativi sempre più pressanti⁸³.

Inoltre, il venir meno della prospettiva paternalistica e l'affermarsi del paradigma consensualistico nella gestione del rapporto terapeutico hanno imposto all'atto medico un orientamento che tenga conto *anche* delle espressioni di autodeterminazione del paziente, le quali potrebbero essere animate da motivazioni od opzioni valoriali non condivise dal sanitario.

Per tali ragioni, in quest'ambito, il numero di soggetti che considerano superati i limiti di accettabilità e di tolleranza delle prassi biomediche, pur normativamente legittimate, è destinato a crescere e, di conseguenza, il numero di soggetti obiettori di coscienza⁸⁴. In questo senso, in dottrina, si parla di una vera e propria "emergenza etica" collocata all'interno di una realtà sociale divisa quanto a scala di valori⁸⁵.

È bene precisare tuttavia che in questi ambiti, l'obiezione di coscienza dovrà comunque rappresentare la soluzione ultima, qualora non sia altrimenti possibile raggiungere una normativa compatibile con i valori professati dall'obiettore di coscienza e rimasti minoritari nella regolamentazione giuridica⁸⁶.

⁸³ CASONATO C.-CEMRANI F., *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in LENTI L.-PALERMO FABRIS E.-ZATTI P., *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, 46 ss.

⁸⁴ MANTOVANI F., *Obiezione di coscienza*, cit., 151.

⁸⁵ DALLA TORRE G., *Bioetica e diritto*, cit., 20.

⁸⁶ TURCHI V., *Obiezione di coscienza: a trent'anni dalla prima legge. Bilancio di un'esperienza e problematiche emergenti*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, XI, 2003, 106.

3.1. *La leva militare obbligatoria e la legge del 15 dicembre 1972, n. 772.*

A seguito della cessazione (*rectius*: sospensione) del servizio militare obbligatorio, si potrebbe ritenere che l'obiezione di coscienza al servizio militare rivesta un ruolo ormai marginale. Tuttavia lo studio di questa ipotesi conserva ancora oggi un suo persistente – quantunque più limitato – interesse, innanzitutto per il fatto di essere stata assunta ad archetipo delle altre fattispecie di obiezione di coscienza, spesso ricondotte entro gli schemi concettuali della prima⁸⁷.

Giova, a tal proposito, ricordare che prima del 1972 coloro che sollevavano obiezione nei confronti del servizio militare incorrevano in precisi reati, a seconda del comportamento posto in essere: renitenza alla leva, mancanza alla chiamata, diserzione e disobbedienza.

La legge del 15 dicembre n. 772 del 1972 ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano l'istituto dell'obiezione di coscienza, prevedendo all'art. 1 che «gli obbligati alla leva, che dichiarino di essere contrari in ogni circostanza all'uso personale delle armi per imprescindibili motivi di coscienza possono essere ammessi a soddisfare l'obbligo del servizio militare nei modi previsti dalla presente legge». Come giustamente osservato, tale previsione non considerava l'obiezione di coscienza come manifestazione di un diritto di libertà di coscienza ma semplicemente come un aspetto meritevole di valutazione nell'ambito del dovere della leva obbligatoria, in un'ottica di *tolleranza* più che di *libertà* di un

⁸⁷ NAVARRO VALLS R.-TORRON J. M., *Le obiezioni di coscienza*, cit., 39 ss.; PONZIANI S., *L'obiezione di coscienza criminosa*, cit., 17.

beneficio⁸⁸. La valutazione di siffatti motivi era infatti oggetto di un sindacato discrezionale da parte degli organi amministrativi preposti alla gestione del servizio militare (art. 3) e la possibilità di accogliere l'obiezione era sotto più profili subordinata alle esigenze della funzionalità e del buon andamento del servizio⁸⁹. Inoltre, l'ottica concessiva del diritto si rifletteva sull'originaria diversità di durata del servizio civile sostitutivo (venti mesi) rispetto al servizio di leva (allora di dodici mesi), differenza temporale caduta soltanto in un secondo tempo a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dalla Corte Costituzionale⁹⁰.

La legge la legge 8 luglio 1998, n. 230, recante *Nuove norme in materia di obiezione di coscienza*, che ha sostituito la precedente legge, muove da una prospettiva completamente diversa e qualifica l'obiezione di coscienza come forma di esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione riconosciute dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁹¹. In altri termini, il diritto dell'obietto di coscienza viene qualificato alla stregua di *diritto soggettivo* e non di un interesse legittimo, come conferma l'eliminazione di tutti gli elementi di discrezionalità

⁸⁸ TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, cit., 88.

⁸⁹ PASTORI G., *L'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di PERRONE B., Giuffrè, 1992, 146.

⁹⁰ Cfr. C. Cost., 31 luglio 1989, n. 470, in *Giur. cost.*, 34, 1989, I, 2161 ss.

⁹¹ GALLO E., *Nuove norme sull'obiezione di coscienza al servizio militare. A) Profili penalistici*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 1998, 945, il quale rileva il mancato richiamo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, stipulata a Roma il 4 novembre 1950, che all'art. 9 proclama la "libertà di pensiero, coscienza e religione".

concernenti l'ammissione della domanda di servizio civile⁹². In sostanza, pur permanendo l'obbligo per l'obietto di dichiarare, ai sensi dell'art. 1, i motivi dell'obiezione di coscienza, gli stessi non sono più valutati da una commissione o da un organo amministrativo (definito alla stregua di un "Tribunale della coscienza") ma devono essere semplicemente dichiarati.

Attualmente, come sopra accennato, ad opera della legge delega del 14 novembre 2000, n. 331 (*Norme per l'istituzione del servizio militare professionale*), in riferimento alla quale è stato successivamente emanato il relativo decreto legislativo del giorno 8 maggio 2001, n. 215 (*Disposizioni per disciplinare la trasformazione progressiva dello strumento militare in professionale, a norma dell'art. 3, comma 1, della legge 14.11.2000, n. 231*) e ad opera della legge n. 226 del 23 agosto 2004, il servizio militare obbligatorio è stato sospeso dal 1° gennaio 2007 con conseguente cessazione per l'obietto dell'obbligo di prestare il servizio civile. Con legge n. 64 del 6 marzo 2001 (*Istituzione del servizio civile nazionale*) è stato inoltre istituito il servizio civile volontario in simmetria con il servizio militare volontario.

Il legislatore italiano ha quindi stabilito la *sospensione* della leva obbligatoria in favore di un esercito professionale a base volontaria, senza abolire espressamente il servizio militare obbligatorio. Tale abolizione avrebbe infatti creato problemi di compatibilità costituzionale con l'art. 52, 2° comma Cost., che tutt'ora sancisce l'obbligatorietà di tale servizio⁹³.

⁹² RIVELLO P. P., *Nuove norme sull'obiezione di coscienza al servizio militare. B) Un segnale di civiltà in un contesto ancora perfettibile*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 1998, 949.

⁹³ V. sito <http://www.serviziocivile.it>; CARDIA C., *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *www.statoechiesa.it*, 2009, 23.

Peraltro, nonostante l'eliminazione alla radice del presupposto consistente nell'obbligatorietà della leva, tale istituto pare mantenere ancora oggi la propria ed originaria funzione, ossia quella di ergersi a garanzia della libertà di coscienza della persona. E ciò in quanto il legislatore non ha decretato l'abolizione del servizio militare obbligatorio, ma soltanto la sua *sospensione*, in favore di un esercito "professionale" a base volontaria. È infatti espressamente prevista dalla legge di delega e dal decreto legislativo la possibilità di ripristinare il servizio di leva in due specifiche ipotesi: a) qualora sia deliberato lo stato di guerra ai sensi dell'art. 78 Cost.; b) crisi internazionale nella quale l'Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza ad una organizzazione internazionale che giustifichi un aumento della consistenza numerica delle Forze armate. In presenza di siffatte circostanze, la legge in materia di obiezione di coscienza potrebbe quindi trovare nuovamente applicazione con una sorta di reviviscenza della legge sull'obiezione di coscienza al servizio militare.

Inoltre, non può escludersi che, anche in regime di servizio militare prestato su base volontaria, possano verificarsi casi di obiezione di coscienza "sopravvenuta", cioè intervenuta successivamente all'assunzione dello stesso, rispetto alle quali sarà comunque necessario riconoscere la possibilità di sollevare obiezione di coscienza⁹⁴.

⁹⁴ TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, cit., 99.

3.2. *L'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza.*

Oltre all'ipotesi sopra analizzata, nel nostro ordinamento, il legislatore ha dato copertura normativa all'obiezione di coscienza, quantomeno in riferimento alle ipotesi tradizionali di interruzione volontaria della gravidanza (l. 22 maggio 1978, n. 194)⁹⁵ e fecondazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)⁹⁶).

In particolare, con la l. 22 maggio 1978, n. 194 è stato depenalizzato il reato di aborto e, pertanto, nei casi previsti dalla legge (artt. 4-6), l'interruzione di gravidanza è stata garantita a livello statale tramite la predisposizione ed organizzazione di strutture e servizi pubblici a ciò preposti. Tuttavia, contestualmente all'approvazione della legge sull'aborto vi è stata la necessità di predisporre una specifica clausola di coscienza in grado di tradurre positivamente i termini del conflitto tra beni costituzionali, bilanciando i contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale, graduandone la possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio ad altri beni di rango costituzionale⁹⁷.

In particolare, l'art. 9, L. 194/1978 prevede che "il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non (sia)

⁹⁵ Sul punto v., BIANCA-BUSNELLI, *Commentario alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, II, 1978, 1593; PADOVANI T., *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 969.

⁹⁶ In merito v., VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita. (Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, in PADOVANI T., *Leggi penali complementari*, Giuffrè, 2007, 570 ss.; CASINI C.-CASINI M.-DI PIETRO M., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*. *Commentario*, Giappichelli, 2004.

⁹⁷ C. Cost., 19 dicembre 1991 n. 467, in *Giur. cost.*, 1991.

tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza".

Sotto il profilo soggettivo, deve essere preliminarmente chiarito che nella nozione di «personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie» rientrano i medici addetti a enti o istituti ospedalieri, ovvero a case di cura ospedaliere, e liberi professionisti. Per quanto concerne il personale esercente le attività ausiliarie esso comprende il personale sanitario non medico (c.d. paramedico) che nell'ambito ospedaliero o fuori di esso è addetto alla preparazione o assistenza dell'intervento ai sensi dell'art. 99 t.u. leggi sanitarie⁹⁸.

Fra i soggetti non compresi nell'elenco vi è il giudice tutelare che, ai sensi dell'art. 12 L. 194/1978, può autorizzare l'aborto della minore qualora sussista il dissenso dei genitori, o di uno di essi, o di chi esercita la tutela, oppure nel caso in cui vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione dei genitori o del tutore⁹⁹. La Corte Costituzionale, investita

⁹⁸ PADOVANI T., *Procreazione*, cit., 982; *Contra*, CASINI C.-CIERI F., *La nuova disciplina dell'aborto* (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194), Cedam, 1978, 155, secondo cui la norma nel concetto di "personale ausiliario" ricomprenderebbe non solo gli esercenti le professioni sanitarie ausiliarie ex art. 99 t.u. leggi sanitarie ma un ambito ben più vasto di soggetti, ossia chiunque possa essere in qualche modo coinvolto in una procedura o in un intervento previsto dalla l. 194/1978 (ad esempio il portantino).

⁹⁹ C. Cost. ord. n. 126 del 10.5.2012 con la quale è stata dichiarata manifestamente inammissibile, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 l. 22 maggio 1978 n. 194, nella parte in cui «per la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza da parte di donna minorenni, prevede la possibilità di autorizzare la stessa da parte del giudice tutelare senza consultare le persone esercenti la patria potestà (nella specie, il padre) allorché vi siano seri motivi che sconsiglino la consultazione, in riferimento agli art. 24, 29 e 30 Cost.».

della questione di legittimità costituzionale in ordine agli artt. 9 e 12 L. 194/1978 in relazione agli artt. 2, 3, 19 e 21 Cost., nella misura in cui tali norme non attribuiscono al giudice tutelare il diritto all'obiezione di coscienza, ha ritenuto la questione inammissibile¹⁰⁰. Due, in particolare, i profili di illegittimità costituzionale che sono stati sollevati: in primo luogo, la disparità di trattamento nei confronti del personale sanitario; in secondo luogo, il mancato riconoscimento del diritto costituzionale alla libertà di coscienza. Quanto al primo profilo, la Corte costituzionale ha ritenuto non sussistente la disparità di trattamento rispetto al personale sanitario in quanto al giudice non spetta il compito di accertare i presupposti per l'interruzione della gravidanza (sia nel caso in cui si tratti di minorenni che nel caso di maggiorenne) ed infatti una volta che tale accertamento sia stato compiuto dal sanitario, il giudice non può in alcun modo discostarsene; quanto al secondo profilo, la Corte costituzionale ha escluso che l'autorizzazione dell'organo giudicante abbia natura decisoria, ed ha qualificato la stessa come meramente attributiva della facoltà di decidere, o meglio integrativa della volontà di abortire della minorenni.

Sotto il profilo delle modalità di esercizio, l'esonero presuppone che il sanitario con una dichiarazione preventiva (ad effetti posticipati) rivolta al medico provinciale o al direttore sanitario affermi di volersi avvalere di tale clausola di coscienza, così da consentire la sostituzione del soggetto obiettore con altri soggetti non obiettori¹⁰¹. A differenza dell'obiezione di coscienza

¹⁰⁰ C. Cost., 15 maggio 1987, n. 196, *Dir. Fam.*, 88, 19; successivamente ribadita dall'ordinanza della Corte Cost. 3.12.1987 n. 445 e più recentemente

¹⁰¹ In particolare, il comma 1 dell'art. 9 l. 194/1978 specifica che "La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata al medico provinciale

al servizio militare, in tale dichiarazione l'obietto non deve indicare i motivi che potrebbero astrattamente essere riconducibili a ragioni di ordine morale, religioso o filosofico.

La suddetta previsione riconosce il diritto all'obiezione di coscienza entro determinati limiti e nel rispetto di specifiche modalità di esercizio. In primo luogo, l'esonero del personale sanitario si riferisce alle sole attività *specificatamente e necessariamente* dirette a determinare l'interruzione di gravidanza, ma *non all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento*. Pertanto, i limiti oggettivi all'obiezione di coscienza sono posti, come sopra accennato, dalla linea di demarcazione fra "attività specificatamente e necessariamente diretta a determinare l'interruzione della gravidanza" ed assistenza "antecedente o successiva all'intervento", quest'ultima non coperta dalla clausola di coscienza¹⁰².

In particolare, secondo parte della dottrina, *il requisito della specificità* impone di valutare l'atto al fine di considerare se esso sia in concreto da riferire univocamente ad un intervento di interruzione volontaria della gravidanza: in astratto, infatti, un atto potrebbe attenersi ad una pluralità di interventi ma risultare specifico soltanto qualora attuato nell'ambito di un protocollo di

e, nel caso di personale dipendente dello ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni. L'obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale".

¹⁰² Cfr. CASONATO C.-CEMBRANI F., *Il rapporto terapeutico*, cit., 72 ss.

interruzione della gravidanza¹⁰³. Secondo altra parte della dottrina, invece, il requisito della specificità dovrebbe essere valutato in astratto e, pertanto, le attività specificatamente volte a determinare l'aborto sarebbero soltanto quelle che, in linea di massima, non potrebbero essere correlate ad ogni tipo di trattamento¹⁰⁴.

Il *requisito della necessità* circoscrive le azioni oggetto di obiezione a quelle, in assenza delle quali, l'intervento non potrebbe essere realizzato. Sulla base di queste considerazioni la giurisprudenza è giunta, ad esempio, ad escludere la possibilità per un'ostetrica di sollevare obiezione di coscienza in relazione all'effettuazione di un elettrocardiogramma o alla predisposizione del campo sterile necessari alla pratica di un aborto, con conseguente condanna di chi si era astenuto da tali prestazioni per il reato di omissione d'atti d'ufficio *ex art. 328 c.p.*¹⁰⁵.

¹⁰³ ZANCHETTI M., *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, a cura di PALAZZO F. – PALIERO E., Cedam, 1992, 241, secondo cui non si possono definire *a priori* quali attività siano specifiche e necessarie per un intervento abortivo: alcuni comportamenti, come la preparazione del campo operatorio, sono comuni a tutti gli interventi chirurgici ma restano pur sempre direttamente causali rispetto ad un definito intervento di interruzione della gravidanza. In altri termini, «perché si configuri una direzione specifica e necessaria è rilevante dunque il fatto che l'attività posta in essere non possa avere altra destinazione, nel contesto in cui è svolta, che quella abortiva».

¹⁰⁴ V. PADOVANI T., *Procreazione*, cit., 982.

¹⁰⁵ Pret. Penne, 6 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, 314 nota di NAPPI A. *Contra* TURCHI V., *I nuovi volti di Antigone*, cit., 106, secondo il quale le attività non coperte da obiezione di coscienza sono soltanto quelle di assistenza medica generica di cui può avere bisogno un paziente indipendentemente dal tipo di intervento che abbia subito o debba subire (ad esempio crisi cardiache, complicazioni renali...).

L'obiezione di coscienza può essere legittimamente sollevata anche in riferimento all'attività di cui all'art. 5 L. 194/1978. Tale disposizione impone di compiere accertamenti medici e di esaminare «le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutare [la donna] a rimuovere le cause che porterebbero all'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 che dopo il parto» (art. 9, comma 1, art. 5 comma 1). A seguito di tali accertamenti, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza alla stessa viene rilasciato un documento attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta. Sebbene il comma 1, dell'art. 9 preveda che «il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non sia tenuto a prendere parte alla procedura di cui all'art. 5» secondo taluni non sarebbe possibile sollevare obiezione di coscienza rispetto a tutte le attività disciplinate da tale disposizione. In particolare, mentre l'obiettore potrebbe sicuramente essere esonerato dal rilascio del documento, non potrebbe invero essere esonerato dal colloquio in quanto attività caratterizzata da una finalità obiettivamente equivoca e non specificatamente diretta a determinare l'aborto¹⁰⁶. Tuttavia, secondo altra parte della dottrina dovrebbero essere distinte le varie fasi del colloquio: il medico potrebbe sicuramente astenersi dalla fase accertativa delle condizioni, ma potrebbe partecipare a quella dissuasiva, in quanto diretta a prevenire l'aborto e ad offrire alla gestante una soluzione alternativa¹⁰⁷.

¹⁰⁶ PADOVANI T., *Procreazione*, cit., 982.

¹⁰⁷ ZANCHETTI M., *La legge sull'interruzione*, cit., 245.

Dal punto di vista temporale, la norma esclude la possibilità di rifiutare la prestazione a cui il personale sanitario sarebbe obbligato per attività di assistenza antecedenti e successive all'interruzione della gravidanza. Tale affermazione significa *a contrario* che l'obiezione di coscienza può essere invocata solo in relazione ad attività di assistenza posta in essere *durante* l'intervento: in tale fase, infatti, anche un mero atto assistenza sarebbe da considerarsi come specificatamente e necessariamente correlato all'intervento di aborto.

In ogni caso, la normativa *de qua* prevede l'obbligo per il personale medico obiettore di coscienza di garantire la prestazione sanitaria qualora la stessa, in considerazione della particolarità della circostanza, si riveli "indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo di vita"¹⁰⁸. Si tratta di un'ipotesi di stato di necessità in quanto sussistono i requisiti di cui all'art. 54 c.p.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 9 sancisce che «l'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi previsti al comma precedente». Tale previsione si traduce in un'ipotesi di revoca tacita dell'obiezione di coscienza, la quale potrà essere riproposta successivamente con effetti differiti di un mese rispetto alla dichiarazione¹⁰⁹.

¹⁰⁸ DALLA TORRE G., *Bioetica e diritto*, cit., 20.

¹⁰⁹ CASINI C.-CIERI F., *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., 171; *Contra*, PADOVANI T., *Procreazione*, cit., 983, secondo cui non è possibile riproporre obiezione di coscienza dopo la revoca tacita soprattutto perché l'art. 9 impone l'obiezione come scelta fondamentale dell'individuo con la conseguenza che l'intero meccanismo sarebbe svuotato da un'altalena di revoche e riproposizioni.

