

PAOLINA DI LAURO

OBIEZIONE DI COSCIENZA E ABORTO FARMACOLOGICO

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il difficile equilibrio tra gli «interessi in gioco» nel caso dell'obiezione all'IVG. 3. L'obiezione di coscienza nel procedimento abortivo tra limiti oggettivi e soggettivi. 4. Lo «strano caso» della RU-486. 4.1. (segue) La recente giurisprudenza del giudice di legittimità. 5. Alla ricerca di un fondamento costituzionale per l'obiezione di coscienza. 6. I «contro-limiti» all'obiezione di coscienza. 7. Obbligo di erogazione della prestazione sanitaria e ruolo dei Consulitori. 8. Le recenti novità in tema di obiezione di coscienza e aborto. 9. Conclusioni.

1. Quando entriamo nel mondo dei diritti, non ci troviamo soltanto di fronte agli spazi di libertà rispetto all'autorità ma anche ai moti della coscienza, e in particolare al modo in cui ciascuno si identifica e si costruisce rispetto agli altri dovendo parimenti riconoscere e rispettare la coscienza altrui. Collocata nel contesto dei diritti fondamentali, la libertà di coscienza pone la questione del vivere insieme e del rispetto reciproco come fondamento della convivenza.

Ma cosa accade quando la libertà vuole trasformarsi in obiezione ai doveri legali?

Una risposta a tale complesso quesito, ove provenga da un qualsiasi giurista, impone di prendere in considerazione anzitutto la Carta Costituzionale e l'impianto personalista ivi tracciato¹.

1 Non si può altresì tenere conto del contenuto delle altre Carte dei diritti: dell'art. 10 comma 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, dove si afferma che «il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Da tale dettato normativo si dovrebbe dedurre che la libertà di coscienza, quando si manifesta come obiezione, si presenta come una eccezione al principio generale di libertà ed esige uno specifico riconoscimento legislativo.

Un riconoscimento della libertà di coscienza vi è anche nell'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo; nell'art. 9 della CEDU; ed infine si veda anche l'art. 18, comma 2 e 4, della Convenzione Internazionale dei Diritti Civili e Politici. Ma non solo, il diritto al rifiuto di prestazioni professionali contro coscienza è esplicitamente previsto nei Codici Deontologici delle professioni sanitarie, nella fattispecie: art. 22 Codice di Deontologia Medica (2006); art. 3.16 del Codice Deontologico delle Ostetriche (2010); e art. 8 del Codice Deontologico degli Infermieri Professionali (2009).

Premesso che la Costituzione italiana è povera di contenuti circa l'istituto dell'obiezione di coscienza – in quanto a differenza delle altre costituzioni (quali ad es. quella tedesca) non prevede un espresso diritto all'obiezione² – possiamo ulteriormente affermare che nel nostro ordinamento, in materia di obiezione, non solo manca una apposita legge formulata in termini sufficientemente elastici da poter essere adattata a specifiche situazioni singole e rispettosa del fondamento personalistico della Costituzione, ma manca, inoltre, anche una univoca fattispecie di obiezione³.

Al riguardo è invece necessario distinguere, in una pluralità di fattispecie applicative, due profili dell'obiezione di coscienza: quella che non incide direttamente sui diritti di altre persone e l'obiezione che invece incide direttamente proprio su quei diritti.

Nel primo caso, possiamo riferirci esemplificativamente all'obiezione di coscienza al servizio militare: infatti, in passato affrontare il tema dell'obiezione di coscienza ha significato per lungo tempo prendere posizione soprattutto sulla questione del rifiuto opposto, per ragioni religiose, e più in generale, morali, alla prestazione del servizio di leva obbligatorio.

Da alcuni anni a questa parte, però, lo scenario è radicalmente mutato. Se per un verso il problema dell'obiezione di coscienza al servizio mili-

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica ha sostenuto il diritto all'obiezione con tre pareri: uno nel 2004, dove è stata indicata la clausola di coscienza come possibile soluzione; uno del 2011 sul diritto per i farmacisti all'obiezione di coscienza; l'ultimo del 2012 sempre dedicato al diritto all'obiezione di coscienza.

Nella giurisprudenza costituzionale si vedano almeno le sentenze, quali: 467/91, 43/97, 282/2002, 338/2008, 159/2009 in www.giurcost.org.

- 2 La lettera della Costituzione non fa riferimento all'obiezione di coscienza né tantomeno alla libertà di coscienza. A questo riguardo va segnalato che anche i Costituenti si erano posti il problema. Caporali, infatti, propose un emendamento a quello che oggi è l'art. 52 (che però nel testo provvisorio era l'art. 49) di questo tenore: «Sono esenti dal portare le armi coloro che i quali vi obiettino ragioni filosofiche e religiose di coscienza». Umberto Merlin rispose al proponente che l'emendamento non poteva essere accolto in quanto non esisteva una setta di obiettori di coscienza. Leggendo i vari dibattiti che ci furono in Costituente, gli stessi testimoniano la volontà di riconoscere la più ampia tutela alla libertà di coscienza, ma detta volontà non è stata poi tradotta positivamente nel testo finale, imponendo di ricercare il fondamento della stessa in altre disposizioni costituzionali. Si veda *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, III, 1909; si veda anche E. BETTINELLI, *Commento all'art. 52 Costituzione*, in AAVV, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Rapporti politici, Tomo I, Zanichelli.
- 3 Così in Italia l'obiezione di coscienza è riconosciuta attraverso la legge sul servizio militare, la legge sull'aborto, la legge sulla sperimentazione animale e la legge sulla procreazione assistita.

tare è stato ridimensionato con l'abolizione della leva obbligatoria; per altro verso si è assistito ad una vera e propria proliferazione degli ambiti e delle situazioni in cui le ragioni della coscienza vengono chiamate in causa per giustificare l'astensione da attività o il rifiuto di prestazioni dovute per legge.

L'ambito prevalentemente interessato è stato, ed è tuttora, quello sanitario. Di qui l'altra faccia dell'obiezione, ossia quella il cui esercizio finisce per incidere sui diritti altrui. In questa categoria rientrano svariate fattispecie come cui l'obiezione a praticare l'aborto (non solo chirurgico ma anche farmacologico), il rifiuto di somministrazione di farmaci contraccettivi⁴ e praticare diverse forme di fecondazione artificiale⁵. Nell'esperienza più recente sempre più ricorrentemente si discute dei limiti dell'obiezione di coscienza alle pratiche sanitarie specie nei casi in cui si denuncia che gli obiettori, personale medico e paramedico, non si sono limitati ad astenersi dall'eseguire direttamente queste prestazioni, ma si sono spinti ad impedire in tutti i modi che i pazienti ottenessero prestazioni a loro giudizio riprovevoli.

In questo lavoro, l'obiettivo di chi scrive è quello di approfondire gli orizzonti dell'obiezione di coscienza relativa all'aborto farmacologico, focalizzando l'attenzione sulla sentenza della Corte di Cassazione, VI Sez. Pen. 02/04/2013 n. 14979. Ovviamente tale trattazione non può prescindere

4 Già in passato, c'erano sempre stati tre campi nei quali le decisioni dei singoli si erano incontrate o scontrate con le decisioni dei medici e con le regole pubbliche dirette a mantenere la disciplina sociale: la sessualità, la nascita e la morte. La medicina aveva contribuito fortemente alla regolamentazione della sessualità, favorendo la repressione della libertà sessuale delle donne. Uno dei modi nei quali si poteva allargare la libertà sessuale per uomini e donne, soprattutto per le donne, era la dissociazione di sessualità e procreazione, ma le pratiche contraccettive, confinate alla sfera privata o familiare, erano fuori dalla medicina ufficiale. Una delle più importanti innovazioni sanitarie, con effetti sociali rilevanti, è stata la messa a punto di farmaci contraccettivi, un fatto che toglieva alla sfera privata la contraccezione, spesso guardata con sospetto o addirittura condannata da religiosi e moralisti. Si allargava così la sfera di intervento dei medici, non più limitata alla semplice cura delle malattie. Fin dall'antichità la medicina aveva rivendicato come proprio compito primario la prevenzione delle malattie, che comporta l'intervento su persone sane, ma attraverso la contraccezione la medicina diventava uno strumento per la realizzazione di uno stile di vita, scelto da donne sane o da coppie, o una misura preventiva per evitare la trasmissione di malattie ereditarie. I medici così si trovavano di fronte a domande di cittadini non ammalati, che si rivolgevano loro per avere indicazioni tecniche sui mezzi adatti a realizzare scelte che non intendevano discutere con il medico. C. A. VIANO, *La coscienza: voci e mistificazioni*, in *Notizie di Politeia*, 2011, 26.

5 Art. 16 della legge 40/2004.

dere, da una previa, seppur breve, ma fondamentale analisi dell'art. 9 della legge 194/78 che riconosce l'istituto dell'obiezione relativamente alle pratiche abortive, individuandone i relativi limiti oggettivi e soggettivi. L'indagine, che prende le mosse da questa significativa pronuncia della Suprema Corte, vuole offrire l'occasione per una riflessione più ampia sull'attuale stato dell'istituto dell'obiezione di coscienza alle pratiche abortive.

Il soffermarci sull'obiezione di coscienza alle pratiche abortive porta inevitabilmente a ragionare sull'evoluzione dell'obiezione dopo più di trent'anni dell'entrata in vigore della legge 194/78. L'ampio arco temporale trascorso, infatti, non solo non ha determinato il venir meno dell'attualità della tematica, ma, al contrario, permettendo l'osservazione del concreto operare di questo istituto, consente di formulare delle valutazioni circa l'opportunità e la stessa legittimità costituzionale della sua introduzione che non erano invece possibili nel momento dell'adozione della legge⁶.

2. Quando l'obiezione di coscienza viene prevista e regolata dalla legge può essere vista come possibile oggetto di un'opzione legalmente attribuita a chi, trovandosi in conflitto tra un obbligo previsto dalla stessa legge e un obbligo della sua coscienza, preferisca optare per comportamenti alternativi egualmente legittimi⁷, secondo limiti e modalità adeguate, affinché

6 Cfr. sul tema D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, 2008. Cfr. C. CASINI, *A trent'anni dalla Legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, Siena, marzo 2008.

7 Ci si chiede se tra i requisiti strutturali dell'istituto dell'obiezione di coscienza rientri anche l'obbligo per l'obiettore ad una prestazione sostitutiva di quella rifiutata. Prendendo in considerazione la legge 194/78, l'art. 9 non obbliga il personale sanitario ed esercente le funzioni ausiliarie, che rifiutano di prendere parte ad interventi abortivi per motivi di coscienza, a nessun carico di lavoro sostitutivo. Ma è indubbio che l'adduzione dei motivi di coscienza non deve tradursi in una forma privilegiata di esenzione del soggetto all'obbligo di adempimento di doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.) pena altrimenti la violazione anche del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Di qui la necessità di una conversione dell'obbligo rifiutato in un altro obbligo di natura omogenea, rispettoso sia del generale dovere di solidarietà che delle ragioni della coscienza individuale. Ovviamente il legislatore italiano non ha dettato una stessa disciplina per i vari riconoscimenti dell'obiezione nelle varie leggi previste nel nostro ordinamento. Infatti la legge 772/1972 prevedeva l'obbligo per l'obiettore ad una prestazione personale sostitutiva del servizio di leva con l'irreversibilità della scelta, nel senso dell'impossibilità di una maturazione della propria obiezione di coscienza oltre i termini perentori fissati per legge; di diverso tenore è stata la scelta legislativa espressa nella legge 194, nella quale all'omessa

lo spazio di scelta individuale sia compatibile con l'ordinato svolgimento della vita sociale.

Ora, la questione dell'obiezione di coscienza, specialmente quando a farla valere è un professionista, al quale la legge impone dei doveri che possono configgersi con obblighi derivanti dalla sua coscienza, si propone in misura crescente per via della problematicità e della delicatezza dei temi bioetici e bio-giuridici che coinvolgono in modo nuovo e spesso controverso diritti fondamentali dell'uomo⁸.

Per quanto, di per sé, l'obiezione di coscienza possa essere invocata in molti settori della vita sociale, è soprattutto nell'ambito sanitario che si registrano con maggiore frequenza questioni che ne sollecitano un riconoscimento o quantomeno un dibattito su di essa e sulle sue implicazioni.

Parallelamente, l'espandersi dell'istanza di autodeterminazione, anche sul piano sanitario, contribuisce ad alimentare il conflitto tra diverse libertà nella misura in cui l'attuazione dell'autonomia del singolo soggetto esige la collaborazione di altri, specialmente di chi esercita un'attività professionale connotata da proprie specifiche finalità⁹.

Portando la nostra attenzione all'obiezione alle pratiche di interruzione volontaria della gravidanza si rileva il difficile equilibrio tra la tutela della salute di un individuo (la donna) – la quale si rivolge a qualcuno che per competenza ed esperienza è in grado di fornire una determinata attività professionale – e la tutela della libertà di chi presta tale attività (il medico) e decide di seguire la propria coscienza anche quando collimi con le richieste legalmente avanzate dalla paziente¹⁰, astenendosi in ragione della personale visione etica o religiosa, che non può essere misconosciuta¹¹.

previsione di una prestazione personale sostitutiva a quella rifiutata si riconosce la possibilità di un'obiezione tardiva da far valere oltre i termini fissati dalla legge. Vedi MODUGNO-D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, GI, 1990. Cfr. A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, op. cit., 253; Sul punto si veda anche G. DANESI, *l'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, 100-101.

8 F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: problema epocale*; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione al servizio militare alla bioetica*, 2011; V. TURCHI, *L'obiezione di coscienza nell'ambito della bioetica*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, XXXVII, 2008, 1436-1457.

9 Da qui si deduce che l'obiezione di coscienza non è solo un fenomeno individuale ma che si pone in quella, ad oggi, difficile relazione medico – paziente.

10 Così Parere CNB, *Obiezione di coscienza e bioetica*, pubblicato il 30 luglio 2012, 5-7.

11 Si tratta di uno strano conflitto che per le due parti che si contrappongono non dovrebbe neppure esistere, tanto ognuna di esse è convinta che le proprie ragioni

3. Come è noto è la legge 194 del 1978 che ha disciplinato, a pochi anni dalla sentenza n. 27 del 1975 della Corte Costituzionale¹², le pratiche dell'interruzione volontaria della gravidanza.

