

ABORTO FARMACOLOGICO E ATTIVITÀ DI SECONDAMENTO: LA DISOBEDIENZA INTERMITTENTE NELLA DIMENSIONE DEI DOVERI

1. Premessa. – 2. L'ambito di applicazione della facoltà di cui all'art. 9 della legge n. 194 del 1978. – 3. L'aborto farmacologico. – 4. Nuovi orizzonti dell'obiezione di coscienza nell'ambito dell'aborto farmacologico: la risposta della Cassazione. – 5. Diritto della donna e diritto del medico: la tecnica dell'abuso del diritto e la "dialettica" tra diritti inviolabili e doveri inderogabili. – 6. L'epidemia di "disobbedienza intermittente" come strategia politica del pluralismo sociale. – 7. Qualche considerazione finale su "teoria" e "pratica" dell'obiezione di coscienza.

1. Premessa

Sempre più frequente e sempre più originale è il ricorso all'obiezione di coscienza. Le cronache di tutti i giorni, difatti, riferiscono non solo dei numeri importanti della obiezione legalizzata, ma altresì di un fenomeno sociale molto più ampio rispetto alle ipotesi riconosciute dal legislatore.

Il diffondersi della opinione che sia legittimo rifiutare la prestazione imposta dall'ordinamento giuridico se il comando non riflette le convinzioni del c.d. "foro interno", pone seri problemi in termini di presunzione di effettività dell'ordinamento, nonché di efficacia *erga omnes* dello stesso. Nel tentativo di superare queste criticità è stata avanzata l'ipotesi "intermedia" di un margine di tollerabilità dei fenomeni di disobbedienza qualora essi siano sinceri, nonché limitati nel fine e nel tempo.

Per ragionare sulla percorribilità della proposta nell'ordinamento vigente, si prenderà in esame una vicenda giudiziaria riguardante un comportamento appena al di fuori della copertura di cui all'art. 9 della legge 1978¹, che, oltre ad inserirsi nel risalente dibattito sull'estensione della previsione e permettere qualche riflessione particolare sulla più recente fattispecie dell'aborto farmacologico, immette nel tema più ampio del bilanciamento operato dal legislatore tra diritto della donna e diritto del medico quale riflesso della "dialettica" tra diritti inviolabili e doveri inderogabili.

2. L'ambito di applicazione della facoltà di cui all'art. 9 della legge n. 194 del 1978.

Come noto, si deve alla legge 22 maggio 1978, n. 194, la legalizzazione, in particolari circostanze, dell'interruzione volontaria della gravidanza.

La scelta del legislatore si compie all'ombra della storica sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale, pronunciata in un clima di forte turbamento per il penoso fenomeno dell'aborto clandestino². La

* Dottore di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale nell'Università degli studi di Roma "Sapienza". — grandifederica@libero.it

¹ Si tratta della sentenza del 2 aprile 2013, n. 14979, della sesta sezione penale della Corte di cassazione che ha confermato la condanna di un medico obiettore in servizio di guardia medica nel reparto di ostetricia, a un anno di reclusione per il reato di cui all'art. 328 c.p. - con sospensione condizionale della pena e con l'interdizione per un anno dall'esercizio della professione medica, oltre al risarcimento dei danni alla parte civile - pronunciata dal Tribunale di Pordenone, prima, e dalla Corte d'appello di Trieste, poi.

² Parte della dottrina ha espresso un giudizio molto severo sulla legalizzazione dell'aborto, rilevando che essa non ha rappresentato "un progresso nella cultura, giuridico-costituzionale e dei modi di pensare, del nostro paese", in ragione, tra l'altro, del mancato riconoscimento di un diritto alle scelte procreative, nonché della "scarsa valorizzazione costituzionale del desiderio di maternità"; così S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in www.costituzionalismo.it. La stessa A. critica per i medesimi motivi anche la sent. n. 27 del 1975, rilevando, in particolare, che seppure la Corte abbia giustamente affermato la superiorità dell'interesse alla salute della donna su quello del concepito, individuando nell'art. 2 il fondamento costituzionale di quest'ultimo, tutta-

legge del '78, per quello che più interessa ai nostri fini, sulla base di un giudizio prognostico sugli eventuali futuri problemi di coscienza del personale sanitario conseguenti alla legalizzazione dell'aborto e alla devoluzione del servizio alle strutture pubbliche³, introduce la possibilità di opporre l'obiezione di coscienza agli obblighi di servizio. L'art. 9, difatti, riconosce la facoltà di astensione dal servizio per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie chiamato al "compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza", a mezzo di una dichiarazione formale nella quale si manifesta la volontà di non prendere parte alle stesse procedure.

Diversamente da quanto avvenuto nel caso della legalizzazione della obiezione di coscienza alla leva obbligatoria⁴, l'accesso al beneficio non è gravato da alcun onere, fatta salva la dichiarazione di volerse ne avvalere⁵.

Il profilo più controverso della legge n. 194 è sicuramente quello inerente l'individuazione dei soggetti titolari della facoltà di cui all'art. 9⁶.

La giurisprudenza, di fronte ad una formula normativa di per sé già ampia, ha preferito assumere un atteggiamento più restrittivo e prudente⁷ - condiviso peraltro anche dalla dottrina⁸ - individuando il discrimine

via, non ha riconosciuto il medesimo rango alla libertà delle scelte sessuali e procreative della donna (*ivi*). Cfr. S. MANCINI (*Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012) che si ravvisa nell'aborto "il sintomo dell'asimmetria e della subalterità che hanno storicamente caratterizzato i rapporti tra uomini e donne", ma, allo stesso tempo, "una promessa di libertà e di emancipazione sessuale dalla portata rivoluzionaria" (*ibidem*, 15).

³ Il legislatore del '78 ha riconosciuto rilevanza a quei convincimenti etici e religiosi per i quali la "sacralità" della vita, sin dal concepimento, si impone su ogni altro interesse. D'altronde, la maggior parte degli Stati del mondo occidentale ha ammesso l'aborto, prevedendo - spesso contestualmente - specifiche "clausole di coscienza" che facoltizzano il personale medico e sanitario a prendere parte alle pratiche abortive. Si veda sul punto: G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, a cura di B. Perrone, Milano, 1992, 290 s.; V. TURCHI, *Obiezione di coscienza*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 538 ss.; R. NAVARRO VALLS - J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, con la collaborazione di R. Palomino e V. Turchi, Torino, 1995, 101 ss.

⁴ Il legislatore intervenne per la prima volta con la legge n. 772 del 1972, concedendo agli obiettori il "beneficio" dell'ammissione al servizio sostitutivo, qualora questi ne avessero fatto richiesta in ragione dei motivi "religiosi o filosofici o morali" indicati all'art. 1, la cui "sincerità" doveva essere vagliata da una commissione prevista *ad hoc* dalla legge. Allorché i richiedenti fossero stati ammessi al servizio sostitutivo erano tenuti a prestare tale servizio per due anni. La disciplina fu interessata da numerosi interventi della Corte costituzionale (sent. n. 164 del 1984; n. 164 del 1985; n. 113 del 1986; n. 409 e n. 470 del 1989), nonché del giudice comune (Cons. di Stato, Ad. plen., del 24 maggio 1985, n. 16) che ampliarono lo spettro dell'ammissione al beneficio, decretando la progressiva equiparazione del servizio civile al servizio militare. Successivamente la l. 8 luglio 1998, n. 230, recepì questi sviluppi giurisprudenziali, prevedendo (all'art. 2) quattro ipotesi di limitazione all'esercizio del diritto all'obiezione, perfettamente armoniche con il presupposto della contrarietà del soggetto all'uso di armi e all'arruolamento nelle Forze armate e nei corpi dello Stato. Da ultimo, la l. n. 331 del 2000 e il d. lgs. n. 215 del 2001 hanno temporaneamente sospeso l'obbligo di leva; attualmente, quindi, il servizio militare è prestato solo su base volontaria.

⁵ Secondo taluni, la legalizzazione dell'aborto imporrebbe "di compiere un atto che nella sua radice cozza con l'ordinamento costituzionale", di talché la previsione dell'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza di cui all'art. 9 si porrebbe come "un atto di rispetto della legge fondamentale" (così C. CASINI - F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, 151). Più precisamente l'ipotesi di cui all'art. 9 della l. n. 194 del 1978, seppure definita dallo stesso legislatore "obiezione di coscienza", sarebbe piuttosto una forma di "opzione di coscienza", che diversamente dalla prima si caratterizza per non essere una deroga ad un precetto originariamente fissato dal legislatore, bensì una facoltà di scelta tra l'eseguire una prestazione e non eseguirla per ragioni di coscienza; V. GARINO, *Obiezione di coscienza*, in *Nov. dig. it.*, App. V, 1984, 340; G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei*:..., cit., 277 ss. Altra parte della dottrina ha letto in questo carattere incondizionato dell'obiezione all'interruzione della gravidanza la consapevolezza del legislatore di superare con una legge abortionista "i limiti di tollerabilità avvertiti da una parte non ignorabile della società"; P. MONETA, *Obiezione di coscienza e riconoscimento delle esigenze religiose del cittadino*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, 318 ss.

⁶ Parte della dottrina è sempre stata scettica sulla chiarezza della disposizione: per tutti A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in AA. VV., *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di C. M. Bianca - F. D. Busnelli, I, 1978, 1650 ss.; *contra* P. MONETA, *Obiezione di coscienza II (profili pratici)*, in *Enc. giur.*, XXI, 1991, 5, il quale ritiene "molto lineare" la disciplina sull'interruzione della gravidanza. Più di recente è stato notato (M. P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.A.R. Puglia la presenza di medici obiettori nei Consulenti familiari è irrilevante, ma non del tutto...*, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 2000 ss.), che "i criteri utilizzati dal legislatore per definire l'ambito di operatività dell'obiezione di coscienza si presentano fortemente eterogenei: l'individuazione in positivo ed in negativo delle attività coperte o meno dall'obiezione è accompagnata dalla previsione tanto del criterio teleologico quanto di quello cronologico, con evidenti difficoltà di coordinamento degli stessi ai fini della precisa definizione delle prestazioni alle quali l'obietto può legittimamente sottrarsi".

