



FASCICOLO 2019, 1-BIS

# “QUESTIONI DI FINE VITA”

Dalla Legge 22 dicembre 2017, n. 219

alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato

*«Lasciar morire una persona in un modo che altri approvano,  
ma che essa considera in orribile contraddizione con la sua vita,  
è una forma di tirannia odiosa e distruttiva»*

*R. Dworkin*

Iniziativa promossa dalla rivista giuridica Giurisprudenza Penale in collaborazione con la Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica e il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre".

**Comitato scientifico:** Avv. Prof. Gianni Baldini, Prof. Ettore Battelli, Prof.ssa Patrizia Borsellino, Prof. Carlo Casonato, Prof. Cristiano Cupelli, Prof.ssa Marilisa D'Amico, Prof. Gianpaolo Fontana, Avv. Filomena Gallo, Prof.ssa Antonella Massaro, Prof.ssa Irene Pellizzone, Avv. Guido Stampanoni Bassi.

\*\*\*

Giurisprudenza Penale è una rivista giuridica registrata presso il Tribunale di Milano con autorizzazione n. 58 del 18 febbraio 2016 e con codice ISSN 2499-846X.

## SOMMARIO:

INTRODUZIONE	<b>Questioni di fine vita: i riflettori tornano ad accendersi con il “caso Cappato”.</b> di Antonella Massaro	7
IL FINE VITA DOPO LA LEGGE 219/2017	<b>Scelte giuste, anche alla fine della vita: analisi etico-giuridica della legge n. 219/2017.</b> di Lorena Forni	15
	<b>L’interruzione di un trattamento salvavita in assenza di DAT: quali spazi per il consenso presunto?</b> di Lucia Maldonato	29
	<b>Profili processuali della legge sul cd. biotestamento.</b> di Simone Calvigioni	52
	<b>Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219.</b> di Marta Fasan	83
	<b>Il diritto all’autodeterminazione: disposizioni anticipate di trattamento.</b> di Antonella Nurra	103
	<b>“Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura”: l’approccio narrativo nella Legge 219/2017.</b> di Caterina Iagnemma	114
	<b>Golden Hour del paziente: consenso biografico e dignità della vita.</b> di Massimo Foglia	124
	<b>Effetti redistributivi della legge n. 219/2017 nel rapporto fra medico e paziente.</b> di Maurizio Di Masi	147

	<b>La legittimazione dell'attività medica alla luce dell'obbligo di forma scritta e di necessaria comprensibilità del consenso informato</b>	166
	di Sara Scapin	
	<b>Le disposizioni anticipate di trattamento ed il gesto di assistenza infermieristica: quale valenza ordinistica e giuridica?</b>	177
	di Pio Lattarulo e Luigi Pais dei Mori	
<hr/>		
LA TUTELA DEL MINORE E IL FINE VITA IN ETÀ PEDIATRICA: I CASI GARD ED EVANS.	<b>Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita.</b>	185
	di Alessandra Pisu	
	<b>Oltre l'autodeterminazione. I confini del diritto nei casi Gard ed Evans.</b>	211
	di Benedetta Vimercati	
	<b>Il fine vita tra medicina e media: i risvolti dei casi Gard ed Evans</b>	243
	di Simone Salemmè, Antonella Moschillo, Mattia Ballo	
<hr/>		
FINE VITA: PROFILI COSTITUZIONALI. IL TEMA DELL'OBIEZIONE DI COSCIENZA.	<b>Il principio di autodeterminazione terapeutica nella Costituzione italiana e i suoi risvolti ordinamentali.</b>	256
	di Arianna Carminati	
	<b>Il corpo come conflitto: fine vita e diritto costituzionale verso un orizzonte biopolitico.</b>	279
	di Andrea Venanzoni	
	<b>Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia.</b>	311
	di Ugo Adamo	
	<b>La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiane sul fine vita.</b>	344
	di Eleonora Canale e Ilaria Del Vecchio	

	<b>L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione?</b>	362
	<b>Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento".</b>	
	di Marco Edgardo Florio	
<hr/>		
PROFILI COMPARATIVI E SOVRANAZIONALI	<b>Il Belgio: caso più unico che raro.</b>	400
	di Benedetta Dentamaro	
	<b>Fine vita e Legge 22 dicembre 2017, n. 219.</b>	410
	<b>Profili comparatistici tra Italia e Spagna.</b>	
	di Tina Noto	
	<b>Diritto penale e fine vita in Germania.</b>	426
	<b>I reati di omicidio su richiesta e di sostegno professionale al suicidio nello <i>Strafgesetzbuch</i>.</b>	
	di Francesco Camplani	
	<b>L'ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita.</b>	441
	di Ludovica Poli	
	<b>La <i>prosecution</i> del <i>mercy killing</i> e del suicidio assistito nel sistema inglese: una questione di <i>public interest</i>?</b>	458
	di Marcello Stellin	
<hr/>		
FINE VITA E DIRITTO PENALE	<b>Intervento penale e decisioni di fine vita.</b>	485
	<b>Alla ricerca di un diritto contemporaneo</b>	
	di Federico Consulich e Carolina Genoni	
	<b>Diritto penale e fine vita: la legge 219 tra sensatezze e illogicità.</b>	518
	di Federica Scariato	
	<b>La rilevanza spazio-temporale del contributo causale nella partecipazione materiale nel suicidio altrui: un'analisi costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.</b>	527
	di Giuseppe Ortolani	

<b>Aiuto al suicidio: la Consulta al bivio, tra istanze costituzionali di autoresponsabilità e persistenti incrostazioni “paternalistiche”.</b> di Pierluigi Guercia	543
<b>Sul principio di offensività come limite normativo al concorso di persona nel reato.</b> di Piergiorgio Gualtieri	559
<b>La (non) responsabilità penale del medico nelle scelte di fine vita del paziente.</b> di Marta Bernardini	578
<b>Diritto a morire: artt. 579 e 580 c.p. e Legge n. 219/2017. Necessità di riforma alla luce del nuovo consenso informato e dell’esclusione da responsabilità penale dei soli medici.</b> di Veronica Rossetto	596
<b>I confini del diritto ai confini della vita: un luogo privilegiato per la promozione dialogica dei valori?</b> di Rosa Maria Palavera	604
<b>La funzione politico-criminale del nuovo divieto di accanimento terapeutico: i limiti ai doveri di protezione del medico e il rischio sanitario non consentito.</b> di Vincenzo Tigano	618

## **L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento".**

di **Marco Edgardo Florio** (praticante avvocato)

*Con la L. n. 219 del 2017 le c.d. "direttive anticipate di trattamento" hanno finalmente trovato organica sistemazione nel nostro ordinamento. Per quanto accolto da molti con favore, tale intervento legislativo è stato altresì oggetto di qualche critica: tra le più pregnanti si segnala quella concernente la mancata previsione del diritto del medico all'obiezione di coscienza. Il presente contributo si propone di scandagliare il tema dell'obiezione di coscienza, partendo dalle nozioni di teoria generale del diritto per arrivare ai più recenti contributi della dottrina sull'argomento. Per tale via si vuole verificare se il diritto all'obiezione di coscienza debba o meno considerarsi ricompreso nel novero dei diritti riconosciuti dalla Carta fondamentale, onde poter appurare la tenuta costituzionale del novum legislativo.*

*With the L. n. 219 of 2017 the so called "advance treatment directives" have been finally implemented in the italian legal system. Although welcomed by many, this law has also been the subject of some criticism: among the most significant is the one concerning the failure to foresee the right of the doctor to conscientious objection. The present contribution aims to explore the issue of conscientious objection, starting from the notions of general theory of law to arrive at the most recent contributions of the doctrine on the subject. In this way we want to verify whether the right to conscientious objection should or should not be considered included in the category of rights recognized by the fundamental Charter, in order to ascertain the constitutional status of the legislative novum.*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Precisazioni terminologiche: il caso peculiare dell'obiezione di coscienza positiva e le altre distinzioni operate dalla dottrina. – 2.1. Precisazioni terminologiche: la definizione di "obiezione di coscienza". – 3. L'obiezione di coscienza come conflitto tra doveri. – 3.1. Legge e coscienza: antinomia reale o apparente? – 3.2. Il fondamento giuridico-costituzionale dell'obiezione di coscienza. – 3.3. Il problema dell'azionabilità del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza. – 3.3.1. La tesi che nega l'immediata azionabilità. – 3.3.2. La tesi che riconosce l'immediata azionabilità. – 3.3.3. Considerazioni critiche: incertezza, indeterminatezza e inopportunità di un diritto generale, immediatamente azionabile, all'obiezione di coscienza. – 3.4. Conclusioni sulla portata del diritto all'obiezione di coscienza nel sistema. – 4. La L. n. 219/2017 e la mancata previsione del diritto all'obiezione di coscienza. – 4.1. La Legge n. 219/2017 è costituzionalmente legittima? – 5. Obiezione di coscienza e diritto penale: le conseguenze giuridiche di un'obiezione *contra legem*. – 5.1. La natura del precetto imposto dalla L. n. 219/2017. – 5.2. Natura dell'obiezione di coscienza e contenuto concreto della DAT. – 5.3. L'obiezione di coscienza negativa del medico: responsabilità penale o soltanto civile? – 5.4. La

responsabilità penale del medico e l'eventuale possibilità di escluderla. – **5.4.1.** L'invocabilità della scriminante dell'art. 51 c.p. – **5.4.2.** L'errore sull'esistenza della scriminante. – **5.4.3.** Il ricorso ad altre scusanti. – **5.4.4.** Osservazioni conclusive.

### 1. Premessa.

Funzione essenziale del diritto è quella di stabilire le regole dell'azione dell'uomo nei rapporti sociali. Un aspetto fondamentale di tale funzione era già stato evidenziato da Kant, il quale, nel descrivere il diritto come «*l'insieme delle condizioni che consentono all'arbitrio di ciascuno di coesistere con l'arbitrio degli altri*», illuminava il basilare compito di difesa della libertà che questo, mediante l'imposizione di obblighi negativi di rispetto, è chiamato a svolgere.

A tale funzione se ne affianca un'altra, altrettanto importante: l'organizzazione della vita sociale. Come è stato efficacemente sottolineato, «*il cittadino chiede al diritto non solo il rispetto, ma anche la collaborazione degli altri cittadini*». Per raggiungere tali scopi «*viene costituito, con vario contenuto, un ordine da rispettare, ordine che si impone obbligatoriamente nei rapporti tra gli uomini*»<sup>1</sup>.

Ora, secondo una prospettiva tradizionale che affonda le proprie radici nel positivismo, il compito di dettare le regole che sono volte a garantire la pacifica e ordinata convivenza all'interno di un ordinamento giuridico spetterebbe sempre e soltanto allo Stato. Detto altrimenti, il diritto sarebbe soltanto quello che promana dal potere statale, ovvero il diritto positivo. Nessuno spazio competerebbe invece al diritto naturale, ovvero a quel complesso di regole che, nell'elaborazione dello spirito umano, si vorrebbero scaturite dall'intrinseco modo d'essere dei rapporti di convivenza, pur senza essere maturate nella volontà di un legislatore<sup>2</sup>.

Quest'ordine di idee merita tutt'ora di essere accolto<sup>3</sup>. Talune dolorose vicende della storia recente hanno tuttavia dimostrato che la legge, quale atto che promana dall'autorità dello Stato, può facilmente trasformarsi in uno strumento di oppressione, e che essa, pur rifacendosi spesso alla morale per qualificare un comportamento in termini di liceità o illiceità, può discostarsi anche di molto dalle valutazioni che sono fatte proprie dalla coscienza di un dato momento storico.

Se la prima considerazione ha portato all'inserimento nelle moderne Costituzioni (tra le quali anche la nostra) di taluni principi generali che non possono essere per nessuna ragione disattesi, pena la negazione del sistema stesso; la seconda, ovvero che diritto e morale non sempre coincidono e che il legislatore può talora imporre di fare ciò che la morale (individuale o collettiva) vieta, ha convinto della necessità di accordare una sempre maggior considerazione alle istanze della coscienza che di volta in volta possono opporsi al rispetto del precetto normativo.

Il tema dell'obiezione di coscienza evoca proprio questo potenziale conflitto. Un conflitto che oggi assume termini nuovi e decisamente più ampi di quelli che lo connotavano in passato. Il

---

<sup>1</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, G. Trabucchi (a cura di), Cedam, 2017, p. 3.

<sup>2</sup> Sulla contrapposizione tra diritto positivo e diritto naturale v., *ex multis*: G. DEL VECCHIO, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Zanichelli, 1922; F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Cedam, 1953; L. LOMBARDI VALLAURI, voce *Diritto Naturale*, in *Jus*, 1987; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, 1995.

<sup>3</sup> Non sembra, difatti, che possano trovare accoglimento le istanze di «*coloro, i quali, fautori di un neo diritto naturale*» tentano «*di negare l'evidenza della inevitabile positività del diritto e delle sue regole*» (come giustamente rileva F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Esi, 2017, p. 8).



multiculturalismo che caratterizza la società attuale, ossia il convivere in un medesimo contesto sociale di più individui appartenenti a gruppi diversi, ciascuno con i propri valori ideologici ed etici, ha infatti generato una vera e propria «*esplosione delle coscienze*». Si è cioè assistito al moltiplicarsi<sup>4</sup> del numero di istanze volte a salvaguardare gli ideali fatti propri dai singoli membri della collettività nei confronti dell'autorità statale<sup>5</sup>.

L'esperienza italiana ne è lo specchio fedele: il fenomeno dell'obiezione di coscienza, da fenomeno misconosciuto e marginale qual era, ha ricevuto crescente diffusione, venendo sempre più di frequente ad interessare l'esperienza giuridica del nostro Paese<sup>6</sup>. In Italia, difatti, le ipotesi di obiezione di coscienza codificate, cioè espressamente previste e disciplinate dal legislatore, sono andate progressivamente aumentando. Dapprima si è ammessa l'obiezione al servizio militare (prevista dalle leggi del 1972, 1974 e 1998, modificate da una serie di sentenze della Corte Cost.), che risolve il conflitto tra il dovere di difendere la patria (art. 52 Cost.) e la libertà di coscienza. In seguito, a tale ipotesi se ne sono aggiunte altre tre: 1) l'obiezione all'interruzione della gravidanza (di cui alla L. n. 194/1978, art. 9), che risolve il conflitto tra il dovere degli operatori sanitari della prestazione interruttiva della gravidanza e la libertà di coscienza radicata nel presupposto costituzionale della tutela della vita, fin dall'origine; 2) l'obiezione alla sperimentazione animale (di cui alla L. n. 413/1993), che risolve il conflitto tra l'interesse al progresso della ricerca scientifica (art. 9 Cost.) e la libertà di coscienza, incentrata qui sull'interesse dell'umana pietà per gli animali e sul c.d. «*diritto dell'animale alla non sofferenza*»; 3) l'obiezione alla procreazione medicalmente assistita (di cui alla L. n. 40/2004, art. 16), che risolve il conflitto tra il dovere degli operatori sanitari di effettuare la prestazione, per soddisfare l'altrui diritto alla procreazione, e la libertà di coscienza, radicata qui nel valore della «*dignità della procreazione (insita nell'originalità della trasmissione della vita, l'atto più intimo della coppia), spersonalizzata dalla proceduralizzazione del concepimento, e nel valore della vita degli embrioni, messi in pericolo dalla PMA (anche per l'elevata probabilità di insuccesso e di morte dei medesimi)*»<sup>7</sup>.

L'ultima legislatura, invece, che tra le molte omissioni si è contraddistinta per aver finalmente disciplinato due istituti che la coscienza collettiva avvertiva ormai come imprescindibili (le unioni civili e le direttive<sup>8</sup> anticipate di trattamento, ovvero DAT, secondo l'acronimo ormai invalso nell'uso), invertendo la tendenza degli ultimi anni, non ha accordato (o perlomeno così sembra),

---

<sup>4</sup> Solo in Italia il numero di obiettori è cresciuto esponenzialmente: 16.000 nel 1990, 30.000 nel 1994, 70.000 nel 1998.

<sup>5</sup> E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella costituzione italiana*, in A. Bernardi (a cura di), *Quaderni di diritto penale contemporaneo, internazionale, ed europeo*, Giuffrè, 2006, p. 115.

<sup>6</sup> Lo evidenzia P. MONETA, voce *Obiezione di coscienza (profili pratici)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, 1988, p. 1.

<sup>7</sup> F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto. L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in S. Canestrari (a cura di), *Criminalia*, 2011, p. 392.

<sup>8</sup> Il testo di legge impiega, per la verità, un lemma diverso ("disposizioni", anziché "direttive"). I due termini sono tra loro fungibili: disposizioni anticipate, testamento biologico, living will, direttive anticipate, sono tutte «*espressioni che, con varietà di sfumature, indicano le intenzioni manifestate da una persona attualmente cosciente in merito alle terapie che intende o non intende accettare nell'eventualità in cui dovesse trovarsi nella condizione di incapacità di esprimere il proprio diritto di acconsentire o non acconsentire alle cure proposte*» (G. FERRANDO, voce *Testamento Biologico*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, Giuffrè, 2014, p. 989).

né al medico né all'ufficiale di stato civile, il diritto all'obiezione di coscienza. La mancanza di una espressa previsione del diritto di obiezione, tanto nella L. n. 219/2017<sup>9</sup>, quanto nella L. n. 76/2016<sup>10</sup>, ha riaperto un dibattito che in realtà non si era mai sopito del tutto: quello concernente l'ammissibilità di un diritto generale all'obiezione di coscienza, che sia costituzionalmente garantito, immediatamente azionabile e che prescinda, perciò, da un'esplicita *interpositio legislatoris*.

Volendo qui concentrarci su quanto previsto dalla L. n. 219/2017, dobbiamo pertanto interrogarci sul ruolo che il diritto all'obiezione di coscienza viene ad assumere nell'attuale sistema, onde poter verificare se: a) là dove le richieste del paziente si dimostrino contrarie ai valori e alla coscienza del medico, risulti allo stesso effettivamente preclusa ogni possibilità di obiettare; b) ove si riconosca che una simile preclusione effettivamente sussiste, essa possa eventualmente comportare l'illegittimità costituzionale della legge che la prevede. La risposta a questi interrogativi, come vedremo, è infatti destinata a variare profondamente a seconda della posizione che si intenda attribuire all'obiezione di coscienza all'interno del nostro ordinamento.

## **2. Precisazioni terminologiche: il caso peculiare dell'obiezione di coscienza positiva e le altre distinzioni operate dalla dottrina.**

Nel descrivere cosa sia l'obiezione di coscienza si fa spesso riferimento<sup>11</sup> alla vicenda che nella celebre tragedia di Sofocle vedeva per protagonisti Antigone e Creonte. La violazione da parte di Antigone dell'editto di Creonte, che le vietava di dare sepoltura al fratello Polinice, riecheggerebbe, si dice, il conflitto che nell'obiezione di coscienza si instaura fra legge dello Stato e legge interiore del singolo obiettore.

Per quanto ciò risulti senz'altro vero, a ben vedere la vicenda di Antigone è esemplificativa di una peculiare ipotesi di obiezione di coscienza: l'obiezione di coscienza positiva<sup>12</sup> (dove l'attributo "positiva" sta ad indicare che l'obiezione si sostanzia in una azione, anziché in un'omissione, presupponendo essa la violazione di un obbligo giuridico di non fare, piuttosto che di fare). L'obiezione di coscienza positiva nasce, perciò, come figura contrapposta all'obiezione di coscienza negativa, nella quale invece, a fronte di un dovere giuridico positivo (tenere un comportamento, rendere un servizio, fornire una prestazione, ecc.), sta la volontà dell'obiettore

<sup>9</sup> Per un commento alla disciplina dettata dal legislatore in materia di direttive anticipate di trattamento, *ex multis*: U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *Iacostituzione.info*, 2017; C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *La rivista il Mulino online*, 2017; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Pen. cont.*, n. 12/2017, pp. 123 ss.; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3/2017, pp. 975 ss.; M. E. FLORIO, *Dai principi alla legge: riflessioni sul travagliato percorso del "testamento biologico"*, in *Riv. dir. fam. e succ.*, n. 2/2018, pp. 91 ss.