Nel corso del tormentato *iter*, da cui è scaturita la legge 194 del 1978¹³, l'obiezione di coscienza degli operatori sanitari si è imposta come uno dei poli dell'accordo faticosamente raggiunto dalle forze di maggioranza¹⁴. Il tentativo

siano al di sopra di ogni possibilità di contestazione.

Semplificate all'estremo, le due posizioni in conflitto sembrano entrambe inopugnabili: i medici obiettori si richiamano al diritto costituzionale della libertà di religione e di coscienza; gran parte delle donne e dei medici non obiettori considera illecita la situazione nella quale alcune Regioni si sono venute a trovare a causa dell'eccessivo numero di obiettori e che potrebbe comportare in un futuro relativamente vicino l'impossibilità di rispondere alla richiesta delle donne che vogliono abortire, sottolineando come questo diritto discenda da una legge dello Stato approvata nell'ambito della tutela della salute.

Se i cittadini sono titolari del diritto all'autodeterminazione e alla tutela della salute, i professionisti della cura hanno il dovere di assisterli, di accompagnarli in tutti i percorsi sanitari, ad aiutarli a capire, assistendoli nella scelta, rispettando le loro decisioni e garantendo loro il trattamento necessario. C. FLAMIGNI e M. MENGARELLI, *Nelle mani del dottore? Il racconto e il possibile futuro di una relazione difficile*, 2014, 55.

- 12 Con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. che puniva l'aborto di donna consenziente, nella parte in cui non prevedeva la possibilità dell'interruzione della gravidanza nel caso in cui fosse in serio pericolo la salute della madre, intesa in senso sia fisico che psichico. Prima della decisione della Consulta, l'unico caso in cui non si incorreva in alcuna conseguenza penale era quello in cui era applicabile la scriminante dello stato di necessità, disciplinata dall'art. 54 c.p.. La Corte Costituzionale ha perciò affermato che, in caso di pericolo per la salute, fisica o psichica, della madre fosse lecito effettuare un bilanciamento di interessi a suo favore, sacrificando il concepito. Si veda Corte Cost. 18/02/1975, in *Riv. It. Dir e proc. Pen.*, 1975, 566 con note di CRESPI, *L'aborto vivo e vitale negli auspici della Corte Costituzionale* e BOSCARELLI, *Corte Costituzionale e liberalizzazione dell'aborto*.

- 13 Relativamente all'obiezione di coscienza, già al Senato si posero vari problemi, al momento dell'approvazione della legge 194. Infatti era stato proposto un emendamento che prevedeva separatamente l'obiezione globale e l'obiezione al solo intervento che provocasse l'aborto. L'emendamento fu respinto per non prolungare l'iter della legge ed evitare l'eventuale ricorso a referendum, ma il problema rimane intatto. Infatti dopo l'approvazione della legge 194 e la conferma del diritto all'obiezione di coscienza per i medici vi erano (e ci sono ancora) gravi questioni morali non risolte, ossia: fin dove deve estendersi il rigoroso dovere morale di obiezione? All'intervento operatorio, all'attività dei consultori pubblici o anche alla certificazione medica prevista per ottenere l'aborto?

- 14 Ma anche successivamente alla promulgazione della legge il mondo dell'associazionismo critico e del dissenso cattolico reagiva con cautela ma con ottimismo.

era quello di realizzare un contemperamento tra la libertà di coscienza e altri due valori in conflitto: la salute della donna e il diritto alla vita del concepito.

L'oggetto dell'obiezione è individuato dall'art. 9 della legge 194, sia in positivo (attraverso l'indicazione delle attività da cui gli obiettori sono esonerati) sia in negativo (con riferimento alle prestazioni nei cui confronti l'obiezione non può essere invocata).

La determinazione in positivo è effettuata dai commi 1° e 3° dell'art. 9, i quali dispongono che il personale obiettore non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli artt. 5 e 7 ed agli interventi per l'IVG; ed è esonerato dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza¹⁵.

Per quanto riguarda l'individuazione in negativo occorre focalizzare l'attenzione sui commi 3° e 5° del medesimo articolo, da cui si ricava che l'obiezione non esonera dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento e che essa non può essere eccepita quando, data la particolarità delle circostanze, il personale intervento dell'obiettore sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

Nonostante questa pluralità di riferimenti complementari, la precisa determinazione dell'oggetto dell'obiezione risulta tutt'altro che agevole.

L'argomento scottante, in cui si incentrava la polemica cattolica, era la presunta contraddizione in cui cadeva la legge nella concessione dell'obiezione di coscienza ai medici. Sul versante cattolico molti singoli religiosi invitavano la comunità a respingere la legge, in particolare, il cardinale Benelli, nuovo vescovo di Firenze, che aveva ribadito la sanzione della scomunica da parte della Chiesa, ricordando che si trattava di un provvedimento di così particolare gravità che non tutti i sacerdoti avevano la facoltà di assolverlo.

Ma non bisogna fare di tutta l'erba un fascio, infatti il monsignor Bettazzi invitava il buon cristiano a cercare di valorizzare i lati nuovi e importanti della legge e ad essere attivo nei consultori e nelle strutture sociali. In tal modo Bettazzi pur mettendone in evidenza tutti i suoi limiti prendeva pubblicamente atto dell'utilità della legge, per lui utilissima a «risvegliare le coscienze».

Ancora, sull'obiezione di coscienza Stefano Rodotà temeva che il numero elevato di richieste potesse trasformarsi in un vero e proprio boicottaggio della legge sull'aborto (c'è da dire che le «paure» di Rodotà del '78 rispecchiano la situazione dell'obiezione di coscienza ad oggi). D'altronde un pericoloso precedente era stata la protervia con cui alcuni medici primari avevano continuato a rifiutare perfino l'aborto terapeutico. I motivi di un tale ostruzionismo erano non solo di riprovazione sociale o di fede: non si deve dimenticare che le strutture dell'assistenza ospedaliera facevano largamente parte del sistema di potere democristiano. V. G. SCIRÈ, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, 2008, 175-189.

15 Cfr. F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, op. cit.

Infatti le disposizioni contenute nei commi 1° e 3° presentano una certa disomogeneità. Mentre il comma 1° limita la portata dell'esonero alle procedure e alle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'IVG; il comma 3° si riferisce genericamente alle procedure di cui agli artt. 5 e 7 (senza distinguere le attività specificatamente e necessariamente rivolte all'intervento interruttivo da quelle sprovviste di una così diretta incidenza causale su esso).

Se ci si fermasse ad una interpretazione puramente letterale, dovrebbe prendersi atto della presenza di un'antinomia di assai problematica risoluzione. Da un punto di vista pratico le maggiori difficoltà di qualificazione riguarderebbero quelle attività che, pur inserendosi nella sequenza che mette capo all'intervento abortivo, non possono considerarsi specificatamente e necessariamente rivolte ad esso.

Ma si tratta di un'antinomia soltanto apparente. Svariati elementi inducono a ritenere che l'indicazione di cui al comma 1° adempia ad una funzione eminentemente descrittiva e che il centro di gravità della disciplina sia rappresentato dal comma 3°. Infatti la collocazione sistematica delle due disposizioni non è data dal caso: il comma 1° si occupa specificatamente della forma in cui deve essere proposta l'obiezione; il comma 3°, invece, ha come oggetto esclusivo l'individuazione delle attività delle quali sono esonerati gli obiettori.

Inoltre, un'eventuale interpretazione estensiva del comma 1° troverebbe ugualmente limite nella espressa previsione per cui l'esonero non si spingerebbe fino a ricomprendere l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento¹⁶.

Ma nemmeno in tal modo ogni difficoltà può ritenersi superata. Se leggiamo ancora più con attenzione il comma 3° notiamo che al suo interno sono stabiliti due diversi criteri circa l'individuazione dell'ambito coperto dall'obiezione e le attività da esso escluse: un criterio «finalistico», con il quale la legge include tra le attività da cui gli obiettori sono esentati, quelle che siano specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'IVG; ed un criterio «cronologico» in base al quale l'intervento vero e proprio è contrapposto all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

La zona grigia è costituita da tutte le attività che, pur essendo rivolte a provocare l'interruzione della gravidanza, risultano antecedenti all'intervento strettamente inteso. Tali attività per la loro connotazione finalistica

16 A. NAPPI, *I limiti oggettivi dell'obiezione di coscienza all'aborto*, in *Giur. It.*, 1984, II, 313 ss.

dovrebbero ritenersi coperte dall'obiezione, ma per la loro collocazione temporale potrebbero considerarsi escluse¹⁷.

La chiave di volta è data dallo stesso legislatore che nel qualificare il nesso eziologico tra le attività interessate dall'obiezione e l'IVG utilizza due avverbi: « specificatamente e necessariamente ».

Questi appaiono riferibili non ai comportamenti che occasionalmente possono inserirsi nella catena causale culminante nei singoli atti interruttivi, ma a quelli che per disposto normativo o per intrinseca attitudine trovino nell'interruzione volontaria della gravidanza la propria naturale o istituzionale destinazione¹⁸.

Ulteriormente problematiche, e talora in reciproco contrasto, sono state, poi, le soluzioni date dai giudici ordinari e dalla giurisprudenza amministrativa ad altri problemi sorti in relazione ai soggetti cui deve essere riconosciuta la facoltà di obiettare.

La legge 194, all'art. 9, riconosce tale facoltà al personale sanitario ed esercente le attività ausiliare. Secondo un indirizzo tendente ad interpretare in termini piuttosto ampi il dettato legislativo, il diritto all'obiezione di coscienza spetta a qualunque sanitario od esercente attività ausiliarie che venga chiamato anche occasionalmente a prendere parte alle procedure di cui gli artt. 5 e 7 o ad interventi speciali¹⁹.

Un indirizzo più restrittivo sembra invece delinearsi in sede penale, dove vi sono ritenuti colpevoli di reato di omissione o rifiuto di atti d'ufficio²⁰ (art. 328 c.p.) sia l'ostetrica che si era rifiutata di preparare il campo sterile²¹ per consentire al medico di compiere alcune attività preparatorie all'operazione abortiva²², sia il medico che si era rifiutato di effettuare un elettrocardiogramma preventivo ad un intervento di interruzione di gravidanza²³.

17 C. E. TRAVERSO, *Commento all'art. 9*, in *L'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 1978.

18 A. D'ATENA, *Commento all'art. 9 della legge 22 maggio 1978 n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 1659.

19 Più in particolare da tale diritto non possono essere esclusi i medici addetti ai servizi di laboratorio, quando le analisi vengono specificatamente richieste in stretta dipendenza con l'attività di IVG. Vedi T. A. R. Emilia Romagna, 29 gennaio 1981, n. 30 in Trib. Amm. Reg. 1981, I, 961.

20 LA CUTE, *L'obiezione di coscienza e il reato d'omissione di atti d'ufficio*, in *Giur. Mer.*, 1984.

21 Ossia di approntare su un tavolo il materiale occorrente, lasciandolo ivi e non di aiutare materialmente il medico a collocare in sede la candeletta.

22 Pret. Penne, 6 dicembre 1983, in *Giur. It.*, 1984, II, 314.

23 Pret. Ancona, 9 ottobre 1979, in *Giur. It.*, 1982, II, 973.

Secondo questo indirizzo, la norma che prevede l'obiezione di coscienza è nata per «salvaguardare la coscienza e la sensibilità di chi reputi l'aborto incompatibile con le proprie convinzioni morali»: l'atto dal cui compimento l'obiettore può legittimamente astenersi deve pertanto essere dotato di una sua intrinseca attitudine a turbare la coscienza dell'obiettore e ciò può avvenire solo quando l'atto sia direttamente ed astrattamente idoneo a produrre l'evento interruttivo e non certo con attività preparatorie e fungibili, non dotate di rilevanza causale diretta nel processo abortivo²⁴.

4. Se l'obiezione di coscienza all'aborto chirurgico ha sollevato tante problematiche, non è stata da meno l'obiezione di coscienza inerente l'aborto farmacologico²⁵. La controversia in questione investe l'uso di un nuovo farmaco, noto con la sigla RU-486²⁶, che consente di realizzare l'interruzione di gravidanza in alternativa all'intervento chirurgico²⁷.

In Italia la somministrazione di questo farmaco è consentita entro la settima settimana di gestazione (49 giorni) anziché entro la nona (63 giorni) come nel resto d'Europa. Si tratta specificatamente di un farmaco abortivo che induce l'eliminazione della mucosa uterina e dell'embrione che vi sia annidato²⁸. Per tali motivi e per le competenze necessarie alla sua sommi-

24 Pret. Penne, *op. cit.*

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

26 L. LIGUORI, *La pillola della discordia*, in *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, XIX, 2, 2011, 120; Cfr. M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *Il mifepristone*, in *Medicina e morale*, 2002, 1055 ss.; L. ROMANO, M.L. DI PIETRO, M. P. FAGGIONI, M. CASINI, *RU-486. Dall'aborto chimico alla contraccezione di emergenza. Riflessioni biomediche, etiche e giuridiche*, 2008; C. FLAMIGNI-C. MELEGA, *Ru-486, non tutte le streghe sono state bruciate*, Roma, 2010; A. MORRESI-E. ROCCELLA, *La favola dell'aborto facile. Miti e realtà della pillola Ru-486*, Milano, 2010.

27 La RU-486 è oggi disponibile in quasi tutti i paesi dell'Unione Europea, Italia compresa. L'iter della sua introduzione nel nostro paese è stato piuttosto travagliato, ma si è concluso positivamente nel 2009 con l'approvazione da parte dell'Agenzia Italiana del farmaco. Con la pubblicazione sulla G.U. dell'autorizzazione all'immissione in commercio, la RU-486 è entrata così a far parte dei farmaci che possono essere dispensati in regime ospedaliero e dall'aprile 2010 ha iniziato ad essere normalmente utilizzata in sostituzione dell'aborto chirurgico. Determinazione 24 novembre 2009, «Autorizzazione all'immissione in commercio del medicinale per uso umano Mifegyne».