⁷ La giurisprudenza in particolare ha sostenuto che l'esonero per gli obiettori "riguarda esclusivamente le procedure e le attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, non già l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento", pur riconoscendo che "il comma 1 dell'art. 9 sembrerebbe estendere prima facie l'esonero per i medici obiettori all'intera procedura di cui all'art. 5 legge n. 194/1978", salvo poi argomentare che "una corretta interpretazione sistematica che coordini il comma 1 con il comma 3 della disposizione in commento induce a ritenere che il riferimento all'art. 5 operato dall'art. 9, comma 1 legge n. 194/1978 sia esclusivamente rivolto alla pratica di interruzione volontaria della gravidanza (rectius procedure ed attività specificamente e necessariamente dirette a determinare detta interruzione"; TAR Puglia, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477 (disponibile sul sito: www.giustizia-amministrativa.it).

di operatività della facoltà di astensione nelle attività descritte al terzo comma dell'art. 9, ossia nel "*compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza e non l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento*". Seppure, quindi, la lettera dell'art. 9 sembra avere come destinatari anche i soggetti coinvolti nelle procedure di cui all'art. 5 (rilascio del documento attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta) e all'art. 7 (certificazione dei processi patologici che autorizzano l'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni)⁹, "*una corretta interpretazione sistematica che coordini il comma 1 con il comma 3 della disposizione in commento induce a ritenere che il riferimento all'art. 5 operato dall'art. 9, [...] sia esclusivamente rivolto alla pratica di interruzione volontaria della gravidanza rectius procedure ed attività specificamente e necessariamente dirette a determinare detta interruzione*"¹⁰.

Qualora, pertanto, non sussista tra l'attività svolta e l'evento abortivo un nesso di causalità necessaria, non può essere invocata l'applicazione dell'art. 9. Ciò che viene in rilievo, dunque, non è la qualifica professionale rivestita dall'obiettore, ma l'attività svolta dal medesimo, la quale deve essere considerata come specificamente e necessariamente diretta all'interruzione della gravidanza secondo una valutazione oggettiva, a prescindere dal giudizio dell'agente¹¹.

Non è tuttavia mancato, in seno alla giurisprudenza amministrativa, chi ha abbracciato un indirizzo meno restrittivo, sostenendo che "*qualunque sanitario od esercente le attività ausiliarie che venga chiamato anche occasionalmente a prendere parte alle procedure di cui agli artt. 5 e 7 o ad interventi speciali ha il diritto riconosciuto dalla norma di astenersi*". Per l'effetto, è stata ritenuta opponibile all'amministrazione ospedaliera l'obiezione di coscienza dei medici addetti ai servizi di laboratorio, qualora le analisi richieste dal consultorio e dalla divisione di ostetricia fossero state in stretta dipendenza con l'interruzione della gravidanza¹².

Il giudice penale, da parte sua, ha invece preferito l'orientamento più restrittivo, riconoscendo la tutela solo ai soggetti direttamente chiamati ad intervenire nelle procedure per l'interruzione della gravidanza, con esclusione delle generiche attività preparatorie. Sono stati quindi ritenuti responsabili, ai sensi dell'art. 328 c.p., del reato di omissione o abuso di atti d'ufficio, due ostetriche che si erano rifiutate di preparare gli ambienti operatori per l'intervento abortivo¹³ e così anche il medico che si era sottratto all'obbligo di effettuare un elettrocardiogramma preventivo rispetto alla interruzione di gravidanza¹⁴. Dal momento che l'interesse tutelato dalla disciplina è la libertà morale del soggetto che nutre certi convincimenti in ordine all'aborto, è stato sostenuto che l'atto dovesse essere "*direttamente ed astrattamente idoneo a produrre l'evento interruttivo*" e non potesse, quindi, trattarsi di "*attività preparatorie e fungibili non dotate di rilevanza causale diretta*"¹⁵.

Sempre il giudice penale, infine, ha ulteriormente argomentato l'applicazione restrittiva della disciplina a muovere dalla circostanza che l'obiezione di coscienza costituisce una norma eccezionale, e come tale, quindi, ai sensi dell'art. 14 delle "*Disposizioni sulla legge in generale*", non è suscettibile di analogia¹⁶.

⁸ Così A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, cit., 1652 ss.; A. NAPPI, *I limiti oggettivi dell'obiezione di coscienza all'aborto*, in *Giur. it.*, 1984, 314. In senso contrario, P. NUVOLONE - A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 33.

⁹ D'altronde, se per il personale medico-sanitario chiamato ad eseguire l'intervento abortivo è immediato il nesso di causalità tra evento cui si oppone la coscienza e azione imposta dalla legge; così non è per i medici che partecipano all'accertamento di cui all'art. 5. Cfr. 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, 1083 s. Nello stesso senso più risalente: V. ONIDA, *L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, cit., 371.

¹⁰ Ad esempio, sfuggono alla previsione normativa le attività praticate all'interno dei Consultori: si vd. ancora TAR Puglia, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477.

¹¹ A. D'ATENA, *op. cit.*, 1653.

¹² Così TAR Emilia Romagna, 29 gennaio 1981, n. 30 in *Trib. amm. Reg.*, I, 961; Cons. St., 10 ottobre 1983, n. 428, in *Cons. St.*, 1983, 1027.

¹³ Pret. Penne, 6 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, II, 314.

¹⁴ Pret. Ancona, 9 ottobre 1979, in *Giur. mer.*, 1982, II, 972.

¹⁵ Così Pret. Penne, cit.

¹⁶ Pret. Ancona, cit. La dottrina ha duramente criticato queste posizioni del giudice penale per il fatto che esse non terrebbero nel giusto riguardo la "natura di vero e proprio diritto e della piena dignità costituzionale a cui è ormai assurda l'obiezione di coscienza"; P. MONETA, *Obiezione di coscienza*, ult. cit., 6. Altri autori sostengono addirittura che la norma eccezionale sarebbe l'aborto, poiché il non aborto - da intendersi come il rispetto della vita o, meglio, del diritto alla vita del nascituro - costituisce la regola nell'ordinamento: L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in *Iustitia*, 1984, 38 ss.; S. PRISCO, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007, 119; C. CASINI - F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., 155. Alla luce di ciò è stato possibile sostenere l'ineroperatività per questa ipotesi di obiezione di cui all'art. 14 delle "*Disposizioni sulla legge in generale*", essa quindi potrebbe trovare applicazione anche in ipotesi diverse da quelle previsti dalla legge n. 194, come per il caso della prescrizione e della vendita della "pillola del giorno dopo"; G. BONI, *Il dibattito sull'immissione in*

3. L'aborto farmacologico

L'aborto farmacologico è una procedura di interruzione chimica della gravidanza alla quale la donna può ricorrere entro la settima settimana di gestazione¹⁷. Rispetto ai metodi tradizionali, non richiede né anestesia, né intervento chirurgico: la donna che vi sottopone, difatti, deve solo assumere un farmaco che va ad agire sulla mucosa uterina e sull'embrione ivi annidato. Questo farmaco - che prende il nome di mifepristone (Mifegyne), meglio conosciuto in commercio come Ru486¹⁸ - si è dimostrato estremamente efficace nell'interruzione delle gravidanze iniziali - (se usato correttamente, infatti, funziona nel 95-98% dei casi¹⁹) - si da essere impiegato a questo scopo in moltissimi Paesi.

L'ingresso di un nuovo medicinale nel nostro sistema farmaceutico, dal brevetto fino alla sua assunzione, è regolato da un fitto groviglio di norme, comunitarie e interne, statali e regionali, tutte presiedute dalla garanzia della massima tutela del paziente, che prevale su ogni altro interesse (come la libera circolazione delle merci o le esigenze di contenimento della spesa farmaceutica)²⁰.

Quanto al dato scientifico, ogni farmaco di cui si chiede la commercializzazione deve essere stato previamente sperimentato, affinché l'impresa farmaceutica possa chiederne la registrazione. L'autorità preposta a vigilare sulla sicurezza e sull'efficacia dei farmaci è l'AIFA (Agenzia italiana per il farmaco), istituita dalla l. n. 326 del 2003, competente altresì a provvedere sulla concessione dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci, all'esito di una puntuale istruttoria²¹.

Segnatamente, vi sono tre diversi percorsi per ottenere questa autorizzazione: può essere concessa dalla competente autorità nazionale - ma in questo caso ha validità solo nel territorio dello Stato concedente; può essere rilasciata a livello comunitario dalla competente autorità (EMA - European Medicine Agency²²); o, ancora, può essere accordata all'esito di una procedura di mutuo riconoscimento delle valutazioni positive già espresse dalle altre autorità di regolazione del commercio farmaceutico europee, in applicazione del principio di reciprocità²³.

Nel nostro Paese la commercializzazione della pillola Ru486 è avvenuta a seguito dell'espletamento di quest'ultima modalità autorizzatoria che, apparentemente più rapida (dal punto di vista procedimentale), è invece incappata in un percorso straordinariamente travagliato²⁴, a motivo di presunte maggiori complicazio-

commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza, in Dir. fam. pers., 2001, 705 ss.

¹⁷ Taluni autori ritengono che anche "pillola del giorno dopo" (conosciuta in commercio come "Norlevo" e "Levonelle") sia una forma di aborto chimico; V. TURCHI, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in www.statoechiese.it. Questa opinione non pare confortata dal dato scientifico, e pertanto non ha trovato riscontro nel legislatore il quale non ha ricondotto e ricordato la somministrazione della "pillola del giorno dopo" all'interno della disciplina dettata dalla l. n. 194 del 1978. Il convincimento, però, che anche in questo si tratti di una vicenda di interruzione della gravidanza induce frequentemente i soggetti coinvolti nella somministrazione del farmaco ad invocare la facoltà di astensione di cui all'art. 9 della l. n. 194.

¹⁸ In particolare, il mifepristone blocca l'azione sulle strutture uterine del progesterone, un ormone che favorisce e assicura il mantenimento della gravidanza. Come chiarito dal dossier dell'AIFA sulla pillola RU486 per aumentare l'efficacia del farmaco serve un'altra sostanza la prostaglandina, contenuta nel misoprostol. L'associazione mifepristone/misoprostol è la modalità più diffusa per l'induzione dell'aborto medico ed è stata inserita nell'elenco dei farmaci essenziali per la salute riproduttiva dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 2006. Specificamente la donna deve assumere due compresse: il mifepristone che inibisce l'azione delle strutture uterine sulla sviluppo della gravidanza; la prostaglandina, somministrata due giorni dopo, che provoca l'espulsione del materiale abortivo entro qualche ora. In realtà, l'espulsione può verificarsi anche prima dell'assunzione della prostaglandina, come pure nei giorni successivi. L'espulsione del materiale abortivo avviene mediante sanguinamento e contrazioni; per una trattazione di divulgazione scientifica sull'aborto farmacologico si vd. C. FLAMIGNI - C. MELEGA, *RU486. Non tutte le streghe sono state bruciate*, Roma, 2010.

¹⁹ I dati sono accessibili in [Mifepristone for the medical termination of pregnancy](http://www.uptodate.com), in "UpToDate", consultabile sul sito www.uptodate.com.

²⁰ F. MASSIMINO, *Il ciclo di vita del farmaco: breve sintesi normativa*, in *San. Pubbl. Priv.*, 2009, 6, 5 ss.