<sup>10</sup> Per un commento alla disciplina delle unioni civili, *ex multis*: B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Cedam, 2016; L. DELL'OSTA - G. SPADARO, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Giuffrè, 2016; M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it*, n. 2/2016; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2018.

<sup>11</sup> Così, ad es., V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2012, pp. 403 ss.

<sup>12</sup> Sull'obiezione di coscienza positiva: F. MASTROMARTINO, *Contro l'obiezione di coscienza positiva*, in *Ragion pratica*, 2015; P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. Borsellino - L. Forni - S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *Notizie di Politeia*, 2011, XXVII; ID., *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, in *Dir. e Quest. pubbl.*, n. 9/2009.

di omettere la condotta prescritta.

Tale distinzione deve essere tenuta presente, poiché, se il diritto all'obiezione di coscienza negativa costituisce da tempo un istituto riconosciuto in molti ordinamenti, un diritto all'obiezione di coscienza positiva non sembra abbia mai trovato riconoscimento nel diritto oggettivo, presumibilmente per gli effetti gravemente destabilizzanti dell'ordinamento giuridico che sarebbero connessi al suo accoglimento. La condotta disubbidiente commissiva presenta, invero, una pericolosità sociale ben più elevata di quella omissiva<sup>13</sup>.

Al di là dell'assonanza terminologica e di qualche similarità concettuale, tra le due forme di obiezione sussistono quindi differenze profonde, tali da rendere del tutto impraticabile qualunque argomentazione volta a sostenere che il diritto all'obiezione di coscienza positiva possa, o addirittura debba, trovare spazio nel nostro ordinamento<sup>14</sup>.

È per tale ragione che, prima ancora di definire in generale cosa sia l'obiezione di coscienza dal punto di vista del diritto, si è deciso di tracciare sinteticamente una linea di demarcazione tra le due *species* in cui il *genus* "obiezione di coscienza" è suscettibile di ripartirsi. Ed è per la medesima ragione che, nel prosieguo del presente contributo, nell'utilizzare il termine "obiezione di coscienza" senza ulteriori specificazioni, si farà riferimento alla sola obiezione di coscienza negativa.

Entro il *genus* "obiezione di coscienza", oltre a quella poc'anzi tratteggiata, sono state operate numerose altre distinzioni<sup>15</sup>: così, ad esempio, quella tra obiezione totale e parziale o quella tra obiezione assoluta e relativa. Tali differenziazioni, però, in quanto elaborate con specifico riferimento all'obiezione di coscienza al servizio militare, unica forma di obiezione conosciuta e studiata in passato, si dimostrano non sempre suscettibili di estensione alle altre ipotesi obiettorie. L'unica distinzione che conserva una sicura valenza generale, unitamente a quella tra obiezione negativa e positiva, è quella tra obiezione *secundum legem* e obiezione *contra legem*<sup>16</sup>. Taluni Autori la considerano problematica<sup>17</sup> e incerta, ma essa possiede un'indubbia efficacia euristica:

---

<sup>13</sup> Lo sottolineano, in particolare: F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1985, p. 230, con numerosi riferimenti alla giurisprudenza statunitense, che più di ogni altra ha affrontato i molteplici risvolti applicativi dell'istituto; R. NAVARRO VALLS - J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, 1995, pp. 33 ss.

<sup>14</sup> Di contrario avviso P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, cit., pp. 84 ss., il quale ritiene che «la tesi dell'asimmetria radicale [tra le due forme di obiezione] sia un pregiudizio privo di fondamento; che la sua forza riposi, in ultima istanza, su un atteggiamento di acritico conformismo, non suffragato da adeguata riflessione».

<sup>15</sup> Le differenziazioni operate negli anni sono davvero numerosissime, ma non tutte in fondo così significative: si veda, ad esempio, quella tra obiezione di coscienza «classica» (o premoderna), «moderna» e «modernissima» (o postmoderna) prospettata da F. D'AGOSTINO, *Dinamiche postmoderne dell'obiezione di coscienza*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, pp. 248 ss.

<sup>16</sup> A tale bipartizione qualcuno, probabilmente in ossequio alle distinzioni tradizionalmente operate con riferimento alle forme di consuetudine, mostra di preferire una tripartizione, distinguendo tra obiezione *secundum legem*, *contra legem* e *praeter legem* (così V. TURCHI, voce *Obiezione di coscienza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Utet, 1995, pp. 543-544).

<sup>17</sup> La distinzione risulta problematica poiché, come meglio vedremo *infra*, molti Autori delineano un diritto costituzionale immediatamente azionabile all'obiezione, quasi prospettando una rilevanza giuridica dell'obiezione in sé, indipendentemente da una puntuale *interpositio legislatoris*. Se ci si pone in quest'ottica, è evidente la difficoltà di concepire un'obiezione che possa realmente dirsi "*contra legem*".

consente di discernere i casi in cui la facoltà di obiettare è prevista da una norma di legge ordinaria da quelli in cui una specifica disciplina positiva dell'obiezione invece manca.

### 2.1. Precisazioni terminologiche: la definizione di "obiezione di coscienza".

L'obiezione di coscienza è un fenomeno comunemente indagato da discipline giuridiche diverse, e perciò interdisciplinare: delle variegate ipotesi di obiezione di coscienza disciplinate nei più svariati ordinamenti liberali si occupano, in varia guisa, tutti i rami della dogmatica giuridica (dal diritto penale al diritto amministrativo, dal diritto ecclesiastico a quello costituzionale, dal diritto processuale al diritto del lavoro, ecc.). Inoltre, si tratta di un fenomeno che, per quanto giuridico, presenta stretti legami con aree di indagine che tradizionalmente appartengono al campo della filosofia politica e morale.

Definire cosa sia l'obiezione di coscienza, perciò, si rivela un compito assai arduo, trattandosi di un istituto che si presenta frammentato e in grado di assumere una miriade di significati diversi a seconda dell'angolo prospettico dal quale viene rimirato.

Volendo semplificare, sembra che il termine "obiezione di coscienza" sia stato assunto storicamente in almeno tre diverse accezioni: una più ampia, una più ristretta ed una intermedia, che tenta di superare i difetti delle prime due.

Taluni Autori, specialmente in passato, interpretando l'obiezione di coscienza come «*l'antitesi, fondata su convincimenti interiori dell'animo umano, ad una realtà, ad un oggetto, che può risultare il più vario*»<sup>18</sup>, hanno accolto del termine una accezione particolarmente lata, e all'evidenza del tutto atecnica.

Più di frequente la locuzione "obiezione di coscienza" è stata impiegata nel lessico della dogmatica per indicare il rifiuto, motivato da ragioni di coscienza, di prestare servizio militare o di imbracciare le armi. Si tratta di un'accezione alquanto ristretta, che assume il fenomeno che per primo è divenuto oggetto di considerazione da parte degli ordinamenti giuridici contemporanei (quello, appunto, dell'obiezione al servizio militare) quale archetipo dell'intera categoria<sup>19</sup>.

Il diffondersi di tale accezione nel linguaggio della dogmatica ha subito una netta battuta d'arresto, però, quando il legislatore ha riconosciuto e disciplinato espressamente ipotesi di "obiezione di coscienza" diverse da quella nei confronti del servizio militare, impiegando per descriverle la medesima locuzione<sup>20</sup>.

Circostanza che ha favorito il diffondersi di una diversa accezione, oggi predominante, che

---

Inoltre, v'è da rilevare che, secondo alcuni Autori, l'obiezione *secundum legem* non sarebbe in realtà neppure una vera e propria "obiezione", in quanto conforme ad un precetto normativo.

<sup>18</sup> R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, 1967, pp. 16-17. Un'accezione parimenti atecnica, ma leggermente più ristretta, è rinvenibile nell'opera di A. GOMEZ DE AYALA, *Aspetti giuridici e teologici dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, 1964, p. 193 (Per l'A. l'obiezione di coscienza è «*l'atto di opporre la propria all'altrui opinione*»).

<sup>19</sup> Così, ad esempio, A. PIGLIARU, *Promemoria sull'obiezione di coscienza*, in *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Giuffrè, 1968, p. 646, il quale rileva che «*nel linguaggio contemporaneo l'obiezione di coscienza ha assunto un contenuto preciso e specifico, un significato prevalente in rapporto al servizio militare ed all'ipotesi della guerra*».

<sup>20</sup> Questa circostanza ha portato taluni Autori a preferire l'impiego della locuzione al plurale. Così, ad esempio, R. NAVARRO VALLS - J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni*, cit., p. 9: «*non si parla più di obiezione di coscienza al singolare, ma di obiezioni di coscienza, al plurale*».

differisce profondamente da quelle accolte in passato (da quella lata, per la sua natura tecnico-giuridica e non più atecnica; da quella ristretta, in quanto suscettibile di essere applicata ad una pluralità di fattispecie giuridiche, e non soltanto all'obiezione al servizio militare). In questa accezione "intermedia", l'obiezione di coscienza può essere definita come «*la pretesa di chi rifiuta in nome della propria coscienza di obbedire ad un precetto giuridico, alla cui osservanza è tenuto in quanto destinatario delle norme di un determinato ordinamento*»<sup>21</sup>.

### 3. L'obiezione di coscienza come conflitto tra doveri.

Dovrebbe essere chiaro, a questo punto, come l'obiezione di coscienza sia un fenomeno tipicamente individuale: la coscienza impedisce al singolo obiettore di adeguarsi all'imperativo cristallizzato nella norma giuridica, che è solitamente fatto oggetto di condivisione da parte della maggioranza dei consociati<sup>22</sup>.

Dal punto di vista giuridico l'obiezione di coscienza sottende un conflitto di doveri<sup>23</sup>. L'obiettore si trova cioè di fronte a due imperativi<sup>24</sup>, che egli avverte come cogenti, ma non può adeguarsi ad

<sup>21</sup> Questa la definizione di "obiezione di coscienza" offerta da F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 9/2009, p. 169.

<sup>22</sup> L'essenza individualistica dell'obiezione di coscienza trova significativo riscontro nel pensiero di uno dei più celebri obiettori della storia: H.D. Thoreau. Dalla normale individualità del fenomeno, taluni fanno discendere l'inammissibilità di un'obiezione di gruppo, un'obiezione che sia cioè prevista a favore di classi o gruppi di cittadini [così R. BERTOLINO, voce *Obiezione di coscienza (profili teorici)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, 1992, p. 1; *contra*, tuttavia, J.P. CATTELAINE, *Obiezione di coscienza all'Esercito e allo Stato*, A. Drago (a cura di), E. Polizzi (trad. it.), Celuc Libri, 1976, p. 41]. Difatti, la volontà collettivamente manifestata di non adeguarsi ad un precetto normativo dà di regola luogo ad un caso di disobbedienza civile, poiché, se l'obiezione di coscienza è un comportamento tipicamente individuale, la disobbedienza civile è una prassi tendenzialmente collettiva, pubblica e non violenta che trova giustificazione non già nei principi della «*moralità personale*» o delle «*dottrine religiose*», bensì nella concezione «*della giustizia pubblicamente condivisa che sottostà all'ordinamento politico*» [così J. RAWLS, in S. Maffettone (a cura di), *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 2002, p. 304]. Da non sottovalutare [cfr. M.J. FALCÓN Y TELLA, *Libertad ideológica y objeción de conciencia*, in *Persona y Derecho*, 2001, pp. 173 ss.], però, il carattere solo tendenziale della predetta distinzione (basata sulla individualità o meno del rifiuto manifestato dall'obiettore di adeguarsi al precetto normativo). Ciò, in quanto «*si possono dare casi in cui tali principi di moralità individuale siano condivisi da un ampio gruppo di persone, che possono meglio tutelare il loro diritto individuale attraverso azioni congiunte*» e «*allo stesso modo vi possono essere singoli individui che esercitano forme di disobbedienza civile in quanto l'obiettivo della loro azione è quello di far cambiare una legge ingiusta e non già semplicemente di sottrarsi alla sua obbedienza*» (in questi termini F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 170).

<sup>23</sup> Si tratta della situazione in cui viene a trovarsi chi «*abbia al tempo stesso l'idea di due norme, che [...] si creda vincolato da due doveri che si contraddicono e quindi si escludono a vicenda*» (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 1963, p. 381).

<sup>24</sup> La prestazione personale, imposta dall'ordinamento e rifiutata dall'obiettore, deve in linea di massima sostanzarsi in un obbligo giuridico, inteso in un'accezione ampia, come obbligo promanante da una Pubblica Autorità (conforme F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 169). Si discute, invece, se si possa parlare di obiezione di coscienza anche nei casi in cui l'obiettore rifiuti di adeguarsi ad un onere posto quale condizione per assumere una posizione giuridica determinata. In linea di massima, la soluzione più corretta sembra quella di ritenere che la prestazione personale rifiutata debba «*consistere in un obbligo giuridico e non già in un semplice onere*», potendosi «*legittimamente pretendere che il diretto interessato rinunci alle conseguenze favorevoli derivanti dall'adempimento di quest'ultimo, pur di rimanere coerente con la propria coscienza*». Sotto questo profilo, quindi, risultano criticabili [come ha rilevato anche P. VERONESI, *Opinioni a confronto. L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in S. Canestrari (a cura di), *Criminalia*, 2011, p. 405] le conclusioni cui è pervenuta certa giurisprudenza

uno senza al contempo violare l'altro.

L'obiezione di coscienza pone quindi un problema nodale, che è quello di risolvere l'antinomia<sup>25</sup> che si crea tra «*il dovere di ubbidienza alla legge, data la sua valenza democratica, e il rispetto della coscienza e, quindi, il diritto di obiettare alla legge*»<sup>26</sup>.

Tale problema è risolto in radice nei casi in cui il legislatore è intervenuto espressamente a disciplinare, in settori per lo più circoscritti e ben individuati, un particolare e specifico "diritto all'obiezione di coscienza" (obiezione *secundum legem*)<sup>27</sup>. Nei casi disciplinati *ex lege*, difatti, non solo vi è senza alcun dubbio un'antinomia da risolvere (sussistendo entrambi i termini del rapporto antinomico: l'obbligo di legge e il diritto di obiettare alla stessa), ma il legislatore ha risolto il conflitto in maniera esplicita, dando giuridica rilevanza alle convinzioni ideologiche e morali del singolo obiettore e disciplinando limiti e modalità di esercizio dello specifico diritto accordato al medesimo<sup>28</sup>.

Frutto di incertezze, invece, sono i casi non disciplinati, ovvero quei casi in cui il legislatore (vuoi per incuranza, vuoi per sciatteria nella redazione del testo di legge, vuoi per garantire l'obbligatorietà della disciplina dettata) ha omesso di riconoscere rilevanza giuridica al conflitto che si anima nella psiche dell'obiettore (obiezione *contra legem*)<sup>29</sup>. In tali ipotesi, ancor prima di capire come risolvere il conflitto tra il dovere di ubbidire alla legge e il diritto di obiettare alla stessa, occorre stabilire se un simile conflitto venga effettivamente ad esistenza. Invero, in mancanza di una interposizione esplicita del legislatore, non è affatto certo che nell'obiezione di coscienza, tra dovere giuridico (imposto dalla legge) e dovere morale (imposto dalla coscienza), si venga a creare un'antinomia reale e non soltanto apparente.

---

[emblematica la pronuncia del T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477, la quale, «*ribaltando le conclusioni di altra giurisprudenza*» – T.A.R. Emilia-Romagna, sez. Parma, 13 dicembre 1982, n. 289, in *Giust. civ.*, 1983, pp. 3139 ss. –, «*ha escluso la possibilità di procedere all'assunzione a tempo determinato di medici destinati ai consultori, condizionando ciò a una clausola (puramente onerosa) per la quale l'aspirante doveva rinunciare all'obiezione (e questo per consentire, come peraltro imposto dalla legge, il regolare svolgimento del servizio)*»].

<sup>25</sup> I termini conflitto e antinomia sono stati impiegati dalla dottrina talvolta indifferentemente, in altri casi per indicare, rispettivamente, il confluire di più norme giuridiche antitetiche su di un identico fatto il primo, la contraddizione razionale fra più norme egualmente valide ed efficaci all'interno di un medesimo ordinamento giuridico il secondo (sul punto v. *amplius* F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, 1966, pp. 627 ss.). Con la convinzione che la distinzione sia inutilmente "complicatoria", i due termini verranno impiegati nel presente contributo come se fossero sinonimi.

<sup>26</sup> Sottolinea l'importanza del problema F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 389.

<sup>27</sup> Casi che, come si è constatato in premessa, nell'ordinamento italiano sono andati progressivamente aumentando.

<sup>28</sup> In tal caso «*l'armonizzazione è compiuta dallo stesso potere legislativo, che permette di sottrarsi all'obbligo giuridico in determinate situazioni giuridicamente previste, circoscrivendo gli effetti destabilizzanti della disobbedienza*», tanto che, secondo alcuni, «*sarebbe improprio parlare di "disobbedienza"*» vera e propria (così F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 174).

<sup>29</sup> R. BOTTA, *Prefazione*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico, Atti del convegno di Studi (Modena 30 novembre – 1° dicembre 1990)*, Giuffrè, 1991. In simili ipotesi l'eventuale obiezione di coscienza avverrebbe «*contro un atto di determinazione del bene comune compiuto dall'autorità politica*» (sul punto cfr. F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 174 ss.).

### 3.1. Legge e coscienza: antinomia reale o apparente?

Secondo una visione tradizionale di matrice positivista, se il legislatore non codifica uno specifico diritto all'obiezione di coscienza, si avrebbe a che fare con un conflitto improprio. Nell'obiezione di coscienza, difatti, i doveri confliggenti appartenerebbero di per sé a piani differenti, giuridico l'uno e pregiuridico o metagiuridico l'altro, mentre per aversi un'autentica antinomia le norme confliggenti dovrebbero entrambe avere natura giuridica e appartenere al medesimo ordinamento. Il conflitto tra dovere morale (cui l'obiettore pretende di prestare ossequio) e dovere giuridico (al quale l'obiettore ritiene di non doversi adeguare) non potrebbe quindi risolversi che con la prevalenza di quest'ultimo, di modo che l'obiezione di coscienza (sorretta da ragioni non giuridiche), innanzi al comando normativo (l'unico che rileva per l'ordinamento), non potrebbe far altro che soccombere ed essere sanzionata penalmente<sup>30</sup>.

La suddetta opinione è stata sottoposta a serrata critica dalla dottrina più recente, la quale non ha mancato di osservare come in una democrazia pluralistica come la nostra, «*ove il principio di maggioranza è sottoposto a limiti e contrappesi, onde evitare che la volontà maggioritaria possa comprimere, indebitamente, i diritti e le libertà dei singoli individui*», non si possa disconoscere totalmente la rilevanza giuridica dei doveri morali imposti dalla coscienza individuale, come invece avviene negli «*Stati totalitari, autoritari, fondamentalisti*»<sup>31</sup>. Tale dottrina si è perciò sforzata di ricercare un addentellato normativo che le consentisse di attribuire giuridica rilevanza ad un dovere che, altrimenti, in mancanza di un'espressa interposizione legislativa, sembrerebbe riposare su di un piano esclusivamente morale.

Per la dottrina ad oggi assolutamente dominante, tale appiglio normativo va ricercato nelle norme costituzionali che tutelano implicitamente la libertà di coscienza. Esse, anche in assenza di un'*interpositio legislatoris*, consentirebbero di affermare la rilevanza giuridica, e non soltanto morale, dell'imperativo dettato dalla coscienza e di superare, in tal modo, l'ostilità mostrata dalla dottrina positivista all'idea che la coscienza individuale possa incidere sui rapporti giuridici<sup>32</sup>.