28 B. PEZZINI, *Inizio ed interruzione della gravidanza*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, a cura di S. Canestrari-G. Ferrado- M.C. Mazzoni- S. Rodotà- P. Zatti, 2011, 1686.

nistrazione e al controllo dei suoi effetti, l'uso della RU-486 in Italia viene ospedalizzato e non ne è consentita la vendita al pubblico nelle farmacie²⁹.

Infatti, i limiti posti dall'art. 8 della legge 194 non ne avrebbero consentito un diverso utilizzo, giacché la legge del 1978 muove dalla necessità che la donna durante l'intero procedimento abortivo sia assistita da un medico del servizio ostetrico-ginecologico³⁰.

4.1. Relativamente al binomio «obiezione-aborto farmacologico», prendiamo qui in considerazione la sentenza della Corte di Cassazione VI Sez. Penale del 02/04/2013 n. 14979. L'impatto di questa pronuncia sull'argomento di cui si tratta ha riportato a galla, ovviamente, le vecchie divisioni e conseguenti dibattiti tra i *pro-choice* e i *pro-life*³¹. Infatti c'è chi ha letto tale decisione come «una ingiusta obiezione all'obiezione di coscienza»³² e chi ha visto lo stesso come un ulteriore traguardo in tema di IVG.

29 Il Consiglio di Amministrazione dell'Agenzia italiana del farmaco con determinazione 24.11.2009, n. 1460 ha autorizzato l'immissione in commercio del medicinale mifepristone (Mifegyne): cfr. *G. U.*, 9.12.2009, n. 286, *Supplemento Ordinario*, n. 229, 58. Nel provvedimento di autorizzazione, all'art. 3, viene stabilito che «L'impiego del farmaco deve trovare applicazione nel rigoroso rispetto dei precetti normativi previsti dalla Legge 22 maggio 1978, n. 194 a garanzia e a tutela della salute della donna; in particolare deve essere garantito il ricovero in una delle strutture sanitarie individuate dall'art. 8 della citata Legge 194/78 dal momento dell'assunzione del farmaco fino alla verifica dell'espulsione del prodotto del concepimento. Tutto il percorso abortivo deve avvenire sotto la sorveglianza di un medico del servizio ostetrico ginecologico cui è demandata la corretta informazione sull'utilizzo del medicinale, sui farmaci da associare, sulle metodiche alternative e sui possibili rischi connessi, nonché l'attento monitoraggio onde ridurre al minimo le reazioni avverse segnalate, quali emorragie, infezioni ed eventi fatali [...] È rimesso alle autorità competenti, nell'ambito delle proprie funzioni, di assicurare che le modalità di utilizzo della specialità medicinale Mifegyne ottemperino alla normativa vigente in materia di interruzione volontaria di gravidanza e alle disposizioni di cui sopra» (*Determinazione 24 novembre 2009, op. cit.*, 59-60).

30 Una nota critica su questo aspetto è espressa da G. Brunelli *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, *op. cit.*, 837.

31 Sul tema dell'aborto si veda almeno G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, scritti in onore di Lorenza Carlassare a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, 2009.

32 Con la relativa domanda: «perché tanto accanimento contro i medici obiettori di coscienza?». Vedi C. CASINI e M. CASINI, *Una nuova riflessione sul significato dell'obiezione di coscienza alla luce di una sentenza ingiusta*, in *Medicina e Morale*, 2013.

Il caso giudiziario che ha suscitato ampi dibattiti, sia senso in negativo che in positivo, riguardava un aborto praticato mediante somministrazione della RU-486³³ e nasceva dal rifiuto di una guardia medica di assistere la paziente durante la fase di espulsione dell'embrione, quindi quando il farmaco era stato già assunto e l'interruzione della gravidanza si era già verificata.

È chiaro che la totale riconducibilità dell'utilizzo di questo medicinale alla disciplina generale di cui alla legge 194 e, in particolare, alle procedure dalla stessa contemplate, garantisce al sanitario la possibilità di invocare la clausola di coscienza di cui all'art. 9, ma nel rispetto di tutte le condizioni ivi previste.

La sentenza in esame si è principalmente occupata di verificare se il diritto all'obiezione di coscienza sia stato invocato, nel caso di specie, nel rispetto dei requisiti e dei limiti previsti dalla legge³⁴.

Orbene, premesso che l'obiezione può essere invocata solo in relazione ad attività di assistenza posta in essere durante l'intervento (fase nella quale anche un mero atto di assistenza sarebbe da considerarsi come specificatamente e necessariamente correlato all'intervento abortivo), e non riguardo ad una fase di assistenza successiva, la Corte di Cassazione ha ritenuto tale comportamento non coperto dalla clausola di coscienza e, quindi, pienamente sussumibile nella fattispecie di reato di cui all'art. 328 c.p.³⁵.

33 L'aborto farmacologico con mifepristone (RU 486) richiede un monitoraggio attento della condizione fisica e psichica della donna. Una volta assunto il mifepristone, è la donna in primis che deve monitorare l'andamento del processo: il farmaco infatti, pur garantendo un'alta percentuale di successo, può in rari casi non produrre l'effetto desiderato, e in caso di mancato aborto entro 36-48 ore dall'assunzione del mifepristone la donna deve assumere un prostaglandinico. Segue quindi un'ulteriore visita dopo 14-21 giorni per accertare l'avvenuta espulsione dell'embrione. Nella maggior parte dei casi il sanguinamento inizia 24-48 ore dopo la somministrazione del mifepristone, e solo in un piccolo numero di pazienti (3%) l'espulsione delembrione avviene prima di prendere la prostaglandina. Il sanguinamento dura in media una decina di giorni e l'espulsione dell'embrione può avvenire da entro poche ore dalla somministrazione della prostaglandina fino a qualche giorno dopo.

34 A tal riguardo occorre ricordare che, come già osservato in precedenza, l'art. 9 della legge 194/78 subordinava il riconoscimento del diritto all'obiezione a determinati limiti ed al rispetto di specifiche modalità di esercizio, in quanto l'esonero del personale sanitario si riferisce alle sole attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'IVG e non all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

35 Per quanto riguarda la mancanza del requisito richiesto dall'art. 328 c.p. sul «rifiuto indebito» affinché si possa integrare il reato in questione la Suprema Corte è stata ancora più precisa. Il reato deve ritenersi pienamente «integrato» in quanto: il rifiuto ha riguardato un atto sanitario, peraltro richiesto con insistenza da personale infermieristico e medico, in una situazione di oggettivo rischio per la

Con ciò il giudice di legittimità ha integrato quanto già precedentemente dichiarato sia in primo grado dal Tribunale di Pordenone sia in secondo grado dalla Corte d'Appello di Trieste: si osservava, infatti, che l'aborto era già stato indotto da altro sanitario mediante la somministrazione della RU-486 e l'assistenza richiesta non riguardava una fase diretta a determinare l'IVG³⁶, bensì una fase successiva (c.d. secondamento) nella quale il feto doveva essere espulso dal corpo della donna³⁷.

paziente che non aveva ancora espulso la placenta, essendo del tutto irrilevante che le condizioni di salute non sono risultate particolarmente gravi: in questi casi il medico ha comunque l'obbligo di recarsi immediatamente a visitare il paziente al fine di valutare direttamente la situazione, soprattutto se a richiedere il suo intervento sono soggetti qualificati – come è accaduto nella specie –, in grado cioè di valutare la effettiva necessità della presenza del medico; peraltro, che fosse necessario un medico è dimostrato dal fatto che, dopo il rifiuto dell'imputata, è dovuto intervenire il dottor G., primario del reparto e obiettore anch'egli, che l'ha assistita nella fase finale del secondamento eseguita manualmente.

- 36 Di parere contrario sono CARLO CASINI E MARINA CASINI, *Una nuova riflessione sul significato dell'obiezione di coscienza alla luce di una sentenza ingiusta*, op. cit., descrivono un diverso ragionamento sulle diverse fasi dell'IVG mediante aborto farmacologico. Dal punto di vista giuridico il caso in esame propone due questioni: se la fase di espulsione del feto e quella del secondamento facciano parte dell'intervento abortivo; e se ai fini dell'obiezione di coscienza debbano essere considerate come unico evento, oppure momenti distinti e come tali sottoposti a diverso regime. In primis gli autori si soffermano su cosa si intende per momento finale dell'intervento. Un intervento termina quando si esauriscono tutte le manipolazioni che si susseguono senza soluzione di continuità e che sono necessariamente collegate all'intento perseguito. Da questo presupposto i Casini sostengono che l'interruzione della gravidanza termina quando tutti gli effetti del concepimento e dell'aborto sono rimossi dal corpo della donna. Nel caso esaminato l'intervento abortivo non si era ancora concluso in quanto non c'era stata ancora l'espulsione del feto e della placenta. Il ragionamento portato avanti con vigore da Carlo e Marina Casini è diretto a dimostrare come tutto l'intervento (nell'aborto farmacologico) sia coperto dalla «clausola di coscienza». Posizione nettamente contraria rispetto a quella dei giudici della Corte di Cassazione Sezione Penale, secondo i quali la fase del c.d. secondamento è una fase conseguente all'intervento e per questo la ginecologa obiettrice doveva intervenire in quanto questa attività conseguente non è coperta dall'obiezione di coscienza. C. CASINI E M. CASINI, *Una nuova riflessione sul significato dell'obiezione di coscienza alla luce di una sentenza ingiusta*, op. cit., 2013.

- 37 Deve quindi ritenersi sussistente il dolo del medico ginecologo in quanto pienamente consapevole del proprio rifiuto che si è manifestato anche dopo l'intervento del primario e del direttore sanitario. Scrive la Cassazione che il medico «ha negato l'assistenza ad un paziente interpretando le norme della legge 194 nella parte riguardante l'obiezione di coscienza in modo limitato e strumentale, tale

Muovendo da tale considerazione, la Corte giunge a respingere altresì l'argomentazione sostenuta dalla difesa dell'imputata, secondo la quale la stessa non sarebbe intervenuta in quanto la paziente non si sarebbe trovata in imminente pericolo di vita. In realtà, la norma che prevede l'obbligo per l'obiettore di garantire in ogni caso la prestazione sanitaria quando essa sia indispensabile per salvare la vita della donna³⁸ trova applicazione soltanto qualora detta prestazione sia richiesta durante l'intervento abortivo, e non certamente rispetto alla fase antecedente e successiva allo stesso, nelle quali la clausola di coscienza, come già osservato, non opera affatto.

Inoltre, nell'ottica della tutela della salute, unica vera finalità del servizio sanitario nazionale, non è costituzionalmente ammissibile una separazione tra medico non interventista «per la vita» e medico interventista «per la morte», laddove, invero, il diritto dell'obiettore deve necessariamente affievolirsi, fino a scomparire, di fronte al diritto della donna in imminente pericolo a ricevere le cure per tutelare la propria vita e la propria salute³⁹.

In definitiva, la decisione della Suprema Corte non fa altro che declinare -rispetto ad un caso nuovo dal punto di vista della tecnica medica (aborto farmacologico e non chirurgico) e non già quanto a rilievo giuridico – regole e criteri di valutazione già noti e chiaramente espressi nella legge 194/78.

La Corte, infatti, una volta di più riconosce il diritto all'obiezione di coscienza entro lo stretto limite delle attività mediche dirette a provocare l'IVG e coincidenti, nell'aborto farmacologico, con le sole pratiche di predisposizione e somministrazione dei farmaci abortivi, con l'esclusione dunque di quelle attività utili ad impedire il verificarsi di un pregiudizio alla salute di un paziente⁴⁰.

da non poter essere giustificata in relazione a convinzioni religiose, comunque in contrasto con gli obblighi derivanti dalla stessa professione medica».

38 G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto*. Saggi, 1993, 20.

39 Inoltre, sul diritto alla vita e sull'esistenza di una legge naturale obiettiva non derogabile in sede civile D. MILANI, *Quando l'interruzione della gravidanza solleva ancora discussioni nello Stato e nella Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), 2012, 20 ss.

40 Tenendo sempre a mente, da un lato, cosa enuncia l'art. 9 della legge 194 e dall'altro, il contenuto delle sentenze precedentemente analizzato l'idea di base che si vuole sostenere è che per poter giustificare un'esenzione, tra convinzioni e azioni ci deve essere un nesso tale per cui l'azione compiuta da un agente causa direttamente uno stato di cose contrario alle convinzioni dell'agente medesimo. Non basta, quindi, che un'azione si limiti a rendere possibile o a favorire o a essere parte di un processo che conduce a quello stato di cose, come nel caso della semplice prescrizione della RU-486.

Tale interpretazione restrittiva conduce necessariamente tanto a rigettare la tesi secondo cui l'obiezione di coscienza può essere sollevata in riferimento all'intero procedimento di IVG quanto ad evitare che il diritto all'obiezione di coscienza possa risolversi, di fatto, in un'imposizione di coscienza. Ciò si verifica nei casi in cui un'omissione di comportamenti doverosi pone immediatamente a repentaglio altrui diritti fondamentali, senza che sia possibile, sul piano obiettivo (ad es. stante l'urgenza), contare in un adeguato intervento sostitutivo di altri soggetti tenuti ad erogare la prestazione⁴¹.

Partendo da questa considerazione, nel caso dell'aborto farmacologico è l'assunzione della RU-486 e non la sua prescrizione ad avere un legame casuale diretto con l'interruzione volontaria di gravidanza.

Pertanto è fuorviante ridurre a un conflitto tra due opposte convinzioni la situazione in cui vi è da un lato un medico contrario alla prescrizione della RU-486, perché contrario all'aborto, e dall'altra una donna che vuole abortire con la RU-486. Questo non perché le due convinzioni non siano in conflitto né perché una delle due sia migliore dell'altra ma perché sussiste un'importante differenza in termini causali tra le azioni del medico e della donna che conseguono da tali convinzioni. Così un medico che si astenesse dal prescrivere la RU-486, esercitando obiezione, impedirebbe alla donna di agire secondo le proprie convinzioni, violando così l'autodeterminazione della stessa in tema di scelte riproduttive; mentre una donna che assumesse la RU-486 non impedirebbe al medico di agire secondo le proprie di convinzioni dal momento che ciò non comporterebbe per il medico l'esecuzione di un aborto.

