



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

---

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE**

**(SCUOLA DI GIURISPRUDENZA)**

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE**

**XXXIII CICLO**

**TESI DI DOTTORATO**

**COSCIENZA RELIGIOSA E DICHIARAZIONI ANTICIPATE  
DI TRATTAMENTO. L'OMESSO RICONOSCIMENTO  
DELL'OBIEZIONE NELLA LEGGE N. 219/2017.**

**Coordinatore:**

**Ch.mo Prof. *Geminello Preterossi***

**Tutor:**

**Ch.mo Prof. *Giuseppe D'Angelo***

**Dottoranda:**

**Dott.ssa *Valeria Feo***

Anno Accademico 2019/2020

## **INDICE**

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>8</b>
--------------------------	----------

### **PARTE PRIMA**

#### **DIRITTO ECCLESIASTICO, LIBERTÀ RELIGIOSA, OBIEZIONE DI COSCIENZA: COORDINATE DI PRINCIPIO E NORMATIVE**

### **CAPITOLO I**

#### **LE NUOVE PROIEZIONI GIURIDICHE DEL FENOMENO RELIGIOSO NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE (INTERNA ED EUROPEA)**

<b>1. Diritto ecclesiastico e nuove dimensioni giuridiche del fattore religioso.....</b>	<b>15</b>
<b>2. Le difficoltà di qualificazione giuridica dell'esperienza religiosa.....</b>	<b>23</b>
<b>3. Società religiosa ed età della "crisi".....</b>	<b>28</b>
<b>4. Il fattore religioso nella Costituzione.....</b>	<b>33</b>
<b>4.1. I principi.....</b>	<b>39</b>
<b>4.2. Le norme. In particolare, l'art.19 Cost. e le nuove istanze di protezione religiosamente motivate.....</b>	<b>41</b>

5. Il fattore religioso nei circuiti del diritto sovranazionale europeo (con particolare riferimento alla CEDU).....	49
5.1. La libertà religiosa nel diritto convenzionale: contenuti sostanziali.....	54
5.2. ( <i>Segue</i> ) ...gli strumenti di tutela: l’incessante ricerca di un giudice di ultima istanza.....	60
6. I limiti (interni ed esterni) opponibili.....	64
7. Alcune considerazioni di sintesi.....	69

## CAPITOLO II

### PRECETTI RELIGIOSI E REGOLE DI VITA: I CONFLITTI DI LEALTÀ IN SENSO STRETTO E L’OBIEZIONE DI COSCIENZA

1. La libertà religiosa come manifestazione di azioni esterne.....	75
2. Il problema della “duplice obbedienza”.....	79
3. I (tipici) conflitti di lealtà: obblighi giuridici in contrasto con precetti religiosi. L’obiezione di coscienza.....	82
4. Per una panoramica generale: i casi (e la <i>ratio</i> ) di riconoscimento (legislativo) espresso. L’obiezione di coscienza “ <i>secundum legem</i> ”.....	86
5. Profili problematici: sulla eventuale esistenza di un diritto generale all’obiezione di coscienza. L’obiezione di coscienza “ <i>contra legem / sine lege</i> ” (rinvio).....	94

**CAPITOLO III**  
**OBIEZIONE DI COSCIENZA, OMISSIONI**  
**LEGISLATIVE E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE**

1. Premessa al capitolo.....	98
2. Sulla necessità della cd. <i>interpositio legislatoris</i> .....	99
2.1. Motivazioni a sostegno.....	102
2.2. ...e alcune considerazioni.....	106
3. Nuove (seppur minoritarie) esigenze di un maggior protagonismo giurisprudenziale.....	108
3.1. Per una diretta (ed immediata) azionabilità dell'obiezione di coscienza: ragioni sostanziali.....	110
3.2. ...e profili di criticità.....	115
4. Requisiti e limiti opponibili ad un (possibile) generale esercizio del diritto all'obiezione di coscienza.....	117
5. Tentativi di riconoscimento giurisprudenziale.....	119
5.1. L'obiezione di coscienza <i>contra legem</i> come scriminante. L'incidenza sull' <i>an</i> della pena.....	121
5.2. ...o almeno sul <i>quantum</i> . Esperimenti di riconducibilità delle scelte di coscienza ai criteri di commisurazione ed attenuazione della pena.....	132

**PARTE SECONDA**  
**LIBERTA' RELIGIOSA E OBIEZIONE DI COSCIENZA**  
**NELLA REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA DELLE**  
**DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO (D.A.T.)**

**CAPITOLO IV**  
**LA LEGGE N.219 DEL 22 DICEMBRE 2017 («NORME IN**  
**MATERIA DI CONSENSO INFORMATO E DI DISPOSIZIONI**  
**ANTICIPATE DI TRATTAMENTO»)**

1. Il fattore religioso e l'espansione degli ambiti cd. eticamente sensibili.....139
2. Il percorso e i contenuti della legge 219/2017.....151
  - 2.1. Le conferme di un orientamento già consolidato (in via giurisprudenziale e per prassi medica).....153
  - 2.2. Le novità: sulle disposizioni anticipate di trattamento (cd. D.A.T.).....162
3. D.A.T. e libertà religiosa.....167
4. La mancata previsione del diritto alla obiezione di coscienza (*rinvio*).....171

**CAPITOLO V**  
**L’OBIEZIONE DI COSCIENZA E LE D.A.T.**  
**IL SILENZIO DEL LEGISLATORE**

1. A monte del problema: l’assenza di un esplicito riconoscimento dell’obiezione di coscienza per il personale sanitario ed ausiliario all’interno della legge 219 del 2017.....173
2. Elementi per un possibile recupero di una clausola di coscienza.....178
3. La necessità di un contenimento.....181
4. Profili di criticità di una lettura (eccessivamente) elastica della legge 219.....185
5. L’erronea sovrapposizione concettuale tra obiezione di coscienza del medico ed autonomia professionale.....190
6. Il ritorno ad un’interpretazione “restrittivo-letterale”.....193

**CAPITOLO VI**  
**SPAZI DI RICONOSCIMENTO APPLICATIVO PER**  
**UN’OBIEZIONE DI COSCIENZA “CONTRA LEGEM”?**

1. Da un’obiezione *sine lege* ad un’obiezione *contra legem*.....197
2. Profili di responsabilità penale a carico del medico-obiettore.....203

3. Possibili strade per una valorizzazione giurisprudenziale dell'elemento religioso-culturale: l'obiezione di coscienza del medico come esercizio di un diritto scriminante <i>ex art. 51 c.p.</i> .....	211
4. Ipotesi ulteriori.....	217
5. Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza del personale medico all'interno della l. 219/2017: mera possibilità o doverosità? ( <i>Rinvio</i> ).....	223

## **CAPITOLO VII**

### **IL RUOLO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE.**

1. Premessa al capitolo.....	227
2. Giudice delle Leggi e fattore religioso: il potere additivo della Corte Costituzionale nei casi di mancato riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza.....	230
3. Legge 219/2017 e mancata previsione di un'obiezione di coscienza: (presunti) profili di incostituzionalità.....	235
4. In attesa di un intervento: sì, ma quale?.....	241
5. Spunti di riflessione alla luce delle recenti vicende giurisprudenziali.....	245
6. Ragioni e perplessità di un eventuale intervento additivo della Corte.....	252
<b>6.1.</b> L'impatto sul tema della laicità.....	262

6.2. Un conflitto di lealtà sussumibile nell'ambito della <i>querelle</i> "pro-life" / "pro-choice".....	265
7. Sulla vincolatività nei confronti del Parlamento dell'ordinanza "delega" n. 207/2018.....	267
7.1. La perdurante inerzia del legislatore. L'intervento (in seconda battuta) della Corte Costituzionale: la sentenza n. 242 del 2019.....	270
7.2. Verso una nuova definizione (e limitazione) della discrezionalità del legislatore? Dalla mera possibilità alla necessità di un'obiezione di coscienza per il personale sanitario.....	272
8. Il futuro dell'obiezione di coscienza del medico all'interno della l. 219/2017 sulla scorta delle indicazioni di Corte Cost., sent. n. 242 del 2019.....	276
9. Le incognite della prassi applicativa.....	280
 <b>Considerazioni di sintesi e prospettiva.....</b>	 286
 <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	 292

## INTRODUZIONE

L'obiezione di coscienza può apparire – di primo acchito – come un tema ampiamente dibattuto e non più attuale. In realtà, ad essere in larga parte superati sono gli ambiti tradizionali, classici, di riferimento dell'obiezione. Se infatti, il pensiero corre immediatamente al servizio militare, v'è da riconoscere che quest'ultimo ha ormai lasciato spazio a nuove fattispecie come quella dell'IVG (interruzione volontaria della gravidanza), della sperimentazione animale o della procreazione medicalmente assistita. Si tratta di casi nei quali il legislatore ha risolto (seppur non eliminandolo) il potenziale conflitto tra coscienza religiosa ed ordinamento giuridico attraverso un riconoscimento espresso dell'obiezione. Il presente lavoro affronta un aspetto ancor più particolare, proponendosi così di dimostrare quanto un tema apparentemente superato possa trovare nuove ragioni di attualità.

Invero, la problematica centrale che fa da sfondo all'elaborato è quella della regolamentazione dei (nuovi) casi di obiezione di coscienza rispetto ai quali – diversamente da quanto accade nelle ipotesi summenzionate – il legislatore è rimasto inerte, lasciando le notevoli trasformazioni ed esigenze sociali in balia di palesi vuoti normativi.

È dunque proprio il contesto odierno che sposta la tematica verso una sua riscoperta e rivalorizzazione: i mutamenti sociali – addebitabili principalmente ai fenomeni della globalizzazione e del multiculturalismo – hanno comportato duplici conseguenze. Da un lato, una crescita numerica delle richieste di esenzione per motivi di coscienza rispetto agli obblighi imposti dalla legge alla generalità dei

consociati; dall'altro uno scollamento di tali richieste di esenzione da motivazioni intrinsecamente religiose verso altre di stampo culturale ed etico. Sulla scorta di ciò, non sorprenderà l'attenzione rivolta proprio ai cd. "ambiti eticamente sensibili" nei quali – le più recenti normative – portano alla luce questioni irrisolte: la bioetica in sé resta il banco di prova di religione e diritto, gestione di consenso politico, conflitti di potere e necessità di regolamentazione. Proprio in questi ambiti, molto spesso il legislatore si serve di (consapevoli) "lacune" normative a mo' di *escamotage* per accantonare (anche se solo momentaneamente) potenziali conflitti.

Da questo punto di vista, il profilo di maggiore interesse è quello di capire se, quale e quanto spazio possa essere riconosciuto alla coscienza del singolo in assenza di un'*interpositio legislatoris* che consenta esplicitamente la facoltà di obiettare a quella normativa.

Non può ignorarsi che di recente si è assistito ad un vero e proprio cambiamento epocale che ha portato all'entrata in vigore di normative – fino a non moltissimo tempo fa – ritenute impensabili e che hanno sollevato nuove istanze di tutela religiosamente ed eticamente motivate.

Tra queste, oggetto di analisi sarà la legge n. 219 del 22 dicembre 2017 in materia di consenso informato (disciplinante le modalità di espressione e di revoca dello stesso) nonché di disposizioni anticipate di trattamento (le cd. DAT finalizzate a consentire all'individuo – nel caso in cui sopraggiunga un'incapacità di intendere e di volere – di dichiarare il proprio orientamento sul cd. "fine vita"). Ciò per una ragione ben precisa: al suo interno si rintraccia proprio la problematica

di cui si discorreva poc'anzi. Infatti, il legislatore ha ritenuto di non dover fare alcun tipo di menzione all'obiezione di coscienza del personale medico, con la conseguenza di future (ipotizzabili e non proprio chimeriche) distorsioni applicative derivanti da una normativa insoddisfacente o comunque incompleta.

Nonostante timidi tentativi dottrinali di “risolvere” a monte la questione attraverso la ricerca nel testo normativo di un qualche appiglio che consenta – in una lettura ermeneutica estensiva – di rinvenire impliciti riferimenti all'obiezione di coscienza del personale sanitario ed ausiliario tenuto ad eseguire le disposizioni del paziente, una più attenta esegesi del testo condurrà ad esiti opposti.

L'obiezione di coscienza del personale sanitario in ambito di consenso informato e DAT è configurabile più propriamente come obiezione *sine lege* o – in un'accezione più stringente – *contra legem*: frutto cioè non di mera disattenzione legislativa ma di una scelta lucida e consapevole volta a qualificare *ex ante* l'eventuale rifiuto opposto da parte del medico obietto come illecito.

Stante la (difficile) sostenibilità di un diritto generale all'obiezione di coscienza immediatamente azionabile, si proverà dunque a risolvere la problematica dell'assenza di tutela nei confronti dei soggetti obiettori alla legge n. 219 del 2017 attraverso due modalità o meglio, due tentativi.

Il primo è quello di un possibile recupero *ex post* da parte del giudice ordinario il quale, valorizzando l'elemento religioso-culturale, potrebbe tentare di ricondurre l'opzione obiettorica nell'alveo dell'esercizio di

una scriminante (in particolare ex. art. 51 c.p.) o di altre scusanti ed attenuanti. L'operato "secondario" da parte dei giudici ordinari – per ovvie ragioni – desta alcune perplessità sul possibile integrale raggiungimento degli obiettivi auspicati dovendo pur sempre ricondursi a provvedimenti occasionali e puntuali all'interno di un quadro normativo incerto.

Tali dubbi comportano la necessità di vagliare un secondo tentativo di recupero che veda protagonista questa volta la Corte Costituzionale. Infatti, non è da escludere che – nelle prossime ed ipotizzabili vicende giurisprudenziali – lo stesso giudice ordinario possa ritenere che il mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza del medico da parte del legislatore possa di per sé ritenersi in contrasto col dettato costituzionale, tanto da ritenere necessario ed impellente l'intervento della Consulta per porre un freno alla discrezionalità legislativa rispetto a determinate scelte da considerarsi – in questo senso – "vincolate". Del resto, nelle materie ecclesiasticiste, non sarebbe una novità questa sorta di interdipendenza con l'operato della Corte Costituzionale, essendosi spesso sostituita all'autorità civile competente nelle proprie responsabilità di interlocutore delle confessioni religiose. Attraverso tale modalità è possibile una (ri)lettura "costituzionalmente orientata" della l. 219 del 2017 nella quale il riconoscimento dell'obiezione di coscienza al suo interno, da mera possibilità legislativa, si tramuti in un atto doveroso, ravvisandosi così alcuni profili di incostituzionalità della normativa stessa.

In questo delicato rapporto tra poteri, di particolare suggestione risulteranno le recentissime pronunce della Corte Costituzionale ( mi riferisco all’ordinanza n. 207 del 2018 nonché alla sentenza n. 242 del 2019 sul noto “caso Cappato”) in relazione a tutti quei punti affrontati che – in maniera trasversale – possono recuperarsi come utili rispetto alla (differente) tematica dell’omesso riferimento del diritto all’obiezione di coscienza per il personale sanitario all’interno della legge 219/2017. Nella dovuta avvertenza preliminare – per le ragioni che si esporranno in seguito – di dover tenere distinto il tema del presente lavoro dalla vicenda in sé, si anticipa che l’orientamento della Corte Costituzionale in tali pronunce risulta tuttavia determinante per dare una risposta agli interrogativi rimasti in sospeso ed in particolare su quale possa essere l’intervento più opportuno per colmare l’evidente lacuna legislativa.

Obiettivo principale resta quello di fornire delle risposte che possano (quantomeno tentare di) chiudere il cerchio sul futuro dell’obiezione di coscienza all’interno della l. 219/2017 il quale – inevitabilmente – risulta frutto di integrazione fra più interventi posti su vari livelli: quello del legislatore (in via principale), del giudice ordinario (in via secondaria) e della Corte Costituzionale (in via suppletiva).

**PARTE PRIMA**  
**DIRITTO ECCLESIASTICO, LIBERTÀ RELIGIOSA,**  
**OBIEZIONE DI COSCIENZA: COORDINATE DI PRINCIPIO**  
**E NORMATIVE**

**CAPITOLO I**  
**LE NUOVE PROIEZIONI GIURIDICHE DEL FENOMENO**  
**RELIGIOSO NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE**  
**(INTERNA ED EUROPEA)**

**Sommario:** **1.** Diritto ecclesiastico e nuove dimensioni giuridiche del fattore religioso. – **2.** Le difficoltà di qualificazione giuridica dell’esperienza religiosa. – **3.** Società religiosa ed età della “crisi”. – **4.** Il fattore religioso nella Costituzione. – **4.1.** I principi – **4.2.** Le norme. In particolare, l’art.19 Cost. e le nuove istanze di protezione religiosamente motivate. – **5.** Il fattore religioso nei circuiti del diritto sovranazionale europeo (con particolare riferimento alla CEDU). – **5.1.** La libertà religiosa nel diritto convenzionale: contenuti sostanziali. – **5.2.** (*Segue*) ...gli strumenti di tutela: l’incessante ricerca di un giudice di ultima istanza. – **6.** I limiti (interni ed esterni) opponibili. – **7.** Alcune considerazioni di sintesi.

## **1. Diritto ecclesiastico e nuove dimensioni giuridiche del fattore religioso.**

Qualsivoglia settore dell'esperienza giuridica – a volte più, altre meno – risente delle trasformazioni sociali religioso-culturali con la conseguente necessità di doversi confrontare e tentare di adattare alle stesse. La proiezione da una dimensione strettamente individuale e personale ad una collettiva e condivisa è caratteristica intrinseca del “fenomeno religioso”; ciò comporta il dover discorrere di determinati temi non soltanto su di piano teorico – ideologico ma anche su di un piano sostanziale. La *condicio sine qua non* resta l'individuazione delle principali “spie di pericolo” e di conflitto sociale ma il compito più arduo resta carpirne i risvolti pratici e dunque, individuare le possibili soluzioni.

Nella società odierna – ove fenomeno migratorio e multiculturalismo fanno da padroni – risulta sempre più difficile ricondurre ad un'unità normativa le differenziazioni sociali e le manifestazioni religioso – culturali diverse da quelle del Paese di appartenenza. Tra le tante ragioni di questa complessità è bene segnalarne un paio di tutto rilievo: da un lato il difficile inquadramento dell'esperienza religiosa in uno schema univoco di manifestazioni in azioni esterne; dall'altro, la generale scarsa conoscenza (o forse ardua comprensibilità) dei diritti religiosi in sé. Ciò comporta forti rischi in quanto l'illusoria ricerca nel rintracciare adeguate formule normative che assecondino tutte le molteplici e sempre più crescenti richieste religiosamente motivate

pongono il legislatore (in prima battuta) ma anche i giudici (in subordine) in evidente imbarazzo.

La nuova dimensione giuridica del fenomeno religioso comporta come suo effetto consequenziale un mutamento della stessa disciplina ecclesiasticista la quale da un lato amplia i suoi settori di interesse, dall'altro fa sempre più fatica a rivendicare una sua specificità. Tale difficoltà – avvertita soprattutto rispetto a determinate questioni in un certo senso *borderline* – riguarda da vicino il tema trattato in quanto l'obiezione di coscienza, notoriamente tematica di stampo bioetico, si presta ad essere oggetto di interesse in più ambiti giuridici.