### 3.2. Il fondamento giuridico-costituzionale dell'obiezione di coscienza.

Si parla di "*norme costituzionali che tutelano implicitamente la libertà di coscienza*" poiché la nostra Costituzione, diversamente dall'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 9 della CEDU, non fa alcun esplicito riferimento alla libertà di coscienza<sup>33</sup>. La mancanza di un richiamo espresso, tuttavia, per l'interpretazione largamente condivisa<sup>34</sup>, non

<sup>30</sup> È questa la tesi sostenuta da A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, 1963, pp. 7 ss.

<sup>31</sup> Lo evidenzia, in particolare, F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 390.

<sup>32</sup> Per osservazioni in tal senso, cfr. *amplius* V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Esi, 2009, pp. 50 ss.

<sup>33</sup> Un esplicito riferimento a tale libertà è invece contenuto, oltre che nei summenzionati articoli, anche nella Costituzione tedesca che, al §4, afferma a chiare lettere che «*nessuno può essere costretto, contro la sua coscienza, al servizio militare con le armi*». In argomento v. W. LOSHCELDER, *The non fulfillment of legally imposed obligations because of decisions of conscience – the legal situation in the Federal Republic of Germany (FRG)*, in AA. VV., *L'obiezione di coscienza nei Paesi della comunità europea, Atti dell'incontro (Bruxelles-Lovanio 7-8 dicembre 1990)*, Giuffrè, 1992, pp. 29 ss.

<sup>34</sup> *Ex multis*: S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Il Mulino, 2017; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Utet, 1960, pp. 1629 ss.; F. PALAZZO, voce

costituirebbe un impedimento all'individuazione di un fondamento costituzionale di tale libertà. Difatti, nella Carta costituzionale si rinvengono talora «*riconoscimenti costituzionali impliciti non meno validi di quelli esplicitamente formulati*»<sup>35</sup>. Tra questi riconoscimenti impliciti, si è affermato, dovrebbe senz'altro annoverarsi quello accordato alla libertà di coscienza, la quale finirebbe col giovare indirettamente della tutela accordata a tutte le altre libertà.

Se vi è convergenza di opinioni sull'assunto che la libertà di coscienza trovi fondamento nella nostra Costituzione, sia pure in forma implicita, divergenze permangono, invece, circa l'individuazione della norma costituzionale da cui è consentito enucleare tale libertà.

Nello specifico, il fondamento costituzionale della libertà di coscienza, e di conseguenza il fondamento giuridico del diritto all'obiezione di coscienza, che della prima rappresenta la principale forma di manifestazione, sono stati desunti, a seconda delle diverse opinioni: a) ora dall'art. 2 Cost., che interpretato quale clausola aperta destinata ad accogliere e costituzionalizzare ogni interesse inviolabile della persona non potrebbe non abbracciare anche la coscienza individuale, come «*riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana*»<sup>36</sup>; b) ora dall'art. 13 Cost., in quanto la libertà psicofisica (della mente e del corpo, nella loro inscindibile unità) comprenderebbe pure la libertà di coscienza; c) ora dall'art. 19 Cost., rappresentando la libertà di coscienza il fondamento del diritto alla libertà religiosa<sup>37</sup>; d) ora dall'art. 21 Cost., dal momento che la libertà di manifestazione del pensiero comprende anche l'estrinsecazione dei propri convincimenti etici, filosofici e religiosi; e) ora, infine, da una interpretazione sistematica delle suddette norme costituzionali, «*più che su singoli articoli della Costituzione, essendo nessuno di essi di per sé esaustivo*»<sup>38</sup>.

Corollario di una simile impostazione è che il «*dramma dell'opzione tra due doveri*»<sup>39</sup> che affligge l'obietto cesserebbe di essere un conflitto improprio, in cui a scontrarsi sono la eteronomia giuridica e la autonomia morale, per divenire una vera e propria antinomia giuridica tra regole di condotta differenti (delle quali una si ricava da una norma di legge ordinaria, mentre l'altra affonda le proprie radici nei convincimenti etici ed ideali dell'individuo che sono tutelati dalla Costituzione).

In linea di massima, là dove una norma «*vieta una condotta che si configura al tempo stesso come esercizio di un diritto o di una libertà costituzionale*» l'antinomia dovrebbe «*essere risolta – in applicazione del principio della gerarchia delle fonti – assegnando la prevalenza alla norma*

---

*Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, pp. 543 ss. (il quale evidenzia il carattere residuale e indefinito del contenuto del diritto alla libertà di coscienza).

<sup>35</sup> Per una simile notazione G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., p. 1629. In senso analogo P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 401, il quale osserva che «*il fatto che nella Costituzione non troviamo [...] sanciti, tra gli altri, né il principio di separazione di poteri, né quelli di legalità e di laicità; e neppure [...] il diritto alla vita o il diritto a formare unioni simifamiliari [...] non significa affatto che questi non esistano*». Anzi, «*molti principi e diritti non sono menzionati semplicemente perché assunti a presupposto o comunque protetti dall'ombrello di più ampie previsioni costituzionali*». Sul punto cfr. anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 63.

<sup>36</sup> Corte Cost. 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3805. Fanno riferimento all'art. 2 Cost. come «*previsione normativa idonea a garantire le libertà non riconducibili ai tipi costituzionali*» anche: R. BERTOLINO, voce *Obiezione di coscienza*, cit., p. 3; F. PALAZZO, voce *Obiezione di coscienza*, cit., pp. 543 ss.

<sup>37</sup> Cfr. A. PUGGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, 1991, p. 246.

<sup>38</sup> Così F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 391.

<sup>39</sup> Come lo definisce G. CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in *Foro it.*, 1950, II, p. 48.



*costituzionale*». Le cose vanno diversamente, tuttavia, se la norma di legge ordinaria risulta «*strettamente necessaria, nel caso concreto, ad assicurare la salvaguardia di un controinteresse*»<sup>40</sup> di rango costituzionale.

In questo caso, ed è solitamente il caso dell'obiezione di coscienza, non si assisterà all'automatica prevalenza della norma costituzionale su quella ordinaria, ma si avrà a che fare con un conflitto tra diritti: quello dell'obiettore alla libertà di coscienza, che è un diritto costituzionalmente protetto, e quello alla tutela del quale è preposto l'obbligo di legge (ad es. il diritto all'autodeterminazione della donna nel caso dell'aborto), anch'esso di regola garantito dalla Carta fondamentale<sup>41</sup>. Un conflitto che occorre risolvere operando un bilanciamento tra gli interessi confliggenti.

### 3.3. Il problema dell'azionabilità del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza.

Perciò, una volta riconosciuto che nell'obiezione di coscienza si assiste ad un'antinomia reale e non soltanto apparente, non tutti i problemi posso dirsi risolti.

Anche là dove si voglia ammettere che nell'obiezione di coscienza (sia essa prevista o meno da una norma di legge ordinaria) il rapporto antinomico si instaura tra due doveri dotati di rilevanza giuridica, rimane infatti da stabilire a chi spetti operare il bilanciamento di interessi che è sotteso alla ricostruzione dell'obiezione di coscienza come manifestazione di una libertà costituzionalmente garantita.

Per poter far ciò, però, occorre passare per la risoluzione di una questione preliminare, che alla prima si presenta strettamente connessa: stabilire se il diritto di obiettare sia immediatamente azionabile oppure necessiti comunque di una *interpositio legislatoris*. Invero, il fatto che si ammetta la legittimità dell'obiezione di coscienza e le si riconosca lo *status* di diritto costituzionalmente garantito non risolve il problema della sua «*effettiva operatività, anche a prescindere da specifiche interposizioni legislative*»<sup>42</sup>.

All'interprete si prospettano due soluzioni antitetiche: a) considerare il diritto all'obiezione di coscienza come un diritto generale, costituzionalmente garantito e immediatamente azionabile anche in assenza di una previsione normativa espressa<sup>43</sup>; b) attribuire rilievo a tale diritto solo in

<sup>40</sup> F. VIGANÒ, *Sub art. 51*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, 2015.

<sup>41</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Libertad y objeción de conciencia*, in *Persona y derecho*, 2006, pp. 264 ss.: «*concebir la objeción como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia tan sólo supone que las distintas formas o modalidades de objeción no reguladas [...] deben ser tratadas como un caso de conflicto entre el derecho fundamental y el deber jurídico cuyo cumplimiento se rehúsa*». V., altresì, M. GASCÓN ABELLÁN, *El estatuto jurídico de la objeción de conciencia y los problemas que plantea*, in *Parlamento y Constitución*, 2010, pp. 9 ss.: «*el caso habrá de ser considerado como un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, como un problema de colisión entre el derecho individual y los valores protegidos por el deber jurídico en cuestión*».

<sup>42</sup> Come rileva F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 391. Cfr. anche F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 178, il quale, rispondendo alla critica sollevata nei confronti di un diritto generale alla libertà di coscienza, che metterebbe «*in ombra il significato eminentemente eccezionale e personale dell'obiezione di coscienza*» (critica sollevata da T. PAINE, *The Rights of Man. Part I* (1791), in B. Kuklick (a cura di), *Political Writings*, Cambridge, 1989, p. 94), osserva che «*l'affermazione dell'esistenza di un diritto generale costituzionale all'obiezione di coscienza non aggiunge nulla alla previsione costituzionale della libertà di coscienza e non risolve il problema della sua concretizzazione, cioè della sua costruzione come diritto effettivamente azionabile nei confronti di una legge statale*».

<sup>43</sup> In questo senso, *ex multis*: F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 391; G. DALLA TORRE,

quanto esso sia legislativamente previsto, là dove sussista cioè una vera e propria *interpositio legislatoris*, accordando la Costituzione una tutela soltanto mediata e di principio all'obiezione di coscienza<sup>44</sup>.

Dall'opzione per l'una o l'altra delle due ricostruzioni prospettate dipende l'identificazione del soggetto che, in ultima analisi, è gravato del compito di stabilire quando, e soprattutto a quali condizioni, deve considerarsi lecito sollevare un'obiezione di coscienza.

### 3.3.1. La tesi che nega l'immediata azionabilità.

La tesi che nega recisamente l'immediata azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza, che tra le due è probabilmente quella più ragionevole (per i motivi che vedremo *infra*, nel par. 3.3.3.) e che trova il conforto della granitica giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>45</sup>, è stata variamente argomentata: a) sulla base del carattere eccezionale che ogni ipotesi di obiezione di coscienza rivestirebbe nel sistema, e che abbisognerebbe di un'espressa previsione legislativa, legittimante la deroga ad una regola contraria; b) sulla base della distinzione che intercorrerebbe fra libertà di coscienza (che è un diritto costituzionalmente garantito) e obiezione di coscienza (che rappresenterebbe soltanto un valore costituzionalmente tutelato, non immediatamente azionabile in mancanza di un'espressa disposizione di legge)<sup>46</sup>; c) in considerazione della necessità di prevedere modalità e limiti di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza, i quali non potrebbero essere fissati se non da una norma di legge; d) infine, in ragione del pregiudizio che il riconoscimento accordato ad un diritto immediatamente azionabile all'obiezione di coscienza potrebbe arrecare al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale<sup>47</sup>.

---

*Obiezione di coscienza*, in *Iustitia*, n. 3, 2009, pp. 274 ss.; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario. Statuto delle professioni sanitarie*, in L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, pp. 174 ss.; I. LEONCINI, *Laicità dello Stato, pluralismo e diritto costituzionale all'obiezione di coscienza*, in *Arch. giur.*, 2011, pp. 182 ss.

<sup>44</sup> In questo senso, *ex multis*: F. PALAZZO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit.*, p. 543; F. ONIDA, *Contributo*, *cit.*, 1982, p. 235; A. PUGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit.*, pp. 244 ss.; F. MODUGNO – R. D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 97 ss.; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, *cit.*; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Giuffrè, 1983, p. 92.

<sup>45</sup> La Corte costituzionale, più volte investita della questione, ha riconosciuto la rilevanza costituzionale della libertà di coscienza (fondata sulla lettura sistematica degli artt. 2, 9, 21 Cost.) e della conseguente libertà di obiettare, ma ha altresì richiesto per il concreto riconoscimento del diritto all'obiezione l'interposizione legislativa. Essa (*ex multis*: C. Cost., 24 maggio 1985, n. 164 in *Giur. cost.*, 1985, pp. 1203 ss.; C. Cost., 18 gennaio 1993, n. 422 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); C. Cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Dir. eccl.*, 1979.), invero, ha affermato a più riprese che è la legge «a dare riconoscimento e quindi ingresso all'obiezione di coscienza» nell'ordinamento e che soltanto la presenza di una legge può segnare lo spartiacque fra una condotta obiettante giuridicamente lecita ed una invece sanzionata. Per un riepilogo delle sentenze della Corte Costituzionale intervenute in materia: A. PUGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit.*, p. 248.

<sup>46</sup> Così G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, *cit.*, p. 1981. L'A. ritiene che la dimensione costituzionale della libertà di coscienza non abbraccerebbe le «attività esteriori dell'uomo» (e quindi la condotta attiva od omissiva dell'obiettore).

<sup>47</sup> In particolare nei casi in cui l'obiezione di coscienza ha «un ampio spettro di diffusione» e riguarda «persone che ricoprono funzioni pubbliche», ossia soggetti «in linea di principio legati da doveri di ruolo», i quali dando attuazione alle proprie personali istanze recherebbero pregiudizio ad interessi di soggetti terzi

È chiaro che, per tale tesi, stabilire se e a quali condizioni la libertà di coscienza sia in grado di imporsi sul precetto normativo è compito che spetterebbe sempre e soltanto al legislatore: se questo ha ritenuto di dover concretizzare il riconoscimento implicito che la Costituzione accorda alla libertà di coscienza, attribuendo uno specifico diritto all'obiezione, è egli stesso a dettare i criteri che consentono di discernere una condotta obiettante lecita da una sanzionata; se invece ha ritenuto di non dover riconoscere una clausola di coscienza, significa che in quello specifico caso ha stimato che gli imperativi dettati dalla coscienza, per quanto degni di rilevanza giuridica, non potessero giammai considerarsi idonei a prevalere sul precetto normativo.

### 3.3.2. La tesi che riconosce l'immediata azionabilità.

Alla suddetta tesi sono state mosse tre obiezioni principali: a) che le ipotesi di obiezione di coscienza, quelle codificate e quelle ancora da riconoscere, non avrebbero carattere eccezionale, ma *«regolare, essendo espressioni di principi giuridici generali»*; b) che i limiti e le modalità di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza sarebbero già immanenti all'ordinamento giuridico, e dallo stesso estrapolabili senza bisogno alcuno di intercessione del legislatore; c) infine, che *«la postulata necessità dell'interposizione legislativa»* sarebbe comunque *«tributaria dell'idea, poco liberale, dello Stato come fonte unica di ogni diritto e di ogni dovere»*.

Tali obiezioni hanno spinto una parte della dottrina a patrocinare una tesi differente: quella *«del riconoscimento dell'o. di c. come diritto costituzionalmente tutelato, immediatamente azionabile innanzi al giudice, senza bisogno di interposizione legislativa»*<sup>48</sup>.

Alla stregua di questa impostazione, il diritto all'obiezione di coscienza sarebbe un diritto *«generale ed unitario»* i cui *«imprescindibili limiti e [...] modalità di esercizio»* sarebbero desumibili dai *«principi, fondanti il nostro ordinamento giuridico, dell'autentica laicità (intesa come neutralità etica dello Stato laico), del pluralismo, dell'uguaglianza e della libertà di coscienza; nonché dalle normative disciplinanti le specifiche ipotesi di obiezione codificate»*<sup>49</sup>.

Queste ultime normative, in particolare, assurgerebbero secondo l'accennata prospettiva a *«fondamentali punti di riferimento per l'individuazione dei requisiti, limiti e modalità d'esercizio del generale ed unitario diritto di obiezione»*. Ciò in quanto *«le normative sulle ipotesi di obiezione codificate»* sarebbero *«norme non eccezionali (come, invece, hanno ritenuto i sostenitori dell'interposizione legislativa)»*, bensì *«pienamente regolari e, perciò, estensibili per*

---

(in questo senso, tra gli altri: S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 523 ss.; V. ONIDA, *L'o.d.c. dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. Perrone, *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, 1992, pp. 365 ss.). Nei predetti casi, pur aderendo all'interpretazione opposta, incline ad ammettere l'immediata azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza, considerano l'interposizione della legge quantomeno *«opportuna»* anche: F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 184; E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, p. 113.

<sup>48</sup> Queste, in particolare, le critiche avanzate da F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, cit., pp. 390 ss. Alle predette critiche si aggiunge quella di G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 275. L'A., considerando l'obiezione di coscienza alla stregua di un diritto inviolabile dell'uomo, rileva che sarebbe comunque *«arduo sostenere una tutela diversa per l'obiezione di coscienza rispetto a quella accordata ai diritti inviolabili dell'uomo, in ragione dell'interposizione [legislativa] necessaria per la prima e non necessaria per i secondi»*, a meno che non si voglia cadere nell'errore di ritenere che il mancato intervento del legislatore ordinario possa privare *«la sfera intima della coscienza di quelle tutele che invece i diritti inviolabili hanno di per sé»*.

<sup>49</sup> F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, cit., pp. 390 ss.

*analogia*», poiché rappresentando delle «*eccezioni ad eccezioni*» esse confermerebbero «*la regola*»<sup>50</sup>.

È evidente che, per la predetta ricostruzione, a farsi carico del compito di individuare i suddetti «*requisiti, limiti e modalità d'esercizio*» non potrebbe essere altri che il giudice: l'obiezione di coscienza, liberata dalla «*presa [...] del legislatore*»<sup>51</sup>, verrebbe consegnata alle sapienti mani del magistrato<sup>52</sup>, il quale potrebbe sopperire all'inerzia del primo dando riconoscimento a nuove forme di obiezione sulla base dei presupposti ricavabili dai principi costituzionali e dalle normative che disciplinano le obiezioni già codificate.

### **3.3.3. Considerazioni critiche: incertezza, indeterminatezza e inopportunità di un diritto generale, immediatamente azionabile, all'obiezione di coscienza.**

L'impostazione teorica che patrocina il riconoscimento di un generale ed unitario diritto all'obiezione di coscienza, immediatamente azionabile e operante nel sistema a prescindere da specifiche interposizioni legislative, per quanto vada progressivamente acquisendo consenso<sup>53</sup>, è frutto di alcuni assunti che sembrano difficilmente condivisibili.

Anzitutto, a non persuadere è la convinzione che la legge, in quanto atto che promana dallo Stato, crei inevitabilmente nocimento alla libertà dei consociati, e che pertanto, là dove la legge dovesse costringere taluno a tenere un dato comportamento, senza prevedere la possibilità per lo stesso di obiettargli, sarebbe da guardare automaticamente, per ciò solo, come strumento di limitazione della libertà (nello specifico della libertà di coscienza)<sup>54</sup>.