Quindi, consentire ai medici di esercitare l'obiezione di coscienza circa la prescrizione della RU-486 può significare correre il rischio di dover ampliare il numero dei soggetti ricompresi nella categoria indicata nella stessa legge 194; in linea di principio in una situazione analoga a quella dei medici finirebbero per trovarsi tutte quelle altre persone che sono inserite nel processo che pone la RU-486 nella disponibilità delle donne (Un caso banale potrebbe essere quello dei corrieri che consegnano farmaci ad ospedali e farmacie. L'unica differenza tra medici e corrieri riguarda il diverso momento in cui si attua il loro coinvolgimento nella catena causale, essendo l'operato del corriere antecedente sul piano temporale rispetto a quello del medico. Sul piano del principio però diventa difficile stabilire perché la situazione del corriere dovrebbe essere diversa da quella del medico e perché dunque ad un corriere antiabortista dovrebbe essere negato il diritto ad esercitare obiezione di coscienza per ciò che trasposta, se tale esercizio è garantito al medico per ciò che prescrive). Una posizione siffatta avrebbe il pregio della coerenza. Ma come per tutte le cose c'è sempre il rovescio della medaglia, in quanto allargare le maglie per l'esercizio dell'obiezione di coscienza, ampliando la platea dei soggetti che la possono richiedere e/o estendendo gli ambiti del suo esercizio, ostacola parecchie attività e a volte addirittura le sottopone al rischio di paralisi.

41 F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, op. cit.

5. Dopo aver analizzato la specifica vicenda giurisprudenziale relativa all'obiezione alle pratiche di IVG, dovrebbe essere chiaro quali sono le implicazioni giuridiche e propriamente costituzionali del caso. Esemplificando e semplificando si potrebbe dire che, a monte del caso, sussiste un quesito alquanto spinoso e irrisolto, ossia se esiste un vero e proprio diritto costituzionale all'obiezione di coscienza⁴².

La definizione concettuale dell'obiezione e la sua ricostruzione unitaria all'interno dell'ordinamento giuridico statuale è compito arduo e mai de-

42 Il documento del CNB del 2012 sostiene che l'obiezione di coscienza è «costituzionalmente fondata con riferimenti ai diritti inviolabili dell'uomo, e va esercitata in modo sostenibile; essa costituisce un diritto della persona e una istituzione democratica necessaria per tenere vivo il senso della problematicità riguardo ai limiti della tutela dei diritti inviolabili; quando essa inerisce ad una attività professionale, concorre ad impedire una definizione autoritaria *ex lege* delle finalità proprie della stessa attività professionale». Sempre secondo il documento la tutela dell'obiezione di coscienza, per la sua stessa sostenibilità nell'ordinamento giuridico, «non deve limitare né rendere più gravoso l'esercizio di diritti riconosciuti per legge né indebolire i vincoli di solidarietà derivanti dalla comune appartenenza al corpo sociale».

Il tentativo è quello di offrire una soluzione di compromesso motivata dal principio che in democrazia è necessario accettare anche le leggi che non ci piacciono e di costruire al contempo un meccanismo forte, che nobiliti l'obiezione di coscienza come un «bene collettivo».

In questa visione l'obiezione di coscienza è prima fondata sul piano morale e poi sul piano dei diritti costituzionali: prima ci sono i valori e poi la legge dello Stato. In questo senso non ci sarebbe nemmeno la necessità di regolare attraverso una legge, almeno in campo sanitario, visto che si tratta di tutelare un valore collettivo. L'obiezione diventa così una istituzione democratica perché garantisce diritti inviolabili sanciti dalla Costituzione (artt. 2, 3, 10, 19 e 21).

La conclusione del CNB non è priva di originalità e merita di essere riportata: esistono leggi creontee (il riferimento è alla tragedia di Antigone) che possono essere legittime e persino democratiche, ma che sono state approvate senza alcun riguardo per la morale di senso comune e nei confronti delle quali l'obiezione è più che legittima, perché fornisce qualità alla democrazia, pone riparo ad un grossolano errore del legislatore e rende la norma accettabile anche per le minoranze (Cfr. C. FLAMIGNI- M. MENGARELLI, *Nelle mani del dottore? Il racconto e il possibile futuro di una relazione difficile*, 2014, 58).

Cosa non convince in questa analisi? È l'apalissiano che il CNB utilizza parole pesanti come macigni (riconoscendo l'obiezione come strumento rimediale nei confronti di un legislatore che erroneamente ha introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto dell'IVG), soprattutto in un'epoca, la nostra, dove fioccano riconoscimenti di qualsiasi tipo di diritti. Non è chiaro per chi scrive quale sarebbe stato l'errore per il CNB commesso dal legislatore: forse dar vita a quel diritto all'autodeterminazione insito nella figura della donna?

finito⁴³. Trattasi, infatti, di un fenomeno sociale mutevole nei significati, dinamico negli scopi che persegue, di diversa estensione e profondità nelle manifestazioni.

In primo luogo, l'obiezione è fenomeno tipicamente individuale. All'eteronomia della legge, del comando legale, l'obiettore oppone un imperativo, dettatogli dalla propria coscienza, a cui non può sottrarsi, correndo il rischio di non essere più se stesso. Alla *lex fori*, ossia la giurisdizione del foro esterno, l'obiettore oppone la *lex poli*, la legge della coscienza⁴⁴.

L'obiezione di coscienza, quindi, non può qualificarsi come "lo scatto di un momento", non è un atto saltuario, ma deve essere una decisione maturata, in accordo interiore con un modo di pensare generale sulla vita e sull'umanità, sia esso religioso, sociale, morale⁴⁵.

43 In molti hanno tentato di dare una definizione puntuale di obiezione di coscienza, tra cui S. Prisco che ha definito la stessa come «tecnica diffusa, nel rapporto in democrazia tra diritti soggettivi e doveri costituzionali, al fine della possibile composizione della conflittualità coesistente al pluralismo ideale delle società contemporanee»; oppure c'è chi riconosce (R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza*, in *Dir. Eccl.* I, 1983, 323 ss.) l'obiezione come «la dimensione positiva della libertà di coscienza» intesa come libertà di ciascun consociato di agire, nell'ambito della propria vita di relazione, secondo i dettami della propria coscienza. Il riconoscimento dell'obiezione, in questi termini, comporta l'attuazione del fondamentale principio della libertà di coscienza e costituisce pertanto il doveroso riconoscimento di un diritto fondamentale di libertà.

44 L'obiezione di coscienza ha per oggetto singole norme e non l'ordinamento nel suo complesso. Infatti, l'obiettore non mette in discussione la validità della legge in quanto tale o dell'ordinamento giuridico nel suo complesso e neppure la legittimità dell'autorità statale, ma chiede di poter non obbedire alla legge per poter agire in modo coerente rispetto ai propri valori morali. L'obiettore manifesta, testimonia le proprie aderenze a principi di moralità individuale, oppone ragioni di coscienza al rispetto di una norma che si considera contraria alle proprie convinzioni, senza quindi ricorrere a principi di giustizia costituzionale necessariamente condivisi in una società. Nel caso in cui l'intento sotteso sia quello di resistenza alla legge, non si dovrà parlare di obiezione di coscienza ma di «disobbedienza civile», un atto questo di vera e propria contestazione politica, che travalica la dimensione individuale per dare luogo ad un movimento di protesta organizzata tendente ad esercitare sui detentori del potere politico una pressione per ottenere mutamenti normativi.

Alla luce di ciò, in una società democratica e liberale vi può essere spazio per aperte e non dissimulate manifestazioni di disobbedienza civile ma non ve ne può essere alcuno per la disobbedienza civile che travestita da obiezione di coscienza pretende di esonerare chi disobbedisce alla legge dalle conseguenze delle sue scelte per farne pagare il prezzo e di fatto imporle agli altri cittadini.

45 L'espressione stessa di coscienza, che qualifica l'obiezione, presuppone una meditata scelta di un gesto coerente con tutta la personalità e la vita dell'obiettore.

Come abbiamo precedentemente accennato, la Costituzione italiana non prevede espressamente il diritto di obiezione di coscienza; sul punto, in dottrina, si sono succedute diverse ricostruzioni, volte ad un graduale riconoscimento e qualificazione della libertà di coscienza.

È indispensabile muovere dal problema del rapporto tra obiezione di coscienza ed obbedienza alla legge. Considerata in generale, l'obiezione di coscienza pone un problema nodale per la democrazia: ossia, se è possibile far coesistere da un lato la valenza democratica e garantistica della legge, e dall'altro, il rispetto della coscienza sociale.

Una prima, ed iniziale, soluzione è quella che nega alla radice la possibilità di risolvere il rapporto coscienza – ordinamento in termini crescenti di libertà, circoscrivendo il problema di coscienza entro la sola sfera morale individuale, che deve cedere alla norma di condotta imposta dall'ordinamento.

In tale prospettiva vi è il disconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza in quanto ciò assumerebbe inevitabilmente i connotati di un fattore di disgregazione dell'ordinamento giuridico⁴⁶.

L'orientamento appena descritto, che considera soccombenti le esigenze della coscienza a fronte di un dovere giuridico di obbedienza, cede ormai il passo a differenti ricostruzioni dottrinali che, partendo da presupposti

«Coscienza» identifica la personalità globale dell'obietto, il suo essere, proprio in forza delle ragioni professate, quella data persona. A. CAPITINI, *L'obiezione di coscienza in Italia*, Manduria, 1959, 13-14. Su per cosa si intende per coscienza cfr. P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in *Notizie di Politeia*, 2011, che intende la stessa come un insieme di precetti oggettivi e assoluti che ogni individuo riceve dall'esterno; R. MAZZOLA, *Coscienza come soggetto di diritto. L'uso del foro interno nei rapporti fra Stato e confessioni religiose*, in *Notizie di Politeia*, 2011, dove inquadra la coscienza come il complesso dei precetti e delle convinzioni che vengono ad assumere un ruolo determinante nella costruzione della personalità di ogni soggetto e nella salvaguardia della sua dignità solo se questi ha liberamente scelto di accettarli e di farli propri.

46 Cfr. A. PUGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. pubbl.*, X, Torino, 1995; allineati su questa posizione PIGLIARU, *Promemoria sull'obiezione di coscienza*, in *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Milano 1968., 646; CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, FI, 1950, II, 47 ss.; A. D'ATENA, *Commento all'art. 9 l. 22-5-1978 n. 194*, NLCC, 1978, 1651 ss.; BERTOLINO, *Obiezione di coscienza, I) Profili teorici*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990; GEMMA, *Brevi note critiche contro l'obiezione di coscienza*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, a cura di Botta, *Atti del convegno, Modena, 31 novembre – 1 dicembre 1990*, Milano, 1991, 319 ss..

concettuali diversi, arrivano a costruire schemi giuridici a garanzia della libertà di obiettare in nome della propria coscienza.

Una differente letteratura riconosce l'obiezione di coscienza come «scelta propedeutica all'obbedienza consenziente»⁴⁷, ovvero il presupposto di tale obbedienza consiste nell'attuazione di un procedimento di comparazione, interno al soggetto, tra norma giuridica e norma interiore, ed il rischio di tale confronto (cioè la decisione di disobbedienza alla legge per ragioni di coscienza) verrà accettato dall'ordinamento come elemento non di disaggregazione, bensì di maturazione giuridica e sociale⁴⁸.

In questa prospettiva si riconosce all'obiezione di coscienza un aggancio costituzionale, individuato negli artt. 2, 9 e 21 Cost., e si ricostruisce la dialettica coscienza – ordinamento secondo una direttrice ascendente (l'obiezione nasce dal singolo e può imporsi all'ordinamento giuridico come eccezione riconosciuta o come nuova regola generale).

Oltre l'obiezione di coscienza si configurerebbe come diritto soggettivo, ossia non sarebbe un autonomo diritto costituzionalmente riconosciuto e direttamente azionabile, ma godrebbe di una tutela riflessa, essendo necessaria per la sua legittimità e il suo legittimo esercizio la c.d. interposizione legislativa, cioè una espressa previsione e disciplina legislativa⁴⁹.

47 Obbedienza che deriva dalla libera adesione ai valori espressi nella legge.

48 F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, op. cit.; Cfr. ROSSI, *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in AA. VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, 1989, 71 ss.; «obbedienza consenziente» è definizione di PASSERIN D'ENTREVES, *Legittimità e resistenza*, in Studi Sassaresi, III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1973, 35; Si veda anche PIGLIARU, *Promemoria sull'obiezione di coscienza*, in *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Milano 1968.

49 Questo processo argomentativo è stato portato a compimento prima nella sentenza n. 196/87 e successivamente nella sentenza n. 467/1991, dove la centralità della coscienza e dei suoi diritti è affermata a chiare lettere quale valore costituzionale rilevante in sé e come prodromo essenziale all'esercizio di altre libertà fondamentali e di altri diritti inviolabili. La protezione della coscienza a livello dei valori costituzionali si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 Cost; il che spinge la Corte ad affermare il corollario secondo il quale quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti. La Corte dunque riconosce una robusta copertura costituzionale ai diritti della coscienza, connotandoli tra i diritti a un tempo «trasversali» (perché ricompresi nella portata semantica di più ampi diritti espressamente riconosciuti in Costituzione) e «strumentali» (giacché la loro mancanza o compressione porterebbe con sé una diminuzione del significato effettivo e della garanzia di altri diritti enumerati nel

Ulteriore orientamento dottrinale⁵⁰ sostiene che l'apparente antinomia tra obbedienza alla legge ed obiezione di coscienza possa essere risolta in termini ancora più avanzati di tutela, giungendo a qualificare l'obiezione stessa come diritto dell'uomo costituzionalmente garantito e direttamente azionabile⁵¹. Tale diritto viene fondato sulla libertà di coscienza, che implica il duplice diritto non solo di non ricevere imposizioni nella formazione dei propri convincimenti, ma di tenere comportamenti esterni secondo i dettami della propria coscienza, poiché è innanzitutto nelle manifestazioni esterne che deve estrinsecarsi la libertà giuridica di coscienza. Tale libertà viene ricostruita in termini di vero e proprio diritto soggettivo anche se non fondato su singoli disposti costituzionali, essendo nessuno di essi di per sé esaustivo, ma attraverso una interpretazione sistematica delle stesse⁵².

testo costituzionale). Si tratta ora di verificare se questa copertura costituzionale legittimi una ricostruzione dell'obiezione di coscienza, quale protezione esterna della coscienza individuale, come diritto costituzionale immediatamente azionabile o, piuttosto come situazione soggettiva necessitante di un riconoscimento legislativo. Se ne deduce che l'esserci o meno un testo legislativo segna lo spartiacque tra una condotta obiettante giuridicamente lecita ovvero sanzionata. Nel complesso la giurisprudenza costituzionale sembra privilegiare quello che si è definito come il processo ascendente di ricomposizione dell'antinomia apparente tra obbedienza alla legge e obiezione di coscienza: questa è certamente una estrinsecazione della libertà di coscienza costituzionalmente protetta, ma passa attraverso un riconoscimento legislativo per venire legittimamente a giuridica esistenza nell'ordinamento.