Per tale ragione risulta necessario partire con una corretta definizione di “diritto ecclesiastico” al fine di rivendicare i profili di tipicità della materia sul tema ed anche con l'obiettivo di rivalorizzare il ruolo dell'ecclesiasticista il quale può essere in grado di operare un corretto bilanciamento fra laicità delle istituzioni pubbliche, conflitti vecchi e conflitti emergenti.

Al contrario di quanto si potrebbe pensare, “definire”, vale a dire il determinare il contenuto di un concetto utilizzando «brevi e precise parole» è un'operazione tutt'altro che banale soprattutto quando da quell'assunto debbano emergere «le qualità essenziali di una cosa, in modo da distinguerla nettamente da un'altra»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Voce “definire”, in Enciclopedia Italiana Online “Treccani”, ([www.treccani.it](http://www.treccani.it)).

Va da sé che fornire una definizione piuttosto che un'altra comporti proprio come conseguenza la delimitazioni di “confini” e di rivendicazione di ciò che è proprio (da ciò che non lo è).

Effettivamente, la dicitura stessa della disciplina (“diritto ecclesiastico”), comporta spesso errori valutativi di partenza. Non è infrequente che l'approccio allo studio della materia ecclesiasticista avvenga con diffidenza, molto probabilmente nell'errato convincimento di un qualcosa che non è come appare. Di primo acchito è innegabile la sensazione di avere a che fare con un diritto più intrinsecamente religioso o quantomeno interno alle dinamiche religiose in sé. È solo confrontandosi con la sua precisa definizione che il modo di vedere e concepire le cose può cambiare sgombrando la mente da qualsiasi scetticismo: basta leggere che il Diritto Ecclesiastico è diritto statale, è settore dell'ordinamento giuridico interno, nato «da una costola del Diritto Pubblico»<sup>2</sup>.

Più dettagliatamente si potrebbe affermare che è quel «settore dell'ordinamento giuridico volto alla disciplina del fenomeno religioso»<sup>3</sup> o ancora, a scanso di equivoci, quel «sottoinsieme di norme (...) che gli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali producono, attraverso i loro svariati ‘formanti’, allo scopo di regolamentare al proprio interno l'esercizio della libertà religiosa, nelle molteplicità delle

---

<sup>2</sup> Torna alla memoria quanto letto in M.C. FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 1. I principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 4.

<sup>3</sup> F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2009, p.3.

manifestazioni di essa: individuali e/o collettive, negative e/o positive».<sup>4</sup>

Dunque, l'ampio significato del concetto di esperienza religiosa (intima, condivisa e sociale) si riversa sulla disciplina del diritto ecclesiastico, il quale di conseguenza manifesta una sorta di «vocazione naturale» per la comparazione giuridica.<sup>5</sup>

Ciò rende alquanto problematica l'attribuzione di una propria autonomia non soltanto dal diritto costituzionale (dal quale si rintraccia da un punto di vista didattico una propedeuticità) ma anche da tutte le altre branche: dal diritto privato, amministrativo, tributario, penale e via discorrendo.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Definizione offerta con lo specifico intento di evitare confusioni col “diritto della chiesa Cattolica” (meglio conosciuto come “diritto canonico”) ma anche col diritto delle chiese ‘altre’ (i cd. diritti religiosi) in S. DOMIANELLO, *L'utilità pratica del “Diritto ecclesiastico civile” come scienza*, in G.B. VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2004, p. 287.

<sup>5</sup> Evocando quanto esposto in G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello. Volume I. Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 22 nonché le riflessioni in S. DOMIANELLO, *L'insegnamento del diritto ecclesiastico e l'«avvenire»*, in *L'insegnamento del diritto ecclesiastico nelle Università italiane*, Atti delle giornate di studio – Campobasso 19 – 20 gennaio 2001, M. PARISI (a cura di), Napoli, 2002, p.63 ss, in cui si definisce tale vocazione comparatista come una qualità assolutamente particolare della materia ecclesiasticista, ragione per cui nell'insegnamento in Italia coesistono separatamente il Diritto Ecclesiastico ed il Diritto Ecclesiastico comparato.

<sup>6</sup> Col rischio di declassare ad un settore di ricerca «predestinato ad occuparsi di temi già rientranti (...) nel più vasto oggetto di altre specifiche branche (...) al mero scopo di attuare una comparazione tra l'ordinamento giuridico secolare, nazionale o sopranazionale, preso in esame, e gli ordinamenti giuridici confessionali. (...). Per tal via si è contribuito a consolidare e diffondere l'opinione che l'ecclesiasticista

Questa è una delle ragioni per le quali in dottrina si discute sulla stessa sua denominazione; si è pensato a “Diritto e Religione” o ancora “Diritto pubblico delle religioni”: tutte qualificazioni nelle quali la parola “ecclesiastico” scompare.<sup>7</sup>

Eppure, vi è una forte specificità ed attualità negli studi ecclesiasticisti derivante dalla sua “trasversalità”<sup>8</sup> che involge le discipline giuridiche proprio perché – ancora prima – riguarda già la società che ci circonda<sup>9</sup>.

---

fosse non tanto il perito di quella speciale branca *interna* al diritto secolare (...) che si sviluppa per assicurare tutela civile all’esercizio di ogni forma del diritto umano di libertà religiosa, quanto l’esperto ella comparazione diacronica e/o sincronica dei diritti confessionali, tra di essi e/o con i sistemi giuridici secolari». S. DOMIANELLO, *L’utilità pratica*, cit., p. 293.

<sup>7</sup> La nozione tradizionale di “diritto ecclesiastico”, rimanderebbe intuitivamente ad un esclusivo riferimento alla Chiesa Cattolica a discapito della sua accezione ben più ampia. Sulle proposte in tema di definizione, sullo studio in generale delle discipline ecclesiastiche e sul concetto di “autonomia” delle stesse cfr. S. BERLINGÒ, «*Passata la tempesta?*»..., G. CIMBALO, *Interdisciplinarietà, comparazione e Diritto Ecclesiastico in una esperienza didattica a distanza dell’Università di Bologna*, in G.B. VARNIER (a cura di) *Il nuovo volto*, cit.; M. TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007; ID., *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1983; S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano*, Giuffrè, Milano, 1979; G. LEZIROLI, *Autonomia del diritto ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2010 in cui l’A. critica i tentativi in incorporazione della materia in altre discipline: «autonomia del diritto ecclesiastico significa allora disciplinare un problema residuale che non può essere ignorato, che è fastidioso e che pertanto deve essere tollerato, sminuendolo per quanto possibile.»

<sup>8</sup> Come sottolineato in M.C. FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico.*, cit., p. 37.

<sup>9</sup> Suggestive le parole di Franco Onida relative ad alcuni suoi appunti per la lezione introduttiva al corso di diritto ecclesiastico conservati e riportati da L. ZANNOTTI, *L’insegnamento, l’insegnamento del diritto, l’insegnamento del diritto*

Il bisogno da parte del singolo (e del gruppo) di esternare la propria fede religiosa (e tutti i più disparati comportamenti ad essa correlati), conduce alla necessità di regolamentare i rapporti con gli altri gruppi che fondamentalmente rivendicano lo stesso.

Globalizzazione ed immigrazione hanno fatto emergere la costante esigenza da parte dello Stato di assicurare una «convivenza ordinata» offrendo «pane e diritti» mediante « la previsione di pacchetti più o meno densi di regole ancorate, a loro volta, ai valori condivisi e scritti in Costituzione e intese a soddisfare, graduare, differire (o escludere del tutto) il soddisfacimento degli interessi propugnati da frazioni della collettività e, con maggior presa, da quelle più agguerrite perché più larghe, più coese, più estese al corpo sociale.»<sup>10</sup>

---

*ecclesiastico. La lezione del Maestro e altre lezioni, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale (Rivista Telematica [www.statoechurchese.it](http://www.statoechurchese.it)), n.12, luglio 2016. «Il diritto regola persino Dio, che certo non se l'aspettava quando ha creato l'uomo e ora si trova inchiodato tra centinaia di confessioni e associazioni religiose che dettano regole per esse – spesso contrastanti – mettendole in bocca a lui ma con ciò togliendo anche a lui stesso la libertà di non avere regole: voi non dovete mangiare carne di maiale, loro invece no quella di vacca, quelli non devono far lievitare il pane, questi devono fare un figlio ogni volta che fanno l'amore, quelli possono prendere fino a quattro mogli, quelli là tutte quelle che vogliono e gli altri una soltanto. Studiare l'atteggiamento che gli stati assumono di fronte alle molteplici forme del fenomeno religioso significa guardare ben dentro, forse proprio nel cuore, dei modi di essere della società civile. Il diritto ecclesiastico consente di osservare le azioni e le reazioni della società civile di fronte a un fenomeno che è universale nella misura in cui è universale lo spirito dell'uomo, richiama nel proprio nome il concetto di chiesa ma non aspettatevi che parli di religione perché non essendone esperto mi sentirei di invadere un campo altrui.»*

<sup>10</sup> Ancora M.C. FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico.*, cit., p. 37.

La trasversalità del diritto ecclesiastico deve essere interpretata non come mancanza di autonomia, anzi. Essa è da intendersi come una vera e propria qualità derivante dal suo intersecarsi con ogni aspetto del viver comune, dal suo essere inevitabilmente presente e dalla necessità di avere una disciplina propria la quale si serve (anche) dello strumento comparatistico per il raggiungimento di un fine ben specifico: quello di una piena comprensione delle dinamiche odierne della libertà religiosa.<sup>11</sup>

Tale “comprensione” avviene per il tramite di alcune direttrici fondanti quali il pluralismo, la democrazia e l’eguaglianza identificando così un diritto ecclesiastico “puro”<sup>12</sup> che (oggi più che

---

<sup>11</sup> In tal senso si condividono le “avvertenze e cautele preliminari” rintracciabili in G. D’ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L’esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, pp.201 – 204 nelle quali l’Autore ribadisce l’obiettivo di (ri)valorizzazione della funzione di recupero della «perduta universalità della scienza giuridica» nonché della comparazione giuridica come scienza utile alle finalità ed esigenze (interne ed esterne) del diritto ecclesiastico.

<sup>12</sup> «Il principale compito dell’ecclesiasticista “puro”, nel senso di “non comparatista *extra moenia*”, consiste, infatti, nell’usare lo strumento della comparazione per verificare ed evidenziare le assonanze e le irriducibili differenze che intercorrono tra le fattispecie complesse e disciplinate dalle norme (fondamentalmente o anche solo materialmente) speciali del diritto ecclesiastico e le analoghe fattispecie semplici regolate dalle norme di altri rami del diritto» sicché «l’uso *intraordinamentale* o *endosistemico* del metodo comparativo (...) ha come obiettivo primario, non di consentire la verifica del carattere interdisciplinare del diritto ecclesiastico, bensì di far emergere, sul piano dei singoli diritti positivi, sia i limiti sia le ragioni costituzionali di una disciplina giuridica delle manifestazioni delle libertà religiosa che, intanto continua a rivendicare una propria autonomia complessiva all’interno dell’ordinamento civile, in quanto tutte le norme di cui essa si sostanzia, sia unilaterali che bilaterali, presentano gli stessi caratteri di *necessaria ed intrinseca specificità*.» Ancora in S. DOMIANELLO, *L’utilità pratica*, cit., p. 293.

mai) mostra quell'*utilità pratica* rintracciabile nella capacità di risolvere le innumerevoli questioni giuridiche che la società moderna pone<sup>13</sup> in tema di rivendicazione di libertà (positiva e negativa) di religione, nonché di interpretare quel concetto di laicità secolare, che rischierebbe altrimenti di svuotarsi di significato.

Ad esso è stato affidato «l'ulteriore compito di costituire le condizioni per riaffermazione dell'unità ordinamentale ovvero, per vedere la cosa da un diverso angolo di visuale, rappresentando terreno privilegiato di analisi e verifica di fenomeni di più ampia portata, che coinvolgono tanto i fondamenti della legittimazione politica che l'equilibrio tra i poli dell'unità e della differenziazione.»<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Suggestive riflessioni in M. JASSONI, *L'emarginazione di una materia qualificante*, in G.B. VARNIER (a cura di) *Il nuovo volto*, cit., p. 226 nel quale si definiscono “fondamentali” le materie oggetto nei nostri studi a prescindere dalla loro collocazione in ambito accademico o dal sistema stesso dei “crediti” ma soprattutto perché «affrontano problematiche storiche e coinvolgono dimensioni etiche imprescindibili per la formazione di una salda cultura giuridica e per la preparazione, quindi, ad un esercizio consapevole e critico ( per ciò stesso libero) della professione.»

<sup>14</sup> G. D'ANGELO, *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico. Contributo all'interpretazione dell'art.117, comma 2, lett. c) della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 26.

## **2. Le difficoltà di qualificazione giuridica dell'esperienza religiosa.**

L'operazione di "ricomposizione ad unità" delle istanze religiose, seppur si stia cimentando in nuovi e difficili sfide derivanti dalle mutazioni sociali, non è mai stata esente da difficoltà applicative. È bene precisare che a prescindere dalle nuove urgenze, è il concetto di religione *tout court* a presentare a monte la problematica. Essa è stata da sempre il mezzo attraverso il quale l'uomo ha tentato di fornire risposte alle domande primarie e agli interrogativi ultimi della (e sulla) esperienza umana; è proprio per tale ragione che essa risulta presente nella vita sociale *ab illo tempore* portando con sé la necessità (e la difficoltà) di una regolamentazione giuridica.

La storia ci insegna che il rapporto tra potere religioso e potere politico ha continuamente cercato di bilanciare i due poli in una lotta continua tra forza e debolezza, separazione e collaborazione. Infatti, entrambi i poteri – anche se con mezzi (per alcuni aspetti) diversi – si prefiggono come obiettivo l'imporre i propri precetti a tutti i propri consociati: fedeli da un lato e cittadini dall'altro (con l'ovvia e possibile conseguenza che tale *status* possa coincidere nella stessa persona).

È chiaro che quanto più il potere politico è forte, tanto più riuscirà a mantenere le distanze da quello religioso; al contrario, avrà bisogno di invocare il suo sostegno.<sup>15</sup> La robusta incidenza del fattore religioso

---

<sup>15</sup> M.C. FOLLIERO – A. VITALE, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 2. I principi scritti. Regole*, Giappichelli,

negli assetti politicamente e democraticamente organizzati comporta che la libertà religiosa (ma la religione in sé ancor prima) detenga un “primato d’onore”, qualificandosi come una sorta di precondizione alle altre libertà, in quanto storicamente concepita come forma di aspirazione e rivendicazione della libertà umana nei confronti dell’autorità statale.<sup>16</sup>

L’esperienza giuridica insegna che il diritto di libertà religiosa non è soltanto il primo dei diritti dell’uomo ad essere rivendicato e riconosciuto, ma è anche «un diritto nel quale tutti gli altri vengono a essere in modo singolare ricompresi»<sup>17</sup> diventando così «un concetto o un principio essenzialmente e prettamente giuridico.»<sup>18</sup>

---

Torino, 2013, p. 28; per un *excursus* storico (e non solo) sui rapporti tra Stato – Chiesa si rinvia invece a I. VECCHIO CAIRONE, *Forme di Stato e forme del sacro. Percorsi storici*, Aracne Editore, Roma, 2009.

<sup>16</sup> Si condividono in tal senso le riflessioni sulla libertà religiosa contenute in P. LILLO, *Radici costituzionali del sistema democratico italiano*, in *Dir. famiglia*, 2, 2013, p. 627, «(...) infatti, da un lato, essa è in grado di scatenare nell’animo umano sentimenti, passioni e reazioni che non trovano pari intensità e qualità in occasione dell’esercizio delle altre libertà fondamentali. Dall’altro lato, caratteristica esclusiva della libertà religiosa è quella di ricomprendere al suo interno diverse altre espressioni di libertà, come, per esempio, la libertà di coscienza, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione e quella di associazione, la libertà di comunicazione e di corrispondenza. Così, mentre la struttura delle altre libertà si esaurisce e si risolve nelle facoltà materiali proprie di ogni specifico diritto, la libertà religiosa, per contro, afferma la specificità dei suoi contenuti attraverso l’esercizio di facoltà materialmente afferenti anche ad altre figure di libertà, ricomprendendole, in un certo senso, tutte.»

<sup>17</sup> G. DALLA TORRE, voce *Libertà religiosa*, in *Dizionario delle idee politiche*, E. BERTI - G. CAMPANINI (a cura di), Ave, Roma, 1993, p. 480.

<sup>18</sup> F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 217. Sulla libertà religiosa interessanti riflessioni in F. DI PRIMA, *La mancata emanazione nell’Italia repubblicana di una legge “organica” sulla*

In concreto, emerge una sorta di “ultrattività” nonché di “ambivalenza” del fenomeno religioso frutto della duplice dimensione prospettica della religione<sup>19</sup> vale a dire – come già accennato – non soltanto come valore intrinsecamente individuale ma soprattutto come esperienza comunitaria.

La proiezione della religione dalla dimensione individuale a quella collettiva comporta più di una problematica: alcune di mero carattere ideologico, altre di sostanza. Ci si potrebbe chiedere ad esempio se sia possibile identificare *che cos'è* in concreto la religione oppure se sia sufficiente – per ottenere tutela giuridica – una mera rivendicazione religiosa del singolo rispetto ad un determinato comportamento che magari per la maggioranza risulta inusuale, strano o addirittura (per l'ordinamento) reato.<sup>20</sup>

In una società “nomade” che vede le masse rimettersi in movimento, le molteplici manifestazioni religiose lontane dalla “tradizione” del Paese d'arrivo (che possono coinvolgere qualsiasi aspetto: dal cibo, alle

---

*libertà religiosa (il confronto col caso spagnolo), in Anuario De Derecho Eclesiástico del Estado, 32, 2016, p. 879 ss.*

<sup>19</sup> Cfr. G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., pp. 19 – 20.

<sup>20</sup> La difficile tutela associata ad una mera dichiarazione di fede del singolo parrebbe inquadrabile nella stessa *ratio* che ha portato il nostro ordinamento ad una sorta differenziazione della tutela penale del sentimento religioso ( bene costituzionalmente rilevanti così come in Corte Cost., 8 luglio 1975, n. 188 in Dir. Eccl., 1975, II, p.173 ss.) tra quello individuale e quello collettivo (minore nel primo caso, maggiore nel secondo); la difficile identificazione della “sensibilità religiosa” come bene giuridico tutelato in quanto ( ci si scusa per il gioco di parole) *sensibilmente* variabile da soggetto a soggetto, ha comportato infatti una sopravvivenza codicistica delle sole offese riguardanti la collettività ( si vedano gli artt. 403 – 405 c.p.)

pratiche, al modo di vestire) comportano problemi reali (di sostanza appunto). Mi riferisco alle difficoltà di regolamentazione della complessità sociale scaturenti dal fatto che l'esperienza religiosa è matrice di una serie di relazioni difficilmente inquadrabili in uno schema univoco, spesso lontane da ciò che per la maggioranza è "giusto", o "vero". Viene a crearsi così una sorta di ambiguità di fondo tra la frammentazione della diversità sociale e l'esigenza connaturata al diritto della *reductio ad unum*, con la conseguente difficoltà di regolamentazione da parte del legislatore (in prima battuta) e del giudice (in seguito).