Si tratta di un assunto che sembra non tenere in debito conto la funzione di tutela della collettività che la legge è il più delle volte chiamata a svolgere: se è vero, infatti, che la legge, dettando imperativi che impongono di fare qualche cosa o di astenersi dal tenere determinati comportamenti, può in una certa misura comprimere la libertà dei singoli, è altrettanto vero che essa, mediante una simile restrizione della libertà individuale, mira a garantire la fruizione di uno

---

<sup>50</sup> Così sempre F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto, cit.*, pp. 390 ss., il quale ritiene che non siano norme eccezionali: «a) né l'art. n. 9 L. 194/1978, sull'obiezione all'aborto, poiché la tutela della vita, anche del concepito, è la regola, essendo espressione del principio generale del non uccidere, mentre eccezionale è l'interruzione della gravidanza, giuridicamente autorizzata soltanto nei precisi limiti (serio pericolo per la salute psicofisica o grave pericolo per la vita o salute della donna, per l'aborto rispettivamente prima e dopo i 90 giorni dal concepimento) e modalità, fissati dalla suddetta legge; b) né l'art. 16 L. n. 40/2004, sull'obiezione alla procreazione assistita, poiché regola è la procreazione naturale ed eccezione la procreazione assistita, giuridicamente autorizzata nei precisi limiti e modalità dalla suddetta legge fissati; ed anche perché l'obiezione ha pure lo scopo di evitare la partecipazione ad attività, che compromettono la vita di embrioni (date le elevate probabilità di insuccesso) ed è, quindi, espressione anche del principio generale del non uccidere; c) né la L. n. 413/1993, sull'obiezione alla sperimentazione animale, perché espressione del principio regolare del divieto di maltrattamenti degli animali (sancito, in crescendo, dalla legislazione in materia, e in particolare, dagli artt. 544 bis e ss. del c.p., ed anche sotto la spinta della filosofia degli animal rights), mentre una deroga a tale principio è la sperimentazione animale».

<sup>51</sup> P. CHIASSONI, *Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2016, p. 43.

<sup>52</sup> Sostiene che quella giudiziaria sia «*l'unica strada per la giustificazione giuridica*» dell'obiezione L. PRIETO SANCHÍS, *Libertad y obiección de conciencia, cit.*, 2006, p. 269.

<sup>53</sup> V'è da precisare, comunque, che si tratta di impostazione teorica ancora minoritaria.

<sup>54</sup> Cfr. G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, 2000, p. 5.

spazio di libertà comune<sup>55</sup>. Così, ad esempio, la norma del codice penale che incrimina «*chiunque percuote taluno*» (art. 581 c.p.) non mira certo a restringere la libertà del percussore (il quale si vedrebbe così privato della possibilità di percuotere liberamente l'offeso), ma ha piuttosto lo scopo di garantire ai consociati la libertà di vivere la loro vita senza l'assillante preoccupazione di poter essere percossi liberamente dai propri simili in qualsiasi momento della loro esistenza. Eppure, con una disinvoltura talora eccessiva, si asserisce che la libertà di coscienza dell'obietore andrebbe garantita a discapito degli obblighi posti dalla legge<sup>56</sup>, perfino quando garantire tale libertà significhi accettare il rischio di poter recare pregiudizio alle libertà altrui (a quella della donna che veda frustrata la propria richiesta abortiva, della ragazza che si trovi nell'impossibilità di procurarsi il farmaco che le spetterebbe di diritto, ecc.).

Non v'è chi non veda come l'attribuzione di un così vasto campo di applicazione all'obiezione di coscienza sia suscettibile di condurre ad una vera e propria «*frantumazione dell'ordinamento giuridico*», potendo l'obiezione di coscienza mettere a repentaglio l'unità e la conservazione dello stesso<sup>57</sup>. Come è stato evidenziato, difatti, l'obiezione di coscienza, esentando dai doveri di solidarietà imposti dalla legge, mette in discussione la stessa «*idea di reciprocità*» che è insita nel concetto di comunità, la quale «*richiede che chiunque benefici di un contratto sociale faccia la propria parte*»<sup>58</sup>.

In secondo luogo, a non convincere del tutto è l'idea che, senza obiezione di coscienza, una democrazia pluralista<sup>59</sup> come la nostra non potrebbe effettivamente dirsi tale<sup>60</sup>. La convinzione cioè che il pluralismo, senza garanzia dell'obiezione di coscienza, sia formula vuota e priva di significato<sup>61</sup>. Il «*rapporto*» tra obiezione di coscienza e pluralismo, ove lo si intenda «*come rapporto strumentale tra mezzo e fine*», è infatti tutt'altro che «*immune da problematicità*»<sup>62</sup>.

Una vera e propria corrispondenza biunivoca tra pluralismo e libertà di coscienza (per cui, in linea di massima, se c'è pluralismo c'è obiezione di coscienza e se non c'è obiezione di coscienza allora non c'è pluralismo) si instaura solo nella misura in cui il fenomeno venga mantenuto entro limiti

<sup>55</sup> Del resto è una constatazione risalente che, se è vero che «*la legge restringe la libertà*», è altrettanto vero che «*le restrizioni della libertà sono inevitabili*», che è cioè «*impossibile introdurre delitti, imporre obblighi, proteggere la persona, la vita, la reputazione, la proprietà, la sussistenza, la stessa libertà, se non a spese della libertà*» (così J. BENTHAM, *Principes du code civil*, in É. Dumont (a cura di), *Oeuvres de Jérémie Bentham*, Bruxelles, 1840, pp. 55 ss.). D'altra parte, non era estranea neppure ad Hobbes l'idea che la legge avesse lo scopo di «*limitare la libertà naturale dei singoli uomini, in modo che essi non si nuocessero*» (T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. a cura di M. Vinciguerra, Laterza, 1911, p. 220).

<sup>56</sup> Sottovalutando forse che, così facendo, si spoglia la norma giuridica della sua obbligatorietà etico-politica, anche là dove la stessa appartenga ad un ordinamento giuridico legittimo e sia emanata nel rispetto delle procedure democratiche.

<sup>57</sup> Sottolineano che «*l'idea*» di una «*applicazione illimitata*» dell'obiezione di coscienza potrebbe condurre alla «*frantumazione dell'ordinamento giuridico*»: V. POSSENTI, *L'obiezione di coscienza oggi: elementi di analisi*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, 1992, p. 166; P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, cit., 2011, pp. 403-404.

<sup>58</sup> D.M. PAPAYANNIS, *La objecion de conciencia en el marco de la razón pública*, in *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2006, p. 55.

<sup>59</sup> Sul concetto di pluralismo, per tutti: R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2017, pp. 51 ss.

<sup>60</sup> Opinione fatta propria da F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, cit., pp. 390 ss.

<sup>61</sup> D.M. PAPAYANNIS, *La objecion de conciencia*, cit., 2006, p. 81.

<sup>62</sup> Lo evidenzia F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 1/2018, p. 163.

circoscritti.

Fin quando gli obiettori rappresentano soltanto una minoranza, non in grado di compromettere il bene giuridico tutelato dall'obbligo di legge, il pluralismo ben può trovare realizzazione tramite il riconoscimento accordato all'obiezione di coscienza. Là dove «*gli obiettori diventano maggioranza (magari formando anche ben più della maggioranza assoluta, come da qualche anno avviene, in Italia, in ambito medico-sanitario rispetto all'aborto)*»<sup>63</sup>, la garanzia dell'obiezione finisce invece per minare proprio quel pluralismo che dalla stessa si vorrebbe garantito. In tal modo, insomma, si favorisce l'interesse del solo obiettore a scapito dell'interesse che fa capo a tutti gli altri consociati, e che nel caso concreto è presidiato dall'obbligo di legge. Perciò, come è stato icasticamente evidenziato, se è «*indubbio che l'obiezione costituisce un'utilissima "risorsa critica" per l'ordinamento*», è tuttavia altrettanto certo che essa porta con sé il rischio «*di negare, all'atto pratico, il pluralismo e il personalismo (in capo alla "vittima" dell'obiezione) nel momento stesso in cui se ne rivendica l'applicazione (a favore, però, del solo obiettore)*»<sup>64</sup>.

Non meno problematica, infine, è l'inversione tra regola ed eccezione che è operata da chi propugna la ricostruzione dell'obiezione di coscienza in termini di diritto generale immediatamente azionabile. Infatti, il ragionamento sotteso ad una simile impostazione è che, anziché ritenere che la libertà di coscienza possa eccezionalmente limitare (peraltro solo in parte) l'esercizio del diritto che l'obbligo di legge vuole garantire, si debba all'opposto considerare «*l'obbligo giuridico come un limite all'esercizio della libertà di coscienza, di cui occorre valutare, secondo le circostanze, la legittimità*»<sup>65</sup>. È «*evidente il capovolgimento concettuale che ne risulta*». Se «*è l'obiezione, e non l'obbligo di legge, a possedere una legittimità prima facie (essendo modalità di esercizio di un diritto costituzionale, la libertà di coscienza), la natura essenzialmente derogatoria dell'obiezione svanisce: non è più l'obiezione a costituire l'eccezione; l'obiezione diviene la regola, l'obbligo imposto dalla legge il limite che in circostanze eccezionali ne circoscrive l'applicazione*»<sup>66</sup>.

Un simile opinare conduce ad una pericolosa regressione verso modelli ordinamentali in cui la distinzione tra diritto e morale è pericolosamente labile. Il rischio concreto è che «*l'autorità del diritto*» possa finire «*per dissolversi negli ideali di giustizia di ciascuno*»<sup>67</sup>.

Oltre ai presupposti da cui la suddetta tesi parte, a non poter essere condivisi sono gli esiti cui la

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>64</sup> P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, cit., 2011, pp. 403-404.

<sup>65</sup> M. GASCÓN ABELLÁN, *El estatuto jurídico de la objeción de conciencia y los problemas que plantea*, cit., p.152, parla di «*presunción iuris tantum de legitimidad constitucional para quien actúa por motivos de conciencia*». Di «*inversione dell'onere della prova*» parlano: E.A. KRISOVICH DE VARGAS, *La objeción de conciencia como derecho humano fundamental: en materia de bioética y bioderecho*, Libreria editrice vaticana, 2015, p. 106 (secondo cui «*la objeción de conciencia debe perder su trasfondo de ilegalidad más o menos consentida, produciéndose una inversión de la prueba, de modo que su legitimidad constituiría un a priori, salvo que se demuestre lo contrario caso por caso en el ámbito jurisprudencial*»); L. GUERZONI, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, in R. Botta (a cura di.), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, Giuffrè, 1991, p.192.

<sup>66</sup> Così F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, cit., p. 166.

<sup>67</sup> H. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in V. Frosini (a cura di.), *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, 1964, pp. 107 ss.

stessa conduce. Essa, da un lato, fondando il diritto all'obiezione sulla sola libertà di coscienza (clausola aperta, suscettibile di essere riempita dai contenuti più vari) e affidando al giudice il compito di ricavare dall'ordinamento i requisiti di volta in volta legittimanti le nuove ipotesi di obiezione di coscienza, pregiudica irrimediabilmente la certezza del diritto; dall'altro, assegnando una funzione *lato sensu* "istituzionale" all'obiezione di coscienza (rendendola cioè «congegno istituzionale strumentale non già solo a difendere la libertà di coscienza degli obiettori, ma anche a delegittimare la legge contro cui è diretta la loro obiezione») <sup>68</sup>, finisce per sovrapporre due piani che dovrebbero invece restare separati: quello della legittimità costituzionale dell'obiezione e quello della legittimità costituzionale della legge.

Sotto il profilo della certezza giuridica, infatti, non solo è pressoché impossibile individuare criteri idonei a circoscrivere l'ambito applicativo della libertà di coscienza <sup>69</sup>, ma è anche massimamente inopportuno lasciare al giudice il compito di decidere, di volta in volta, della legittimità o meno del comportamento obiettante.

Il giudice sarebbe tenuto a compiere un accertamento caratterizzato da notevole complessità: onde poter valutare della legittimità del rifiuto che l'obiettore oppone al precetto normativo, egli dovrebbe in particolare constatare se nel caso concreto «*la condotta è dettata da un profondo e cogente convincimento interiore, non esprime un bilanciamento di valori incompatibile con i supremi principi dell'ordinamento, non ha apportato alcun pregiudizio, o comunque un pregiudizio di minima entità, al bene giuridico tutelato dalla norma che qualifica come doveroso il comportamento rifiutato e non ha dato luogo a situazioni di irragionevole disuguaglianza*» <sup>70</sup>.

Un riscontro che, data la sua difficoltà e gli ineliminabili margini di opinabilità che sono insiti in ogni accertamento giudiziario (amplificati qui dal fatto che in gioco vi è un concetto elastico e cangiante come quello di "coscienza"), è all'evidenza suscettibile di concludersi con esiti incerti e tra loro sempre diversi: come il gatto nel famoso paradosso di Schrödinger era sospeso in uno stato indeterminato, potendo essere sia vivo che morto fino a che la scatola rimaneva chiusa, così l'obiezione di coscienza non potrebbe dirsi né legittima né illegittima fintanto che il giudice non

<sup>68</sup> Cfr., *amplius*, F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, cit., p. 167.

<sup>69</sup> Non sembrano realmente in grado di contenere le virtualità espansive della libertà di coscienza: a) né il criterio che richiede che i motivi dell'obiezione debbano riguardare la «*tutela essenziale della dignità della persona*» (V. TURCHI, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2010, p. 43, il quale afferma che i convincimenti in materia elettorale – la preferenza tra sistemi proporzionali o maggioritari – non sono motivi di coscienza idonei a legittimare l'obiezione, non avendo riguardo al valore della dignità individuale); b) né quello che si riallaccia al c.d. "principio del danno" (P. CHIASSONI, *Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State*, cit., 2016, pp. 37 ss.): l'obiezione sarebbe giustificata allorché la legge imponga obblighi nella «*sfera d'invulnerabilità degli individui*» (*space of individual inviolability*). Ciò che farebbe del diritto all'obiezione di coscienza non già un diritto "assoluto", non bilanciabile di fronte alla forza di resistenza opposta da altri diritti, bensì un diritto "relativo", suscettibile di subire limitazioni in applicazione di un principio, quello del danno per l'appunto, funzionale a distinguere le condotte idonee a formare oggetto di obiezione dalle condotte illegittime. Il primo criterio, fondandosi sul concetto di «*dignità umana*», valore evanescente e inafferrabile, potrebbe essere riempito dagli interpreti dei contenuti più vari (sull'incerto contenuto della "dignità": G. RESTA, *La dignità*, in S. Rodotà - M. Tallachini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, 2010, pp. 259 ss.; G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica*, Carocci editore, 2017); il secondo, prestandosi a molteplici letture, non sembra possa rappresentare un parametro in grado di circoscrivere adeguatamente l'ambito di applicazione della libertà di coscienza.

<sup>70</sup> Così D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, 2011, p. 267.

si pronunci al riguardo.

Manifesto lo stato di incertezza che ne conseguirebbe. A risultare seriamente menomata sarebbe la stessa funzione di orientamento che la legge è chiamata a svolgere: così come l'obiettore non sarebbe in grado di orientare consapevolmente le proprie scelte, non avendo idonei parametri alla cui stregua poter valutare se l'ordinamento gli consenta o meno di obiettare ad un determinato precetto normativo, almeno fino a che ciò non sia accertato in un'aula di giustizia; allo stesso modo il titolare del diritto garantito dalla legge non potrebbe avere alcuna garanzia che quanto la legge gli accorda in astratto gli venga poi riconosciuto in concreto<sup>71</sup>.

Tale stato di incertezza, inoltre, sarebbe suscettibile di perpetuarsi nel tempo: non essendo il nostro un ordinamento di *common law*, e non avendo quindi il precedente giurisprudenziale valore vincolante per il futuro, nulla sarebbe di ostacolo a che due giudici, chiamati in successione a pronunciarsi su casi analoghi, possano valutare diversamente la medesima obiezione, ritenendola ora legittima, ora illegittima<sup>72</sup>. Un identico caso potrebbe essere deciso, così, accordando prevalenza ora alla libertà di coscienza dell'obiettore, ora all'interesse tutelato dalla legge cui l'obiettore rifiuta di adeguarsi, a seconda che le convinzioni e la sensibilità del singolo giudice lo orientino, in quel preciso momento in cui egli emette la sentenza, in un senso o nell'altro. Ciò che condurrebbe ad una sistematica violazione del principio di uguaglianza.

D'altra parte, pure dalla funzione "istituzionale" che si vorrebbe attribuire all'obiezione di coscienza si traggono conclusioni inammissibili: a) che l'obiezione di coscienza debba ritenersi sempre dovuta e mai frutto di una libera scelta del legislatore; b) che la legge che la preveda sarebbe quindi sempre costituzionalmente legittima e quella che non la preveda, viceversa, sempre incostituzionale; c) che se il legislatore emana una legge senza ivi prevedere l'imprescindibile diritto all'obiezione di coscienza, chi obietta, perciò, lo farebbe automaticamente nei confronti di una legge costituzionalmente illegittima.

Che la scelta del legislatore di inserire una clausola di coscienza debba sempre ritenersi obbligata, anziché frutto di una valutazione discrezionale dello stesso, è affermazione che non risponde alla realtà: ciò si verifica in alcuni casi (così, ad esempio, l'inserimento nella legge sull'aborto di una clausola di coscienza, almeno quando la legge fu emanata, venne considerata una scelta vincolata da parte del legislatore), ma non in tutti<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Con buona pace della c.d. "certezza del diritto", cioè a dire della possibilità per il singolo di conoscere con sicurezza ciò che la legge detta e fare così affidamento su di essa (Corte Cost. n. 349/85, in *Giust. Cost.*, p. 659; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto*, *Enc. Giur.*, Treccani, 1993).

<sup>72</sup> Come ha evidenziato la Corte Cost. (v. D. PULITANÒ, *Nota introduttiva, Titolo I, Libro I*, in G. Forti - S. Seminara - G. Zuccalà (diretto da), *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2017, p. 3), persino "l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore essenzialmente persuasivo, e può essere disatteso in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica".

<sup>73</sup> Così, ad esempio, era quantomeno dubbio che si potesse ritenere una scelta obbligata quella di inserire una clausola di coscienza nell'ambito della legge sulla procreazione medicalmente assistita, considerato che questa legge: «disciplina l'applicazione di tecniche finalizzate alla procreazione e non alla soppressione della vita umana; prevede (rectius prevedeva, prima della sua parziale riscrittura ad opera della Corte costituzionale) una tale quantità di divieti che lo spazio di esercizio dell'obiezione, se vi era, appariva davvero residuo; riconosce irrazionalmente l'obiezione anche al personale medico che eserciti in strutture private che hanno come finalità esclusiva quella di provvedere proprio alla pratica della PMA» (v. *amplius* F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, cit., pp. 172 ss.). Lo stesso è a dirsi per la clausola di coscienza che è contenuta nella legge sulla sperimentazione animale (L. 413/1993). Per quanto «sia innegabile che la tutela della vita e della salute degli animali [...] possa trovare fondamento



Altrettanto errata è la corrispondenza che si vorrebbe instaurare tra legittimità costituzionale della legge e previsione della clausola di coscienza che consente l'obiezione: l'idea che la legge debba ritenersi sempre costituzionalmente illegittima, in tutti i casi in cui essa non conceda all'obiettore la facoltà di astenersi dal comportamento imposto, è frutto di una presunzione che non trova riscontro nella realtà delle cose.

Casomai, dovrà valutarsi attentamente, di volta in volta, se il diritto di obiezione possa ritenersi effettivamente dovuto e, conseguentemente, valutando la posta in gioco, se si renda opportuna una declaratoria di incostituzionalità del testo di legge che non lo prevede.

### 3.4. Conclusioni sulla portata del diritto all'obiezione di coscienza nel sistema.

Stando così le cose, se non si vuole arrivare a negare il fondamento costituzionale della libertà di coscienza e, di conseguenza, la giuridicità del conflitto che si anima tra coscienza del singolo e norma di legge, si deve riconoscere che la soluzione più equilibrata resti quella di garantire l'operatività del diritto all'obiezione di coscienza solo nei casi in cui sussista un'espressa interposizione del legislatore che ne detti tempi, forme e modi di estrinsecazione<sup>74</sup>.