A differenza della legge sul servizio militare che contemplava la possibilità per l'obiettore di coscienza di svolgere una prestazione alternativa (il servizio civile obbligatorio), la legge in questione non prevede da parte del sanitario una prestazione sostitutiva a quella rifiutata. Si prevede tuttavia che il diritto del sanitario di astenersi da tale attività non debba pregiudicare l'attuazione della legge in quanto è espressamente ribadito che ospedali e case di cura autorizzate debbano *in ogni caso* assicurare le modalità ai fini dell'aborto terapeutico e gli interventi richiesti nel rispetto delle procedure prescritte, sotto il controllo della regione che, può, fra l'altro avvalersi della mobilità del personale¹¹⁰.

A tal proposito, parte della dottrina osserva che il funzionamento della legge (peraltro confermata per via referendaria) potrebbe comunque non essere garantito, risultando condizionato dall'accettazione della stessa da parte di un numero sufficientemente ampio di soggetti, peraltro, appartenenti ad una categoria professionale molto ristretta, in quanto dotata di particolari capacità tecniche (ossia la classe medica e, all'interno della stessa, ancora più specificatamente la categoria degli ostetrici e dei ginecologi). Tuttavia, se davvero non fosse ritenuta possibile una prestazione alternativa (in quanto l'obiettivo potrebbe essere perseguito soltanto attraverso la prestazione rifiutata), e vi fosse il rischio di una paralisi nel funzionamento della legge, secondo taluni dovrebbe altresì essere negato il riconoscimento giuridico dell'obiezione di coscienza e sarebbe inevitabilmente da prospettare il contrasto

¹¹⁰ PEZZINI B., *Inizio ed interruzione della gravidanza*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, (a cura di) CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Milano, 2011, 1670.

con la Costituzione per l'irragionevolezza intrinseca di un sistema la cui concreta tenuta non potrebbe essere assicurata¹¹¹.

In realtà, nel caso dell'interruzione volontaria della gravidanza la mancata previsione di una prestazione alternativa è da altri ritenuta pienamente giustificata alla luce del fatto che la scelta dell'obiettante è orientata alla tutela del valore della vita umana¹¹². In questa prospettiva, la mancanza di una previsione sostitutiva sarebbe soltanto apparente perché la stessa attività professionale del sanitario obiettore costituirebbe adempimento dei doveri di solidarietà nonché strumento di fedeltà all'ordinamento costituzionale¹¹³. Non può tuttavia negarsi come tale impostazione risulti condizionata da una particolare ideologia che finisce inevitabilmente per sovrapporre due piani distinti: quello di una presunta radicale

¹¹¹ ONIDA F., *Contributo ad un inquadramento*, cit., 247; PEZZINI B., *Inizio ed interruzione della gravidanza*, cit., 1670, il quale rileva un aumento generale dell'obiezione di coscienza per tutte le professioni: a livello nazionale per i ginecologi, per gli anestesisti, per il personale non medico; a livello regionale l'aumento è molto rilevante con percentuali superiori all'80% tra i ginecologi. A fronte di tali dati, l'Autore ritiene necessario oltre ad un ripensamento generale dell'istituto volto ad escluderne la possibilità per il personale del servizio pubblico, per migliorare l'effettività della previsione che garantisce l'attuazione della legge (art. 9, comma 4), e alla soluzione più comunemente utilizzata del ricorso alle convenzioni esterne e alla mobilità del personale, l'introduzione di incentivi per i non obiettori, con quote predeterminate per i non obiettori ed il ricorso a procedure di reclutamento garantite dalla clausola di non sollevare obiezione di coscienza.

¹¹² TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, cit., 539 il quale afferma che il riconoscimento secondo modalità di maggiore immediatezza e garanzia dell'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza rispetto a quella del servizio militare, rivela nel legislatore la consapevolezza che l'aborto rappresenta comunque un disvalore rispetto al dettato costituzionale, i cui valori fondamentali vengono ad essere intaccati nel loro nocciolo duro, mentre il rifiuto di praticarlo assume una posizione di conformità rispetto ad esso.

¹¹³ DALLA TORRE G., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, 55.

incompatibilità costituzionale della legge sull'aborto e il diverso profilo della convertibilità dei doveri pubblici al fine di una disciplina costituzionalmente coerente dell'obiezione di coscienza¹¹⁴.

All'ipotesi di obiezione di coscienza disciplinata dall'art. 9 può essere assimilata quella concernente l'uso della pillola avente la sigla RU486¹¹⁵. Si tratta di un farmaco che può essere assunto fino a sette settimane dopo la gestazione ed è ritenuto pacificamente abortivo, provocando l'eliminazione della mucosa uterina e dell'embrione che vi sia annidato¹¹⁶. Per questo l'utilizzo di questo medicinale è ospedalizzato e non ne è consentita la vendita al pubblico nelle farmacie (con esclusione del problema di obiezione di coscienza del farmacista alla vendita del farmaco)¹¹⁷.

Non vi sono peraltro dubbi circa la riconducibilità dell'utilizzo di questo medicinale alla disciplina generale di cui alla legge 194/1978 e, in particolare, alle procedure contemplate dalla legge e alla norma che prevede la tutela del diritto di

¹¹⁴ In questo senso v., PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 254.

¹¹⁵ LIGUORI L., *La pillola della discordia*, in *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, XIX, 2, 2011, 120.

¹¹⁶ PEZZINI B., *Inizio ed interruzione della gravidanza*, cit., 1686, la quale rileva come la preoccupazione maggiore nell'introdurre il farmaco fosse l'alterazione della natura dell'intervento di interruzione della gravidanza, in quanto tale pratica consentirebbe di trasformare l'atto abortivo da atto pubblico che esige la collaborazione di terzi in atto privato. In realtà, la procedura medica rende centrale l'attivazione di una relazione medico-paziente, non solo al fine di ottenere la prescrizione del farmaco, ma anche al fine di rispettare le forme specifiche dettate dalla legge 194/1978 che impone una procedura pubblica e dialogata.

¹¹⁷ V. Determinazione n. 1460 24.11.2009 con cui il Consiglio di Amministrazione ha autorizzato l'immissione in commercio del medicinale mifepristone (Mifegyne) pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 9.12.2009, n. 286, Supplemento Ordinario, n. 229, 58.

obiezione di coscienza in favore del personale sanitario ed esercente attività ausiliarie¹¹⁸. Il sanitario, dunque, non è punibile laddove desista dal prescrivere il farmaco, invocando la clausola di coscienza di cui all'art. 9 della legge sull'aborto, nel rispetto di tutte le condizioni previste da tale disposizione.

3.3. *L'obiezione di coscienza alla procreazione medicalmente assistita.*

I progressi della scienza e dell'ingegneria biomedica rendono possibili interventi manipolativi sulle dinamiche "naturali" della vita umana dalle sue origini (come in caso di sperimentazione in vitro, clonazione, o trattamento degli embrioni) alla fine (eutanasia), sollevando interrogativi etici sempre più pressanti¹¹⁹. In questo senso, la questione dell'obiezione di coscienza nell'ambito di tecniche di procreazione medicalmente assistita può essere più opportunamente collocata fra le tematiche a carattere bioetico, interessando quella disciplina che «studia la condotta dell'uomo nell'area della scienza e della cura della salute alla luce dei valori e dei principi morali, nel tentativo di trovare risposte razionali e coerenti ai problemi che da sempre sono legati alla pratica medica»¹²⁰. La legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante *Norme*

¹¹⁸ TURCHI V., *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in *www.statoechiesa*.

¹¹⁹ DALLA TORRE G., *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei; obiezione di coscienza o opzione di coscienza?* in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di PERRONE B., Giuffrè, 1992, 278.

¹²⁰ SALITO G., *L'obiezione di coscienza*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di STANZIONE P.-SCANCALEPORE G., Giuffrè, 2004, 266.

in materia di procreazione medicalmente assistita regolamenta all'art. 16 l'istituto dell'obiezione di coscienza.

Nello specifico tale legge ammette la procreazione omologa mentre vieta di praticare la fecondazione eterologa, e la crioconservazione e la soppressione di embrioni, la loro produzione per fini di ricerca o di sperimentazione, nonché ogni forma di selezione a scopo eugenetico, la clonazione di esseri umani, la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi e chimere. Pertanto, l'obiezione di coscienza può essere sollevata soltanto rispetto all'ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo.

Occorre, a tal proposito, osservare che l'art. 16 disciplina l'istituto dell'obiezione di coscienza in modo analogo a quanto previsto dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, con corrispondenze persino letterali con l'art. 9 l. 194/1978, tanto che la normativa in questione ha mantenuto anche il riferimento al personale "esercitante le attività sanitarie ausiliarie" sebbene tale dizione sia stata abolita dalla legge 26 febbraio 1999, n. 42 recante "Disposizioni in materia di professioni sanitarie".

Più specificatamente, l'art. 16 prevede che il personale sanitario¹²¹ debba comunicare il proprio esonero dallo svolgimento di determinate attività. Da un punto di vista

¹²¹ Cfr. VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 661, il quale individua come soggetti legittimati a sollevare obiezione di coscienza non solo il medico (dipendente pubblico o libero professionista) e i soggetti di cui all'art. 9 t.u.l.p.s. (come ostetriche e infermieri diplomati), ma anche lo stesso personale dotato di compiti dirigenziali ed organizzativi non essendo previsto, alla stregua dell'art. 9 l. 194/7, l'obbligo per il centro di assicurare in ogni caso l'espletamento delle pratiche in oggetto.

temporale la dichiarazione deve avvenire “entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge” o successivamente (ossia al di fuori dei termini di cui al comma 1), con effetti differiti di un mese dalla presentazione della comunicazione¹²² e può essere sempre revocata. Tale esonero riguarda soltanto le procedure e le attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento ma non l'assistenza antecedente e conseguente l'intervento.

Non è tuttavia ancora presente una casistica giurisprudenziale in materia di procreazione medicalmente assistita e, pertanto, al fine di definire le attività rispetto alle quali è possibile sollevare obiezione di coscienza occorre rinviare alle conclusioni maturate in riferimento all'obiezione di coscienza in caso di interruzione volontaria della gravidanza.

La norma non contiene, a differenza l. 194/78, una disposizione che preveda l'impossibilità per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie di invocare l'obiezione di coscienza quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento sia indispensabile per salvare la donna che sia in imminente pericolo di vita. Tuttavia è da considerarsi pacifico che restino obbligatori, anche in materia di procreazione medicalmente assistita, interventi a carattere salvifico funzionali ad una generica esigenza di tutela della salute della donna.

¹²² TURCHI V., *I nuovi volti di Antigone*, cit., 131 secondo cui le conseguenze “penalizzanti” della dichiarazione “successiva”, consistenti nella dilazione di un mese della decorrenza dei suoi effetti, non hanno alcuna giustificazione rispetto ai casi di obiezione di coscienza dichiarata immediatamente dopo l'abilitazione o l'assunzione, in quanto in questi casi non potrebbe essere mossa alcuna censura di mancata tempestività.

3.4. *L'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale.*

L'art. 1 della legge 12 ottobre 1993, n. 413¹²³ regola l'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale, riconoscendo tale diritto in relazione ad «ogni atto connesso con la sperimentazione animale», in favore dei cittadini che «nell'esercizio della libertà di pensiero, di coscienza e di religione (...) si oppongono alla violenza su tutti gli esseri viventi».

In virtù di quanto stabilito all'art. 2 il personale sanitario (medici ed infermieri) e studenti universitari che abbiano sollevato obiezione di coscienza non sono tenuti a prendere direttamente parte alle attività ed agli interventi specificatamente e necessariamente diretti alla sperimentazione animale. L'obiezione deve essere dichiarata al momento della presentazione della domanda di assunzione o di partecipazione al concorso, mentre gli studenti universitari la dichiarano al momento dell'inizio del corso al docente (art. 3). Tale dichiarazione può essere revocata in qualsiasi momento (art. 3, comma 3) ed è esercitabile presso tutte le strutture sia pubbliche che private, legittimate a svolgere la sperimentazione animale.

La legge si preoccupa altresì di tutelare l'obiettore di coscienza da eventuali pregiudizi, prevedendo che nessuno possa subire conseguenze sfavorevoli per essersi rifiutato di partecipare alla sperimentazione su animali. In particolare, per i lavoratori è previsto il diritto di essere destinati, nell'ambito delle dotazioni organiche esistenti, ad attività che non comprendano la sperimentazione animale, conservando la

¹²³ Sulla tematica in questione v., CALABRIA A., *Vivisezione*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, UTET, 2000, 699.

medesima qualifica e il medesimo trattamento economico; per gli studenti è resa facoltativa la presenza a corsi in cui è programmata la sperimentazione animale, e gli stessi hanno diritto all'attivazione di corsi che non prevedano attività o interventi di sperimentazione animale.

4. *Il rilievo penale delle ipotesi di obiezione di coscienza secundum legem.*

Qualora, come nei casi sopra riportati, l'obiezione di coscienza sia prevista *ex lege* e, quindi, sia estrinsecazione di un diritto conferito per legge, la clausola di coscienza potrà essere invocata purché siano rispettati i requisiti e i limiti previsti dalla legge. In questo caso, la norma autorizzativa non si limita a garantire una generica libertà di coscienza, ma cristallizza il punto di equilibrio fra l'interesse tutelato dalla norma costituzionale e l'interesse tutelato dalla norma penale che incrimina il comportamento omissivo del personale sanitario.

In altri termini, il legislatore bilancia la libertà di coscienza con contrastanti doveri, graduandone la possibilità di realizzazione, in modo da non recare pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale¹²⁴. Pertanto, come affermato da parte della dottrina, in questi casi il comportamento del medico o del sanitario che viola la norma incriminatrice non risulta punibile

¹²⁴ C. Cost., 19 dicembre 1991 n. 467, in *Giur. cost.*, 1991, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, co. 3, L. 772/72 nella parte in cui non prevede l'esonero dal servizio militare, in seguito all'espiazione della pena, anche per chi rifiuta, per i motivi di coscienza indicati all'art. 1, L. n. 772/72, il servizio militare di leva dopo averlo assunto.

in quanto estraneo *ab origine* al precetto penale¹²⁵. Così ad esempio, il fatto tipico del sanitario nel caso dell'interruzione volontaria della gravidanza, pur formalmente corrispondente al paradigma dell'art. 328 c.p. - rifiuto d'atti d'ufficio - ricade nell'ambito applicativo della norma autorizzativa e, dunque, il fatto diviene lecito *in radice* senza poter tollerare alcuna sanzione penale: la sua precedente qualificazione in termini di illiceità finisce, quindi, per perdere ogni ragion d'essere.

Secondo una diversa teoria, il comportamento di astensione, a determinate condizioni consentito dalla legge, sarebbe invero giuridicamente lecito in virtù dell'operare della scriminante di cui all'art. 51 c.p., norma posta a salvaguardia di valori diversi e contrapposti rispetto a quelli sanzionati nella fattispecie tipica di reato.

A prescindere dalla tesi accolta, nelle ipotesi previste *ex lege* non vi sono comunque dubbi circa la non punibilità del soggetto che si sottragga all'obbligo giuridico di compiere attività specificatamente e necessariamente volte a realizzare interventi di interruzione della gravidanza o di procreazione medicalmente assistita, avvalendosi delle clausole di coscienza previste dalle rispettive normative¹²⁶.

Potrà, ovviamente, residuare una responsabilità penale a carico dell'obiettore che superi i limiti e le condizioni entro i quali può essere sollevata obiezione di coscienza. Si tratta di casi giurisprudenziali in cui, ad esempio, l'infermiere si astenga dall'attività di assistenza successiva all'intervento, avendo erroneamente qualificato l'attività posta in essere come diretta e

¹²⁵ PALAZZO F., *Obiezione di coscienza*, cit., 547; LA ROSA E. *Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, 123.

¹²⁶ VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 664.

specifica rispetto all'aborto o del soggetto che, pur non rivestendo la qualifica formale di personale sanitario, si avvalga per errore della clausola di obiezione di coscienza ritenendosi legittimato a tale comportamento.

In tali situazioni, la responsabilità del sanitario (o del soggetto che non rivesta tale qualifica) potrà essere esclusa considerando il travalicamento dei limiti alla stregua di un "abuso" del diritto ricadente in quanto tale nell'ambito della fattispecie penale o dell'errore sulla scriminante quale errore sul precetto¹²⁷. Non è, tuttavia, su una siffatta problematica, pur di grande interesse, che intendiamo soffermare la nostra attenzione¹²⁸.

5. *I casi di obiezione di coscienza non disciplinati dal legislatore.*

Mentre con riferimento ai casi disciplinati *ex lege*, il fenomeno dell'obiezione di coscienza sembra aver ormai perso la carica di drammaticità che aveva in passato, il problema dell'obiezione di coscienza non può certamente dirsi marginalizzato dal campo dell'esperienza sociale, quantomeno con riferimento ai casi che non trovano riconoscimento legislativo¹²⁹.

¹²⁷ GROSSO C. F., *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, 1962, 199; LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Giuffrè, 1983, 42.

¹²⁸ LA CUTE G., *L'obiezione di coscienza e il reato di omissione di atti d'ufficio*, in *Giur. mer.*, II, 1984, 904.

¹²⁹ BOTTA R., *Prefazione*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Atti del Convegno di Studi, Modena 30 novembre – 1° dicembre 1990, a cura di BOTTA R., Giuffrè, 1991, VII.

Le società moderne sono infatti caratterizzate da una c.d. *“esplosione delle coscienze”* per la costante richiesta da parte dei cittadini di salvaguardare le proprie personali istanze nei confronti dell’ autorità statale.

Le ragioni di siffatta *“esplosione”* possono essere varie e, fra le principali, deve anzitutto menzionarsi il fenomeno del multiculturalismo, ossia della convivenza in un medesimo contesto sociale di gruppi con proprie tavole di valori ideali ed etici spesso reciprocamente confliggenti e incompatibili¹³⁰.

Nella nostre società è dunque facile assistere ad innumerevoli conflitti fra convinzioni della coscienza, ispirate dalle istanze culturali e religiose più varie, e disposizioni normative dell’ordinamento che imporrebbero un determinato *facere*, conflitti che tuttavia non hanno ancora trovato una loro regolamentazione giuridica.

Si consideri, quale esempio paradigmatico, il caso dell’obiezione di coscienza dei medici e/o farmacisti nei confronti della vendita di medicine e prodotti destinati alla contraccezione e, in particolare, nei confronti della c.d. pillola del giorno dopo.

5.1. *Esercizio del diritto all’obiezione di coscienza fra necessità di una previsione legislativa ed esistenza di un diritto direttamente azionabile.*

In tutte queste ipotesi non codificate, vi è necessità di stabilire se la libertà di coscienza possa considerarsi un vero e proprio

¹³⁰ GROSSO E., *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella costituzione italiana*, in *Quaderni di diritto penale contemporaneo, internazionale, ed europeo*, a cura di BERNARDI A., Giuffrè, 2006, 115.

diritto costituzionale per così dire immediatamente “fruibile”, oppure se tale diritto, per poter essere esercitato, necessiti di una *interpositio legislatoris*.

In assenza di specifiche leggi autorizzanti non vi sono, infatti, che due soluzioni¹³¹: o ritenere imprescindibile una previsione normativa¹³² oppure riconoscere il diritto di obiezione anche *sine lege*, a condizione che il suo esercizio avvenga entro certi limiti e nel rispetto di alcune specifiche modalità¹³³.

Secondo una parte della dottrina, l’obiezione di coscienza acquisirebbe rilievo solo se prevista legislativamente¹³⁴, trovando nella Costituzione solo una tutela mediata e di principio¹³⁵. In particolare, tale tesi è sostenuta sulla base di una presunta distinzione fra libertà di coscienza come diritto costituzionalmente garantito e obiezione di coscienza, inteso come mero valore costituzionale, in quanto tale non immediatamente azionabile in mancanza di un’espressa disposizione di legge¹³⁶.

¹³¹ MANTOVANI F., *Obiezione di coscienza*, cit., 151.

¹³² In questo senso v., PALAZZO F., *Obiezione di coscienza*, cit., 543; ONIDA F., *Contributo ad un inquadramento*, cit., 235.

¹³³ EUSEBI L., *Obiezione di coscienza*, cit., 175 ss., secondo il quale “l’obiezione di coscienza si manifesta come un diritto direttamente desumibile dalla Costituzione”; DALLA TORRE G., *Libertà di coscienza e di religione*, cit., 7.