Nel nostro caso, la Costituzione<sup>21</sup> individua nell'art. 4, comma 2 un obiettivo ben preciso volto al "*progresso materiale e spirituale della società*"<sup>22</sup>: appare logico inquadrare anche (e soprattutto) la religione<sup>23</sup> tra le attività dedicate a ciò<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Quello italiano è stato definito come «un quadro costituzionale orientato ai principi di laicità e della separazione degli ordini tra Stato e confessioni religiose» (Cass., Sez. Un., n. 14839 del 2011).

<sup>22</sup> Per comodità espositive si riporta integralmente il testo ex. art. 4 Cost. «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.»

<sup>23</sup> La meritevolezza degli interessi religiosi oltre che derivante da un dovere costituzionale di ogni cittadino orientato al progresso spirituale, deriva anche dall'obiettivo posto ex.art. 3, comma 2 Cost. del "pieno sviluppo della persona umana".

<sup>24</sup> Gli interessi religiosi si riconducono in questo modo nel «quadro degli interessi la cui realizzazione, in condizione di piena parità, concorre al progresso spirituale della società, traguardo che, unitamente al progresso materiale,

Tuttavia, se da un lato la religione – in relazione alla sua importanza sociale – vincola lo Stato a doverla tutelare e ad offrire idonee garanzie a tutte quelle forme che non oltrepassino i limiti ad essa opponibili; dall'altro diventa sempre più difficile contemperare le imprevedibili reazioni della società ad essa, prime fra tutte quelle di ostilità e di insofferenza.

La difficile qualificazione dell'esperienza religiosa ( e tutte le sue manifestazioni)<sup>25</sup> sta conducendo la società verso l'ignoto; l'Assemblea del Consiglio d'Europa nella raccomandazione su «Stato, religione, laicità e diritti dell'uomo» del 29 maggio 2007 ha dunque asserito la necessità di un buon dialogo interreligioso in grado di contemperare il dirimpente fenomeno della globalizzazione con l'accresciuto bisogno di visibilità da parte delle istanze religiose evitando il più possibile di mettere a rischio i diritti fondamentali dell'uomo.<sup>26</sup>

Il processo di secolarizzazione (vale a dire il passaggio delle istituzioni dalla dipendenza del potere ecclesiastico a quella del potere civile) considerato come «la fine del tradizionalismo e della superstizione e l'inizio di un processo che porta gli uomini ad agire in modo sperimentale e pragmatico, razionale e basato su conoscenze scientifiche che possono essere sottoposte a verifica e abbandonate non

---

tutti hanno il dovere di perseguire». Cfr. G. CASUSCELLI, *Post-confessionismo e transizione*, Giuffrè, Milano, 1984, p.31.

<sup>25</sup> Sempre più diffusa l'idea di una quasi sovrapposizione tra credenze religiose e diritto all'identità, sia nazionale che della persona (Cass. Civ., III sez., n.5525 del 2012).

<sup>26</sup> Cfr. R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Società civile e società religiosa nell'età della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012, p.4.

appena si rivelino inadeguate»<sup>27</sup>, contrariamente da quanto previsto e ritenuto da alcuni<sup>28</sup>, risulta messo duramente alla prova da una rinascita del fenomeno religioso legata all'evoluzione sociale e culturale contemporanea e soprattutto dai due fenomeni: quelli del pluralismo religioso e della multiculturalità.<sup>29</sup>

### 3. Società religiosa ed età della “crisi”.

Dunque, il pluralismo religioso ed il pluralismo culturale (il cd. “multiculturalismo”<sup>30</sup>) identificabili come una pluralità di religioni e culture difficilmente riconducibili ad unità e chiamati a coesistere sullo stesso territorio, sono fattori di “crisi” per la realtà tradizionale e per tutti quei valori su cui si è da sempre poggiato l'ordinamento positivo.

---

<sup>27</sup> G. PASQUALINO, *Secolarizzazione*, in N. BOBBIO – N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976, p.904

<sup>28</sup> P. GRASSI, *Secolarizzazione*, in E. BERTI – G. CAMPANINI (a cura di), *Dizionario delle idee politiche AVE*, Roma, 1993, p.766 ss., in cui l'A. sostiene che la società non solo può fare a meno della religione (e di Dio) ma addirittura debba eliminare tali fattori dalla compagine sociale in quanto fenomeni regressivi della secolarizzazione, da combattere a tutti i costi.

<sup>29</sup> Cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 2 ss.

<sup>30</sup> Sul tema, cfr. M. D'ARIENZO, *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità*, Luigi Pellegrini editore, Cosenza, 2018; ID. *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e Religioni*, XVIII, 2, 2014, p. 420 – 437; ID., *Le sfide della multiculturalità e la dimensione religiosa*, in F. ABBONDANTE – S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 45-67.

L'avvento del fenomeno della globalizzazione<sup>31</sup> e delle immigrazioni ha portato ad una "crisi delle categorie giuridiche tradizionali"<sup>32</sup> nonché alla necessità di adattare le stesse alle sempre più attuali e dirompenti esigenze. Viene così a realizzarsi uno "sconfinamento" dello Stato verso il basso (vale a dire al suo interno) ove la diversità delle culture porta a far emergere tendenze e tradizioni religiose (ma anche linguistiche ed etniche di genere) diverse.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Suggestiva la definizione di "diritto sconfinato" data da M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma – Bari, 2006.

<sup>32</sup> Invero, «lo Stato appare sempre meno idoneo a farsi carico, con efficacia, dei problemi e delle istanze di protezione che contraddistinguono la società contemporanea e che solo apparentemente sono circoscrivibili entro gli ormai ristretti confini territoriali e comunitari rispetto ai quali lo Stato stesso è legittimato all'esercizio pieno del potere. (...) Ebbene, spesso riguardati, nella loro drammaticità, quale frutto tra i più discussi della stessa globalizzazione, i recenti fenomeni migratori hanno inciso pesantemente – quale concausa determinante – su uno dei presupposti più sicuri di questa coesione, ovverosia sull'omogeneità di quel retro terra sociale e culturale dello Stato che, sino a quel momento, era apparso, sotto tale profilo, sostanzialmente granitico. Ne è derivata una situazione di conflittualità, più o meno manifesta, che non può che problematizzare ulteriormente la già minata capacità degli stessi stati a ricomporre ad unità le molteplicità degli interessi che si agitano nella società e l'efficacia delle risposte, politiche e giuridiche, che essi approntano nei confronti delle emergenze regolamentative, vecchie e nuove, che ne conseguono.» G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., pp. 5 – 8.

<sup>33</sup> Si tratta di una vera e propria «esplosione del mondo religioso, che offre molteplici manifestazioni spesso inusuali, nuove per l'ambiente, lontane dalle forme tradizionali; ebbene le esigenze religiose (che inevitabilmente si traducono in diritto di libertà religiosa) delle persone variano a seconda dell'adesione all'uno od all'altro di questi messaggi religiosi (...) con modalità imprevedibili per chi era abituato ad una tranquilla tradizione. (...) La conseguenza è che questo mondo estremamente variegato deve fare i conti con un sistema civile, penale e amministrativo non preparato ad una valutazione di questi nuovi aspetti, ma anche

Diventa così già per l'interprete (e soprattutto per l'operatore del diritto) sempre più arduo cimentarsi continuamente nella difficile sfida di ricomposizione di quella «irriducibile complessità» e di quella «polarizzazione dialettica tra unità e differenziazione».<sup>34</sup> Di fronte a tali insidie il legislatore rischia di cadere in una “duplice tentazione”<sup>35</sup>.

La prima è quella di scegliere di non intervenire: opzione senza dubbio pericolosa in quanto comporta vuoti legislativi che necessariamente debbono essere colmati dalla giurisprudenza la quale difficilmente riesce ad essere uniforme nella casistica, allontanando sempre di più la fantomatica idea della “certezza del diritto”<sup>36</sup>.

La seconda invece è quella di utilizzare (e dunque produrre) un “diritto debole”<sup>37</sup> vale a dire una forma di diritto volto a regolamentare le procedure senza però incidere sul piano valoriale e senza fare delle vere e proprie scelte; il rischio in questo caso è soprattutto

---

con le imprevedibili reazioni (spontanee o guidate) dell'opinione pubblica, reazioni che possono essere di insofferenza, di fastidio, di ostilità. Di modo che, per alcuno gruppi religiosi, ad onta delle dichiarazioni astratte, la pratica della libertà religiosa può essere ostacolata, resa difficile non solo e non tanto sul piano giuridico ma anche e soprattutto sul piano di fatto». M.C. FOLLIERO – A.VITALE, *Diritto Ecclesiastico.*, cit., p. 24.

<sup>34</sup> Mi riferisco nuovamente a G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 16, nel quale si parla di una «articolazione conflittuale dei rapporti sociali e giuridici che riproduce a più livelli, la dinamica di fondo tra globale e locale, universale e particolare, unità e differenziazione.»

<sup>35</sup> G. DALLA TORRE, *Lezioni*, cit., p. 6 ss.

<sup>36</sup> Cfr. C. LUZZATI, *Ancora sulla certezza*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale (Rivista telematica www.statoe\_chiese.it)*, n. 23, 2017.

<sup>37</sup> Sul “diritto debole” si rinvia a G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in ID., *Le frontiere della vita. Etica, bioetica, diritto*, Studium, Roma, 1997, p.119 ss.

l'allontanamento o addirittura l'abbandono del fine ultimo del diritto: la giustizia. Di fronte a tali novità (e soprattutto a tali diversità) la sfida per qualsiasi ordinamento democratico è quella di riuscire a coordinare armonicamente il rispetto del principio di eguaglianza con la tolleranza religiosa e la tutela dell'individuo. La cd. "rivincita di Dio"<sup>38</sup> (vale a dire l'irrompere della religione nella sfera pubblica<sup>39</sup>) e l'estrema complessità del pluralismo contemporaneo (tant'è che qualcuno parla

---

<sup>38</sup> G. KEPEL, *La rivincita di Dio*, Rizzoli, Milano, 1991, p. 15 ss.; J. CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 69 e ss; di opinione contraria a tale teoria invece J. DERRIDA - G. VATTIMO (a cura di), *La religione*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 31.

<sup>39</sup> Sulla questione cfr. G. D'ANGELO, *Spazio pubblico per il fenomeno religioso e dimensione pubblica della libertà religiosa*, in *Iura & Legal Systems*, VII, 1, 2020, pp. 22-31.

di “pluralizzazione del pluralismo”<sup>40</sup>) diventano così il nuovo banco di prova della laicità.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> « Ciò che si è verificato, negli ultimi decenni, è un fenomeno di pluralizzazione del pluralismo: non si tratta soltanto di un aumento delle etnie che convivono in un determinato territorio, ovvero dell’aumento dei paesi di origine dei migranti presenti oggi in Europa. A tali elementi, pur presenti, si aggiunge un aumento di altre significative variabili come la diversità di status tra immigrati e dunque la diversa quantità di diritti dei quali sono titolari; la diversità di età e sesso; la diversità di qualifiche e esperienze lavorative; la diversità religiosa; la diversità nelle modalità e nelle caratteristiche dell’integrazione; e altro ancora. È l’insieme di questi elementi, e il loro reciproco influenzarsi, che determina quella che è stata efficacemente definita la “super-diversità” delle società occidentali. Con particolare riferimento al fattore religioso, la super-diversità non implica la mera (e già molto conflittuale e complessa da gestire) pluralità di religioni nel medesimo territorio, ma la sovrapposizione tra questo aspetto e la pluralità di confessioni, tradizioni locali e correnti spirituali all’interno di ciascuna religione, nell’ambito di società altamente differenziate sotto ogni altro aspetto della vita civile e economica» così F. MACIOCE, *La laicità e l’integrazione sociale: un rapporto ambiguo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), settembre 2016; v. inoltre S. VERTOVEC, *Super-diversity and its implications*, in *Ethnic and Racial Studies*, n. 6, 2007, pp. 1024-1054; M. MARTINIELLO, *How to combine integration and diversities: The challenge of an EU multicultural citizenship*, in R. LEWIS (ed.), *Multiculturalism Observed. Exploring Identity*, Brussels University Press, Brussels, 2006, p. 31 ss.

<sup>41</sup> Sul rapporto tra relativismo, multiculturalità e principio di laicità cfr. C. CARDIA, *Laicità, diritti umani, cultura relativista*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), novembre 2009, in cui l’A. sostiene che « il relativismo cede alla sfida della multiculturalità quando (...) finisce con il teorizzare la necessità di usare due pesi e due misure sugli stessi problemi a seconda che questi riguardino l’una o l’altra religione, l’una o l’altra tradizione culturale. Detto in altri termini, posto di fronte alla realtà multi-etnica e multicultural, il relativismo tende quasi istintivamente a giocare due partite su due tavoli diversi in funzione della religione con la quale si ha a che fare (...) cambiando principi e regole secondo la convenienza e l’interesse contingente. (...) In questo modo noi abbiamo come una destrutturazione del principio di laicità e del sistema della libertà religiosa all’interno della nebulosa della multiculturalità.»

#### 4. Il fattore religioso nella Costituzione.

Per inquadrare correttamente l'orientamento statale inerente alla regolamentazione del fenomeno religioso è necessaria una (seppur breve) disamina del suo sistema normativo, a cominciare dalle norme supreme, vale a dire quelle costituzionali. Ciò risulta particolarmente importante soprattutto per valutare gli equilibri dello Stato nelle relazioni di stampo ecclesiastico (raggiunti, non raggiunti ed auspicabili)

La nostra Costituzione – direttamente ed indirettamente – dedica più disposizioni al fenomeno religioso a partire da un'esplicita enunciazione e ricomprensione dello stesso nell'art. 3.1 Cost. vale a dire nel cd. principio di eguaglianza formale<sup>42</sup> («senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di *religione*»). Inoltre, c'è da dire che sulla base del principio personalista – architrave di tutti i diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. – il diritto di libertà religiosa contribuisce indubbiamente allo sviluppo della personalità individuale nella trama di relazioni sociali in cui si colloca; per tale ragione è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che ne dovessero in concreto

---

<sup>42</sup> Se ne riporta per comodità espositiva integralmente il testo. Art. 3 Cost.: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. (1) È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. (2) »

impedire l'esercizio (alla stregua del principio di eguaglianza sostanziale ex. art. 3.2 Cost.).

Più dettagliatamente sul fenomeno religioso sono presenti ulteriori disposizioni: il diritto per le confessioni religiose di organizzarsi nel proprio ordine o nei propri statuti (art. 7.1.<sup>43</sup>; art. 8.2.<sup>44</sup>); il diritto di libertà religiosa individuale, collettiva ed istituzionale (art. 19<sup>45</sup>; art.8.1.<sup>46</sup>); il divieto di discriminazioni delle associazioni ed istituzioni con carattere ecclesiastico ed avente fine di religione o di culto (art. 20<sup>47</sup>); la regolamentazione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose cattoliche (art. 7.2.<sup>48</sup>) e diverse dalla cattolica (art.8.3.<sup>49</sup>).

---

<sup>43</sup> Art. 7.1. «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani.»

<sup>44</sup> Art. 8.2. «Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.»

<sup>45</sup> Art. 19 Cost.: «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.»

<sup>46</sup> Art. 8.1. «Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.»

<sup>47</sup> Art. 20 «Il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività.»

<sup>48</sup> Art. 7.2. «I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi.»

<sup>49</sup> Art. 8.3. «I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.»

Sono dunque proprio gli artt. 7, 8, 19, 20 Cost. ad essere le norme (cd. “quadrilatero”) poste in via diretta a presidio dell’interesse religioso.<sup>50</sup>

Tra queste, quella contenuta nell’art. 7, comma 2 suscita un interesse particolare in quanto è stata definita come norma “di frattura”<sup>51</sup>. Infatti, mentre tutte le altre pongono in correlazione il fenomeno religioso coi principi più importanti della Costituzione ( come ad esempio quello della sovranità popolare, dell’effettività dei diritti, dello sviluppo della personalità dell’uomo e via discorrendo); l’art. 7, comma 2, enunciando

---

<sup>50</sup> Non di poco conto il riconoscimento della loro importanza nella “storica” sentenza n. 203/1989 della Corte Costituzionale in cui la stessa ricavò il principio di laicità definendolo come “principio supremo” dell’ordinamento proprio attraverso un’interpretazione integrata degli artt. 2, 3, 7, 8, 19, 20 Cost. preoccupandosi di «segnalare l’imponenza della fortezza-quadrilatero di norma costituzionali messe a presidio dell’interesse religioso e dei suoi riconoscimenti legislativi presenti, passati e futuri. Proprio questi elementi (valore normativo conferito al principio di laicità + garanzie costituzionali degli interessi religiosi) sono alla base della fruttuosa lettura del principio di laicità avviata dalla Corte Costituzionale.» M.C. FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico.*, cit., p. 138.

<sup>51</sup> «È comprensibile che quanti pensavano che la Costituzione del ’48 avesse disegnato una società basata su libertà ed eguaglianza, trovassero l’art.7, la frattura sistematica che esso comporta unitamente alla retrostante impalcatura ideologica e di rapporti tra poteri con cui fa sistema, del tutto, o in larga parte, ingiustificabile. Di qui la rappresentazione da parte della migliore dottrina dell’art. 7, comma 2 come norma d’eccezione e la serie di apprezzabili tentativi intesi a ridimensionare, circoscrivere quella norma che sostanzialmente conferiva continuità alla religione di Stato e argomenti al regime di chiesa dominante.» M.C. FOLLIERO – A.VITALE, *Diritto Ecclesiastico.*, cit., p. 110; sull’art. 7, comma 2 come norma “di eccezione” cfr. S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, p.465; S. BORDONALI, *Problemi di dinamica concordataria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), giugno 2010, p. 7 ss.

che i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica avrebbero continuato ad essere regolati dai Patti Lateranensi ( nei quali sono contenute molte disposizioni che stridono con le nostre norme costituzionali) sembra rivelare nelle intenzioni dei padri costituenti un non voler amalgamare il tema dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica con tutti quei cambiamenti avvenuti con la caduta del fascismo (anche per questo tale scelta è stata definita come “il peccato originale”<sup>52</sup>).

L’approvazione da parte dell’assemblea costituente dell’art. 7, comma 2, contenente un espresso richiamo costituzionale ai Patti Lateranensi, destò particolare scalpore oltre che una sorta di “incapacità” nell’adottare una politica di rinnovamento circa i rapporti con la Chiesa Cattolica (e la questione religiosa in generale), tanto che in tale norma si individua più che un diritto di espressione di libertà religiosa, una sorta di norma compromissoria avente come obiettivo la cd. “pace religiosa”. Ciò – come si vedrà nel prosieguo – comporterà una difficile gestione di una serie di tematiche emergenti, in particolare sul terreno “eticamente sensibile” in cui risulta particolarmente arduo autonomizzare le scelte politico – legislative dall’influenza dell’etica religiosa cattolica diffusa dalla confessione (ancora) maggioritaria.