Solo la legge, infatti, può adeguatamente «*soppesare costi e benefici, individuare i modi con i quali sondare la veridicità delle opzioni di coscienza, proteggere i diritti costituzionali dei singoli dalla "dittatura" di coscienze altrui, stabilire fino a qual punto l'obiezione possa liberamente spingersi senza mettere in pericolo la stessa tenuta dell'ordinamento, prescrivere prestazioni alternative che rimarchino la non contestata appartenenza sociale del soggetto obiettante e la genuinità delle sue scelte*»<sup>75</sup>, nonché «*farsi carico delle conseguenze dell'esercizio dell'obiezione di coscienza sulle finalità perseguite dalla legge e delle possibili situazioni di disuguaglianza che possono presentarsi a seguito del suo riconoscimento*»<sup>76</sup>.

Al contrario, l'idea che le aule di giustizia possano essere considerate il luogo più adatto per accertare la legittimità di un'obiezione di coscienza e occuparsi di realizzare il più equo contemperamento tra gli interessi in conflitto (quelli facenti capo all'obiettore e quelli propri del soggetto garantito dalla legge) non sembra poggiare su argomentazioni solide e razionali, quanto piuttosto su una radicata e del tutto eccessiva sfiducia nei confronti del legislatore, cui fa da contraltare un altrettanto irrazionale affidamento nella magistratura<sup>77</sup>.

---

*costituzionale, non sembra che essa goda di un riconoscimento così elevato da rendere costituzionalmente dovuta la previsione dell'obiezione per chi rifiuti, persino nell'ambito di centri di ricerca privati, di praticare la sperimentazione» (v. amplius D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 309 ss.).*

<sup>74</sup> Come costantemente affermato dalla Corte costituzionale, occorre quindi un'interposizione legislativa che discerna da caso a caso e bilanci gli interessi e i diritti confliggenti dei soggetti coinvolti (cfr., *ex plurimis*, le sentenze n. 422/1993, n. 467/1991, n. 409/1989, n. 164/1985, n. 117/1979, n.58/1960).

<sup>75</sup> Così anche P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 404, il quale tuttavia si mostra incline ad ammettere «*che, in ipotesi assolutamente residuali ed eccezionali, il diritto all'obiezione di coscienza possa essere rilevato dal giudice (ai sensi [...] dell'art. 51 c.p., nonché degli artt. 10 e 52 della Carta dei diritti fondamentali) o dalla Corte costituzionale (ad es., nel quadro di un giudizio di uguaglianza e ragionevolezza, oppure nelle ipotesi in cui concretamente si riscontri la mancata garanzia del "nucleo essenziale" della libertà in discorso)*».

<sup>76</sup> D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 312 ss.

<sup>77</sup> Tale impostazione sembra dimenticare che il legislatore, nel legiferare, incontra limiti cui il giudice non va incontro. E che le leggi, a differenza delle statuizioni giudiziarie, sono poi sempre suscettibili di essere sottoposte ad un penetrante controllo di costituzionalità. Il fine dei «*limiti che il legislatore deve incontrare*» e dei «*controlli sulle leggi*» è proprio quello di assicurare «*che, nella formazione del diritto, la graduazione*

Difatti, per quanto sia ormai pacifico che il compito del giudice non possa ridursi ad una meccanica applicazione della norma di legge (*ius dicere*), ma presupponga necessariamente un momento d'interpretazione volto a specificare, precisare e, se del caso, integrare il contenuto della stessa (attività che comunque deve essere contenuta entro limiti circoscritti, per non sfociare in un'attività creatrice del diritto, piuttosto che interpretatrice)<sup>78</sup>, sembra «davvero eccessivo riconoscere al giudice il compito di dichiarare, quando ve ne siano i presupposti, ciò che il diritto dice – l'obbligo di legge – e, insieme, il suo contrario – la condotta obiettorica – così legittimando l'esenzione dagli obblighi stabiliti dalla legge»<sup>79</sup>.

#### 4. La L. n. 219/2017 e la mancata previsione del diritto all'obiezione di coscienza.

Ciò detto, siamo a questo punto in condizione di rispondere agli interrogativi che si erano posti in apertura. Come si è già evidenziato, la L. n. 219/2017 non pare accordare espressamente all'operatore sanitario alcun diritto di obiezione.

È vero infatti che «in ogni caso, in presenza di richieste illegittime (come quelle di segno eutanastico) o non supportate da risultati sperimentali (come per il metodo Stamina) il testo è chiaro nel tutelare l'autonomia del medico tesa a rifiutare la richiesta di trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»<sup>80</sup>, ma è altrettanto indubbio che tale facoltà di rifiuto poco o nulla abbia a che vedere con l'obiezione di coscienza vera e propria<sup>81</sup>.

Inoltre, il tentativo compiuto da una parte della dottrina di ravvisare nel testo di legge un riconoscimento diretto del diritto all'obiezione di coscienza, estrapolabile dal rinvio che l'art. 1, comma 6, fa alle norme deontologiche, non sembra possa essere condiviso. Ritenere, come taluno ha fatto, che il rinvio alle norme deontologiche, tra cui anche all'art. 22 del codice deontologico<sup>82</sup>,

---

*e la composizione degli interessi avvenga in conformità a criteri ed a canoni obiettivi». Ciò «vale in special modo per le democrazie pluraliste e per le società politicamente non omogenee, nelle quali più si presenta il pericolo di un nuovo feudalesimo, giacché alcune concentrazioni di interessi particolari, venendo meno al dovere di lealtà tra i gruppi, potrebbero – se non incontrassero dei limiti e delle efficaci reazioni – sovvertire l'equilibrio sociale ed imporre la loro visione ideologica della realtà» (come osservava già T. MARTINES, *La democrazia pluralista*, in *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, 2000, p. 251)*

<sup>78</sup> L'idea che la giurisprudenza possa svolgere una funzione creativa è infatti da osteggiare. Condivisibili sul punto sembrano le considerazioni di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, pp. 13 ss. L'Autore, muovendo dalla premessa che «gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità», critica, non senza fondamento, «i molti orientamenti teorici e dottrinari – kelseniani, post-kelseniani, ermeneutici, principialisti, neopandettisti, realisti – che contribuiscono ad allargare ulteriormente tali spazi, fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione e perciò il declino della soggezione dei giudici alle leggi sulla quale si fonda la legittimazione del potere giudiziario».

<sup>79</sup> F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, cit., p. 178.

<sup>80</sup> Come osserva C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, cit. p. 2.

<sup>81</sup> Così anche B. LIBERALLI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017, pp. 1 ss.; D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018, pp. 31 ss.

<sup>82</sup> Che, nella sua formulazione attuale, così recita: «il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave ed immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della

che contiene una clausola di coscienza generalissima tale da poter consentire al medico di rifiutare qualsiasi intervento gli venga richiesto, possa effettivamente rappresentare la base normativa del diritto del medico all'obiezione di coscienza, è soluzione che conduce a risultati pratici irragionevoli e finanche aberranti.

Non sembra ragionevole pensare, difatti, che il legislatore possa aver scientemente deciso di accordare ad un'intera categoria (quella dei medici) la facoltà di scegliere se, ed eventualmente in che misura, attuare le disposizioni di legge, ovvero che possa aver voluto autorizzare l'intera classe medica a rispettare la legge se, e nella misura in cui, essa si presenti conforme alla coscienza di ciascuno dei suoi membri.

A seguire questa interpretazione «*si giungerebbe infatti al paradosso per cui, attraverso una disposizione di carattere generale come l'art. 1, c. 6, secondo periodo, la legge avrebbe consentito all'ordine professionale dei medici di autoesentarsi dall'attuazione della nuova legge, alle condizioni da esso stabilite nel codice deontologico*»<sup>83</sup>. Con il che verrebbe ad essere stravolta la stessa gerarchia delle fonti, dovendo essere eventualmente la legge a delimitare l'ambito di validità delle norme deontologiche, e non il contrario<sup>84</sup>.

Sembra soluzione obbligata, quindi, quella di ritenere che l'art. 1, comma 6, abbia semplicemente voluto accordare al medico la possibilità di rifiutare una prestazione allorquando questa si presenti contraria ai criteri oggettivi dell'*ars medica*, ma non quando la stessa risulti contraria alle proprie convinzioni filosofiche, religiose, etiche o morali.

Non c'è dato sapere con certezza se una tale omissione sia il frutto di una scelta consapevolmente orientata a garantire l'incontrastata validità della disciplina dettata, ovvero se essa sia soltanto l'infelice conseguenza della scadente tecnica di redazione dei testi di legge che, ormai da diversi anni, contraddistingue l'operato del legislatore<sup>85</sup>.

Considerati comunque i precedenti tentativi di disciplina<sup>86</sup>, in cui la non vincolatività per il

---

*prestazione*».

<sup>83</sup> D. PARIS, *Legge sul consenso informato*, cit., p. 33.

<sup>84</sup> Non sembra, dunque, che possa condividersi l'opinione di L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Giappichelli, 2018, § 3.10, per il quale il secondo periodo del comma 6, art. 1 – «*Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*» – deve interpretarsi nel senso che «*il riconosciuto diritto del medico "di non avere obblighi professionali" è scontato se le richieste sono riferite a trattamenti contra legem, discutibile se le richieste sono contrarie alla deontologia professionale e si traduce in obiezione se i trattamenti sanitari richiesti sono suscettibili di essere considerati in forza dell'art. 22 del codice deontologico o considerati in base al valore non solo scientifico, ma anche morale che questi rappresentano*».

<sup>85</sup> E che, come visto, sembra comunque aver fatto ingresso anche nel presente testo di legge: nella formula, «*non felice, che equipara legge e fonti deontologiche*» (S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit.). Invero, come si è osservato, e come aveva rilevato pure U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, cit., p. 3, «*il rinvio al codice deontologico come se fosse un testo di legge pare quantomeno poco opportuno, stante il rischio di equipararlo ad una fonte primaria, con la conseguenza che l'espressione dell'autodeterminazione del paziente possa essere limitata da vincoli non determinati e chiaramente fissati in legge*».

<sup>86</sup> Si veda il c.d. "progetto Calabrò", tra i disegni di legge in materia di "direttive anticipate di trattamento", quello che più si era avvicinato all'agognato traguardo dell'entrata in vigore. Per un commento generale a tale d.d.l., *ex multis*: C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. Cavino - C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, 2012; con particolare attenzione ai risvolti penalistici

medico delle indicazioni del paziente era indicata a chiare lettere (lo stesso termine impiegato nei precedenti disegni di legge – “dichiarazioni”, anziché “disposizioni” – era sintomatico del fatto che esse non dovessero considerarsi cogenti per il medico), e l’esperienza maturata con la legge sull’aborto, la cui operatività risulta oggi pressoché vanificata dal riconoscimento ivi accordato all’obiezione di coscienza, sembra ragionevole ipotizzare che si sia trattato di una scelta consapevole, frutto di attenta e ponderata riflessione.

#### 4.1. La Legge n. 219/2017 è costituzionalmente legittima?

Se così è, se ne deve inferire che la legge non accordi al medico alcun diritto di obiezione e che la possibilità per lo stesso di obiettare legittimamente dipenda unicamente da quella che si ritiene essere la portata del riconoscimento che la Costituzione accorda all’obiezione di coscienza.

Là dove si ammetta che la Carta fondamentale riconosce il diritto all’obiezione di coscienza, e soprattutto ne sancisce l’immediata azionabilità, nulla si potrebbe opporre, invero, a che il giudice possa valutare di volta in volta la legittimità del comportamento obiettante, anche nel silenzio del legislatore sul punto (v’è comunque da rilevare che, anche se ci si pone in quest’ordine di idee, risulta quantomeno dubbia la possibilità di applicare analogicamente al caso di specie la disciplina dettata per le altre ipotesi di obiezione attualmente codificate, e in special modo quella prevista per l’aborto)<sup>87</sup>.

Viceversa, se si ammette il fondamento costituzionale del diritto all’obiezione di coscienza, ma si riconosce altresì la necessità di una interposizione del legislatore che ne specifichi contenuto e limiti, come sembra opportuno fare, si deve concludere che al medico non residui alcuna legittima possibilità di obiezione e che, al più, si possa valutare l’ammissibilità e l’opportunità di un intervento del legislatore o della Corte costituzionale volto a colmare la lacuna.

Se un’interpolazione del testo di legge ad opera del legislatore è certamente possibile, un intervento della Corte costituzionale volto a dichiarare costituzionalmente illegittima la L. n. 219/2017, nella parte in cui non prevede l’obiezione di coscienza del medico, per violazione degli artt. 2, 3, 13, 19 e 21 Cost. (presi isolatamente o nel loro rispettivo combinarsi), ammissibile in astratto, potrebbe non esserlo in concreto. Escluso ogni automatismo (per le ragioni già illustrate si deve escludere che l’illegittimità costituzionale della legge, per non aver enucleato la clausola di coscienza, possa discendere automaticamente dal rilievo costituzionale attribuito all’obiezione), occorrerà verificare se in questo specifico caso la previsione dell’obiezione di coscienza si presentasse come costituzionalmente dovuta, piuttosto che come l’esito di una libera scelta del legislatore. Ciò che, come abbiamo visto (*supra*, par. 3.3.3.), non sempre accade.

AmMESSO poi che sia così, che cioè la previsione dell’obiezione di coscienza si ponga qui come

---

delle disposizioni in esso contenute, M. PELISSERO, *La legge in itinere in Parlamento e i suoi aspetti penalistici: il ritorno allo Stato etico e alla pubblicizzazione dei beni giuridici individuali*, in D. Carusi - S. Castignone - G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, 2011.

<sup>87</sup> Invero, come rileva F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, cit., p. 176, «se, da un lato, pare indubbio che la richiesta del paziente di rifiutare o di interrompere un trattamento possa determinare un contrasto con le ragioni di coscienza del medico, potendo derivare dal rispetto della volontà del paziente in certi casi anche la sua morte, d’altro lato è altrettanto innegabile che, diversamente dal caso dell’aborto, rispettare la volontà del paziente non significhi procurare un danno irreversibile a qualche soggetto terzo (com’è il concepito), bensì dare seguito a una scelta autonoma del paziente che si assume la responsabilità delle conseguenze della sua richiesta sulla propria vita».

condizione necessaria della non illegittimità costituzionale della legge, occorrerà comunque valutare la necessità di un simile intervento ortopedico, che esso avvenga ad opera del legislatore o del Giudice delle leggi. Non è infatti escluso che, prima ancora di vagliare l'opportunità di un'eventuale modifica della legge in questione, la libertà di coscienza dei professionisti chiamati ad attuare le direttive del paziente possa già trovare adeguata tutela nelle «*normali regole organizzative delle strutture sanitarie*»<sup>88</sup>.

Anche perché, sebbene nelle moderne società pluralistiche si tenda a considerare l'obiezione di coscienza come un diritto da salvaguardare, il suo riconoscimento, se non disciplinato adeguatamente nelle sue imprescindibili modalità di estrinsecazione<sup>89</sup>, come ci insegna l'esperienza maturata con riferimento all'aborto (garantito per legge, ma reso pressoché impraticabile dal fatto che oltre il 70% dei medici si dichiara attualmente obiettore di coscienza)<sup>90</sup>, può tradursi nella radicale vanificazione delle finalità per cui la legge viene emanata.

Mutuando il pensiero che fu di Stefano Rodotà, sembra quindi che l'obiezione di coscienza sia un istituto cui dover guardare con un certo scetticismo e, forse, persino con una punta di disfavore, poiché, nell'attuale realtà politica italiana, il rischio che si corre è che il promovimento indiscriminato di una «*pericolosa cultura dell'obiezione*» possa «*sostituire la tavola dei valori costituzionali con una diversa, strettamente dipendente dall'adesione a un credo*» individuale<sup>91</sup>, in aperto contrasto con il canone aureo che dovrebbe informare ogni regime liberal-democratico, ovvero che «*la libertà [anche quella di coscienza] incontra il limite delle libertà altrui*»<sup>92</sup>.

## **5. Obiezione di coscienza e diritto penale: le conseguenze giuridiche di un'obiezione contra legem.**

A questo punto non ci rimane che analizzare le conseguenze che, sullo specifico terreno del diritto penale, si riconnettono ad una obiezione *contra legem*<sup>93</sup>, quale dovrebbe ritenersi, sulla base di quanto si è precedentemente osservato, quella eventualmente posta in essere dal medico che decida di obiettare nei confronti della L. n. 219/2017.

### **5.1. La natura del precetto imposto dalla L. n. 219/2017.**

Prima di poter scendere nell'analisi di tali conseguenze, però, si rende opportuno un chiarimento. Occorre stabilire, in particolare, quale sia la natura del precetto contenuto nella L. n. 219/2017,

<sup>88</sup> Lo evidenzia D. PARIS, *Legge sul consenso informato*, cit., pp. 34-35.

<sup>89</sup> Compito cui solo il legislatore, e talvolta neppure lui, è in grado di assolvere. Come osserva P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 408., sono infatti «*le modalità e il lassismo con i quali la legge n. 194 disciplina l'obiezione del personale coinvolto nelle procedure abortive*» che stanno «*agevolando il vero e proprio boicottaggio politico della legge, oltre che l'immeritata tutela di opzioni personali che con la libertà di coscienza hanno verosimilmente poco a che vedere*».

<sup>90</sup> Si pensi che l'obiezione dei ginecologi raggiunge le vette dell'85,6% nel Lazio, dell'84,1% in Basilicata, dell'83,9% in Campania, dell'83,5% in Sicilia (dati estrapolati da P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 408).

<sup>91</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Laterza, 2010, pp. 32 ss.

<sup>92</sup> È lo stentoreo monito di V. CRISAFULLI, *Di libertà si può anche morire*, in V. Crisafulli (a cura di), *Stato, popolo, governo*, Giuffrè, 1985, p. 319.

<sup>93</sup> Impieghiamo il termine "obiezione *contra legem*", lo ricordiamo, semplicemente per evidenziare la situazione in cui l'obiezione non è prevista espressamente da una norma di legge ordinaria (obiezione *secundum legem*), che non vi è cioè alcuna legge che accordi espressamente un diritto all'obiezione e che ne detti condizioni, tempi e modalità di esercizio.

nei confronti del quale il medico solleva la sua obiezione: si tratta di un comando (che impone un comportamento attivo, che può essere omesso), di un divieto (che vieta di tenere un certo comportamento ed impone al soggetto cui si rivolge, perciò, un'astensione), ovvero di un precetto a natura variabile che deriva il suo contenuto dalla statuizione contenuta nella DAT (comando se il paziente esige un determinato trattamento o la sua interruzione; divieto se esso rifiuta una terapia, imponendo al medico di astenersi dal tenere un certo contegno)?

La predetta legge (all'art. 1, comma 6) statuisce che «*Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo*», nonché (all'art 4, comma 5) che, «*fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT*». Così facendo, essa sembra prestarsi a più di una lettura.

Escluso per ovvie ragioni che la suddetta legge possa imporre soltanto un'astensione (tale lettura sarebbe incompatibile col dato testuale), sembrano plausibili almeno due delle interpretazioni prospettate: a) da un lato, potrebbe ritenersi che essa comandi al medico sempre e soltanto di tenere un comportamento attivo, che si sostanzia nel «*rispettare la volontà espressa dal paziente*» nella DAT (indipendentemente da quello che poi sarà il contenuto concreto della stessa)<sup>94</sup>; b) da altro lato, si potrebbe argomentare che il contenuto del precetto dettato dalla stessa muti al variare del contenuto concreto della DAT, atteggiandosi come un divieto, laddove il paziente rifiuti taluni trattamenti imponendo al medico un "non fare", e come comando, là dove esso richieda l'interruzione di un terapia già in atto o il compimento di una determinata prestazione.

La faccenda va risolta, trattandosi di questione non scevra di risvolti pratici. Difatti, se si accoglie la prima delle due interpretazioni prospettate, l'obiezione compiuta dal medico, il quale "ometta" di «*rispettare la volontà espressa dal paziente*», qualunque essa sia, sarebbe sempre un'obiezione di coscienza negativa. Diversamente, ove si acceda alla seconda interpretazione, la natura dell'obiezione muterebbe al variare della concreta statuizione contenuta nella DAT, potendo essere positiva o negativa a seconda che il paziente imponga al medico di tenere un comportamento attivo od omissivo.

