

dott. EMANUELE LA ROSA

Borsista post-dottorato nell'Università di Messina

ATTIVITÀ SANITARIA, NORME PENALI E CONFLITTI DI COSCIENZA

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Il fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza ed i suoi riflessi sul giudizio di responsabilità penale. – 3. Il rifiuto di prescrivere la c.d. "pillola del giorno dopo" come omissione tipica ex art. 328 c.p. – 3.1. Segue: il carattere indebito del rifiuto. – 3.2. Segue: applicazione "diretta" dell'art. 9 l. 194/1978? – 3.3. Segue: applicazione "analogica" dell'art. 9 l. 194/1978? – 3.4. Un bilancio *de iure condito* e qualche riflessione *de iure condendo*. – 4. Diritto di rifiutare le cure, direttive anticipate e doveri del medico: quali limiti alla rilevanza esimente dell'obiezione di coscienza? – 5. Una breve conclusione.

1. *Considerazioni preliminari*

L'espressione "obiezione di coscienza" indica – da un punto di vista giuridico – "il rifiuto di una norma da parte di un soggetto che dovrebbe osservarla"¹; con l'indispensabile precisazione che lo stesso "deve trovare la sua causa psicologica in motivi di coscienza"². Solo questi ultimi, infatti, distinguono l'ipotesi in esame da quella che altrimenti sarebbe soltanto una disubbidienza arbitraria³.

Nato come fenomeno marginale, limitato a liberi pensatori e minoranze religiose, l'obiezione di coscienza è andata assumendo sempre più una dimensione e una poliedricità di sfumature difficili da pronosticare fino a qualche decennio addietro. Non vi è, infatti, alcuna esagerazione quando si parla di una vera e propria "esplosione dell'obiezione di coscienza"⁴.

L'importanza e la centralità del tema sembrano destinate a crescere nel momento in cui l'intervento regolativo dell'ordinamento in settori eticamente sensibili non può che determinare il proliferare di situazioni conflittuali tra obbedienza alla legge e rispetto della libertà di comportarsi secondo i dettami

¹ S. RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, p. 56.

² F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 539.

³ Così, per tutti, già G. CAPOGRASSI, *Obiezione e coscienza*, in *Foro it.*, 1950, II, p. 48.

⁴ R. NAVARRO VALLS, J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, 1995, p. 9.

della propria coscienza.

Certo, sarebbe auspicabile l'adozione di soluzioni legislative che, nel pieno rispetto del principio di laicità, risultino attente alla sensibilità etica e religiosa della più ampia cerchia di consociati. Tuttavia, anche il più equilibrato dei compromessi – e peraltro non è che se ne scorgano molti nella recente produzione legislativa in queste materie! – non può soddisfare tutte le istanze in gioco e le diverse posizioni etiche. Né ci si potrebbe illudere di eludere il problema attraverso un'astensione del legislatore. Ciò non solo perché il “non intervento” è pur sempre figlio di una certa visione ideologica, e si traduce di fatto in una modalità di regolamentazione, ma anche perché di fronte ad una eventuale “domanda di giustizia” toccherebbe in ogni caso alla magistratura trovare, legittimamente, soluzioni ricavabili dalle norme e dai principi propri dell'ordinamento costituzionale, come la vicenda di Eluana Englaro può testimoniare⁵.

Non v'è dubbio che l'obiezione di coscienza possa assumere il ruolo di potenziale mezzo di risoluzione dei conflitti suscitati, in una società pluralista, dall'intervento penale (latamente inteso) in settori eticamente sensibili⁶. Si tratta, quindi, di un tema che si ricollega al più generale problema del ruolo del diritto – del diritto penale, in particolare, – come strumento di regolamentazione delle relazioni sociali in un ordinamento laico⁷.

⁵ In argomento, S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1567, F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1040, ID., *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, p. 1594 ss.; che sottolineano come non si sia registrato alcuno sconfinamento dei giudici nelle prerogative del Parlamento. Conclusione condivisa anche da Corte Cost., ord. 8 ottobre 2008, n. 334, che ha dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi di Camera e Senato contro le decisioni dei giudici di merito e di legittimità aventi ad oggetto l'interruzione del trattamento di alimentazione di paziente in stato vegetativo permanente.

⁶ Parla dell'obiezione di coscienza come “tecnica della società pluralista”, alternativa a quella del compromesso, S. RODOTÀ, *Problemi*, cit., pp. 55 e 58.

⁷ Nella vasta letteratura sui rapporti tra pluralismo etico, principio di laicità e diritto penale si segnalano, tra i contributi più recenti, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI - C.E. PALIERO, I, Milano, 2006, p. 139 ss.; G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, ivi, p. 283 ss.; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 651 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, ivi, 2006, p. 55 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, ivi, 2007, p. 546 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, ivi, 2007, p. 493 ss.; P. SIRACUSANO, *Commento sub art. 403 c.p.*, in *Codice penale ipertattuale*, a cura di S. ARDIZZONE, M. RONCO, Torino, 2007, p. 1763 ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità nel diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, Napoli, 2007, p. 163 ss.; S. CANESTRARI - L. COR-

Il settore in cui medici ed altri operatori sanitari in genere si trovano a svolgere la loro attività è più di altri esposto al manifestarsi di questi conflitti. Ciò per una serie di ragioni. Si pensi, innanzitutto, alla particolare rilevanza costituzionale dei beni giuridici coinvolti: non solo la vita o la dignità umana, ma anche la libertà personale e, ovviamente, la salute. A questo si aggiunga come l'attività medico-sanitaria – incidendo sui momenti fondamentali dell'inizio e della fine dell'esistenza umana (con tutto quel che ne consegue sul piano del dibattito scientifico ed etico) – finisce col diventare un importante banco di prova del pluralismo che contraddistingue il nostro ordinamento costituzionale. Non è un caso, quindi, che le principali ipotesi di obiezione di coscienza espressamente riconosciute nella legislazione ordinaria riguardino soggetti che svolgono un'attività sanitaria⁸.

Oggetto del presente contributo è l'esame dei riflessi penalistici di alcune ipotesi di conflitto di coscienza riguardanti l'attività medico-sanitaria, non disciplinate dall'ordinamento, eppure già venute all'attenzione della prassi. Preliminarmente, si delinearanno – sia pure per sommi capi – le coordinate generali della rilevanza penale dell'obiezione di coscienza, alla luce dei principi generali del nostro sistema giuridico-penale.

2. *Il fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza ed i suoi riflessi sul giudizio di responsabilità penale*

Che la libertà di coscienza – di cui il diritto di obiezione è una forma di manifestazione – trovi fondamento nella nostra Costituzione, sia pure in forma implicita, è un assunto sul quale si registra ormai una sostanziale convergenza di opinioni. Qualche diversità di vedute permane semmai in ordine all'individuazione della norma costituzionale di riferimento, identificata, di volta in volta, negli artt. 19, 21, 2, o, ancora, nell'art. 9 CEDU per il tramite dell'art. 10 Cost.

Dal riconoscimento della copertura costituzionale dell'obiezione di coscienza, come manifestazione del relativo diritto di libertà, non possono non derivare conseguenze sul piano della qualificazione penalistica della condotta

NACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di Diritto Penale*, Bologna, 2008, p. 225 ss.; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, *passim*.

⁸ Il riferimento è all'art. 12 l. 194/78, in materia di interruzione volontaria della gravidanza, e all'art. 16 l. 40/04, nell'ambito della legislazione sulla procreazione medicalmente assistita.

posta in essere da chi agisce in ossequio ai dettami della propria sfera interiore. La categoria dogmatica alla cui stregua occorre valutare questi comportamenti è, infatti, quella dell'antigiuridicità, ed in particolare la scriminante dell'esercizio di un diritto.

In ciò ci si discosta dall'indirizzo prevalente nella dottrina tedesca, che pure è quella che più di ogni altra si è interrogata sul problema della qualificazione giuridica della c.d. *Gewissenstat* (fatto di coscienza), *genus* più ampio, del quale il fatto commesso dall'obietto di coscienza rappresenta un'ipotesi speciale. Il dibattito sviluppatosi oltralpe – stimolato anche da una nota, ed ormai risalente pronuncia del Tribunale Costituzionale⁹ – sembra approdato, non senza una certa varietà di accenti nelle ricostruzioni proposte, alla individuazione di una possibile esclusione della responsabilità penale sul piano della colpevolezza, in particolare sotto il profilo della non esigibilità, da parte dell'ordinamento, di una condotta diversa da quella imposta da un invincibile convincimento interiore¹⁰.

Si tratta di una soluzione per alcuni versi sorprendente sol che si consideri come – a differenza della nostra – la Costituzione della Repubblica Federale Tedesca, al suo art. 4, oltre a tutelare espressamente la libertà di coscienza, riconosce espressamente il diritto all'obiezione, sia pure facendo riferimento esplicito unicamente all'ipotesi classica del rifiuto di prestare il servizio militare obbligatorio¹¹.

Ma, a prescindere da questa osservazione, è l'intero approccio al tema a non apparire del tutto convincente. Ciò non solo per le difficoltà connesse ad un riconoscimento dell'inesigibilità come scusante generale e *praeter* legale, ma anche perché, muovendo dalla premessa che la libertà di coscienza rap-

⁹ BVerfG, Beschl. 19 ottobre 1971, *Jur. Zeit.*, 1972, 83. Per alcuni riferimenti alla vicenda esaminata da questa 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.

¹⁰ Sul punto, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio a E. LA ROSA, "Uso" ed "abuso" del simbolo religioso: profili di responsabilità penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 750 ss.. Nella dottrina italiana, ritiene che andrebbero affrontate sul piano della colpevolezza – sia pure in prospettiva *de iure condendo* – le ipotesi di conflitto di doveri in cui il soggetto decida di adempiere una norma oggettivamente soccombente, tale essendo – a giudizio dell'Autore – la norma morale su cui si fonda l'obiezione di coscienza, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, p. 469.

¹¹ Nega l'esistenza di un qualche collegamento tra il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza ed una possibile configurabilità dell'obiezione come causa di giustificazione, ancora di recente, W. FRISCH, *Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht*, in *GA*, 2006, p. 279.

presenta un diritto costituzionalmente garantito, ci si accorge che la logica sottesa al riconoscimento di eventuali margini di impunità per colui che agisce per ragioni di coscienza, non è quella dell'inesigibilità di una condotta diversa, bensì quella del bilanciamento tra opposti interessi, cioè la *ratio* che è alla base, non delle scusanti, bensì delle cause di giustificazione¹².

Una volta riconosciuto rango costituzionale alla libertà di coscienza, pure l'obiezione – che di quella costituisce una delle espressioni più significative – perde ogni carattere di eccezionalità; ne consegue che, anche in assenza di una *interpositio legislatoris*, il legittimo esercizio del diritto all'obiezione non potrà essere negato¹³.

Non deve trarre in inganno, a questo proposito, la qualificazione in termini di “conflitto di doveri improprio”¹⁴ dell'ipotesi di cui qui si discute. Tale formula si limita ad indicare che sul caso concreto insistono due regole di condotta, delle quali una si ricava dall'ordinamento giuridico, mentre l'altra affonda le proprie radici nei convincimenti etici ed ideali dell'individuo. Ciò non toglie che il conflitto in oggetto, veicolato attraverso l'art. 51 c.p., è tra la norma penale e quelle (di rango costituzionale) che garantiscono la libertà di

¹² Così, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, p. 303; ID., *Sub art. 51*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, Milano, 2006, p. 536 ss.; in senso conforme, A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, p. 92; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, p. 236.

Sulla distinzione tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza, fondamentale rimane M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 ss.

¹³ G. DELLA TORRE, *Obiezione di coscienza e ordinamento sanitario*, in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, a cura di B. PERRONE, Milano, 1992, p. 301; ID., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, a cura di R. BOTTA, Milano, 1991, p. 32 ss. Secondo l'Autore la presenza di leggi disciplinanti specifiche ipotesi di obiezione avrebbe solo il valore di “mera modalità di regolamentazione del diritto”.

Per la posizione secondo la quale, invece, la dimensione costituzionale della libertà di coscienza non abbraccerebbe le “attività esteriori dell'uomo” (e quindi la condotta attiva od omissiva dell'obiettore), G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, p. 1681. Sennonché un tale assunto se appare condivisibile rispetto a condotte commissive, lo è assai meno in relazione a quelle omissive. Sul punto, per ulteriori approfondimenti, sia ancora consentito il rinvio a E. LA ROSA, “Uso” ed “abuso”, cit., p. 756 ss.

¹⁴ In argomento A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, pp. 10 e 63; F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 480.

coscienza¹⁵; con la precisazione che – come si avrà modo di chiarire – la risoluzione del rapporto antinomico andrà fatta non tra le disposizioni astratte, bensì con riferimento alla situazione concreta, secondo il modello del bilanciamento tra interessi contrapposti¹⁶.