Ad ogni modo, dal combinato disposto delle norme costituzionali, emerge un sistema di relazioni ecclesiastiche nel quale «si sono voluti conciliare la tradizione di rispetto della libertà religiosa, quale maturata dall’esperienza separatista, con un articolato sistema di contrattazione con le confessioni religiose» ( Patti Lateranensi da un lato, Intese

---

<sup>52</sup> G. D’ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p.70.

dall'altro); «la conciliazione tra contrattualismo e libertà religiosa ha portato all'enucleazione di *tre direttrici fondamentali, e gerarchicamente ordinate*, che caratterizzano la laicità nel nostro ordinamento.»<sup>53</sup>

Tali direttive si identificano nel “diritto di libertà e di eguaglianza dei cittadini in materia religiosa” (desumibile dagli artt. 2,3,8,19 Cost. e che precede tutte le altre tipologie di regolamentazioni), nel “carattere sociale nonché valore storico” della religione (con conseguente scelta del metodo pattizio come metodo di contrattazione) ed infine nel “mutamento del rapporto tra pubblico e privato” con maggiori riconoscimenti ed incentivazioni delle iniziative privatistiche in tale ambito.

È presente inoltre tutto un fascio di norme che, anche se in maniera implicita, si interseca col fenomeno religioso. Si tratta di norme di principio da dover leggere necessariamente in combinato disposto a quelle “esplicite” di cui sopra in quanto senza di esse, queste ultime non potrebbero essere effettivamente garantite.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2010, p.115.

<sup>54</sup> « (...) non solo quelle attinenti ai fondamentali diritti di libertà qualificanti i rapporti civili, con i quali la libertà religiosa non può che essere solidamente connessa ( non si può dare piena ed effettiva libertà religiosa, laddove ad esempio siano legate le libertà di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero e viceversa); ma anche quelle attinenti ai rapporti etico – sociali, in settori di intuibile rilievo per le problematiche sottese alla questione religiosa ( il matrimonio, la famiglia, l'educazione, l'istruzione), ai rapporti economici (l'assistenza e beneficenza), agli stessi rapporti politici ( si pensi al “sacro dovere del cittadino” di difendere la Patria, rispetto alla ormai peraltro superata problematica della

Infatti, la libertà religiosa non potrebbe esprimersi davvero senza la sua correlazione con la libertà di manifestare il proprio pensiero (art. 21 Cost.) o senza i diritti di riunione ed associazione (artt.17-18 Cost.). Allo stesso modo, le norme riguardanti i rapporti istituzionali dello Stato con le confessioni religiose necessitano di interfacciarsi ad esempio con l'art. 10 (circa i rapporti internazionali), con l'art. 11 (nei rapporti con gli altri Stati), con l'art. 6 (inerente al trattamento delle minoranze linguistiche).<sup>55</sup>

Ad oggi, sembrerebbe dunque possibile parlare di una sorta di *favor religionis*<sup>56</sup> del costituente che, differentemente dalle accezioni dategli in passato<sup>57</sup>, si identifica nella particolare attenzione che la Costituzione offre al fenomeno religioso, garantito in forma individuale e collettiva.

Tale “*favor*” identifica come meritevoli di tutela tutte quelle situazioni soggettive qualificabili in senso religioso.

---

obiezione di coscienza al servizio militare, si pensi più in generale al dovere di fedeltà alla Repubblica, in rapporto a tutte le fattispecie – quelle legittimate e quelle, per ora, soltanto rivendicate – di obiezione di coscienza.» G. DALLA TORRE, *Lezioni*, cit., p. 38 - 39.

<sup>55</sup> Cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico. Edizione compatta*, Zanichelli, Torino, 2017, p.64.

<sup>56</sup> «Si tratta di un'espressione con la quale non si vuole certo dire (...) che l'ordinamento manifesta un disfavore per la non credenza, quale risposta dell'uomo agli interrogativi ultimi; né tantomeno che con essa si vuole dire che l'ordinamento favorisce una espressione, fra le tante del fenomeno religioso.» G. DALLA TORRE, *Lezioni*, cit., p. 40.

<sup>57</sup> Per le diverse accezioni cfr. P. GISMONDI, *L'interesse religioso nella Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1958, p.1889, C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa*, De Donato, Bari, 1973, p.73 ss.

#### 4.1. I principi.

Nei settori non codificati, come quello ecclesiastico, un ruolo fondamentale assumono i cd. “principi di diritto”.

Con tale accezione si intende un particolare tipo di interpretazione normativa in grado di offrire un quadro nomofilattico di riferimento e “tessere le trame” di un (non) sistema slegato di norme. L’utilità pratica di tutto ciò si rintraccia soprattutto nei casi in cui tra più norme si verificano dei contrasti (le cd. “antinomie”) oppure, vi siano delle omissioni legislative (i cd. “vuoti” o “anomie”). In queste circostanze i principi vengono in soccorso dell’interprete in virtù della loro duttilità e del loro adattamento alle trasformazioni della società e dei costumi con l’obiettivo di offrire (per quanto possibile) unitarietà al nostro ordinamento.<sup>58</sup>

Esistono infatti dei “principi supremi dell’ordinamento costituzionale”<sup>59</sup> dei quali, per il diritto ecclesiastico italiano, tre di essi sono fondamentali e convenzionalmente posti come limite all’ingresso di norme contrastanti. Mi riferisco in particolare alla tutela

---

<sup>58</sup> Si riprendono le ben più ampie riflessioni contenute in G. CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2012, p.53 ss.

<sup>59</sup> In tal senso si è espressa la Corte costituzionale, nella sentenza n. 30 del 1971: «É vero che questo articolo non sancisce solo un generico principio pattizio da valere nella disciplina dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma contiene altresì un preciso riferimento al Concordato in vigore e, in relazione al contenuto di questo, ha prodotto diritto; tuttavia, giacché esso riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità, non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato.»

giurisdizionale dei diritti<sup>60</sup>, all'inderogabilità dell'ordine pubblico<sup>61</sup> ed al principio di laicità.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Così come nella sentenza n. 18 del 1982 della Corte Costituzionale (confermata dalla n.29 del 2003) in materia di riserva alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici delle controversie in materia di nullità dei matrimoni canonici trascritti agli effetti civili («La constatata violazione del supremo principio del diritto alla tutela giurisdizionale, desunto dai parametri costituzionali invocati dai giudici *a quibus*, che vuole siano in ogni caso assicurati, a chiunque e per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio (...) comporta la dichiarazione della illegittimità costituzionale delle denunciate norme, nella parte in cui le stesse prevedono che la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, ottenuta attraverso l'apposito procedimento amministrativo canonico, possa produrre effetti civili nell'ordinamento dello Stato.»)

<sup>61</sup> Ancora sent. Corte Cost., n. 18 del 1982 nella parte in cui « preliminarmente rileva che, ancor prima della Costituzione, autorevole dottrina contestava la tesi, seguita in giurisprudenza, della "automaticità" della pronuncia, interpretando le norme regolatrici del procedimento per la esecutività delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimoni canonici trascritti agli effetti civili (quinto e sesto comma dell'art. 34 del Concordato e art. 17 della legge matrimoniale), nel senso che la Corte di appello fosse tenuta ad accertare la conformità delle sentenze medesime ai principi dell'ordine pubblico. Entrata in vigore la Costituzione, si sottolineò in dottrina l'esigenza che l'applicazione della normativa concordataria si adeguasse ai principi dell'ordinamento costituzionale, e che pertanto, in siffatta prospettiva, il procedimento ex art. 17 della legge matrimoniale dovesse garantire il contraddittorio e la conformità delle sentenze ecclesiastiche ai principi dell'ordine pubblico.»

<sup>62</sup> Nuovamente si fa riferimento alla "storica" sentenza della Corte Costituzionale n. 2013 del 1989 in cui si evince che «i valori richiamati concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica. Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale.»

A questi si vanno ad aggiungere gli altri “principi fondamentali” posti a presidio della disciplina ecclesiastica, vale a dir quello dell’uguaglianza e pari dignità dei cittadini, dell’indipendenza dello Stato dalle confessioni religiose, del pluralismo confessionale, della bilateralità pattizia, dell’autonomia istituzionale delle confessioni e del loro diritto ad un trattamento equivalente.

#### **4.2. Le norme. In particolare, l’art.19 Cost. e le nuove istanze di protezione religiosamente motivate.**

Anche la libertà religiosa (ex. art.19 Cost.) può – in un certo senso – intendersi come norma di principio essendo ricompresa nel novero dei diritti inviolabili dell’uomo ex. art. 2 Cost.: essa, in quanto tale, deve essere garantita oppure, in caso di conflitto con altro diritto di pari livello, oggetto di un “ragionevole bilanciamento”.<sup>63</sup>

Per poter parlare di libertà religiosa così come intesa nel dettato costituzionale risulta doveroso partire dal dato normativo. L’art. 19 infatti afferma che *«Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di*

---

<sup>63</sup> Tale asserzione è da (ri)discutersi in virtù dei recenti accadimenti e limitazioni alla libertà di culto a causa dell’emergenza sanitaria da COVID – 19 a presidio della salute pubblica. A tal proposito cfr. N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), aprile 2020; A. LICASTRO, *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause nella giurisprudenza della Corte Suprema USA: un ritorno alla dottrina della “neutralità” nell’interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2020.

*farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.»*

Ciò che balza subito all'occhio, prima ancora di addentrarsi nell'esegesi testuale, è l'inciso «in qualsiasi forma, individuale o associata».

Da questo assunto si rende opportuna una partizione ~~interna~~ tra libertà religiosa individuale e libertà religiosa collettiva, ovviamente non solo per mera “comodità” espositiva o didattica. Infatti, tale bipartizione è frutto di quella doppia valenza della religione (soggettiva e comunitaria) derivante della sua innata tendenza alla condivisione in cui i singoli tendono a costituire aggregazioni rivolte ad esprimere e a realizzare in forma associata i dettami della loro fede. Ciò denota anche la sua duplice concezione a livello ordinamentale.

Ed infatti, da un lato la si concepisce come un valore incanalabile nel cosiddetto concetto di “identità personale”<sup>64</sup>, dall'altro invece come

---

<sup>64</sup> Il diritto all'identità personale (nei quali è ricompresa l'identità religiosa) ha assunto dignità costituzionale non soltanto per il tramite della giurisprudenza ordinaria ma anche da buona parte della dottrina (A. PIZZORUSSO, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in G. ALPA– M. BESSONE– L. BONESCHI, *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padova, 1981, pp. 29 ss.) attraverso la tesi sulla concezione “aperta” dell'art. 2 Cost. (e dunque ricomprendendolo tra i diritti inviolabili dell'uomo) ed attraverso la quale è stato possibile dare tutela a nuove istanze ed interessi non espressamente disciplinati in Costituzione. Più di recente, la Corte Costituzionale, con sentenza n.120 del 11 maggio 2001, ha utilizzato nuovamente il parametro del diritto all'identità personale ai sensi dell'art. 2 Cost., così come in un famoso precedente (Corte. Cost., sent. n. 13 del 1994) riconoscendolo come “nuovo diritto” ed aggiungendo nuove coloriture alla generale accezione tipicamente intesa quale diritto “ad essere se stessi”.

componente di manifestazione della “identità del gruppo”<sup>65</sup>, portando così la fede ad elemento costitutivo di se stessi, di orientamento delle proprie azioni<sup>66</sup> (e di quelle della comunità) anche se contrastanti con i gruppi di maggioranza.<sup>67</sup>

La distinzione tra queste due forme, pone in realtà (per entrambe) le stesse difficoltà interpretative e di qualificazione. A titolo esemplificativo, rispetto alla prima accezione, si pensi al concetto di “sensibilità religiosa individuale” (indicante la forza attraverso cui la religione viene percepita da una persona), assolutamente variabile da soggetto a soggetto (anche se afferente alla stessa comunità) che rende difficilmente tangibile il concetto di “offesa” alla stessa. Rispetto all’accezione collettiva si pensi invece alle difficoltà per la qualificazione di “gruppo religioso” rispetto ad alcuni movimenti religiosi sospetti (i cd. movimenti eterodossi)<sup>68</sup> nei quali è difficile

---

<sup>65</sup> Così per i “gruppi sociali” in Corte Cost., sent. n. 189/1987 in cui si sostenne che «qualsiasi gruppo interno (ed anche qualsiasi cittadino) può riconoscersi ed esprimere la propria identità politico-sociale»

<sup>66</sup> «Confrontandomi con ricercatori o operatori sociali impegnati sul fronte della multiculturalità, mi è spesso accaduto di sentirmi dire: la gente vuole adottare comportamenti, vuole fare quella cosa o dire quella parola, perché in esse riconosce la propria identità. Questo desiderio è privo di perché. Anzi, non ha un perché, si tratta di una petizione di principio, fatta anche di storie di discriminazione.» M. RICCA, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel mondo del diritto*, in *E/C rivista dell’Associazione Italiana di studi semiotici*, 21 maggio 2013, p.4.

<sup>67</sup> Più ampiamente G. D’ANGELO, *Dignità della persona e tendenza religiosa tra pubblico e privato: verso un nuovo equilibrio?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013, p.183 ss.

<sup>68</sup> Più diffusamente sul tema M.C. FOLLIERO – A.VITALE, *Diritto Ecclesiastico.*, cit., p. 74 ss; G. FILORAMO, *I nuovi movimenti religiosi*, Laterza, Bari, 1986, p.15

inquadrare l'attività svolta in quelle tradizionali di "fine di religione o di culto"<sup>69</sup>, o meglio, in quei movimenti nei quali non per forza tale attività debba avere una valenza esclusivamente religiosa.

Paradossalmente, ben potrebbe accadere che i bisogni del singolo (individualmente intesi) non coincidano con quelli del gruppo rivendicati collettivamente anche nell'eventualità in cui entrambi si identifichino nello stesso messaggio di fede, venendo (nuovamente) in rilievo la questione del bilanciamento degli interessi.

Ciò comporta dal «guardarsi dall'illusione dell'universale concordia sul contenuto di questo diritto. Il modo di intendere la libertà religiosa, le sue esplicazioni e l'ampiezza di esse, dipende essenzialmente dal modo di concepire il rapporto tra politica e religione (...) è un concetto solo apparentemente semplice, laddove invece esso nasconde notevole complessità e connessioni; essa è libertà di un soggetto da qualche cosa (restrizioni, interferenze, ostacoli) per poter fare qualche cosa connessa alla realizzazione di una particolare esperienza, o non fare qualcosa che possa compromettere la realizzazione di quella esperienza.»<sup>70</sup>

La componente estremamente variabile dei soggetti e delle attività rende dunque il concetto di libertà religiosa assolutamente

---

<sup>69</sup> Cfr. G. D'ANGELO, *Enti ecclesiastici – confessionali e religiosi tra "fine di religione e di culto" ed "attività di interesse generale". A proposito di un rapporto in continua tensione*, in M.L. TACELLI – V. TURCHI (a cura di), *Studi in onore di Piero Pellegrino*, Esi, Napoli, 2009, p.453 ss.; ID., *Il pluralismo religioso e confessionale: la difficile ricerca di un modello interpretativo soddisfacente*, in *Diritto e religioni*, n.1, 2009, p.320 ss.

<sup>70</sup> A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamenti giuridici e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 2005, pp 12 – 13.

impercettibile e difficilmente inquadrabile in una nozione generale di tutela indifferenziata quanto in quella di una tutela diversificata in base a ciò che concretamente accade.

Conseguenzialmente, anche le formule normative che pretendono di tradurre in termini chiari tale concetto, risulteranno quali sempre inadeguate «sotto il profilo della loro effettiva capacità di assecondare (quantitativamente e qualitativamente) crescenti istanze di protezione provenienti da una società continuamente in trasformazione e, per tale via, di aprire ai loro contributi in termini di innovatività.»<sup>71</sup>

Ad ogni modo, prima ancora di dar conto di ciò che l'art. 19 Cost. stabilisce (a prescindere da questioni di esaustività della formula costituzionale), è necessario anche dar conto di ciò che non viene espressamente statuito ma che viene ricavato (o meglio, è stato ricavato) in via giurisprudenziale dal combinato disposto tra la norma stessa e l'art. 2 Cost.

Mi riferisco a quei beni definiti come «costituzionalmente rilevanti» della coscienza<sup>72</sup> e del sentimento religioso<sup>73</sup>: la libertà religiosa infatti, prima ancora di manifestarsi in termini di “professare”, “fare propaganda” ed “esercitare il culto”, necessariamente viene intesa come un atto di scelta (da tutelare da eventuali coercizioni) nonché come incontro di tale scelta con l'esperienza valoriale (da tutelare quindi da

---

<sup>71</sup> G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p.75.

<sup>72</sup> Per la coscienza come bene costituzionalmente rilevante cfr. Corte Cost., sent. n. 409 del 18 luglio 1989.

<sup>73</sup> Per il sentimento religioso come bene costituzionalmente rilevante cfr. Corte Cost., sent. n. 188 del 08 luglio 1975, in *Dir. Eccl.*, II, 1975, p. 173 ss.

eventuali offese percepibili). Va da sé che la libertà di coscienza (religiosa) ricomprenda la possibilità di orientarsi verso una fede ma anche quella di non orientarsi verso alcuna (cd. diritto all'ateismo, indifferentismo, agnosticismo ecc.), dovendosi ritenere superate quelle tesi restrittive che ne circoscrivevano la portata alla mera adesione ad un'istituzione religiosa<sup>74</sup>.

Ad ogni modo, le emergenti necessità sociali, portano a doversi confrontare con una nuova dimensione della libertà religiosa: non più soltanto negativa ma anche positiva.<sup>75</sup> Nella prima accezione è da intendersi come non ingerenza da parte dello Stato (ma in generale di qualsiasi potere pubblico) nelle questioni interne confessionali, dovendo porsi come *garantista* delle stesse, avere come obiettivo quello di non ostacolare le attività attraverso cui i soggetti realizzano la loro esperienza religiosa. Ad oggi invece viene in rilievo anche una concezione di libertà religiosa nella sua dimensione positiva intendendo per essa uno Stato *promozionale* che si impegna attivamente a porre quelle condizioni di fatto (come ad esempio prestazioni materiali,

---

<sup>74</sup> Più di recente sulla questione, *ex multis*: M. PARISI, *Credo ateistico organizzato e libera comunicazione propagandistica degli orientamenti ideal-spirituali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 13, 2020.

<sup>75</sup> Per approfondimenti sul passaggio da libertà religiosa negativa a libertà religiosa positiva si vedano le riflessioni in A. VITALE, *Corso*, cit., p. 67 ss. nonché sent. Corte Cost., n.195 del 27 aprile 1993 in cui si rileva che lo Stato debba “facilitare l’esercizio del culto” in quanto “componente essenziale della libertà religiosa, conseguenziale alla stessa professione di una fede religiosa”.

esenzioni fiscali<sup>76</sup> ed altro<sup>77</sup>) per tutelare il fenomeno religioso considerandolo come meritevole di interesse e come valore socialmente utile e senza delle quali sarebbe di fatto non garantito.<sup>78</sup>

In base al dato costituzionale, resta una libertà da garantire a “tutti” (e che vede dunque “tutti” come destinatari<sup>79</sup>) in cui è prevista un’elencazione di diritti senza pretese di esaustività e nella quale si denota un’insufficienza sostanziale già nella sua continua e necessaria correlazione con altre norme costituzionali (ad esempio con gli artt. 17, 18, 21, 33, 51 Cost. ecc.) per far sì che altre facoltà (cd. implicite) vengano assicurate.