Delle due possibili tesi, la seconda sembra essere quella più corretta dal punto di vista dommatico. Da un lato, è ragionevole ipotizzare che il legislatore, nell'imporre al medico il «*rispetto delle DAT*», abbia inteso elevare al rango di norma di legge le volontà manifestate dal paziente, sicché, in definitiva, sono queste ultime a dover assumere un peso preponderante ai fini dell'individuazione della natura del precetto non ossequiato dal medico. Dall'altro, essa sembra cogliere meglio un incontestabile dato di realtà, che aderendo all'opposta ricostruzione si finirebbe per mettere in ombra: ovvero, che all'imposizione arbitraria di un trattamento medico, realizzata mediante un comportamento naturalisticamente attivo dell'operatore sanitario, vi è sotteso un disvalore ben diverso da quello che connota una semplice omissione<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> Così opinando, il medico che obietta assumerebbe sempre un contegno omissivo (omettendo di «*rispettare la volontà espressa dal paziente*»), anche nelle ipotesi in cui tale omissione gli imponga di tenere una condotta attiva (ad esempio, se il paziente ha rifiutato nella DAT di essere intubato, il medico realizzerebbe un'omissione – non «*rispettando la volontà espressa dal paziente*» – anche là dove decida di sottoporre il paziente, contro la sua volontà, a tale trattamento).

<sup>95</sup> La dottrina contemporanea tende a parificare i reati di azione e di omissione (gli Autori che si ispirano all'utilitarismo e al consequenzialismo, in particolare, assumono il principio di «*assoluta simmetria morale*» tra agire ed omettere, ritenendo l'atto diretto ad uccidere equipollente all'omissione dell'atto in grado di salvare: così, ad es., J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Giappichelli, 1989,

## 5.2. Natura dell'obiezione di coscienza e contenuto concreto della DAT.

Se ci si pone in quest'ordine di idee, si dovranno diversificare le conseguenze penali che discendono dall'obiezione eventualmente posta in essere dal medico in ragione del contenuto che assume la DAT. Infatti, se essa impone sempre al medico di tenere un certo contegno, il contenuto concreto dell'imposizione può variamente atteggiarsi, potendo il paziente imporre al medico: a) un'astensione; b) l'interruzione di una terapia in atto o il divieto di proseguirla; c) l'esecuzione di un trattamento specifico.

Prima, però, occorre avere ben chiaro che individuare una qualificazione penale della condotta posta in essere dal medico è un'operazione che va incontro a significative difficoltà, per superare le quali si è spesso costretti a ricorrere a soluzioni "di fortuna", con il rischio di forzare il dato testuale e la struttura delle fattispecie di volta in volta considerate, piegandole ad esigenze di tutela ben diverse da quelle per le quali erano state originariamente concepite. Un approccio che non può ritenersi del tutto appagante, ma che risulta ineludibile se, almeno *de iure condito*<sup>96</sup>, si vuole

---

pp. 120 ss.). A ben guardare, però, azione e omissione, «*per quanto accomunate dall'esprimere entrambe una libera, non necessitata, esternazione della persona nel mondo, [...] differiscono profondamente tra loro*» (lo evidenzia M. RONCO, *Commentario al codice penale. Il reato*, I, Zanichelli, 2007, p. 118 ss.). Anzitutto, perché l'azione postula un divieto, là dove l'omissione è concepibile soltanto in presenza di un comando. In secondo luogo, ed è questa la principale differenza tra azione e omissione, che si coglie «*sul piano ontico/psichico*», poiché «*la violazione del divieto postula l'esplicarsi dell'energia psichica versus la causazione del risultato contrario al diritto*», mentre «*nel caso di violazione del comando [...] al destinatario è richiesto il dispiegamento dell'energia psichica versus la realizzazione positiva di un risultato conforme al diritto*». Donde la conclusione che sarebbe lo stesso «*nucleo di disvalore dell'atteggiamento psichico inerente alle due condotte*» ad essere radicalmente «*diverso*», in quanto «*violando il divieto il soggetto è psichicamente attivo versus la causazione dell'offesa, mentre violando il comando è psichicamente inerte versus la promozione del bene giuridico*». Del resto, che azione ed omissione abbiano una differente pregnanza assiologica trova conferma nel fatto che un ordinamento quale quello tedesco, che tende a privilegiare l'etica dell'intenzione piuttosto che l'etica del risultato, abbia previsto nel c.p. del 1975 una diminuzione facoltativa di pena in caso di reato omissivo improprio. Come sottolineano F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, 2013, p. 86, «*al fondo di questa scelta sta evidentemente la convinzione che vi può essere [...] una minore colpevolezza nel comportamento omissivo rispetto alla condotta attiva-commissiva. Chi agisce, cioè chi compie un'azione positiva, assume una posizione attiva: nella psiche dell'agente il processo di determinazione trova uno sbocco ineliminabile nel momento del "passaggio all'atto". Si tratta, cioè, di un impulso attivo della volontà che "impegna" la psiche del soggetto in modo molto più "coinvolgente" di quanto accade nella decisione di non agire. La condotta omissiva si caratterizza invece per la mancanza di tale impulso attivo della volontà e, naturalisticamente, sfocia in una inerzia, in una condizione passiva, che viene considerata indice di un diverso, minore grado di colpevolezza*».

<sup>96</sup> Diverso il discorso in una prospettiva *de iure condendo*. La gran parte degli Autori rileva, a ragione, che sarebbe quantomai opportuna l'introduzione di un'apposita fattispecie incriminatrice che sanzioni l'attività medica o chirurgica posta in essere contro la volontà del paziente (auspicano l'introduzione di una fattispecie *ad hoc, ex multis*: A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 78, n. 49, che, pur con qualche cautela, attribuisce all'innovazione normativa anche un ruolo di orientamento culturale «*considerato quanto ancora sia radicata la propensione, in una parte cospicua della classe medica (e della magistratura), per una visione paternalistica del rapporto terapeutico*»; A. MANNA, *Il trattamento sanitario arbitrario*, in A. Manna (a cura di), *Reati contro la persona*, II, Giappichelli, 2007, p. 631; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, p. 80, che propone l'introduzione di una fattispecie strutturalmente simile alla violenza privata, con equiparazione alla violenza della «*imposizione arbitraria di terapie mediche (o*

fornire una tutela effettiva ad alcuni fondamentali diritti del paziente, che spesso trovano fondamento direttamente nella Costituzione (così, ad esempio, il diritto di rifiutare le cure)<sup>97</sup>. Ciò chiarito, non ci resta che procedere ad una rassegna delle fattispecie incriminatrici che potrebbero venire in rilievo, con la consapevolezza che una tale rassegna, per quanto completa, non potrà mai dirsi esaustiva, potendo la concreta realtà dimostrare che anche fattispecie da noi tralasciate sono in grado di trovare applicazione nel caso di specie.

Orbene, considerato che come si è ripetutamente evidenziato l'obiezione di coscienza può essere soltanto negativa, là dove il medico dovesse "obiettare" nei confronti della disposizione data dal paziente (e contenuta nella DAT) di astenersi dal tenere un determinato contegno, compiendo l'azione che gli era preclusa (intubando il paziente che aveva rifiutato tale trattamento, sottoponendo il paziente alla trasfusione che questi aveva respinto, ecc.), si verrebbe a configurare, a nostro avviso: a) sempre<sup>98</sup> e comunque<sup>99</sup> il reato di violenza privata di cui all'art.

---

*di sostegno vitale) contro la volontà del paziente»; F. GIUNTA, Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, p. 120).*

<sup>97</sup> Come rileva A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, p. 1436, apparirebbe paradossale, «nel quadro di un sistema repressivo notoriamente afflitto da ipertrofie e penalizzazioni "a tappeto", il rischio di un vuoto di tutela rispetto ad un diritto di rilevanza costituzionale, quale appunto quello di rifiutare le cure».

<sup>98</sup> Sono note le perplessità che una parte della dottrina esprime nei riguardi di un possibile inquadramento nell'ambito dei delitti contro la libertà morale della condotta medica posta in essere in assenza del consenso informato del paziente (*ex multis*: F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, pp. 162 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici; M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome "in cerca di un nome" e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, p. 414, che propone una qualificazione in termini di sequestro di persona). Tali perplessità, però, risultano fortemente ridimensionate con riferimento ai casi in cui si agisca nonostante un esplicito dissenso del paziente (F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 162). Ogniquale sia possibile individuare una «contenzione fisica» (e quindi una condotta violenta) strumentale alla coazione del paziente a tollerare un trattamento indesiderato sul proprio corpo, la configurabilità di un fatto tipico di violenza privata non pare possa essere revocata in dubbio (così, ad esempio, nell'ipotesi di emotrasfusione imposta ad un testimone di Geova). Tale conclusione sembra essere stata recepita anche dalla più recente giurisprudenza di merito. Si veda, in particolare, il caso deciso dal Tribunale di Termini Imerese (30 maggio 2018, Ud. 6 aprile 2018, n. 465), che vedeva per protagonista una donna, testimone di Geova, costretta a subire una emotrasfusione che aveva espressamente rifiutato, facendo altresì allegare in cartella clinica le proprie disposizioni anticipate di trattamento: il Tribunale ha ritenuto di dover condannare il medico, che aveva praticato coattivamente l'emotrasfusione, nonostante il rifiuto opposto dalla paziente, per il reato di cui all'art. 610 c.p.

<sup>99</sup> Il reato in questione, secondo alcuni (F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., pp. 162 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 69), non verrebbe in rilievo nei casi in cui il medico profitti del sopravvenuto stato di incoscienza del malato. In questa prospettiva, che è stata sostenuta prima che le direttive anticipate di trattamento ricevessero una compiuta disciplina giuridica e che risultava suffragata dalla circostanza che nell'ambito dell'art. 609 bis c.p. l'ipotesi della «violenza volta a costringere» è tenuta distinta dall'«*approfittamento di una situazione di incapacità*», ad opporsi all'applicabilità dell'art. 610 c.p. sarebbe stato, essenzialmente, il concetto di "costrizione". Difatti, indipendentemente da quel che si decide di sostenere in ordine all'elemento della "violenza", la necessità che questa produca una coazione nel soggetto passivo presupporrebbe, in ogni caso, una partecipazione cosciente di quest'ultimo. La tesi non coglie nel segno e sembra confondere situazioni differenti: quella in cui il medico esegua un trattamento senza che l'interessato vi abbia specificamente consentito o dissentito (talché, là dove il paziente sia incosciente, il dissenso sarebbe soltanto presumibile); con quella in cui il paziente abbia manifestato, quando ancora era cosciente, un esplicito dissenso al trattamento praticato dal medico, dissenso che è stato mantenuto fermo



610 c.p. (delitto dotato «di un elevato grado di flessibilità che lo rende particolarmente idoneo ad essere utilizzato come strumento di repressione»<sup>100</sup>; b) se dalla sottoposizione al trattamento rifiutato deriva la morte del paziente, il reato di omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p. (se si ritiene che la morte sia conseguenza di una lesione personale dolosa)<sup>101</sup> o, altrimenti, un omicidio colposo<sup>102</sup> ex art. 589 c.p. (sempre che, ovviamente, sia ravvisabile la «colpa» in capo all'operatore sanitario); c) se il trattamento è invasivo, ma determina un miglioramento delle condizioni di salute del paziente, una eventuale responsabilità a titolo di lesioni colpose o dolose<sup>103</sup>.

Si tratterebbe, infatti, di un caso di “obiezione di coscienza” positiva, che anche là dove si voglia riconoscere all'obiezione di coscienza il rango di diritto costituzionalmente garantito e immediatamente azionabile, non potrebbe giammai ritenersi tutelata dall'ordinamento.

A conclusioni diverse si deve pervenire, invece, laddove il medico decida di astenersi a fronte: a) dell'obbligo di eseguire un trattamento specifico imposto dalla DAT (a meno che non si tratti di trattamento contrario «a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»<sup>104</sup>, ovvero la DAT appaia «palesamente incongrua o non corrispondente alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»); b) del divieto di proseguire un trattamento o dell'obbligo di interrompere il trattamento già in atto, sempre contenuti nella DAT, richiedendosi al medico, in entrambi i casi, una condotta

---

e non revocato prima del verificarsi della situazione che ha dato luogo allo stato di incoscienza. L'attualità del consenso, invero, non va valutata in un'accezione meramente e necessariamente cronologica, bensì in senso logico: «attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione» (come rileva F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali ed implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 380). Conseguenza da ciò che, se un esplicito dissenso sussiste ed è attuale, sarebbe del tutto illogico negare l'applicabilità del reato di cui all'art. 610 c.p. soltanto in ragione del fatto che, nel momento in cui il medico pratica il trattamento rifiutato dal paziente, questi si trovi in stato di incoscienza.

<sup>100</sup> Lo evidenzia F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, I, Milano, 2002, p. 39, il quale, però, si impegna nel tentativo di individuare un concetto di «violenza» più restrittivo di quello accolto da dottrina e giurisprudenza prevalenti.

<sup>101</sup> Cass. Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, Massimo, CED 190113.

<sup>102</sup> Tra le altre: Cass. Sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521, Huscher, CED 249818; Cass. Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, Barese, CED 222579.

<sup>103</sup> In simili ipotesi la Cassazione ha parlato di «esito fausto» ed ha escluso la configurabilità del delitto di lesioni personali dolose, lasciando qualche spazio – «in termini alquanto confusi» (come rilevato da G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, 2018, p. 291) – per una responsabilità a titolo di lesioni colpose (Cass. Sez. Un. 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, CED 241752). Le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite nella sentenza “Giulini” sono state ribadite dalla Suprema Corte anche di recente (cfr. Cass. Sez. V, 24 novembre 2015, n. 16678, Crotti, CED 266864). Rispetto all'arresto delle Sezioni Unite nel caso Giulini, però, si è pronunciata in senso difforme Cass. Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, Petretto, CED 247341. La Cassazione, nella anzidetta pronuncia, ha affermato che, se il trattamento (nel caso di specie si trattava di un intervento chirurgico) «è stato posto in essere nella piena coscienza dell'esplicito dissenso del paziente [...], deve ravvisarsi non solo la imprescindibile volontà di incidere sulla incolumità individuale, che è il bene protetto dalla norma, attraverso la necessaria e propedeutica lesione strumentale chirurgica, ma anche quella peculiare di procurare – quanto meno sotto il profilo della preventiva accettazione del rischio della sua verifica – il consequenziale evento dannoso finale». Ne deriva che quest'ultimo evento «va, quindi, imputato a titolo di dolo, non di colpa».

<sup>104</sup> Formula da interpretare restrittivamente, nel senso già precisato (v. par. 4).

attiva<sup>105</sup> che può da questi essere omessa contro la volontà del disponente.

### 5.3. L'obiezione di coscienza negativa del medico: responsabilità penale o soltanto civile?

Assistendosi in queste ultime ipotesi (omissione del trattamento imposto, prosecuzione del trattamento rifiutato o mancata interruzione del trattamento in atto) ad una obiezione di coscienza negativa del medico, si pone, in primo luogo, il problema di verificare se la condotta di astensione del medico, sorretta da ragioni di coscienza, possa effettivamente importare una responsabilità penale. Fatto ciò, se si ritiene di poter dare risposta positiva all'interrogativo, occorre stabilire sotto quale fattispecie incriminatrice poter sussumere la predetta condotta.

Innanzitutto, sembra da escludere la possibilità di ricorrere alla fattispecie incriminatrice della violenza privata<sup>106</sup>, che si prospetta come fattispecie a forma vincolata e, dunque, non convertibile

---

<sup>105</sup> Da questo punto di vista non è priva di rilievo la qualificazione in termini attivi od omissivi della condotta interruttiva del trattamento medico, specie quando la terapia sia attuata attraverso mezzi meccanici. Chi, facendo leva sulla teoria della «omissione mediante azione», propugnata da Claus Roxin sin dal 1969 (molto diffusa nella dottrina tedesca e, limitatamente, anche in quella italiana: F. VIGANÒ, *Esiste un diritto ad essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, pp. 7 ss.; L. MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *Ind. pen.*, 1998, pp. 499 ss.; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1828; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. Leg.*, 1984, p. 1017; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione penale dell'aiuto a morire*, in *Studi senesi*, Giuffrè, 1988, p. 291; G. PAPPALARDO, *L'eutanasia pietosa: profili di interesse medico legale*, in Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'editore, 1992, pp. 109 ss.), ritiene che l'interruzione rappresenti in realtà la mancata prosecuzione del trattamento in atto (e che, quindi, la condotta interruttiva, attiva dal punto di vista naturalistico, debba esser considerata omissiva dal punto di vista giuridico), ne deve dedurre, come logica conseguenza, che la mancata sospensione del trattamento abbia natura commissiva. Risultato pratico di un simile opinare è l'inammissibilità nel caso di specie, dal punto di vista ontologico, dell'obiezione di coscienza (trattandosi di obiezione di coscienza positiva). Viceversa, se si privilegia – come sembra preferibile – il dato naturalistico (*ex multis*: S. CANESTRARI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Utet, 2011, p. 692. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 912 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1561 ss.; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2007, pp. 1202 ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, p. 54; F. GIUNTA, *Diritto di morire, cit.*, pp. 93 ss.) e si è portati a qualificare come omissiva la condotta del medico che rifiuti di assecondare la richiesta del paziente, si deve ritenere che il rifiuto opposto dal medico, laddove sorretto da ragioni di coscienza, configuri un'ipotesi di obiezione in senso tecnico (obiezione di coscienza negativa). Da evidenziare, anche se non è questa la sede per approfondire il discorso, che tra le due opposte tesi che inquadrano una volta per tutte l'interruzione del trattamento, ora come condotta attiva, ora come condotta omissiva, si stagliano soluzioni intermedie che richiedono di valutare da caso a caso se essa si presenti concettualmente più affine ad una azione o ad una omissione: così, ad esempio, quella di R. INGELFINGER, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, C. Heymanns, 2004, pp. 310 ss., che distingue a seconda che ad intervenire sia un medico (e allora sarebbe un agire equivalente all'omissione), oppure un terzo, che al primo si sostituisce (senza essere garante), nel qual caso sarebbe azione (tuttavia, come ha rilevato correttamente M. DONINI, *Il caso Welby, cit.*, pp. 902 ss., tale «distinzione [...] non persuade, perché una condotta non è omissiva solo perché realizzata da un garante che è obbligato a parlarne in essere»).

<sup>106</sup> Circostanza che ha dato la stura ad una proposta ricostruttiva (sostenuta da A. VALLINI, *Rifiuto di cure, cit.*, pp. 70 ss.) che inquadra il comportamento omissivo del medico che, anziché fare ciò che il paziente e che la scienza medica autorizzano, fa ciò che il malato non vuole, continuando a praticare il trattamento

in una corrispondente ipotesi omissiva impropria. Considerato pure che: a) l'espressione «violenza» presenta, già sul piano linguistico, una «pregnanza di significato tale da risultare compatibile solo con una condotta attiva»<sup>107</sup>; b) parrebbe in ogni caso arduo attribuire al medico lo status di vero e proprio garante, ex art. 40 cpv., del diritto del paziente a non subire ingerenze non volute sul proprio corpo<sup>108</sup>.

Eguale da escludere sarà, il più delle volte (ma non sempre, trattandosi di reato a forma libera), l'applicabilità delle fattispecie di lesioni personali (art. 582-583 c.p.), essendo difficilmente ipotizzabile che l'elemento della «malattia», il cui configurarsi è richiesto per l'integrazione del reato di lesioni, possa essere considerato diretta conseguenza dell'astensione del medico.