²¹ Ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. n. 219 del 2006, "nessun medicinale può essere immesso in commercio senza aver ottenuto un'autonoma autorizzazione dall'AIFA o un'autorizzazione comunitaria a norma del regolamento CE n. 726/2004". L'Agenzia Italiana del Farmaco è l'autorità nazionale di regolazione della vendita e della distribuzione dei farmaci in Italia, sotto la direzione del [Ministero della Salute](#) e la vigilanza del Ministero della Salute e del [Ministero dell'Economia](#). Essa, oltre a provvedere all'immissione dei farmaci in commercio e al loro impiego sicuro ed appropriato; garantisce l'unitarietà nazionale del sistema farmaceutico d'intesa con le Regioni; cura i rapporti con le Agenzie degli altri Paesi, con l'Agenzia Europea dei Medicinali (EMA) e con gli altri organismi internazionali.

²² Si tratta dell'ente di vigilanza europeo sulla commercializzazione dei farmaci.

²³ Si vd. gli artt. 42 ss. del d. lgs. n. 219 del 2006 che vanno a sostituire la precedente disciplina recata dal d. lgs. n. 178 del 1991, come modificato dal d. lgs. n. 178 del 1991.

²⁴ Il mifepristone è stato utilizzato per la prima volta in Italia all'interno di un progetto di sperimentazione multicentrica organizzata dall'OMS. Diversi anni dopo, nel 2001, l'ospedale S. Anna di Torino ha chiesto al Ministero della Salute la sperimentazione di un servizio di aborto farmacologico. Solo nel 2004, però, il Consiglio Superiore di Sanità ha accordato l'autorizzazione alla sperimentazione, preoccupato che l'aborto medico potesse avvenire al di fuori delle strutture ospedaliere e quindi fossero violate le previsioni della legge n. 194 del 1978. Durante la sperimentazione, poi, vennero segnalate alcune irregolarità che ne determinarono la sospensione.

ni che presenterebbe l'aborto chimico rispetto a quello chirurgico²⁵. Nel novembre 2007, invero, la casa produttrice del farmaco (della specialità particolare "Mifegyne") ha inoltrato all'AIFA la richiesta di commercializzazione, ma ci sono voluti ben due anni per la sua definizione - (quando di norma il tempo richiesto è di tre mesi al massimo). Solo nel giugno 2009, infatti, l'Agenzia confermava il parere favorevole all'immissione in commercio della pillola Ru486²⁶, potendosi anche valere della nota di aggiornamento dell'EMA riguardo l'affidabilità e la sicurezza del farmaco²⁷.

Nonostante i numerosi incidenti di percorso, la causa della Ru486 non è mai stata abbandonata soprattutto per l'attivismo di alcune Regioni²⁸, le quali - nelle more dell'autorizzazione, ma anche in precedenza - hanno deciso di somministrare il farmaco non ancora registrato, importandolo direttamente dall'estero come consentito per particolari casi dalla legge n. 94 del 1998 (la c.d. legge "Di Bella"²⁹).

Ad ogni modo, la commercializzazione generalizzata della pillola abortiva nel nostro Paese, come ricordato, è stata autorizzata solo dalla deliberazione dell'AIFA del 24 novembre 2009, n. 1460³⁰, e coerentemente con la disciplina dettata dalla legge n. 194 del 1978 non ne è stata consentita la vendita al pubblico nelle farmacie. I limiti posti dalla legge all'interruzione chirurgica della gravidanza, infatti, non avrebbero consentito altrimenti, a muovere anzitutto dalla necessità che la donna, dal momento dell'assunzione del farmaco a quello di espulsione del prodotto del concepimento, sia assistita da un medico del servizio ostetrico-ginecologico (art. 8)³¹.

²⁵ A. MORRESI - E. ROCCELLA, *La favola dell'aborto facile. Miti e realtà della pillola RU 486*, prima ed., Milano, 2006; sec. ed., 2010; *contra* C. FLAMIGNI - C. MELEGA, *RU486...*, cit. 121 ss.

²⁶ Nel febbraio 2008 la Commissione tecnico scientifica dell'Agenzia esprimeva parere favorevole all'ingresso in commercio, subito dopo il Ministero della salute ha richiesto alla casa farmaceutica una relazione sugli effetti collaterali del farmaco abortivo. All'esito della richiesta veniva consegnato un dossier che individuava 29 casi mortali a livello mondiale nel periodo compreso tra il 28 dicembre 1988 e il 31 maggio 2009, tra cui non tutti erano direttamente ascrivibili all'azione del farmaco. Tra di essi infatti: 12 casi erano associati ad uso *off label* del mifepistrone per indicazioni non autorizzate comunque non inerenti procedure di interruzione volontaria della gravidanza; negli altri 17, invece, i decessi erano occorsi per l'uso associato di mifepistrone e prostaglandina nell'aborto medico. In tali ultimi casi, per giunta, il mifepistrone non era stato utilizzato conformemente alle indicazioni recate nel foglio illustrativo e nella scheda tecnica; vd. *Casi di decesso riferiti al Medicinale Mifegyne descritti nella documentazione fornita dall'azienda Laboratoire Exelgyn*, consultabile su: <http://www.lasinodoroedizioni.it/flamigni/Ru486>.

²⁷ La nota di aggiornamento messa a disposizione dall'Ufficio di vigilanza dell'EMA, segnatamente, conferma l'inesistenza di impedimenti a che i prodotti farmaceutici autorizzati dallo stesso ente europeo restino in commercio. Una cosa è certa: all'esito della durata eccessiva del procedimento e degli eventi occorsi nel frattempo, a prescindere dal giudizio sulla satisfattività della procedura di mutuo riconoscimento tra gli Stati in termini di massima tutela della salute del paziente, l'immissione in commercio della pillola RU486 è stata assistita da tutte le garanzie di affidabilità del farmaco scientificamente possibili.

²⁸ L'Emilia-Romagna ha approvato nel 2005 una risoluzione per l'impiego della Ru486 all'interno di un percorso ospedaliero conformemente al tracciato normativo della l. 194 del 1978, nonché della normativa per l'importazione dei farmaci direttamente dall'estero. Di seguito anche altre Regioni hanno seguito questo percorso: la Toscana, il Piemonte, le Marche, la Puglia, nonché la provincia autonoma di Trento. In Lombardia, diversamente, l'ospedale Buzzi di Milano ha voluto sperimentare un altro farmaco, il metotrexate.

²⁹ Onde garantire la possibilità di accesso alle cure farmacologiche cc.dd. "*off label*", in via eccezionale, in assenza di una preventiva autorizzazione alla immissione in commercio, l'art. 3, secondo comma, della l. n. 94 del 1998 stabilisce che: "*In singoli casi il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare un medicinale prodotto industrialmente per un'indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata, ovvero riconosciuta agli effetti dell'applicazione dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla legge 23 dicembre 1996, n. 648, qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale*".

³⁰ Si tratta precisamente della determinazione del 24 novembre 2009, n. 1460, del Consiglio d'amministrazione dell'Agenzia Italiana del Farmaco, pubblicata su G.U., del 9 dicembre 2009, n. 286, suppl. ord., n. 229.

³¹ In realtà, sulla necessità della ospedalizzazione sono state avanzate forti perplessità anche con riferimento all'aborto chirurgico, se non altro in ragione delle scarse garanzie di effettività della previsione: "la Legge 194 non precisa che le interruzioni di gravidanza si debbano verificare in regime di ricovero ordinario e ne autorizza l'esecuzione anche in strutture poliambulatoriali [...] Malgrado questa evidenza, e malgrado il fatto che non sarà in alcun modo possibile trattenere in ospedale le donne che sceglieranno di tornarsene a casa e firmeranno il documento di assunzione di responsabilità" da più parti è stato auspicato che lo svolgimento delle diverse fasi dell'aborto farmacologico avvenga in regime di ricovero ordinario; C. FLAMIGNI - C. MELEGA, *RU486...*, cit., 144 ss. La preoccupazione di non vedere parimenti garantita siffatta assistenza, peraltro, all'esito di una indagine conoscitiva sulla pillola Ru486, la Commissione Igiene e Sanità del Senato a proporre, addirittura, di sospendere la procedura di immissione in commercio della specialità "Mifegyne" - non avendo questa "*previsto la verifica della compatibilità con la normativa vigente*" - in attesa dell'acquisizione del parere del Ministro competente, consentendo, se necessario, di riavviare la procedura sin dall'inizio. Si è così aperta una nuova fase di consultazione dell'AIFA, all'esito della richiesta del Ministro della Salute, alla stessa Agenzia, di riconsiderare la delibera già adottata onde garantire il pieno rispetto della normativa in tema di IVG. L'ente di vigilanza, tuttavia, non ha giudicato di dover intervenire sulla precedente delibera favorevole all'immissione in commercio.

4. Nuovi orizzonti dell'obiezione di coscienza nell'ambito dell'aborto farmacologico: la risposta della Cassazione

Veniamo ora alla vicenda concreta che ha dato spunto a questa riflessione. Essa origina dal rifiuto di un medico di assistere una paziente nel secondamento, cioè durante la fase espulsiva dell'embrione, quando il farmaco è già stato assunto e l'interruzione della gravidanza si è già verificata³².

La Cassazione, al pari dei giudici di merito, ha ritenuto integrata la fattispecie di cui all'art. 328 c.p., considerando che la condotta tenuta dall'imputata non potesse godere della copertura offerta dall'art. 9, terzo comma, della legge n. 194. Più specificamente, la Suprema corte ha escluso che la facoltà attribuita da tale norma "possa riferirsi anche all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento, riconoscendo al medico obiettore il diritto di rifiutare di determinare l'aborto (chirurgicamente o farmacologicamente), ma non di omettere di prestare l'assistenza prima ovvero successivamente ai fatti causativi dell'aborto, in quanto deve comunque assicurare la tutela della salute e della vita della donna, anche nel corso dell'intervento di interruzione della gravidanza"³³.

La Cassazione, ancora diversamente, ha fatto proprio nuovamente l'orientamento restrittivo, argomentando che una lettura estensiva "non trova alcun appiglio nella chiara lettera della norma. Invero, secondo la disciplina della legge n. 194 del 1978, l'obiezione esonera il medico esclusivamente dal «compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza»".

Ne segue che se la legge tutela il diritto all'obiezione di coscienza entro lo stretto limite delle attività specificamente dirette alla interruzione della gravidanza, una volta che esse siano esaurite il medico obiettore non può rifiutare di prestare assistenza alla donna. In caso contrario, infatti, si configura il reato di cui all'art. 328 c.p., ossia la fattispecie di rifiuto di atti d'ufficio.

Ebbene, per i giudici di legittimità il reato è integrato perché ricorrono tutti gli elementi appena indicati. Nondimeno, trattandosi di un aborto indotto per via farmacologica e non chirurgica, "la fase rispetto alla quale opera l'esonero dall'obiezione di coscienza è limitata alle sole pratiche di predisposizione e somministrazione dei farmaci abortivi, coincidenti con quelle procedure e attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione cui si riferisce l'art. 9 comma 3 legge n. 194/1978".