50 Tale ultimo orientamento prende le mosse da un'articolata riflessione sul modo di essere proprio di uno stato laico e pluralistico, qual è il nostro. Che riconosce e garantisce le condizioni istituzionali del confronto e del conflitto tra ideologie e culture diverse, senza né poter né dover prendere parte per l'una o l'altra. Cfr. S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, 1986; G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, a cura di R. Botta, *Atti del Convegno di studi, Modena, 30 novembre – 1 dicembre 1990*, Milano, 1991, 28 ss.; GUERZONI, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà*, op. cit., Milano 1991.

51 Per quanto non sia automatico riconoscere ad un diritto inviolabile una tutela come diritto soggettivo perfetto è arduo negare tale consistenza alla posizione soggettiva dell'obiettore. I limiti che ad essa potrà opporre il legislatore saranno solo quelli ricavabili attraverso l'impiego delle tecniche di bilanciamento con altre situazioni soggettive o beni egualmente tutelati in Costituzione, il che porta tanto ad affievolire la tutela del diritto in questione, quanto a contemperarla necessariamente con quella di altri. Vedi S. PRISCO, *La metamorfosi dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, GiC, 1989, II, 577 ss.

52 Quali in particolare: 1) l'art. 19 Cost., poiché il diritto di libertà religiosa non può non comprendere la libertà di coscienza, che è il fondamento di tale diritto (anche se tale articolo è di per sé insufficiente, perché legittima l'obiezione religiosa, ma

Questa prospettiva ricompone la dialettica coscienza – ordinamento secondo una direttrice discendente (l'obiezione preesiste o comunque informa l'ordinamento, i cui obblighi vanno disciplinati in modo da non mettere a repentaglio il diritto di essere fino in fondo se stessi) esattamente opposta a quella precedentemente illustrata⁵³.

Queste teorie poggiano sul presupposto che lo scopo del diritto (o meglio di uno Stato Costituzionale maturo, fondato sull'assunto di base della dignità della persona) è quello di dare «soluzione» ai conflitti che nascono continuamente in un ordinamento dove il diritto risulta contaminato da ulteriori fattori come la politica e la realtà sociale.

Da un'altra prospettiva vi si è evidenziato⁵⁴ che i conflitti che attraversano il corpo sociale definiscono la dinamica e lo sviluppo degli ordinamenti giuridici concreti e taluni di essi possono rimanere irrisolti. Siamo di fronte ai c.d. «conflitti irriducibili», dotati di una propria autonomia concettuale, e che rappresentano il prodotto di una specifica evoluzione storica. Tale teoria è consustanziale ad uno Stato costituzionale connotato dal «pluralismo» di valori, e di una forma di Stato in cui si ammettono conflitti al proprio interno che non si pretende di comporre⁵⁵.

non anche quelle etica e filosofica); 2) l'art. 21 Cost., perché la libertà di manifestazione del pensiero comprende anche l'estrinsecazione dei propri convincimenti religiosi, etici, filosofici; 3) l'art. 13 Cost., poiché la libertà psicofisica della mente e del corpo, nella loro inscindibile unità, comprende anche la libertà di coscienza, nella duplice dimensione suddetta: di libertà di non ricevere imposizioni nella formazione dei propri convincimenti e di tenere comportamenti esterni secondo i dettami della propria coscienza. E col riconoscere i diritti dell'uomo come inviolabili, l'art. 2 Cost. eleva a diritto inviolabile dell'uomo anche la libertà di coscienza: 1) sia esso costruito già sulla base dei suddetti articoli della Carta costituzionale; 2) sia esso comunque costituzionalizzato attraverso la clausola aperta dell'art. 2, pronta a recepire i diritti della persona via via emergenti.

53 A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, op. cit., 247.

54 Si veda G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.

55 Sul punto si veda I. BERLIN, il quale propone di fronte al pluralismo dei valori di non cercare una soluzione unica che possa rispondere a come è meglio vivere, proponendo invece una ricerca di equilibrio tra i diversi valori e diversi beni, cercando di ridurre i conflitti, per giungere ad una società accettabile riferita a valori di giustizia condivisi. Berlin inoltre afferma che nonostante fini e valori siano certamente molti fanno riferimento comunque tutti all'uomo e quindi è possibile costituire un equilibrio sociale che non comporti prese di posizioni e che abbia come fine il riunire le diverse visioni del mondo. Cfr. anche ROSS E PRICHARD, (che hanno avuto una certa influenza sulla formazione di Berlin), i quali accettavano come un dato irriducibile dell'esperienza morale, l'esistenza di una pluralità di principi che possono configgere generando direttive di comportamento incompatibili.

Per questa dottrina l'obiezione di coscienza viene ad essere, tra le altre ipotesi⁵⁶, un esempio di conflitto irriducibile⁵⁷.

L'obiezione, se prevista dall'ordinamento, assume, dunque, le vesti dell'eccezione alla regola stabilita e può essere legittimamente invocata dai singoli: in tal caso è lo stesso ordinamento a riconoscere un'impossibile composizione tra principi di ordini diversi⁵⁸. Lo Stato stabilisce una regola ma poi ammette la sua eccezione rinunciando a far valere l'assolutezza e la generalità dei suoi precetti. È la rinuncia dell'ordinamento stesso a far valere le proprie norme a favore di quelle dell'altro ordinamento che legittima un comportamento individuale altrimenti illegittimo⁵⁹.

In ogni caso, quale che sia l'orientamento al quale si aderisce e anche laddove si intenda qualificare l'obiezione di coscienza come un diritto, si impone la necessità di definire le condizioni per un esercizio legittimo della stessa ovvero è necessario tracciare invalicabili confini entro i quali il fenomeno dell'obiezione va mantenuto⁶⁰.

tibili. In secondo luogo, entrambi ritenevano che non ci siano regole di priorità che consentano di stabilire quale dei principi che sarebbero rilevanti in astratto sia quello che ha il peso maggiore in una determinata situazione.

56 Come: la rivolta, la ribellione, la lotta partigiana, terrorismo, resistenza e disubbidienza.

57 L'obiezione di coscienza si configura come l'adozione di una tecnica regolativa del pluralismo negli ordinamenti democratici. Si veda S. PRISCO, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in www.rivistaaic.it, 08 ottobre 2007.

58 Emblema di tale situazione viene ad essere il confronto tra Antigone e Creonte nella tragedia Sofoclea, dove l'incontro/scontro tra dovere imposto dalla coscienza e dovere imposto dalla legge viene ad essere il paradigma dell'obiezione di coscienza. In ogni vicenda obiettorica Antigone e Creonte hanno ambedue torto, perché sono unilaterali, ma proprio per questo ambedue hanno ragione. Ambedue, infatti, rispondono a doveri operanti su piani diversi e non necessariamente comunicanti: l'una rinvia ad un ordinamento metagiuridico; l'altro, all'ordinamento giuridico. G.W.F. HEGEL, *La religione determinata in Lezioni sulla filosofia della religione* (1832), II, Roma-Bari, 1983; Due diversi e inconciliabili ordini, i quali determinano una scissione tragica e non componibile, convivono in una perenne e insopprimibile opposizione latente, sino a quando non si impongono, in forma traumatica, nei momenti di conflitto, senza alcuna possibilità di sintesi. Quando il conflitto esplode non vi è composizione possibile, perché ciascuno segue una sua autonoma ratio che determina la volontà dei soggetti. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 284.

59 G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale op. cit.*, 281.

60 Inoltre da un lato si vuole sostenere che il diritto all'obiezione sia un diritto costituzionale in quanto esistono connessioni con le norme che assicurano ai cittadini italiani libertà di religione e di espressione; dall'altro lato si vuole comunque ricordare

Innanzitutto rileva che condizione per cui l'atto di chi obietta non debba ledere i diritti degli altri, che non possono subire un pregiudizio eccessivo in conseguenza dell'esercizio dell'obiezione né direttamente né indirettamente; inoltre, non meno indispensabile è che l'obiezione di coscienza non occulti una strategia opportunistica posta in atto per venire meno ai propri doveri di solidarietà e per ottenere vantaggi personali; ed infine ulteriore condizione per cui l'esercizio diffuso dell'obiezione non comporti una minaccia per l'ordinamento giuridico nel suo complesso e per gli interessi generali ad esso sottesi.

6. Sia che l'obiezione di coscienza venga ricostruita come istituto avente rilievo costituzionale ma subordinato ad una interposizione legislativa, sia che la si assuma come diritto dell'uomo costituzionalmente garantito ed immediatamente azionabile, trattasi, in entrambi i casi, di una posizione soggettiva non illimitata ma nemmeno violabile: non illimitata in quanto al pari delle altre posizioni soggettive tutelate in Costituzione sarà soggetta soltanto ai limiti previsti dal legislatore; ma nemmeno violabile perché comunque siamo di fronte ad una libertà costituzionalmente garantita.

La tecnica da utilizzare a tal fine – come ogni volta in cui ci troviamo dinanzi a configgenti interessi costituzionali – sarà quella del bilanciamento⁶¹ al fine appunto di contemperare i valori sottesi a ciascuno degli interessi in conflitto, intesi tutti pari ordinatamente.

Nel caso di specie siamo di fronte, come espressamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale⁶², ad una delicata operazione diretta a bilanciare l'obiezione di coscienza con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne la possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale⁶³.

Ciò significa che non esiste sempre e comunque un utilizzo illimitato e smisurato dell'obiezione di coscienza, ma bisogna apporre a tale istituto de-

che il legame non è così stretto da non avere bisogno di una legge che la regoli, a differenza, invece, della connessione "diretta" con il diritto alla salute della donna.

61 Si veda A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Giur. Ann.*, II, Tomo 2, 2008; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. Cost.*, n. 6/1998.

62 Si veda sentenza 467/1991.

63 Inoltre, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza), sent. 467/1991.

terminati confini, che vogliamo definire «contro-limiti». Tale locuzione, utilizzata nella sua accezione originaria in altro contesto per designare un diverso fenomeno (proteggere principi fondamentali e diritti inviolabili sanciti dalla costituzione nazionale a fronte delle limitazioni provenienti dall'appartenenza ad ordinamenti sovranazionali), ci sembra utile anche in questo scenario, andando a denotare il punto oltre il quale il limite della coscienza, opposto dall'obiettore al compimento di determinati doveri, non è più invocabile.

Si tratta, in altre parole, di argini, di «barriere» atte a garantire un miglior uso dell'obiezione e dirette, nel caso specifico dell'obiezione all'IVG, ad evitare pratiche abusive come quelle volte ad ostacolare o bloccare tutta una rete di servizi messi a disposizione dal servizio sanitario nazionale.

Nella ricostruzione di tali contro-limiti, strettamente collegati gli uni agli altri, è fondamentale rileggere la giurisprudenza costituzionale che investe questioni relative allo *status* del soggetto che invoca l'obiezione⁶⁴; l'adempimento dei doveri costituzionalmente inderogabili⁶⁵ e il nesso causale tra la condotta richiesta al soggetto obiettante e il prodursi dell'atto che ripugna alla sua coscienza.

Per quanto riguarda lo *status* del soggetto, esistono individui che ricoprono uffici, ruoli o cariche nelle quali è più immediato il collegamento con un'altra sfera rispetto alla propria individualità, ad esempio i pubblici funzionari, i giudici, i componenti delle forze armate o autorità di pubblica sicurezza. La domanda che ci si pone al riguardo è: «ma tutti questi soggetti possono esercitare il diritto generale all'obiezione di coscienza nell'esercizio delle proprie funzioni, oppure il loro *status* rappresenta un ostacolo?».

64 Il problema dello status del soggetto che invoca l'obiezione di coscienza è emerso nella sentenza n. 196/1987. I giudici della Consulta hanno precisato che il giudice tutelare dispone di «un'autorizzazione a decidere» per la donna minore, in sostituzione dell'assenso degli aventi titolo, con funzione di mera integrazione della volontà della minorenne. Per tali ragioni il sindacato richiesto dal giudice tutelare sarebbe squisitamente esterno, di mera legalità: il suo intervento, difatti, è previsto a sola integrazione della sfera di capacità (o incapacità) del soggetto. Tale approdo della giurisprudenza costituzionale è stato ampiamente criticato dalla dottrina che ha addirittura sostenuto che il giudice tutelare sarebbe coinvolto dal «punto di vista dell'apporto spirituale, in modo più denso e più determinante rispetto ai sanitari». (S. MANGIAMELI, *La libertà di coscienza di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, 529.)

65 Diffusa è l'affermazione che l'obiezione di coscienza non può esentare dall'adempiere doveri costituzionalmente inderogabili. In presenza di siffatti limiti, l'obiezione di coscienza o non si giustifica oppure per trovare legittima giustificazione deve obbligare ad una diversa prestazione personale comunque soddisfattiva del dovere inderogabile: prestazione alternativa che da un lato rispetti la coscienza obiettante ma che dall'altro deve essere realmente effettiva.

Prendendo in considerazione la figura del giudice, egli è chiamato a svolgere la sua attività di *ius dicere* secondo un assetto valoriale concretamente differente rispetto a quello della propria coscienza: è la volontà del legislatore e non quella del giudice a dover prevalere, sempre nel rispetto dei principi costituzionali.