¹³⁴ In merito all’eventualità di una *interpositio legislatoris*, v. PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 244 ss.; MODUGNO F.-D’ALESSIO R., *Verso una soluzione legislativa del problema dell’obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 97 ss.

¹³⁵ PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 244 ss.

¹³⁶ VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, UTET, 1960, II, 1981.

Tuttavia, altra parte della dottrina, pur giungendo alle medesime conclusioni, critica siffatta distinzione ritenendo che l'obiezione di coscienza necessiti di una delicata opera del legislatore affinché sia attuato un bilanciamento, altrimenti impossibile, fra contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale: in altri termini, solo il legislatore potrebbe graduare la possibilità di realizzazione del diritto all'obiezione di coscienza in modo da non arrecare pregiudizio al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale¹³⁷, soprattutto laddove l'obiezione di coscienza abbia «un ampio spettro di diffusione» e riguardi «persone che ricoprono funzioni pubbliche», ossia soggetti «in linea di principio legati da doveri di ruolo», i quali dando attuazione alle proprie personali istanze recano pregiudizio ad interessi di soggetti terzi¹³⁸. Questa interpretazione è stata assecondata dalla stessa giurisprudenza costituzionale la quale ha affermato che è la legge «a dare riconoscimento e quindi ingresso all'obiezione di coscienza» nell'ordinamento e che soltanto la presenza di una legge può segnare lo spartiacque fra una condotta obiettante giuridicamente lecita ovvero sanzionata¹³⁹.

Con un'impostazione opposta alla precedente, parte della dottrina ha sostenuto che il diritto all'obiezione di coscienza

¹³⁷ Per una ricostruzione completa delle sentenze della giurisprudenza costituzionale in materia v. PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza*, cit., 248.

¹³⁸ LA ROSA E., *Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, 113.

¹³⁹ *Ex multis*, v. C. Cost., 24 maggio 1985, n. 164 in *Giur. cost.*, 1985, 1203 ss.; C. Cost., 18 gennaio 1993, n. 422 in *www.giurcost.org.*; C. Cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Dir. eccl.*, 1979 II.

costituisca invero un diritto umano costituzionalmente garantito e direttamente azionabile anche in mancanza di una previsione normativa che ammetta il comportamento omissivo del soggetto obiettore¹⁴⁰. Infatti, in base a questo orientamento, un reale problema di obiezione di coscienza potrebbe sorgere *soltanto* nei casi *contra legem*, ossia quando l'armonizzazione tra la *lex fori* e la *lex poli* non sia già stata compiuta per legge (c.d. obiezione di coscienza *secundum legem*)¹⁴¹. In particolare, qualora l'obiezione di coscienza venga esercitata in conformità ad un principio dell'ordinamento giuridico, la disobbedienza alla legge sarebbe da considerarsi legittima senza alcuna necessità di una previsione legislativa essendo posta a tutela di un valore supremo della Costituzione¹⁴².

In tali contesti, l'individuo che rivendichi un'obiezione di coscienza posta alla tutela di un bene considerato come sovraordinato nell'ambito dei diritti inviolabili, dovrebbe quantomeno potersi esimere dalla sua compromissione: in questo senso, l'obiezione di coscienza sarebbe «il presidio minimo di un sistema costituzionale che non acceda ad una totale *flessibilità* dei diritti inviolabili»¹⁴³.

¹⁴⁰ Per questa tesi v., MANTOVANI F., *Obiezione di coscienza*, cit., 140; DALLA TORRE G., *Obiezione di coscienza*, cit., 274.

¹⁴¹ VIOLA E., *L'obiezione*, cit., 183.

¹⁴² DALLA TORRE G., *Obiezione di coscienza*, cit., 275 secondo il quale «pare arduo sostenere una tutela diversa per l'obiezione di coscienza rispetto a quella accordata ai diritti inviolabili dell'uomo, in ragione dell'interposizione necessaria per la prima e non necessaria per i secondi. Il mancato intervento del legislatore ordinario, infatti, priverebbe la sfera intima della coscienza di quelle tutele che invece i diritti inviolabili hanno per sé».

¹⁴³ EUSEBI L., *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, cit., 174.

6. *Conflitti della coscienza e sistema delle cause di giustificazione.*

La tesi secondo cui non è necessaria una previsione legislativa *ad hoc* per riconoscere in capo al soggetto il diritto di non adempiere ad un obbligo giuridico, laddove l'obbligo giuridico contrasti con la propria coscienza morale, non risolve tuttavia il problema di individuare le categorie penalistiche alla cui stregua poter escludere la responsabilità del sanitario od eventualmente soltanto mitigarne il trattamento sanzionatorio.

A tal proposito, giova osservare, in via di prima approssimazione, che il conflitto fra la norma autorizzativa e la norma incriminatrice riflette lo specifico meccanismo di funzionamento delle cause di giustificazione tanto nel caso in cui il legislatore operi il bilanciamento fra diversi interessi, traducendolo in una norma giuridica, quanto nel caso in cui il giudice nella fase interpretativa, di fronte al caso concreto, determini la precisa *voluntas legis*¹⁴⁴. Guardando, quindi, ancora più a fondo, la collisione fra la norma incriminatrice e la norma scriminante attributiva del diritto di esercitare l'obiezione di coscienza riflette lo schema tipico della scriminante di cui all'art. 51 c.p.

Tuttavia, occorre da subito precisare che l'art. 51 c.p. non individua criteri idonei alla risoluzione del conflitto nel caso in cui una norma incriminatrice entri in conflitto con una norma che prevede la facoltà di non compiere una determinata azione *sub specie* di libertà costituzionalmente garantita, con la conseguenza che non sempre per l'interprete è facile stabilire se sia la norma autorizzativa a prevalere su quella penale o

¹⁴⁴ VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 236.

viceversa¹⁴⁵. Questa è la ragione per cui parte della dottrina ha definito l'art. 51 c.p. una norma superflua¹⁴⁶: «da un lato, infatti, presuppone già risolto il conflitto fra le due norme, nel senso della prevalenza della norma di facoltà o di obbligo su quella incriminatrice; e, dall'altro, essa non indica in alcun modo i criteri sulla scorta dei quali il conflitto tra le due norme deve essere risolto»¹⁴⁷. Non pare infatti risolutivo il criterio meramente formale facente perno sulla natura autorizzativa o di divieto della disposizione, secondo cui nel conflitto fra norme deve sempre prevalere la norma attribuitiva del diritto, in virtù del principio secondo cui in un ordinamento giuridico il divieto penalmente sanzionato costituirebbe l'eccezione al generale principio della libertà dei soggetti¹⁴⁸. Nessun diritto può infatti godere di una tutela assoluta, essendo sottoposto a limiti ricavabili non solo dall'esegesi della singola norma attributiva del diritto o della facoltà ma dalla necessità di tutelare altri beni o interessi di rango superiore o equivalente¹⁴⁹. Nello specifico, due sono i limiti a cui sono sottoposti i diritti: un limite (*interno*) connesso alla stessa *ratio essendi* del diritto, ossia all'esatto ambito di operatività della norma che lo configura; e un limite

¹⁴⁵ VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 236.

¹⁴⁶ MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966, 55 ss.

¹⁴⁷ VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 236.

¹⁴⁸ PADOVANI T., *Diritto penale*, Ed. IX, Giuffrè, 2008, 151; MANTOVANI F., *Esercizio del diritto*, cit., 543; *Contra*, MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1228; ID., *Cause di giustificazione*, in *Dig. pen.*, II, 1988, 98; VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 236, il quale rileva che la norma penale non necessariamente attribuisce un divieto, ben potendo invece imporre un dovere di azione suscettibile di entrare in conflitto con la norma che impone il divieto di compiere la medesima azione.

¹⁴⁹ VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 237.

(*esterno*) ricavabile dal complesso di norme di cui fa parte la norma che attribuisce un diritto, e derivante dal bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale.

Detto altrimenti, escluso che il criterio meramente formale possa essere risolutivo del conflitto fra norma autorizzativa e norma incriminatrice, la collisione fra tali disposizioni deve essere risolta, attraverso l'interpretazione, individuando la norma prevalente. Occorre, quindi, ricostruire l'ambito del diritto di libertà di coscienza di fonte costituzionale anzitutto in un'ottica interna poi in un'ottica esterna.

Il limite interno del diritto scriminante alla libertà di coscienza non indica altro che i confini di operatività della norma attributiva del diritto, a prescindere dal rapporto con la norma incriminatrice del divieto e gli interessi dalla stessa protetta¹⁵⁰. In questo senso, si deve osservare che la dottrina ha accolto una nozione di libertà di coscienza ricomprendente sia la possibilità di formazione di una libera coscienza, sia la libertà di agire secondo le proprie personali convinzioni¹⁵¹. Pertanto, se la norma costituzionale attributiva del diritto di libertà di coscienza consente non solo di manifestare sul piano ideologico i propri personali convincimenti, ma attribuisce il diritto di comportarsi in modo conforme agli stessi, sarà possibile domandarsi quali siano i limiti esterni di tale diritto derivanti dal bilanciamento con controinteressi tutelati dall'oggettività della fattispecie incriminatrice, limiti esterni che necessariamente dovranno essere ricavati dalla Carta

¹⁵⁰ VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 497.

¹⁵¹ VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 497.

Costituzionale, nel rispetto del principio della gerarchia fra fonti giuridiche¹⁵².

Sennonché, a questo punto, poiché il bilanciamento non è stato *in primis* risolto dal legislatore attraverso la previsione di una clausola di coscienza, il compito del giudice sarà quello di bilanciare gli interessi in gioco, valutando quando debba essere data prevalenza all'opzione assunta dalla coscienza e quando, invece, debbano considerarsi predominanti altri interessi sociali effettivamente coinvolti nelle circostanze concrete¹⁵³. In questo senso, *l'habitat* naturale dell'obiezione di coscienza diviene quello della *giurisprudenza*: il giudice, una volta individuata l'oggettività giuridica tutelata dalla fattispecie tipica di reato integrata nell'esercizio del diritto alla libertà di coscienza, dovrà valutare se l'esercizio di tale libertà si risolva o meno nel pregiudizio di interessi di predominante interesse costituzionale, quali, anzitutto, i cosiddetti diritti personalissimi dell'individuo¹⁵⁴.

Già ad un primo sguardo, tuttavia, emerge la difficoltà di operare un siffatto bilanciamento, soprattutto tenendo conto che l'interprete dovrà guardare al *bene giuridico-libertà di coscienza* e non al bene sotteso all'esercizio di tale libertà. Laddove, infatti, non si aderisca, come di fatto non si aderisce, all'impostazione secondo cui il bene sotteso alla libertà di coscienza sarebbe da considerarsi *ex se* preminente rispetto alla gamma dei diritti inviolabili, in quanto posto a tutela del bene vita (*infra* cap. I), l'interprete potrebbe trovarsi di fronte alla necessità di comporre

¹⁵² GARGANI A., *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, in *Il diritto ecclesiastico*, 4, 2003, 1021.

¹⁵³ NAVARRO VALLS R.-TORRON J. M., *Le obiezioni di coscienza*, cit., 33.

¹⁵⁴ GARGANI A., *Libertà religiosa e precetto penale*, cit., 1023.

un conflitto fra beni parimenti protetti in assoluto dalla Carta costituzionale: quelli presenti nella realtà interna dell'individuo e quelli tutelati dalla fattispecie incriminatrice¹⁵⁵.

7. *Metodo e delimitazione dell'indagine dei prossimi capitoli.*

Allo scopo di individuare gli spazi di legittimità riservati all'esercizio dell'obiezione di coscienza *contra legem* e di capire più in particolare se di fatto il conflitto sia davvero fra beni parimenti tutelati, nel capitolo successivo saranno svolti alcuni approfondimenti in riferimento alle fattispecie di reato integrate dall'obiettore e alle categorie dogmatiche che possono assumere rilievo nell'ottica di poter escludere od eventualmente soltanto attenuare la responsabilità penale dell'agente.

È bene sin da ora specificare, tuttavia, che tale indagine sarà opportunamente delimitata alle ipotesi di obiezione di coscienza sollevate nell'esercizio di servizi medico-sanitari per due principali ragioni.

La prima ragione è collegata al peculiare *status* del medico e ai particolari compiti da quest'ultimo posti in essere. Nessuno potrebbe infatti dubitare del fatto che, chi svolge una funzione pubblica non possa pretendere di godere della medesima libertà di *esteriorizzare* il proprio pensiero che, invece, può riconoscersi

¹⁵⁵ ALBISETTI A., *La Corte costituzionale e l'obiezione di coscienza*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Atti del Convegno di Studi, Modena 30 novembre – 1° dicembre 1990, a cura di BOTTA R., Giuffrè, 1991, 150.

al cittadino comune contro il detentore del potere¹⁵⁶. A differenza del cittadino qualsiasi, nei cui confronti si pone soltanto il problema di una sottrazione ad obblighi che gravano su tutti i cittadini indifferentemente, sul funzionario grava infatti un obbligo specifico, essendo tenuto ad applicare la legge e a tradurla in comandi concreti o attività esecutive, allo scopo di soddisfare interessi altrui (anche fondamentali) ed interessi collettivi¹⁵⁷.

La seconda ragione è fondata sul presupposto che, sebbene la qualifica di pubblico funzionario sia idonea a ricomprendere nell'indagine anche le ipotesi di obiezione di coscienza sollevate dal giudice nell'esercizio delle sue funzioni, l'attività medica (in senso lato) risulta più di ogni altra esposta a conflitti fra norme giuridiche e norme morali di notevole rilevanza, in quanto settore, come più volte ricordato, caratterizzato dall'incidenza su diritti fondamentali di terze persone.

In particolare, la drammaticità dei conflitti di coscienza del medico rispetto alla posizione del paziente sarà meglio compresa analizzando il caso del sanitario che rifiuti la distribuzione, la prescrizione o somministrazione di farmaci, con effetto abortivo (laddove l'obiezione di coscienza sia in questi casi ritenuta non riconducibile al dettato legislativo dell'art. 9 della legge sull'interruzione della gravidanza) e quella del sanitario che rifiuti di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale del paziente, contraddicendo la volontà di quest'ultimo.

¹⁵⁶ Cfr. PRISCO S., *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in www.associazionecostituzionalisti.it.

¹⁵⁷ ONIDA V., *L'obiezione dei giudici*, cit., 368.

CAPITOLO TERZO

OBIEZIONE DI COSCIENZA E SERVIZI SANITARI

SOMMARIO: 1. L'aborto farmacologico: il caso problematico della c.d. "pillola del giorno dopo". – 2. Il reato di rifiuto d'atti d'ufficio *ex art.* 328 c.p. – 2.1. La fattispecie oggettiva. – 2.2. Il bene giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice. – 2.3. La rilevanza della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale od esercente un servizio di pubblica utilità. 2.4. Bilancio dell'indagine circa il ruolo "esimente" dell'obiezione di coscienza. – 3. Applicabilità della clausola a tutela della libertà di coscienza di cui all'art. 9 L. 194/1978. – 3.1. Estensione analogica della clausola di cui all'art. 9 L. 194/1978. – 4. Le alternative praticabili. – 5. Trattamento sanzionatorio dell'obiettore di coscienza.

1. *L'aborto farmacologico: il caso problematico della c.d. "pillola del giorno dopo".*

Tra le nuove forme di obiezione di coscienza in relazione a pratiche abortive realizzate con modalità diverse da quelle previste dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza è già stata analizzata l'ipotesi relativa all'uso della pillola RU486, i cui effetti, senz'altro abortivi, hanno permesso di ricondurre pacificamente tale caso all'interno della disciplina generale di cui all'art. 9 della legge 194/1978 e, quindi, fra le ipotesi di obiezione di coscienza disciplinate *ex lege*.

Indubbiamente, il problema diviene più complicato nel caso di farmaci c.d. intercettivi rispetto ai quali non è chiaro se gli stessi svolgano una funzione soltanto contraccettiva o eventualmente anche abortiva (ossia se, pur avendo una finalità

principalmente contraccettiva, possano eventualmente produrre anche la distruzione dell'embrione); problema che, a sua volta, come vedremo, risulta complicato dalla constatazione che non vi è concordanza in ordine alla stessa definizione del momento in cui inizia la vita e la gestazione¹⁵⁸.

In particolare, in questa sede interessa valutare l'obiezione di coscienza rispetto all'uso di un medicinale a base di *levonorgestrel* comunemente conosciuto con il nome di "pillola del giorno dopo" e commercializzato con il nome *Norlevo*¹⁵⁹. Trattasi di un contraccettivo d'emergenza da assumersi immediatamente dopo la consumazione di un rapporto sessuale non protetto e comunque non oltre le 72 ore.

In questo caso, come sopra accennato, il conflitto di coscienza nasce in capo al medico in quanto non sono del tutto noti i meccanismi di azione della *Norlevo*: in particolare, pur essendovi concordanza sul fatto che il farmaco agisca prima dell'annidamento dell'ovulo fecondato¹⁶⁰, non può essere

¹⁵⁸ DI COSIMO G., *I farmacisti e la pillola del giorno dopo*, in *Quad. cost.*, XXI, 2001, 142.

¹⁵⁹ Il Ministero della Sanità ha autorizzato la commercializzazione del farmaco *Norlevo* con decreto pubblicato in G.U. n. 238 dell'11 ottobre 2000.

¹⁶⁰ In questo senso v., Tar del Lazio, sez. II, 12 ottobre 2001, n. 8465 in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2977, tale sentenza ha affermato che «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 interrottiva, specifici interventi di assistenza sul piano sanitario e psicologico. Come, del resto, illustrato dalle parti resistenti il farmaco "NORLEVO" esplica effetti di prevenzione della gestazione al pari di altri usuali metodi contraccettivi, quale lo "IUD" o spirale, che parimenti

escluso che lo stesso agisca dopo la fecondazione dell'ovulo, ossia dopo che si sia già formato un embrione umano e, quindi, per taluni una vita umana giuridicamente da tutelare¹⁶¹. Infatti, laddove si accolga la concezione sostenuta dalla Pontificia Accademia per la Vita secondo cui la gravidanza ha inizio non con l'impianto nell'endometrio, ma con la fecondazione dell'ovulo, «poiché la fusione di due gameti segna, dal punto di vista biologico, il vero e proprio "salto qualitativo", irripetibile, e dà luogo ad una nuova ed autonoma "individualità" umana, che andrà sviluppandosi con continuità e senza interruzioni»¹⁶², la somministrazione del farmaco appare idonea a determinare nella coscienza del medico e/o del farmacista gli stessi problemi morali posti dall'interruzione di gravidanza di cui alla legge 194/1978.

Tuttavia, prima di affrontare tale dibattito nelle sue conseguenze pratiche, occorre valutare la fattispecie criminosa alla stregua della quale poter inquadrare il rifiuto del medico alla somministrazione di questo medicinale; e solo successivamente sarà possibile valutare se, e a qualche titolo, sia possibile praticare nei confronti del medico obiettore un trattamento volto a dare spazio, nei limiti del possibile, alle motivazioni personali che hanno imposto allo stesso di non agire, in violazione dell'obbligo su quest'ultimo gravante.

mirano ad inibire l'impianto dell'ovulo fecondato ed in ordine ai quali non si pone questione circa la qualificazione come pratiche abortive eccedenti i limiti stabiliti dalla legge n. 194/1978».

¹⁶¹ CASINI M.-SPAGNOLO G. A., *Aspetti giuridici, deontologici ed etici della prescrizione medica degli estroprogestinici a scopo contraccettivo*, in *Medicina e Morale*, 2002-2003, 434.

¹⁶² MANTOVANI F., *Obiezione di coscienza*, cit., 144.

2. *Il reato di rifiuto di atti d'ufficio ex art. 328 c.p. I soggetti attivi.*

La condotta del medico e/o farmacista che rifiuti per motivi di coscienza di somministrare la “pillola del giorno dopo” pare sussumibile sotto la fattispecie prevista e punita dall’art. 328 c.p.: la condotta incriminata consiste infatti nel rifiuto “indebito” di compiere atti di ufficio qualificati in vista di obiettivi normativamente specificati, ossia «per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene o di sanità»¹⁶³.