Infatti, nell’art. 19 Cost. è previsto – in prima battuta – un esplicito diritto di “professare liberamente la propria fede religiosa” da intendersi come libertà di dichiarazione di appartenenza (ma anche di non appartenenza o mutamento della stessa) ad una confessione religiosa

---

<sup>76</sup> Ciò rafforza ancora di più il problema di identificazione dei soggetti – confessioni religiose destinatarie di queste eventuali agevolazioni/aiuti Statali; dietro l’angolo il pericolo di auto-qualificazioni al solo scopo di poter fruire di tali interventi. L’assenza di criteri legali ha portato ad un’elaborazione giurisprudenziale (ad opera della Corte Costituzionale, confermata dalla Corte di Cassazione) di alcuni parametri guida per tale identificazione: mi riferisco ai “precedenti riconoscimenti pubblici” delle confessioni, alla loro “comune considerazione”, ed infine alla “analisi dei loro statuti” ( cfr. M.C. FOLLIERO – A. VITALE, *Diritto ecclesiastico*, cit., p.101).

<sup>77</sup> Così Cons. Stato, sez. V, parere n.1600 del 2008 nel quale si legge che l’illuminazione pubblica dei cimiteri comunali è un servizio pubblico volto a tutelare il sentimento religioso ed i fini sociali correlati alla libertà ex art. 19 Cost.

<sup>78</sup> Conformemente a quanto statuito in Corte Cost., n.118 del 9 marzo 1990, in Foro it., 1990, I, p.1103.

<sup>79</sup> Quindi chiunque si trovi sul territorio italiano, anche i non cittadini (stranieri, rifugiati, apolidi).

con la contemporanea libertà di manifestare tale adesione con una serie non preordinata di comportamenti conformi.

Viene poi in rilievo la “libertà di propaganda” vale a dire di proselitismo e di ricerca di nuovi adepti, con conseguenziali problematiche prospettabili in termini di illiceità delle tecniche utilizzate.<sup>80</sup>

Da ultimo ( di certo non per importanza) il diritto di “esercizio del culto” in pubblico ed in privato identificabile come libertà strumentale ai fini propri della fede (ad esempio le cd. pratiche, i riti) che, come si vedrà di qui a breve<sup>81</sup>, risulta uno degli aspetti più problematici soprattutto in relazione all’espresso limite dell’ordine pubblico.

Chiaramente, la sommaria elencazione delle facoltà cd. espresse ex. art. 19 Cost. si pone come obiettivo un mero inquadramento generale dell’istituto, con la precisazione (scontata ma al contempo doverosa)

---

<sup>80</sup> Tale illiceità (che può essere dei mezzi, di abuso di posizione o dei fini) è molto difficile da un punto di vista probatorio, in quanto necessita di un accurato bilanciamento con l’autodeterminazione del singolo e la sua capacità di discernimento. Proprio per tali ragioni la Corte Costituzionale ha cancellato il reato di plagio precedentemente previsto dall’art. 603 c.p. (dec. 8 giugno 1981, n. 96). Ad ogni modo, i reati maggiormente configurabili in tema di proselitismo illecito restano quelli di truffa ex. art. 640 cp. e quello di sequestro di persona ex.art.605 c.p. (per ulteriori approfondimenti v. F. COPPI, voce *Plagio*, in *Enc., dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 943 ss.; F. FINOCCHIARO, voce *Libertà*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, n.1.11; S. FERRARI, *Comportamenti «eterodossi» e libertà religiosa*, in *Foro it.*, 1991, I, p.283)

<sup>81</sup> È proprio l’esercizio del culto e delle pratiche connesse che, come rivendicazione di “attività esterne” di libertà religiosa soventemente porta alla luce la problematica dei cd. *conflitti di lealtà*.

che gli aspetti più inerenti al tema centrale verranno ripresi ed ovviamente approfonditi in seguito.

## **5. Il fattore religioso nei circuiti del diritto sovranazionale europeo (con particolare riferimento alla CEDU).**

I fenomeni frutto della globalizzazione (in particolare i flussi migratori) hanno avuto forti ricadute giuridiche su tutto il mondo del diritto e su tutta l'esperienza giuridica.

La “crisi della sovranità dello Stato” e la perdita della sua esclusività però non è solo una crisi “interna” (da intendersi come inadeguatezza a ricomporre i molteplici interessi presenti sul territorio) ma anche una crisi “esterna”. Infatti non può ignorarsi di quelle limitazioni della sovranità nazionale in favore di “enti” di più ampia portata territoriale: mi riferisco in particolare a quello sovranazionale europeo.

Il diritto ecclesiastico non può dirsi immune ed estraneo a queste trasformazioni anzi, le sue dinamiche (ed in particolare quelle afferenti più specificatamente alla libertà religiosa) si confrontano costantemente con tale complessità all'interno di quello che è stato definito come “doppio circuito di integrazione europea”.<sup>82</sup>

Con tale accezione si allude all'Unione Europea da un lato e al Consiglio D'Europa (e la CEDU) dall'altro. Entrambi i “circuiti”

---

<sup>82</sup> Più ampiamente, si vedano le riflessioni a proposito di diritto ecclesiastico nei percorsi del diritto sovranazionale europeo in G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 91 ss.

tendono ad un'integrazione degli Stati e, anche se sorti con obiettivi differenti<sup>83</sup>, ambedue hanno un'incidenza sugli stessi: diretta il primo ed indiretta – o di adeguamento alle sue disposizioni – il secondo. I percorsi di integrazione europea tra questi due circuiti hanno dei risvolti importanti anche sul fenomeno religioso, tant'è che spesso si allude ad un possibile “diritto ecclesiastico europeo”.<sup>84</sup>

La fonte primaria di riferimento dell'Unione Europea è il cd. Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (reso esecutivo in Italia con legge n.130 del 2 agosto 2008) che ha apportato delle modifiche al Trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea (oltre che a tutti gli atti ad essi correlati).

---

<sup>83</sup> L'Unione Europea sorge infatti col fondamentale obiettivo di creare un ordinamento in grado di avere un'influenza diretta sull'indirizzo politico dei singoli Stati ponendo alla base dei propri poteri i cd. Trattati che vivono di vita propria e si impongono ai singoli Stati. Nella sua impostazione iniziale, il processo di integrazione europea assumeva una veste spiccatamente economica (dai risvolti politici) in cui l'attenzione per i diritti fondamentali (tra cui quelli religiosi) risultava spesso marginale ed indiretta. Attenzione che invece si ravvisa pienamente nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, le cui disposizioni diventano vincolanti per gli Stati ratificanti ed hanno il vantaggio (rispetto ad altri patti o accordi internazionali) della “giustiziabilità” vale a dire la possibilità di essere tutelate innanzi la Corte EDU, con sede a Strasburgo sia attraverso forme di ricorso interstatale (tra Stati) che tramite ricorso individuale (da parte dei singoli, previo esaurimento delle vie di ricorso interne).

<sup>84</sup> Sul tema cfr. M. VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea*, G. ROBBERS (a cura di), Milano – Baden Baden, 1996; S. FERRARI – I.C. IBÀN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997; G. MACRÌ – M. PARISI – V. TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Laterza, Roma – Bari, 2006; I.C. IBÀN, *Europa, diritto, religione*, Il Mulino, Bologna, 2010; M. LUGLI – J. PASQUALE CERIOLO – I. PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo*, Giappichelli, Torino, 2006.

La presenza del fenomeno religioso (o quantomeno il riconoscimento dello stesso come parte della tradizione culturale di qualsiasi Stato), è già nel *Preambolo* ove espressamente si allude a delle «eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa» (contrariamente all'idea avanzata in sede di redazione di voler esplicitamente menzionare «radici religiose cristiane» dell'Europa) cercando di prospettare una sorta di “laicità” europea.<sup>85</sup>

Con l'art. 17 del TFUE<sup>86</sup> invece, si opera un riconoscimento del ruolo pubblico delle religioni partendo dall'iniziale rispetto dei diritti ecclesiastici nazionali – che si concretizza in una sorta di “non contaminazione” – fino ad approdare ad una sorta di adeguamento dell'Unione stessa alle scelte che ispirano tali diritti attraverso un

---

<sup>85</sup> Invero, nel *Preambolo* del Trattato di Lisbona nelle ragioni dello stare insieme degli Stati si legge «Ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto». Sul mancato accoglimento della proposta di menzionare espressamente le “radici cristiane” europee cfr. J.H.H. WEILER, *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, con prefazione di A. BARBERA, BUR saggi, Milano, 2003; sulla “laicità europea” v. G. DALLA TORRE, *Quale laicità*, San Paolo edizioni, Cinisello Balsamo, 2003; ID., *Metamorfosi della laicità*, in AA.VV., *Laicità e relativismo nella società post – secolare*, S. ZAMAGNI – A. GUARNIERI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2009, p.143 ss.

<sup>86</sup> Art. 17 TFUE: «L'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale. (1) L'Unione rispetta ugualmente lo status di cui godono, in virtù del diritto nazionale, le organizzazioni filosofiche e non confessionali. (2) Riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni.(3)»

“dialogo aperto, trasparente e regolare”.<sup>87</sup> A tale norma deve essere riconosciuto l’obiettivo di aver fatto acquisire al fatto religioso una dimensione istituzionale.

Ad ogni modo, è soprattutto grazie al nuovo art. 6 del TUE<sup>88</sup> che si è venuto a creare una sorta di ponte – o meglio di convergenza – tra i due “circuiti” confermando una maggiore apertura dell’Unione Europea alla tematica e alla tutela dei diritti in generale (e dunque anche

---

<sup>87</sup> «L’art. 17 oggi vigente coglie tre obiettivi. In primo luogo si arriva al riconoscimento della dimensione istituzionale della libertà religiosa secondo la dottrina della *libertas ecclesiae*, per la quale siccome la dimensione religiosa di estende a tutto ciò che riguarda l’essere umano e siccome la Chiesa è «esperta in umanità» è giusto che le sia riconosciuto uno *status* specifico, diverso da quello conferito a qualunque associazione della società civile. In secondo luogo implicitamente si dà facoltà alle Chiese di intervenire su quei progetti di legge europei considerati di loro competenza prima che tali progetti giungano in aula (...). In terzo luogo: l’esenzione da quelle leggi e normative europee in contrasto con la dottrina morale cattolica.» M.C. FOLLIERO – A.VITALE, *Diritto Ecclesiastico.*, cit., p. 258.

<sup>88</sup> Art. 6 TUE: «L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. (1) L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati. (2) I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali. (3)»

di quelli religiosi) in un imprescindibile nesso sostanziale tra la stessa Unione ed il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti della CEDU.

Infatti non può trascurarsi di considerare che la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 07 dicembre 2000 (comunemente nota come Carta di Nizza) ora ha lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 par.1 TUE) , riconoscendo ad essa il merito di aver “alzato l’asticella” della tutela dei diritti fondamentali attraverso il riconoscimento della molteplicità dei livelli di protezione.<sup>89</sup> Non di poco conto le ricadute ecclesiasticiste, essendoci svariate le disposizioni all’interno della Carta di Nizza rilevanti per la materia: ad esempio l’art. 10<sup>90</sup> ( sulla libertà religiosa ed anche sull’obiezione di coscienza), l’art. 14 terzo comma<sup>91</sup>( sull’educazione religiosa della prole), l’art. 21 primo comma<sup>92</sup> ( divieto di discriminazione per motivi

---

<sup>89</sup> Cfr. R. BOTTA, *Manuale*, cit., p.66 ss.

<sup>90</sup> Art. 10 Carta di Nizza «Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l’insegnamento, le pratiche e l’osservanza dei riti. (1) Il diritto all’obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio. (2) »

<sup>91</sup> Art. 14.3 Carta di Nizza «La libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, così come il diritto dei genitori di provvedere all’educazione e all’istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, sono rispettati secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio.»

<sup>92</sup> Art. 21.1 Carta di Nizza «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le

religiosi), l'art. 22 ( il rispetto per le diversità, tra le quali quelle religiose).<sup>93</sup>

Ancora più pervasiva – ai fini della (quasi) sovrapposizione – dei due circuiti, l'espressa adesione dell'Unione Europea alla CEDU del 1950 (art. 6, par. 2 TUE) che, come si vedrà (in particolare dal combinato disposto degli artt. 9 e 14) riserva ampio spazio al fenomeno religioso donando alle disposizioni che ( direttamente o indirettamente) lo tutelano un carattere importantissimo, vale a dire quello della loro "giustiziabilità".

### **5.1. La libertà religiosa nel diritto convenzionale: contenuti sostanziali.**

Pur non essendo questa la sede per soffermarsi dettagliatamente sulla CEDU o sui meccanismi che più direttamente la interessano<sup>94</sup>, risulta

---

opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.»

<sup>93</sup> Art. 22 Carta di Nizza «L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica.»

<sup>94</sup> Per tali ragioni e senza pretese di esaustività si rinvia sulla tematica ed alcune interessanti problematiche connesse a P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S.M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011; D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, ESI, Napoli, 2009; G. NOVELLI, *Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto nel dialogo tra le corti supreme*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2012, n. 2, p 100; F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Il corriere giuridico*, 2010, n. 2, pp. 145-151; AA.VV., *La tutela dei diritti del cittadino davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di*

tuttavia necessario (ai fini di un inquadramento sistematico) dare contezza di alcuni passaggi. Si tratta di elementi di rilievo che portano a far capire il perché, quando si parla di libertà religiosa è indispensabile – per una disamina a tutto tondo – descriverne il suo contenuto a livello convenzionale. Questo perché la Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo ha una collocazione importante nel nostro ordinamento che conferisce alla stessa una particolare forza attiva e passiva.<sup>95</sup>

Ed infatti, nonostante sia stata ratificata in Italia con uno specifico ordine di esecuzione<sup>96</sup> (l. 848 del 4 agosto 1955) e dunque abbia un rango di legge ordinaria, la Cedu (come decretato dal giudice di legittimità<sup>97</sup>) viene definita come fonte *atipica* vale a dire caratterizzata da una particolare “insuscettibilità” di abrogazione da parte di legge

---

*Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 1989; R. FACCHIN, *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1990; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Terza edizione, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001; C. DEFILIPPI–D. BOSI, *Codice dei diritti umani*, Edizioni Simone, Napoli, 2001; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani, tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, CEDAM, Padova, 2002.

<sup>95</sup> Invero, ogni fonte ha una sua forza (forza costituzionale, forza di legge, forza regolamentare) attiva e passiva che decide la posizione nel sistema delle fonti: la forza attiva indica la capacità di abrogare fonti dello stesso livello gerarchico, la passiva invece riguarda la capacità di resistere alla abrogazione da parte di fonti di pari grado che entra in vigore in un momento successivo.

<sup>96</sup> Si rammenta che le leggi di autorizzazione alla ratifica ed il cd. ordine di esecuzione sono gli strumenti costituzionalmente previsti per adattare il diritto interno a quello esterno.

<sup>97</sup> Mi riferisco alla sent. Cass. Pen., sez. I, n. 2194 del 1993 che ne ha riconosciuto una “particolare forza di resistenza” dovuta “alla natura di principi generali dell’ordinamento che deve essere riconosciuto alle disposizioni della Convenzione in conseguenza del loro inserimento nell’ordinamento italiano”.

ordinarie cronologicamente successive. Essa inoltre, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione del 2000 e dell'espressa disposizione contenuta nell'art. 117, 1 comma Cost.<sup>98</sup> in cui si dispone che il legislatore nazionale e regionale è obbligato al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali di natura pattizia, è da considerarsi come "parametro interposto" nel giudizio di legittimità costituzionale. Da ciò deriva una sua copertura rafforzata (per il tramite dell'art. 117 Cost.) anche se, per la Corte Costituzionale<sup>99</sup>, ciò non significa che le norme Cedu (come interpretate dalla Corte di Strasburgo) siano equiparabili a norme costituzionali e siano immuni dal controllo costituzionale, anzi: proprio perché integrano il parametro costituzionale, si ritengono "sub – costituzionali" ed è necessario quindi che si conformino ad essa.

Tra le disposizioni convenzionali, alcune riguardano specificatamente il fattore religioso: mi riferisco all'art. 9 e all' art. 14 Cedu. Invero, secondo l'art. 9 derubricato come "Libertà di pensiero, di coscienza e di religione": «(1.) Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo e la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza

---

<sup>98</sup> Art 117, comma 1: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.»

<sup>99</sup> Così in sent. Corte Cost, n. 349 e 349 del 2007; in seguito anche sentt. n. 311 e 317 del 2009, n. 93 del 2010 e 80 del 2011.

dei riti. (2.) La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui.»

È possibile suddividere la norma in due parti, corrispondenti rispettivamente ai due commi: nella prima vi è l'individuazione del contenuto di tali libertà, nel secondo i limiti opponibili ad essa. Ci si limiterà ad un'analisi dei contenuti sostanziali, rinviando successivamente ai limiti opponibili (ed al cd. margine di apprezzamento statale).

Quanto delineato dalla Cedu potrebbe apparire da un lato più limitato e circoscritto rispetto a quanto statuito ex. art. 19 della nostra Carta<sup>100</sup> anche se, è bene precisare che l'elenco dei diritti e delle libertà al suo interno non è da intendersi come tassativo<sup>101</sup>. Infatti, da un confronto

---

<sup>100</sup> Tale affermazione avviene anche sulla base del fatto che la CEDU faccia riferimento soltanto alla libertà degli individui (“ogni persona”, a differenza del nostro “tutti”): tuttavia la Corte EDU ne ha comunque esteso l’operatività ai diritti collettivi, delle comunità e delle istituzioni religiose.

<sup>101</sup> Cfr. sulla questione F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema dell’Unione Europea*, in F. MARGIOTTA BROGLIO – C. MIRABELLI – F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Laterza, Bologna, 2000, p. 166. Per alcuni versi tale “non tassatività” presenta un’analogia con la lettura “aperta” dell’art. 2 della nostra Carta, fonte per questa via di “nuovi diritti”: si rinvia a tal proposito a F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994; M. CARTABIA, *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007.

Si precisa inoltre che, nonostante l’art. 9 della CEDU faccia espresso riferimento soltanto alla libertà degli individui ( “ogni persona”) la Corte ne ha comunque

veloce col dato costituzionale, risultano (nella normativa sovranazionale) assenti alcuni riferimenti: manca il diritto di propaganda ed anche il diritto all'esercizio del culto come attività in sé, essendo considerato solo come strumento per manifestare il proprio credo (ed anche il proprio pensiero).

Allo stesso tempo però, vi sono alcuni elementi aggiuntivi. Innanzitutto "libertà di pensiero, coscienza e religione" viaggiano di pari passo facendo sì che nella libertà di pensiero possa essere ricompresa (indirettamente) anche quella che noi abbiamo definito come libertà di religione "negativa"<sup>102</sup>. Balza all'occhio inoltre l'esplicito riconoscimento della tutela della coscienza (come un bene ed un diritto autonomo): la giurisprudenza di Strasburgo ha riconosciuto inoltre il diritto all'obiezione di coscienza.<sup>103</sup> Anche l'insegnamento

---

esteso l'operatività ai diritti collettivi, ai diritti delle comunità e delle istituzioni religiose, ed al concreto atteggiarsi negli stati-membri delle relazioni stato-chiese, pur

<sup>102</sup> Che tutela, come già detto, la non appartenenza ad alcuna fede religiosa o istituzione religiosa (atei, agnostici, indifferenti) ed anche il cd. diritto di recesso.