Non del tutto convincente appare, invece, l'opinione – pure autorevolmente sostenuta¹⁷ – che, muovendo dalla genericità del contenuto e dei confini del diritto in questione, arriva alla conclusione che solo il legislatore sarebbe legittimato ad individuare le modalità del suo concreto esercizio¹⁸. In realtà, uno Stato autenticamente liberale non dovrebbe “avere paura” delle scelte di libertà dei propri cittadini, né sopravvalutare i rischi di disgregazione che una massiccia pratica dell'obiezione potrebbe comportare: “il diritto a disobbedire alla legge non è un diritto staccato e aggiuntivo, rispetto agli altri diritti verso lo Stato. È semplicemente una caratteristica di tutti i diritti morali verso lo Stato e non può essere teoricamente negato senza negare l'esistenza di questi diritti”¹⁹.

In discussione, pertanto, non è l'*an* della particolare considerazione da riservare all'obiettore, quanto piuttosto il *quomodo*: se attribuire alle motivazioni di coscienza efficacia esimente ovvero meramente attenuante della responsabilità penale²⁰.

Il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza e, conseguente-

¹⁵ Per una ricostruzione della scriminante dell'esercizio di un diritto secondo lo schema delle “antinomie” tra norma incriminatrice e altre norme dell'ordinamento, F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 627 ss.

¹⁶ Così, per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, p. 542.

¹⁷ F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 543. Su posizioni analoghe, A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p.*, cit., p. 92, nonché, di recente, C. SALAZAR, *Le “relazioni pericolose” tra libertà di espressione e libertà di religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2008, p. 71.

¹⁸ In buona sostanza, pur ammettendosi, in linea teorica, l'esistenza di un vero e proprio diritto all'obiezione, si ritiene impossibile individuarne limiti e concrete modalità di esercizio, laddove manchi una disciplina positiva che li determini in relazione ad ogni particolare manifestazione del fenomeno.

¹⁹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, 1982, p. 135.

²⁰ Va detto, comunque, che la giurisprudenza si è mostrata per lo più sensibile alle emergenti istanze della coscienza individuale, “non arrendendosi ai dati legislativi formali, ma cercando di ricavare dai principi fondamentali e dalle linee ispiratrici dell'ordinamento giuridico ambiti e spazi per un loro riconoscimento o, per lo meno, per una attenuazione delle ripercussioni sfavorevoli ad esse conseguenti”. Così, P. MONETA, *Obiezione di coscienza. II) Profili pratici*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1.

mente, del diritto all'obiezione non esauriscono, però, il discorso circa il suo effetto scriminante ex art. 51 c.p., dovendo esso sottostare, al pari di *ogni* altro diritto – anche quelli costituzionalmente garantiti – a limiti interni ed esterni²¹. Nel caso di specie, stante la particolare fonte da cui il diritto promana, questi ultimi andranno di volta in volta individuati attraverso un delicato bilanciamento con altri interessi costituzionalmente garantiti e oggetto di tutela della norma incriminatrice.

Si tratta di un'operazione niente affatto semplice, ma che risulta ulteriormente complicata quando ci si trova – come nel caso in esame – di fronte ad obblighi penalmente sanzionati che incombono su soggetti investiti di una pubblica funzione.

Ora, contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina, non pare esservi alcuna incompatibilità di tipo ontologico tra titolarità di una pubblica funzione ed esercizio del diritto all'obiezione di coscienza. Ne rappresenta un'inequivoca conferma la stessa disciplina contenuta nell'art. 9 della l. 194/1978, che espressamente riconosce una simile facoltà ad operatori sanitari, certamente titolari della qualifica di pubblico ufficiale o, quanto meno, di incaricato di un pubblico servizio.

La particolarità di questa ipotesi va semmai colta sotto il profilo delle maggiori difficoltà in cui ci si imbatte quando occorre operare il bilanciamento degli interessi. In una tale operazione vengono spesso in rilievo problemi attinenti alla stessa organizzazione degli uffici e alla distribuzione del lavoro al loro interno. Problemi la cui soluzione non può essere affidata al giudice, ma necessita di una apposita disciplina positiva, di competenza del Parlamento, stante l'incidenza dell'obiezione su diritti fondamentali (in questo caso la salute, in altri potrebbe essere l'amministrazione della giustizia)²².

²¹ Su questo tema, tra gli altri, A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p.*, cit., *passim*; F. VIGANÒ, *Sub art. 51*, cit., p. 536 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2007, pp. 265-66; A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, p. 225 ss.

²² Tra gli altri, S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 523 ss.; V. ONIDA, *L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, cit., p. 365 ss.; G. DELLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., p. 52. Con specifico riferimento al tema qui trattato, G. DI COSIMO, *I farmacisti e la "pillola del giorno dopo"*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 143

3. Il rifiuto di prescrivere la c.d. "pillola del giorno dopo" ome omissione tipica ex art. 328 c.p.

Uno dei casi rispetto ai quali il problema dell'obiezione di coscienza in ambito sanitario è venuto in rilievo, anche sotto il profilo dei suoi possibili riflessi penalistici, è legato alla prescrizione ed alla vendita della c.d. "pillola del giorno dopo"²³. Il tema – già venuto all'attenzione della dottrina e dell'opinione pubblica, soprattutto in occasione dell'autorizzazione alla messa in commercio del farmaco in questione²⁴ – è ritornato di attualità nei mesi scorsi, oltre che per i ripetuti interventi delle gerarchie cattoliche²⁵, a seguito della segnalazione, in varie città (tra le altre, Pisa, Genova e Roma) di numerosi casi di diniego della prescrizione, che hanno attirato l'attenzione non solo degli organi di informazione, bensì anche della magistratura²⁶.

La questione merita di essere esaminata analiticamente, sia per le crescenti dimensioni del fenomeno ad essa sotteso, sia perché offre l'occasione per trarre indicazioni più generali in merito all'oggetto di questo contributo.

²³ Decisamente meno problematico si presenta il caso della somministrazione della pillola RU486. La sua natura inequivocabilmente abortiva e la scelta di limitarne l'uso alle sole strutture ospedaliere rendono pacifico l'assoggettamento alla normativa in materia di interruzione volontaria della gravidanza, compresa la disciplina dell'obiezione di coscienza. In argomento, da ultimo, V. TURCHI, *L'obiezione di coscienza nell'ambito della bioetica*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 1441.

²⁴ G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 142 ss.; G. BONI, *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 677; N. GIMELLI, *L'obiezione di coscienza dei farmacisti: cosa ne pensa la CEDU? Il caso Picbon e altri c. Francia. Il dibattito dottrinale italiano sulla c.d. "pillola del giorno dopo"*, in *Dir. eccl.*, 2004, p. 740; M. CASINI - A. SPAGNOLO, *Aspetti giuridici, deontologici ed etici della prescrizione medica degli estroprogestinici a scopo contraccettivo*, in *Medicina e morale*, 2002, p. 429. Per una più generale disamina della problematica, si veda J. CANTOR - K. BAUM, *The limits of Conscientious Objection – May Pharmacist Refuse to Fill Prescription for Emergency Contraception?*, in *New England Journal of Medicine*, 2004, p. 2008.

²⁵ Si pensi al recente discorso tenuto, nell'ottobre 2007, da Benedetto XVI davanti ai partecipanti al XXV Congresso della Federazione internazionale dei farmacisti cattolici, nel quale li si esortava esplicitamente all'obiezione, "un diritto che deve essere riconosciuto alla vostra professione permettendovi di non collaborare direttamente o indirettamente alla fornitura di prodotti che hanno per scopo scelte chiaramente immorali, come per esempio l'aborto e l'eutanasia".

²⁶ Per una ricostruzione delle vicende verificatesi a Pisa e del dibattito da esse suscitato in sede locale (e non solo), si veda S. BARTOLOMMEI, *Pillole e coscienza. Una cronaca del "caso Pisa"*, in *Bioetica*, 2/2008, p. 255 ss.

I medicinali a base di *levonorgestrel* sono, come noto, contraccettivi “d’emergenza” o ad effetto post-coitale – e, quindi, tardivo – che, per poter agire efficacemente, devono essere assunti subito dopo la consumazione di un rapporto sessuale non protetto e, comunque, non oltre le 72 ore.

Il possibile conflitto di coscienza, in capo al medico o al farmacista, nasce dal fatto che non sono del tutto noti – almeno in dettaglio – i meccanismi di azione del farmaco²⁷; una controversia acuita dalla constatazione che il “piano delle valutazioni scientifiche si confonde con quello delle valutazioni ideali (etiche, filosofiche, religiose, etc...) relative alla definizione del momento in cui comincia la vita”²⁸. Gli studi medici, in particolare, pur concordi nel riconoscere che gli effetti si producono in una fase che precede l’annidamento dell’ovulo fecondato nell’utero materno, non escludono che questi intervengano dopo l’avvenuta fecondazione²⁹, determinando la distruzione di quello che viene già ritenuto, a tutti gli effetti, un embrione umano. Sicché il ricorso al farmaco viene giudicato eticamente inaccettabile da quanti propugnano una tutela incondizionata della vita umana fin dal suo inizio: momento che viene identificato con il concepimento (cioè la fusione cellulare tra gameti maschile e femminile)³⁰.

Né pare potersi liquidare la questione sulla base della sola, semplicistica considerazione secondo cui il nostro ordinamento non qualifica il farmaco in oggetto tra gli abortivi, bensì tra gli anticoncezionali, sia pure *sui generis*³¹. Vero che il TAR del Lazio, nel confermare la legittimità del provvedimento

²⁷ Sul punto, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, P.G. MACRÌ, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista medico e deontologico*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto*, a cura di P. FUNGHI - F. GIUNTA, Pisa, 2005, p. 65 ss.

²⁸ G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 142.

²⁹ Va segnalato, peraltro, un recente studio, condotto dal prestigioso *Karolinska Institutet* di Stoccolma, che ridimensiona fortemente le preoccupazioni circa la possibile azione “abortiva” del farmaco in oggetto. Il riferimento è a P.G.L. LALITKUMAR - S. LALITKUMAR - C.X. MENG - A. STAVREUS-EVERS - F. HAMBILIKI - U. BENTIN-LEY - K. GEMZELL-DANIELSSON, *Mifepristone, but not levonorgestrel, inhibits human blastocyst attachment to an in vitro endometrial three-dimensional cell culture model*, in *Human Reproduction*, 2007, p. 3031ss. È evidente che se le conclusioni cui tale lavoro perviene trovassero un consenso generalizzato nella comunità scientifica, ne dovrebbe derivare un superamento delle perplessità di ordine etico legate all’uso del *levonorgestrel*, con la conseguenza che la rilevanza penale del rifiuto di prescriberlo (o di venderlo) diventerebbe, a quel punto, pacifica.

³⁰ Su questi profili, cfr. E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootite: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 440 ss.

³¹ Così, invece, V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003, p. 216.

ministeriale che ne ha autorizzato la commercializzazione in Italia, postula la natura “non abortiva del farmaco” per escludere ogni contrasto con il dettato della legge 194/1978³²; tuttavia non va dimenticato che il problema dell’obiezione di coscienza nasce proprio – come già accennato – dal conflitto tra una profonda convinzione ed un assetto giuridico positivo che si ritiene non conforme ad essa. Così, per esempio, se, in ipotesi, si dovesse addivenire all’espresso riconoscimento normativo del principio di “piena disponibilità della vita umana”, non potrebbe, per ciò solo, giudicarsi illegittima una obiezione fondata sull’intimo convincimento dell’indisponibilità della stessa. Si potrà, semmai, discutere dei limiti di liceità dell’esercizio del diritto ad uniformare i propri comportamenti secondo i dettami del foro interno; ma ciò non può tradursi in una inaccettabile confusione tra il piano del riconoscimento del diritto e quello dell’individuazione dei limiti alla sua pratica attuazione.

Si tratta, allora, di capire se la condotta del medico acquisti una rilevanza penale o se quest’ultima non debba essere, a qualche titolo, esclusa.

La fattispecie incriminatrice che viene in rilievo è quella di *Rifiuto di atti d’ufficio*, ex art. 328, comma 1, c.p., presentando l’atto rifiutato i caratteri dell’*urgenza* e dell’essere dato *per ragioni di sanità*. Quest’ultima, del resto, è da intendersi in senso lato, come sinonimo di salute, cioè non solo come assenza di malattia o mera sopravvivenza, ma anche come benessere psico-fisico globale della persona³³. In tale concetto rientra, quindi, il disagio psichico in cui può trovarsi chi (donna o coppia) non possa o non voglia correre il rischio di una gravidanza indesiderata³⁴.

Il problema che si pone al giurista – ed al penalista in particolare – è quello di valutare quale incidenza possa avere, ai fini della responsabilità penale, la circostanza che il fatto sia stato commesso per motivazioni saldamente radicate nel “foro interno” dell’agente.