Con questa affermazione la Corte individua i titolari della tutela di cui all'art. 9 - segnatamente per l'aborto farmacologico - nei soggetti addetti alla "predisposizione e somministrazione dei farmaci abortivi". Pacifico cosa debba intendersi per "somministrazione", forse poteva essere opportuna qualche specificazione in più in ordine al concetto di "predisposizione". In assenza di ciò, il dato giurisprudenziale pare deporre a favore del riconoscimento della facoltà di astensione anche dei farmacisti operanti all'interno delle strutture ospedaliere, addetti al dispaccio del farmaco abortivo³⁴, nonché dei medici ospedalieri ai quali se ne chieda la prescrizione³⁵. Questa interpretazione, tuttavia, suscita qualche perplessità alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza sull'aborto chirurgico in ordine alla sussistenza del requisito della necessaria contestualità dell'attività con l'evento abortivo, nonché della "rilevanza causale diretta"³⁶.

Quanto ai profili squisitamente penalistici, come si diceva, la Corte ha ritenuto perfettamente integrato il reato di cui all'art. 328 c.p.³⁷, per la ragione che il rifiuto ha riguardato un atto sanitario necessario, in una situazione di rischio oggettivo per la paziente che non aveva ancora espulso la placenta³⁸. La Cassazione, inoltre, non ha considerato neppure giustificabile l'errore sul precetto³⁹, poiché l'esercizio del diritto

³² Basti pensare che la richiesta di intervento del medico di guardia era scaturita proprio dalla preoccupazione dell'ostetrica per i possibili rischi di emorragia a seguito dell'avvenuto aborto.

³³ Così Cass. Pen., VI sez., sent. 2 aprile 2013, n. 14979.

³⁴ V. TURCHI, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (rivista telematica), accessibile sul sito www.statoechiese.it.

³⁵ V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 2, 416.

³⁶ Pret. Penne, 6 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, II, 314.

³⁷ "Il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto dell'ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni".

³⁸ In particolare, la necessità dell'intervento sanitario sarebbe stata dimostrata dal fatto che alla donna sono state prestate, immediatamente dopo, cure d'urgenza da parte del primario del reparto. A nulla rileva invece che le condizioni di salute non siano risultate particolarmente gravi: il medico è tenuto a recarsi in ogni caso dal paziente per visarlo immediatamente, soprattutto se viene così sollecitato da personale specializzato.

³⁹ Cfr. A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, 42.

all'obiezione di coscienza da parte di un medico presuppone la sua piena consapevolezza circa i limiti entro cui tale diritto può essere esercitato⁴⁰.

La sentenza, da ultimo, ha voluto confermare l'interpretazione dei giudici di merito anche riguardo la non applicabilità delle circostanze attenuanti generiche, in ragione della gravità della condotta dell'imputata, la quale, nonostante i richiami provenienti da personale sanitario qualificato, ha reiteratamente negato *"l'assistenza ad una paziente, interpretando le norme della legge sulla obiezione di coscienza in maniera limitata e strumentale, tale da non poter essere giustificata in relazione a convinzioni religiose, comunque in contrasto con gli obblighi derivanti dalla stessa professione medica"*.

5. Diritto della donna e diritto del medico: la tecnica dell'abuso del diritto e la "dialettica" tra diritti inviolabili e doveri inderogabili

La pronuncia della Cassazione, come si è detto più volte, è l'ultimo tassello di un consolidato indirizzo restrittivo riguardo la sfera di applicazione della tutela di cui all'art. 9 della legge n. 194. I giudici di legittimità, tuttavia, non si limitano a richiamare il suddetto indirizzo per risolvere la questione sottoposta alla loro attenzione, procedendo, invece, ad una analisi puntuale dell'istituto dell'obiezione di coscienza all'interno della legge del 1978.

Viene così in evidenza che il "diritto" all'astensione dal servizio "trova il suo limite nella tutela della salute della donna": il comma 5 dell'art. 9, segnatamente, "esclude ogni operatività all'obiezione di coscienza nei casi in cui l'intervento del medico obiettore sia «indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo»". Ne segue che "il diritto dell'obiettore affievolisce, fino a scomparire di fronte al diritto della donna in imminente pericolo a ricevere le cure per tutelare la propria vita e la propria salute". In particolare, "il diritto all'aborto è stato riconosciuto come ricompreso nella sfera di autodeterminazione della donna e se l'obiettore di coscienza può legittimamente rifiutarsi di intervenire nel rendere concreto tale diritto, tuttavia non può rifiutarsi di intervenire per garantire il diritto alla salute della donna, non solo nella fase conseguente all'intervento di interruzione della gravidanza, ma come si è visto, in tutti i casi in cui vi sia un imminente pericolo di vita".

Visto che pure l'obiezione di coscienza si fonda sul diritto all'autodeterminazione, dire che l'obiezione può essere opposta quando la donna vuole interrompere la gravidanza esclusivamente in forza dell'esercizio del suo diritto all'autodeterminazione, potrebbe indurre a pensare che esista una gerarchia tra le diverse forme di autodeterminazione, dove quella che si esprime nella volontà della donna di abortire è recessiva rispetto a quella del medico che vuole seguire i convincimenti di coscienza, salvo il pericolo imminente di vita.

Tali esiti, però, non possono essere condivisi per le ragioni che si tenterà di argomentare meglio più avanti. Ora infatti pare più urgente svolgere qualche riflessione, alla luce della legislazione vigente, nonché dell'elaborazione giurisprudenziale, sul rapporto tra diritto della donna e "diritto" del concepito.

Non pare in dubbio che la pronuncia della Cassazione contribuisca ad avvalorare l'ipotesi che nel nostro ordinamento la disciplina dell'aborto non abbia voluto legittimare *"una libertà sessuale femminile"*⁴¹ - come del resto emergeva già dalla lettera della legge del 1978 (*"l'aborto non è un mezzo di controllo delle nascite"*), nonché dalla giurisprudenza costituzionale precedente alla stessa legge (*"la liceità dell'aborto deve essere ancorata a una previa valutazione delle condizioni atte a giustificarlo"*)⁴². Difatti, se esiste un diritto all'autodeterminazione della donna che può essere superato, ove contrapposto all'autodeterminazione che si esprime nella obiezione di coscienza⁴³ - salvo il caso di pericolo imminente di vita - appare corroborata

⁴⁰ Ad ogni modo, la buona fede o l'ignoranza sulla legge extrapenale sono state escluse, perché l'imputata ha opposto un continuo ed ingiustificato rifiuto anche dopo le ripetute richieste di intervento e il preciso ammonimento del primario e del direttore sanitario di prestare assistenza alla paziente, chiarito che ciò non significava partecipare all'aborto, già praticato da altri sanitari.

⁴¹ Precisazione, peraltro, reputata necessaria dalla sent. n. 35 del 1997 della Corte cost., onde ritenere *"costituzionalmente necessaria"* la legge n. 194; S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione medicalmente assistita...*, cit.

⁴² Corte cost., sent. n. 27 del 1975.

⁴³ Parte della dottrina ritiene che l'aprioristica esclusione di medici specialisti obiettori sarebbe "in contrasto con più disposizioni costituzionali - prima fra tutte quelle poste a garanzia della libertà di coscienza, ma nondimeno anche il principio di eguaglianza (art. 3) e il diritto di scelta della professione, quale aspetto imprescindibile dello sviluppo della persona umana - è altrettanto vero che proprio in forza dei medesimi valori non si potrebbe imporre ad un medico obiettore, il quale possa essere agevolmente sostituito nell'ambito della stessa struttura da uno specialista non obiettore, di compiere alcuni atti, come il rilascio del certificato d'urgenza, che più di altri possono rivelarsi in insanabile conflitto con le proprie convinzioni personali, etiche e/o religiose. In altre parole, la previsione

l'affermazione che la legge del 1978 si limiterebbe a dire che “*non si pretende dalle donne di morire di aborto* (o di subire, dall'atto dell'aborto, conseguenze dannose per la salute)”⁴⁴. D'altronde, nel momento in cui si attribuisce simile significato all'interruzione volontaria della gravidanza, l'intervento del legislatore si palesa come una scelta tra due situazioni antagonistiche di diritto, l'uno della madre, l'altro del concepito⁴⁵.

Con riferimento a questo preteso antagonismo, nient'affatto pacifico in dottrina⁴⁶ - che a parere della stessa Corte costituzionale trova fondamento nell'art. 2 Cost. (sent. n. 27 del 1975) - si deve ricordare una pronuncia della Cassazione dello scorso anno che ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno ai familiari per la nascita indesiderata di una bambina affetta dalla “Sindrome di Down”⁴⁷.

In tale ultima sentenza, segnatamente, la Cassazione richiama un suo precedente⁴⁸ dove sostiene che “nel bilanciamento tra il valore (e la tutela) della salute della donna e il valore (e la tutela) del concepito, l'ordinamento consente alla madre di autodeterminarsi, ricorrendone le condizioni richieste ex lege, a richiedere l'interruzione della gravidanza”. In particolare, viene specificato che “la considerazione secondo cui, al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pur nei limiti e nei casi previsti dalla legge, si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del «diritto» del feto a venire alla luce, in funzione della tutela non soltanto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile (L. n. 194 del 1978, art. 1), ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno spatium comparationis se, a confrontarsi, fossero davvero, in una comprovata dimensione di alterità soggettiva, un (superiore) diritto alla vita e un («semplice») diritto alla salute mentale [...] Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa”⁴⁹. Nella stessa sentenza, peraltro, non viene taciuta la rilevanza delle questioni etiche, filosofiche, religiose, che però si pongono all'attenzione della coscienza dell'interprete su un piano metagiuridico. Per il diritto positivo, infatti, unica titolare del relativo diritto soggettivo, riconosciuto espressamente dalla l. n. 194 del 1978, art. 1, è la madre, “in quanto solo alla donna è concessa (dalla natura prima ancora che dal diritto) la legittimazione attiva all'esercizio del diritto di procreare coscientemente e responsabilmente valutando le circostanze e decidendo, infine, della prosecuzione o meno di una gravidanza che vede la stessa donna co-protagonista del suo inizio, ma sola ed assoluta responsabile della sua prosecuzione e del suo compimento”. In definitiva, “l'intero plesso normativo, ordinario e costituzionale, sembra muovere nella direzione del concepito inteso come oggetto di tutela e non anche come soggetto di diritto”⁵⁰.

di una riserva di posti per il personale non obiettore dovrebbe trovare fondamento nell'esigenza di salvaguardare proprio la libertà di coscienza del personale obiettore, il quale, diversamente, non potrebbe in alcun modo rifiutare di compiere anche le attività rimesse al proprio discrezionale apprezzamento”; così D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale...*, cit., 1092.

⁴⁴ S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione medicalmente assistita...*, cit.

⁴⁵ Così la sent. n. 27 del 1975: “*Ritiene la Corte che la tutela del concepito - che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) - abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la «protezione della maternità» e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito.*”

E, tuttavia, questa premessa - che di per sé giustifica l'intervento del legislatore volto a prevedere sanzioni penali - va accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione. Ed è proprio in questo il vizio di legittimità costituzionale, che, ad avviso della Corte, inficia l'attuale disciplina penale dell'aborto”.