<sup>103</sup> Se ne parla specificatamente nel caso *Bayatyan c. Armenia*, conclusosi con sentenza del 7 luglio 2011 in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ribaltò il giudizio che la sezione semplice aveva espresso in tema di riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza. Il ricorrente, cittadino armeno di religione cristiana e testimone di Geova era stato dichiarato idoneo a svolgere il servizio militare. Lo stesso si era rivolto prima alle autorità nazionali affermando che, in virtù delle proprie convinzioni religiose, non avrebbe potuto svolgere il servizio di leva ma si sarebbe reso disponibile per adempiere un servizio civile alternativo. Arrivato alla maggiore età veniva comunque convocato a comparire per gli adempimenti del caso ma non si presentava. In seguito, la Commissione parlamentare per gli affari di stato e legali lo informava che egli era obbligato a servire l'esercito così come previsto sia dalla costituzione armena che dal *Military*

viene intesa come una modalità tipica di manifestazione della propria religione, passaggio non rintracciabile nel dato interno.

Altra disposizione convenzionale in cui il fattore religioso viene in rilievo (seppur indirettamente) è quella dell'art. 14 Cedu disciplinante il divieto di discriminazione: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, *la religione*, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.»

A venire immediatamente contestata, quella sorta di incongruità di fondo descrive un principio non discriminazione limitandolo ai soli diritti presenti nella Convenzione<sup>104</sup>.

---

*Liability Act*. Per tale motivo, perseverando egli nel suo rifiuto, veniva sottoposto a procedimento penale che si concludeva, all'esito del giudizio di Cassazione, con la sua condanna. A seguito di ricorso a Strasburgo, la Corte si pronunciò evidenziando, nonostante l'art. 9 non faccia esplicito riferimento all'obiezione di coscienza, tuttavia questa, qualora venga motivata sulla base di ferme convinzioni religiose, può certamente rientrare nell'ambito di applicazione di tale disposizione registrandosi un ampio consenso d'opinioni in ambito europeo volto al riconoscimento di tale diritto. Nel caso di specie il ricorrente, in mancanza della possibilità di svolgere un servizio civile alternativo, non aveva avuto altra scelta che rifiutarsi di essere arruolato. La Corte ritenne quindi che la condanna del ricorrente rappresentasse una lesione del diritto alla libertà di religione ex art. 9 Cedu, riconoscendo altresì (indirettamente) la presenza nella stessa disposizioni di un diritto di obiezione.

<sup>104</sup> Sulla questione cfr. M. TOSCANO, *Discriminazione religiosa, lavoro e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013, p. 44.

Va da sé che (come è già stato accennato per le norme interne ed anche il relazione al tema della “trasversalità” del diritto ecclesiastico) a prescindere da quanto la CEDU espressamente dica sul fatto religioso tali disposizioni necessariamente dovranno interfacciarsi con le altre presenti nel testo convenzionale le quali, seppur indirettamente consentono di far sì che la libertà religiosa venga garantita ( ad esempio l’art. 6, l’art. 8, l’art. 10 etc.)<sup>105</sup>

## **5.2. (Segue) ...gli strumenti di tutela: l’incessante ricerca di un giudice di ultima istanza.**

Come già accennato, il particolare indubbiamente più rilevante è il fatto che i diritti astrattamente garantiti all’interno della CEDU godano di quella cd. “giustiziabilità”. Ciò vuol dire che, all’interno della Convenzione sono previsti specifici strumenti di azionabilità degli stessi: ed infatti, non solo vi è la possibilità di “ricorsi interstatali” (art.

---

<sup>105</sup> Più approfonditamente sul rapporto tra diritto ecclesiastico e sistema Cedu: G. D’ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 109 ss; per l’analisi di casi giurisprudenziali italiani dinanzi alla Corte di Strasburgo riguardanti questioni di libertà religiosa, laicità (e questioni connesse) *Ibidem*, p. 167 ss; v. inoltre I. PISTOLESI, *La libertà di pensiero, di coscienza e di religione* in G. CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni*, cit., p. 145 ss.; sulla legalità convenzionale nel rapporto generale tra diritto ecclesiastico e principio di legalità cfr. M.C. FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico.*, cit., p. 90 ss.

33 Cedu<sup>106</sup> ) ma soprattutto di “ricorsi individuali” (art. 34 Cedu<sup>107</sup>) in favore dei singoli (soggetti individuali ma anche persone giuridiche), previo esaurimento delle vie di ricorso interne ( art. 35, comma 1<sup>108</sup>).

Ciò significa che, differentemente da quanto poteva sostenersi tempo fa, la Corte di Cassazione non è più giudice di ultima istanza: il sistema giurisdizionale nazionale si inserisce così in un altro sistema di tutela (la cd. tutela multilivello) che offre un rimedio aggiuntivo nei casi in cui sia stato un diniego interno di giustizia. Tale sistema da un lato rafforza l'idea stessa di giustizia ma dall'altro indubbiamente ne complica i meccanismi sottesi.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> I ricorsi interstatali sono lo strumento attraverso il quale uno Stato membro denuncia alla Corte una violazione della Convenzione o di taluno dei suoi protocolli da parte di un altro Stato membro. Art. 33 CEDU: «Ogni Alta Parte Contraente può deferire alla Corte ogni inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli che essa ritenga possa essere imputata ad un'altra Alta Parte Contraente.»

<sup>107</sup> Art. 34 CEDU: «La Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'effettivo esercizio efficace di tale diritto.»

<sup>108</sup> Art. 35, comma 1 CEDU: «La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.»

<sup>109</sup> Per tali ragioni se ne deve ribadire il carattere “sussidiario”, attestabile dalle condizioni di ricevibilità ex. art. 35 CEDU nei suoi successivi commi come modificati dall'entrata in vigore del Protocollo n. 14 (vigente dal 1° giugno 2010). Ed infatti in tale norma sono contemplate una serie di condizioni di ricevibilità dei ricorsi, che sono tra l'altro parimenti inserite in altri trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti umani e che servono ad evitare l'ingolfamento del sistema di

Va da sé che gli effetti di un'eventuale pronuncia di condanna da parte della Corte di Strasburgo nei confronti dello Stato resta un aspetto molto delicato. Ai sensi dell'art. 41 Cedu<sup>110</sup>, in questi casi, il primo compito statale sarebbe quello di rimuovere le conseguenze della violazione; il secondo ( solo nell'eventualità che la rimozione non sia possibile) quello di pagare un equo indennizzo stabilito dalla Corte stessa. Tuttavia, come è stato rilevato<sup>111</sup>, ai sensi del successivo art. 46 si evince che l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU abbia una forza vincolante ben più intensa. Infatti «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.»

L'efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo si articola quindi in vari livelli: come efficacia di cosa giudicata, come obbligo di risultato (*restitutio in integrum*), come efficacia di adattamento nei confronti del medesimo Paese destinatario della decisione (che ha

---

“giustizia convenzionale”. Tra le più importanti vanno annoverate certamente: la necessità di previo esperimento delle vie di ricorso interne, il rispetto del termine di sei mesi dalla decisione interna definitiva, la compatibilità del ricorso con le disposizioni della Convenzione, l'assenza di manifesta infondatezza del ricorso, quella infine introdotta con il Protocollo n. 14 relativa, al “pregiudizio importante”. La sussistenza di tali condizioni deve essere verificata per ogni doglianza sollevata in un ricorso; le stesse hanno carattere cumulativo, sicché il mancato verificarsi di una sola di esse determinerà l'irricevibilità del ricorso.

<sup>110</sup> Art. 41 CEDU «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.»

<sup>111</sup> Ne sottolinea gli aspetti più critici G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., pp. 125 ss.

l'obbligo di integrare il quadro normativo interno con la regola enunciata dalla Corte EDU allo scopo di impedire il ripetersi di ulteriori violazioni) ed infine anche come una sorta di efficacia di "cosa interpretata" *erga omnes*.

Di certo si tratta di un problema molto delicato<sup>112</sup> soprattutto alla luce di questo obbligo di conformarsi alla decisione di Strasburgo che non può che essere variabile sussistendo uno spazio valutativo degli Stati nazionali (il cd. "margine di apprezzamento") da effettuarsi tramite un

---

<sup>112</sup> Per tale ragioni è opportuno rinviare sul tema ad alcuni riferimenti bibliografici: v. fra i tanti M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2007; R. CONTI, *L'interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sovranazionali*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2007; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (rivista telematica), n. 16, 2007; E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, n. 5, 2007; L. MARATEA, *Il valore della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento italiano. Spunti di riflessione critica*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2006; L. MONTANARI, *I sistemi di tutela dei diritti in Europa: alcune note sui rapporti tra giudici*, in S. GAMBINO (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004; ID, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi, (relazione al Convegno su la "Corte costituzionale e le Corti d'Europa"*, Copanello, 2002), in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2002; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 2004; V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003. Sul problema in cui l'obbligo travolga un giudicato interno in ambito penale cfr. F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte europea tra "guerra" e "dialogo"*, in S. SONELLI (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 207 ss.

rigoroso bilanciamento tra vincoli internazionali e principi costituzionali.

## **6. I limiti (interni ed esterni) opponibili.**

Al fine di consentire un esercizio ordinato delle libertà, «non è concepibile un diritto fondamentale che non sia necessariamente limitato: in caso contrario, da una parte si creerebbero dei conflitti insanabili e si renderebbe difficile la convivenza, dall'altra si porrebbe in pericolo la stessa saldezza dell'ordinamento giuridico».<sup>113</sup>

Se tale assunto risulta applicabile a qualsiasi libertà, tanto più varrà per la libertà religiosa in virtù del fatto che – al di là della sua matrice ideologica – resta prevalentemente un tipo di diritto che necessita di esternazioni, di azioni e comportamenti che si inseriscono (e confrontano) nel vivere sociale.

Anche per tale ragione la Costituzione non poteva prevedere una libertà di questo genere senza il contemporaneo inserimento di alcuni parametri (i cd. *limiti*) che, se di primo acchito sembrerebbero posti con il solo obiettivo di tutelare gli altri (i terzi rispetto ad una confessione religiosa ed in generale l'intera collettività) attraverso un doveroso bilanciamento con i loro diritti, da una riflessione più attenta essi risultano posti a garanzia di conformità della stessa libertà religiosa con le finalità dello Stato, in modo tale da non intaccare il soddisfacimento degli interessi dello stesso.

---

<sup>113</sup> A. VITALE, *Corso*, cit., p. 164.

Dal dettato Costituzionale emerge una forte elasticità dei criteri preposti a giustificazione dei limiti, una sorta di prudenza (o forse di consapevolezza) del fatto che si tratta pur sempre di «frontiere mobili»<sup>114</sup> vale a dire difficilmente statiche ed uguali a sé stesse nel tempo ma – al contrario – strumentali alle esigenze e alle ideologie (soprattutto politiche) prevalenti di un dato momento storico.

Ed invero, nell'art. 19 Cost., l'unica restrizione è quella posta rispetto ai “riti” i quali, non devono essere contrari al «buon costume»: un limite che non riguarda i culti in sé oppure i principi interni al culto stesso. Ciò vuol dire che l'autorità (legislativa ma anche amministrativa) non può sindacare secondo il proprio gradimento ciò che deve (o può) considerarsi come gruppo o movimento religioso. L'eventuale limite opponibile può riguardare il singolo rito celebrato (espressione esterna di una fede religiosa) solo perché contrastante con il buon costume *tout court*, ma non perché connotato da una presunta non religiosità. Viene stato così abbandonato il “confine” dell'ordine pubblico<sup>115</sup> (presente invece in altri paesi come ad esempio la Grecia, la Svizzera e la Spagna).

---

<sup>114</sup> Così in D. VITTORIA, *Un'ipotesi di riforma per la disciplina degli enti del I libro c.c.*, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 314.

<sup>115</sup> Nell'originaria formulazione della disposizione infatti la libertà religiosa veniva garantita purché non si trattasse di una confessione con «principi o riti contrari all'ordine pubblico e al buon costume.» Le parole “principi” e “ordine pubblico” sono stati soppressi da un emendamento Calamandrei – Cianca accolto dall'Assemblea Costituente. La sindacabilità dei principi confessionali è scomparsa per le ragioni già esposte; il mancato riferimento all'ordine pubblico invece è stato dettato dal fatto che fosse considerato troppo vasto come concetto e troppo sottoponibile alle autorità di governo.

Il sentore di una certa “vaghezza” nel concetto di buon costume è dettato anche dal suo riecheggiare le stesse problematiche rintracciabili nell’ultimo comma dell’art. 21 Cost.<sup>116</sup> Tuttavia, è bene precisare che rispetto a tale disposizione, l’art. 19 Cost. se ne distingue: a differenza delle manifestazioni di pensiero, per i riti religiosi non è prevista una repressione *ex ante* o (in generale) non sono previsti dei controlli preventivi.<sup>117</sup> Da ciò discende che solo nell’ipotesi in cui sia stata consumata una violazione la questione sarà rimessa al giudice il quale valuterà se in quel caso specifico quel comportamento abbia violato o meno il limite del buon costume. Tale compito risulta abbastanza delicato alla luce del fatto che il “buon costume” è intriso di aspetti morali, sociologici, antropologici; una sorta di «corpo di regole deontologiche, non formalizzate e pregiuridiche»<sup>118</sup> di natura

---

<sup>116</sup> Art. 21 Cost, ultimo comma: «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni.»

<sup>117</sup> Così come confermato anche in Corte Cost., sent. n. 45 del 18 marzo 1957 in cui si esclude che la polizia possa vietare preventivamente, funzioni o pratiche religiose avente riti contrari al buon costume perché la Costituzione «non prevede che ad ogni limitazione posta ad una libertà costituzionale debba implicitamente corrispondere il potere di un controllo preventivo dell’autorità di pubblica sicurezza (...) la trasgressione potrà costituire un illecito giuridico, anche penale; e in tal caso il divieto sarà garantito dalla corrispondente sanzione; (...) fuori da queste ipotesi il controllo preventivo potrà esercitarsi soltanto nei casi e nei modi espressamente indicati dalla legge.»

<sup>118</sup> Così definito in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, Torino, 1993, p. 78 ss; ed anche F. MASTROPAOLO, *Appunti sulla nozione di buon costume come limite per l'autonomia privata*, in *Iustitia*, 3, 1995, p. 307 ss., in cui lo si definisce «clausola elastica, generica, approssimativa con la tendenza a confondersi sempre più nell'ambito di applicazione dell'ordine pubblico.» Ed ancora di legge che: «il

extracostituzionale ed extragiuridica, da sempre non unitariamente interpretato dalla giurisprudenza.

Dunque da un lato il limite del buon costume risulta un valido espediente per contrastare la discrezionalità amministrativa; dall'altro è connaturato di forti incertezze applicative derivanti dalla sua adattabilità e differenziazione a seconda delle esigenze (costituzionali, civili, penali) sottese al suo ricorso.

Sono queste le ragioni per le quali si discute del fatto che la libertà religiosa debba ritenersi come una sorta di libertà "privilegiata": non solo per l'ampiezza dei suoi contenuti (oggettivi e soggettivi)<sup>119</sup> ma soprattutto anche per questa sorta di ridotta (e vaga) previsione di "limiti interni".

Tale situazione di incertezza non sembra migliorare anche quando si è in presenza di disposizioni ben più precise: mi riferisco ai "limiti esterni" (intendendoli come sovranazionali) della libertà religiosa e alla già citata Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. A prima impressione, nell'art. 9, secondo comma CEDU<sup>120</sup> sembrerebbero esserci garanzie ben più ampie di quelle adottate dal Costituente.

---

buon costume allora avrà una funzione residuale in tutte quelle ipotesi non riconducibili a norme specifiche o all'ordine pubblico e nelle quali siano individuabili più che regole di condotta, valori cui la condotta si deve uniformare.»

<sup>119</sup> Ed anche per il fatto che sembrerebbe solo rafforzare la tutela di comportamenti già tutelati da altre norme costituzionali.

<sup>120</sup> Per un commento dettagliato della seconda parte della disposizione si rinvia nuovamente a F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno*, cit., p. 166 ss.

Vi sono infatti limitazioni e restrizioni per motivi (non solo) di morale pubblica, (ma anche) di ordine pubblico, di salute e protezione dei diritti e della libertà altrui: tutte da controbilanciarsi col principio di legalità (le misure limitative debbono essere coperte dalla riserva di legge<sup>121</sup>) e con le necessità di una società democratica.

Tuttavia, è proprio rispetto a questa “necessità” di un’eventuale misura restrittiva (il cd. “margine di apprezzamento statale” in base al quale ciascuno Stato può avere capacità decisionale in merito all’applicazione o intensità della restrizione) che tutta quella maggiore specificità nei limiti opponibili sembra sfumare. Non può non tenersi conto che è proprio tale concetto che «fa leva per mandare assolti gli Stati convenuti innanzi ad essa per violazione della libertà religiosa, dal momento che la valutazione del punto (...) equivale talora a riconoscere la piena discrezionalità delle scelte nazionali. E che nel caso della libertà religiosa amplia questa sua portata delle specificità nazionali.»<sup>122</sup>

Riecheggia così – anche a livello convenzionale – il difficile problema di un corretto bilanciamento tra la doverosa garanzia delle libertà religiose e necessarie regole limitatrici delle stesse per la tutela di tutti gli altri interessi, delle esigenze di convivenza sociale e delle finalità ordinamentali.

---

<sup>121</sup> A garanzia che ogni intervento sia previsto da una norma già esistente evitando la discrezionalità delle decisioni di autorità amministrative e di governo.

<sup>122</sup> G. D’ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 139.

## 7. Alcune considerazioni di sintesi.

Nel quadro finora delineato, emerge palesemente una società in cui soprattutto l'avvento della globalizzazione mette in crisi il diritto statale<sup>123</sup>: le nuove trasformazioni sociali, coinvolgendo anche il fenomeno religioso, portano inevitabilmente il diritto ecclesiastico a cimentarsi con nuove sfide e, allo stesso tempo, a rivalorizzarne il ruolo.

La sfida più ardua resta quella della difesa della laicità dello Stato<sup>124</sup> nonché quella della ricerca di un possibile equilibrio tra diversità culturali e valoriali, rintracciandone un comune minimo denominatore.

La complessità è già alla radice-nella delimitazione del concetto di laicità che difficilmente si presta ad una netta definizione ma da sempre

---

<sup>123</sup> Al riguardo cfr. P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 54 ss.