In realtà, oggetto di discussione è la stessa “tipicità” della condotta omissiva del medico³⁵. Infatti, vi è chi contesta il carattere “doveroso” della prescri-

³² TAR Lazio, Sezione I bis, Sentenza 12 ottobre 2001, n. 8465, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2981, con nota di G. CASSANO - F. PATRONO, *Contraccezione d'emergenza e "pillola del giorno dopo". Sui dilemmi di una discutibile decisione*.

³³ Cass. pen., sez. VI, 18 aprile 1997, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 137. *Contra*, nel senso di una lettura restrittiva del concetto di “sanità”, tra gli altri, C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2001, p. 709.

³⁴ S. BARTOLOMMEI, *Pillole e coscienza*, cit., p. 269.

³⁵ Così, per esempio, G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 142.

zione del farmaco in oggetto e, conseguentemente, la riconducibilità del rifiuto entro lo spettro applicativo della citata norma incriminatrice. Ciò in forza dell'assunto secondo cui non sussisterebbe in capo al medico alcun obbligo di prescrivere farmaci sulla base della mera richiesta del paziente, operando su questo terreno il principio della libertà delle scelte terapeutiche³⁶; vieppiù se si considera che il *levonorgestrel* non è un farmaco "da banco", ma può essere venduto solo dietro presentazione di ricetta medica³⁷.

Tali considerazioni non valgono certamente nel caso – come quello verificatosi a Pisa – in cui venga affisso sulla porta del presidio sanitario un cartello con la chiara dicitura "*Non si prescrive la pillola del giorno dopo. Entro 72 ore rivolgersi al medico curante privato, pronto soccorso, ginecologia, consultorio*". In questa ipotesi, l'integrazione della condotta omissiva pare fuori discussione, senza che possa in alcun modo invocarsi l'esercizio, da parte del medico, della sua discrezionalità tecnica. L'aprioristico diniego ad effettuare la prestazione rappresenta una classica ipotesi di "rinuncia preventiva alla valutazione degli interessi in gioco che contraddice gli scopi per cui è concesso il potere discrezionale"³⁸, come tale suscettibile di essere sindacata in sede penale, quale violazione dei doveri inerenti lo svolgimento della funzione pubblica. Si è del resto osservato come la rilevanza penale ex art. 328 c.p. non possa essere esclusa ogniqualvolta il rifiuto o l'omissione abbiano ad oggetto "l'esame della situazione di fatto corrispondente a quella tipica prevista da una norma, esame che la p.a. sia tenuta ad effettuare per decidere se compiere o meno l'atto"³⁹. Principio, questo, che opera pienamente anche in relazione alla c.d. "discrezionalità tecnica", dal momento che essa investe semmai le concrete

³⁶ Ricavabile dall'art. 33 Cost e dagli artt. 3, 4 e 13 del *Codice di deontologia medica* del 2006.

³⁷ Così, per esempio, F. D'AGOSTINO, *Obiezione di coscienza. Medico non esecutore di richieste*, in *Avvenire*, 3 aprile 2008, che richiama anche il *Codice di deontologia medica* (2006), il cui art. 13 prevede, tra le altre cose che "*In nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili*". Questa impostazione non pare, però, sfuggire ad una certa confusione tra il piano delle valutazioni "mediche" e quello delle valutazioni più propriamente etiche.

³⁸ Sul punto, per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Bologna, 2007, 229.

³⁹ Così, per tutti, M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, p. 332. *Contra*, tra gli altri, C. BENUSSI, *I delitti*, cit., p. 715, secondo il quale l'applicabilità dell'art. 328 c.p. sarebbe da escludere quanto meno nei casi in cui la discrezionalità investa l'*an* o il *quando* del provvedimento.

modalità dell'intervento del p.u., non certo la possibilità di non farsi carico della valutazione della situazione di fatto. Nel caso di specie, inoltre, il "rifiuto preconcepito" della prescrizione del farmaco configura anche una violazione dell'*Accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale*, il cui art. 67 impone al "medico di continuità assistenziale" di assicurare "le prestazioni sanitarie non differibili ai cittadini residenti nell'ambito territoriale afferente alla sede di servizio"⁴⁰.

Anche al di là di questa ipotesi, per certi versi "estrema", occorre intendersi: un conto è dire che la prescrizione deve essere adeguatamente motivata sotto il profilo terapeutico – affermazione sulla quale non si può non convenire –; altro è riconoscere al medico la possibilità di rifiutarla non per ragioni strettamente mediche, bensì sulla base di considerazioni etiche o religiose. Il precedente giurisprudenziale⁴¹ che è stato talvolta richiamato in proposito non contiene affatto indicazioni in tal senso, limitandosi a fissare alcuni principi generali sui presupposti per il rilascio della ricetta medica⁴².

Lo stesso principio di "libertà terapeutica" non opera incondizionatamente; trovando questa il suo concreto fondamento nell'esigenza di assicurare il pieno rispetto dell'interesse del paziente, la salute (da intendere in senso lato) di quest'ultimo rappresenta un argine alla sua operatività⁴³.

Ciò senza considerare come, nel caso di specie, un preciso obbligo pare potersi ricavare, oltre che dalla particolare natura del farmaco, soprattutto dal-

⁴⁰ S. BARTOLOMMEI, *Pillole e coscienza*, cit., p. 272.

⁴¹ Il riferimento è a Trib. Roma, 25 giugno 1997, Anna, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 318, con nota di A. FIORI - G. LA MONACA, *Le regole doverose di condotta nel rilascio della ricetta medica*. La decisione in questione ammette sì la possibilità di rifiutare legittimamente il rilascio della prescrizione se la richiesta del paziente "è caratterizzata dalla assoluta impossibilità per il medico di entrare in possesso di una qualche conoscenza anamnestica delle condizioni del soggetto", ma ciò al solo fine di valutare la sussistenza di "pacifiche ragioni mediche di carattere oggettivo" che rendano preferibile la non assunzione del farmaco; il che è cosa ben diversa dal legittimare un diniego fondato esclusivamente su ragioni ideologiche. Semmai può registrarsi una certa discrasia tra il principio di diritto affermato dai giudici e la soluzione adottata nel caso concreto.

⁴² In dottrina ci si è, peraltro, spinti ancora oltre, sottolineando come la disposizione in oggetto fa riferimento ad una doverosità dell'atto la cui fonte andrebbe individuata nella "oggettiva situazione di pericolo concreto" determinata per ragioni di sanità. Così A. SPENA, *Sub art. 328*, in *Codice penale ipertestuale*, cit., p. 1553.

⁴³ Sul punto, sia pure in relazione a profili diversi rispetto a quelli qui considerati, cfr. F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 668 e P. PIRAS, *Prescrizione di farmaci off-label e responsabilità penale*, in questa *Rivista*, 2007, p. 430.

l'art. 1 della l. 405/1975, istitutiva dei consultori familiari, che ne individua, tra gli scopi, quello della “*somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti*”⁴⁴.

Concludendo sul punto, la libertà assicurata al medico non può tradursi nel rifiuto della prescrizione, laddove ricorrano i presupposti previsti dalla legge per l'erogazione della prestazione; a meno che non si manifesti un concreto pericolo per la salute della donna. La circostanza in forza della quale il farmaco sia regolarmente commercializzato e sia idoneo, nel caso di specie, a risolvere o alleviare le problematiche cliniche del paziente (tra le quali rientrano quelle che attengono alla sfera sessuale e della libertà procreativa), fa sì che si configuri un vero e proprio diritto soggettivo alla prescrizione⁴⁵.

Si possono semmai nutrire perplessità sulla scelta di inserire il farmaco tra quelli per i quali è indispensabile la prescrizione medica, dal momento che la sua intrinseca natura di “trattamento urgente”, rende estremamente difficile (quando non addirittura impossibile) effettuare approfonditi accertamenti diagnostici volti ad evidenziare eventuali controindicazioni alla somministrazione in particolari pazienti. Meglio sarebbe stato forse includere il *levonorgestrel* tra i c.d. “farmaci da banco”, dato anche che la letteratura scientifica sembra evidenziare rischi di effetti collaterali estremamente ridotti. Ad ogni modo, stante la diversa soluzione accolta dal legislatore, si deve escludere che il medico sia tenuto a prescrivere il farmaco *soltanto* all'esito di una accurata indagine clinica; diversamente ragionando la prescrizione sarebbe di fatto preclusa.

Le medesime cadenze argomentative fin qui illustrate possono, *mutatis mutandis*, trovare applicazione anche in relazione al caso – per molti versi contiguo – del rifiuto di vendita da parte del farmacista. Ciò con alcune importanti precisazioni.

Nessun dubbio sorge in questa ipotesi circa il carattere doveroso dell'attività omessa; ciò deriva direttamente dall'art 38, comma 1, r.d. 30 settembre 1938, n. 1076, in forza del quale, “*i farmacisti non possono rifiutarsi di vendere le specialità medicinali di cui siano provvisti e di spedire ricette firmate da un medico per medicinali esistenti nella farmacia*”. La normativa non lascia, quin-

⁴⁴ In argomento, M. VENTURA, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista giuridico*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto*, cit., p. 77.

⁴⁵ V. PACILLO, *Contributo*, cit., p. 216.

di, alcuno spazio alla discrezionalità dell'operatore sanitario, né sotto il profilo amministrativo, né sotto quello tecnico.

Tale assunto ha trovato conferma, seppur *a contrario*, in alcune pronunce giurisprudenziali che hanno sì escluso l'integrazione degli estremi del delitto di cui all'art. 328, comma 1, c.p., nella "condotta del farmacista che rifiuti di somministrare un medicinale – soggetto, in forza di comando legislativo extrapenale, a prescrizione medica", ma solo perché l'utente che ne aveva fatto richiesta era privo della relativa ricetta⁴⁶; dal che si deduce come il rifiuto risulti penalmente rilevante laddove sia presente una prescrizione medica.

Una conclusione che sembra trovare ulteriore conferma nel riconoscimento della possibilità di procedere alla vendita del farmaco in assenza di "valida ricetta medica", sia pure con le modalità e nei limiti previsti dal D. M. Salute 31 marzo 2008, attuativo dell'art. 88, comma 2-*bis*, d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, come modificato dal decreto legislativo 29 dicembre 2007, n. 274. Se, infatti, di fronte ad una situazione obiettiva di urgenza il legislatore consente la deroga dell'obbligo della prescrizione per la vendita di medicinali per i quali è richiesta, non si vede come, di fronte ad un'analoga situazione di urgenza, il farmacista possa sottrarsi all'obbligo di vendita del farmaco.

Sul tema è intervenuta anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, pronunciandosi su una vicenda avvenuta in Francia, ha escluso che le convinzioni personali religiose del farmacista possano giustificare un suo rifiuto di vendere farmaci dietro prescrizione. Ed invero, secondo la Corte, l'art. 9 CEDU stabilisce di manifestare i propri convincimenti al di fuori della sfera professionale, pena un'indebita imposizione ad altri del proprio credo religioso⁴⁷. Se, da un lato, la pronuncia desta qualche perplessità laddove sembra aprioristicamente escludere la possibilità di esercizio dell'obiezione da parte di titolari di pubbliche funzioni in assenza di una *interpositio legislatoris*, dall'altro, è pienamente condivisibile nel momento in cui pone l'accento sulla necessità di non determinare interruzioni nell'erogazione dei servizi pubblici.

3.1. Segue: *il carattere "indebito" del rifiuto*

Sempre sul terreno del fatto tipico – sia pure sul piano della delicata inter-

⁴⁶ Trib. Rieti, 11 ottobre 1994, Sartorelli, in *Foro it.*, 1995, II, p. 182.

⁴⁷ CEDU, 2 ottobre 2001, Pichon e Sajous vs. Repubblica francese, in *Dir. eccl.*, 2004, II, p. 351 ss.

sezione tra tipicità ed antigiuridicità⁴⁸ – un'esclusione della rilevanza penale delle condotte omissive in oggetto potrebbe ottenersi attraverso la valorizzazione della clausola di illiceità espressa inserita nella struttura dell'art. 328, comma 1, c.p., in forza della quale il rifiuto dell'atto assume rilievo penale solo se “*indebito*”.

La dottrina penalistica appare, invero, alquanto divisa sul significato e sulla portata che tale elemento assume nel contesto della fattispecie qui considerata.

Per alcuni Autori l'avverbio “*indebitamente*” sarebbe del tutto superfluo, limitandosi ad esplicitare il connotato dell'antigiuridicità, richiesto tacitamente da ogni norma incriminatrice⁴⁹ ovvero – secondo altri – quello di illiceità speciale già ricavabile dall'assetto complessivo della fattispecie⁵⁰. In realtà, chi aderisce a quest'ultimo orientamento non perviene a conclusioni concrete dissimili da quelle di quanti fanno derivare la connotazione di illiceità dall'indice formale esplicitante presente nella descrizione della fattispecie; sicché risulta di secondaria importanza determinare quale, tra queste due impostazioni, sia da considerare la più corretta.