In altre parole, ad essere garantite saranno le condizioni nello svolgimento della sua attività giurisdizionale, come la neutralità, non, invece, il potenziale turbamento della sua coscienza individuale, a seguito dell'ufficio che ha volontariamente assunto. Ed anche in queste condizioni residua un margine di scelta ineliminabile: rassegnare le proprie dimissioni o in alternativa assumersi la responsabilità sul piano giuridico e disciplinare che una condotta difforme comporterebbe, divenendo un atto di pubblica disobbedienza e non di disobbedienza civile, essendo i soggetti coinvolti non semplici *cives* di fronte allo Stato⁶⁶.

Quindi una questione è poter adempiere ad un incarico pubblico in conformità alle proprie convinzioni; questione ben differente è il pretendere che la conformità alle proprie convinzioni si traduca nella negazione di un diritto garantito dall'ordinamento da parte di soggetti che svolgono il proprio ufficio al servizio dell'ordinamento stesso.

Lo *status* del soggetto rende quindi più delicato il vaglio delle richieste di obiezione di coscienza: questo non significa un rifiuto pregiudiziale ed automatico delle loro richieste di obiezione, ma un vaglio assai più attento ed uno scrupoloso giudizio di bilanciamento dei costi che un eventuale riconoscimento comporterebbe per la tutela dei diritti dei cittadini coinvolti⁶⁷.

Occorre, poi, individuare quali siano i principi ed i doveri che possono entrare potenzialmente in conflitto con il riconoscimento del diritto ad obiettare: ossia doveri inderogabili e obblighi infungibili.

All'interno di un ordinamento costituzionale pluralista esistono doveri inderogabili⁶⁸, qualificati come lo strumento attraverso il quale un ordina-

66 Prendendo in considerazione l'IVG, come ricorda Borsellino: non pochi giudici hanno rivendicato il loro diritto all'obiezione di coscienza sollevando eccezioni di incostituzionalità alla legge 194, nella parte in cui coinvolge, nelle procedure relative all'IVG delle minorenni, il giudice tutelare (art. 12) senza prevedere che possa essere esonerato dall'incarico, qualora l'aborto contrasti con i suoi più profondi convincimenti morali. (P. BORSELLINO, *Introduzione in obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*).

67 M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti all'obiezione di coscienza*, 2014, 136.

68 Tale inderogabilità può essere prevista espressamente, come nel caso dell'art. 2 Cost., oppure può essere implicita e ricavata logicamente o attraverso una lettura sistematica dei principi generali dell'ordinamento.

mento costituzionale cerca di dare tutela e attuazione a quegli assunti valoriali sui quali si fonda. Al contempo essi stabiliscono che la fedeltà a quei valori è condizione di appartenenza a tale ordinamento⁶⁹. Se la coscienza chiede fedeltà ai propri intimi convincimenti, l'ordinamento la chiede per i valori su cui si fonda e ai quali il cittadino deve aderire⁷⁰.

Per quanto riguarda il nesso causale tra la condotta dell'obiettore e l'atto, è possibile individuare quattro caratteristiche del nesso causale che deve essere certo, ovvero la condotta dell'agente deve contribuire a produrre lo stato di cose contrario ai convincimenti dell'agente stesso; diretto, quindi occorre un coinvolgimento personale dell'agente nella causazione dell'evento; necessario, ovvero la condotta dell'agente non deve essere eliminabile all'interno della catena causale che produce l'evento indesiderato; specifico, ovvero la condotta deve essere diretta alla causazione dell'evento a cui l'agente non vuole contribuire.

Una volta definito il nesso causale, va meglio delineato il requisito della prestazione dell'obiettore: la fungibilità. Questa sta ad indicare che, in caso di esercizio dell'obiezione di coscienza, l'adempimento dell'obbligo giuridico positivo o negativo gravante su un soggetto dovrebbe comunque essere garantito da prestazioni qualitativamente e quantitativamente analoghe di soggetti non obiettanti.

In altri termini, soprattutto quando sono in gioco diritti di soggetti terzi rispetto all'obiettore, occorre prestare la massima attenzione onde evitare che l'obiezione diventi uno strumento che nel garantire la propria libertà di coscienza, finisce per bloccare di fatto le scelte delle coscienze altrui⁷¹.

7. In termini generali si può rammentare come nell'esperienza giuridica degli ordinamenti sanitari contemporanei l'obiezione di coscienza sia ve-

69 In termini simili il Comitato Nazionale per la Bioetica: « [...] la sfida sta nel riuscire a coniugare il rispetto della libertà personale, specie quando questa faccia appello a convincimenti intimi e profondi, avvertiti come inelidibili, con il rispetto dei diritti altrui e dei vincoli di solidarietà derivanti dalla comune appartenenza al corpo sociale. In tal senso, il rifiuto di obbedire, per ragioni di coscienza, a una norma particolare richiede contestualmente un'adesione di fondo all'ordinamento giuridico nel suo insieme, e in particolare a quei principi e valori costituzionalmente stabiliti, che sembrano porsi felicemente come possibile "tratto d'unione" tra intime convinzioni personali, di carattere personale, e le norme giuridiche positive». (CNB, 8 – 9).

70 A. Morelli, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Quaderni del Gruppo di Pisa, 158 ss.

71 M. Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti all'obiezione di coscienza*, op. cit., 131- 133.

nuta, in concreto, a porsi come strumento di resistenza di una minoranza (obiettori), ossia di coloro che ritengono che bisogna contrastare l'operato di una maggioranza (non obiettori), in quanto le azioni di quest'ultima, legittimamente riconosciute, avrebbero intaccato i valori costituzionali, ma prima ancora ideologici, etici e religiosi⁷² di cui la prima di fa garante.

Facendo un passo indietro e tornando al tema dell'obiezione di coscienza alle pratiche abortive, c'è da chiedersi se tale obiezione non finisca per tradursi in un vero e proprio sabotaggio della legge⁷³, mettendo a rischio l'erogazione di un servizio che deve essere assicurato in ogni caso. Infatti, l'art. 9 della legge 194, dopo aver riconosciuto il diritto all'obiezione, prevede che gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate siano tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure e gli interventi abortivi. È chiaro quindi che la legge 194 distingue tra scelte individuali e responsabilità pubbliche: l'obiezione di coscienza è un diritto della persona, ma non della struttura. Al medico, o all'infermiere, viene garantito di potersi avvalere dell'obiezione di coscienza, ma poiché esiste un dovere della struttura sanitaria nel suo complesso, quest'ultima ha l'obbligo di garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie (tra cui l'IVG)⁷⁴ nonostante la presenza di personale obiettore.

72 Esempio tipico e ricorrente è quello offerto dalla disciplina in materia di aborto. Tutte le legislazioni che hanno legalizzato l'interruzione volontaria della gravidanza hanno previsto, seppur in maniera differente, l'obiezione di coscienza alle pratiche relative. In questo caso l'obiezione di coscienza, riconosciuta da un legislatore consapevole del fatto che la legge abortizionista superava i limiti di tollerabilità avvertiti da una parte non ignorabile della società, si è venuta configurando in concreto come una sorta di resistenza avverso una sostanziale violazione di alcuni valori ritenuti fondamentali da una parte dei consociati.

73 P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 141. Cfr. G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in Scritti in onore di Lorenza Carlassare, 2009, 843.

74 Su questo punto C. LALLI è di parere critico, infatti nel suo ultimo libro *La verità, vi prego, sull'aborto* esprime senza molti giri di parole la sua indignazione sul come viene garantita e assicurata in Italia l'interruzione volontaria della gravidanza. Voglio riportare qui un piccolo passo che inquadra la suddetta situazione: «[...] l'aborto di Livia è la storia di molti aborti malamente assicurati. Per essere sicura di ottenere l'intervento devi metterti in fila, dalle 3 o dalle 4 del mattino. Devi prendere il numero, come quando fai la fila per il pane. L'amministrazione non apre prima delle 8 e le file che si creano durante il buio dei mattini invernali sono disordinate, tenute insieme dell'esasperazione e dalla rabbia. La garanzia del mio aborto è l'esclusione del tuo. O meglio: se rimandano il tuo intervento, ho più possibilità di farlo oggi. E di non dover aspettare giorni e settimane. Di non arrivare in prossimità del termine legale. Perché non si possono fare più di 8 interventi al giorno, al massimo 10, e le donne sono molte di più. In alcune strutture solo in alcuni

L'adempimento di tale dovere è reso particolarmente gravoso per la

giorni e non 5 giorni su 7, esclusi cioè il sabato e la domenica. In alcuni ospedali il reparto di IVG non c'è nemmeno. Oppure c'è un medico che viene "da fuori" per un pomeriggio a settimana. Meno sono i giorni e i luoghi in cui è possibile abortire, più il numero delle donne da sistemare per ciascuna struttura aumenta.[...]». Contrariamente c'è chi invece ritiene (Assuntina Morresi) che non esiste correlazione fra numero di obiettori di coscienza e tempi di attesa delle donne che accedono all'IVG; ma che le modalità di accesso all'aborto dipendono dalle singole regioni. Secondo la Morresi, prendendo in considerazione il parere del CNB del 2012, da lei approvato, sulla base dei dati disponibili si può vedere come in alcune regioni all'aumentare degli obiettori di coscienza diminuiscono i tempi di attesa delle donne e viceversa, in altre regioni al diminuire del numero di obiettori aumentano i tempi di attesa, contrariamente a quanto si potrebbe immaginare. In altre parole, non è il numero degli obiettori di per sé a determinare l'accesso all'IVG, ma il modo in cui le strutture sanitarie si organizzano nell'applicazione della legge 194 (si veda A. MORRESI, *Obiezione di coscienza e applicazione della 194*, in *I quaderni di scienza e vita*, n. 12 *obiezione di coscienza tra libertà e responsabilità. Atti del XI Congresso Nazionale Roma 24-25 maggio 2013*, 103).

Sullo stesso punto si è espresso anche il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, il 10 marzo 2014, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea, che tutela il diritto alla salute della donna, a causa dei troppi obiettori di coscienza che impediscono alle donne di ricorrere all'IVG nelle ipotesi previste dalla legge 194.

Il Comitato è stato chiamato a pronunciarsi su come il sistema italiano di assistenza sanitaria possa ostacolare il godimento del diritto alla tutela della salute previsto dall'articolo 11 della Carta. Non si è trattato, quindi, di stabilire se le donne abbiano o meno il diritto di abortire o se il personale sanitario possa beneficiare dell'obiezione di coscienza. La pronuncia si concentra, infatti, sulla carenza di personale sanitario che possa consentire ad una donna il diritto di abortire nelle modalità previste dalla legge, a causa dell'elevato numero di obiettori presenti negli ospedali italiani. In tal senso, il Comitato ritiene che, una volta che gli Stati membri introducono disposizioni di legge che consentono l'aborto in alcune situazioni, essi poi sono tenuti ad organizzare il loro sistema sanitario in modo tale da garantire che l'esercizio effettivo della libertà di coscienza degli operatori sanitari non impedisca ai pazienti di ottenere l'accesso ai servizi a cui hanno legittimamente diritto. A detta del Comitato Europeo le regioni Italiane non hanno adottato misure idonee che possano bilanciare il diritto delle donne a ricorrere all'aborto previsto dalla richiamata legge e quello dei medici di astenersi da questa pratica per motivi di coscienza. Alle autorità regionali spetta sì assicurare l'attuazione dell'art. 9 della legge n. 194/78, che ammette l'astensione del personale medico e ausiliario per ragioni di coscienza, ma in maniera tale da non creare un impedimento al diritto delle donne di ricorrere all'aborto.

A suffragare le ragioni per le quali l'Italia è stata condannata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali è la recente notizia riportata da diversi quotidiani nazionali, riguardante una ragazza di 19 anni entrata alle 9 del mattino nel reparto di ginecologia e ostetricia di un ospedale di Genova, per prendere l'ultimo farmaco previsto dal protocollo per la Ru-486, e rimasta da sola per mezza giornata in corsia, senza trovare nessun medico disposto ad effettuare un'ecografia, medico che è interve-

scelta ideologica del legislatore⁷⁵ di consentire l'esecuzione dell'intervento soltanto negli ospedali pubblici e nelle case di cura autorizzate dalle Regioni⁷⁶ con effetti negativi sulla quantità di offerta del servizio. Esistono infatti alcune situazioni territoriali in cui l'elevata diffusione dell'obiezione di coscienza determina una mancanza di servizi presso cui rivolgersi e quindi l'insorgenza di una mobilità sul territorio per effettuare l'IVG.

Così, ad oggi, nonostante il numero degli obiettori si stia stabilizzando dopo un notevole aumento degli ultimi anni, l'attuale situazione pone problemi organizzativi all'interno delle aziende sanitarie locali e degli ospedali, specialmente nell'Italia meridionale, dove vi è una media di oltre otto obiettori su dieci⁷⁷.

Conseguenza di ciò è sicuramente l'allungamento dei tempi per gli interventi, che molte volte vanno oltre le due settimane, e in alcuni casi, arrivano anche ad un mese e più, con la conseguenza che le donne si rivolgono a strutture estere, all'uso di farmaci non legali, all'aborto clandestino con grave pregiudizio per la loro salute.

Vi è, dunque, l'esigenza di assicurare che tutte le strutture coinvolte, consultori compresi, applichino correttamente la legge, rispettando rigorosamente i tempi da essa previsti.

Quando parliamo di Consultori, il documento ministeriale del 2010, ampliando la definizione di Consultori così come indicata nella legge 405/1975, li definisce come «centri per la divulgazione delle informazioni idonei a promuovere o prevenire la gravidanza consigliando metodi o farmaci adatti a ciascun caso»⁷⁸.

Quindi dovrebbe essere in pratica il primo punto d'incontro tra la donna e il medico sia nell'ipotesi di prosecuzione di gravidanza sia nel caso in cui

nuto solo dopo che sono arrivate le forze dell'ordine in ospedale. Ciò dimostra che ricorrere a pratiche di interruzione volontaria della gravidanza risulta ancora molto complicato e la questione della legittimità dell'obiezione di coscienza oggi, a tanti anni di distanza dall'entrata in vigore della legge n. 194, impone invece una risposta diversa. La risposta deve offrirla senza dubbio il sistema sanitario nazionale, che deve essere in grado di offrire un servizio medico in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, evitando che la legittima richiesta della donna rischi di essere calpestata dalle volontà di un obiettore di coscienza.