⁴⁶ Cfr. S. NICCOLAI (*La legge sulla fecondazione medicalmente assistita...*, cit.) la quale rileva che “laddove sia consentito, l'aborto è argomentato come una situazione in cui si fronteggiano la madre e il diritto alla vita del concepito. Tutti gli ordinamenti che ammettono l'aborto stabiliscono che il diritto alla vita dell'embrione cede di fronte all'interesse della madre in date circostanze”. Tuttavia l'A. nega che concepito e madre siano “due titolari di diritti che si fronteggiano, tra di loro indipendenti”. Se così fosse, non sarebbe possibile riconoscere “la gravità dell'offesa che viene recata a una donna quando la soccombenza del diritto alla vita dell'embrione è decisa contro di lei” (come invece è accaduto nel caso *Vo v. France*, 53924/00 - riguardante un aborto compiuto per errore al sesto mese di gravidanza - deciso l'8 luglio 2004 dalla *Grande Chambre* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; accessibile su <http://www.echr.coe.int/>) e pur tuttavia “mantenere fermo che per le donne non è obbligatorio il condurre a termine una gravidanza contro la loro volontà”. In definitiva, quindi, “*non c'è tutela per il concepito che non poggia su una simpatia, su una alleanza, col desiderio che esso vita divenga*”, sebbene “la cultura giuridica europea è abituata a non pensare così, e, perciò, a non valorizzare il desiderio materno”. Vd. anche P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 25.

⁴⁷ Cass. Civ., sez. III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754.

⁴⁸ [Cass. Civ., sez. III, sentenza del 29 luglio 2004, n. 14488.](#)

⁴⁹ Poco prima la stessa sentenza n. 16754 aveva precisato che: “*La concezione della vita come oggetto di tutela, da parte dell'ordinamento, in termini di «sommò bene», di alterità normativa superiorum non recognoscens - di talchè non potrebbe in alcun modo configurarsi un interesse a non nascere giuridicamente tutelato (al pari di un interesse a non vivere una non-vita, come invece condivisibilmente riconosciuto da questa stessa corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748) - è percorsa da forti, aneliti giusnaturalistici, ma è destinata a cedere il passo al raffronto con il diritto positivo”.*

⁵⁰ *Contra*: M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2013, 1, 161 ss.

La conclusione che il concepito è oggetto di diritto conduce anche a sostenere, in generale, che la rilevanza dell'interesse a divenire vita dipende dalla volontà della madre, ossia che la sua autodeterminazione è un elemento decisivo riguardo il proseguimento della gravidanza, seppure assistita dalla presenza di ragioni fisiche e psichiche⁵¹. Di conseguenza, per il particolare profilo dell'obiezione di coscienza, il diritto di autodeterminarsi della donna nel senso dell'aborto, nel confrontarsi con il rifiuto del sanitario chiamato specificamente e direttamente a provocarlo, deve retrocedere, non per l'interesse alla vita dell'embrione, bensì per la protezione che l'ordinamento ha riconosciuto a questa espressione della libertà di coscienza.

Ma questa retrocessione è solo apparente all'esito di una lettura d'insieme dell'art. 9. In particolare, tornando sul punto della presunta esistenza di una gerarchia tra le diverse forme di autodeterminazione, non può condividersi l'idea che nel bilanciamento tra i differenti interessi in gioco il legislatore abbia deciso per la recessività del diritto a interrompere la gravidanza rispetto al diritto della coscienza del sanitario, visto che il quarto comma dello stesso art. 9 impone alle amministrazioni ospedaliere di assicurare la continuità nell'erogazione del servizio⁵². Ed è questo, a nostro sommo avviso, un punto centrale nella scelta del legislatore di concedere la suddetta facoltà di astensione: la garanzia del servizio che paradossalmente, a livello applicativo, rappresenta il profilo di maggiore criticità della legge⁵³.

Una volta affermato che nel bilanciamento operato dal legislatore il punto di equilibrio tra il diritto all'autodeterminazione della donna e quello del sanitario è costituito dalla garanzia di continuità del servizio, sembra possibile avanzare dubbi circa la ragionevolezza della normativa medesima⁵⁴. Essa, infatti, si dimostra incapace di garantire quell'equilibrio laddove i comportamenti omissivi (leciti) del personale sanitario sono in grado di pregiudicare l'effettiva continuità del servizio.

La mancata, o comunque insufficiente, predisposizione di opportuni strumenti da parte delle amministrazioni sanitarie per evitare l'elusione della previsione di cui al quarto comma è sotto gli occhi di tutti, testimoniata dai numeri dell'obiezione di coscienza, nonché dalla diversità dell'offerta del servizio sul territorio nazionale.

Il vistoso disallineamento tra lo scopo in astratto della norma sulla facoltà di astensione (*rectius*: la possibilità di invocare l'obiezione di coscienza facendo salva la regolarità servizio) e la sua applicazione concreta, sembra riprodurre lo schema tipico dell'abuso del diritto, che ricorre, appunto, quando si verifica simile divergenza tra momento statico e dinamico di una stessa fattispecie.

L'istituto in questione nasce nel diritto privato per poi essere "importato" anche nel diritto tributario, come in quello amministrativo e processuale. Nel campo del diritto costituzionale, l'abuso del diritto pare po-

⁵¹ La stessa pronuncia (Cass. Civ., 29 luglio 2004, n. 14488) prosegue specificando che: "La sola esistenza di malformazioni del feto che non incidano sulla salute o sulla vita della donna non permettono alla gestante di praticare l'aborto". In altre parole, il nostro ordinamento non consente l'aborto eugenetico ma consente alla donna d'interrompere la gravidanza "solo quando dalla prosecuzione della gestazione possa derivare, anche in previsione di anomalie o malformazioni del concepito, un reale pericolo per la sua salute fisica o psichica, ovvero per la sua vita".

⁵² Invero, si legge al quarto comma dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978: "Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale".

⁵³ Come si legge nella relazione sullo stato di attuazione della legge n. 194 del 1978 (p. 39) presentata al Parlamento dal Ministro della salute il 9 ottobre 2012 (disponibile sul link: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1824_allegato.pdf): "Nel 2010 si evince una stabilizzazione generale dell'obiezione di coscienza tra i ginecologi e gli anestesisti, dopo un notevole aumento negli ultimi anni. Infatti, a livello nazionale, per i ginecologi si è passati dal 58.7% del 2005, al 69.2% del 2006, al 70.5% del 2007, al 71.5% del 2008, al 70.7% nel 2009 e al 69.3 nel 2010; per gli anestesisti, negli stessi anni, dal 45.7% al 50.8%. Per il personale non medico si è osservato un ulteriore incremento, con valori che sono passati dal 38.6% nel 2005 al 44.7% nel 2010. Percentuali superiori all'80% tra i ginecologi si osservano principalmente al sud: 85.7% in Molise, 85.2% in Basilicata, 83.9% in Campania, 81.3% a Bolzano e 80.6% in Sicilia. Anche per gli anestesisti i valori più elevati si osservano al sud (con un massimo di più di 75% in Molise e Campania e 78.1% in Sicilia) e i più bassi in Toscana (27.7%) e in Valle d'Aosta (26.3%). Per il personale non medico i valori sono più bassi e presentano una maggiore variabilità, con un massimo di 86.9% in Sicilia e 79.4% in Calabria".

⁵⁴ Vastissima la letteratura sulla ragionevolezza come parametro di legittimità del bilanciamento effettuato dal legislatore: per tutti si vd. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano 1997, 899 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma 2005, 1 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 341 ss.; G. SCACCIA, in *Diz. giur. dir. pubbl.* a cura di S. Cassese, Milano 2006, 4805 ss. La giurisprudenza costituzionale (sent. n. 1130 del 1988) ha definito il giudizio di ragionevolezza come un processo di "ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti".

tersi declinare come esigenza di assicurare che l'esercizio dei diritti fondamentali a rilevanza sociale non eluda la funzione loro assegnata dall'ordinamento⁵⁵.

Alla luce di quanto precede, parrebbe possibile impiegare la tecnica dell'abuso del diritto per individuare i limiti interni al diritto fondamentale all'espressione della libertà di coscienza in ordine alla facoltà di astensione di cui all'art. 9, vista la rilevanza sociale dell'esercizio del diritto individuale. In altre parole, il divieto di abuso del diritto potrebbe declinarsi come parametro di conformità dell'esercizio concreto della libertà di coscienza con la *ratio* della stessa previsione legislativa.

Qualificato, quindi, il divieto di abuso del diritto come "canone ermeneutico dei limiti funzionali delle libertà costituzionalmente garantite"⁵⁶, la *ratio* della norma di cui all'art. 9 potrebbe essere questa: "*la libertà di coscienza non deve pregiudicare il diritto all'autodeterminazione della donna*".

C'è da dire, oltretutto, che il ricorso alla tecnica dell'abuso del diritto permette di trascurare le riserve che vanno vieppiù a minare la fiducia nel bilanciamento⁵⁷ (in sede giurisdizionale), che anche nel campo dell'obiezione di coscienza trova ampio impiego⁵⁸ - (soprattutto quando si tratta di comportamenti che non trovano copertura legislativa specifica, i quali, in quanto espressione di principi cardine dell'ordinamento, non sarebbero suscettibili di sanzione⁵⁹, potendosi giovare dell'applicazione della scriminante di cui all'art. 51 c.p.⁶⁰). In estrema sintesi, la differenza tra la tecnica del bilanciamento e quella propria dell'abuso del diritto è nel fatto che nel primo caso il sindacato sarà incentrato su un limite "esterno", mentre nel secondo su un limite "interno". Più diffusamente: nel bilanciamento la meritevolezza di tutela viene apprezzata dal giudice avendo come parametro interessi, principi o valori diversi e concorrenti rispetto alla pretesa avanzata in giudizio; nel caso dell'abuso del diritto, invece, il medesimo giudizio viene operato avendo riguardo esclusivamente alla *ratio* interna della norma che ha positivizzato il diritto⁶¹.

Per altro verso, a muovere da una premessa positivistica⁶², nonché dal convincimento che il catalogo dei diritti è chiuso⁶³, appare evidente quali siano le ragioni della preferenza per la tecnica dell'abuso del diritto. Il *favor* per l'una, e non per l'altra, trova ragione nel rinvio a principi metagiuridici⁶⁴, pre-costituzionali, o comunque universali, connaturato alla tecnica del bilanciamento che aspira a dare piena soddisfazione ad ogni nuovo diritto che si propone all'attenzione del giudice. La figura dell'abuso del diritto, all'opposto, si ca-

⁵⁵ Sull'abuso del diritto: recentemente, F. LOSURDO, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011.

⁵⁶ Cfr. A. LOIODICE (*Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969, 361) il quale così qualifica l'istituto in questione in particolare riferimento alla libertà di informazione; recentemente ripreso da F. LOSURDO, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento...*, cit., 95.

⁵⁷ M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione dia-cronica*, in *Dir. e Soc.*, 2009, 1 ss.