Una volta riconosciuta la natura di fattispecie ad illiceità speciale, il vero problema è semmai quello di individuare quali siano gli specifici doveri gravanti sul pubblico ufficiale o sull'incaricato di pubblico servizio, alla cui violazione è subordinata la “tipicità” del rifiuto. Sul punto si registra, infatti, una non trascurabile divaricazione di posizioni.

Un primo orientamento scioglie il significato della formula normativa nel latissimo concetto di “*assenza di giustificato motivo*”, sì da includervi tutte le ipotesi in cui il compimento dell'atto sia da considerare eccessivamente difficile o complicato o comunque inesigibile⁵¹. Inteso in questa più ampia acce-

⁴⁸ Su questi profili, di recente, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 102 ss.

⁴⁹ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., p. 716, come pure A. SPENA, *Sub art. 328*, cit., p. 1551, secondo cui “il rifiuto del pubblico agente o è indebito o non è affatto un rifiuto penalmente rilevante”. Nello stesso senso, già D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 85.

⁵⁰ M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 341

⁵¹ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1995, p. 19; nello stesso senso, con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 328 c.p., già A. CADOPPI, *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 16 ss. Una siffatta proposta ermeneutica rappresenta, in effetti, il naturale sbocco di una corrente di pensiero che, mossa dall'intento di attribuire un autonomo significato all'avverbio *indebitamente*, ha ritenuto che esso esprimesse l'antidoverosità della condotta alla stregua di norme sociali o di costume (P. CAPOBIANCO, *Aspetti penalistici dell'omissione di lezioni da parte del docente*

zione, il “giustificato motivo” finisce col prescindere dal riferimento ad una qualsivoglia fonte qualificata per ricomprendere ogni seria (e non pretestuosa) giustificazione del pubblico agente⁵².

Aderendo a questa più estensiva ricostruzione del contenuto semantico della clausola di illiceità, si potrebbe giungere a considerare non indebito il rifiuto opposto dal medico per ragioni di ordine etico o religioso, anche attraverso il riferimento alla c.d. “clausola di coscienza” prevista dall’art. 22 del *Codice deontologico* del 2006⁵³.

Una impostazione di tal fatta presenta, forse, il pregio di attribuire un più incisivo ruolo ad un elemento della fattispecie che rischia altrimenti di apparire superfluo, oltre che di soddisfare in qualche modo l’esigenza di una “considerazione equitativa delle circostanze del caso concreto”⁵⁴. Non mancano pronunce giurisprudenziali che si muovono lungo la direzione appena tracciata⁵⁵; pare, però, preferibile una lettura più restrittiva che, qualificando come “non indebito” il solo rifiuto che trova giustificazione in “leggi e disposizioni amministrative che regolano competenze e forme” dell’ufficio o servizio, non solo meglio corrisponde ad esigenze di precisione e tassatività della fattispecie, ma si presenta anche più coerente con la dimensione pubblicistica degli interessi in gioco e con la particolare qualità soggettiva dei destinatari della norma incriminatrice⁵⁶.

universitario, in *Giur. mer.*, 1971, p. 400), comunque prescindenti dal rigoroso riferimento alla normativa extrapenale in materia (L. CONCAS, *Inottemperanza al giudicato amministrativo e omissione di atti d’ufficio*, in *Riv. amm.*, 1981, p. 15); ovvero la necessità di valutare la condotta omissiva alla stregua di un parametro di adeguatezza sociale che escludesse la rilevanza penale in caso non solo di impossibilità ma anche di semplice difficoltà di compimento dell’azione richiesta (A.M. STILE, *Omissione, rifiuto o ritardi di atti d’ufficio*, Napoli, 1974, p. 156).

⁵² S. PUTINATI, *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 581.

⁵³ Art. 22 – Autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica. *Il medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita e deve fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento.*

⁵⁴ Così A. SPENA, *Sub art. 328*, cit., p. 1551.

⁵⁵ Emblematica, in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 2000, n. 7281, in *G. dir.*, 2000, f. 32, p. 53, che, nel negare carattere “indebito” al rifiuto di alcuni militari di ricevere una denuncia a loro carico, ha ritenuto che “nel bilanciamento fra l’interesse al buon andamento della P. A., tutelato dall’art. 328 c.p., e il diritto soggettivo alla difesa, tutelato dall’art. 24 Cost., la prevalenza non può che essere attribuita a quest’ultimo”.

⁵⁶ M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 341 ss.. L’Autore, in polemica con l’impostazione – citata

Aderendo a questa impostazione, non paiono esservi spazi per negare carattere “indebito” al rifiuto del medico, nell’ipotesi – come quella di cui qui si discute – in cui esso si fondi unicamente su considerazioni di ordine morale o religioso.

Né i termini della questione sarebbero destinati a mutare laddove si aderisse ad una proposta ricostruttiva – recentemente ipotizzata – che, ponendosi in posizione intermedia rispetto a quelle precedentemente illustrate, ritiene sì identificabile il concetto di “indebito” con quello di “assenza di un giustificato motivo”, ma accogliendo un’accezione più ristretta di quest’ultimo, cioè limitata “ai soli casi in cui al pubblico ufficiale sia lasciato dalla norma extrapenale di riferimento un certo margine di apprezzamento in merito all’*an* o al contenuto dell’atto da adottare”⁵⁷. Sennonché, in tal modo, si riproporrebbe il medesimo interrogativo già emerso in sede di valutazione della “tipicità” dell’omissione e risolto nel senso della sindacabilità della scelta del medico da parte del giudice penale.

3.2. *Segue: applicazione “diretta” dell’art. 9 l. 194/1978?*

Qualificata come tipica, ex art. 328, comma 1, c.p., la condotta del medico che rifiuti di prescrivere il contraccettivo d’emergenza, il passo successivo è quello di capire se esista comunque la possibilità di escludere la responsabilità penale.

Come abbiamo visto⁵⁸, la categoria dogmatica che viene in rilievo è quella della scriminante dell’esercizio del diritto costituzionale di libertà di coscienza.

Si tratta, a questo punto, di verificare se esista già una disciplina positiva da poter applicare all’ipotesi che stiamo considerando; nel qual caso l’obiezione del medico risulterebbe *ipso iure* giustificata, avendo il legislatore provveduto a quel contemperamento dei diversi interessi in gioco che costituisce la condizione per l’esercizio del diritto all’obiezione da parte del titolare di una pubblica funzione.

nel testo – che interpreta l’avverbio “*indebitamente*” come sinonimo di “*assenza di giustificato motivo*” ne sottolinea il carattere di estrema elasticità, mettendo in evidenza come l’interpretazione proposta “forza il dato testuale, per giunta in relazione *ad atti urgenti dovuti* dalla p.a. per ragioni di interesse generale”.

⁵⁷ A. SPENA, *Sub art. 328*, cit., p. 1551, che riconosce, però, come nel caso di attività discrezionali la rilevanza del giustificato motivo sia *in re ipsa*, dovendosene tener conto in sede di valutazione della “doverosità” dell’atto omissivo o rifiutato.

⁵⁸ Cfr. *supra* Par. 2.

La norma che potrebbe venire in rilievo è quella prevista dal già menzionato art. 9 l. 194/1978.

A tal fine, essendo in questa disposizione l'obiezione esplicitamente riferita alle procedure dirette all'interruzione della gravidanza, occorre interrogarsi sul significato che il termine "gravidanza" assume nel contesto della legge⁵⁹.

Il legislatore italiano non ha inteso prendere posizione sul punto, lasciando l'onere all'interprete; compito non certo facile, dal momento che la letteratura scientifica, la disciplina positiva e lo stesso linguaggio comune forniscono indicazioni tutt'altro che univoche.

Non è certo questa la sede per un'analitica disamina delle argomentazioni a sostegno delle diverse opzioni ermeneutiche, che richiederebbe competenze di ambito medico, delle quali chi scrive non è certamente in possesso.

Una precisazione pare, però, opportuna. Non si tratta qui tanto di prendere posizione sul controverso concetto di vita umana e su quello di inizio della stessa, quanto piuttosto di individuare la soluzione più coerente rispetto alla normativa sulla cui applicabilità al caso in oggetto si discute.

Rispetto alle diverse impostazioni che calcolano la durata della gravidanza a partire dal primo giorno dell'ultima mestruazione (c.d. *età gestazionale*)⁶⁰ ovvero dal giorno dell'ovulazione o del presumibile concepimento, il che è equivalente, dato che la fecondazione avviene entro 24 ore dall'ovulazione (c.d. *età concezionale*)⁶¹, appare preferibile quella che ritiene iniziata la gravidanza solo con l'annidamento dell'ovulo fecondato sulla parete dell'utero (c.d. *teoria dell'annidamento*)⁶².

⁵⁹ Per una ricostruzione delle varie posizioni si veda M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Padova, 1992, p. 97 ss..

⁶⁰ Così, C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, p. 131. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Padova, 19 novembre 1985, Polacco, in *Foro it.*, 1988, II, p. 465, con nota critica di F. ALBEGGIANI, *Aspetti problematici in tema di interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni*. In argomento, prima dell'emanazione della l. 194/1978, cfr. anche M. ROMANO - F. STELLA, *Aborto e legge penale*, Milano, 1975, p. 12.

⁶¹ M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 98; F. ALBEGGIANI, *Aspetti problematici*, cit., p. 466; C. CASSANI, *Aborto*, in *I reati contro la persona*, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - M. PAPA, I, Torino, 2006, p. 156.

⁶² V. BOMPIANI, *Aspetti giuridici della tutela dell'embrione e del feto umano*, in AA.VV., *Il dono della vita*, a cura di E. SGRECCIA, Milano, 1987, p. 195. Pur nel contesto di un'impostazione – successivamente superata dallo stesso Autore – che identifica l'inizio della vita umana individuale con l'incontro tra gameti maschili e femminili, pare identificare l'inizio della gravidanza con il momento dell'annidamento anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, dritto*, in *Jus*, 1984, pp. 48 e 55. L'Autore non solo definisce la gestazione come "sviluppo prenatale di embrione in ambiente di per sé capace di portarlo alla nascita" (ambiente che non può non identi-

Questa soluzione trova riscontro nella terminologia descrittiva adottata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, che qualifica come gravidanza la "fase successiva all'impianto in utero dell'embrione"⁶³ ed è stata fatta propria in maniera espressa dal legislatore tedesco. Il secondo periodo del § 218 StGB, stabilisce che gli "atti, il cui effetto si verifica prima dell'annidamento nell'utero dell'ovulo fecondato, non sono considerati aborto ai sensi della presente disposizione". Essa – lungi dal dover essere giudicata arbitraria⁶⁴ – appare la più coerente rispetto all'impianto complessivo della legge. Del resto, anche da un punto di vista strettamente fisiologico, solo l'impianto in utero innesca quelle modificazioni istologiche ed ormonali che caratterizzano lo stato di gravidanza.

A favore della "teoria dell'annidamento" si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, nel contesto della già citata pronuncia avente ad oggetto la legittimità dell'atto che ha autorizzato la commercializzazione del *levonorgestrel*⁶⁵. I giudici hanno messo in rilievo come svariate disposizioni della l. 194/1978 – per esempio, la previsione di congrui tempi procedurali per gli accertamenti medici, estesi all'esame delle ragioni che muovono la donna a richiedere l'interruzione della gravidanza e alla ricerca di soluzioni per la rimozione delle cause alla base della scelta abortiva (art. 5), come pure la possibilità di assegnare alla madre un termine di sette giorni per ogni definitiva decisione (art. 5, comma quarto) – inducono "a ritenere che il legislatore abbia inteso quale evento interruttivo della gravidanza quello che interviene in una fase successiva all'annidamento dell'ovulo nell'utero materno". Una conclusione che trova ulteriore conferma nell'art. 8 della legge, che, nel descrivere le modalità dell'intervento, ne impone l'effettuazione con la partecipazione di un medico specialista ed all'interno di strutture ospedaliere o case di cura autorizzate; circostanze queste che mal si adattano alle metodiche anticoncezionali. Ed, infatti, nessun problema è mai stato sollevato rispetto all'utilizzo con funzione contraccettiva dello IUD (*Intra uterine device*) o "spirale", che presenta caratteristiche per molti versi analoghe alla c.d. "pillola del giorno dopo", costituendo peraltro una pratica decisamente più invasiva, dal momento che richiede un vero e proprio intervento chirurgico.

ficarsi con l'utero materno), ma propone anche una distinzione tra aborto e embrionicidio, intendendo per tale la "uccisione dell'embrione ancora capace di vivere, non in gestazione".

⁶³ Riferimenti in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Nota sulla contraccezione d'emergenza*, 28 maggio 2004.

⁶⁴ Così, invece, M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 100.

⁶⁵ TAR Lazio, Sezione I bis, Sentenza 12 ottobre 2001, n. 8465, cit.