75 V. G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, op. cit.

76 In base all'art. 8 della legge, nei primi novanta giorni l'interruzione della gravidanza può essere praticata anche presso case di cura autorizzate dalla Regione, con le limitazioni derivanti da un decreto del Ministro della sanità (oggi: della salute).

77 Parere CNB, *Obiezione di coscienza e bioetica*, pubblicato il 30 luglio 2012.

78 Cfr. Documento Ministeriale sull'*Organizzazione e Attività dei Consultori Familiari in Italia*, anno 2010, 4. Si veda anche Cfr. C. SARACENO, *Il Consultorio: un bisogno sociale?*.

la donna intenda proseguire verso l'IVG⁷⁹. Restando su quest'ultimo profilo, dalle relazioni annuali del Ministero della Salute relative alla situazione dell'IVG in Italia, può evincersi che i consultori già ora sono per le donne estranei al percorso verso l'aborto (la stragrande maggioranza preferisce passare per il medico di fiducia o per il servizio ostetrico-ginecologico). Ma solo il consultorio, più di qualunque ginecologo ospedaliero o medico di base, può, grazie alla presenza di una équipe pluridisciplinare, farsi carico del percorso tracciato dalla legge 194⁸⁰.

A questo punto la vera questione in gioco ci sembra riguardare il rapporto fra consultori familiari e medici obiettori di coscienza. La prassi,

79 Sul punto, in passato, si espresse Rosa Russo Iervolino, che affermava che tra i due modelli proposti, quello di semplice «ambulatorio distribuito di anticoncezionali» e quello di servizio alla famiglia e di prevenzione all'aborto, si rischiava che con la legge 194 fosse applicato automaticamente solo il primo.

Ma solo dalla convinzione che la vita fosse un valore assoluto e intangibile, potevano, a suo avviso, venire la forza, l'incisività, la solidarietà necessarie per aiutare a superare situazioni difficili, in modo da rendere il consultorio un servizio efficiente. La prima condizione imprescindibile era l'effettiva presenza di personale qualificato, oltre a un suo concreto inserimento nella realtà sociale della zona e un collegamento costante con i servizi sanitari in essa esistenti. Andava, dunque, potenziato anche quel bagaglio di informazione preventiva sull'aborto già la legge prevedeva: il medico era tenuto a fornire alla donna le indicazioni sulla regolamentazione delle nascite, a rendere partecipe dei procedimenti abortivi, a fornire ragguagli necessari per la prevenzione dei processi patologici. R. RUSSO IERVOLINO, *Quale tipo di consultorio?*, il Popolo, 11 giugno 1978. Cfr. P. DONATI, *Consultorio e famiglia nella dinamica dei bisogni emergenti*, Milano, 1979.

80 Ovviamente tutto questo in linea di principio, essendo pienamente consapevoli delle difficoltà, di diversa natura, in cui versano i Consultori italiani. Per esempio gli stessi sono stati definiti come una "realtà fantasma" che esiste solo sulla carta (v. C. COSENTINO MATERA, *I consultori preziosi oggi realtà fantasma*, in www.lagazzettadelmezzogiorno.it); oppure c'è chi li ha definiti come «una sorta di ferito ai margini della strada» (v. G. SCIRÈ, *Il consultorio familiare ovvero un ferito ai margini della strada*, in www.linkiesta.it).

Le motivazioni usate sono sempre le stesse: da che i consultori sono nati come la realtà più innovativa del campo socio-sanitario, negli anni '70, per promuovere una cultura laica della sessualità, oggi questi istituti sono «scatole vuote» per via dei tagli al personale con la inevitabile conseguenza di compromettere il lavoro degli operatori che sono costretti a concentrarsi solo su alcune attività; e per via delle diverse politiche regionali che non garantiscono un'unicità di trattamento sull'intero territorio nazionale.

Inoltre, visionando il Documento Ministeriale del 2010 si nota che la situazione è a dir poco preoccupante: si nota una diminuzione del numero di consultori sul territorio; con la contestuale mancanza di un organico multidisciplinare (vera forza del consultorio rispetto alle altre strutture sanitarie) con figure professionali come ginecologo, psicologo, pediatra, ostetrica, assistente sociale, sanitario, consulente legale e infermieri (Documento ministeriale 2010).

in diverse regioni fino al 2010, consisteva in una autentica «caccia all'obiettore», tentando in diversi modi di allontanare gli stessi dai consultori trasferendoli ad altre mansioni.

La svolta si è avuta con la sentenza del 2010 del T.A.R. Puglia n. 3477⁸¹ che ha modificato quella tendenza che era, bene o male, consolidata a seguito di un'altra sentenza, sempre del T.A.R., del 1982⁸².

I giudici amministrativi, pronunciandosi sulla legittimità di bandi specifici per l'assunzione di personale non obiettore – al fine di arginare il preoccupante fenomeno che sta mettendo a rischio la salute ed il diritto all'autodeterminazione procreativa delle donne, faticosamente conquistato più di trent'anni fa – hanno cercato di ricostruire un modello o un percorso idoneo ad arginare il fenomeno di progressiva espansione dell'obiezione nel pieno rispetto dei principi di uguaglianza e non discriminazione.

Significativa è stata, dapprima, la sentenza del T.A.R. del 1982 nella quale si precisa che la «clausola che condizionava l'assunzione di un sanitario alla non presentazione dell'obiezione di coscienza ai sensi dell'art. 9 risponde all'esigenza di consentire l'effettuazione del servizio pubblico per il quale il dipendente è assunto, secondo una prospettiva non estranea alle intenzioni del legislatore del 1978».

La previsione di bandi che contengono clausole di esclusione per medici obiettori non può essere letta nella sola ottica di una discriminazione lavorativa, bensì deve essere interpretata alla luce del diritto all'autodeterminazione sancito dalla legge 194.

Laddove la massiccia presenza di medici obiettori, che legittimamente si oppongono alla pratica abortiva, risulti pregiudizievole di un diritto costituzionalmente garantito come quello alla propria salute psico-fisica, allora occorre che si cerchino soluzioni alternative, soprattutto a livello regionale⁸³.

In tempi più recenti emblematico è stato il caso che ha coinvolto la regione Puglia. Infatti preso atto che nel proprio territorio quasi la metà degli interventi abortivi era praticata in strutture private anche a causa della diffusione dell'obiezione di coscienza del personale sanitario delle strutture pubbliche, l'intento era quello di ripotenziare la qualità e la quantità dell'assistenza offerta dai consulto-

81 TAR Puglia, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477 (disponibile sul sito: www.giustizia-amministrativa.it).

82 Di tale sentenza di è fatto riferimento precedentemente; la questione trattata nel 2010 è in parte diversa rispetto a quella dell'82. Quest'ultima riguardava riserve a favore del personale non obiettore nei concorsi banditi per i posti presso le strutture pubbliche dove si effettuano gli interventi di IVG.

83 Come la stessa legge 194 suggerisce quando afferma che la «regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale».

ri⁸⁴, quindi riportando gradualmente la gestione degli interventi abortivi all'interno delle strutture pubbliche nella consapevolezza che alla loro marginalizzazione corrisponde una riduzione nell'espletamento di un'efficace attività di prevenzione dell'aborto, la quale costituisce uno dei punti qualificanti della legge 194.

Il presupposto, per raggiungere tale potenziamento, era quello di riservare la partecipazione alle procedure concorsuali per i posti disponibili nei consultori al solo personale sanitario non obiettore.

Comunque l'annullamento del bando da parte del giudice amministrativo trova giustificazione nel fatto che tale procedura selettiva era stata inserita nel contesto consultoriale che di per sé non è il luogo in cui viene materialmente praticata l'IVG⁸⁵. Anzi, come già detto nei precedenti paragrafi, la legge del 1978 all'art. 9, dove ammette la possibilità di sollevare obiezione, limita tale diritto al momento pratico dell'intervento e non lo estende a tutta l'attività precedente ad esso.

Ed è proprio il consultorio il luogo in cui tale attività viene normalmente svolta, e dunque, il personale medico ed infermieristico del consultorio, non ha la possibilità, in questa fase, di sollevare obiezione di coscienza, essendo sempre tenuto ad assistere la donna, attraverso i colloqui di cui all'art. 5 e gli accertamenti previsti per legge.

Solo in un secondo momento, ovvero quando viene espresso un parere sanitario favorevole a procedere all'interruzione, sulla base delle condizioni previste per legge, il personale sanitario coinvolto nella fase esecutiva dell'aborto può avvalersi dell'obiezione per essere esonerato da quella prestazione. Dunque, allineandosi ad autorevoli orientamenti dottrinali⁸⁶, il T.A.R. Puglia ritiene determinante la formulazione del 3° comma dell'art. 9, ovvero la precisazione per cui l'esonero interessa solo le procedure e le attività univocamente dirette all'aborto.

Ne consegue che una procedura selettiva che escluda aprioristicamente i medici specialisti obiettori dall'accesso ai consultori appare discriminatoria oltre che irrazionale poiché non giustificata da alcuna plausibile ragione oggettiva.

84 Cfr. Relazione del Ministro Guzzanti, *Considerazioni sui Consultori familiari e ipotesi per la loro riqualificazione*, Camera dei Deputati, doc. XXXVII, n. 2.

85 Tale affermazione è sorretta dalla rigorosa ricostruzione dei compiti spettanti, ai sensi dell'art. 5 della legge 194, ai Consultori familiari: atteso che in quelle sedi non si pratica materialmente l'aborto, bensì soltanto attività di assistenza psicologica e di informazione/consulenza della gestante ovvero vengono svolte funzioni di ginecologo che esulano dall'iter abortivo, la presenza o meno di medici obiettori nei consultori è assolutamente irrilevante.

86 In particolare quella parte della dottrina che ricostruisce la dialettica coscienza – ordinamento secondo una direttrice ascendente (l'obiezione nasce dal singolo e può imporsi all'ordinamento giuridico come eccezione riconosciuta o come nuova regola generale).

Dunque la sentenza del T.A.R. Puglia del 2010 parte da una considerazione aderente al dettato normativo in base al quale il contesto consultoriale non dovrebbe proprio essere coinvolto dalla questione dell'obiezione di coscienza, in quanto non sussiste tra l'attività svolta nel consultorio e l'evento abortivo quel nesso di causalità necessario dal quale possono discendere problemi di coscienza per il personale sanitario⁸⁷.

8. Recentemente, sul rapporto medico-consultorio, innovative e non poco dibattute sono state le «Linee di indirizzo regionali per le attività dei Consultori» che il Presidente della Regione Lazio, Nicola Zingaretti, in qualità di Commissario *ad acta*⁸⁸, ha introdotto con decreto del giugno 2014⁸⁹.

87 Tralasciando il fatto che il medico obiettore potrebbe non sollevare obiezione pur di accedere al posto di lavoro nel consultorio.

88 «Per la realizzazione degli obiettivi di risanamento finanziario previsti nel Piano di Rientro dei disavanzi regionali per la spesa sanitaria» (deliberazione del Consiglio dei Ministri del 21 marzo 2013).

Prendendo in considerazione il D. Lgs del 6 settembre n. 149 del 2011, concernente i «meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42», tale decreto solleva una perplessità, ossia sembra discutibile la scelta di nominare Commissario *ad acta* lo stesso Presidente della Regione. Questa figura ancipite del Presidente-Commissario mal si concilia con la fisiologica esigenza di affidare ad un organo tecnico piuttosto che ad uno politico, nel caso di dissesto finanziario causato dallo stesso Presidente, la funzione commissariale.

In riferimento alla titolarità del potere sostitutivo la Corte Costituzionale (si v. sent. 59, 112 e 140 del 2004, nonché la sent. 167 del 2005) ha escluso che il difensore civico regionale (e il Commissario *ad acta*) possa essere designato quale intestatario dell'esercizio di tale potere, poiché i poteri sostitutivi in ambito regionale sono in ogni caso da ascrivere, per lo spostamento eccezionale di competenze che determinano e per l'incidenza diretta su enti politicamente rappresentativi, ad organi di governo della Regione e non già ad apparati amministrativi. La giurisprudenza costituzionale ha sottolineato, peraltro, che «la disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 120 Cost. non può essere interpretata come implicitamente legittimante il conferimento di poteri di tipo legislativo ad un soggetto che sia stato nominato Commissario del Governo, escludendo così la possibilità di devolvere al commissario *ad acta* (nella persona del Presidente della Regione) poteri normativi, posto che l'organo naturalmente a ciò deputato è il solo rappresentativo della Regione ovvero il Consiglio». Cfr. sent. 361/2010.

Contra si v. sent. 2/2010, nella quale la Corte ha ritenuto illegittima la scelta di riservare esclusivamente agli organi ordinari della Regione la modifica delle «disposizioni finanziarie, di bilancio e contabili», pur quando esse presentino profili di interferenza con l'attuazione del piano di rientro del disavanzo sanitario, risolvendosi in un obiettivo svuotamento dei poteri del commissario *ad acta*, e, dunque, in violazione dell'art. 120, comma 2, Cost..

89 Decreto n. U00152/2014, Allegato n. 1., del 12/5/2014, in B.U.R., 22/5/2014, n. 41, suppl. n. 1.

Quanto alla natura dell'atto, si presuppone che si tratti di un intervento sostitutivo del Governo⁹⁰, ex art. 120, comma 2, Cost., nei confronti della Regione Lazio con contestuale nomina di un Commissario *ad acta*, il fondamento di tale indiretto o inadempimento intervento governativo viene ad essere l'accertata inattività della Regione che mette a repentaglio la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali⁹¹.

Quanto al contenuto, il «Decreto Zingaretti», da una parte, impone a chi lavora nei servizi territoriali l'obbligo di prescrivere tutte le forme di contraccezione, senza potersi appellare ad alcun appiglio morale; dall'altra, offre una lettura estremamente restrittiva della legge 194, ribadendo e confermando i doveri dei medici nei confronti della legge 194, e garantendo a quest'ultimi l'obiezione di coscienza limitatamente al momento dell'IVG⁹².