Al fine di valutare la configurabilità di una responsabilità penale per il medico obiettore di coscienza, il primo interrogativo che deve essere sciolto è se esista in capo al personale sanitario il dovere giuridico di prescrizione della “pillola del giorno dopo”. Infatti, solo in presenza di tale dovere potrà configurarsi una fattispecie penale che ne sanzioni l’omissione. Sotto questo profilo, giova anzitutto distinguere la posizione dei medici da quella dei farmacisti.

La figura del farmacista non è infatti certamente equiparabile a quella del medico, dato che il farmacista non è responsabile né della prescrizione del farmaco, né delle condizioni personali e di salute di chi lo richiede. Il rapporto con l’utente è generico ed impersonale e la consegna del farmaco è legittima in base alla semplice presentazione della ricetta (e non in base all’identità della persona che lo ritira). In particolare, ai sensi dell’art. 38 del R.D. del 30 settembre 1938, n. 1702: «i farmacisti *non possono rifiutarsi di vendere le specialità medicinali di cui siano provvisti e di spedire ricette firmate da un*

¹⁶³ v. LA ROSA E., *Attività sanitaria*, cit., 114.

medico per medicinali esistenti nella farmacia. I farmacisti richiesti di specialità medicinali nazionali, di cui non siano provvisti, sono tenuti a procurarle nel più breve tempo possibile, purché il richiedente anticipi l'ammontare delle spese di porto». La violazione di tale disposto è inoltre punita – in virtù del rinvio compiuto dall'art. 64 del medesimo testo normativo – ai sensi dell'art. 358 del Testo Unico delle leggi Sanitarie, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, il quale prevede, salvo che il fatto costituisca reato, la sanzione amministrativa da € 1549,00 a € 9.296,00. Il predetto comportamento, inoltre, integra una violazione del Codice Deontologico dei farmacisti il quale all'art. 37, commi 5 e 6, precisa che «è sanzionabile qualsiasi violazione di norme di leggi o regolamenti che disciplinano l'esercizio della professione di farmacista e il servizio farmaceutico [omissis]” e “qualsiasi abuso o mancanza nell'esercizio della professione e comunque qualsiasi comportamento che abbia causato o possa causare un disservizio o un danno alla salute del cittadino».

Alla luce di tali disposizioni, è possibile ritenere che il farmacista abbia un vero e proprio obbligo di vendere il farmaco a seguito della presentazione della ricetta medica, senza alcuna discrezionalità in merito, con conseguente illiceità penale dell'eventuale rifiuto di somministrazione¹⁶⁴.

Pertanto, anche laddove si riconoscesse il diritto del medico di sollevare obiezione di coscienza rispetto alla prescrizione della “pillola del giorno dopo”, una siffatta facoltà non potrebbe comunque essere attribuita al farmacista. Ciò appare ragionevole, in quanto diversamente argomentando, al

¹⁶⁴ DI COSIMO G., *I farmacisti*, cit., 142.

farmacista sarebbe conferito il diritto di censurare l'operato del medico con evidenti rischi per la salute psicofisica dei pazienti¹⁶⁵.

Non può tantomeno essere condiviso quell'orientamento che attribuisce al farmacista un ruolo simile a quello degli "operatori sanitari", e per questa via riconosce anche a questa categoria il diritto all'obiezione di coscienza, dato che l'art. 9 riferendosi al «personale sanitario» si rivolge ai medici e riferendosi al «personale esercente le attività ausiliarie» si rivolge alle sole figure professionali previste dall'art. 99 TU delle leggi sanitarie; né può essere condivisa l'ulteriore tesi secondo cui il farmacista, pur svolgendo un ruolo "meno diretto" rispetto a chi pratica clinicamente l'aborto, contribuirebbe comunque, mediante la consegna del prodotto, ad una eventuale soppressione dell'embrione in una catena di causa ed effetti senza soluzione di continuità. L'art. 9 l. 194/1978, infatti, riferendosi ad «attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza» non sembra potersi riferire anche ad una mera attività di vendita del farmaco¹⁶⁶.

Diversamente, per quanto riguarda i medici, la discrezionalità attribuita a quest'ultimi nella prescrizione dei farmaci sembrerebbe già *prima facie* far venir meno la rilevanza

¹⁶⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, Nota in merito alla obiezione di coscienza del farmacista alla vendita di prodotti di contraccettivi di emergenza, 25 febbraio 2011, in risposta ad un quesito formulato dall'On. Luisa Capitanio Santolini in merito alla clausola di coscienza invocata dal farmacista per non vendere prodotti farmaceutici di contraccezione d'emergenza, anche indicati come "pillola del giorno dopo" (tale nota si può leggere per esteso in http://www.governo.it/obiezione_farmacisti.pdf).

¹⁶⁶ DI COSIMO G., *I farmacisti*, cit., 142.

penale di tale omissione, per insussistenza di un obbligo giuridico di prescrizione gravante in capo agli stessi¹⁶⁷.

In realtà, deve condividersi l'opinione di quella dottrina secondo cui la discrezionalità attribuita al medico concernerebbe soltanto le scelte terapeutiche, non potendo invero dipendere da ragioni a carattere etico o religioso del predetto: pertanto, laddove sussistano i presupposti previsti dalla legge per l'erogazione del servizio, la libertà assicurata al medico non sarebbe comunque tale da consentire a quest'ultimo di sottrarsi ai propri doveri sulla base di scelte e convinzioni meramente personali¹⁶⁸.

2.1. *La fattispecie oggettiva.*

L'atto al quale il rifiuto penalmente rilevante si deve riferire non è rappresentato da un qualsiasi atto dell'ufficio o del servizio (infatti la norma elenca una categoria di atti rispetto ai quali la condotta risulta rilevante) ma ad un atto che deve essere compiuto per *ragioni di sanità*¹⁶⁹. Tale atto d'ufficio deve quindi avere natura propriamente sanitaria, nonché strettamente funzionale alla sua realizzazione, suscettibile, qualora non posto in essere tempestivamente, di provocare danni al bene della

¹⁶⁷ DI COSIMO G., *I farmacisti*, cit., 142.

¹⁶⁸ VENTURA M., *Aborto. Caso n. 5: Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto. I problemi nella loro dimensione normativa*, ETS, 2005, 65; LA ROSA E., *Il rifiuto di prescrivere la c.d. "pillola del giorno dopo" tra obiezione di coscienza e responsabilità penale*, a cura di FUNGHI P.-GIUNTA F., in www.statoechiesa.it, 4.

¹⁶⁹ DI MARTINO A., *L'omissione d'atti d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di PALAZZO F., EST, 2011, 372.

sanità fisica o psichica del cittadino¹⁷⁰. Le ragioni di igiene e sanità riguardano in particolare la prevenzione e la cura delle malattie e, in generale, la tutela della salute, quale bene costituzionalmente rilevante ai sensi dell'art. 32 Cost. Nessun problema dovrebbe pertanto esservi nel far rientrare l'attività di prescrizione di farmaci in quest'ambito e, quindi, anche la prescrizione della "pillola del giorno dopo" in quanto nel termine "salute" deve certamente farsi rientrare, secondo le indicazioni della scienza medica, anche il benessere psico-fisico di una coppia che non voglia una gravidanza indesiderata¹⁷¹. Non appare invero condivisibile la tesi secondo la quale la prescrizione di medicinali contraccettivi o abortivi non avrebbe come fine ultimo la salute, in quanto da un lato, la gravidanza non sarebbe una malattia da prevenire e dall'altro, l'intervento del medico sarebbe richiesto soltanto perché i prodotti chimici (o taluni strumenti meccanici) possono comportare pericoli per la salute laddove mal somministrati o laddove non siano adeguatamente considerate talune controindicazioni¹⁷². Infatti, la "salute", come indicato nel Preambolo del Trattato istitutivo dell'Organizzazione mondiale della sanità, è da intendersi non soltanto come «assenza di malattia» ma come uno stato di benessere completo fisico, mentale e sociale, stato di benessere che sarebbe inevitabilmente pregiudicato dalla condotta omissiva del medico.

Accertato che l'attività di prescrizione della "pillola del

¹⁷⁰ Cass. Sez. VI, 26 maggio 2006, n. 19039 in *Studium Iuris*, n. 10 2007, Cedam, 1146.

¹⁷¹ PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Cedam, 2000, 2 ss.

¹⁷² CASINI M.-SPAGNOLO G. A., *Aspetti giuridici*, cit., 448.

giorno dopo” è qualificabile come atto sanitario, ai fini della responsabilità penale è necessario altresì che il rifiuto del sanitario risulti *indebito* e *non ritardabile*.

Per quanto riguarda, il carattere “*indebito*” del rifiuto, occorre individuare cosa debba intendersi con tale termine.

Secondo parte della dottrina, l’avverbio «*indebitamente*» si limiterebbe ad esplicitare il significato di antiggiuridicità della condotta, richiesto tacitamente da ogni norma incriminatrice¹⁷³. Invero, secondo altra parte della dottrina, tale avverbio richiederebbe la violazione di specifici doveri. Non può tuttavia essere accolta la tesi estensiva che identifica tale formula con l’assenza di un giustificato motivo, in quanto altrimenti il rifiuto non risulterebbe indebito ogniqualvolta l’adempimento dell’atto fosse per il soggetto agente eccessivamente difficile o complicato o comunque *inesigibile*¹⁷⁴, perché ritenuto ad esempio contrastante con i propri convincimenti interiori. Appare, quindi, preferibile¹⁷⁵, soprattutto alla luce del principio di tassatività e determinatezza, la tesi più restrittiva, secondo cui sarebbe indebito il rifiuto opposto senza alcuna valida ragione di legittimazione, ossia il rifiuto che non trovi alcuna giustificazione in leggi o disposizioni amministrative che

¹⁷³ BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto. I problemi nella loro dimensione normativa*, a cura di FUNGHI P.-GIUNTA F., ETS, 2005, 65; PULITANÒ D., *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 83 ss.

¹⁷⁴ STILE A. M., *Omissione, rifiuto o ritardo di atti di ufficio*, *Jovene*, 1974, 156; CADOPPI A.-VENEZIANI O., *Omissione o rifiuto di atti d’ufficio*, in *Enc. Giur.*, XXI, 1995, 19; PUTINATI S., *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 581.

¹⁷⁵ LA ROSA E., *Il rifiuto di prescrivere*, cit., 5 s.

regolano competenze e forme dell'ufficio o del servizio¹⁷⁶. Pertanto, in quest'ottica è possibile qualificare come indebito il rifiuto del medico motivato da ragioni di ordine etico, ritenendo tipica la condotta del medico che ometta di prescrivere la pillola del giorno dopo, in quanto comportamento che non trova alcuna legittimazione normativa.

Quanto all'*urgenza* nel compimento dell'atto, essa si riferisce all'indifferibilità dello stesso a causa della possibilità che il suo dilazionamento provochi conseguenze dannose per il soggetto richiedente la prestazione, mettendo in pericolo l'interesse sostanziale alla cui tutela l'atto è rivolto¹⁷⁷. In questo specifico caso, non vi è dunque alcun dubbio che l'atto richiesto al medico sia indifferibile, considerato che le capacità di azione del farmaco sono inversamente proporzionali al tempo che intercorre fra la consumazione del rapporto non protetto e l'assunzione della pillola: infatti con il trascorrere del tempo diminuisce la possibilità di evitare l'evento indesiderato della gravidanza.

Pertanto, considerato che il reato è di pericolo concreto e che, quindi, non è possibile prescindere dalla misura del pericolo che si è concretamente determinato per le esigenze del settore, si può affermare che il reato è consumato nel momento e nel luogo in cui il rifiuto ha determinato la concretizzazione del pericolo o l'aumento del pericolo per l'interesse

¹⁷⁶ ROMANO M, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen. – Commentario sistematico*, Ed. II, Giuffrè, 2006, 341.

¹⁷⁷ In questo senso, *ex multis* v. Cass., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 34402, in *Riv.it. med. leg.*, 3, 2008, 922.

specificatamente in gioco¹⁷⁸.

Alla stregua di queste superiori considerazioni, il rifiuto del medico di prescrivere la *Norlevo* per motivi etici o religiosi pare integrare la fattispecie tipica del reato di cui all'art. 328 c.p.

2.2. *Il bene giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice.*

Come rilevato nei precedenti capitoli, l'interesse tutelato dal sanitario mediante l'esercizio dell'obiezione di coscienza è la libertà di coscienza da considerarsi come bene giuridico a sé stante. Ciò premesso occorre individuare il bene giuridico leso dal comportamento omissivo del soggetto agente, attraverso una ricostruzione che, come vedremo, risulta spesso viziata da apriorismi di fondo che finiscono per compromettere la correttezza dell'intero ragionamento¹⁷⁹.

Muovendosi nella prospettiva sinora sviluppata, il rifiuto del personale sanitario di fornire, per motivi di coscienza, la prestazione richiesta, è sussumibile all'interno della fattispecie

¹⁷⁸ DI MARTINO A., *L'abuso di ufficio*, cit., 392, il quale rileva che, qualora sulla base di circostanze concrete provate in giudizio, si accertasse che il rifiuto ha effettivamente concretizzato il pericolo o aumentato il pericolo non vi sarebbe spazio per il tentativo. Se invece si accertasse che il rifiuto non ha avuto un'incidenza significativa sulla natura del pericolo, comunque altrimenti evitato, allora si imporrebbe la soluzione opposta (e sarebbe ammissibile la desistenza volontaria).

¹⁷⁹ DONATELLI P., *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, in AA.VV., *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, a cura di BALDINI G.- SOLDANO M., Firenze University Press, 2011, 57, secondo cui la professione sanitaria è caratterizzata, rispetto ad altre professioni, da un legame particolare con interessi e diritti fondamentali. La medicina garantisce, infatti, da un lato il diritto alla salute (diritto con larghi spazi di discrezionalità, ma con puntuali casi di violazione), dall'altro un interesse sociale alla salute, legato al buon funzionamento della società.

penale di cui all'art. 328 c.p. o, al più, nella fattispecie di cui all'art. 340 c.p.

Ebbene, in entrambi i casi, l'oggetto di tutela penale di tali reati è rappresentato dalla garanzia del regolare funzionamento dell'attività amministrativa e, nello specifico, dalla garanzia di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, da intendersi come erogazione di servizi a tutela dei più fondamentali diritti individuali e collettivi¹⁸⁰. In particolare, tali disposizioni tutelano l'attività della pubblica amministrazione in quanto direttamente strumentale alla garanzia dei beni della giustizia, della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico, dell'igiene e, per quello che qui più interessa, della sanità, ossia beni, a loro volta, ritenuti strumentali alla protezione di una vastissima gamma di beni, individuali o collettivi, come la vita e l'integrità fisica¹⁸¹.

Si tratta di un'impostazione costituzionalmente orientata che assume a fondamento dell'"imparzialità" e del "buon andamento", l'art. 97 Cost., norma che impone appunto di uniformare l'attività dei pubblici uffici a tali principi¹⁸².

¹⁸⁰ Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, in *dejure.giuffre.it*, sub art. 314 c.p.

¹⁸¹ DI MARTINO A., *L'abuso di ufficio*, cit., 354, secondo il quale appare ininfluenza precisare se un tale assetto di tutela si risolva nella preminenza teleologica del bene finale, o pur sempre della funzione amministrativa di efficace e tempestivo controllo di quelle esigenze. Non sarebbe pertanto possibile concludere nel senso della natura plurioffensiva del reato: «la specificità dei settori rispetto ai quali opera la tutela penale rappresenta bensì, per così dire, l'ambito, il contesto dell'offesa ma non un'offesa per così dire di tipo autonomo rispetto al mancato intervento della P.A., per l'appunto, in quei settori».

¹⁸² Cfr. in tal senso, CADOPPI A.-VENEZIANI O., *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, cit., 97.

L'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, lungi dall'esprimere un mero criterio organizzativo "interno" alla pubblica amministrazione o dall'essere meramente strumentali alla protezione di altri più rilevanti interessi, rappresentano, già in quanto tali, beni finali la cui tutela si giustifica in sé. In base a tale preliminare rilievo è possibile quindi constatare come sia errato, in presenza di un reato contro l'amministrazione della pubblica amministrazione, individuare i contrapposti interessi esclusivamente in funzione del bene facente capo al singolo cittadino piuttosto che in funzione del "bene istituzionale" facente capo allo Stato¹⁸³.

Tornando, quindi, a titolo esemplificativo, al caso del comportamento omissivo del sanitario in materia di aborto, il bene libertà di coscienza non deve essere temperato (soltanto) con il bene salute della donna che richiede la prestazione sanitaria rilevante *ex art. 32 Cost.*, come normalmente accade, bensì (anche) con il bene dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

È allora proprio in quest'ottica che si può comprendere perché, al di fuori delle previsioni di legge, il rifiuto del sanitario di adempiere ad un obbligo giuridico connesso ad una sua funzione pubblicistica, avente causa psicologica in motivi di coscienza, non possa assumere alcuna efficacia scriminante. Riconoscere la facoltà di orientare l'azione amministrativa alle

¹⁸³ PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV, Giappichelli, 2000, 66; DI MARTINO A., *I delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di BONDI A.-DI MARTINO A.-FORNASARI G., Giappichelli, 2008, 291, il quale afferma come sia ininfluenza precisare se l'assetto di tutela si risolva nella preminenza teleologica del bene finale o pur sempre della funzione amministrativa di efficace e tempestivo controllo/garanzie di quelle esigenze.

pulsioni della coscienza individuale significherebbe negare *alla radice* l'operatività dei criteri – invece espressamente costituzionalizzati – dell'imparzialità, del buon andamento e dell'orientamento verso un interesse pubblico della pubblica amministrazione. Detto diversamente, nel momento in cui la Costituzione dichiaratamente prescrive che l'attività della pubblica amministrazione non è soggetta ad una "libera discrezionalità" dei pubblici funzionari, ma deve ritenersi vincolata soltanto alla legge, che a sua volta deve garantire dinamiche amministrative rigorosamente orientate ad imparzialità, efficienza e garanzia del miglior contemperamento degli interessi in gioco, è come se implicitamente, ma fortemente negasse, in questo settore almeno, ogni valore "normativo" alla *lex fori* del singolo funzionario, in quanto non solo *occasionalmente*, ma *strutturalmente*, per così dire, incompatibile con la definizione di quei parametri.

2.3. La rilevanza della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale od esercente un servizio di pubblica utilità.

I rilievi da ultimo accennati offrono l'occasione per ricordare come ad una siffatta conclusione fosse già pervenuta, sia pure sotto un differente punto di vista, quella parte della dottrina secondo cui vi sarebbe inconciliabilità *ontologica* fra titolarità di una pubblica funzione e diritto all'obiezione di coscienza¹⁸⁴.

Tale orientamento, com'è facile capire, si fonda sulla convinzione che chi svolge una funzione pubblica non possa pretendere di godere della medesima libertà di *esteriorizzare* il

¹⁸⁴ ONIDA V., *L'obiezione dei giudici*, cit., 368.

proprio pensiero che, invero, dovrebbe essere garantita al cittadino comune contro il detentore del potere¹⁸⁵. Diversamente opinando, coloro che esercitano funzioni pubbliche o comunque servizi di utilità generale sacrificerebbero le suddette funzioni e i fondamentali interessi pubblici ai propri convincimenti interiori, venendo meno al dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) che rappresenta proprio uno dei limiti generali all'operatività dell'istituto dell'obiezione di coscienza (*infra* Cap. I)¹⁸⁶. In questa prospettiva, è escluso che la tutela della coscienza individuale delle persone legate da doveri di ruolo possa risolversi in un danno nei confronti di terzi¹⁸⁷.

Sotto un differente angolo visuale, in dottrina viene rilevato come coloro che hanno scelto di assumere il pubblico ufficio, pur nella piena consapevolezza di dover svolgere funzioni contrastanti con il proprio foro interno, si sono esposti *volontariamente* al rischio di un conflitto interiore e consapevolmente hanno assunto tale eventualità come «una sorta di rischio professionale indeclinabile» a cui non potrebbero sottrarsi senza incorrere nella sanzione penale¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Cfr. PRISCO S., *Stato democratico*, cit., 7.

¹⁸⁶ CAVANA P., *Il giudice e il crocifisso: note critiche su una prospettata nuova figura di obiezione di coscienza*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, XXXV, 2006, 651.

¹⁸⁷ RODOTÀ S., *Problemi dell'obiezione di coscienza*, cit., 65.