⁵⁸ A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 1, 167 ss.

⁵⁹ Cfr. R. NAVARRO VALLS - J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Le obiezioni di coscienza: profili di diritto comparato*, cit., 50; B.P. VERMEULEN, *Finalità e limiti delle obiezioni di coscienza nel diritto olandese ed europeo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 51 s.

⁶⁰ D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011, 282 s.

⁶¹ F. LOSURDO, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento...*, cit., 7.

⁶² È stato stenuto che "solo la Costituzione saprebbe esprimere l'ordine assiologico della comunità organizzata"; così M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 46 ss.

⁶³ Sempre lo stesso A. (più recentemente: in *La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Évolution d'une décennie. Rapport italien*, XXIXe Table ronde internationale de justice constitutionnelle, Aix-en-Provence, 6 - 7 septembre 2013, in corso di pubblicazione) ha sostenuto che il catalogo dei diritti è sì chiuso, ma tuttavia il contenuto "dinamico" dei diritti ne garantisce in ogni tempo l'attualità. Siffatta ricostruzione, peraltro, pare meglio conciliarsi con la dommatica dei doveri di cui si dirà più avanti. Si può già anticipare, però, a tale riguardo, che la funzione di garanzia dei doveri si estrinseca proprio nella loro puntuale previsione a fronte dei diritti (principio di certezza dei doveri a livello costituzionale). In un'ottica di sistema, infatti, doveri inderogabili e diritti fondamentali sono strutturati secondo una trama precisa individuata dal Costituente come nucleo duro del "patto costituzionale": vi sarebbe pertanto, un vero e proprio "interesse alla definizione massimamente stabile e condivisa dei diritti e dei doveri" (*Id.*, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Ann.*, III, 2010, 591), di talché la creazione *ex novo* di diritti fondamentali non troverebbe riscontro nei doveri inderogabili; vd. *infra* nota 62. Ne segue che malgrado la dinamicità interna dei diritti fondamentali l'elenco non può essere che "chiuso" onde evitare la "distoria" con i doveri inderogabili. Sulla proliferazione dei diritti: cfr. *Id.*, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., vol. III, 1060 ss.

⁶⁴ M. MORLOK, *L'abuso dei diritti*, in S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007, 629 ss. La tecnica dell'abuso del diritto, diversamente, si caratterizza per lo scrutinio squisitamente giuridico del concreto esercizio del diritto: proprio questo permette di evitare che la funzione di argine ai tradizionali diritti assoluti dell'istituto in discussione non si traduca in equità sganciata dal diritto positivo; F. LOSURDO, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento...*, cit., 2 ss.; 74.

ratterizza per una “logica di equilibrio tra diritti e doveri”⁶⁵, dove gli uni sono legati agli altri in maniera inestricabile⁶⁶.

A proposito di doveri, l’abuso dell’esercizio dei diritti fondamentali è stato ricostruito proprio a partire dall’art. 54 Cost.: una disposizione che ha impegnato, e impegna ancora non poco la dottrina nella ricognizione della precipua portata normativa, rispettivamente, del dovere di fedeltà alla Repubblica, da una parte, e di quello di osservanza della Costituzione e delle leggi, dall’altra. Le posizioni sul punto si dividono sostanzialmente tra chi ritiene che non esista “uno speciale obbligo giuridico che porti il nome di fedeltà”⁶⁷ che possa essere distinto da quello di osservanza dell’ordinamento giuridico - posto che la fedeltà è un concetto etico-politico⁶⁸-, e chi, al contrario, rifiuta di ridurre il problema ad una mera tautologia della disposizione costituzionale, sostenendo che l’obbligo di fedeltà debba specificamente riferirsi o al “contenuto materiale” della Costituzione⁶⁹, ovvero alla forma di stato democratica formalizzata nel testo costituzionale⁷⁰. Ad ogni modo, pare però arduo superare l’obiezione per la quale l’identità giuridica tra i due doveri è confermata dalla ricerca stessa di norme la cui “inosservanza” integri la violazione del dovere di fedeltà, che paradossalmente impegna proprio i sostenitori dell’autonomia dei due doveri⁷¹.

Ma torniamo alle questioni che ci riguardano più da vicino.

Se l’obiezione di coscienza muove dal conflitto tra dovere morale e dovere giuridico e, altresì, se l’obiezione è espressione di un diritto costituzionale a rilevanza sociale, allora l’esigenza di evitarne l’esercizio abusivo, in realtà, è corollario di quell’equilibrio tra diritti e doveri che è la “trama” fondamentale del nostro ordinamento.

A partire da queste considerazioni si spiega l’interesse ad analizzare la vicenda dell’obiezione nell’ottica dei doveri con cui impatta, e non come avviene più frequentemente quale specificazione della libertà di coscienza⁷² - anche perché l’obiezione non ha nulla a che spartire con la struttura dei diritti libertà⁷³, dal momento che la precipua funzione di questi ultimi non è opporsi all’attuazione degli indirizzi espressi dal legislatore, o contraddirne la legittima richiesta di prestazioni personali o patrimoniali⁷⁴.

⁶⁵ *Ibidem*, 8. A maggior ragione, quindi, se il diritto di un soggetto incide sui diritti degli altri, la valutazione dell’esercizio del primo (diritto) non può prescindere anche dalla considerazione di chi ne sopporterà le conseguenze; l’abuso del diritto nel campo civilistico avrebbe infatti tutto il senso di un’etica della responsabilità verso la comunità nei rapporti interpretati; in *ivi*, spec. 2 e 5.

⁶⁶ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, *passim*.

⁶⁷ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, 240.

⁶⁸ G. GALANTE, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico tra morale, politica e diritto*, in *Fardelli d’Italia. L’unità nazionale tra coesione e conflitti*, a cura di F. Bilancia, F.M. Sciuillo, A. Gianelli, M.P. Paternò, F. Rimoli, G.M. Salerno, Napoli, 2011, 196. La fedeltà, infatti, altro non è che l’oggetto dell’obbligo politico, ossia la giustificazione del potere in un dato momento storico. Proprio a muovere dal rilievo che la fedeltà al potere politico cambia nei contenuti di epoca in epoca, invece, alcuni autori hanno negato che essa possa essere inquadrata come un concetto unitario valido in ogni tempo, e soprattutto che essa possa essere confusa con il dovere di osservanza della legge; L. VENTURA, in *Rapporti politici. Artt. 53-54*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 1 ss.; G. LOMBARDI, *ult. op. cit.*, 129 ss., spec. nota 84.

⁶⁹ G. LOMBARDI, *Contributo...*, cit., 147.

⁷⁰ L. VENTURA, *Fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, 39, 42, 85 ss., 119 ss. A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica, in I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 168 ss.; cfr. G.M. SALERNO, *Il dover di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 523 ss. Ancora diversa è la posizione di C. ESPOSITO (*Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Diritto costituzionale vivente, Capo dello Stato e altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano, 1992, 178; nota 120) il quale ritiene che, all’atto pratico, il dovere di fedeltà si concretizza non tanto nell’adesione ad una dottrina piuttosto che ad un’altra, quanto nel vincolo ad agire “come membro e parte della Repubblica, pur quando le leggi, e i giudici ed esecutori non siano in grado di farne valere coattivamente la volontà”. Ne segue che la fedeltà emerge solo in situazioni straordinarie quando sia necessario supplire ed integrare l’obbligo di osservanza.

⁷¹ Come è stato recentemente sostenuto da G. GALANTE (*La fedeltà...*, cit., 212 s.): “quando si tratta di definire il contenuto giuridico del dovere di fedeltà, queste analisi sembrano eludere la sostanza del problema oppure tentano di fornire risposte individuando contenuti del dovere palesemente non giuridici”.

⁷² Cfr. la recente *décision* n° 2013-353 del *Conseil constitutionnel* in tema di obiezione di coscienza alla celebrazione dei matrimoni tra omosessuali.

⁷³ La libertà di coscienza, rientra tra i cc.dd. “diritti di libertà”, figli delle rivoluzioni borghesi e delle ideologie individualiste, e che postulano un *pouvoir d’agir* del cittadino a prescindere dalla volontà del potere politico. Simili diritti di libertà nascono contro l’abuso del potere, o meglio: “non sono prefigurati come argine al perseguimento dell’interesse pubblico, quale interpretato dalle maggioranze parlamentari nel rispetto dei valori costituzionali, bensì come strumento per impedire, sotto le mentite spoglie della realizzazione di un interesse pubblico, il perseguimento di interessi di potere di gruppo a danno della collettività”; G. GEMMA, *Brevi note critiche sull’obiezione di coscienza*, in *L’obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, in AA. VV., *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, 328.

⁷⁴ Come a dire che se l’abuso del potere è il *quid iuris* delle libertà costituzionali (classiche), non sembra allora possibile farvi rientrarvi l’obiezione di coscienza. In caso contrario, infatti, si arriverebbe alla conclusione paradossale di consegnare all’arbitrio delle coscienze individuali l’efficacia delle scelte politiche generali legittimamente determinate.

In definitiva, alla luce del divieto di abuso del diritto, ma più generale per non alterare la normale dialettica tra diritti (inviolabili) e doveri (inderogabili), il legislatore, se vuole prevedere delle ipotesi di legittima astensione dagli obblighi imposti dalla legge, deve contestualmente garantire che non venga pregiudicato l'adempimento del dovere costituzionale inderogabile sotteso all'imposizione degli stessi (obblighi)⁷⁵.

Per quanto concerne specificamente l'obiezione alla partecipazione alle tecniche abortive, questa regola appare rispettata nel momento in cui il legislatore si cura di garantire comunque il servizio⁷⁶ - (anche per evitare il pregiudizio alla salute della donna che, come si è visto, è stato, e appare rimanere, il vero motivo della legislazione in tema di aborto).

Così individuato il limite logico dello scopo della obiezione di coscienza di cui all'art. 9, se, per i profili civilistici, si deve concludere per l'abusività dell'applicazione concreta della norma alla luce delle cronache quotidiane che mostrano come sia difficile abortire in alcune Regioni⁷⁷, per quelli più strettamente costituzionali, pare potersi sostenere la legittimità della normativa, stante la cogenza del quarto comma della disposizione in questione, nonché la legittimità di eventuali ulteriori (opportuni) interventi volti a specificare le modalità volte ad assicurare l'effettiva continuità del servizio⁷⁸.

6. L'epidemia di "disobbedienza intermittente" come strategia politica del pluralismo sociale

Nella vicenda processuale appena esaminata, l'imputata invocava la copertura offerta dall'art. 9 della legge n. 194, seppure fosse stata ripetutamente richiamata alla assoluta illegittimità del suo comportamento e nonostante l'aborto fosse già avvenuto. Colpisce l'arbitrarietà dell'astensione che per l'effetto ha condotto alla condanna: ma nulla di nuovo sotto il cielo. Non è la prima volta che l'obiezione di coscienza viene invocata al di fuori degli steccati delle eventuali previsioni normative che la autorizzano: anzi, è vero il contrario. Basti pensare che la prima ipotesi di legalizzazione dell'obiezione fu, in realtà, la risposta del legislatore ad un crescendo di comportamenti disobbedienti agli obblighi di leva militare.