Che la prescrizione della “pillola del giorno dopo” sia estranea alle procedure previste dagli artt. 5 e 7 della legge sull’aborto lo testimonia anche il fatto che una delle critiche mosse dalla Pontificia Accademia per la vita, nel suo comunicato del 31 ottobre 2000, riguarda proprio l’aggravamento della legge che la commercializzazione del farmaco comporterebbe⁶⁶.

Del resto, quanti si oppongono alla soluzione qui accolta, ritenendola estranea all’impianto complessivo della nostra legislazione in materia, devono poi riconoscere l’esistenza di enormi difficoltà di ordine probatorio sollevate dall’adozione di soluzioni alternative⁶⁷.

Si tratta di considerazione che non può essere sottovalutata. Dal momento che lo “stato di gravidanza” costituisce il presupposto per l’applicazione anche delle fattispecie penali in materia di aborto, l’attribuire al concetto un significato tale da produrre una difficile se non impossibile verificabilità empirica costituirebbe una palese violazione del principio di sufficiente determinatezza, riconosciuto dalla Corte Costituzionale fin dal 1981 con la nota sentenza sul plagio⁶⁸.

A ciò si aggiunga che diretta conseguenza di un’anticipazione del momento di inizio della gravidanza dovrebbe essere la penalizzazione di condotte (quali l’uso della spirale o l’assunzione del *levonorgestrel*) che possono in alcuni casi (ma non in altri) portare alla soppressione di un ovulo già fecondato. In tal modo, però, si finirebbe col considerare le fattispecie penali in materia di aborto come reati contemporaneamente di danno e di pericolo, con grave pregiudizio per la coerenza interna del sistema (anche in considerazione del fatto che i due diversi gradi di offesa sarebbero assogettati ad un medesimo

⁶⁶ Il testo completo del “*Comunicato sulla c.d. pillola del giorno dopo*” si può leggere sul sito www.vatican.va.

⁶⁷ M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 103, che sottolinea come tali difficoltà renderebbero di fatto non punibile un aborto precoce post-coitale. Di “considerevole margine di incertezza” parlano P. NUVOLONE - A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 30; nello stesso senso, di recente, C. CASSANI, *Aborto*, cit., p. 157.

Del problema della prova si fanno carico i promotori di un diverso criterio di valutazione che – prescindendo dall’alternativa *età concezionale/età gestazionale* – si fonda sull’accertamento, da parte del medico, dell’inizio effettivo della gravidanza, indipendentemente dal tipo di procedimento seguito. Così, P. BENCIOLINI - A. APRILE, *L’interruzione volontaria della gravidanza. Compiti, problemi responsabilità*, Padova, 1990, p. 53. La proposta, per quanto apprezzabile, non si sottrae però al rischio, non solo dell’incertezza, ma soprattutto di una diseguale applicazione della legge.

⁶⁸ In argomento, per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 163 e G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, p. 79.

trattamento sanzionatorio).

Infine, per concludere sul punto, la lettura qui accolta risulta ulteriormente avvalorata per effetto del diffondersi delle tecniche di fecondazione artificiale extracorporea, il ricorso alle quali, per quanto fortemente ostacolato, non è certo precluso dalla l. 40/2004. Applicare in queste ipotesi i criteri dell'età *gestazionale* o di quella *concezionale* condurrebbe al risultato – quanto meno paradossale – di ritenere iniziata la gravidanza quando l'ovulo fecondato si trova ancora all'esterno del corpo della madre⁶⁹.

Quanto, poi, ad un'eventuale applicazione diretta dell'art. 9 l. 194/78 al farmacista obiettore, ad opporsi è l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione che, riferendosi al “*personale sanitario*” e a quello “*esercitante le attività ausiliarie*”, esclude espressamente la categoria dei farmacisti⁷⁰.

3.3. Segue: *applicazione analogica dell'art. 9 l. 194/1978?*

Un'ulteriore strada da esplorare è quella dell'eventuale applicazione analogica dell'art. 9 l. 194/1978. Ciò con una precisazione ovvia, ma che è bene sottolineare: una simile estensione non potrebbe che coinvolgere anche le procedure ivi previste, con la conseguenza che non avrebbe in ogni caso efficacia esimente un'obiezione “improvvisata” o comunque sollevata in assenza della prescritta “dichiarazione preventiva”.

Sul punto si registrano due contrastanti orientamenti dottrinali.

Secondo una prima impostazione, pur dovendosi riconoscere l'identità di *ratio* tra il caso qui considerato e quello preso in esame dall'art. 9 l. 194/78, andrebbe negata la possibilità di applicare analogicamente tale disciplina positiva, muovendo dall'assunto del carattere eccezionale della norma in oggetto all'interno del sistema nei confronti del principio “che sancisce la priorità del diritto alla salute rispetto al diritto di agire secondo coscienza”⁷¹.

Altri autori⁷² sono, invece, propensi ad estendere in via analogica la disci-

⁶⁹ Riferimenti su questi profili in C. CASALONE, *La “pillola del giorno dopo” tra contraccezione e aborto*, in *Agg. soc.*, 2000, p. 855.

⁷⁰ G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 143; *contra*, però, G. BONI, *Il dibattito*, cit., p. 711 e G. DELLA TORRE, *L'obiezione di coscienza dei farmacisti*, in AA.VV., *Bioetica e società. Speranze per l'umanità, sfide scientifiche e morali*, a cura di S. FANUELE, Bari, 2004, p. 103.

⁷¹ V. PACILLO, *Contributo*, cit., p. 213. Nello stesso senso, tra gli altri, E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro it.*, I, p. 768, e G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 143.

⁷² Nel senso dell'applicazione analogica dell'art. 9, in quanto norma non eccezionale,

plina dell'obiezione prevista dalla legge in materia di interruzione della gravidanza, in tutti quei casi in cui si manifesti la possibilità, anche in via meramente eventuale, di soppressione del prodotto del concepimento.

Nessuno dei due approcci appare pienamente persuasivo.

La tesi che fa leva sul carattere eccezionale dell'istituto si fonda sull'idea – come visto⁷³ non condivisibile – che l'obiezione non abbia fondamento costituzionale ovvero che il suo esercizio necessiti in ogni caso di una *interpositio legislatoris*⁷⁴.

Quanto alla seconda impostazione, invece, essa muove da un presupposto non convincente, e cioè che il fondamento dell'obiezione di coscienza all'aborto sia da rinvenire nel “principio costituzionale di tutela della vita” (riconducibile all'art. 2 Cost)⁷⁵. Addirittura ci si spinge fino a ritenere che a legittimare l'obiezione non basti il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza, ma sia necessaria l'individuazione di un valore rilevante per l'ordinamento, su cui l'obiezioni si fondi⁷⁶. In buona sostanza, è come se la tutela costituzionale da accordare all'obiettore dipendesse dal contenuto delle sue motivazioni, più che dal riconoscimento del diritto di libertà di coscienza. Questo, però, significherebbe sottoporre le opzioni etiche liberamente adottate da ciascun cittadino ad uno scrutinio di maggiore o minore meritevolezza da parte dell'ordinamento, decisamente in contrasto con i principi del pluralismo che stanno alla base della nostra Carta Costituzionale.

L'impostazione qui contestata appare del resto smentita dall'ordinamento che, nel riconoscere espressamente la possibilità di esercitare l'obiezione rispetto alla sperimentazione sugli animali⁷⁷, di fatto ammette l'esplicarsi del di-

V. TURCHI, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 1444; G. BONI, *Il dibattito*, cit., p. 705; N. GIMELLI, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 748, anche per ulteriori riferimenti.

⁷³ Cfr. *supra* Par. 2.

⁷⁴ Meno persuasiva è, invece, l'osservazione critica secondo cui, essendo l'obiezione di coscienza un diritto costituzionalmente garantito (peraltro riconosciuto in funzione della tutela della vita umana), “sarebbero semmai le limitazioni all'esercizio di tale diritto, previste dall'art. 9... a non potersi estendere per analogia” (M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 100). Il carattere di eccezionalità non va, però, riferito ai principi ispiratori della l. 194/78, bensì al riconoscimento dell'obiezione in capo a soggetti investiti dell'esercizio di funzioni pubbliche.

⁷⁵ Così, tra gli altri, C. CASINI - F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., p. 155; P. CONSORTI, *Tentativo di definizione dell'obiezione di coscienza nella logica dei valori costituzionali: il limite del diritto alla vita e del diritto alla pace*, in *Dir. fam. per.*, 1994, 1106 ss..

⁷⁶ M. CASINI - M.L. DI PIETRO - C. CASINI, *Testamento biologico e obiezione di coscienza*, in *Medicina e morale*, 2007, p. 486.

⁷⁷ La relativa disciplina è dettata dalla l. 12 ottobre 1993, n. 413, recante *Norme sull'obie-*

ritto al di là delle tradizionali ipotesi legate – direttamente (aborto) o indirettamente (servizio militare) – alla tutela della vita umana. In tale ipotesi, ragionando secondo l’orientamento qui criticato, l’obiezione assumerebbe i caratteri dell’eccezionalità e non sarebbe applicabile a situazioni non riconducibili al dettato normativo e, tuttavia, sorrette da una identità di *ratio*; ciò con il paradossale effetto di escludere una analoga facoltà nel caso di sperimentazione sull’uomo⁷⁸. Ora, per quanto quest’ultima attività – per essere lecita – presupponga il consenso dei soggetti coinvolti, non è da escludere il manifestarsi di un conflitto di coscienza in quanti vedano, in ragione delle proprie convinzioni etiche o religiose, nella sperimentazione umana (*rectius*, in alcune modalità di essa) una violazione del principio personalistico⁷⁹.

In conclusione, se, da un lato, la natura esimente, ex art. 51 c.p., riconosciuta all’obiezione parrebbe in linea con il ricorso a questa particolare tecnica ermeneutica, dall’altro, occorre negare – seguendo autorevole dottrina penalistica⁸⁰ – tale possibilità laddove, pur in presenza di una identità di *ratio*, la lacuna normativa appaia frutto di una consapevole ed intenzionale scelta del legislatore. Che sia questo il caso della norma in oggetto lo si evince chiaramente dall’art. 9 l. 194/78, il quale individua i soggetti legittimati ad esercitare l’obiezione (“*il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie*”) e gli atti che ne possono costituire l’oggetto (“*compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l’interruzione della gravidanza*”), escludendone espressamente altre (per esempio, “*assistenza antecedente o conseguente all’intervento*”) e tacendo su categorie di soggetti

zione di coscienza alla sperimentazione animale. In argomento, cfr. M. BARNI - E. TURILLAZZI - C. CATENI, *La sperimentazione negli animali: dal controllo burocratico alla responsabilizzazione bioetica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 397; A. DELL’ERBA - G. DI VELLA, *Aspetti deontologici e normativi della sperimentazione animale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 725.

⁷⁸ Mettono in evidenza l’anomalia di un’obiezione disciplinata con riferimento alla sperimentazione animale, ma non rispetto a quella umana, M. BARNI - E. TURILLAZZI - C. CATENI, *La sperimentazione*, cit., p. 398, che ne traggono argomento per esprimere un giudizio critico sulla l. 12 ottobre 1993, n. 413, accusata di aver dato vita ad una previsione “demagogica e declamatoria per contingenti motivi politici”.

⁷⁹ In argomento, F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 623 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 49 ss.; M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1382 ss.; A. MANNA, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 1122 ss.; V. MAGNINI, *Validità del consenso di un detenuto a partecipare come volontario sano ad una sperimentazione farmacologica. Il punto di vista giuridico*, in AA.Vv., *Medicina, bioetica e diritto*, cit., p. 203 ss.

⁸⁰ Per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 189.

che pure possono venire coinvolte, a vario titolo, nella procedura diretta all'IVG. Del resto – com'è stato correttamente osservato⁸¹ –, la legge sull'aborto è il frutto di un delicato bilanciamento tra diritto alla vita del concepito e diritto alla salute psicofisica della gestante, risolto nel senso della possibile prevalenza del secondo rispetto al primo.

Il carattere tassativo dei limiti di cui sopra ha trovato conferma anche nella costante giurisprudenza costituzionale in materia di mancato riconoscimento del diritto all'obiezione in capo al giudice tutelare, chiamato ad intervenire nell'ipotesi disciplinata dall'art. 12 della legge in questione⁸².

3.4. *Un bilancio de iure condito e qualche riflessione de iure condendo*

In assenza di una disciplina positiva, quindi, gli spazi per riconoscere efficacia esimente all'obiezione del medico si fanno estremamente esigui, dovendosi limitare unicamente al caso in cui il sanitario operi in una struttura nella quale si trovino altri medici non obiettori e almeno uno di questi sia in servizio durante lo stesso turno. Solo in questa ipotesi, infatti, potrebbe essere assicurata la prestazione assistenziale senza disagi per l'utenza⁸³. Non è, invece, sufficiente ad escludere il reato la possibilità di ottenere la prescrizione del farmaco altrove (ma comunque entro le 72 ore dalla consumazione del rapporto sessuale), in quanto l'efficacia del farmaco decresce proporzionalmente all'allungarsi dei tempi di assunzione, sicché ogni ritardo si traduce in un potenziale pregiudizio per l'interesse della paziente.