Per quel che attiene ai reati di omicidio (doloso e colposo), anch'essi si presentano sicuramente configurabili in astratto, ma è davvero difficile ipotizzare una loro rilevanza nel caso in cui il medico ometta, per ragioni di coscienza, di eseguire uno specifico trattamento richiesto dal paziente nella DAT o di interrompere quello già in atto: ciò che in questi casi muove il medico e lo spinge a sollevare obiezione di coscienza, almeno nella stragrande maggioranza delle ipotesi, è la volontà di salvare il paziente a tutti i costi. È perciò davvero arduo immaginare che il medico possa rifiutarsi di eseguire un trattamento in grado di salvare la vita del paziente o apportare un miglioramento alle sue condizioni di salute, così come che egli possa rifiutarsi di interrompere un trattamento, a meno che non si tratti di un trattamento salvavita. Per converso, si avrà frequentemente a che fare con rifiuti opposti dal medico a terapie che egli ritiene prive di validità scientifica (e qui potrebbe residuare un eventuale margine di applicabilità per l'omicidio colposo, se la valutazione del medico si dovesse alla fine dimostrare negligente, imprudente o imperita,

---

salvavita al paziente dissenziente, nell'ambito di applicazione della fattispecie di maltrattamenti prevista dall'art. 572 c.p. (norma che troverebbe applicazione anche in caso di affidamento di un soggetto ad un altro per ragioni di cura). Tale proposta ricostruttiva parte dal presupposto che è «l'intera dinamica della relazione tra medico e paziente a risultare alterata e gestita con modalità arbitrarie ed offensive» e che la genericità che contraddistingue il verbo «maltrattare», usato in via esclusiva per descrivere la condotta incriminata, sembrerebbe poter consentire l'applicazione della stessa a tutte le ipotesi – ivi comprese quelle omissive – non riconducibili né al delitto di violenza privata né a quello di lesioni personali. Sennonché, questa soluzione sembra prestare il fianco ad almeno tre obiezioni (da verificare, però, se esse risultino o meno decisive): a) anzitutto, essendo quello previsto dall'art. 572 c.p. un reato abituale, i maltrattamenti richiederebbero una reiterazione di più condotte lesive, che non sempre è dato riscontrare; b) in secondo luogo, non sembra che il concetto di abitualità possa esser fatto coincidere così facilmente con quello di permanenza (come invece vorrebbe A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 78); c) infine, per quanto l'indirizzo oggi prevalente in dottrina e in giurisprudenza sembri ammettere la configurabilità del delitto *de quo* anche in presenza di reiterate omissioni dell'agente, la natura abituale del reato e l'assenza di un evento naturalistico tra i requisiti strutturali della fattispecie rendono quantomeno incerta l'applicabilità dell'art. 572 c.p. alla condotta omissiva del medico che rifiuti di interrompere il trattamento in atto (esclude la configurabilità dei maltrattamenti in forma omissiva, in particolare, T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 190 ss.).

<sup>107</sup> F. VIGANÒ, *La tutela penale*, cit., p. 277. Occorre rilevare, tuttavia, come parte della dottrina ammetta il configurarsi della «violenza» anche in forma omissiva, in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi (così, in particolare: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Giuffrè, 2008, p. 145, che porta ad esempio il caso di chi fa mancare il cibo a chi non è in grado di procurarselo autonomamente, per indurlo a un dato comportamento; F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 101, che ravvisa nel comportamento omissivo del medico, che non ottempererà la richiesta del paziente di interrompere le terapie di sostegno vitale, un'ipotesi di violenza impropria.

<sup>108</sup> L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., 2008.

ovvero frutto dell'inosservanza di «leggi, regolamenti, ordini o discipline») o ad interruzioni repentine di trattamenti che mantengono in vita il paziente, seppur contro la sua volontà.

Più agevolmente prospettabile, invece, sempre però che il medico sia investito di una qualifica pubblicistica, è una responsabilità penale dello stesso per le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 328<sup>109</sup>, comma 1° (rifiuto di atti d'ufficio) o 2° (omissione di atti d'ufficio), e 323 c.p. (abuso d'ufficio). Tuttavia, se si tiene a mente che il 1° comma dell'art. 328 c.p. attribuisce rilevanza penale al rifiuto solo se l'atto doveva essere compiuto «senza ritardo», ci si avvede di come, nelle ipotesi in cui l'atto rifiutato dal medico venga ritenuto non urgente (come è facile che accada), difficilmente potrà ritenersi integrato il reato ivi previsto. In simili ipotesi, al più, potrebbe residuare una responsabilità per "omissione di atti d'ufficio", ai sensi del 2° comma del suddetto art. 328 c.p., e ciò sempre che: a) il paziente abbia nominato un fiduciario, o il giudice gli abbia assegnato un amministratore di sostegno; b) costoro (o quell'altro soggetto che «vi abbia interesse») abbiano fatto richiesta al medico di ottemperare alle DAT; c) quest'ultimo non abbia adempiuto entro 30 giorni dalla richiesta, ovvero non abbia esposto congrue «ragioni del ritardo». In tal caso, però, l'avvio dell'azione penale verrebbe sostanzialmente a dipendere dalla volontà di un soggetto diverso dalla persona offesa o dal pubblico ministero, atteso che è difficilmente ipotizzabile che il soggetto che redige le DAT possa essere in condizione di avanzare «richieste» che non siano quelle già indicate nella disposizione redatta (sarebbe lo stesso configurarsi del reato, dunque, ad essere condizionato dalla altrui condotta).

Pertanto, soltanto supponendo che possano darsi casi in cui l'atto richiesto al medico sia suscettibile di presentarsi come urgente (debba cioè essere compiuto «senza ritardo») o che, in alternativa, il fiduciario, l'amministratore di sostegno o quel diverso soggetto che «vi abbia interesse» possano dimostrarsi sempre solerti nel richiedere al medico di adempiere alle statuizioni contenute nella DAT (conclusione tutt'altro che scontata), si potrà ritenere configurato un rifiuto o un'omissione di atti d'ufficio. Diversamente, si dovrà ritenere che la condotta del medico: a) possa integrare esclusivamente il differente reato di "abuso d'ufficio", di cui all'art. 323 c.p., norma che, in quanto speciale (oltre che più grave) rispetto a quella di cui all'art. 328 c.p., nelle ipotesi in cui la condotta del operatore sanitario sia astrattamente riconducibile ad entrambe le fattispecie incriminatrici, sarebbe suscettibile di trovare applicazione anche in luogo di quest'ultima<sup>110</sup> (ovviamente sempre che l'astensione<sup>111</sup> del medico arrechi al paziente «un

<sup>109</sup> Ipotizza problematicamente un qualche margine di applicabilità per l'art. 328 c.p. anche T. VITARELLI, *Maltrattamenti*, cit., p. 198.

<sup>110</sup> Ritengono che, nel concorso tra le due norme, l'art. 323 debba applicarsi in luogo dell'art. 328: a) nella giurisprudenza: Cass. 1° dicembre 1999, in *Riv. pen.*, 2000, p. 1189; Cass. 23 dicembre 1999, in *Riv. pen.*, 2000, p. 230; Cass. 17 aprile 2003, n. 225894; Cass. 11 marzo 2010, n. 246481; b) in dottrina: A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2008, p. 308; A. SEGRETO - G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1999, p. 566; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. Marinucci - E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, 2001, p. 590; M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335 bis cod. pen.*, Giuffrè, 2013, p. 323.

<sup>111</sup> Invero, come è stato correttamente evidenziato, «quanto alle norme la cui violazione può fondare la realizzazione del reato (in alternativa all'inosservanza di un obbligo di astensione), l'art. 323 non distingue tra obblighi e divieti, fare o non fare, ciò che comporta senza dubbio l'ammissibilità di un abuso omissivo» (così: M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 305; Cass. 11 marzo 2010, n. 246481; Cass. 25 novembre 2010, n. 248822).

*danno ingiusto*<sup>112</sup>, condizione imprescindibile per l'operare dell'art. 323 c.p.); b) debba essere valutata unicamente alla stregua di un illecito civile.

#### **5.4. La responsabilità penale del medico e l'eventuale possibilità di escluderla.**

Occorre allora verificare se il medico che nell'obiettare abbia realizzato gli estremi di una delle fattispecie di reato precedentemente richiamate possa andare, in qualche modo, esente da responsabilità penale.

Le osservazioni che seguono hanno una ragione d'essere soltanto nell'ipotesi in cui la concreta esperienza giudiziaria dimostri, come crediamo, che la condotta obiettorica del medico è effettivamente in grado di integrare un reato, se non altro in taluni casi, e non un mero illecito civile. È evidente, difatti, che se responsabilità penale non c'è, non vi sarebbe né modo né ragione di escluderla.

##### **5.4.1. L'invocabilità della scriminante dell'art. 51 c.p.**

Ove si ritenesse di poter rinvenire, come propone parte della dottrina, il fondamento normativo dell'obiezione direttamente nel rinvio che la legge fa alle norme deontologiche (in particolare all'art. 22 del codice di deontologia medica), elidere la responsabilità penale del medico sarebbe tutto sommato agevole. La condotta del medico, invero, dovrebbe ritenersi: a) scriminata ex art. 51 c.p. (ovviamente là dove la condotta obiettorica si mantenga entro i limiti prefissati dalla legge o, come nel caso della L. n. 219/2017, dalle norme deontologiche), poiché essa rappresenterebbe l'esercizio di un diritto<sup>113</sup>; b) ovvero del tutto estranea al precetto penale, mancando in ipotesi un obbligo penalmente sanzionato di svolgere le funzioni sanitarie<sup>114</sup>. Un'eventuale responsabilità penale potrebbe residuare soltanto là dove l'obiettore superi i limiti e le condizioni entro le quali può essere sollevata, ai sensi della norma di legge, l'obiezione di coscienza.

Viceversa, se si ritiene, come sembra più opportuno fare, che la L. n. 219/2017 non conceda al medico alcuna facoltà di obiezione, e che l'obiezione da questo eventualmente sollevata sia perciò *contra legem*, la scriminante dell'art. 51 c.p. sembrerebbe non venire in rilievo. La soluzione si mostra, per lo meno nello specifico caso che ci occupa, in certo qual modo indifferente a quel che si decide di sostenere in punto di immediata azionabilità del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza.

Invero, attenendoci alle conclusioni precedentemente raggiunte (ovvero che il diritto

---

<sup>112</sup> La condotta del medico è idonea ad arrecare un «*danno ingiusto*» al paziente quando si pone come «*causa di un' apprezzabile ([...] non particolarmente significativa, ma neppure inconsistente) condizione di sfavore*». Si deve ritenere che stante «*il silenzio della norma sul tipo di danno e la diversità rispetto all'esplicito limite della sola patrimonialità del vantaggio*», tale danno possa avere «*natura sia patrimoniale che non patrimoniale*». Il che comporta «*la rilevanza a tutto campo del pregiudizio, che riguarda così la lesione di diritti o interessi a contenuto economico come anche dolori o sofferenze morali, ovvero sensazioni o sentimenti negativi pur lontani da (e preclusi a) riflessi o valutazioni di tipo patrimoniale*» (v. l'Autore citato nella nota precedente, p. 314).

<sup>113</sup> Ha sostenuto l'applicabilità della scriminante dell'art. 51 c.p., con specifico riferimento però alla procreazione medicalmente assistita, A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, in T. Padovani (a cura di), *Leggi penali complementari*, Giuffrè, 2007, p. 664.

<sup>114</sup> In quest'ordine di idee sembrano essere, invece: F. PALAZZO, voce *Obiezione di coscienza*, cit., p. 547; E. LA ROSA, *Attività sanitaria*, cit., p. 123.

all'obiezione di coscienza, ancorché implicitamente riconosciuto nella Carta fondamentale, necessita sempre di un intervento legislativo volto a specificarne i contenuti e le modalità di esercizio), si deve necessariamente ritenere che l'art. 51 c.p. risulti inapplicabile al medico che decida di obiettare nei confronti della legge in questione: la scriminante dell'art. 51 c.p., per poter essere invocata, necessita di un diritto immediatamente azionabile (di un «*potere giuridico di agire*», come lo ha definito la Cassazione) che qui invece manca<sup>115</sup>.

La conclusione, però, non sembra mutare più di tanto anche ove si ammetta, all'inverso, l'immediata azionabilità del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza, pure in mancanza di *interpositio legislatoris*. Difatti, anche chi si è prodigato per sostenere l'immediata azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza, ha dovuto riconoscere che essa non risolve la questione della invocabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p., se non altro nei non pochi casi in cui il comportamento dell'obiettore sia tale da poter ledere interessi fondamentali propri della persona umana. Ciò, per la preclusiva ragione che il diritto all'obiezione di coscienza, anche dai sostenitori della suddetta tesi, almeno nella sua formulazione più convincente, non è considerato un diritto assoluto, ma è sottoposto a limiti e condizioni: tra questi, assume carattere di preminenza il necessario bilanciamento cui il diritto all'obiezione va incontro<sup>116</sup>, che deve avvenire con il controinteresse, anch'esso di rango costituzionale, tutelato dall'oggettività della fattispecie incriminatrice.

Stando così le cose, e trattandosi di obiezione esercitata da personale sanitario, si deve ritenere che il bene "libertà di coscienza" si trovi a dover essere bilanciato con altri beni costituzionalmente rilevanti, come il bene "salute" (da intendersi in senso lato, come benessere psico-fisico globale della persona) o come il valore dell'autodeterminazione del paziente. Occorre infatti tenere presente che i beni costituzionalmente rilevanti che vengono in gioco, quello della "autodeterminazione" e quello della "salute", devono essere bilanciati con il bene "libertà di coscienza" e non con quel diverso bene che è sotteso all'esercizio di tale libertà (che, in questo specifico caso, potrebbe essere, ad esempio, la vita del paziente), come invece è stato talora erroneamente sostenuto<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> Come evidenzia M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. Artt. 1-84*, Giuffrè, 2004, p. 542 (che pure interpreta il concetto di diritto di cui all'art. 51 c.p. in senso particolarmente lato, «*non solo come diritto soggettivo con il suo contenuto di singole facoltà, ma anche come interesse legittimo o, più in generale, come qualsiasi situazione giuridica attiva*», in ciò discostandosi da quella che ancora oggi risulta essere l'interpretazione dominante nella giurisprudenza di legittimità), affinché il diritto acquisisca efficacia scriminante è necessario «*che l'ordinamento attribuisca al soggetto un potere di agire per la realizzazione [...] di un suo interesse*». D'altra parte, è affermazione tratteggiata, in dottrina e in giurisprudenza, che «*non basta che l'ordinamento giuridico attribuisca un diritto, perché il fatto commesso allo scopo di esercitarlo non sia punibile: occorre che la legge consenta, per lo meno implicitamente, di esercitarlo mediante quella determinata azione che di regola costituisce reato*» (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, 2006, p. 285; conf. Cass. 27/11/1968, Muther, CED 111437).

<sup>116</sup> A. GARGANI, *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2003, pp. 1023 ss.

<sup>117</sup> Volendo chiarire meglio il concetto con un esempio: nel caso dell'aborto, il bene "salute", che fa capo alla donna e che richiede l'intervento del medico ex art. 32 Cost., non deve essere bilanciato con il diritto alla vita dell'embrione, che il sanitario intende tutelare sollevando obiezione di coscienza, ma direttamente con il bene "libertà di coscienza" che fa capo a quest'ultimo. Nello stesso senso v. anche V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, cit., la quale ritiene che debba «*escludersi che lo specifico interesse sotteso alle convinzioni personali dell'obiettore sia rilevante per stabilire la sfera di prevalenza fra gli interessi giuridici oggetto del giudizio di bilanciamento*» e che, tutt'al più, «*la rilevanza di tale*

Dovendosi stimare, perciò, che nel caso della L. n. 219/2017 il diritto alla libertà di coscienza abbia carattere recessivo, urtando contro diritti prevalenti (come sono, per l'appunto, quelli della salute e dell'autodeterminazione), se ne ricava che tale diritto non possa acquisire alcuna efficacia esimente<sup>118</sup>.

Tale conclusione<sup>119</sup> si presenta ancor più esatta là dove si abbia a che fare con le fattispecie di cui agli artt. 328 e 323 del codice Rocco. Difatti, si deve tenere a mente che il bene giuridico leso dalla condotta obiettoria deve essere ricostruito anche alla luce del reato concretamente integrato dal comportamento criminoso dell'agente. Il diritto dell'obiettore alla libertà di coscienza, nel caso del rifiuto o dell'omesso adempimento della prestazione richiesta dal paziente nella DAT che integrino gli estremi richiesti dalle fattispecie di cui agli artt. 328 e 323 c.p., dovrebbe perciò essere bilanciato non solo con il diritto di autodeterminazione del paziente e con il bene "salute", ma anche con altri due beni che sono tutelati dalle predette fattispecie incriminatrici: l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa<sup>120</sup>. Come è stato correttamente messo in evidenza, sarebbe infatti errato, innanzi ad un reato contro la pubblica amministrazione (come certamente sono quelli previsti dagli artt. 328 e 323 c.p.), individuare gli interessi contrapposti, che occorre soppesare, soltanto in funzione del bene facente capo al singolo cittadino, senza avere riguardo anche a quel diverso "bene istituzionale" che, invece, fa capo allo Stato<sup>121</sup>.

---

*interesse» possa «essere presa in considerazione per determinare il quantum di pena applicabile». Contra: L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza*, cit., pp. 186 ss., il quale sostiene che l'esercizio della libertà di coscienza, che si manifesta attraverso l'obiezione all'adempimento di determinati obblighi, debba ritenersi correlato, anzitutto, al bene di rango preminente nell'assetto costituzionale che l'obiettore intende salvaguardare e, quindi, nel caso specifico dell'aborto, al bene "vita".*

<sup>118</sup> Un iter argomentativo analogo era stato seguito da G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, n. 5/1983, per escludere l'invocabilità dell'art. 51 c.p. (sotto il profilo della libertà religiosa) nel caso del testimone di Geova che lascia morire il figlio, rifiutandosi di sottoporlo alla trasfusione di sangue che avrebbe potuto salvargli la vita. In senso analogo cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008, pp. 260 ss.

<sup>119</sup> Alla medesima conclusione era pervenuta, peraltro seguendo un percorso argomentativo differente, pure quella parte della dottrina che ha opinato nel senso della radicale inconciliabilità tra efficacia scriminante del diritto all'obiezione di coscienza e titolarità di una funzione pubblica. Tale opinione si fonda sul convincimento che chi svolge una funzione pubblica non possa pretendere di godere della medesima libertà di coscienza che, invece, dovrebbe essere garantita al cittadino comune. Argomentando diversamente, si concederebbe la facoltà a chi esercita funzioni pubbliche o altri servizi di utilità generale di sacrificare fondamentali interessi pubblici per i propri convincimenti interiori, venendo meno al dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) che rappresenta uno dei limiti generali all'operatività dell'istituto dell'obiezione. In argomento, con sfumature differenti: V. ONIDA, *L'o.d.c. dei giudici e dei pubblici funzionari*, cit., 1992, p. 368; S. PRISCO, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in [www.associazionecostituzionalisti.it](http://www.associazionecostituzionalisti.it); P. CAVANA, *Il giudice e il crocifisso: note critiche su una prospettata nuova figura di obiezione di coscienza*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006; S. RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1995, p. 65; P. DONATELLI, *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, in G. Baldini - M. Soldano (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io?*, Firenze University Press, 2011 (quest'ultimo A., assumendo forse una posizione più radicale rispetto agli altri, ritiene, sia pure con qualche distinzione e precisazione per il caso dell'aborto, che in ambito sanitario la clausola di coscienza non possa essere ammessa, in quanto la professione medica è organizzata per rispondere a diritti e promuovere interessi cruciali ed irrinunciabili).