¹⁸⁸ LA ROSA E., *Uso e abuso del simbolo religioso: profili di rilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 739. Per una tesi ancor più radicale, v. DONATELLI P., *Coscienza*, cit., 57, il quale afferma, sia pure con qualche distinzione e precisazione per il caso specifico dell'aborto, che in ambito sanitario (almeno in tutti i casi concernenti le professioni scelte su base volontaria) la clausola di coscienza non ha posto per essere ammessa: la professione medica è infatti organizzata per rispondere a diritti e promuovere interessi cruciali ed irrinunciabili, che giustificano l'organizzazione della medicina e le sue richieste al personale medico.

Pertanto, laddove manchi una disposizione legislativa *ad hoc* attributiva del diritto di sollevare obiezione di coscienza, agli esercenti pubblici funzioni od servizio di pubblica utilità del diritto non potrà essere consentito di omettere l'adempimento richiesto al solo scopo di riaffermare propri imperativi morali.

D'altro canto, anche qualora l'esigenza di rifiutare per motivi di coscienza l'adempimento dei propri doveri di ruolo sorga nella sfera interiore del pubblico ufficiale *in una fase successiva* all'inizio di una determinata attività, il pubblico ufficiale potrà rinunciare all'incarico, non prima, tuttavia, di aver compiuto l'atto il cui mancato esercizio esporrebbe la parte interessata ad un pregiudizio¹⁸⁹.

2.4. Bilancio dell'indagine circa il ruolo "esimente" dell'obiezione di coscienza.

In breve: dall'insieme di tali riflessioni è evidente che, in assenza di una norma a livello ordinario che autorizzi il comportamento omissivo, non è possibile, sulla base di una semplice mediazione tra "principi generali" e precetti costituzionali, riconoscere valore esimente all'esercizio del diritto alla libertà di coscienza da parte del medico o del personale sanitario-ausiliario, con conseguente ricaduta del "fatto di coscienza" nell'ambito di applicazione di una fattispecie tipica di reato¹⁹⁰.

¹⁸⁹ PRISCO S., *Stato democratico*, cit., 9; DI MARTINO A., *L'abuso di ufficio*, cit., 357 il quale evidenzia che nelle fattispecie di omissione sono soggetti attivi del reato il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che si trovino nell'attualità delle proprie funzioni; tale attualità rileva anche nel caso di dimissioni date ma non accettate.

¹⁹⁰ Sul punto v. parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA in <http://www.governo.it/bioetica/pareri>.

L'astensione dall'attività giuridicamente obbligatoria per il sanitario sarebbe idonea a giustificare il fatto di reato, soltanto laddove l'offesa arrecata non eccedesse i confini entro i quali il sacrificio dei beni coinvolti dall'esercizio del diritto è da ritenersi congruo e proporzionato¹⁹¹. Ma è proprio questa considerazione a mettere in crisi l'intera costruzione dell'obiezione di coscienza in termini di causa di giustificazione in quanto non può certamente ritenersi congrua e proporzionata la lesione del bene tutelato dall'oggettività giuridica della norme in questione.

A tal proposito, è sufficiente osservare che l'esercizio del diritto di libertà di coscienza del medico pregiudicherebbe irreparabilmente l'imparzialità della pubblica amministrazione, in quanto la possibilità di usufruire della prestazione finirebbe per dipendere ogni volta e in modo imprevedibile dai convincimenti dal singolo medico di turno cosicché agli utenti non sarebbe garantita alcuna parità di trattamento; ma, ancor di più, pregiudicherebbe il buon andamento della pubblica amministrazione, concetto inteso, sia in dottrina che in giurisprudenza, come efficienza dell'azione amministrativa nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali¹⁹².

Proprio da queste conclusioni emerge chiaramente che, in mancanza di una previsione normativa, non è possibile garantire uno spazio di legittimità alle convinzioni personali del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio senza con ciò pregiudicare le prestazioni o le prerogative riconosciute dal diritto pubblico e provocare una disfunzione amministrativa

¹⁹¹ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, cit., 260.

¹⁹² BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Santoro Passatelli*, VI, Giuffrè, 1972, 569.

penalmente rilevante. Il diritto alla libertà di coscienza, infatti, contrasta con un interesse invalicabile e di rilievo costituzionale ai sensi dell'art. 97 Cost.¹⁹³.

Come può desumersi da simili rilievi, soltanto la previsione di eccezioni alla legge comune – corredate da accorgimenti logistici e procedurali volti a garantire che comunque il “servizio pubblico” di riferimento venga garantito agli utenti – è in grado di superare il conflitto fra gli interessi in gioco nel rispetto delle diverse posizioni¹⁹⁴.

In conclusione, fermo restando i parametri costituzionali che, a stretto rigore, dirigono l'andamento della pubblica amministrazione, possono, al più, riconoscersi spazi per un'obiezione di coscienza scriminante, *soltanto in quei casi in cui l'astensione non alteri le dinamiche amministrative*, o perché attuata da chi di esse non è ancora e/o direttamente responsabile (si pensi al cittadino che, per motivi di coscienza, rifiuta *a priori* di assumere il ruolo di giurato), o perché la normativa che regola il settore interessato attribuisce gli strumenti per un'efficace e pronta “sostituzione” della prestazione omessa.

3. Applicabilità della clausola a tutela della libertà di coscienza di cui all'art. 9 L. 194/1978.

Le difficoltà finora segnalate nell'utilizzo della categoria giuridica dell'antigiuridicità, in assenza di un'espressa disposizione autorizzativa, sollecitano l'interprete a ricercare se esista già una disciplina positiva applicabile al medico che si

¹⁹³ LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p.*, cit., 87.

¹⁹⁴ BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, cit., 331; RODOTÀ S., *Problemi dell'obiezione di coscienza*, cit., 58.

astenga dal prescrivere la “pillola del giorno” e, in particolare, se possa essere fatto ricorso alla clausola di coscienza contenuta all’art. 9 della legge sull’interruzione della gravidanza.

È chiaro come una simile argomentazione possa essere sostenuta alla sola condizione che al *Norlevo* sia attribuita la natura di farmaco abortivo. Infatti, soltanto laddove si riconosca che il farmaco non agisce in termini contraccettionali, bensì “contragestazionali”, sarà possibile attribuire al personale sanitario, come già avviene per la somministrazione della pillola RU486, il diritto di sollevare obiezione di coscienza ai sensi dell’art. 9 L. 194/1978, con esenzione quindi da qualsivoglia responsabilità penale *ex art.* 328 c.p.

A tal proposito, è interessante concentrare l’attenzione sul dibattito esistente fra gli studiosi in merito a questa specifica tematica.

La tesi secondo cui non si tratterebbe di farmaco abortivo ma di semplice «contraccettivo d’emergenza» si fonda sulla considerazione, assolutamente prevalente ed accreditata, anche a livello internazionale, secondo cui il *Norlevo* agisce in un momento anteriore all’innesto dell’ovulo fecondato nell’utero materno¹⁹⁵. In questo senso la “pillola del giorno dopo” si differenzerebbe dalla pillola RU486, pacificamente abortiva, agendo, diversamente da quest’ultima, *prima* dell’impianto dell’ovulo fecondato nell’utero come confermato dallo stesso

¹⁹⁵ TAR Lazio, Sezione I bis, 12 ottobre 2001, n. 8465, in *Giust. civ.*, I, 2981, 2002, con nota di CASSANO G.- PATRONO F.; v. APRILE A., *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico-legale*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, a cura di CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 1721.

foglietto illustrativo della Norlevo¹⁹⁶.

Al contrario, i sostenitori della tesi secondo il *Norlevo* non deve essere ricondotto nella categoria dei metodi di contraccezione ma fra le pratiche abortive muovono dall'assunto che, fin della fecondazione dell'ovulo, ha inizio la vita di un nuovo essere e che con tale momento per la madre ha inizio la gravidanza. Alla stregua di questa concezione, impedire l'impianto nell'utero della cellula uovo fecondata comporterebbe la soppressione dell'embrione, e configgerebbe con il dovere morale di non distruggere un "essere umano"¹⁹⁷. In ogni caso, secondo questa impostazione, nel dubbio circa i meccanismi di operatività del farmaco, e i possibili effetti abortivi dello stesso, occorrerebbe ragionare – anche ai fini del riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza, *ex art. 9 L. 194/78* – "come se" lo stesso determinasse l'estinzione di un embrione già formato, in virtù del principio di precauzione¹⁹⁸.

In realtà, e guardando ancora più a fondo, una siffatta teoria, plausibile alla sola condizione che si opti per un determinato concetto di gravidanza e, più chiaramente, a condizione che si faccia coincidere tale momento o con l'ultima mestruazione della donna (teoria dell'età gestionale)¹⁹⁹ o con il momento del presumibile concepimento (teoria dell'età

¹⁹⁶ DEL BÒ C., *Contraccezione d'emergenza e obiezione dei farmacisti*, in *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, XIX, 2, 2011, 244.

¹⁹⁷ Sul punto v. CASINI M.-SPAGNOLO G. A., *Aspetti giuridici*, cit., 437.

¹⁹⁸ Sul principio di precauzione v., CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2007; RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale*, in *Studi Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, 1743 ss.

¹⁹⁹ CASINI C.-CIERI F., *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., 131.

concezionale)²⁰⁰, non trova alcun riscontro nel mondo scientifico dove ormai è assodata la diversa convinzione che la gravidanza coincida con il momento dell'annidamento dell'ovulo fecondato nell'utero materno (c.d. teoria dell'annidamento)²⁰¹, dato che soltanto con l'impianto in utero si verificherebbero nel corpo della donna quelle modificazioni istologiche ed ormonali che caratterizzano lo stato di gravidanza²⁰².

In questa prospettiva, quindi, è da escludersi che il farmaco in discussione possa ritenersi *abortivo*, agendo senz'altro in un momento antecedente l'annidamento dell'embrione all'utero. Se questa è la soluzione accolta, la clausola di coscienza di cui all'art. 9 L. 194/1978 non può trovare alcuna operatività in riferimento alla "pillola del giorno dopo" e l'eventuale rifiuto del sanitario di prescrivere il farmaco per ragioni inerenti la propria coscienza, sussumibile all'interno della fattispecie criminosa prevista e disciplinata dall'art. 328 c.p., risulta obiettivamente antiggiuridico.

L'affermazione secondo cui il farmaco in questione agirebbe sull'ovulo fecondato, prima del suo annidamento all'utero, impone tuttavia di considerare se la soppressione di quest'ultimo, a seguito della prescrizione della *Norlevo*, possa essere inquadrata all'interno della fattispecie di cui all'art. 14,

²⁰⁰ ZANCHETTI M., *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 98.

²⁰¹ BOMPIANI V., *Aspetti giuridici della tutela dell'embrione e del feto umano*, in AA.VV., *Il dono della vita*, a cura di SGRECCIA E., Giuffrè, 1987, 195.

²⁰² COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, Note sulla contraccezione d'emergenza, 28 maggio 2004; Tale impostazione è anche la posizione ufficiale della FIGO (Federazione internazionale ginecologi ed ostetrici) la quale ha chiuso il dibattito nel marzo del 2009 statuendo che il farmaco ad alte dosi agisce come *contraccettivo*.

comma 1, L. 40 del 2004, norma che sanziona l'embrionicidio. In particolare, tale disposizione, incriminando la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge sull'interruzione della gravidanza, potrebbe essere interpretata nel senso che, sul medico incomba il dovere, penalmente sanzionato, di non prescrivere la c.d. "pillola del giorno dopo", pena l'integrazione del reato di embrionicidio.

Una siffatta conclusione non pare tuttavia da accogliere in quanto tale norma si riferisce alla soppressione di embrioni *in vitro* (anche eventualmente crioconservati) e non a quella di embrioni già presenti nel corpo della donna, a cui è invero applicata la disciplina in tema di interruzione volontaria della gravidanza. Tale affermazione pare confermata da alcuni riscontri: in primo luogo, la collocazione sistematica della disposizione, disciplinata all'interno dell'art. 14 che vieta la crioconservazione di embrioni *in vitro* (tecnica volta a prolungare la vitalità dell'embrione attraverso congelamento e successivo mantenimento in azoto liquido) e la sovrapproduzione di embrioni; in secondo luogo, la *ratio* sottesa a tali disposizioni²⁰³ non certamente identificabile con la necessità di salvaguardare la vita di chi è ritenuto uomo a tutti gli effetti ma con quella di «preservare un presunto interesse obiettivo alla non strumentalizzazione dell'embrione, (...) a garantire che certi processi vitali umani non vengano sottratti al

²⁰³ VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, 2012, 235 s., il quale, rileva come la norma che vieta di sopprimere embrioni sia legata da un nesso di strumentalità rispetto ai reati di crioconservazione e di sovrapproduzione, non solo come dimostra la sua ubicazione ma anche la previsione di una sanzione del tutto equivalente a quella riservata dall'art. 14, co. 7 ed 8 a detti reati.

loro caratteristico “destino” e quindi “usati” per la soddisfazione di istanze che li trascendono»²⁰⁴. Infatti, soltanto tale *ratio* pare in grado di spiegare l’assurdità di una disciplina che, di fatto, finisce per tutelare l’embrione in modo più intenso rispetto al feto nel contesto di una gravidanza²⁰⁵.

A bene vedere, quindi, l’incriminazione in questione, sanzionando una condotta (in precedenza priva di ogni rilievo penale) non riconducibile alle norme incriminatrici della legge 194/78, per mancanza del presupposto della gravidanza e riferita ad embrioni *in vitro*²⁰⁶, non è da considerarsi applicabile all’ipotesi di somministrazione della *Norlevo* da parte del medico.

3.1. *Estensione analogica della clausola di cui all’art. 9 L. 194/1978.*

Nell’ambito del filone di pensiero che ritiene riconducibile il farmaco in questione fra quelli con effetto abortivo, si colloca

²⁰⁴ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., 208 s., il quale evidenzia come in quest’ottica sia possibile comprendere perché la soppressione di embrioni e la crioconservazione, pur considerate fattispecie penalmente rilevanti, siano in fondo, “meno gravi” della sperimentazione: la soppressione di embrioni “simula” un esito naturale per l’embrione, cioè l’eventualità di una sua estinzione e quindi non implica (necessariamente) un suo “uso” o una sua “manipolazione”; la crioconservazione è «neutra» quanto a scopi in quanto non è necessariamente volta a “strumentalizzare” l’embrione per una finalità non procreativa e assai meno pervasiva quanto a mezzi ponendo l’embrione in una condizione innaturale, ma che non implica un’alterazione della sua struttura biologica.

²⁰⁵ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., 236.

²⁰⁶ VALLINI A., *Illecito concepimento*, cit., 236 il quale sottolinea come tale disposizione non sia riconducibile neppure alle norme codicistiche in tema di omicidio o di danneggiamento, dato che l’embrione non è parificabile sic et simpliciter ad un “uomo”.

quell'orientamento che, a prescindere dalla possibilità di ritenere codificata l'ipotesi di obiezione di coscienza del sanitario che ometta la somministrazione della pillola del giorno dopo, considera in ogni caso applicabile l'art. 9 L. 194/1978, in base ad un'estensione analogica, possibile in virtù del carattere non eccezionale di tale disposizione. In altri termini, secondo i sostenitori di tale tesi, l'obiezione di coscienza, essendo espressione del principio generale del non uccidere, e facendo eccezione alla disciplina dell'aborto, costituirebbe un'eccezione ad un'eccezione, e in questo senso, confermerebbe la regola, ossia il diritto alla vita²⁰⁷.

Tale soluzione, pur essendo sostenuta da autorevole dottrina, sembra presentare, come sopra già rilevato, un ostacolo insormontabile, avendo individuato il principio generale, estendibile analogicamente, non nella libertà di coscienza bensì nel principio di tutela della vita dell'embrione, ossia nel bene sotteso all'esercizio della predetta libertà²⁰⁸. Tuttavia, considerato che l'interesse giuridico con cui dovrebbe essere bilanciato il bene rientrante nell'oggettività giuridica della norma penale integrata nell'esercizio del diritto, è unicamente il bene-libertà di coscienza, deve essere respinta la tesi che estende analogicamente l'art. 9, ritenendo il principio generale del "non uccidere" la regola rispetto all'intervento interruttivo della gravidanza.

²⁰⁷ v. LOMBARDI VALLAURI L., *Bioetica, potere, diritto*, in *Jus*, XXXI, 1994, 76; BONI G., *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, XXX, 2001, 680; EUSEBI L., *Obiezione di coscienza*, cit., 179; Contra DI COSIMO G., *I farmacisti*, cit., 142.

²⁰⁸ EUSEBI L., *Obiezione di coscienza*, cit., 185.

Altra parte della dottrina, pur accogliendo la tesi della natura non eccezionale di tale disposizione, sul diverso presupposto che la libertà di coscienza, costituendo *ex se* espressione di un principio generale costituzionalmente fondato e non necessitante in quanto tale di alcuna *interpositio legislatoris*, esclude l'applicazione analogica della suddetta disposizione²⁰⁹. I sostenitori di siffatto orientamento obietano alla teoria precedente che, pur essendovi identità di *ratio* fra l'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria di gravidanza e quella alla prescrizione della "pillola del giorno dopo", la lacuna normativa sarebbe frutto di una precisa scelta legislativa (come confermato dal carattere tassativo dei limiti previsti dall'art. 9 L. 194/1978 in riferimento ai soggetti legittimati all'esercizio dell'obiezione di coscienza e agli atti che possono costituire oggetto di obiezione di coscienza) e, pertanto, la stessa non sarebbe colmabile mediante il procedimento di analogia²¹⁰.

Tuttavia, formulata in questi termini, la tesi che esclude l'applicazione analogica della disposizione in esame non pare meritare accoglimento, finendo nei fatti per risultare contraddittoria: infatti, pur partendo dal presupposto del tutto condivisibile che la libertà di coscienza abbia rango costituzionale e l'obiezione di coscienza sia pertanto norma a carattere generale, *non* necessitante in quanto tale di alcuna previsione legislativa per il suo legittimo esercizio, nel caso specifico dell'obiezione di coscienza dei pubblici funzionari in ambito sanitario postula, invero, la necessità di un'apposita disciplina positiva in considerazione dell'incidenza di detta

²⁰⁹ LA ROSA E., *Attività sanitaria*, cit., 128 ss.

²¹⁰ LA ROSA E., *Attività sanitaria*, cit., 129.

obiezione su diritti fondamentali di terzi.

In realtà, la soluzione della questione può essere imposta diversamente e, volendo, in modo più *tranchant*.

A bene vedere, l'applicabilità in via analogica dell'art. 9 L. 198/1978 potrebbe essere esclusa facendo perno non tanto sul carattere eccezionale o meno di tale disposizione, bensì escludendo l'ammissibilità del procedimento analogico in materia di scriminanti, tenuto conto che i casi non previsti dalla norma scriminante non sono ipotesi prive di regolamentazione giuridica bensì ipotesi rientranti nella sfera di applicazione della fattispecie incriminatrice.

In considerazione di ciò, è evidente come il preteso procedimento analogico sarebbe già *strutturalmente* inammissibile, andando ad occupare uno spazio già disciplinato dalla legge²¹¹.

In questi termini, l'estensione in via analogica dell'art. 9 non sarebbe ammissibile, non prospettando «un riempimento di una lacuna, ma il sovvertimento di una disciplina legalmente stabilita»²¹².

4. *Le alternative praticabili.*

Una volta esclusa la possibilità di configurare la libertà di coscienza in termini di causa di giustificazione (in mancanza di una disciplina legislativa che autorizzi espressamente il sanitario ad omettere il comportamento dovuto per motivi di

²¹¹ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, cit., 250.

²¹² PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 35.

coscienza), è necessario passare ad un diverso inquadramento della problematica in questione.

A tal proposito, è interessante chiedersi anzitutto come il c.d. “fatto di coscienza” possa essere valutato laddove l’agente invochi un errore sull’esistenza della scriminante dell’esercizio della libertà di coscienza.