Con il passare del tempo l'obiezione ha acquisito, vieppiù, la funzione di grimaldello in argine all'indecisione del legislatore⁷⁹, oppure è stata utilizzata come strumento di vera e propria lotta politica contro le decisioni della maggioranza⁸⁰.

⁷⁵ In ambito costituzionalistico, difatti, la locuzione "dovere" viene impiegata per le fattispecie individuate in Costituzione e la parola "obbligo" per le successive specificazioni del dovere costituzionale operate dalla legge; G. LOMBARDI, *Contributo...*, cit., 92, nota 19; *id.*, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, agg. VI, 362 s.

⁷⁶ Il giudice amministrativo ha ammesso la legittimità di procedure selettive del personale con riserva di una quota dei posti a concorso per i soli non obiettori, onde garantire la continuità del servizio messa a rischio dal ricorso massiccio del personale medico sanitario all'obiezione di coscienza, riconoscendo prevalenza alle esigenze di erogazione del servizio rispetto alla libertà di coscienza; TAR Emilia Romagna, 13 dicembre 1982, n. 283, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3139. Seppure in un primo momento era prevalso l'indirizzo opposto; TAR Liguria, 3 luglio 1980, n. 396, in *Trib. amm. reg.*, 1980, 3197.

⁷⁷ Nella giurisprudenza costituzionale si possono isolare dei passaggi dove all'istituto in questione è stata riconosciuta autonomia logico-domatica di parametro per il sindacato sulla legittimità costituzionale, soprattutto distinguendo tra abuso del diritto e tecnica del bilanciamento; cfr. F. LOSURDO, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento...*, cit., 96 ss; B. TROISI, *L'abuso del diritto degli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte costituzionale*, a cura di M. Tamponi - E. Gabrielli, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 282. Si vd., in particolare, le sentt. nn. 113 del 1963; 24 del 1973; 82 del 1992; 353 del 1996; 78 del 2002.

⁷⁸ La dottrina ha sostenuto - seppure con riferimento ai soli consultori, ma a nostro sommo avviso questo ragionamento si presta ad essere generalizzato - che "soltanto l'amministrazione competente dispone degli strumenti cognitivi indispensabili per fissare una ragionevole e proporzionata riserva di posti a favore di medici obiettori o non obiettori, volta a riequilibrare la composizione della dotazione organica, in vista del miglior espletamento dei compiti" istituzionali, sì da rendere possibile "il ragionevole contemperamento degli obblighi professionali con il diritto all'autodeterminazione degli obiettori già presenti nella struttura di riferimento"; M.P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto...*, cit. Purtroppo, alla luce delle inadempienze delle amministrazioni ospedaliere forse è auspicabile l'individuazione legislativa di una soglia minima di riserva per i non obiettori: così l'art. 8 della proposta di legge presentata alla Camera dal deputato Maurizio Turco durante la XV legislatura (*Modifiche alla legge 22 maggio 1978, n. 194, recante norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), del 26 ottobre 2006 (n. 1858), la quale prevede, appunto, che "nelle strutture in cui si praticano le interruzioni volontarie della gravidanza deve essere garantito che il 50 per cento del personale sia non obiettore, anche mediante procedure di trasferimento e di mobilità". Più recentemente, nella legislatura in corso, la proposta di legge presentata dai senatori Maurizio Romani e altri (A. S. n. 923) propone di far proseguire il quarto comma dell'articolo 9 della legge 22 maggio 1978, n. 194, come di seguito: "A tal fine, nelle strutture di cui al primo periodo deve essere garantito che almeno il 70 per cento del personale in servizio di cui al comma 1 sia non obiettore di coscienza".

⁷⁹ Si pensi alle note vicende sui trattamenti "fine-vita", oppure a quelle riguardanti l'ostensione del crocefisso nei pubblici uffici; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 218 ss.

⁸⁰ Basti pensare al rifiuto opposto da una coppia di genitori testimoni di Geova alla vaccinazione obbligatoria dei figli: Corte cost., ord. n. 142 del 1983; M. PARODI GIUSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in

In questo senso, peraltro, l'obiezione di coscienza richiama sicuramente lo schema della disobbedienza civile⁸¹, partecipandone della natura di risposta spontanea al *deficit* di rappresentanza politica, "che nasce sull'istanza di accettazione dell'ordinamento giuridico, ma quando questo ha perso la sua compattezza"⁸².

Il moltiplicarsi di vicende obiettorie, che più o meno velatamente pongono questioni politiche⁸³, pare inserirsi, dunque, in quella crisi della politica di cui tanto si parla, offrendosi all'osservatore come una delle tante avarie di un sistema partitico che ha smarrito la sua funzione di "cinghia di trasmissione" degli interessi presenti nella società alle aule parlamentari⁸⁴.

In altre parole, parallelamente all'affievolimento dei partiti nel ruolo di "motore" della legislazione, si è gradualmente rafforzata l'immagine dell'obiezione di coscienza come rimedio alle decisioni della maggioranza - (che prendono forma nelle scelte legislative) - non accettate dalla minoranza (disobbediente). A motivo di ciò, dunque, l'obiezione è stata identificata come "una tecnica indispensabile alla società pluralista"⁸⁵, onde evitarne la lacerazione.

Più prudentemente, però, non pare potersi ritenere pacificato e risolto il rapporto tra democrazia e pluralismo, soprattutto in una società multiculturale - anche perché se la concezione giuridica del pluralismo presuppone quella sociologica, non per questo la prima si esaurisce nella seconda. All'opposto, quindi, osservando che il pluralismo sociale può varcare legittimamente le soglie della rilevanza giuridica solo se accetta di inserirsi nel circuito democratico-rappresentativo, pare verosimile considerare i comportamenti obiettori come un tentativo del pluralismo sociale di affermarsi a livello giuridico, senza passare per le istituzioni della partecipazione politica, con sacrificio della certezza dell'ordinamento, nonché della sua efficacia *erga omnes*.

Rispetto a questo ultimo profilo, inoltre, è stato sostenuto che l'allarme per questi fenomeni di "intervallo" della normale cogenza della legge deve rientrare qualora la disobbedienza rimanga parziale e limitata⁸⁶.

Questa disobbedienza "parziale", "limitata" o, meglio, "intermittente" si caratterizza per uno scostamento occasionale e circoscritto dall'obbligo di osservanza che però non mette in discussione l'appartenenza all'ordinamento nel suo insieme del soggetto disobbediente.

C'è da rilevare, anzitutto, che dal punto di vista logico l'assoluta individualità del comportamento non contribuisce a rendere verosimile la pretesa "tollerabilità" della "disobbedienza intermittente" in ragione dei numeri ridotti della sua manifestazione a livello sociale. Più semplicemente, la persuasività dell'argomento appare fortemente pregiudicata dal rilievo che non si posseggono i mezzi per prevedere l'entità di un fenomeno sotto la signoria assoluta della singola coscienza.

Tuttavia, la ragione che principalmente non consente di condividere l'opzione della "disobbedienza intermittente" è un'altra, e concerne le conseguenze della disobbedienza - anche meramente occasionale e circoscritta - sull'unità e l'integrità del "corpo politico"⁸⁷.

A prescindere dalla "frequenza" della disobbedienza, appare fuor di dubbio che se un ordinamento giuridico vuole sopravvivere non può che valutare negativamente le coscienze renitenti, guardandosi bene

Foro it., 1983, I, 2656 ss., nondimeno in tal senso sembrano doversi leggere i sorprendenti numeri del ricorso - si badi, legittimo - alla facoltà di cui all'art. 9 della l. n. 194 del 1978.

⁸¹ La disobbedienza civile è un concetto di elaborazione anglosassone. I comportamenti cui dà luogo, in breve, consistono nell'infrangere la legge che conculca moralmente la coscienza "con lo scopo conclamato di farne scattare il meccanismo sanzionatorio e di assoggettarvisi"; G. CAPUTO, *L'obiezione di coscienza: un'erma bifronte fra tolleranza e fondamentalismo*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà...*, cit., 13 s.; cfr. M. WALZER, *Obligations. Essays on Disobedience, War and Citizenship*, Harvard, 1970; nonché G. PONTARA, *Antigone o Creonte. Etica e politica, violenza e non violenza*, Roma, 2011.

⁸² T. SERRA, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, II ed., Torino, 2002, 83.

⁸³ Cfr. A.E. GALEOTTI, *The place of conscientious objection in liberal democracy*, in *Rivista elettronica della società italiana di filosofia politica*, accessibile su www.sifp.it.

⁸⁴ Ad un esame più approfondito, il *deficit* compromissorio della decisione politica appare essere la risultante, non solo della crescente difficoltà dei partiti a convogliare la domanda sociale in una sintesi tale da non esasperare lo scontro - attribuibile alle trasformazioni subite dalla "forma partito"-, ma anche della spinta verso il bipolarismo che non favorisce il rapporto dialettico tra le forze politiche che siedono in Parlamento.

⁸⁵ S. RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 58.

⁸⁶ Cfr. M. WALZER (*op. cit.*, 20 s.) per il quale oltre ad essere limitata nei fini e intermittente nel tempo deve altresì essere "moralmente seria".

⁸⁷ Con ciò non si vuol considerare *sic et simpliciter* recessiva la coscienza individuale rispetto alla *salus rei publicae*, se non altro perché è fuori discussione che la libera manifestazione dei convincimenti individuali è un fattore determinante per saggiare lo stato di salute di una democrazia matura.

dal giustificare alla stregua dei valori metagiuridici cui rinviano⁸⁸. Ciò non significa che l'ordinamento non possa successivamente positivizzare proprio questi stessi valori⁸⁹: gli atti di disobbedienza, anzi, possono costituire la premessa per il cambiamento dell'ordinamento⁹⁰; tuttavia, prima che tale cambiamento sia avvenuto, l'ordinamento necessariamente deve sottrarsi "a questo variare e ondeggiare di valori, perché gli uomini possano agire con sicurezza e con punti certi di orientamento"⁹¹.

Il paradigma dell'obiezione di coscienza è l'irriducibilità del conflitto tra il dovere giuridico e quello metagiuridico. Allo stesso tempo la "struttura" della comunità politica viene necessariamente edificata a partire dai doveri che gravano su ogni suo membro⁹². La questione dell'obbedienza all'ordinamento rispetto alle esigenze della coscienza si pone quindi, come già sottolineato, in termini di osservanza dei doveri costituzionali. Tale conclusione non deve però ingenerare il timore di una deriva autoritaria. I doveri difatti, all'opposto di quanto comunemente si pensa, svolgono una precipua funzione di garanzia rappresentata, da una parte, dal principio di tassatività dei doveri⁹³, dall'altra, dalle peculiari tutele che assistono l'attuazione dei medesimi doveri costituzionali a tutti i livelli normativi⁹⁴.