<sup>120</sup> Da intendersi come erogazione di servizi a tutela di fondamentali diritti individuali e collettivi (Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, in *dejure.giuffre.it*).

<sup>121</sup> Così: F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, p. 66.; V. ABU AWWAD, *L'obiezione di*

In breve, anche il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza come diritto generale immediatamente azionabile dovrebbe condurre, come la tesi che richiede la necessaria interposizione del legislatore, a ritenere inapplicabile la scriminante dell'art. 51 c.p. al medico obiettore. Si è usato il condizionale ("dovrebbe"), poiché, come si è diffusamente argomentato *supra*, in quest'ultimo caso spetterebbe sempre al giudice operare il bilanciamento di interessi che è sotteso alla predetta impostazione (e che, invece, dovrebbe più opportunamente essere lasciato al legislatore), e non è detto che l'esito del contemperamento operato in sede pretoria si dimostri sempre lo stesso, né che sia sempre quello più corretto.

Esclusa l'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p., non resta che verificare se il medico possa andare esente da responsabilità per altre ragioni.

#### 5.4.2. L'errore sull'esistenza della scriminante.

Anzitutto, occorre verificare se l'assoluzione del medico possa astrattamente fondarsi sull'erronea supposizione dell'esistenza della scriminante, in realtà inesistente. Occorre cioè appurare se, pur non essendo operante l'art. 51 c.p. nel caso di specie, il medico obiettore possa andare esente da responsabilità ove ritenga, erroneamente, che la sua condotta sia lecita, in quanto scriminata<sup>122</sup>.

In questa sede il tema della c.d. «*scriminante putativa*» non potrà essere esaminato compiutamente, neppure nei suoi tratti essenziali. Invero, come si è acutamente osservato in dottrina, la discussione che investe l'ambito dell'errore sulle cause di giustificazione è, prima di tutto, una discussione sull'oggetto del dolo<sup>123</sup>. Una discussione, perciò, che si presenta fin troppo impegnativa per poter essere compendiata nelle poche righe che ci è consentito dedicare all'argomento. Considerato pure che il dibattito risente pesantemente della questione relativa alla sistemazione dogmatica delle scriminanti: un problema che agita la dottrina da decenni<sup>124</sup>.

---

*coscienza nell'attività sanitaria, cit.*

<sup>122</sup> In argomento v. diffusamente: C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, 1962, pp. 199 ss.; A. LANZI, *La scriminate, cit.*, 1983; G. LA CUTE, *L'obiezione di coscienza e il reato di omissione di atti d'ufficio*, in *Giur. mer.*, n. 2/1984; F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, in *Iustitia*, n. 2/2011.

<sup>123</sup> G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1242.

<sup>124</sup> L'unico punto di convergenza raggiunto dalla dottrina sembra essere sul fatto che le scriminanti ineriscano alla struttura del reato. All'interno di questa opzione dogmatica di fondo (che, peraltro, non può neppure dirsi pacifica) è possibile riscontrare innumerevoli ricostruzioni. Due quelle principali: per chi scompone il reato in tre elementi (fatto, antigiuridicità e colpevolezza), è giocoforza ritenere che le scriminanti rappresentino fattori di esclusione della «*antigiuridicità obiettiva*»; chi, viceversa, scompone il reato in due soli elementi (fatto e colpevolezza), viene inesorabilmente portato ad inquadrare le scriminanti come «*elementi negativi del fatto*», cioè come elementi che devono mancare affinché il «*fatto tipico*» possa dirsi integrato. Dall'opzione per l'una o l'altra tesi derivano conseguenze di non poco momento. Invero, chi inquadra le scriminanti tra gli «*elementi negativi del fatto*», ricava dall'art. 59 c.p. che il dolo ricomprende nel suo ambito, in positivo, gli elementi che formano il fatto tipico ex art. 47 c.p., e, con una valenza negativa, le cause di giustificazione. Da questo punto di vista, perciò, l'erronea supposizione dell'esistenza di una situazione scriminante farebbe venir meno la possibilità di configurare una responsabilità dolosa, pur lasciando residuare una eventuale responsabilità colposa. Viceversa, chi ritiene che le cause di giustificazione elidano l'antigiuridicità obiettiva, afferma che solo l'art. 47 c.p. definisce l'oggetto del dolo, là dove l'art. 59, comma 4, c.p., presupponendo un fatto che è già tipico, viene a collocarsi in un momento successivo all'integrazione del reato. Da qui la duplice conclusione che: a) il soggetto realizzerebbe esattamente il fatto che ha voluto, ma che credeva gli fosse consentito; b) ciò che verrebbe ad essere escluso sarebbe, perciò, l'elemento della colpevolezza normativa, ovvero la possibilità per il soggetto agente di poter essere motivabile attraverso la norma, esattamente come accade nel caso di



Volendoci qui limitare ad alcune sintetiche ed interlocutorie considerazioni, occorre arrestarsi al dettato dell'art. 59 c.p. e all'interpretazione che ne danno la dottrina e la giurisprudenza prevalenti.

L'art. 59 c.p., in modo abbastanza laconico, afferma che «*se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*».

Per l'orientamento dottrinale dominante, affinché la supposizione erronea dell'esistenza della scriminante<sup>125</sup> possa escludere la responsabilità dell'agente ai sensi dell'art. 59 c.p., è necessario che essa si traduca in un errore sul fatto<sup>126</sup>. Non assumerebbe rilievo, invece, l'errore sfociante nell'erronea convinzione che la situazione immaginata rientri tra quelle cui l'ordinamento attribuisce efficacia esimente (in quanto si tratterebbe di un errore di diritto o di un errore che, comunque, ricade sul precetto)<sup>127</sup>.

Ebbene, nel caso che ci occupa sembra che il soggetto agente (il medico che obietta) si rappresenti il fatto di reato correttamente, ma erri sulla sua qualificazione giuridica, ritenendolo giustificato. L'errore finirebbe perciò «*per riflettersi sui limiti di applicabilità della norma penale violata, e quindi sul divieto*»<sup>128</sup>. Situazione che rinviene la propria disciplina nell'art. 5 c.p., da reinterpretare, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988, nel senso che l'ignoranza non scusa, a meno che non si tratti di ignoranza inevitabile.

Se le cose stanno in questi termini, alla luce anche dei doveri informativi che incombono solitamente sui professionisti e del clamore mediatico che ha accompagnato l'entrata in vigore del testo di legge, risulta difficile immaginare che il medico possa versare in una situazione di "errore inevitabile". Senza contare, poi, che solitamente gli obiettori non agiscono sul presupposto erroneo che l'ordinamento gli accordi la possibilità di operare secondo coscienza, bensì scelgono consapevolmente di accordare priorità alla propria morale, ben percependo la doverosità del comportamento omesso.

Di qui la conclusione che il campo di operatività dell'errore rimarrà confinato entro limiti angusti

---

«errore sul divieto» (così, tra gli altri: C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, Utet, 1993, p. 415; D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Morano, 1961, p. 110)

<sup>125</sup> La locuzione «*circostanze di esclusione della pena*», non particolarmente limpida, per la dottrina assolutamente dominante allude proprio alle cause di giustificazione.

<sup>126</sup> Qualche Autore ritiene che la formula legislativa utilizzata dall'art. 59, comma 4, c.p. possa essere interpretata in senso omnicomprendente, e ricomprenda quindi anche l'ipotesi di errore sulle scriminanti che si traduca in errore sul divieto (cfr., ad es., L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato: struttura generale; la colpa*, Giuffrè, 1954, pp. 92 ss., il quale inclina ad ammettere che per l'art. 59 rilevi anche un errore sulla liceità penale del fatto, in deroga al principio generale sancito dall'art. 5 c.p.). Merita condivisione, tuttavia, il rilievo di T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2017, p. 276, il quale osserva che «*la portata generale dell'art. 5 c.p. non sembra consentire l'affermazione di una deroga surrettizia, che finirebbe peraltro col risolversi nell'arbitraria equiparazione di due fenomeni (l'errore sul fatto e l'errore sul divieto), la cui diversa disciplina trova un preciso fondamento razionale e politico-criminale*».

<sup>127</sup> Così, *ex multis*: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, pp. 451 ss.; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., pp. 153 ss.; G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, Utet, 1988, pp. 143 ss.

<sup>128</sup> Così anche la giurisprudenza prevalente, che inclina ad escludere la rilevanza della supposizione erronea di esercitare un diritto, in base all'argomentazione che l'errore di valutazione si traduce, in questo caso, in un errore di diritto inescusabile.

e che il medico difficilmente potrà appellarsi ad esso per essere assolto.

#### 5.4.3. Il ricorso ad altre scusanti.

Ci si deve domandare, a questo punto, se si possa fare ricorso ad altre cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti).

La dottrina tedesca<sup>129</sup> – stimolata anche da una nota ed oramai risalente pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*<sup>130</sup> – sembrava essere approdata, negli anni, non senza una certa varietà di accenti nelle ricostruzioni proposte, alla individuazione di una possibile esclusione della responsabilità penale dell'obiettore sul piano della colpevolezza, in particolare sotto il profilo della non esigibilità di una condotta diversa da quella imposta dai propri invincibili convincimenti interiori<sup>131</sup>.

Nel nostro ordinamento, però, non sembra sia possibile pervenire alla medesima conclusione.

In primo luogo, il conflitto tra doveri che subisce l'obiettore, per quanto sia effettivamente in grado di comportare uno stato di alterazione motivazionale, non risponde a nessuna delle scusanti codificate dal legislatore. In secondo luogo, a differenza di quel che è dato riscontrare nella tradizione dell'ordinamento germanico, da noi la categoria dogmatica dell'inesigibilità (*Unzumutbarkeit*)<sup>132</sup> non è mai stata vista particolarmente di buon occhio. Anzi, l'idea – patrocinata dalla dottrina tedesca<sup>133</sup> e da una parte minoritaria di quella italiana<sup>134</sup> – che l'inesigibilità di un comportamento conforme al precetto possa assurgere a causa generale ed autonoma (oltre che preterlegale, cioè operante al di fuori delle ipotesi codificate) di esclusione della colpevolezza è, nella nostra tradizione giuridica, respinta dalla dottrina assolutamente

<sup>129</sup> Che più di ogni altra si è interrogata sul problema della qualificazione giuridica del c.d. *Gewissenstat* (fatto di coscienza), *genus* del quale il fatto commesso dall'obiettore rappresenta un'ipotesi particolare.

<sup>130</sup> BVerfG, Beschl., 19 ottobre 1971, in *Jur. Zeit.*, 1972, p. 83. Per alcuni riferimenti alla vicenda esaminata da tale decisione, si veda, nella dottrina italiana, G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Foro it.*, 1983, II, p. 27.

<sup>131</sup> Si tratta di una soluzione peculiare, considerato che – a differenza della nostra – la Costituzione tedesca, oltre a tutelare espressamente la libertà di coscienza, riconosce pure il diritto all'obiezione, sia pure facendo riferimento esplicito alla sola ipotesi del rifiuto di prestare il servizio militare obbligatorio.

<sup>132</sup> Sull'inesigibilità si vedano i contributi di: G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990; A. CAVALIERE, *Riflessioni dogmatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello Schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1478 ss.

<sup>133</sup> L'inesigibilità, come causa generale, anche extralegale, di esclusione della colpevolezza, è però respinta da una parte della dottrina tedesca più recente, quantomeno con riferimento ai reati commissivi dolosi (così, *ex multis*, H.J. RUDOLPHI - E. HORN - E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Anh. §16, Rn 35). Diversi Autori tendono oggi a limitare la rilevanza della categoria soltanto all'ambito della responsabilità colposa e di quella omissiva (come, nella dottrina italiana, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, pp. 425 ss.). Per una critica a tale tendenza, tuttavia: F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, pp. 299 ss.).

<sup>134</sup> Per la dottrina italiana: L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Morano, 1948; G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 1986, p. 475; G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, *Enc. Giur.*, Treccani, 1988, p. 20 (il quale ritiene che la categoria dell'inesigibilità «è logica e giusta e nessun principio giuridico le è di ostacolo»). Per una risalente applicazione giurisprudenziale della teoria: Trib. Bologna 5/11/65, in *Riv. it.*, 1966, pp. 1028 ss. (con nota di Marini) e in *Temi*, 1967, pp. 350 ss. (con nota di Tagliarini).

prevalente<sup>135</sup>. La quale non ha mancato di osservare che, diversamente opinando, si attingerebbe «*la scusa da fonti materiali del diritto con grave pregiudizio della certezza ed in violazione del principio di legalità, non trattandosi di analogia juris in quanto la formula della "inesigibilità di una condotta diversa" manca di quella concretezza necessaria per costituire un principio giuridico superiore, cui ricondurre casi non contemplati dalla legge*»<sup>136</sup>.

Infine, anche a prescindere dalle difficoltà connesse ad un riconoscimento dell'inesigibilità come scusante generale e *praeter* legale, attenta dottrina ha rilevato che, se si muove dalla premessa che quello alla libertà di coscienza è un diritto costituzionalmente garantito (per quanto, come visto, non suscettibile di acquisire efficacia scriminante nello specifico caso che ci occupa), risulta evidente che la logica sottesa al riconoscimento di eventuali margini di impunità, per colui che agisce per ragioni di coscienza, non sarebbe comunque quella dell'inesigibilità di una condotta diversa, bensì quella del bilanciamento tra opposti interessi, cioè la *ratio* che è sottesa alle scriminanti e non alle scusanti<sup>137</sup>.

Si tratta di obiezioni che, a conti fatti, anche se prese isolatamente, assumono carattere assorbente e conducono, pertanto, ad una conclusione obbligata: l'esercizio del diritto alla libertà di coscienza, perlomeno nel nostro ordinamento, non può assurgere a causa di esclusione della colpevolezza<sup>138</sup>.

#### 5.4.4. Osservazioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni complessivamente svolte, si deve concludere che la condotta del medico che, *contra legem*, decida di sollevare obiezione di coscienza nei confronti della L. n. 219/2017, integrando una delle fattispecie di reato precedentemente richiamate, non possa che

<sup>135</sup> Così, *ex multis*: P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, 1972, pp. 100 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*, Cedam, 1982, pp. 290 ss.; B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Cedam, 1962, pp. 140 ss.; A. BARATTA, *Antinomie*, cit., pp. 28 ss. Nonché, nella manualistica recente: F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 435; T. PADOVANI, *Diritto*, cit., pp. 180 ss., F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2017, pp. 353 ss.; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., pp. 710 ss. L'inesigibilità fatica a trovare riconoscimento anche nella giurisprudenza della Cassazione: v. Cass. pen. sez. III, 27 febbraio 1991, Bracco, in *Giust. pen.*, II, 1991, p. 503.

<sup>136</sup> In questi esatti termini F. MANTOVANI, *Diritto*, cit., p. 360. L'A. rileva, non senza fondamento, che il «*vizio fondamentale della teoria è sempre stato*» quello «*di non riuscire a individuare un adeguato parametro, alla cui stregua commisurare l'inesigibilità, al di fuori delle vaghe espressioni dell'"umanamente", "ragionevolmente" e simili*». È evidente, infatti, che: a) «*se si guarda allo stesso "soggetto agente" nella situazione concreta in cui si è trovato, e quindi a tutti gli stimoli psichici che da questa gli provenivano, si rischia di scusare ogni azione criminosa [...], cadendo in un relativismo soggettivistico in cui si eleva la personalità del soggetto a regolatrice della applicazione della legge*»; b) se, viceversa, si guarda alla categoria dell'uomo medio, «*come la maggioranza dei sostenitori della teoria vorrebbero, si naviga nella incertezza perché il quesito se il comportamento doveroso fosse o meno esigibile da questa evanescente figura è, fatalmente, suscettibile di soluzioni opposte*».

<sup>137</sup> Lo evidenzia F. VIGANÒ, *Sub art. 51*, in E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, 2006, p. 536 ss. In senso conforme: A. LANZI, *La scriminante*, cit., p. 92; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., 2006, p. 236.

<sup>138</sup> Nello stesso senso G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto*, cit., p. 427, i quali rilevano che «*il diritto, come ordinamento "obiettivo" delle relazioni umane, non può consentire a ciascuno di agire in base alle sue concezioni etiche o religiose individuali*». Le conclusioni che i due Autori raggiungono con riferimento all'esercizio del «*diritto alla libertà religiosa*», difatti, sembra possano valere anche per la libertà di coscienza. Cfr., tuttavia, H.J. RUDOLPHI, *Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht*, in *Festschrift für H. Welzel*, Berlin, 1974, pp. 605 ss.

essere sanzionata penalmente.

Difatti, i motivi che hanno spinto l'obiettore ad omettere il comportamento doveroso, come si è visto, all'infuori del limitato campo di operatività della disciplina dell'errore, non possono acquisire rilievo, né scriminante né, tantomeno, scusante. Essi potranno essere valutati unicamente in sede di determinazione della sanzione da irrogare: così, se da un lato il conflitto motivazionale che tormenta l'obiettore potrebbe attenuare la misura del rimprovero e, perciò, incidere in senso favorevole all'agente sulla graduazione della pena all'interno della cornice edittale, dall'altro, potrebbe altresì portare al riconoscimento di talune circostanze attenuanti (quella dell'art. 62, n. 1, c.p., che prevede un'attenuante per «*chi agisce per motivi di particolare valore morale e sociale*»<sup>139</sup>, ovvero quelle generiche di cui all'art. 62 bis c.p.). Da rilevare, però, che i motivi dettati dalla "coscienza", specialmente se sinceri e duraturi, sono astrattamente in grado di condurre anche ad un incremento di pena, potendo essere interpretati dal giudice come indici, ex art. 133 c.p., del pericolo di "ricaduta" dell'obiettore nel reato<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> L'applicabilità o meno di tale circostanza al caso dell'obiezione di coscienza, tuttavia, va vagliata attentamente. Il problema che «*sone l'applicabilità dell'art. 62, n. 1, c.p. riguarda il parametro da utilizzare nel concedere o meno tale attenuante*». A tale proposito, «*secondo un orientamento consolidato, tali motivi possono assumere un significato positivo solo laddove ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui il soggetto agisce, in modo da sminuire l'antisocialità dell'azione criminale e riscuotere il generale consenso della collettività*». Altri Autori ritengono, viceversa, che così opinando la circostanza dell'art. 62, n. 1, c.p. risulterebbe tacitamente abrogata, poiché ben difficilmente «*in un contesto sociale pluralistico e democratico*» come il nostro si potrebbero rinvenire «*istanze etiche e valoriali che godano realmente di una approvazione generalizzata, specie quando invocate allo scopo di "scusare", sia pure in parte, la realizzazione di un disvalore penalmente rilevante*». Per diversa prospettiva, perciò, per uscire dall'«*impasse e soprattutto dal rischio di una interpretatio abrogans dell'attenuante*», si dovrebbe ricorrere ad «*una lettura di tale circostanza alla luce non di "valutazioni etico-sociali" (peraltro difficilmente ponderabili), bensì delle scelte della nostra Costituzione, da considerarsi come misura del valore morale e soprattutto sociale degli scopi perseguiti: il movente sarà di elevato valore morale e sociale se idoneo ad esprimere valori patrocinati dalla nostra Costituzione*» (in quest'ultimo senso: V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, cit.; A. VALLINI, *Circostanza del reato*, in G. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, F. Palazzo - C.E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2011, pp. 47 ss.). Se l'adesione alla prima tesi porterebbe ad escludere in radice l'applicabilità della circostanza in esame all'obiezione di coscienza, ad una conclusione radicalmente diversa si dovrebbe pervenire accedendo alla ricostruzione da ultimo prospettata.

<sup>140</sup> Si vedano le considerazioni, estensibili anche al caso dell'obiezione di coscienza, che C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Ets, 2010, p. 229, svolge con riferimento ai "reati culturalmente motivati".