Orbene, in questo caso il soggetto agente si rappresenta il fatto di reato correttamente ma erra sulla qualificazione ritenendolo giustificato, in quanto esercizio di una libertà costituzionalmente garantita e «l’errore finisce (...) per riflettersi sui limiti di applicabilità della norma penale violata, e quindi sul divieto». Tale situazione trova la propria disciplina nell’art. 5 c.p., da interpretare, a seguito della dichiarazione di illegittimità della Corte Costituzionale 364/88²¹³, nel senso che l’ignoranza non scusa tranne nei casi in cui si tratti di ignoranza inevitabile. Stando così le cose, nei casi in esame difficilmente potrà essere esclusa la colpevolezza del soggetto agente, in quanto, normalmente, gli autori del reato in questione non agiscono sul presupposto erroneo che l’ordinamento accorda loro la possibilità di operare secondo coscienza, bensì scelgono di accordare priorità assoluta alla propria regola morale rispetto a qualsiasi altro comportamento di cui, tuttavia, ben percepiscono l’attuale doverosità in termini strettamente “giuridico-formali”.

Semmai, meriterebbe prendere in considerazione l’oggetto del dolo, ossia l’incapacità dell’obiettore di percepire la dimensione offensiva del fatto, alla luce della distinzione tracciata da parte della dottrina fra ignoranza dell’illiceità

²¹³ Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, I, 1988, 1385, con nota di FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88.*

penale e mancata consapevolezza dell'offensività del fatto²¹⁴. In base a tale impostazione, premesso che la coscienza dell'offesa all'interesse protetto dalla norma rientrerebbe nell'oggetto del dolo, l'elemento soggettivo dovrebbe essere escluso ogniqualvolta l'autore, disorientato dalla propria legge morale, non sia in grado di percepire quel disvalore specifico.

A ben guardare, tuttavia, anche a voler aderire all'impostazione, peraltro controversa, cui si è appena fatto cenno, nei frangenti che abbiamo preso in considerazione, il dolo difficilmente potrebbe essere escluso: infatti, come già rilevato, nella normalità dei casi il personale sanitario si rende ben conto di subordinare a proprie istanze interiori l'attuazione di una pubblica funzione, dunque di produrre quell'alterazione dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, che costituisce esattamente il disvalore tipico del delitto realizzato²¹⁵.

Diversa è la questione circa la possibilità di attribuire alla pressione della coscienza un significato scusante. La categoria penale della inesigibilità del comportamento conforme al precetto è infatti spesso invocata in presenza di fenomeni di conflitto fra opzioni normative penali e scelte di comportamento alternative rispetto alle prescrizioni ivi contenute²¹⁶. In particolare, la dottrina tedesca ha spesso inquadrato tale

²¹⁴ Per la coscienza di offendere l'interesse protetto, v. BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, 1960, in *Opere monografiche*, Giuffrè, 2000, 94; Cass., sez. I, 24 settembre 1976, in *Cass. pen.*, 1977, 570, con nota di PADOVANI T., *Spunti giurisprudenziali sulla coscienza dell'illiceità come elemento del dolo*.

²¹⁵ Sul punto v. GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Indice penale*, 283, 2007, 278 ss.

²¹⁶ Cfr., GRANDI C., *Diritto penale*, cit., 278 ss.

tematica nella categoria della *Unzumutbarkeit* (inesigibilità) da intendersi come autonoma causa di esclusione della colpevolezza²¹⁷. La possibilità di far ricorso a tale scusante è peraltro per lo più esclusa in dottrina data la mancanza nel nostro ordinamento di una clausola generale riguardante l'inesigibilità del comportamento doveroso²¹⁸. Nel silenzio del legislatore, infatti, tale categoria giuridica finisce per apparire come una clausola vuota, ossia come priva di indicazioni tassative sufficienti ad escludere la colpevolezza del soggetto agente, rivelandosi in contrasto con il principio di legalità formale. Le superiori considerazioni permettono allora di comprendere il motivo per cui la dottrina è indotta a non riconoscere alcuna efficacia scusante alle ipotesi di conflitto (soggettivo) di doveri²¹⁹.

5. *Trattamento sanzionatorio dell'obiettore di coscienza.*

In ultima analisi, si dovrà valutare la responsabilità dell'obiettore in relazione ai criteri di determinazione della sanzione penale che permettono di attenuare la pena.

Da tale angolo visuale viene anzitutto in considerazione l'art. 133 c.p. e, in particolare, la capacità a delinquere del reo. In realtà, come osservato in dottrina – sia pur in riferimento ai c.d. "reati culturalmente motivati", ma con considerazioni valide

²¹⁷ J. BAUMANN-U. WEBER-W. MITISCH, *Stafrecht AT*, 2003, 520.

²¹⁸ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990, 131; VENAFRO E., *Scusanti*, Giappichelli, 2002, 33 ss.

²¹⁹ SALCUNI G., *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla «paura del diverso» al dialogo*, in *Religione e religioni. Prospettive di tutela, tutela della libertà*, a cura di DE FRANCESCO G.- PIEMONTESE C.-VENAFRO E., Giappichelli, 2007, 179.

anche nell'ambito di nostro interesse – il suddetto parametro potrebbe condurre ad un aumento della pena in quanto le motivazioni di coscienza, se sincere, si prospettano come durature e, quindi, come fonte di altre possibili ricadute nel delitto “in nome” della propria coscienza²²⁰.

Deve, invero, essere valutata, sul piano circostanziale, l'applicabilità dell'art. 62, n. 1, c.p. che prevede un'attenuante per chi agisce per motivi di particolare valore morale e sociale.

Il problema che tuttavia pone l'applicabilità dell'art. 62, n. 1, c.p. riguarda il parametro da utilizzare nel concedere o meno tale attenuante. A tal proposito, secondo un orientamento consolidato, tali motivi possono assumere un significato positivo solo laddove ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui il soggetto agisce, in modo da sminuire l'antisocialità dell'azione criminale e riscuotere il generale consenso della collettività. Ma è inevitabile come una tale formula appaia difficilmente invocabile in un contesto sociale pluralistico e democratico, per la mancanza, nei fatti, di istanze etiche e valoriali che godano realmente di un'approvazione generalizzata, specie quando invocate allo scopo di “scusare”, sia pure in parte, la realizzazione di un disvalore penalmente rilevante. Da tale *impasse* e soprattutto dal rischio di una *interpretatio abrogans* dell'attenuante, si esce, quindi, mediante una lettura di tale circostanza alla luce non di “valutazioni etico-sociali” (peraltro difficilmente ponderabili), bensì delle scelte della nostra Costituzione, da considerarsi come misura del valore morale e soprattutto sociale degli scopi perseguiti: il movente sarà di elevato valore morale e sociale se idoneo ad

²²⁰ DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, 2010, 229.

esprimere valori patrocinati dalla nostra Costituzione²²¹. Soltanto in tale prospettiva, potrebbe allora essere dato rilievo attenuante all'esercizio dell'obiezione di coscienza ogniqualvolta detta obiezione appaia ispirata a beni di rilevanza costituzionale, come ad esempio il bene della vita nell'ipotesi di rifiuto di prescrizione della "pillola del giorno dopo". Considerato quindi che il valore a cui si ispira l'obiettore di coscienza, prescindendo dal singolo episodio criminoso, è tale da condurre solitamente al compimento di azioni costituzionalmente apprezzabili, ad esso il giudice potrà riconoscere valore positivo *ex art. 62, n. 1 c.p.*

²²¹ VALLINI A., *Circostanze del reato, in Le forme di manifestazione del reato*, a cura di DE FRANCESCO G., Giappichelli, 2011, 47 ss.

CAPITOLO QUARTO

ALCUNE RIFLESSIONI FINALI

SOMMARIO: 1. Un ulteriore caso problematico riguardante la relazione medico-paziente. – 1.1. Il rifiuto di cure come espressione della libertà di autodeterminazione del paziente. – 1.2. Il dovere del medico di interruzione delle cure a fronte del dissenso del paziente di protrazione del trattamento terapeutico. – 1.3. I fatti tipici configurabili. – 1.4. Possibile valore esimente dell'obiezione di coscienza e ricerca di altre possibili soluzioni. – 2. La ricostruzione dell'ambito applicativo della norma attributiva del diritto alla libertà di coscienza: fra obiezione ed imposizione di coscienza. – 3. L'esito dell'indagine.

1. *Un ulteriore caso problematico riguardante la relazione medico-paziente.*

Restando nell'ambito dei conflitti tra doveri che sorgono nelle relazioni fra medico-paziente ed aventi ad oggetto la *vita umana*, viene in considerazione un'ulteriore ipotesi di obiezione di coscienza, ossia quella esercitata dal medico a fronte del rifiuto del malato di proseguire trattamenti sanitari c.d. "salvavita".

L'aspetto problematico della questione riguarda in particolare il possibile conflitto fra la volontà del malato di lasciarsi morire e la libertà del medico di rispettare le regole della propria coscienza, regole che impongono a quest'ultimo di salvaguardare in ogni modo la vita umana del paziente in pericolo di vita.

L'interrogativo da sciogliere è, anche in questo caso, quello concernente la possibilità per il personale medico di sottrarsi a

tale comando, invocando dettami di matrice morale o religiosa in contrasto con la volontà del paziente, così da andare esente da qualsivoglia responsabilità penale o, invero, se sul medesimo gravi l'obbligo di porre in essere quanto sia meccanicamente necessario per attuare la volontà del paziente, pena l'applicazione della sanzione penale.

Problemi analoghi possono porsi anche a fronte delle direttive anticipate del paziente contenute nel c.d. "testamento biologico" laddove il rispetto delle scelte del paziente entri in collisione con i dettami morali del medico: attraverso il testamento ogni persona decide infatti in via anticipata se intende o meno, nell'ipotesi in cui sopravvenga un suo stato di incapacità, ricevere cure mediche.

È evidente come in questo caso un vero problema di obiezione di coscienza si ponga solo laddove alle direttive anticipate venga attribuito un carattere assolutamente vincolante così da riservare al medico ristretti margini di manovra²²².

Diversamente argomentando ci sarebbe incertezza in merito all'esistenza di un dovere per il medico di intervenire per rispettare la scelta del paziente e non sorgerebbero problemi nel caso di un suo eventuale mancato intervento²²³.

²²² Per alcuni rilievi critici in merito alla vincolatività delle Dichiarazioni anticipate di trattamento nel disegno di legge del 12 luglio 2012 v., NORELLI G.A.- FOCARDI M.-DE LUCA F., *Il disegno di legge circa le disposizioni anticipate di trattamento (alla luce delle modifiche del testo emanato dalla Camera il 12 luglio 2011): un'occasione manacata?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2012, 1071.

²²³ TASSINARI D., *Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al "testamento biologico"* in *Dir. pen. proc.*, 8, 2008, 415. Sul punto, v. altresì MANTOVANI F., *Biodiritto e tematiche di fine vita*, in *Criminalia*, ETS, 2006 64, secondo cui l'idea di una vincolatività assoluta delle direttive anticipate presenta il grave inconveniente dell'inattendibilità delle stesse in quanto

1.1. *Il rifiuto di cure come espressione della libertà di autodeterminazione del paziente.*

Il *primo* passo da compiere per tentare di dare risposta ad una simile domanda è individuare in capo al paziente un diritto giuridicamente tutelato ad interrompere la terapia medica intrapresa. A tal proposito, giova ricordare che il rapporto medico-paziente si è progressivamente allontanato dal vecchio modello “paternalistico” incentrandosi, invero, sulla preminenza del diritto all’autodeterminazione alle cure, la cui principale espressione risiede proprio nel diritto di rifiutarle²²⁴.

A tal riguardo è interessante ricordare come la possibilità per il paziente di escludere qualsiasi manipolazione fisica da parte del medico rinvenga il proprio fondamento costituzionale nel principio di inviolabilità della dignità umana ai sensi dell’art. 2 Cost., da ricollegarsi alla libertà di autodeterminazione riconosciuta ai sensi dell’art. 32 Cost.²²⁵. In

priverebbero il medico di quegli spazi di autonomia decisionale che, invero, devono sempre essere salvaguardati. Sui riflessi penali conseguenti all’attribuzione di carattere vincolante alle dichiarazioni anticipate, v. PROVOLO D., *Le disposizioni anticipate. Le direttive anticipate: profili penale e prospettiva comparatistica*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, a cura di CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 1969, secondo la quale se venisse attribuita alla volontà dichiarata la stessa rilevanza attribuita alla volontà espressa del paziente capace, la non attivazione o l’interruzione della terapia praticata dal medico in ottemperanza al contenuto della direttiva non potrebbe che considerarsi pienamente lecita. Laddove, invero, il medico praticasse la cura sorgerebbe il problema di una eventuale responsabilità penale del medico per aver attuato il trattamento nonostante la volontà contraria.

²²⁴ TASSINARI D., *Note a margine*, cit., 405.

²²⁵ Ciò trova conferma, a livello internazionale, nella stessa Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, ratificata con l. 28 marzo 2001, n. 145 che all’art. 5 dispone che “un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. La persona interessata può, in qualsiasi momento, ritirare il consenso”.

particolare, in virtù di quanto statuito dall'art. 32, comma 2, Cost. secondo cui nessuno può essere sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori, se non in presenza di un'espressa previsione legislativa, un trattamento medico è legittimo soltanto se fondato sul consenso del paziente, salvo il caso di cure imposte per legge in conseguenza della coincidenza della salvaguardia della salute collettiva con quella individuale²²⁶. In questo senso dunque è possibile affermare che la legittimità dei trattamenti terapeutici si fonda necessariamente sul consenso del paziente²²⁷.

Ma vi è di più. Infatti, le suddette disposizioni costituzionali, così come interpretate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità²²⁸, consentono di affermare che il malato pienamente *cosciente* non solo ha il mero diritto di rifiutare l'inizio di un trattamento medico, ma anche quello di chiedere l'interruzione delle terapie che lo mantengano meccanicamente in vita²²⁹. E ciò sebbene ad un primo sguardo la

²²⁶ Sull'interpretazione dell'art. 32 Cost. parte della dottrina ha affermato che tale norma non implicherebbe il diritto di rifiutare cure *quod vitam* in quanto tale disposizione sarebbe finalizzata a condannare gli episodi di "barbarie medica" che sono accaduti nella recente storia, in questo senso v., EUSEBI L., *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, 132 ss.; in giurisprudenza v. recentemente Corte d'Appello di Milano, 19 agosto 2011 n. 2359 in www.giuffrè.it/riviste/resp.

²²⁷ VICECONTE N., *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle Corti italiane*, in *Rivista telematica dell'associazione dei costituzionalisti*, n. 1, 2011, 1.

²²⁸ In giurisprudenza v. *ex multis* Cass, S.U., 18 dicembre 2008, n. 2437 in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 7, 54 ss.

²²⁹ RISICATO L., *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in *www.statoe Chiesa.it.*, 1995, 9 e 28, secondo la quale non avrebbe senso distinguere tra terapie mediche e quelle di "sostegno vitale", nell'ottica dell'autodeterminazione della persona umana ai sensi dell'art. 32 Cost.

condotta omissiva del medico che non inizi le cure vitali rifiutate dal paziente non appaia assimilabile all'interruzione delle cure, essendo questo secondo comportamento ascrivibile ad un'azione (spegnimento del respiratore) anziché ad un mero *non facere* imposto dalla superiore volontà del paziente di non farsi curare e, pertanto, maggiormente assimilabile all'eutanasia passiva anziché ad un legittimo rifiuto di un trattamento medico²³⁰. Tuttavia, l'apparente divario fra le due situazioni si riduce tenuto conto dell'equivalenza attuata dall'art. 32, comma 2, Cost. in quanto, già su un piano logico, non si comprenderebbe la ragione per cui, mentre sarebbe possibile per un paziente scegliere di non essere collegato ad un macchinario in grado di tenerlo in vita, questo suo diritto non dovrebbe essere soddisfatto nel momento successivo in cui il soggetto manifestasse la volontà di non ricevere più alcun trattamento e chiedesse la sua interruzione²³¹.

È bene in ogni caso osservare che, sebbene l'applicazione del principio consensualistico riguardo ai trattamenti sanitari sia generalmente condivisa²³², la richiesta di non ricevere più alcuna

²³⁰ CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 5, 1805; RICCI P.-VENDITTI O., *Eutanasia, diritto di morire e diritto di rifiutare le cure: equivoci semantici e prospettive di riforme legislative*, in *Giust. pen.*, 1993, I, c. 278 s., secondo i quali il rifiuto delle cure, pur potendo rientrare nella figura tradizionalmente definita come *eutanasia passiva*, deve essere distinta da quest'ultima ipotesi, in quanto l'affermazione del diritto di rifiutare la terapia non implica affatto l'affermazione di un generalizzato diritto di morire.

²³¹ DURISOTTO D., *Il valore del dissenso al trattamento sanitario nell'ordinamento giuridico. Un difficile bilanciamento fra principi*, in *www.statoechiesa.it.*, 2009, 52.

²³² Corte Cost. 13 dicembre 2008, n. 438 in www.cortecostituzionale.it la quale individua le fonti internazionali e nazionali del consenso informato.

terapia, sia pure legittima deve essere considerata come un fattore eccezionale soprattutto laddove causativa della morte, e pertanto subordinata al rispetto di determinati requisiti che ne condizionano la validità²³³.

Più specificatamente, come affermato sia in dottrina che in giurisprudenza, il rifiuto di iniziare una terapia (o il rifiuto di continuarla) deve essere *personale* (ossia promanare dal titolare stesso del diritto alla vita che potrebbe essere pregiudicato o che sarà pregiudicato), *informato* (altrimenti il paziente non potrebbe disporre della propria esistenza in modo consapevole), *autentico* (ossia non apparente né condizionato da coartazioni, suggestioni o persuasioni), *reale* (ossia chiaramente espresso e non semplicemente desumibile dalle condizioni di sofferenza o dalla gravità della malattia) ed *attuale* (ossia persistente nel momento in cui il medico attua la volontà del malato)²³⁴.

1.2. Il dovere del medico di interruzione della terapia. Insussistenza del reato di cui all'art. 575 c.p.

Le osservazioni che precedono inducono, dunque, a compiere il *secondo* passo, in quanto, una volta intervenuta una richiesta di interruzione delle cure consapevole ed informata da parte del paziente e, quindi, una richiesta avente i suddetti requisiti, sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal rapporto terapeutico, il

²³³ MANTOVANI F., *Biodiritto*, cit., 60.

²³⁴ Trib. di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 271 (caso Welby).

dovere giuridico di consentirne l'esercizio, non iniziando o sospendendo la cura²³⁵.

Il rifiuto di una cura "salvavita" è infatti una manifestazione di volontà a tutti gli effetti vincolante per il medico che non potrà imporre un determinato trattamento senza con ciò violare il diritto costituzionalmente garantito di autodeterminazione del paziente²³⁶. Ciò spiega senz'altro il motivo per cui la condotta interruttiva posta in essere dal medico, nel rispetto della volontà del paziente, sia lecita anche laddove causativa della morte di quest'ultimo²³⁷.

A tal proposito, residua semplicemente un dubbio concernente il percorso che deve essere seguito per giungere ad una sentenza assolutoria nei confronti del medico il quale pone in essere una condotta ascrivibile al reato di cui all'art. 575 c.p., ossia all'ipotesi di omicidio del consenziente. Sebbene in questa sede non sia possibile ripercorre esaustivamente le tesi che nel tempo si sono sviluppate per qualificare come legittima la

²³⁵ SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXXVIII, 1995, 693.

²³⁶ Trib. di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, in *Riv. it. med. leg.*, 65 secondo cui il mantenimento della terapie c.d. "salvavita", nonostante il dissenso del malato, deve essere qualificato «come violazione di un diritto del paziente, costituzionalmente garantito, che aveva espresso la sua volontà consapevole ed informata di interruzione della terapia in atto».

²³⁷ In questa stessa direzione numerosi progetti di legge sul testamento biologico hanno espressamente previsto che, laddove il paziente rifiuti la terapia, è esclusa ogni forma di responsabilità sia sotto il profilo penale, civile o disciplinare. Per tutti v., art. 2, comma 2, del d.d.l. 357 del senato, «l'eventuale rifiuto (...), valido anche per il tempo successivo ad una sopravvenuta perdita della capacità naturale, deve essere rispettato dai sanitari anche se dalla mancata effettuazione dei trattamenti proposti derivi un pericolo per la salute o per la vita del paziente, e rende gli stessi sanitari esenti da ogni responsabilità configurabile ai sensi delle disposizioni vigenti in materia».

disattivazione del sostegno vitale, pare opportuno fare un breve accenno alle due principali argomentazioni che si sono sviluppate in dottrina e in giurisprudenza. In particolare, l'integrazione del reato *de qua* è stata esclusa talvolta ricorrendo al piano della tipicità, talaltra a quello dell'antigiuridicità, a seconda della qualificazione in termini omissivi o commissivi della condotta di disattivazione del sostegno artificiale²³⁸.