Il dovere costituzionale non è, dunque, costrizione, bensì garanzia al pari del diritto, nonché momento fondamentale di unione della comunità politica⁹⁵. Alla luce di ciò, ben si comprende che l'inderogabilità dei doveri non possa essere sacrificata, neppure davanti la minaccia della contingente compressione della co-

⁸⁸ L'obbedienza ad un precetto fissato dalla legge è sì obbedienza a questo singolo precetto, ma va anche inserita all'interno di una serie di atti di obbedienza: la disobbedienza, quindi, è un atto arbitrario in contrasto con l'obbedienza osservata in tutti gli altri casi; G. CAPOGRASSI, in *Obbedienza e coscienza*, in *Foro it.*, II, 1950, 51.

⁸⁹ È la storia a decidere chi avrà la meglio nello scontro tra l'oggettività dell'ordinamento e gli atti della coscienza disobbediente che nel tempo tendono a moltiplicarsi, "là dove si preparano le distruzioni e le costruzioni degli ordinamenti", *ivi*.

⁹⁰ Proprio perché l'obiezione di coscienza esprime in maniera così immediata il disagio della coscienza ad osservare i comandi del legislatore, in taluni casi, va ad essa riconosciuto il ruolo di tema di "frontiera", tra "diritto positivo e riflessione teorica sui fondamenti e sui limiti del diritto, del diritto dello Stato in ispecie, fra mondo delle norme e mondo della storia degli uomini e dei popoli"; così V. ONIDA nella *Prefazione* al volume di D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011, 13.

⁹¹ Dalla lezione di Capograssi apprendiamo che la funzione specifica del diritto oggettivo è proprio quella preservare l'agire umano dall'imprevedibilità delle variazioni valoriali offerte dalla storia, nella consapevolezza che "questa stabilità dura finché dura", G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 49 s. Già in precedenza si è avuto modo di osservare che l'obiezione di coscienza solleva un "conflitto di fedeltà" che tocca il fondamento stesso del vivere comune. Se, da una parte, l'ordinamento deve necessariamente immunizzarsi da queste disobbedienze occasionali, dall'altra, deve permettere alle istanze della coscienza di modificarlo se queste accettano di inserirsi nel circuito democratico-rappresentativo. In questo modo l'ordinamento conserva alle coscienze il fondamentale ruolo di innovazione, evitando il ricorso all'obiezione, la quale - non può sottrarsi - nasconde il pericolo di consentire ad "opposte intransigenze di venire alla luce e di paralizzare la comunità come luogo della tolleranza e del dialogo"; G. CAPUTO, *L'obiezione di coscienza: un'erma bifronte...*, cit., 13.

⁹² G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 90; E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16 - 17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 229 ss.

⁹³ Come visto in precedenza (cfr.: *supra* nota 60), stante la struttura dei doveri e il loro ruolo nel sistema costituzionale, pare preferibile propendere per un'elencazione dei diritti "chiusa", seppure sempre attuale grazie alla dinamicità intrinseca di questi ultimi. La dottrina maggioritaria, invece, sostiene che all'opposto il catalogo dei diritti diverge da quello dei doveri proprio perché non è illimitato, ma sicuramente esemplificativo: per tutti, G. LOMBARDI, *Contributo...*, cit., 40. L'individuazione dei singoli diritti contenuti nell'art. 2 Cost., peraltro, ha vistosamente diviso la dottrina: se per alcuni l'art. 2 Cost. sarebbe una clausola "riassuntiva" di tutti i diritti di libertà espressamente indicati nelle altre norme costituzionali (C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 406 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 53 ss.); per altri (P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana*, Padova 1972, 158 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, in *Artt. 1-12*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Roma-Bologna, 1975, 65 ss.) questo articolo rappresenterebbe una "clausola aperta" che copre tutti i diritti che non sono stati espressamente inseriti in Costituzione, che però "vanno emergendo a livello di costituzione materiale", attraverso l'opera del legislatore, ma soprattutto dell'interprete e della giurisprudenza.

⁹⁴ G. LOMBARDI, *Contributo...*, cit., 92 s.

⁹⁵ Una pronuncia della Corte Suprema di Israele dello scorso anno (*Ressler v. The Knesset* del 21 febbraio 2012; il cui resoconto, in attesa della versione in inglese per esteso, è accessibile su: <http://michaeldorf.org/IsraelSupCtMilitaryServiceCase.htm>) ha dichiarato incostituzionale la legge n. 5762 del 2002, che consentiva agli ebrei ultra-ortodossi di non svolgere il servizio militare - la cui necessità è particolarmente sentita dall'ordinamento israeliano (basti pensare che la durata del servizio militare è di tre anni per gli uomini e di due per le donne). Ebbene, la decisione del giudice costituzionale poggia due argomenti: la legge non soddisfa il principio di proporzionalità, avendo fallito nel tentativo di incentivare gli ebrei ultra-ortodossi a svolgere volontariamente il servizio militare; la legge è altresì illegittima in quanto ha riconosciuto un regime di favore rispetto agli altri cittadini totalmente ingiustificato, così violando il principio di eguaglianza (cfr. I. RUGGIU, *ISRAELE: Acquisi multiculturali e principio di uguaglianza. Nota a Corte Suprema, Ressler v. The Knesset del 21/2/2012*, in www.forumcostituzionale.it). Il giudice costituzionale, in sintesi, ha voluto affermare che il dovere di difendere la Patria grava su tutti i cittadini, anche sugli ebrei ultra-ortodossi. Lo Stato d'Israele, infatti, per ragioni facilmente intuibili, può permettersi meno degli altri Stati un'obbedienza intermittente e foriera di fenomeni disgregativi del corpo politico.

scienza individuale, poiché proprio la certezza del dovere, paradossalmente, è il presupposto della affermazione del diritto della coscienza⁹⁶.

7. Qualche considerazione finale su “teoria” e “pratica” dell’obiezione di coscienza

Suggerire dei motivi di preoccupazione - riprendendo le parole di uno dei pochi autori contemporanei che condivide queste posizioni - “nei confronti della ideologia e della prassi dell’obiezione di coscienza, intesa non come atteggiamento individuale, ma come istituto che trova crescente riconoscimento ed estensione negli ordinamenti democratici ed Italia in modo specifico”⁹⁷, non significa esprimere necessariamente un disfavore sotto il profilo etico-politico nei confronti del soggetto che decide di non osservare comandi giuridici che si pongono drammaticamente in contrasto con la sua coscienza e di farsi carico delle conseguenze. In fondo è proprio la piena assunzione di responsabilità (morale, politica e giuridica) il nucleo essenziale della disobbedienza al comando “ingiusto”, così come la intesero Thoreau o Gandhi.

Come visto, però, i doveri, lungi dall’essere espressione della mera sudditanza al potere politico, sono garanzia della piena attuazione dei diritti, sicché ogni inadempimento dei primi determina un relativo nocimento per i secondi.

Peraltro, l’obiezione di coscienza sembra essere la degenerazione di due tendenze in sé positive: da una parte, l’allargamento del numero dei diritti costituzionalmente riconosciuti; dall’altra, l’ampliamento di quelli riferiti al bene giuridico individuale della coscienza⁹⁸.

Tuttavia, l’obiezione di coscienza non presuppone l’esercizio illegittimo del potere al pari degli altri diritti di libertà, bensì all’opposto il suo esercizio legittimo. D’altronde, la coscienza avrebbe un’altra via per affermarsi qualora non condividesse le scelte del legislatore: la partecipazione politica.

La risposta della comunità all’atto disobbediente è la sanzione, a meno che quell’atto non sia stato legalizzato⁹⁹ o giustificato pretoriamente¹⁰⁰. La prima opzione, in verità, presenta almeno due vantaggi rispetto alla seconda: l’efficacia *erga omnes* e il controllo di costituzionalità a presidio del rapporto tra diritti e doveri (che nel caso dell’interruzione della gravidanza dovrebbe rinviare alla tecnica dell’abuso del diritto).

È proprio l’incomprimibilità del peso dei doveri in un ordinamento, in ultima analisi, che non consente di guardare con serenità alla “disobbedienza intermittente”: il corpo politico, infatti, si costruisce anzitutto sui doveri e quindi sull’esistenza di una obbligazione normativa¹⁰¹. Ancora più nel profondo, l’obiezione di coscienza che non tiene conto del dovere che va a disobbedire, si pone come un momento di rottura di questa unità dell’ordinamento e della comunità politica¹⁰², perché i doveri inderogabili e gli obblighi che ne derivano sono la prima e più fondamentale espressione del legame di cittadinanza, che non tollera la presenza di membri “parziali”.

Una volta che si riconosce la potenzialità disgregativa dell’inosservanza della legge, anche quella della disobbedienza intermittente pare divenire una tentazione alla quale è più difficilmente cedere¹⁰³. Forse proprio questa nuova consapevolezza potrebbe risultare utile per smorzare i toni di una contestazione oramai conclamata della legge sull’aborto che rifiuta i normali percorsi della rappresentanza politica, strumentalizzando una previsione che nelle intenzioni del legislatore doveva rendere pari giustizia al diritto della donna come a quello del medico obiettore.

⁹⁶ I doveri hanno un ruolo fondamentale nella costruzione del potere politico che, a sua volta, ha la missione di pacificare la comunità umana, salvando gli uomini dalla terribile condizione di conflitto totale; T. HOBBS, *Leviatano*, cap. XIV. Sul punto del rapporto tra diritti e poteri si vd.: M. LUCIANI, *La “costituzione dei diritti” e la “costituzione dei poteri”. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 497 ss.

⁹⁷ Così G. GEMMA, *Brevi note critiche sull’obiezione di coscienza*, in *cit.*, 319.

⁹⁸ *Id.*, *Obiezione di coscienza ed osservanza dei doveri*, in *Doveri*, a cura di S. Mattarelli, Milano, 2007, 55.

⁹⁹ Sulla necessità dell’*interpositio legislatoris* per il riconoscimento dell’obiezione di coscienza, si vd. per tutti: A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 243 ss. *Contra*, R. BERTOLINO, *L’obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994, 58 ss.

¹⁰⁰ M. D’AMICO, *I diritti contesi*, *cit.*, 16 ss.

¹⁰¹ L’ordinamento giuridico, infatti, altro non è che il sistema dei doveri che orienta le condotte della pluralità dei cittadini, dei funzionari, dei magistrati, dei legislatori di uno Stato; L. MILAZZO, *Diritto, dovere, potere o dei “fantasmi giuridici”*, in *Doveri*, *op. cit.*, 52.

¹⁰² Cfr. T. CASADEI, *Dovere di resistenza e comunità democratica...*, in *ib.*, 75 ss.

¹⁰³ Peraltro, il pericolo di disgregazione dovrebbe essere avvertito con maggiore preoccupazione in un Paese come il nostro dove profonde e numerose sono le fratture che attraversano la società.