<sup>124</sup> Per alcuni riferimenti sul tema a titolo esemplificativo ma non esaustivo: F. FINOCCHIARO, *Alle origini della laicità statale*, in *Dir. eccl.*, n.4, 2002, p. 1257 ss.; S. LARICIA, *Laicità, garanzia di libertà per tutti*, in *Confronti*, n. 3, 2002; B. RANDAZZO, *Unità politica e unità religiosa: un caso di diniego di autorizzazione all'esercizio del culto*, in *Quad. cost.*, n.3, 2002, p. 623 ss.; L. ZANNOTTI, *La laicità senza riserve (a proposito del libro di G. E. Rusconi, Come se Dio non ci fosse)*, *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 2, 2002, p. 401 ss.; R BOTTA., *La parità scolastica e la laicità "latitante"*, in C. CARDIA (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 153 ss.; S.DOMIANELLO, *Il "diritto ecclesiastico matrimoniale" fra domande di libertà e di eguaglianza ed istanze di laicità dello Stato*, *ivi*, p. 311 ss.; F. FINOCCHIARO, *Laicità e riforme scolastiche in Francia nella III Repubblica*, *ivi*, p. 411 ss.; F. DI PRIMA – M. DELL'OGGIO, *Le attività di culto nella scuola pubblica, tra laicità, «libertas Ecclesiae» e libertà religiosa collettiva*, in *Stato, Chiese, Pluralismo Confessionale* ( Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 2016.

oscilla tra i due poli dell'inclusività e dell'esclusione.<sup>125</sup> Ciò si complica ancor di più in correlazione a quel (forse utopistico) obiettivo della stessa laicità di creare un diritto in cui la giustizia sia l'unico principio etico da prendere in carico « nel senso che un diritto è *laico* nel suo principio perché riconosce all'uomo, ad ogni uomo, le spettanze che ad esso vanno riconosciute, in modo assoluto della sua dignità»<sup>126</sup>. Tuttavia, nonostante la laicità presenti un'ambiguità di fondo essendo un'espressione che si presta a tante differenti letture che variano in base ai contenuti precipui e ai protagonisti coinvolti, non può non tenersi conto di quei punti fermi delineati dalla Corte Costituzionale. Essa ha escluso che la laicità debba intendersi come «indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni» ma anzi come «garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale.»<sup>127</sup> Infatti, dal quadro normativo esposto è emerso che il fattore religioso è un interesse costituzionalmente (e

---

<sup>125</sup> Basti pensare all'annosa questione del crocifisso nella giurisprudenza interna ma anche nella trasposizione in sede sovranazionale ad esempio nel noto caso *Lautsi c. Italia*, in cui le differenti e collidenti statuizioni della Corte EDU della Seconda sezione (3 novembre 2009) e della *Grande Chambre* (18 marzo 2011) riecheggiano tali antitetiche concezioni della laicità. Si vedano in merito le riflessioni presenti nel contributo di C. ELEFANTE, *Libertà religiosa e diritto all'istruzione (passando dalla laicità): il caso Lautsi*, in G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 215 ss.

<sup>126</sup> Così in G. DALLA TORRE, *Lezioni*, cit., p. 13; per ulteriori approfondimenti si vedano le riflessioni di F. D'AGOSTINO, *Ripensare la laicità: l'apporto del diritto*, in AA.VV., *Ripensare alla laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea.*, G. DALLA TORRE (a cura di), Giappichelli, Torino, 1993, p.39 ss.

<sup>127</sup> Cfr. Corte Cost., sent. n. 203 del 12 aprile 1989; Corte Cost., sent. n. 13 del 14 gennaio 1991.

fortemente) protetto tanto da poter alludere ad una sorta di “*favor religionis*” ordinamentale con forti echi anche a livelli sovranazionali. In una società pluralista e pluriconfessionale (quale quella odierna) lo Stato – senza tradire la propria laicità – non può rimanere neutrale ed immobile al fenomeno religioso anzi, è chiamato ad agire positivamente per promuoverne le libertà. Lo Stato diventa garante di risposte ai bisogni religiosi dei cittadini i quali, oggi più che mai (a causa delle disomogeneità del quadro socio – culturale frutto dei forti flussi migratori) rivendicano una propria identità culturale.

L’aspirazione a conservare la propria identità legata alle proprie origini o semplicemente alle proprie convinzioni necessita dunque di efficaci regolamentazioni. Proprio la circostanza che il nostro ordinamento riservi al fenomeno religioso uno spazio proprio e specifico giustifica a sua volta un’unità organica di tali norme e, di conseguenza, un’autonomia scientifica e didattica del diritto ecclesiastico.

Nello scenario odierno l’utilizzo del diritto da parte dell’ecclesiasticista diventa fondamentale e, al contempo, particolarmente gravoso in quanto non potrà prescindere dalla *comprensione* della religione in sé; per tale ragione necessariamente la si dovrà sviscerare (o quantomeno capire) per offrire una tutela che si realizzi «ad un doppio livello»<sup>128</sup>: religioso ed identitario – culturale.

---

<sup>128</sup> Alludo al “doppio livello di tutela” efficacemente descritto in R. BOTTA, *Manuale*, cit., p.51.

Un primo livello è di tipo generico vale a dire di mero rispetto della persona, del suo sentimento religioso e della sua religiosità (a prescindere da quale essa sia).<sup>129</sup> Un secondo livello invece è di tipo “specifico” e necessita di calarsi nel merito di cosa debba intendersi per identità (religiosa ma anche culturale) con l’obiettivo di offrirne una tutela qualificata.

Mentre nel primo caso il compito sembra (almeno in apparenza) più agevole in quanto verte su di una sorta di (ri)applicazione del principio di eguaglianza; nel secondo caso invece – dovendo spesso attingere o ricercare fonti negoziate con le confessioni religiose di appartenenza – necessariamente ci si dovrà attivare positivamente per conciliare i valori (generalmente posti) con le specifiche necessità del caso. Tale ambizioso compito non potrà che essere affidato alla “sensibilità” ecclesiasticista, soprattutto per ricercare un giusto equilibrio col principio di laicità.

Due gli obiettivi di quanto esposto fino ad ora: da un lato, fornire le coordinate normative (interne e sovranazionali) disciplinanti il fenomeno religioso ed i limiti ad esso opponibili, dall’altro la rivalorizzazione dell’importanza del ruolo dell’ecclesiasticista nell’utilizzare tali coordinate al fine di comprendere lo stretto rapporto tra mutamenti culturali dell’idea di laicità ed evoluzioni sociali. Legame

---

<sup>129</sup> E dunque come riconoscimento dell’essere umano nella sua dignità (religiosa ma non solo) senza classificazioni di appartenenza. Sul punto cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1999, p. 345 ss.

di rilievo in quanto dallo stesso ne subiscono forti contraccolpi anche le scelte legislative dello Stato.

Infatti « la legislazione non è solo lo specchio dei modelli accettati di organizzazione politica, economica e sociale della convivenza. Rappresenta, insieme alla politica, anche il terminale delle richieste di cambiamento che investono certe forme di regolamentazione non più rispondenti alle mutate esigenze di tanti settori della collettività.»<sup>130</sup>

La nuova legge sulle D.A.T. – con tutte le conseguenze che ne discenderanno – è un chiaro ed attualissimo esempio di tali mutazioni sociali. Tuttavia, come di consueto accade ai confini tra religione e diritto, è difficile che il legislatore riesca a trovare puntuali ed equilibrate soluzioni in grado di “accontentare” un po’ tutti preferendo – nell’indecisione – lasciare vuoti normativi come terreno di una (difficile e per alcuni versi quasi impossibile) *ricomposizione dei conflitti*.

---

<sup>130</sup> M.C. FOLLIERO, *Multiculturalismo e aconfessionalità. Le forme odierne del pluralismo e della laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), marzo 2007, p.1.

**CAPITOLO II**  
**PRECETTI RELIGIOSI E REGOLE DI VITA: I CONFLITTI**  
**DI LEALTÀ IN SENSO STRETTO E L’OBIEZIONE DI**  
**COSCIENZA.**

**Sommario:** **1.** La libertà religiosa come manifestazione di azioni esterne. – **2.** Il problema della “duplice obbedienza”. – **3.** I (tipici) conflitti di lealtà: obblighi giuridici in contrasto con precetti religiosi. L’obiezione di coscienza. – **4.** Per una panoramica generale: i casi (e la *ratio*) di riconoscimento (legislativo) espresso. L’obiezione di coscienza “*secundum legem*”. – **5.** Profili problematici: sulla eventuale esistenza di un diritto generale all’obiezione di coscienza. L’obiezione di coscienza “*contra legem*” (*rinvio*).

## 1. La libertà religiosa come manifestazione di azioni esterne.

Come si è potuto constatare l'art. 19 Cost. non contiene un elenco minuzioso delle azioni riconducibili alle manifestazioni di libertà religiosa. Questo dipende dal fatto che la religione è per antonomasia un'attività che richiede di vivere in conformità delle proprie credenze e della propria fede soprattutto attraverso manifestazioni esterne, vale a dire regole di vita. Ciò comporta una difficoltà nel dettagliare tali attività in quanto non solo tali "regole di vita" risultano molto differenti tra di loro (variabili da religione a religione) ma possono essere diverse anche all'interno dello stesso gruppo (perché difformi le testimonianze all'esterno della propria adesione di fede).

Per sopperire a tali difficoltà in dottrina c'è stato un tentativo di tipizzazione<sup>131</sup> delle azioni riconducibili alla libertà religiosa in due grandi categorie: le attività di natura simbolica (il cd. culto e le pratiche) e le attività di natura comunicativa – persuasiva (la cd. propaganda<sup>132</sup>).

---

<sup>131</sup> Mi riferisco alla suddivisione effettuata da A. VITALE, *Corso*, cit., p. 45 ss.

<sup>132</sup> O meglio conosciuto come "proselitismo", concetto non ben chiaramente definibile soprattutto rispetto ai possibili risvolti penali dovuti al fatto che si tratta di una condotta dal notevole margine di ambiguità, posta idealmente in un ambito che si colloca a metà tra l'apologia (abrogata con L. 25.6.1999, n. 205 articolo 18, co. 1) e l'istigazione. Intendendolo come comportamento di chi svolge un'opera di persuasione a seguire il proprio esempio sulla base di argomentazioni ideologiche, spirituali o fideistiche, tale condotta potrebbe ad esempio spingersi anche a proporre un modello di comportamento o uno stile di vita che appaia intimamente legato all'uso illecito degli stupefacenti. Il Tribunale per i minorenni de L'Aquila, con sentenza del 6.2.1997, ha mandato assolto un minorenne che aveva ripetutamente insistito nella cessione di sostanza stupefacente ad altro soggetto, in quanto con

C'è da dire che entrambe presentano problematiche insidiose ed attuali. Ad esempio, il tema del simbolismo religioso negli spazi pubblici (da intendersi come manifestazione esterna di un'identità collettiva), nel clima odierno politico-culturale dovuto all'ostilità post-attentati terroristici, è tornato alla ribalta identificando il simbolo, il più delle volte, oltre che «un'appartenenza religiosa ( ...) anche di un'identità culturale.»<sup>133</sup>

Tale appartenenza religioso – culturale (con tutte le implicazioni pratiche che ne derivano) si esprime attraverso la libertà religiosa che a sua volta deriva dal diritto individuale di comportarsi secondo la propria coscienza<sup>134</sup> nonché dal diritto collettivo di identificarsi con un gruppo

---

quel comportamento l'imputato non avrebbe influito sull'altrui volontà ma avrebbe semplicemente svolto attività di proselitismo religioso.

<sup>133</sup> Così in L. MANCINI, *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in AA.VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. DIENI - A. FERRARI - V. PACILLO, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3.

<sup>134</sup> Basti pensare alla sentenza Corte Cost., n. 149 del 1995 nella quale venne statuito «come questa Corte ha già avuto modo di precisare (v. sentenza n. 467 del 1991, nonché sentenza n. 422 del 1993), poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima. Ciò significa che, se pure a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale, la libertà di coscienza - specie se correlata all'espressione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) ovvero, come nel caso, alla propria fede o credenza religiosa (art. 19

avente caratteri ben precisi che lo distinguano da altri, con l'obiettivo di manifestare una propria identità.

La circostanza secondo cui il dato Costituzionale non stabilisca specificatamente se e quando un comportamento possa qualificarsi come "religioso" comporta che chiunque operi nel settore giuridico sia condizionato da quello che è il comune sentire o della cultura di maggioranza: ciò vuol dire che il fattore storico – ambientale è sicuramente un dato condizionante nell'individuazione di quelle attività religiose esterne da proteggere.<sup>135</sup>

---

della Costituzione) - dev'essere protetta in misura proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essa riconosciuta nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana.» Tale sentenza riguardò la questione del giuramento nel processo rispetto alla professione di fede. Invero, nel nostro ordinamento processuale vi erano delle norme (art. 142, 449 c.p.p. 1930: art. 251 c.p.p) che imponevano a chi giurava di rendersi «consapevole della responsabilità che con il giuramento» assumeva «avanti a Dio» impegnandosi con le parole «lo giuro», facendo sì che si venisse a creare un automatismo per il giurante di professare di credere nell'esistenza di Dio, a discapito ed in violazione della libertà religiosa di chi ad esempio fosse ateo. Con tale sentenza (pronunciata rispetto al giuramento in sede civile) la Corte Costituzionale fu chiamata a giudicare sulla legittimità della norma ex. art. 251, secondo comma c.p.c. in relazione agli artt. 3 e 19 Cost. In tal modo dichiarò illegittimo quel secondo comma e ritenendo irragionevole il diverso trattamento tra testi nel processo civile e penale (in cui la questione era già stata superata nel 1988 con l'entrata in vigore della nuova disciplina del processo penale entrata in vigore del 24 ottobre 1989 che ne aveva cancellato tale parte, sostituendolo con l'impegno solenne «a dire tutta la verità e non nascondere nulla di quanto» si è a conoscenza.

<sup>135</sup> Ad esempio, in Italia, le forti influenze del cristianesimo portano alla (generale) concezione della fede «in un essere perfetto e soprannaturale, che voglia bene agli uomini. Chi pensasse di professare la propria fede in un essere che non lo fosse, o non fosse ritenuto, soprannaturale, ovvero che agisse per il male degli uomini, non professerebbe una fede religiosa. La superstizione ed il satanismo possono dar luogo a manifestazioni di pensiero, a riunioni di persone e ad

Tuttavia, il primo utile resta alla “coscienza” che, in quanto tale, diventa un vero e proprio dato normativo<sup>136</sup> sia per il singolo che per l’ordinamento statale. Infatti, il primo avverte il bisogno di dover vivere ed agire secondo le regole di vita intimamente poste dalla sua coscienza; il secondo scopre di dover offrire spazi di tutela a tale coscienza evitando tuttavia un ampliamento all’infinito di qualsiasi attività rivendicata dal credente come intimamente religiosa.

La coscienza del singolo diventa dunque fonte di legittimazione della richiesta ad avere determinati comportamenti (magari diversi da quelli

---

associazioni (...) ma non a situazioni ricomprese nell’ambito della libertà religiosa.» F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico.*, cit., p. 121. Non solo, «secondo queste rappresentazioni del *religioso* consolidate e comunemente accolte, lo svolgimento del culto avviene attraverso attività (di prevalente valore simbolico: sacramenti, preghiere ) che non hanno nulla a che vedere, per esempio, con quelle di carattere economico – cioè che non mirano ad uno scopo di profitto e di lucro – né con quelle che contrassegnano, ad esempio , lo svolgimento di professioni medico – psichiatriche. La professione di fede religiosa si esterna in attività che, sulla base di una consapevole distinzione tra sacro e profano, nulla hanno a che vedere con la politica, e richiede ai fedeli, nella vita quotidiana, comportamenti che certamente non urtano contro i valori mediamente circolanti nella vita sociale, sono conformi alla morale corrente, che anzi dai contenuti etici connessi a quella professione di fede appare in qualche modo condizionata. La propaganda delle credenze religiose ed il proselitismo (la conquista di nuovi adepti) avvengono secondo tecniche ispirate normalmente a moderazione e rispetto altrui – che la tradizione illuministica ritiene legittime nell’ambito delle modalità di formazione e costruzione dei convincimenti privati dell’opinione pubblica.» A. VITALE, *Corso*, cit., pp. 47 – 48.

<sup>136</sup> Per approfondimenti sul tema cfr. R. BERTOLINO, *L’obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994, *passim* e, sul valore normativo della coscienza, *Ibidem*, p. 43.

degli altri) espressivi non soltanto di libertà religiosa ma anche di una precisa identità culturale.<sup>137</sup>

In tal senso, il diritto ad assumere determinate condotte diventa indice di un diritto (prima ancora di professare libertà religiosa) ad avere una propria coscienza nella sua particolare declinazione di identità.

Tutto ciò diventa problema sostanziale nel momento in cui determinati dettami religiosi da mere affermazioni teoriche rivendichino un'attuazione pratica estrinsecandosi in manifestazioni esterne produttive di effetti nell'ordinamento giuridico.

## **2. Il problema della “duplice obbedienza”.**

Appare chiaro a questo punto che la questione sostanziale è una: chi professa una determinata fede religiosa sente l'impellente bisogno di poter vivere in conformità della stessa e di proiettarla all'esterno tramite regole di vita e precetti morali. Ciò resta premessa di una ben più ampia problematica reale vale a dire quella che vede tali comportamenti (imposti dalla coscienza religiosa) entrare in collisione con l'ordinamento statale.

---

<sup>137</sup> Cfr. A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene, Napoli, 1992, p. 22 ss; R. BOTTA, *Sentimento religioso e Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 164.

Come si è già avuto modo di sottolineare<sup>138</sup>, seppur (apparentemente) lieve, vi è differenza tra due tipologie di “contrastì”: quello in cui accade che l’ordinamento civile imponga ciò che la religione vieta (i cd. obblighi giuridici *versus* precetti religiosi) e, viceversa, quello in cui la religione prescrive ciò che l’ordinamento civile proibisce. Minimo comune denominatore resta il conflitto (cd. *di lealtà*) del soggetto coinvolto che, schiacciato da una “duplice obbedienza” si ritrova di fronte al dilemma di quale obbligo seguire.

È stato autorevolmente affermato<sup>139</sup> che l’opposizione tra legge e coscienza sia riconducibile al concetto di antinomia. Infatti in diritto essa indica proprio un conflitto tra norme giuridiche diverse che si ricollegano ad una medesima fattispecie in modo logicamente incompatibile tra loro. Tuttavia, se tale *gap* normativo è riscontrabile anche nei conflitti di lealtà, da un punto di vista giuridico in senso stretto per la configurazione di una vera e propria antinomia occorre qualcosa in più.<sup>140</sup> Infatti, è necessario che le norme non solo siano giuridiche (problema che non si pone ad esempio nel rapporto tra diritto statale e diritto canonico) ma, più di tutto, che tali norme appartengano

---

<sup>138</sup> Mi si conceda un rinvio alle riflessioni contenute in V. FEO, *L’elemento religioso culturale nel reato di violenza sessuale aggravata. L’interpretazione di Cass. Pen. 29 gennaio 2018 n. 29613*, in *Diritto e Religioni*, n. 2, 2018, p. 468.

<sup>139</sup> Mi riferisco a G. LO CASTRO, *Legge e coscienza*, in R. BOTTA (a cura di), *L’obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico: atti del Convegno di studi. Modena 30 novembre – 1 dicembre 1990*, Giuffrè, Milano, 1991. P. 64 ss.

<sup>140</sup> Si rinvia alle ben più ampie riflessioni contenute in M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell’obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014, p.102 ss.

allo stesso ordinamento giuridico in senso formale non bastando l'astratta (e fattibile) coincidenza tra cittadino e fedele.