Affermare che l'esercizio dell'obiezione da parte del medico non esclude la rilevanza penale della sua condotta omissiva non equivale ad evidenziare una sorta di generale indifferenza dell'ordinamento nei confronti delle scelte di

⁸¹ V. PACILLO, *Contributo*, cit., p. 213, nota 61.

⁸² Così Corte Cost., 25 maggio 1987, n. 196, in *Foro it.*, 1988, I, p. 758; l'indirizzo della Corte ha poi trovato conferma in successive ordinanze, a cominciare dalla n. 445 del 3 dicembre 1987. Critico nei confronti dell'orientamento della Consulta M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 257, secondo il quale spetterebbe al legislatore – e non alla Corte – il compito di “compiere un giudizio di prevalenza” tra i diritti protetti dalla Costituzione. Su posizioni analoghe, pur muovendo dalla negazione dell'esistenza di un riconoscimento costituzionale del diritto all'obiezione, E. ROSSI, *L'obiezione*, cit., p. 765. Questa impostazione non persuade: se la valutazione del legislatore coinvolge, in un giudizio di reciproco bilanciamento, interessi di rilievo costituzionale, la stessa non pare potersi sottrarre al sindacato del giudice delle leggi.

⁸³ Ritiene quella qui prospettata come la più vantaggiosa soluzione del conflitto, P. FUNGHI, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista bioetico*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto*, cit., p. 73 ss.

coscienza. Già oggi, *de iure condito*, residua, infatti, uno spazio per dare rilievo alla spinta motivazionale che sta alla base del rifiuto di prescrivere la “pillola del giorno dopo”: è quello della commisurazione della sanzione. In questa direzione il nostro ordinamento, oltre ai normali strumenti approntati all’art. 133 c.p. – si pensi in particolare al riferimento ai “*motivi a delinquere*” – e a parte la possibilità del riconoscimento delle attenuanti generiche, offre una disposizione, che – per quanto trascurata dalla giurisprudenza (che ne ha dato, fino ad oggi, una lettura fortemente riduttiva, con un rigore spesso non disgiunto dall’ancoraggio ad una morale tradizionale, quando non fortemente conservatrice⁸⁴) – rappresenta una significativa “apertura del nostro sistema alla viva e reale sensibilità della comunità”. Il pensiero corre alla circostanza attenuante dell’aver agito “*per motivi di particolare valore morale e sociale*” (art. 62, n. 1, c.p.)⁸⁵.

In un’ottica *de iure condendo*, nulla si oppone, ovviamente, ad un riconoscimento positivo di un diritto all’obiezione nell’ipotesi qui considerata; ciò, a patto che si tenga conto della necessità di garantire una condizione di eguaglianza nei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, come stabilito dall’art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.; norma, non a caso, richiamata da una componente di minoranza del Comitato Nazionale di Bioetica, in una Postilla che accompagna la “*Nota sulla contraccezione d’emergenza*”, del 28 maggio 2004⁸⁶.

Si badi che una simile preoccupazione era ben presente allo stesso legislatore del 1978, come testimonia la previsione del IV comma dell’art. 9 della l. 194/1978, in forza del quale: “*Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l’espletamento delle procedure previste dall’art. 7 e l’effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli artt. 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l’attuazione anche attraverso la mobilità del personale*”.

Peraltro, con quel suo “*in ogni caso*”, la norma sembra individuare espres-

⁸⁴ Così, da ultimo, D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., p. 434; nello stesso senso, tra gli altri, già G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006, p. 445; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 234 ss.; M. BELLOTTO, *Il “particolare valore morale” della disperazione*, in *Giust. pen.*, 1993, II, 210 ss..

⁸⁵ Per una più ampia analisi dell’attenuante in oggetto, anche nei suoi rapporti con il fenomeno dell’obiezione di coscienza, sia ancora consentito il rinvio a E. LA ROSA, “*Uso*” ed “*abuso*”, cit., p. 760 ss..

⁸⁶ La nota è consultabile sul sito www.governo.it/bioetica. In argomento, P. FUNGHI, *Pillola del giorno dopo*, cit., 73.

samente uno spazio in cui l'opzione di coscienza cede il passo all'esigenza di assicurare la prestazione sanitaria⁸⁷.

La prassi evidenzia, però, una sostanziale disapplicazione di questa disposizione, soprattutto negli ultimi anni. Ed è quanto meno singolare che la “*Relazione del Ministero della salute sull'attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza*”, pubblicata il 21 aprile 2008, pur densa di dati e di tabelle, non dedichi nemmeno una parola a questo profilo.

Certo, una lettura della disposizione in oggetto più coerente con il rango costituzionale della libertà di coscienza è quella che ne valorizzi il ruolo di norma di organizzazione che si traduce nella predisposizione di forme di mobilità del personale, piuttosto che nella possibilità di limitare la libertà individuale⁸⁸. Sennonché l'inerzia degli organi preposti ad assicurare la continuità della prestazione riconosciuta dalla legge – peraltro a sua volta sanzionabile ex art. 328 c.p. – non può tradursi nel diniego della stessa, pena il sacrificio del diritto costituzionale alla salute e dello stesso principio di uguaglianza.

Non possono, invece, essere valutate positivamente le numerose iniziative legislative intraprese negli ultimi anni⁸⁹, volte a riconoscere esplicitamente, in favore di medici e farmacisti, il diritto all'obiezione rispetto alla prescrizione ed alla vendita della “pillola del giorno dopo”. Criticabile non è certo l'estensione dell'alveo dei possibili obiettori, quanto la visione unilateralistica che contraddistingue questi disegni di legge; un approccio tutto sbilanciato dal lato della tutela della libertà di coscienza, senza adeguata considerazione degli altri interessi in gioco. In tal senso, non può certo ritenersi sufficiente la sola predisposizione e divulgazione dell'elenco dei farmacisti obiettori, perché non risolve i problemi che si determinerebbero, per esempio, se in interi ambiti territoriali tutti gli operatori sanitari dovessero risultare obiettori⁹⁰.

⁸⁷ In questo senso T. PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 982.

⁸⁸ P. NUVOLONE - A. LANZI, *Gravidanza*, cit., 34.

⁸⁹ A titolo meramente esemplificativo, si vedano i d.d.l. C 401, presentato dall'on. Volontè, il 29 aprile 2008; C 907, presentato dall'on. Pedrizzi, il 24 maggio 2006; S 424, presentato dal sen. Castellani, il 17 luglio 2001; S. 60, presentato dal sen. Eufemi, l'1 giugno 2001.

⁹⁰ Condivide queste perplessità, G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 143.

4. *Diritto di rifiutare le cure, direttive anticipate e doveri del medico: quali limiti alla rilevanza esimente dell'obiezione di coscienza?*

Un'altra situazione nella quale il problema della rilevanza penale dell'obiezione di coscienza del medico si va ponendo all'attenzione della dottrina e della prassi giurisprudenziale è quella relativa alla regolamentazione giuridica del principio di autodeterminazione del malato – soprattutto (ma non solo) in ordine al momento del “fine vita” – e ai doveri incombenti sul medico nella sua relazione col paziente.

L'ipotesi qui considerata deve essere tenuta distinta da quelle – certamente contigue, ma non del tutto assimilabili – di assenza o parzialità del consenso⁹¹, e attiene a quei casi in cui la volontà del paziente si manifesta in forma inequivocabilmente negativa, con la conseguenza che il medico non potrà “manometterne” l'integrità fisica, quale si presenta attualmente, “perché ciò sarebbe, oltre tutto, in contrasto anche con il principio personalistico espressamente accolto dall'art. 2 della Carta Costituzionale”⁹².

Non è certo questa la sede per discutere dei presupposti di validità e dei limiti (anche temporali) del diritto di rifiutare le cure⁹³. Preme piuttosto riflettere su quali conseguenze penali possano derivare in capo al medico che, di fronte alla volontà legittimamente manifestata dal malato, ne disattenda le indicazioni attuando un trattamento medico non consensuale, “con ciò mortifi-

⁹¹ F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali ed implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 399 ss. In argomento cfr. anche M. BARNI, *Posizione di garanzia del medico, dissenso (scritto) del paziente: crisi di due capisaldi della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 395 ss.

⁹² Così Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2659 ss. con nota di G. IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (del dissenso) nel trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 604 ss., con nota di G. LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*. Per una valutazione fortemente critica della decisione per la sua “drastica svalutazione del significato del consenso del paziente”, si vedano anche M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 376 e F. VIGANÒ, *Profili penali penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 ss.

⁹³ Sul fondamento, anche costituzionale, del “diritto di rifiutare le cure” si vedano, anche per ulteriori indicazioni, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale.*, cit., p. 45 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1039; ID., *Esiste un “diritto ad essere lasciati morire in pace? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 5 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1561; A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 69.

cando un diritto costituzionale del paziente”⁹⁴.

Più in particolare, la tematica che viene in rilievo è quella dell'intervento eseguito nel pieno rispetto delle regole dell'arte medica – quindi insuscettibile di rimprovero a titolo di colpa professionale – a prescindere dal verificarsi di un esito infausto⁹⁵. Le ipotesi più problematiche – e che vengono soprattutto in rilievo ai fini della questione in oggetto – sono del resto quelle in cui l'avvio o la prosecuzione del trattamento terapeutico determinano il “mantenimento in vita” del malato.

Si tratta, innanzitutto, di verificare se, in tali ipotesi, la condotta del medico assuma una rilevanza penale ed, eventualmente, a che titolo.

L'ipotesi di reato che viene immediatamente in rilievo è quella di *violenza privata* ex art. 610 c.p.⁹⁶; delitto dotato di “un elevato grado di flessibilità, che lo rende particolarmente idoneo ad essere utilizzato come strumento di repressione”⁹⁷.

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 paziente⁹⁸. Tali perplessità risultano, però, fortemente ridimensionate in riferimento ai casi in cui si agisca nonostante un esplicito dissenso⁹⁹. 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, per esempio, nell'ipotesi di emotrasfusione imposta ad un Testimone di Geova o in quella di coazione a

⁹⁴ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 75.

⁹⁵ In argomento, tra gli altri, M. PELISSERO, *L'intervento medico*, cit., p. 372 ss; F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., 146 ss.; A. MANNA, *Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 449 ss.

⁹⁶ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 75 ss.; A. MANNA, *Il trattamento sanitario “arbitrario”*, in *Reati contro la persona*, II, a cura di A. MANNA, Torino, 2007, p. 623 ss.

⁹⁷ F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, I, Milano, 2002, p. 39. Proprio per contrastare tale tendenza, l'Autore si impegna nel tentativo di individuare un concetto di “violenza” più restrittivo di quello accolto da dottrina e giurisprudenza prevalenti.

⁹⁸ Per tutti, F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 162 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Condivide, in parte, queste perplessità 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*.

⁹⁹ F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 162.

tollerare l'amputazione di un arto incancrenito.

Questa conclusione, tuttavia, è ritenuta problematica in almeno due ipotesi¹⁰⁰, che sono anche tra le più ricorrenti nella prassi: a) quella in cui il medico approfitti del sopravvenuto stato di incoscienza del malato; b) quella in cui si ometta di sospendere un trattamento già in atto.

Nell'ipotesi sub a), ad opporsi all'applicabilità dell'art. 610 c.p. sembrerebbe il concetto di "costrizione" ricavabile da una lettura sistematica della disposizione in oggetto e del nostro sistema penale nel suo insieme. A prescindere dall'impostazione accolta in ordine all'elemento della *violenza*¹⁰¹, infatti, la necessità che questa produca una coazione nel soggetto passivo presuppone una qualche partecipazione cosciente di quest'ultimo¹⁰². Tale lettura è del resto avvalorata dalla circostanza che nell'ambito dell'art. 609 *bis* l'ipotesi della *violenza volta a costringere* sia tenuta distinta da quella dell'*approfittamento di una situazione di incapacità*¹⁰³.

Non può, però, sfuggire la differenza tra la situazione qui considerata e quella in cui si esegua un trattamento senza che l'interessato vi abbia specificamente consentito. In questa seconda ipotesi manca una presa di posizione del paziente, laddove nell'altra una manifestazione di volontà c'è ed è di segno negativo. Né si deve ritenere che difetti il requisito della attualità della volontà del malato; l'attualità del consenso (ma lo stesso vale per il dissenso) non va valutata in una 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"¹⁰⁴.

In buona sostanza, la principale ipotesi in cui l'art. 610 c.p. non pare applicabile è quando il paziente, che versa in condizioni di incoscienza, sia sottoposto ad un trattamento sanitario senza avervi potuto acconsentire e sia nondimeno possibile presumerne il dissenso.

Decisamente più complessa è l'ipotesi sub b). Secondo un risalente indiriz-

¹⁰⁰ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 75 ss.