90 Il riconoscimento in Costituzione del potere di sostituzione ha rappresentato una delle più dibattute e rilevanti novità introdotte dalla riforma del 2001. La disciplina costituzionale sul potere sostitutivo non brilla certamente per chiarezza, anzi essa pone un complesso di nodi interpretativi, che la dottrina non ha esitato ad evidenziare. Sul dibattito dottrinale immediatamente sviluppatosi attorno all'interpretazione dell'art. 120, comma 2 Cost. si veda A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e Konkurrierende Gesetzgebung*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2003; G. M. SALERNO, *La disciplina dei poteri sostitutivi fra semplificazione e complessità ordinamentale*, in www.federalismi.it; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, Cost.*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002.

Mentre una lettura sistematica del potere sostitutivo da parte della giurisprudenza costituzionale ha avuto inizio con la sentenza n. 43/2004, nella quale si è precisato che i poteri sostitutivi rappresentano l'insieme dei poteri che «comportano la sostituzione di organi di un ente a quelli di un altro, ordinariamente competente, nel compimento di atti, ovvero la nomina da parte dei primi di organi straordinari dell'ente sostituito per il compimento degli atti stessi».

91 Sui presupposti di attivazione dei poteri sostitutivi v. Art. 120, comma 2, Cost.. Ovviamente non traslasciando il fondamentale principio di leale collaborazione che postula necessariamente l'attivazione di meccanismi collaborativi da parte degli enti sostituiti.

92 Ovviamente non sono mancate né critiche né approvazioni. C'è chi infatti vede in queste Linee Guida una scelta corretta con l'auspicio che tutte le altre Regioni italiane seguono la strada intrapresa dalla Regione Lazio (come la Prof.ssa Mari-lisa D'Amico); e c'è chi invece, per esempio la Deputata Paola Binetti, che non ha usato mezzi termini per affermare che: «imporre una forzatura, peraltro in sordina, di una legge nazionale così complessa come la legge 194 con un provvedimento di rango regionale è una vanificazione, inaccettabile, del diritto all'obiezione di coscienza, costituzionalmente garantito». Continuando: «se il legislatore avesse voluto limitare il diritto all'obiezione ai soli interventi per l'IVG non avrebbe prima scritto nell'articolo 9 che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7: l'articolo

Importante è il chiarimento che viene dato sulla fase preliminare dell'intervento, nella misura in cui si specifica come tutto il personale medico coinvolto nella fase di certificazione dello stato di gravidanza e nella richiesta di interruzione della gravidanza non possa, in questa fase, dichiararsi obiettore⁹³ come coloro che eseguono materialmente l'intervento. Inoltre, si considera, altresì, fondamentale la precisazione riguardante il dovere del medico di informare l'utenza, garantire alla paziente che richiede un aborto tutti i certificati necessari e di fornire ad ella tutti i consigli adeguati.

Detto ciò il quesito che sorge spontaneamente è: «Se con queste linee guida si impone che il medico non possa sollevare obiezione di coscienza nel rilascio della certificazione che attesta l'urgenza di praticare un aborto (con la conseguenza, alla luce delle linee guida, di creare una discriminazione su base territoriale limitando ai massimi livelli l'obiezione), ci si chiede se da questa imposizione non possa che derivare nella prassi un abuso della certificazione di emergenza, in quanto, la stessa verrà poi utilizzata come uno strumento, uno escamotage per bypassare un eventuale obiezione di coscienza da parte di un medico».

5, infatti, parla espressamente del documento da rilasciare alla donna per potersi recare dopo sette giorni in ospedale per sottoporsi all'aborto volontario nei primi 90 giorni di gravidanza; mentre l'articolo 7 tratta del certificato medico attestante l'esistenza dei processi patologici che determinano un grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna, che le consente di abortire volontariamente dopo il 90° giorno di gravidanza. Contrariamente a quello che il Commissario ad acta Zingaretti vuole credere e con lui i ginecologi schierati a favore dell'aborto libero è un chiaro ed inequivocabile segno che il Legislatore ha ritenuto nello scrivere questa mortifera legge. Infatti aveva ben chiaro che dal punto di vista etico il rilascio dell'attestato di cui all'art. 5 o del certificato di cui all'art. 7 si configurava come una partecipazione diretta all'aborto volontario stesso, per cui nessun cittadino che ritiene l'aborto l'uccisione di un essere umano innocente, indifeso e debole, poteva e possa in alcun modo essere costretto a prendere parte al processo che inizia con il rilascio dell'attestato e si conclude o con la somministrazione della RU486 o con l'intervento chirurgico».

Come si può ben notare, leggendo queste dichiarazioni, la deputata ritiene che l'obiezione di coscienza copra anche attività che vengono espletate nei consultori, tra cui il rilascio di attestati e/o certificati. Quindi tutto l'opposto rispetto a quello che il T.A.R. Puglia ha enunciato nella sentenza del 2010, come precedentemente abbiamo visto.

93 In palese contrasto con il contenuto dell'art. 9, 1° comma, della legge 194/78, il quale solleva gli obiettori dal «prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7», cioè esattamente da quelle attività antecedenti l'intervento abortivo, consistenti nell'attività di consulenza sanitaria e sociale che porta al rilascio della certificazione necessaria per poter ottenere l'IGV.

Inoltre, restano ulteriori dubbi riguardo la natura di tale atto. Infatti, in primo luogo non è del tutto chiaro se l'inerzia della Regione, che ha sollecitato l'intervento sostitutivo del Governo nella figura del Commissario *ad acta*, riguardi anche l'attività dei Consultori familiari, facendo così rientrare l'oggetto del decreto del giugno 2014 in quello generale che ha giustificato la nomina del Commissario *ad acta*; in secondo luogo, se siamo dinanzi ad un decreto di un Commissario *ad acta*, non deliberato né dalla Giunta né dal Consiglio della Regione Lazio ci si chiede se tale atto abbia carattere amministrativo o anche normativo di rango primario⁹⁴. Ma già solo l'attribuzione del potere sostitutivo dovrebbe deporre in senso negativo circa la configurabilità di una sostituzione normativa (di carattere legislativo)⁹⁵. Per di più, prendendo in considerazione la tutela delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, l'evidente sovrapposizione legislativa riservata allo Stato dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., consentirebbe di ritenere che l'intervento sostitutivo del Governo sia esercitato per garantire che le determinazioni legislative statali siano attuate da Regioni ed Enti Locali nell'esercizio delle loro funzioni amministrative. Ma nel caso di specie il Decreto Zingaretti si porrebbe *contra legem* (contrasta con l'art. 9, comma 1, della legge 194/78) relativamente al profilo della contraccezione e della certificazione d'emergenza.

Inoltre, la finalità di tale sostituzione sottintende un'esigenza di uniformità che solo lo Stato è in grado di garantire, impedendo che i livelli territoriali sub-statali non compromettano, attraverso inerzie o un uso illegittimo del

94 Significativa su tale punto viene ad essere la sentenza della Corte Costituzionale n. 361/2010, in cui si chiarisce che gli atti dei Commissari *ad acta* consistono in una «mera parvenza di legge», essendo privi dei necessari requisiti previsti dalla Costituzione per poter essere ritenuti atti legislativi e quindi insuscettibili di determinare effetti di alcun genere. Il problema è che la prassi applicativa sembrerebbe confermare un diverso dato, come dimostrano alcuni atti adottati dai Presidenti delle Regioni in qualità di commissari *ad acta*: ad esempio, si segnala il decreto del Presidente della Regione Molise n. 85 del 15 dicembre 2010, con cui si dispone il riparto provvisorio del fondo sanitario regionale di parte corrente per l'anno 2011 e si definiscono i relativi livelli di spesa; o ancora il decreto n. 10 del 14 settembre 2010 del Presidente della Giunta Regionale della Regione Calabria in qualità di commissario *ad acta*, per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario, concernente l'istituzione e la nomina del Segretariato del Commissario *ad acta* e dei sub commissari, che incide la materia di competenza residuale regionale relativa all'organizzazione degli uffici della Regione.

95 La dottrina maggioritaria ha ritenuto, infatti, che la disposizione costituzionale prevede e disciplini una forma di potere sostitutivo limitato e circoscritto all'ambito amministrativo, esercitabile attraverso provvedimenti amministrativi e nei soli confronti di attività amministrative di regioni ed Enti locali.

loro potere, l'esigenza indefettibile di uniformità, coerenza ed unità dell'ordinamento giuridico. Di fronte a simili necessità lo strumento sostitutivo si mostrerebbe incongruo, poiché l'intervento governativo non sarebbe generale, bensì limitato a uno o più enti inadempienti e sarebbe solo temporaneo e provvisorio, provocando, inoltre, una disomogeneità di disciplina sul territorio nazionale.

Nell'attesa di un puntuale ed esauriente intervento legislativo, sempre più doveroso ed essenziale per chiarire gli sfumati confini dell'obiezione di coscienza, si ricorda che recentemente il Consiglio di Stato⁹⁶ con propria ordinanza⁹⁷ ha sospeso l'efficacia di una parte del decreto del Commissario *ad acta* Zingaretti.

Secondo il Consiglio di Stato l'appello cautelare apparirebbe «*assistito da profili di fondatezza nella parte in cui contesta il dovere del medico operante presso il Consultorio familiare di attestare, anche se obiettore di coscienza, lo stato di gravidanza e la richiesta della donna di voler effettuare l'IVG, ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge 194 del 1978*».

La seconda parte del ricorso, rivolto alla previsione del decreto che impone al personale operante nei consultori, obiettori compresi, l'obbligo di prescrivere contraccettivi ormonali e di applicare sistemi contraccettivi meccanici, è stata respinta dal Consiglio di Stato, in quanto sprovvista di sufficienti elementi di fondatezza.

In conclusione, si attendono ulteriori riscontri pratici per capire la valenza di questo atto nell'ordinamento giuridico italiano ma comunque è del tutto evidente che la necessità di un puntuale ed esauriente intervento legislativo statale è sempre più doveroso ed essenziale.

6. Alla luce di quanto fin qui detto sembra che l'istituto dell'obiezione di coscienza continui ad essere caratterizzato da luci ed ombre.

Da un lato vi è un legislatore poco attento⁹⁸ che non si impegna a dare una disciplina unitaria e lineare alla materia, affinché le ragioni di coscienza invocate dall'obiettore abbiano piena corrispondenza con i valori costi-

96 Il Consiglio di Stato a seguito di un ricorso del Movimento per la Vita e delle associazioni dei medici e dei ginecologici.

97 Ordinanza n. 00588/2015 del 05/02/2015.

98 Ma anche un legislatore diviso in due tra chi aderisce ad una interpretazione confessionale delle vicende della vita umana e chi ha una concezione laica della bioetica. Si veda sul punto L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XI.

tuzionali fondamentali che legittimano le ragioni stesse⁹⁹; dall'altro lato, vi è un'intensa attività dei giudici diretta a sopperire tale mancanza di interventi del decisore politico ma i cui esiti destano talvolta dubbi e perplessità. Infatti non sfugge che in più occasioni la necessità di trovare soluzioni a problemi particolarmente delicati ha spinto gli interpreti del diritto a pronunciarsi in modo discutibile, entrando addirittura in contraddizione con il codice di condotta medica e con le decisioni emesse in precedenza da altri giudici¹⁰⁰. Il rischio è che il giudice diventi «nomoteta», laddove dal processo argomentativo sviluppato ne sia scaturita una norma giuridica, che si candida, a dispetto del vuoto legislativo, a regolare in via generale fattispecie simili, in virtù di una forza cogente che le deriva dalla conformità a principi di giustizia vagliati in base a criteri di ragionevolezza¹⁰¹.

Se è vero che la Corte Costituzionale, a fronte di casi che pongano in causa plurime esigenze costituzionali da tutelare, ha sentenziato che: «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»; tuttavia, secondariamente, qualora la legge manchi, «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali¹⁰²». Si può notare che, sempre più spesso, la competenza normativa concorrente del diritto giurisprudenziale¹⁰³, da eccezionale e residuale rispetto al diritto legislativo, è divenuta progressivamente ordinaria e prevalente, e la denuncia dell'assenza di una legge rappresenta una mera clausola di stile per aprire a creazioni giurisprudenziali¹⁰⁴.

Ed in questo senso che il potere giudiziario viene a confermare dunque la sua vocazione ontologica a regolare i rapporti difficili tra individuo, Stato e società, nel quadro dell'evoluzione sociale.

99 In questo modo è possibile sventare il pericolo di un'obiezione di coscienza non regolata dalla legge e indiscriminata.

100 L. CHIEFFI, *op. cit.*, XIX.

101 Sul punto G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, 2008, 250 ss.

102 Sentenza della Corte Costituzionale n. 347/98.

103 Si riferisce ad una competenza normativa concorrente tra legislatore e Corte Costituzionale – giudici, M. DOGLIANI, *L'amministrazione dei diritti fondamentali: un insolubile dilemma costituzionale*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2009, 41-63.

104 C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, Milano, 2012, 79.

Quello che è certo è che ad oggi non ci sono né vincitori né vinti, questo fin quando le cose non cambieranno.

Le donne che vedranno la recente sentenza della Cassazione come un traguardo tanto agognato che finalmente andrà a «punire» gli obiettori, potranno essere le stesse donne alle quali in un futuro prossimo verrà impedito o contrastato di accedere ad un intervento abortivo in quanto potrebbero trovare sul loro cammino troppi medici obiettori che legittimamente solleveranno il loro diritto ad obiettare senza valutare le implicazioni generali.

Anche quando parliamo di obiezione di coscienza siamo di fronte ad un diritto della persona ma la tutela di tale diritto non deve limitare né rendere più gravoso l'esercizio di diritti riconosciuti per legge né indebolire i vincoli di solidarietà. Pertanto, nel riconoscere la tutela dell'obiezione di coscienza la legge deve prevedere misure adeguate a garantire l'erogazione dei servizi. In questo ambito l'obiezione non deve discriminare né gli obiettori né tantomeno i non obiettori: in poche parole, è tutta una questione di «bilanciamento». Lo stesso ragionevole bilanciamento, degli interessi in gioco, che la Corte Costituzionale nel 1975¹⁰⁵ si è prodigata, a scrutinare offrendo argomenti solidi, ad insegnarci ed a lasciare in eredità, come, metaforicamente parlando, la luce di un faro che nella notte indica ai marinai la giusta rotta.

105 Sentenza della Corte Costituzionale n. 27/75, in www.giurcost.org.