Secondo un primo indirizzo seguito dalla giurisprudenza di merito nel noto caso Welby, in cui un soggetto affetto da una malattia degenerativa e incapace di autonoma respirazione richiedeva il distacco del ventilatore polmonare che lo teneva in vita, la disattivazione del respiratore consiste in *“una innegabile condotta interventista”* non assimilabile, e ciò non solo dal punto di vista naturalistico, *“alla condotta, essa sì, omissiva del medico che si limiti a non iniziare una terapia non voluta dal paziente”*; con la conseguenza che, in base a tale impostazione, deve essere categoricamente escluso che, in questi casi, il medico si limiti semplicemente *“a non proseguire la terapia in ottemperanza della volontà espressa dal paziente, ponendo in essere una condotta*

²³⁸ Per un'ulteriore ricostruzione facente perno sul nesso di causalità v. VICECONTE N., *La sospensione delle terapie salvavita*, cit., 9, secondo cui il distacco dal respiratore meccanico provoca di per sé l'impossibilità per il paziente di respirare autonomamente, determinando la morte di quest'ultimo. Tale evento, tuttavia, non sarebbe diretta conseguenza dell'azione del medico, bensì del decorso stesso della malattia, che naturalmente porta al decesso in assenza di mezzi di sostentamento artificiali. Pertanto, il comportamento di colui che distacca il macchinario non dovrebbe essere considerato come atto teso a causare la morte perché, pur avendo la natura di comportamento attivo, deve essere giuridicamente qualificato quale sospensione di un trattamento terapeutico, lecita in quanto richiesta dal paziente e in quanto non si inserisce nel percorso causale che conduce all'evento morte. In altri termini, secondo tale Autore «tra la morte e l'agire del medico [...] non sussisterebbe quel nesso di causalità necessaria che, ai sensi dell'art. 40 c.p., integra il reato di omicidio del consenziente o di aiuto al suicidio».

semplicemente omissiva"²³⁹. In quest'ottica, la condotta attiva di omicidio del consenziente è integrata ma la stessa si configura come obiettivamente lecita, in quanto scriminata ai sensi e per gli effetti dell'art. 51 c.p.: infatti, il medico agisce nell'adempimento del dovere di non attuare terapie non volute dal paziente *ex art. 32, comma 2, Cost. e, tale norma scrimina la disposizione incriminatrice che sanziona l'omicidio del consenziente, qualificando come lecita la condotta causativa della morte del paziente.*

Una ricostruzione in termini omissivi è invero stata proposta da coloro che riconducono tale tipologia di comportamenti all'interno della categoria della «*omissione mediante azione*» (*Unterlassung durch Tun*) in quanto la condotta sarebbe *ommissiva* ma *realizzata attraverso un'azione* che rimuove il sostegno artificiale che impedisce l'evento morte, ovvero, in quanto semplicemente ricostruita quale *omissione dell'ulteriore trattamento*²⁴⁰. In altri termini, l'agente ponendo in essere un

²³⁹ Nella stessa direzione sembra porsi da ultimo anche il Comitato Nazionale per la Bioetica nel Parere del 24 ottobre 2008 su "*Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*", laddove qualifica «lo spegnimento di un macchinario che garantisce la sopravvivenza del malato», in accoglimento di una «competente e documentata richiesta di interruzione delle cure formulata da un paziente in stato di dipendenza» prima come "azione o comunque (...) intervento positivo da parte del medico e della sua equipe", poi in maniera ancora più netta ed esplicita come "comportamento attivo da parte del medico".

²⁴⁰ CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 5, 1807 il quale richiama l'esemplificazione proposta sul punto dalla dottrina tedesca: «allo stesso modo come il medico omette quando interrompe le misure di rianimazione iniziate con movimenti di massaggio, così si ha solo omissione allorché egli interrompe, su di un piano tecnologicamente più elevato, il lavoro di una macchina»; ancor meglio, si è precisato che «il respiratore ben può essere riguardato (...) come il braccio meccanico, come la *longa manus* del medico che pratica un trattamento di assistenza respiratoria ad un paziente non più in grado di respirare da sé: anziché

comportamento attivo diverso da quello che, in base alla normativa vigente, avrebbe dovuto attuare, esercita un'azione estranea rispetto a quella presunta dalla legge (*aliud agere*) e, quindi penalmente rilevante in termini di omissione²⁴¹. Se ciò è vero, il medico che disattiva il sostegno "salvavita" non integrerebbe una condotta tipica e giustificata ai sensi dell'art. 51 c.p., ma addirittura atipica *ex art.* 40, co. 2 c.p. in quanto il dissenso alla prosecuzione delle cure farebbe venir meno il *dovere di agire* sullo stesso gravante. La posizione di garanzia nel rapporto medico-paziente è infatti inevitabilmente condizionata al rispetto dell'autodeterminazione del malato e l'obbligo di impedire la morte del paziente viene meno laddove quest'ultimo, del tutto capace di autodeterminarsi, rifiuti di ricevere i sostegni che lo tengono in vita²⁴².

Orbene, posto che, a fronte del rifiuto di cure salvavita del paziente, il medico non risponde del reato di omicidio del consenziente anche nel caso in cui dall'interruzione della terapia derivi la morte del malato, deve ora essere messa a fuoco la diversa e ben più problematica questione concernente l'eventuale responsabilità penale del medico che, in virtù dei propri convincimenti interiori, decida di non rispettare la volontà del paziente ed imponga allo stesso un trattamento non voluto.

essere effettuata manualmente a mezzo di un pallone di gomma, la ventilazione è praticata attraverso una macchina che regola il ritmo respiratorio, insufflando forzatamente l'ossigeno nei confronti del paziente».

²⁴¹ *Contra* GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 93; CHECCOLI T., *Brevi note sulla distinzione fra eutanasia attiva e passiva*, in *Atti del convegno "Forum Biodiritto"*, svoltosi presso l'Università degli studi di Trento nei giorni 28 e 29 maggio 2008.

²⁴² VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 523.

Non v'è dubbio, infatti, che una volta riconosciuto come diritto costituzionale il rifiuto della cura, all'ordinamento spetta il compito di predisporre strumenti idonei a rendere lo stesso giuridicamente azionabile.

1.3. I fatti tipici configurabili.

La condotta del medico che costringa il paziente ad un trattamento non voluto in presenza di un espresso dissenso manifestato da quest'ultimo è lesiva della libertà morale dello stesso e, pertanto, pare sussumibile nella fattispecie della violenza privata di cui all'art. 610 c.p., che punisce chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa²⁴³.

Nel caso specifico di mancata interruzione di un trattamento che procede *motu proprio* il problema pare tuttavia più complesso.

Il primo ostacolo riguarda il concetto stesso di *violenza* di cui all'art. 610 c.p. in quanto il soggetto viene obbligato ad un trattamento rifiutato senza che sul corpo dello stesso venga esercitata una minima violenza. A tal proposito, non sembra condivisibile l'orientamento secondo cui la violenza potrebbe manifestarsi anche in forma omissiva, in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi, potendo la stessa essere ravvisata anche nel semplice fatto di non interrompere una terapia non più

²⁴³ VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 162, secondo il quale soltanto nei casi di espresso dissenso la condotta del medico potrebbe essere inquadrata nell'ambito dei delitti contro la libertà morale.

accettata dal paziente²⁴⁴. E ciò in quanto la violenza, come sottolineato da parte della dottrina, esprime un concetto che già sul piano linguistico risulta compatibile soltanto con una *condotta attiva*, consistente in un'energia fisica tale da costringere altri a fare, tollerare od omettere qualcosa, e ben difficilmente configurabile laddove il paziente fosse obbligato ad un determinato comportamento, senza subire alcuna violenza fisica o alcun intervento sul corpo²⁴⁵.

È pur vero che, se la macchina è il mezzo con cui il medico osserva l'obbligo di garanzia sullo stesso gravante, obbligo comportante, fra l'altro, il rispetto della volontà del paziente, tale obbligo potrebbe essere riformulato nei termini di dovere di *impedire ogni indebita manomissione fisica del paziente* ai sensi dell'art. 40, ult. co., c.p., cosicché la sua violazione potrebbe configurarsi come *violenza privata tramite omissione*²⁴⁶. A tale ricostruzione è peraltro di ostacolo innanzitutto il fatto che il reato in questione è a condotta vincolata e per questo non convertibile in una corrispondente condotta omissiva impropria²⁴⁷; in secondo luogo, il fatto che le indicazioni

²⁴⁴ In questo senso, v. VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, 2002, cit., 277; *contra* v. GIUNTA F., *Diritto di morire*, cit., 101.

²⁴⁵ VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2008, 75 ss.

²⁴⁶ In senso critico v. VALLINI A., *Rifiuto di cure*, cit., 77 ss.

²⁴⁷ Parte della dottrina intende il reato di violenza privata come reato a condotta libera, individuando la violenza ogni qualvolta esista una forma di costrizione, ma nei fatti questo orientamento finisce per elidere un dato fondamentale di tipicità, non distinguendo la violenza, come modalità della condotta, dal "costringere" o "tollerare qualcosa" come evento. In senso critico, v. DE SIMONE G., *Violenza (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Giuffrè, 892 s.; CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del*

normative che prescrivono al medico un dovere di rispettare il diritto del paziente a non subire ingerenze, non sono così univoche nell'attribuire al medico lo *status* di vero e proprio garante di tale diritto²⁴⁸.

A tal proposito, la dottrina si interroga se la condotta del medico possa essere qualificata come *ingiusta minaccia* di non rispettare il diritto alla sospensione delle cure del paziente.

In realtà, tale minaccia non potrebbe certamente ritenersi causale rispetto al costringimento del soggetto passivo, dato che il paziente non sarebbe costretto a tollerare la terapia perché intimidito dalla minaccia da parte del medico del futuro mancato proseguimento delle cure, ma in quanto tali terapie materialmente ed attualmente non sarebbero sospese²⁴⁹.

Le difficoltà ora segnalate hanno pertanto sollecitato parte dottrina ad inquadrare la problematica all'interno della fattispecie penale di cui all'art. 572 c.p., sul presupposto che nei casi di omesso distacco del sostegno vitale, come accaduto nei casi Welby e Nuvoli, la condotta del medico non si risolva semplicemente in un atto medico rifiutato ma, più in generale, nella *mala gestio* di un intero e duraturo trattamento, protratto in termini discordanti rispetto all'intero ordinamento, con consequenziale produzione di un'indebita sofferenza fisica e morale per paziente²⁵⁰. In questo senso, si potrebbe configurare un maltrattamento, in quanto sarebbe «*l'intera dinamica della relazione tra medico e paziente a risultare alterata e gestita con modalità arbitrarie ed offensive*», con reiterazione di fatti lesivi del

corpo, a cura di CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 1914.

²⁴⁸ VALLINI A., *Rifiuto di cure*, cit., 78.

²⁴⁹ VALLINI A., *Rifiuto di cure*, cit., 78.

²⁵⁰ VALLINI A., *Rifiuto di cure*, cit., 78.

patrimonio morale del soggetto passivo (ivi comprese l'inflizione di ingiuste sofferenze psichiche) che, pur non costituendo singolarmente reato, risultano tali da rendere particolarmente dolorosa la relazione con l'agente,²⁵¹.

Tuttavia, parte della dottrina ritiene che tale norma, essendo collocata nell'ambito dei delitti contro la famiglia, non potrebbe considerarsi estensibile al rapporto medico-paziente; e ciò sebbene sia lo stesso art. 572 c.p. a prevedere che tale disposizione trovi applicazione anche in caso di affidamento di una persona ad un'altra *per ragione di cura*²⁵².

Merita, da ultimo, accennare ad un'ulteriore teoria secondo cui la condotta *de qua* potrebbe essere inquadrata nella fattispecie di reato di cui all'art. 328 c.p. che - come già visto - incrimina il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale indebitamente rifiuti di compiere un atto del proprio ufficio che, per ragioni di sanità, deve essere compiuto senza ritardo. Tuttavia, basti a tal proposito osservare che all'atto omesso dal sanitario non sembra facile attribuire il carattere di "urgenza" richiesto dalla norma incriminatrice, trattandosi di mera protrazione di cure mediche²⁵³.

1.4. *Possibile valore esimente dell'obiezione di coscienza e ricerca di altre possibili soluzioni.*

Se nondimeno, accogliendo una delle ricostruzioni di cui problematicamente si è dato conto, si intende qualificare come

²⁵¹ VALLINI A., *Rifiuto di cure*, cit., 78.

²⁵² Sull'estraneità della fattispecie di maltrattamenti all'attività sanitaria v. CANESTRARI S., *Rifiuto informato*, cit., 1914; LA ROSA E., *Attività sanitaria*, cit., 137.

²⁵³ LA ROSA E. *Attività sanitaria*, cit., 123.

penalmente rilevante la condotta del medico che disattende la volontà del paziente, alla stregua di una delle suddette norme, appare doveroso valutare ora quale spazio vi sia per riconoscere un'efficacia eventualmente esimente all'obiezione di coscienza del medico che rifiuti di interrompere una terapia.

Al fine di cercare una risposta a tale questione, può essere utile ricordare che l'obiezione di coscienza viene in gioco soltanto in relazione ad un obbligo di *facere*: il soggetto si sottrae, in virtù del proprio foro interno, all'imposizione di un dovere giuridicamente rilevante. Ciò spiega la ragione per cui in questo ambito un problema di obiezione di coscienza *in senso tecnico* possa porsi soltanto laddove la condotta di interruzione delle cure, come appare preferibile, sia qualificata in termini attivi²⁵⁴. Infatti, soltanto aderendo a tale tesi la condotta del medico che non adempia alla richiesta del paziente può essere qualificata in termini omissivi, ossia come esercizio del diritto all'obiezione di coscienza.

A tal proposito, la giurisprudenza ha ritenuto che l'esercizio dell'obiezione di coscienza da parte del medico che non voglia agire violando i propri convincimenti etici o deontologici faccia perdere allo stesso la posizione di garanzia ricoperta e, quindi, il conseguente obbligo di rispettare la volontà del paziente²⁵⁵. In tal caso, il diritto di lasciarsi morire potrebbe manifestare la propria giuridica azionabilità soltanto nei confronti dello Stato a cui compete il dovere di approntare i mezzi affinché questo diritto trovi attuazione ma non

²⁵⁴ LA ROSA E., *Attività sanitaria*, cit., 133 ss.

²⁵⁵ Trib. di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 271.

certamente nei confronti del singolo medico²⁵⁶. Agli esercenti la professione sanitaria sarebbe dunque garantita la possibilità di astenersi da tali condotte commissive, laddove avvertite come contrarie alle proprie convinzioni, ma il paziente avrebbe comunque il diritto di ottenere altrimenti la realizzazione delle proprie richieste di interruzione del trattamento sanitario in corso²⁵⁷.

Peraltro, in mancanza di un'espressa previsione normativa diretta a riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza, una soluzione intermedia e, pertanto, da preferire, potrebbe essere quella che non consente al medico di trasferire *tout court* la propria posizione di garanzia ad un altro collega disposto ad osservare la volontà del paziente, ma soltanto alcuni obblighi inerenti il proprio ruolo, cosicché il medico, mediante la collaborazione altrui, potrebbe riuscire comunque ad adempiere ai doveri sullo stesso incombenti²⁵⁸.

A ben guardare, considerati i problemi riscontrati nell'individuare nel comportamento omissivo del sanitario il fatto tipico descritto da una delle norme incriminatrici di parte speciale, non è difficile accorgersi come in realtà manchi una norma penale alla stregua della quale sanzionare il comportamento del sanitario. Tale ultimo rilievo appare allora significativo per definire il problema del valore esimente da

²⁵⁶ SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 696.

²⁵⁷ CANESTRARI S., *Rifiuto informato*, cit., 1914, il quale precisa sarebbe necessario un intervento legislativo allo scopo di regolamentare con chiarezza le modalità di trasferimento della posizione di garanzia del medico obiettore ad uno disposto ad attuare la volontà del malato.

²⁵⁸ VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 79, secondo il quale la cessione di tale posizione di garanzia sembra possibile nell'ambito di strutture pubbliche nelle quali il paziente ha diritto alla prestazione ma non alla scelta del medico.

riconoscere all'esercizio dell'obiezione di coscienza: trattandosi di fatto di per sé lecito non si pone infatti neppure la necessità di invocare la categoria dell'antigiuridicità, al fine di escludere la responsabilità penale del personale sanitario.

2. *La ricostruzione dell'ambito applicativo della norma attributiva del diritto alla libertà di coscienza: fra obiezione ed imposizione di coscienza.*

Il complesso dei problemi fino ad ora affrontati consente di sviluppare un'ulteriore ed ultima riflessione in merito all'ambito di operatività della norma costituzionale posta a tutela della libertà di coscienza, imponendo di ritornare, almeno in parte, al punto da cui avevamo preso le mosse.

A ben guardare, infatti, non è difficile accorgersi come circoscrivere *a priori* l'esatta portata applicativa di una norma costituzionale che si limiti a riconoscere genericamente un diritto, senza descrivere in modo analitico le condotte facultizzate, appare un'operazione tutt'altro che agevole. E ciò in quanto le norme costituzionali si caratterizzano generalmente per essere formulate in termini notevolmente ampi e comprensivi tanto che, dalla sola lettura delle norme non è possibile ricavare i limiti e le restrizioni a cui le stesse devono essere sottoposte.

Al fine di ritagliare l'esatto ambito di operatività della norma costituzionale, risulta pertanto indispensabile individuare le norme incriminatrici con cui la norma costituzionale può entrare in conflitto²⁵⁹. Infatti, vi sono ipotesi, come quella esaminata, in cui l'estensione di una norma

²⁵⁹ GAVAZZI G., *Delle antinomie*, Giappichelli, 1959, 496.

costituzionale può essere esattamente circoscritta soltanto attraverso la reciproca delimitazione con le norme confliggenti, poste a salvaguardia di beni giuridici diversi da quelli tutelati dalla norma di rilievo costituzionale. In effetti, «nel momento dell'impatto con la fattispecie incriminatrice, l'individuazione della portata e dei limiti del diritto dovrà essere operata in termini tali da rendere sufficientemente chiara e definita la sfera di prevalenza, ora dell'uno, ora dell'altro, tra i due interessi oggetto del giudizio di bilanciamento»²⁶⁰.

In realtà, muovendo dalle premesse ora evidenziate, e guardando all'estensione della libertà di coscienza, come delimitata dalla fattispecie penale che incrimina l'omissione di atti d'ufficio, è possibile osservare che la norma costituzionale – pur garantendo la libertà di formazione della propria personale coscienza e la libertà di agire conformemente a coscienza – , non ricomprende all'interno del proprio ambito di liceità quelle condotte i cui effetti giuridici ricadono *al di fuori* della sfera giuridica del soggetto agente.

La norma autorizzativa costituzionalmente rilevante è infatti norma generale e riferita soltanto ai casi in cui si tratti di manifestare la libertà di coscienza nella propria sfera personale e non ai casi in cui tale libertà si estrinsechi in un comportamento idoneo a ledere terzi (o interessi facenti capo a terzi soggetti). E ciò in conformità allo stesso carattere *personale* dell'obiezione di coscienza che, come osservato in precedenza, non può mai risolversi nella pretesa di adeguamento della sfera giuridica altrui ai propri convincimenti interiori.

²⁶⁰ DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, cit., 261.

Questa limitazione, di chiara matrice interna, fa sì che nel caso di soggetti esercenti di una pubblica funzione, tenuti in ragione del proprio *status* ad un determinato comportamento, un problema di conflitto e, quindi, di bilanciamento fra norma costituzionale posta a tutela della libertà di coscienza e norma incriminatrice neppure venga a porsi.

È chiaro, infatti, che la condotta omissiva del sanitario che pregiudichi il buon andamento dell'amministrazione e, di conseguenza, i diritti dei cittadini coinvolti, integra un comportamento che ricade necessariamente al di fuori della sfera di operatività dell'art. 51 c.p., non costituendo l'attività realizzata estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto medesimo²⁶¹. Infatti, soltanto laddove il modo prescelto di esercitare il diritto corrisponda alle facoltà inerenti il diritto stesso, è possibile valutare l'eventuale efficacia scriminante dell'art. 51 c.p. ed operare il bilanciamento della libertà di coscienza con contro-interessi tutelati dalla norma penale²⁶².