¹⁰¹ Per un quadro delle possibili soluzioni F. VIGANÒ, *La tutela penale*, cit., *passim*; ID., *Sub art. 610*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, cit., p. 4275.

¹⁰² F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 164.

Solo in alcuni casi si può individuare l'atto violento, necessario ad integrare il delitto di *violenza privata*, in quello produttivo dello stato di incoscienza (es. anestesia), a patto ovviamente che a parlo in essere il medico e che non vi sia consenso del paziente.

¹⁰³ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 76.

¹⁰⁴ F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 380.

zo la violenza potrebbe manifestarsi anche in forma omissiva, in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi¹⁰⁵. E tuttavia questa tesi non convince. La riconosciuta natura di reato, sì di evento, ma a forma vincolata rende la violenza privata non suscettibile di essere convertita in fattispecie omissiva impropria. E del resto l'espressione "violenza" presenta già sul piano linguistico una "pregnanza di significato tale da risultare compatibile solo con una condotta attiva"¹⁰⁶. A ciò si aggiunga che parrebbe in ogni caso difficile attribuire ad un medico (e comunque ad uno in particolare) lo *status* di vero e proprio garante, ex art. 40 cpv., del diritto del paziente a non subire ingerenze non volute sul proprio corpo¹⁰⁷.

Non meno problematica appare l'inquadramento nell'ambito delle fattispecie di *lesioni personali* (artt. 582-583 c.p.), stante il difetto dell'elemento della *malattia* come diretta conseguenza dell'intervento medico.

Una più recente proposta ricostruttiva inquadra il comportamento del medico che, anziché fare ciò che il paziente e che la scienza medica autorizza, fa ciò che il malato non vuole, nell'ambito di applicazione della fattispecie di *maltrattamenti* prevista dall'art. 572 c.p. (norma che trova applicazione anche in caso di affidamento di un soggetto ad un altro *per ragioni di cura*); lo fa partendo dal presupposto che è "l'intera dinamica della relazione tra medico e paziente a risultare alterata e gestita con modalità arbitrarie ed offensive"¹⁰⁸. La genericità, sfociante nell'indeterminatezza, che caratterizza il verbo *maltrattare*, usato in via esclusiva per descrivere la condotta incriminata, sembrerebbe 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 anche questa soluzione non appare priva di difficoltà.

Innanzitutto, la natura di reato abituale richiede una reiterazione di più condotte lesive, che non sempre è dato riscontrare (non lo è, per esempio, nel caso

¹⁰⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, p. 145, che fa l'esempio di chi fa mancare il cibo a chi non è in grado di auto-procurarselo per indurlo ad un dato comportamento. Più di recente, ravvisa nel comportamento omissivo del medico, che non ottemperi alla richiesta del paziente di interrompere le terapie di sostegno vitale, un'ipotesi di violenza impropria F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 101.

¹⁰⁶ F. VIGANÒ, *La tutela penale*, cit., p. 277.

¹⁰⁷ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 77; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 61, nota 193.

¹⁰⁸ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 78.

del medico che violi, una sola volta, la richiesta di “non rianimazione”); né pare che il concetto di abitudine possa coincidere con quello di permanenza¹⁰⁹.

La stessa natura abituale, unita alla assenza di un evento naturalistico tra i requisiti strutturali della fattispecie, porta poi a nutrire seri dubbi in ordine all'applicabilità del reato di *Maltrattamenti* a condotte omissive, per quanto reiterate, come quella del medico che rifiuti di interrompere un trattamento in atto¹¹⁰. Occorre tuttavia riconoscere che l'indirizzo oggi prevalente in dottrina e, soprattutto, nell'applicazioni giurisprudenziali è nel senso di ammettere la configurabilità del delitto *de quo* anche in presenza di reiterate omissioni dell'agente¹¹¹. Sebbene siano, quindi, pienamente condivisibili le perplessità avanzate contro un siffatto orientamento, non è esclusa in concreto una possibile incriminazione del medico ex art. 572 c.p.

Proprio con riferimento alle ipotesi omissive, potrebbe, infine, venire in rilievo, nei confronti del medico investito di qualifica pubblicistica, l'applicabilità dell'art. 328 c.p.¹¹²; ciò alla condizione – a dire il vero di non agevole verifica nella prassi – di poter qualificare come urgente l'atto omissivo dal sanitario.

Questa breve rassegna ha messo in luce le difficoltà cui si va incontro nel tentativo di individuare una qualificazione penale di alcune delle condotte qui prese in considerazione. Quelle prospettate per superare gli eventuali “vuoti di tutela” presentano spesso il carattere di soluzioni “di fortuna”, che corrono il rischio di forzare il dato testuale e strutturale delle fattispecie di volta in volta considerate, piegandole ad esigenze di tutela ben diverse da quelle per le quali erano state originariamente concepite. Si tratta di un approccio che, per quanto in qualche modo giustificato dall'esigenza di offrire presidio penale al diritto – costituzionalmente fondato – di rifiutare le cure, evitando che si traduca in una sterile affermazione di principio¹¹³, non può certo ritenersi del tutto appagante.

¹⁰⁹ Così, invece, A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 78.

¹¹⁰ Per la posizione che esclude la configurabilità dei maltrattamenti mediante omissione, T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 190 ss.

¹¹¹ Riferimenti in M. MIEDICO, *Sub art. 572*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, cit., p. 3754.

¹¹² Ipotizza, sia pure problematicamente, questa soluzione T. VITARELLI, *Maltrattamenti*, cit., p. 198.

¹¹³ Metteva in evidenza come 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”, 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.

Fermo restando che, come abbiamo visto, almeno le ipotesi più significative sono comunque inquadrabili nello spettro di tutela offerto dall'art. 610 c.p., in ottica *de iure condendo* sarebbe quanto mai opportuna l'introduzione di un'apposita fattispecie incriminatrice che sanzioni quanto meno l'attività medica o chirurgica posta in essere *contro* la volontà del malato¹¹⁴.

In questa direzione si era mosso, peraltro in una prospettiva più ampia, il Progetto Pagliaro del 1992, il cui articolo 70 prevedeva di incriminare, nell'ambito dei delitti contro la libertà morale, l'*attività medica o chirurgica su persona non consenziente, consistente nel compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto*. Si tratta di soluzione di indubbio interesse, ma meritevole di alcune precisazioni. Meglio sarebbe, innanzitutto, differenziare il trattamento sanzionatorio dell'attività medico-chirurgica non supportata da valido consenso del paziente rispetto all'ipotesi in cui vi sia un dissenso espresso; ciò in ragione dell'indubbia maggior gravità di quest'ultima. Discutibile è anche la clausola di esclusione del tipo per il caso in cui *il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona*. Il rischio è, infatti, di far rientrare dalla finestra quel che si è cercato di far uscire dalla porta; ovvero quella concezione paternalistica della medicina che affida in via esclusiva al medico il compito di scegliere quel che è meglio per il paziente.

AmMESSO che la condotta del medico posta in essere contro la volontà del malato possa essere ritenuta "tipica" alla stregua di una qualche norma incriminatrice (sia pure limitatamente a talune ipotesi), il passo successivo – prima ancora di valutare quali spazi vi siano per il riconoscimento di un'efficacia esimente dell'obiezione di coscienza – è quello di verificare se l'antigiuridicità non debba essere esclusa dalla presenza di altre cause di giustificazione.

Così, per esempio, si è talora fatto riferimento alla configurabilità di un consenso presunto nell'interesse dello stesso titolare del diritto. Ma a tale impostazione – pure autorevolmente sostenuta in relazione al rifiuto dell'emo-

¹¹⁴ Auspica l'introduzione di una fattispecie *ad hoc*, tra gli altri, A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., 78, nota 49, che, pur con qualche cautela, attribuisce all'innovazione normativa anche un ruolo di orientamento culturale "considerata quanto ancora sia radicata la propensione, in una parte cospicua della classe medica (e della magistratura), per una visione paternalistica del rapporto terapeutico". Nello stesso senso, A. MANNA, *Il trattamento*, cit., p. 631, nonché L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., 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 di sostegno vitale) contro la volontà del paziente", e F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 120.

trasfusione da parte del Testimone di Geova¹¹⁵ – pare facile obiettare che di presunzione può parlarsi solo in assenza di una qualche manifestazione di volontà da parte del soggetto interessato, non certo per superarne, disattendendola, una di segno contrario¹¹⁶.

La figura che viene più spesso presa in considerazione è quella prevista dall'art. 54 c.p., laddove si presenti una situazione di necessità ed urgenza nella quale l'intervento del medico sia diretta a contrastare un pericolo attuale di un danno grave alla persona del paziente.

Una parte della dottrina, pur affermando che il principio di autodeterminazione deve essere quanto più possibile salvaguardato, riconosce nel contempo allo stato di necessità “una valenza di carattere generale”, tale da garantire la liceità del trattamento medico, non solo nei casi di “assenza di consenso”, bensì anche in presenza di un “dissenso espresso”¹¹⁷.

Un simile orientamento rischia però di vanificare il principio di autodeterminazione del paziente che pure afferma di riconoscere, con il rischio di “aprire la strada ad un paternalismo autoritario negli stessi rapporti intersoggettivi tra privati”¹¹⁸. Una tesi così congegnata è facilmente contestabile muovendo da una ricostruzione in chiave scusante dell'art. 54 c.p.¹¹⁹. Ben difficilmente, infatti, è possibile ipotizzare in capo al medico quel turbamento moti-

¹¹⁵ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 234.

¹¹⁶ Critico nei confronti della prospettata tesi del “consenso presunto” F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 381, secondo il quale “mentre la presunzione di consenso all'emotrasfusione appare in questi casi una *fiction*, non vi sono ragioni per non tenere conto di una volontà espressamente manifestata in condizioni di piena coscienza e peraltro coerente con il credo religioso praticato e profondamente vissuto”.

¹¹⁷ C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, p. 229; G. AZZALI, *Stato di necessità (dir. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 371; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 575, secondo cui “quando si tratti di beni indisponibili, l'eventuale dissenso del terzo nei confronti dell'azione necessitata non fa venir meno l'applicabilità della scriminante (ma sarà da considerazione insieme agli altri fattori nel giudizio di proporzione)”. Per l'applicabilità dell'art. 54 c.p., di recente, M. PELISSERO, *L'intervento medico*, cit., p. 380. L'Autore ritiene penalmente irrilevante anche la condotta del medico che si astenesse dall'intervenire, nel rispetto della volontà del malato. Si creerebbe, quindi, una sorta di “spazio libero” in cui la scelta del medico si giocherebbe esclusivamente sul piano etico della propria coscienza e avrebbe, in ogni caso, come sbocco l'esclusione di ogni responsabilità penale; ad essere sacrificata, però, sarebbe l'analoga libertà di coscienza del paziente, finendo col riproporsi quel modello paternalistico di medicina che si afferma superato.

¹¹⁸ D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2007, p. 300.

¹¹⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 10 ss.

vazionale idoneo a far venir meno la rimproverabilità del fatto commesso. Ma anche per quanti aderiscono alla tradizionale lettura dello stato di necessità come causa di giustificazione decisiva appare l'osservazione che la norma codicistica attribuisce una facoltà, in origine mancante, di commettere un illecito, ma non riconosce a chi è già gravato da più doveri (nella fattispecie il medico) "la facoltà di sovvertire a proprio piacimento l'ordine di priorità tra gli stessi, quale stabilito, una volta per tutte, dall'ordinamento"¹²⁰.

In conclusione, il diritto a non subire trattamenti sanitari contro la propria volontà comporta "l'illiceità di qualsiasi coazione terapeutica, anche quella necessaria per assicurare la sopravvivenza del paziente"¹²¹.

Esclusa la sussistenza di altre scriminanti della condotta medica, si pone il problema dell'eventuale rilevanza dell'obiezione di coscienza.

La questione si pone, in realtà, solo rispetto all'imposizione di condotte attive immediatamente causali rispetto all'evento morte o comunque peggiorative del quadro clinico del paziente¹²². È noto, infatti, che di obiezione di coscienza non può parlarsi di fronte a comportamenti attivi, dal momento che in tali casi l'agente, più che sottrarsi all'imposizione da parte dell'ordinamento di un obbligo in contrasto col proprio foro interiore, vuole a sua volta esercitare una coartazione della coscienza altrui¹²³.

¹²⁰ A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium juris*, 2007, p. 544. Nello stesso senso, A. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 470. Per la non applicabilità dell'art. 54 c.p. nei casi di soccorso contro la volontà dell'interessato, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 259; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., p. 299; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2008, p. 174, secondo cui difetterebbe il requisito della *costrizione*; S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1562, che esclude esservi in questi casi una *necessità di salvare*.

¹²¹ F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto"*, cit., p. 6, secondo cui: "Delle due l'una, insomma: o si fa sul serio con il principio di autodeterminazione (e con il rifiuto di ogni "coazione terapeutica", per quanto ben intenzionata); ovvero si riconosce apertamente che la libertà di decidere se sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario deve cedere a fronte alle istanze di tutela della *vita* come *valore impersonale ed oggettivo*". Ma ad opporsi a questa seconda soluzione è – come osserva lo stesso Autore (*Sub art. 51*, cit., p. 456) – l'art. 32, comma 2, Cost, in forza del quale, in presenza di un dissenso espresso, un trattamento potrà essere praticato *nei soli casi previsti dalla legge* e comunque entro il *limite del rispetto della persona umana*.

¹²² M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 910.

¹²³ Nel senso che non si possa parlare di "obiezione di coscienza quando viene attivamente svolto un comportamento 'commissivo' in contrasto con una norma statale contenente un divieto", F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico delle obiezioni di coscienza*, in *Dir. eccl.*, 1982, cit., 227, anche con ampi riferimenti alla giurisprudenza statunitense, che, più di ogni al-

Da questo punto di vista non è priva di rilievo la qualificazione in termini attivi od omissivi della condotta interrutiva del trattamento medico, specie quando la terapia di mantenimento in vita sia attuata attraverso mezzi meccanici. Chi, facendo leva sulla teoria della “omissione mediante commissione”, considera l’interruzione come mancata prosecuzione del trattamento¹²⁴, ne deve dedurre come conseguenza la natura commissiva della mancata sospensione del trattamento; il risultato è la non ammissibilità ontologica dell’obiezione di coscienza. Viceversa, se si privilegia – com’è preferibile – il dato naturalistico, e si è portati a qualificare come omissiva la condotta del medico che rifiuta di assecondare la richiesta del paziente¹²⁵, si deve ritenere che questo rifiuto, laddove sorretto da ragioni di coscienza, configuri un’ipotesi di obiezione in senso tecnico.

Ricapitolando, un problema di obiezione di coscienza può porsi solo di fronte al diniego del medico di porre in essere condotte attive doverose. In tali situazioni, una parte della dottrina sembrerebbe configurare già *de iure condito* un diritto ad esercitare l’obiezione, sul presupposto che il dovere di dar seguito al rifiuto di cure graverebbe sullo Stato, e non sul singolo sanitario¹²⁶. Sennonché anche in questo caso un intervento legislativo sarebbe quanto mai opportuno ai fini della regolamentazione delle modalità del trasferimento della posizione di garanzia dal medico obiettore ad uno disposto ad attuare la volontà del malato, in modo che ciò avvenga senza pregiudizio per i diritti di quest’ultimo¹²⁷.

tra, ha affrontato i molteplici risvolti applicativi dell’istituto. L’Autore mette in evidenza come la limitazione dell’efficacia dell’obiezione ai soli comportamenti omissivi attenui anche i timori di destabilizzazione dell’ordinamento. Per una concreta applicazione del principio, si veda Pret. Milano, 17 gennaio 1979, in *Foro it.*, 1979, II, 266, che ha negato la qualifica di “obiettore” ad un religioso e rappresentante legale di una struttura sanitaria, accusato di tentata violenza privata finalizzata a costringere i medici della stessa ad esercitare il diritto previsto dall’art. 9 della legge 194/78. *Contra*, M. CASINI - M.L. DI PIETRO - C. CASINI, *Testamento biologico*, cit., p. 484.

¹²⁴ F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto*, cit., p. 7; ID., *Riflessioni*, cit., p. 1036. Nello stesso senso, C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare). Un tentativo di lettura “giuridica” del caso Welby*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1825.

¹²⁵ S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p.1563.

¹²⁶ S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 696, secondo cui “il sanitario può perdere la propria posizione di garante ma non può certo essere costretto ad agire violando i suoi convincimenti etici o deontologici”. Su posizioni analoghe S. CANESTRARI, *I delitti contro la vita*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, p. 353.

¹²⁷ In argomento, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, si veda A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 79.

Procedendo verso la conclusione di questo contributo, è opportuno formulare alcune considerazioni sui possibili riflessi sulla materia fin qui esaminata che potrebbero derivare dall'introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina positiva del c.d. "Testamento biologico". Trattasi di prospettiva di evoluzione normativa di cui da tempo si discute anche a livello parlamentare, anche se una prognosi circa i tempi e i contenuti di un eventuale legge in materia appare a tutt'oggi francamente difficile.

Non è certo questa la sede per esaminare gli innumerevoli profili problematici che investono questo tema. Preme piuttosto osservare come, pur nella varietà delle soluzioni avanzate in ordine al contenuto, alla forma, ai limiti di efficacia delle c.d. "dichiarazioni anticipate di volontà"¹²⁸, una costante delle diverse proposte in campo è rappresentata dalla mancanza di una disciplina espressa dell'obiezione di coscienza¹²⁹.

Ciononostante è stato comunque sollevato il problema della necessità di assicurare al medico il diritto all'obiezione di coscienza rispetto all'attuazione delle direttive contenute nel c.d. "testamento biologico"¹³⁰. La questione non può essere liquidata in maniera semplicistica, dal momento che quella della quale si discute è una classica situazione in cui l'adempimento dei doveri posti dalla professione sanitaria – tra i quali certamente si colloca quello di rispettare le scelte consapevoli del malato – può entrare in conflitto con le convinzioni etiche o religiose del medico. E, tuttavia, essa non può essere disgiunta dal tema delle possibili conseguenze sul piano giuridico – sia in sede penale che in sede civile – derivanti dall'inosservanza delle direttive anticipate.

In buona sostanza, un riconoscimento ed una disciplina positiva del diritto all'obiezioni di coscienza intanto hanno senso in quanto si accolga il modello

¹²⁸ Per una ricognizione critica delle diverse proposte di legge, D. TASSINARI, *Gli attuali progetti di legge sul c.d. "testamento biologico": un breve sguardo d'insieme*, in questa Rivista, 2006, p. 265 ss.; L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, ivi, p. 251 ss.; F. INTRONA, *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 9 ss. In argomento anche L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 73 ss.

¹²⁹ Fa eccezione il d.d.l. 773, presentato il 7 luglio 2006 dalle senatrici Binetti e Baio, il cui art. 7 stabilisce che "in caso di contrasto con la volontà espressa dal paziente nella sua dichiarazione anticipata di trattamento, al personale medico-sanitario è garantito il diritto all'obiezione di coscienza". Tale riconoscimento avviene, peraltro, in un contesto dal quale non emerge con chiarezza il grado di vincolatività delle "direttive anticipate".

¹³⁰ M. CASINI - M.L. DI PIETRO - C. CASINI, *Testamento biologico*, cit., p. 473 ss. Accenna al problema anche S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1565.

della “vincolatività assoluta”¹³¹; già più discutibili appaiono di fronte alla scelta della “vincolatività relativa”; mentre del tutto inutili (se non addirittura privi di senso) diventano di fronte ad un’opzione per la “assoluta non vincolatività”.

Laddove si dovessero adottare soluzioni legislative che prevedono una sorta di “diritto di ultima parola” in capo al medico curante, con la possibilità di disattendere le indicazioni del paziente, il riconoscimento positivo di un diritto all’obiezione avrebbe il sapore di una vera e propria superfetazione normativa, non scevra da una certa coloritura ideologica. Il rischio è che si determini, in questa ipotesi, un’inedita intersezione di piani tra opzioni di coscienza e scelte di scienza, che lungi dall’apportare un contributo, nei limiti del possibile, chiarificatore circa i doveri del medico nella sua relazione terapeutica con il paziente, rischiano invece di produrre ulteriore confusione. Solo laddove i margini di manovra per il medico dovessero restringersi, il riconoscimento del diritto all’obiezione sarebbe opportuno.

5. Una breve conclusione

Come accennato nei passaggi iniziali del presente contributo, il diritto non può esimersi dal prendere posizione su questioni che attengono ai campi sensibili della bioetica. L’ispirazione liberale ed il principio di laicità che caratterizzano il modello di Stato delineato dalla nostra Carta Costituzionale impongono, però, di prendere seriamente in considerazione tutte le varie visioni del mondo – religiose e non – che trovano diritto di cittadinanza nell’ordinamento. Non solo: esigono anche la ricerca di soluzioni che preservino, quanto più possibile, le convinzioni morali che escono (giuridicamente) sconfitte dal confronto¹³².

In questo contesto – per quanto non possa essere escluso a priori il riconoscimento di un ruolo per il diritto penale¹³³ – è auspicabile una sua “ritrosia ed una cautela di fondo”¹³⁴; il che discende del resto dal principio di *extrema ratio*.

¹³¹ Per una ricostruzione delle diverse opzioni in tema di vincolatività del c.d. “testamento biologico”, cfr. F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in questa *Rivista*, 2006, p. 64. Mette correttamente in relazione il riconoscimento del diritto all’obiezione con il problema della vincolatività del “testamento biologico”, V. TURCHI, *L’obiezione di coscienza*, cit., p. 1452.

¹³² D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., pp. 71-72.

¹³³ D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., p. 71.

¹³⁴ M. ROMANO, *Principio di laicità*, cit., p. 514, che osserva come “laddove la libertà della persona, in taluni campi specialmente sensibili, si scontra con altri beni di grande rilievo, si

Nelle materie eticamente sensibili e controverse, l'approccio "laico" preferisce soluzioni in grado di salvaguardare i più ampi spazi di libertà. Diversamente, attraverso il ricorso alla sanzione penale, l'ordinamento rischia di fare "propria" una sola delle possibili opzioni in campo con inevitabile sacrificio delle altre¹³⁵, finendo col tradire l'obiettivo della indispensabile conciliazione tra responsabilità penale ed "esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo"¹³⁶.

Una legittimazione dell'intervento penale in settori – come quelli qui presi in esame – retti dal principio dell'autonomia libera e responsabile, può rinvenirsi solo nel principio liberale classico del "non causare danni a terzi"¹³⁷. La minaccia della sanzione criminale può, poi, ragionevolmente essere indirizzata nei confronti di soggetti che per il loro ruolo – si pensi in particolare ai titolari di qualifiche pubblicistiche – sono chiamati ad assicurare il rispetto degli spazi di libertà assicurati dall'ordinamento.

Ma anche in tali ipotesi appare non solo opportuna, ma anche necessaria l'apertura "alla rilevanza di situazioni che, sul piano oggettivo e/o soggettivo, delimitino 'isole' più o meno estese di non punibilità"¹³⁸.

Seguendo la traiettoria da ultimo tracciata, il crescente riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza non solo appare pienamente legittimo, ma non va nemmeno valutato negativamente. Ciò a patto che siano assicurati l'"eguaglianza di tutti i consociati" – anche attraverso l'individuazione di prestazioni sostitutive, che prevengano il rischio di un ricorso pretestuoso all'obiezione – e il "principio-dovere di solidarietà tra gli stessi". Sono questi, infatti, "i due principali limiti all'obiezione di coscienza" che la dottrina ha correttamente individuato¹³⁹. Se, del resto, un ordinamento laico, proprio perché

stenta ad accettare un radicale no al suo esercizio, accompagnato, nel caso di trasgressione da una sanzione penale".

¹³⁵ Sottolinea il rischio di un diritto penale "braccio secolare di imposizione di una particolare concezione morale, contrapposta ad altre", D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., p. 43

¹³⁶ L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 81.

¹³⁷ In argomento, ampiamente, G. FORTI, *Per una discussione*, cit., p. 308 ss. Si vedano anche, tra i contributi più recenti, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 984 ss., M. DONINI, *'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, ivi, p. 1546 ss., nonché i saggi contenuti nel volume AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. FIANDACA, G. FRANCOLINI, Torino, 2008.

¹³⁸ M. ROMANO, *Principio di laicità*, cit., p. 510.

¹³⁹ Così, R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza*, in *Dir. eccl.*, 1983, p. 333; in senso sostanzialmente conforme, tra gli altri, S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza"*, cit., p. 541 ss.; E. ROSSI, *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Obiezione di coscienza al servi-*

tale (e quindi aperto verso tutte le opzioni etiche) non ammette che uno dei consociati sia costretto a condotte contrarie alla sua libertà di coscienza ove esistano alternative percorribili nel contemperamento delle altrui scelte di libertà, allo stesso modo esso non può permettere che l'obiettore si trasformi in un boicottatore delle scelte operate dall'ordinamento (attraverso il ricorso a procedure democratiche) ed alla cui obbedienza lo stesso intenda sottrarsi.

zio militare. Profili giuridici e prospettive legislative, Padova, 1989, p. 76 ss.; S. RODOTÀ, *Problemi*, cit., 63; M. VENTURA, *Pillola del giorno dopo*, cit., p. 78; V. PACILLO, *Contributo*, cit., p. 206 ss. Sottolinea come un "ruolo di primaria importanza assume il dovere di solidarietà, sancito dalla nostra Costituzione all'art. 2, che si pone come criterio di equilibrio tra il momento della libertà, del diritto soggettivo, ed il momento della *responsabilità*", G. SALITO, *L'obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Procreazione assistita. Commento alle legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. 269.

Il punto su...
Colpa e tipicità