Pertanto, ad uno sguardo più attento, risulta chiaro come l'obiezione di coscienza, laddove non sia disciplinata *ad hoc* da una disposizione legislativa e sia lesiva di interessi di terzi soggetti, risulti «destinata a mettere fuori gioco l'esistenza della manifestazione 'tipica' di tale diritto»²⁶³. Conseguentemente, deve escludersi che l'obiezione di coscienza possa in questi casi assumere efficacia scriminante non configurandosi alla stregua di una fattispecie autorizzativa speciale rispetto alla fattispecie

²⁶¹ Per affermazioni in parte simili si veda la tematica dell'esercizio del diritto di sciopero ex art. 40 Cost., con riferimento al quale è stata elaborata la teoria dei limiti interni e dei limiti esterni.

²⁶² VIGANÒ F., *Stato di necessità*, cit., 498.

²⁶³ In termini analoghi, in materia di diritto di sciopero v. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, cit., 261.

penalmente rilevante, ma ricandendo al di là dei limiti consentiti dall'esercizio del diritto alla libertà di coscienza.

Tali conclusioni appaiono confermate dall'idea posta alla base degli stessi regimi democratici secondo cui la libertà di opinione e di coscienza non devono intendersi nel senso che, al di sopra di qualunque legge valga il dettame della propria coscienza, libera di esprimersi come meglio crede, bensì nel senso che ciascuno è libero di valersi del proprio diritto fintanto che questo non pregiudichi i diritti altrui²⁶⁴.

Diversamente argomentando, il diritto all'obiezione di coscienza si tradurrebbe in un diritto di imporre la propria coscienza morale a quella di terzi soggetti e l'autonomia professionale del medico trasformerebbe il rispetto della propria coscienza in una violenza sulle coscienze altrui²⁶⁵.

3. *L'esito dell'indagine.*

Sulla base delle suddette considerazioni, si può dunque osservare come soltanto il riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza sia in grado di introdurre una deroga alla norma incriminatrice, concedendo al pubblico funzionario il diritto di astenersi dal compimento di un'attività altrimenti

²⁶⁴ SEGRE B., *Costituisce reato l'obiezione di coscienza?*, cit., 157.

²⁶⁵ FUNGHI P.-MACRÌ P. G., *Obiezione del medico e del cittadino*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, a cura di CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 2126. In termini analoghi si esprime NERI D., *Il diritto di decidere la propria fine*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, a cura di CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 1786, secondo cui la libertà di decidere il proprio progetto di vita non tollera limitazione alcuna, nel senso che non esiste argomento a sostegno dell'eventuale pretesa di altri di decidere quale sia il piano di 'vita buona' di un altro.

doverosa.

L'introduzione di una siffatta previsione non può peraltro non apparire come una delle massime espressioni di un ordinamento democratico e pluralista, che non concependo il diritto come una realtà separata ed avulsa dalle condizioni sociali e culturali in cui esso è chiamato ad operare, rivendica la necessità di tutelare l'interesse (morale) del singolo, al fine di non giungere all'esito funesto derivante dal reciproco disconoscimento di *ius* e *lex*, e rappresentato nell'Antigone di Sofocle dalla morte fisica di Antigone e dalla morte spirituale (totale delegittimazione) di Creonte²⁶⁶. Infatti, quando due soggetti entrano in conflitto e i valori in gioco sono ritenuti da entrambe le parti non negoziabili, non è sempre possibile giungere ad una reciproca comprensione, a meno che una delle due coscienze in gioco non accetti di soccombere per tutelare un valore rilevante e comune ad entrambi i soggetti, quello del rispetto dell'autodeterminazione altrui che non si risolve in una passiva soggezione ma nell'attiva e cosciente condivisione del rispetto dell'autonomia altrui²⁶⁷.

Guardando, allora, ai casi pratici fin qui analizzati, ossia all'ipotesi di obiezione di coscienza alla somministrazione della pillola del giorno dopo e all'interruzione di cure salva-vita, vale la pena sottolineare l'importanza che il legislatore si risolva al più presto a dare una risposta legislativa a tali questioni, senza peraltro tralasciare di risolvere l'ulteriore problema di individuare la norma penale sotto cui poter sussumere il comportamento del sanitario che non interrompa le cure

²⁶⁶ ZAGREBLESKI G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009, 7.

²⁶⁷ FUNGHI P.-MACRÌ P. G., *Obiezione del medico*, cit., 2126.

mediche rifiutate dal paziente.

Diversamente, il diritto (morale) dell'operatore sanitario a sollevare obiezione di coscienza non potrebbe essere salvaguardato, andando inevitabilmente a pregiudicare diritti indisponibili di terzi soggetti²⁶⁸.

Ragionando in quest'ottica, la coesistenza e il compromesso a cui perviene la clausola dell'obiezione di coscienza disciplinata *ex lege* non appare affatto mortificazione dello spirito di resistenza individuale contro la legge statale, bensì adesione ad una cultura del pluralismo in cui c'è posto per il riconoscimento reciproco dei diritti di tutti, cosicché «ciascuno possa elevarsi dal suo piccolo mondo alla contemplazione del mondo di tutti, per pensare ed agire di conseguenza»²⁶⁹.

²⁶⁸ In questo senso v. FEUCCI S., *Urgenza terapeutica, libertà del paziente di rifiutare anche un trattamento proposto come salvavita e responsabilità professionali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3, 2012, 1 ss.

²⁶⁹ ZAGREBLESKI G., *Intorno alla legge*, cit., 146.

INDICE DELLE OPERE CITATE

- ALBISETTI A., *La Corte costituzionale e l'obiezione di coscienza*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Atti del Convegno di Studi, Modena 30 novembre – 1° dicembre 1990, a cura di BOTTA R., Giuffrè, 1991.
- BARATTA P., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, 1963, 10 e 63.
- J. BAUMANN-U. WEBER-W. MITISCH, *Stafrecht AT*, 2003, 520.
- BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto. I problemi nella loro dimensione normativa*, a cura di FUNGHI P.-GIUNTA F., ETS, 2005, 65
- BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza*, in *Il diritto ecclesiastico*, XCIV, I, 1983, 333.
- BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, 1967, 197.
- BIANCA-BUSNELLI, *Commentario alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, in NLC, 1978.
- BOMPIANI V., *Aspetti giuridici della tutela dell'embrione e del feto umano*, in AA.VV., *Il dono della vita*, a cura di SGRECCIA E., Giuffrè, 1987, 195.
- BOMPREZZI A., *Libertà di coscienza e poteri pubblici. Tendenze e prospettive nella società contemporanea*, Giappichelli, 2008.

- BONI G., *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza, in Il diritto di famiglia e delle persone*, XXX, 2001, 680 s.
- BOTTA R., *Prefazione.*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Atti del Convegno di Studi, Modena 30 novembre – 1° dicembre 1990, a cura di BOTTA R., Giuffrè, 1991.
- BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, in *Opere monografiche*, Giuffrè, 2000, 94.
- BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Santoro Passatelli*, VI, Giuffrè, 1972, 569.
- CADOPPI A.-VENEZIANI O., *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, in *Enc. Giur.*, XXI, 1995, 19.
- CALABRIA A., *Vivisezione*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2000, 699.
- CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, (a cura di) CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 1914.
- CANESTRARI S.- CORNACCHIA L.- DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, 2007.

- CARDIA C., *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in www.statoechiesa.it, 2009, 23.
- CARTABIA M., *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3564.
- CASINI C. – CASINI M. – DI PIETRO M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commento*, Giappichelli, 2004, 260.
- CASINI C.-CIERI F., *La nuova disciplina dell'aborto* (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194), Cedam, 1978, 155.
- CASINI M.-SPAGNOLO G. A., *Aspetti giuridici, deontologici ed etici della prescrizione medica degli estroprogestinici a scopo contraccettivo*, in *Medicina e Morale*, 2002-2003, 434.
- CASONATO C.-CEMBRANI F., *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in LENTI L.-PALERMO FABRIS E.-ZATTI P., *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, 46 ss.
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- CAVANA P., *Il giudice e il crocifisso: note critiche su una prospettata nuova figura di obiezione di coscienza*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, XXXV, 2006, 651.

CERRUTI T., *Cedu, UE e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona?*, nota a Corte Cost., 11 marzo 2011 n. 80, in *Giur. it.*, 2012, 4.

CHECCOLI T., *Brevi note sulla distinzione fra eutanasia attiva e passiva*, in Atti del convegno "Forum Biodiritto", svoltosi presso l'Università degli Studi di Trento nei giorni 28 e 29 maggio 2008.

CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, n. 5, 2008, 1807 ss.

DALLA TORRE G., *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, 1993, 19 ss.

DALLA TORRE G., *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei; obiezione di coscienza o opzione di coscienza?* in in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di PERRONE B., Giuffrè, 1992.

DALLA TORRE G., *Libertà di coscienza e di religione*, Relazione al Convegno su *Libertà religiosa e multiculturalismo*, Gallipoli, 29 febbraio-1° marzo 2008; v. anche in www.statoechiase.it.

DALLA TORRE G., *Obiezione di coscienza*, in *Iustitia*, n. 3, 2009, 271.

DALLA TORRE G., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, a cura di BOTTA R., Giuffrè, 1991, 33 s.

DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008.

- DE FRANCESCO G.A., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, in *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo* a cura di A. BERNARDI, Giuffrè, 2006, 137 ss.
- DEL BÒ C., *Contracezione d'emergenza e obiezione dei farmacisti*, in *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, XIX, 2, 2011, 244.
- DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli culturali*, Jura, ETS, 2010.
- DE SIMONE G., *Violenza (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, 892 s.
- DI COSIMO G., *I farmacisti e la pillola del giorno dopo*, in *Quad. cost.*, XXI, 2001, 142.
- DI MARTINO A., *I delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di BONDI A.-DI MARTINO A.-FORNASARI G., Giappichelli, 2008, 291.
- DI MARZIO P., *La libertà di coscienza come diritto soggettivo*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza fra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Atti del Convegno di Studi, Modena 30 novembre- 1° dicembre 1990, a cura di BOTTA R., Giuffrè, 1991, 210 s.
- DONATELLI P., *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, in AA.VV., *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, a cura di BALDINI G.- SOLDANO M., Firenze University Press, 2011, 57.

DURISOTTO D., *Il valore del dissenso al trattamento sanitario nell'ordinamento giuridico. Un difficile bilanciamento fra principi*, in *wws.statoechiesa.it.*, 2009, 52.

EUSEBI L., *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, 132 ss.

EUSEBI L., *Obiezione di coscienza del professionista sanitario. Statuto delle Professioni sanitarie*, in LENTI L.-PALERMO FABRIS E.-ZATTI P.

FERRARI F., *Antigone – Edipo re – Edipo a Colono*, Bur, 1995, 60 ss.

FEUCCI S., *Urgenza terapeutica, libertà del paziente di rifiutare anche un trattamento proposto come salvavita e responsabilità professionali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3, 2012, 1 ss.

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546.

FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88, nota a Corte Cost., n. 364/1988*, in *Foro it.*, I, 1988, 1385.

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990, 131.

FUNGI P.-MACRÌ P. G., *Obiezione del medico e del cittadino*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, a cura di CANESTRARI

- S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Milano, 2011, 2126.
- GALLO E., *Nuove norme sull'obiezione di coscienza al servizio militare. A) Profili penalistici*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 8, 1998, 945.
- GARGANI A., *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, in *Il diritto ecclesiastico*, 4, 2003.
- GAVAZZI G., *Delle antinomie*, Giappichelli, 1959, 496.
- GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 93.
- GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2007.
- GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de jure condendo*, in *Indice penale*, 2007.
- GROSSO C. F., *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, 1962, 199.
- GROSSO E., *Multiculturalismo e diritti fondamentali della costituzione italiana*, in *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo* a cura di BERNARDI A., Giuffrè, 2006, 137 ss.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 1963, 381.
- LA CUTE G., *L'obiezione di coscienza e il reato di omissione di atti d'ufficio*, in *Giur. mer.*, II, 1984, 904.

- LA ROSA E., *Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza*, in *Criminalia*, 2008.
- LA ROSA E., *Uso ed abuso del simbolo religioso: profili di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 750.
- LA ROSA E., *Il rifiuto di prescrizione la c.d. "pillola del giorno dopo" tra obiezione di coscienza e responsabilità penale*, in www.statoechiesa.it.
- LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Giuffrè, 1983, 87.
- LIGUORI L., *La pillola della discordia*, in *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, XIX, 2, 2011, 120.
- L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in *Jus*, XXXI, 1994, 76.
- LOSCHELDER W., *The non fulfillment of legally imposed obligations because of decisions of conscience – the legal situation in the Federal Republic of Germany (FRG)*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza nei Paesi della comunità europea*, Atti dell'incontro (Bruxelles-Lovanio 7-8 dicembre 1990), Giuffrè, 1992, 29 ss.
- MANTOVANI F., *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, 60.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966, 55 ss.
- MANTOVANI F., *Esercizio del diritto (dir. pen.)* in *Enc. dir.*, XV, 1979, 543.

- MANTOVANI F., *L'obiezione di coscienza fra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2, 2011, 141.
- MARGIOTTA BROGLIO F., *La protezione internazionale della libertà religiosa*, Giuffrè, 1967, 5.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1228.
- MARINUCCI G., *Cause di giustificazione*, in *Dig. pen.*, II, 1988, 98.
- MODUGNO F. – D'ALESSIO R., *Tutela costituzionale dei trattamenti sanitari e obiezione di coscienza*, 1986.
- MODUGNO F.-D'ALESSIO R., *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 97 ss.
- NAVARRO VALLS R., J. MARTINWZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, 1995.
- NERI D., *Il diritto di decidere la propria fine*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, a cura di CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 1786.
- TASSINARI NORELLI G.A., FOCARDI M.,-DE LUCA F., *Il disegno di legge circa le disposizioni anticipate di trattamento (alla luce delle modifiche del testo emanato dalla Camera il 12 luglio 2011): un'occasione manacata?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2012, 1071.
- ONIDA F., *Contributo a un inquadramento giuridico delle obiezione di coscienza*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1982.

- ONIDA F., *Il problema dei valori nello stato laico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1, 1995.
- ONIDA V., *L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di PERRONE B., Giuffrè, 1992, 365.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Ed. IX, Giuffrè, 2008, 151.
- PADOVANI T., *Procreazione (dir. pen.)*, EDP, XXXVI, 1978, 969.
- PADOVANI T., *Spunti giurisprudenziali sulla coscienza dell'illiceità come elemento del dolo*, nota a Cass., sez. I, 24 settembre 1976, in *Cass. pen.*, 1977, 570.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV, Giappichelli, 2000, 66.
- PALAZZO F., *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 542.
- PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Cedam, 2000, 2 ss.
- PASTORI G., *L'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di PERRONE B., Giuffrè, 1992, 146.
- PEZZINI B., *Inizio ed interruzione della gravidanza*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, (a cura di) CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 1655.

PONZIANI, *L'obiezione di coscienza criminosa*, in *Rivista penale*, 1993, 19.

PRISCO S., *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

PROVOLO D., *Le disposizioni anticipate. Le direttive anticipate: profili penale e prospettiva comparatistica*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, (a cura di) CANESTRARI S.-FERRADO G.-MAZZONI M. C.-RODOTÀ S.-ZATTI P., Giuffrè, 2011, 1969.

PULITANÒ D., *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 83 ss.

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55.

PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubb.*, X, 1991, 246.

PUTINATI S., *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 581.

RICCI P.-VENDITTI O., *Eutanasia, diritto di morire e diritto di rifiutare le cure: equivoci semantici e prospettive di riforme legislative*, in *Giust. pen.*, 1993, I, c. 278 s.

RISICATO L., *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in www.statoechiesa.it, 1995, 9 e 28.

RIVELLO P. P., *Nuove norme sull'obiezione di coscienza: un segnale di*

- civiltà in un contesto ancora perfettibile*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 295.
- RODOTÀ S., *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 56.
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen. – Commentario sistematico*, Ed. II, Giuffrè, 2006, 341.
- ROMANO M., *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493.
- RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale*, in *Studi Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, 1743 ss.
- SALCUNI G., *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla "paura del diverso" al dialogo*, in *Religione e religioni. Prospettive di tutela, tutela della libertà*, a cura di DE FRANCESCO G.-PIEMONTESE C.-VENAFRO E., Giappichelli, 2007, 179.
- SALITO G., *L'obiezione di coscienza*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di STANZIONE P.-SCIANCELEPORE G., Giuffrè, 2004.
- SEGRE, *Costituisce reato l'obiezione di coscienza?*, in *Foro pen.*, 1950, 149.
- SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXXVIII, 1995, 693.
- SPADARO A., *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla "meta-etica" pubblica (costituzionale)*,

Relazione al Convegno nazionale A.I.C., Napoli, 26 – 27 ottobre, su *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, 28.

SPINELLI L., *L'obiezione di coscienza. Prefazione.*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Atti del Convegno di Studi Modena 30 novembre – 1° dicembre 1990 a cura di BOTTA R., Giuffrè, 1991, 4.

STILE A. M., *Omissione, rifiuto o ritardo di atti di ufficio*, Jovene, 1974, 156.

TASSINARI D., *Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al "testamento biologico"* in *Dir. pen. proc.*, 8, 2008, 405.

TURCHI V., *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni scientifiche italiane, 2009, 50.

TURCHI V., *Obiezione di coscienza*, in *Dig. disc. priv., Sezione civile*, vol. XII, 1995, 533.

TURCHI V., *Obiezione di coscienza a Trent'anni dalla prima legge. Bilancio di un'esperienza e problematiche emergenti*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003, 77.

TURCHI V., *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in www.statoechiesa.it.

VALLINI A., *Circostanze del reato*, in DE FRANCESCO G., *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, 2011, 47 ss.

VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, 2012, 235 s.

VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 1, 2008, 75 ss.

VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita. (Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, in PADOVANI T., *Leggi penali complementari*, Giuffrè, 2007, 570 ss.

VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, Utet, 1960, II, 1981.

VENAFRO E., *Scusanti*, Giappichelli, 2002.

VENTURA M., *Aborto. Caso n. 5: Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto. I problemi nella loro dimensione normativa*, a cura di FUNGHI P.-GIUNTA F., ETS, 2005, 65.

VICECONTE N., *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle Corti italiane*, in *Rivista telematica dell'associazione dei costituzionalisti*, 1, 2011, 1.

VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*, 2002, 277.

VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il*

consenso del paziente, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, 162.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Giuffrè, 2000.

VIOLA F., *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Dir. e Quest. pubbl.*, 9, 2009.

ZAGREBLESKI G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009, 7.

ZANCHETTI M., *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, a cura di PALAZZO F. – PALIERO E., Cedam, 1992.

INDICE DELLE OPERE CITATE

TRIBUNALE E CORTE D'APPELLO

Trib di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, in *Riv. It. med. leg.*, 2008, 271.

Corte d'Appello di Milano, 19 agosto 2011 n. 2359 in www.giuffrè.it/riviste/resp.

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 34402, in *Riv. It. med. leg.*, 3, 2008, 922.

Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691 in *dejure.giuffrè.it.*, sub art. 314 c.p.

Cass., sez. I, 24 settembre 1976, in *Cass. pen.*, 1977, 570.

Cass., Sez. VI, 26 maggio 2006, n. 19039 in *Studium Iuris*, n. 10 2007, Cedam, 1146.

Cass, S.U., 18 dicembre 2008, n. 2437 in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 7, 54 ss.

CORTE COSTITUZIONALE

C. Cost., 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. cost.*, 1991, 3805.

C. Cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Dir. eccl.*, 1979 II, 220.

C. Cost., 31 luglio 1989, n. 470, in *Giur. cost.*, 34, 1989, I, 2161.

C. Cost., 15 maggio 1987, n. 196, in *Dir. Fam.*, 88, 19.

C. Cost., 24 maggio 1985, n. 164 in *Giur. cost.*, 1985, 1203 ss.

C. Cost., 18 gennaio 1993, n. 422 in www.giurcost.org.

C. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, 1385.

C. Cost., 13 dicembre 2008, n. 438 in www.cortecostituzionale.it.

TAR

Tar Lazio, sez. II, 12 ottobre 2001, n. 8465 in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2977.