Mancando nel conflitto religioso di lealtà questo secondo requisito appare più corretto inquadrarlo nella cd. "antinomia impropria"<sup>141</sup> o quantomeno in una mera collisione tra pretese di origine diversa.<sup>142</sup> Ciò significa che – in virtù del principio di coerenza dell'ordinamento giuridico statale<sup>143</sup> – sarà auspicabile che lo stesso ordinamento offra al soggetto la possibilità di divincolarsi tra le diverse pretese o tra i diversi ordini normativi riconducendoli ad una (ed una sola possibile) condotta umana preceduta da una scelta.

A sua volta, per capire a fondo le ragioni di una scelta ben precisa sarà necessario un ulteriore richiamo alla coscienza del singolo.

---

<sup>141</sup> Tale nozione risponde ad una logica Kelseniana secondo la quale tale antinomia si realizza basandosi su un conflitto di norme correlato ad un fattore psicologico di un individuo sotto l'influenza di due idee opposte «e non indica la validità simultanea di due norme che si contraddicono reciprocamente». H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959, p. 381.

<sup>142</sup> Cfr. A. MERKL, *La collisione delle norme tra autorità statale e autorità religiosa*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 16 (1936), p. 523.

<sup>143</sup> Sul tema varie teorie elaborate da Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Georg Henrik von Wright esplicitate in S. COLLOCA, *Autoriferimento e antinomia nell'ordinamento giuridico*, CEDAM, Padova, 2006, *passim*.

### **3. I (tipici) conflitti di lealtà: obblighi giuridici in contrasto con precetti religiosi. L'obiezione di coscienza.**

Quando gli obblighi giuridici contrastano coi precetti religiosi nel senso che una norma giuridica esige dei comportamenti o degli atti del tutto incompatibili con la religione del singolo, si allude al noto tema della cd. obiezione di coscienza che muove i suoi primi passi dalla “lacrimevole storia”<sup>144</sup> di Antigone<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Così definita in M.C. FOLLIERO – A. VITALE, *Diritto Ecclesiastico.*, cit., p. 60.

<sup>145</sup> «Hai osato trasgredire la legge?» (...) «Per me non fu Zeus a proclamare quel divieto, né la Giustizia che dimora con gli dei inferi fissò tali leggi per gli uomini. E non pensavo che i tuoi editti avessero tanta forza, che un mortale potesse trasgredire le leggi non scritte e incrollabili degli Dei. Infatti queste non sono di oggi o di ieri, ma sempre vivono, e nessuno sa da quando apparvero. E di esse io non volevo scontare la pena al cospetto degli Dei, per paura della volontà di alcun uomo» (SOFOCLE, *Antigone*, vv. 450-460). Si riportano le precise parole pronunciate da Antigone nella tragedia di Sofocle, uno dei primi esempi di obiezione di coscienza. A tal uopo, ecco alcuni tratti salienti della vicenda. Creonte, una volta salito al trono, aveva vietato la sepoltura di Polinice, fratello di Antigone, perché considerato un traditore. Antigone, proclama apertamente la sua volontà di dare una sepolta al fratello ma, non ricevendo il supporto della sorella, decide di agire da sola. La storia ruota interamente su questa decisione, sull'esecuzione e tutte le tragiche conseguenze che ne deriveranno. Tale lacerazione interiore è il fulcro di tutto: un conflitto aperto tra coscienza individuale e ragion di Stato. Due personaggi che rappresentano simbolicamente due teorie contrapposte. Da un lato Creonte che rappresenta il potere, la legge, la noncuranza per i rapporti di sangue e che vieta dunque di dare una sepoltura a Polinice, il quale altro non è che un traditore. Dall'altra parte, la coscienza, la fragilità di quelle “leggi morali” non scritte da nessuna parte né prescritte ma incise nel cuore di una donna, Antigone, che con forza si oppone a quel potere brutale. La “duplice obbedienza” lacera Antigone, chiamata a scegliere l'una o l'altra direzione: commettere quello che Sofocle definisce un “santo crimine” oppure abbandonarsi ai precetti dell'Autorità. Due diversi legami, quello del sangue e quello politico, che diventano

La tematica si pone in una sorta di limbo, nel mezzo tra religione e moralità. La parola “obiezione” riporta immediatamente alla mente una situazione in cui qualcuno si oppone ad un’idea; il termine “coscienza” invece ad un dato intimo e personale, variabile da soggetto a soggetto, *condicio sine qua non* di qualsiasi scelta di vita.

Infatti, con l’espressione “obiezione di coscienza” ci si riferisce (genericamente) sia in ambito giuridico che filosofico e socio-politico ad una decisione in contrasto ad un obbligo o un precetto legislativo. Nello specifico si tratta del diniego ad assolvere una prescrizione di legge nel momento in cui la si ritiene contraria alle proprie convinzioni (che siano di carattere religioso, morale o ideologico); in altre parole ancora l’individuo si rifiuta per tali motivazioni di tenere una condotta che, al contrario, sarebbe giuridicamente esigibile. Viene a crearsi così un contrasto fra due “giurisdizioni distinte”: quella dettata dall’ordinamento esterno (la *lex fori*) e quella del “diritto altro” imposto

---

inconciliabili. Ed è lì che Antigone avverte il richiamo a quelle leggi degli Dei, che non sono scritte da nessuna parte, non hanno tempo, esistono da sempre e nessuno sa da quando affacciandosi così la prima forma di obiezione di coscienza: l’obbligo di seppellire il fratello rimanda ad un sentimento così tanto naturale che precede qualsiasi patto, qualsiasi accordo sociale, qualsiasi comunione di vita, qualsiasi norma scritta. Ed è così che la lacerazione interiore diventa eco di quel silenzio assordante del suo intimo. L’ascolto di questo eco interno si traduce così nella trasgressione di quel diritto positivo esterno che pretenderebbe invece di obbligare a fare il contrario. Ciò che è interessante è vedere come, per la prima volta, viene data luce all’opposizione del singolo ad una legge giudicata ingiusta e disumana, un’opposizione rischiosa e solitaria perché contraria a quello che è l’ordine costituito. Antigone disobbedisce, rivendica la sua scelta, la nobiltà del suo gesto accettando di pagarne tutte le conseguenze con la vita. La sua scelta rimarrà per sempre lo sfondo per tutte le analisi delle moderne forme di obiezione di coscienza.

al singolo dalla propria coscienza: sarà quest'ultima ad indirizzare il modo in cui agirà il soggetto, trasformando il "semplice" cittadino in un obiettore.

L'obiezione di coscienza nasce come istanza e resistenza individuale tendenzialmente apolitica nei confronti di norme giuridiche ritenute "ingiuste" da parte delle convinzioni morali del singolo, tuttavia, col tempo ha cominciato ad assumere sempre di più una connotazione giuridica. Invero, alcune semplici istanze hanno ricevuto una specifica attenzione da parte di soggetti politici investiti di pubbliche funzioni e sono state ritenute meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento aprendo così «la strada per una nuova configurazione dell'obiezione di coscienza»<sup>146</sup> che da mera istanza è diventata (a volte) diritto.

È chiaro come tale "diritto" possa essere tutelato esclusivamente attraverso una deroga, un'eccezione da parte dell'ordinamento statale che – in particolari situazioni – può consentire al singolo la non osservanza di una norma generale ed astratta.

Tale eccezione per lungo tempo si è ritenuta inaccettabile, ai limiti della compatibilità costituzionale soprattutto in riferimento agli articoli 2 e 54, comma 1 Cost.<sup>147</sup> oltre che all'art. 3 Cost.

In poche parole, risultava inconcepibile che il singolo potesse contrapporre una così personale valutazione ad un obbligo giuridico generale venendosi a realizzare così una vera e propria diseguaglianza

---

<sup>146</sup> M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente.*, cit., p. 100.

<sup>147</sup> Che letti in combinato disposto potrebbero essere riassunti come una generica fedeltà alla Repubblica da parte dei cittadini come dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale.

nei confronti degli altri cioè verso chi ponendo in essere la stessa condotta sarebbe stato considerato, al contrario, “trasgressore” (differentemente dall’obiettore sottratto a tale valutazione). Alcune di queste preoccupazioni appaiono ad oggi parzialmente rientrate attraverso una nuova accezione del requisito dell’obbligatorietà della legge (la quale necessariamente dovrà coinvolgere ed implicare precise opzioni etiche anche se diverse tra di loro) ed il nuovo volto dell’eguaglianza nella sua sfaccettatura di “ragionevole differenziazione”.

Sopravvive tuttavia il problema del corretto bilanciamento tra bisogno di uniformità e specificità del caso concreto che porta alla ribalta la necessità della cd. *interpositio legislatoris* per subordinare l’efficacia dell’istituto in sé al previo intervento del legislatore.

Infatti, nella dottrina italiana maggioritaria<sup>148</sup> si ritiene che sia difficile tutelare l’obiezione di coscienza al di fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore<sup>149</sup>; tale (quasi) netta posizione si giustifica rispetto alla sopravvivenza stessa dell’ordinamento statale

---

<sup>148</sup> A titolo esemplificativo (ma non esaustivo) recentemente: C. SALAZAR, *I “destini incrociati” della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008; S. PRISCO, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, II ed., Giappichelli, Torino, 2009.

<sup>149</sup> L’obiezione di coscienza dovrebbe passare “attraverso un riconoscimento legislativo e/o della giurisprudenza costituzionale (...) per venire legittimamente a giuridica esistenza nell’ordinamento” A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 242 ss, a cui si rinvia per ulteriori riflessioni sulla necessità o meno dell’*interpositio legislatoris*.

che – al contrario – sarebbe posto troppo al rischio di un relativismo giurisprudenziale.<sup>150</sup>

Sorge qui il vero paradosso: un istituto che nasce con un intento conciliativo e con l’obiettivo di arrivare ad una pacifica “convivenza”, all’interno della sua stessa regolamentazione diventa invece un elemento di forte conflittualità; un vero e proprio spartiacque tra ordinamenti differenti più segnatamente tra quello civile e religioso che tocca l’area di quei conflitti più ardui da risolvere.

#### **4. Per una panoramica generale: i casi (e la *ratio*) di riconoscimento (legislativo) espresso. L’obiezione di coscienza “*secundum legem*”.**

Come già accennato, la nostra Costituzione non menziona espressamente un diritto o una libertà di coscienza. Ciò tuttavia non significa che la stessa non venga tutelata in quanto è stata la stessa Corte Costituzionale, con la storica sentenza n. 409 del 18 luglio 1989, a dichiararla come un “bene costituzionalmente rilevante”. A differenza del diritto interno, nell’ordinamento sovranazionale l’art. 9 della Cedu richiama esplicitamente la “coscienza” riconducendola nell’alveo del principio di diritto contenuto nel primo comma; tale scelta ha aperto la strada ad una sua maggiore tutela spesso realizzatasi in via

---

<sup>150</sup> Rischi non paventati da R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, p. 33 ss.; né da A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici “religiose” dello Stato “laico”*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 75.

giurisprudenziale. La Carta di Nizza invece, prevede già nel testo un riconoscimento esplicito dell'istituto (ex. art. 10, 3 comma) dichiarando che «il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.»

Tuttavia la “libertà di coscienza” (vale a dire quel diritto a comportarsi con coerenza rispetto ai proprio convincimenti interiori) è nozione diversa dall'obiezione di coscienza cioè la condizione di conflitto tra imperativo morale del singolo ed ordinamento. Risulta quasi scontato premettere che tra le due vi sia una stretta connessione in quanto sarebbe impossibile poter disquisire di obiezione (o addirittura di un diritto ad obiettare) senza una preventiva libertà ad avere una coscienza: la prima è infatti una delle principali modalità di espressione, di esercizio nonché sub-specie della seconda.

Ciò che però è doveroso chiarire è che il “diritto all'obiezione di coscienza” resta ben distinto dalla più ampia libertà oltre che ben più difficile da tutelare o legittimare da un punto di vista normativo. Anche nello stesso sistema CEDU, nonostante l'espressa previsione di una “libertà di pensiero, *coscienza* e religione”, solo di recente in via giurisprudenziale<sup>151</sup> si è assistito ad una garanzia del diritto

---

<sup>151</sup> La prima sentenza della Corte EDU in tema di riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza è stata quella del 07 luglio 2011 ( Bayatyan c. Armenia). Nel 2011 la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani stabilì che la condanna di un cittadino armeno testimone di Geova a seguito del suo rifiuto di prestare servizio militare, avrebbe portato alla violazione dell'art. 9 CEDU, così ribaltando la precedente sentenza data sullo stesso caso dalla Terza Sezione (in linea con la tradizionale giurisprudenza di Strasburgo, secondo cui la Convenzione non garantisce un diritto all'obiezione di coscienza). I Giudici della Grande Camera

all'obiezione di coscienza per il tramite dell'art. 9 della Convenzione<sup>152</sup> in relazione ad alcune tematiche "in evoluzione" che vedono avanzare sempre più richieste a causa dei nuovi fattori sociali (immigrazioni e multiculturalismo) nonché dei recenti fattori scientifici (progresso della scienza, della medicina e della tecnologia) .

Nonostante nel nostro ordinamento la tutela della libertà (e per alcuni versi dell'obiezione) di coscienza sia stata più volte ribadita dalla Corte Costituzionale<sup>153</sup> per il tramite del combinato disposto degli art. 2, 3, 19 e 21 Cost., la dottrina maggioritaria propende per una garanzia non illimitata ma ancorata ad un espresso intervento del legislatore, vale a dire alle cd. ipotesi "codificate" cioè espressamente previste e disciplinate per legge.

A tal proposito si è soliti parlare di obiezione di coscienza *secundum legem* vale a dire l'istituto riconosciuto dal diritto nei casi in cui

---

ribadirono che la Convenzione è uno "strumento vivente" da interpretare alla luce delle condizioni presenti non potendo non tenere conto degli sviluppi che hanno caratterizzato negli ultimi anni l'approccio degli Stati verso questa materia a livello nazionale ed internazionale. Pur riconoscendo che la Convenzione non prevede espressamente tale diritto, i giudici di Strasburgo affermarono che l'opposizione al servizio militare, qualora motivata da un serio e insormontabile conflitto fra l'obbligo di servire e la coscienza personale o i convincimenti (religiosi o di altro tipo) profondi e genuini di un individuo, costituisce una convinzione tale da attrarre la protezione dell'art. 9 CEDU e dunque può essere limitata solo in determinati casi, necessari in una società democratica.

<sup>152</sup> Posizione confermata anche dalla giurisprudenza successiva, in particolare nei casi *Ercept c. Turchia* 22 novembre 2011, *Feti Demirtas c. Turquie* 17 gennaio 2012, *Savda c. Turquie* 12 giugno 2012.

<sup>153</sup> A titolo esemplificativo cfr. Corte Cost. n. 271 del 2000.

«l'istanza coscienziale dell'obiettore è avvertita come meritevole di tutela giuridica.»<sup>154</sup>

Affiancare al termine “obiezione” l’accezione “*secundum legem*” appare di primo acchito una sorta di contraddizione interna; tuttavia non bisogna abbandonarsi alla falsa percezione di uno stroncamento del contrasto alla radice. Infatti, in ipotesi come queste, la legge pur riconoscendo tale diritto non neutralizza il “conflitto di lealtà” posto alla base ma semplicemente sceglie di paralizzare le conseguenze giuridiche della condotta dell’obiettore che – in caso contrario – dovrebbe essere ritenuta illecita e dunque punita. In poche parole, ritiene particolarmente meritevole di tutela delle situazioni concedendo eccezioni “speciali”.

Tali protezioni “speciali” col tempo sono aumentate sempre di più in un’ottica di ragionevole differenziazione (e tutela delle minoranze) per il raggiungimento di un più congruo principio di eguaglianza, come espressione vivente della democraticità e come tentativo di risoluzione delle sempre più forti (e diverse) richieste da parte del sociale.

C’è stata una vera e propria “esplosione dell’obiezione di coscienza” ascrivibile a varie ragioni: la crisi del positivismo legislativo, il valore delle motivazioni sottostanti ai comportamenti dell’obiettore ed il progressivo ampliamento delle motivazioni dell’istituto, non più solo di

---

<sup>154</sup> V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 15-16.

carattere religioso ma progressivamente anche di contenuto etico – sociale.<sup>155</sup>

Col primo fattore ( la cd. “crisi del positivismo legislativo”) si è soliti alludere a quella odierna e generale concezione secondo cui la legge non è tutto ( o meglio non è tutto il diritto). Invero sempre più frequentemente, l’opinione pubblica comune (che è a suo modo fonte di “produzione” della legge e della coscienza sociale) è volta ad avere una visione diversa del concetto di giustizia. Essa non viene intesa più come totale sovrapposizione e convergenza col diritto positivo, anzi si ritiene che legge e giustizia tendano spesso a divergere. Seguendo tale concezione, il riconoscimento legislativo di alcune forme di obiezione di coscienza è risultato per alcuni versi necessario come forma di tutela di un qualcosa che non solo è distinto dall’ordinamento statale ma per alcuni versi superiore e quanto più vicino a quell’idea ( seppur astratta) di giustizia.<sup>156</sup>

Come già accennato, a ciò si aggiunge *in primis* un ampliamento dei comportamenti ricollegabili all’istituto viaggiante di pari passo con la traslazione dello Stato di diritto verso la sua concezione a Stato di diritti<sup>157</sup> ; *in secundis* un’estensione delle motivazioni poste alla base

---

<sup>155</sup> Così in R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza.*, cit., p. 9 ss.

<sup>156</sup> In tal senso R. BERTOLINO, *L’obiezione di coscienza moderna.*, cit., p. 94 ss.

<sup>157</sup> Teoria che fa da sfondo ancora in R. BERTOLINO, *L’obiezione di coscienza moderna.*, cit., *passim*.

dello stesso che trasforma l'obietto in una sorta di "creatore della verità futura"<sup>158</sup>

Infatti, fino a non tantissimo tempo fa si era soliti ricollegare tale riconoscimento legislativo alla sola (ed unica) ipotesi del servizio militare<sup>159</sup>. Tuttavia, in Europa tale forma di obiezione ha perso molto del suo protagonismo soprattutto a causa del venir meno del sistema di leva obbligatoria in diversi Paesi<sup>160</sup> e la conseguente adozione di un sistema di leva volontaria.

---

<sup>158</sup> R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza.*, cit., p. 14, che riprende le riflessioni contenute in F. D'AGOSTINO, *Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e postmoderno*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989/2, p.8.

<sup>159</sup> La prima legge sul tema è stata la n. 772 del 1972 poi riformata delle leggi nn. 230 e 130 rispettivamente del 1998 e del 2007. Interessante ricordare come il problema dell'obiezione di coscienza al servizio militare fu affrontato già in sede di Assemblea Costituente durante la stesura dell'art. 52 Cost. con la presentazione di un emendamento (proposto dall'onorevole Caporali) che assicurasse «l'esonero dal portare le armi per coloro i quali vi obbietino ragioni filosofiche e religiose di coscienza». L'allora relatore della commissione (Merlin) si oppose all'emendamento sostenendo che «in Italia non esistono sette le quali abbiano consacrato una speciale attività sull'argomento. Rispettabile è lo scrupolo di coscienza, e già le nostre leggi ne tengono conto per i sacerdoti, ma non bisogna esagerarlo e sancirlo nella Costituzione, per non arrivare a conseguenze assai pericolose.» In tal modo fu aggirata (diplomáticamente) la questione dichiarando una non contrarietà (in termini assoluti) al riconoscimento dell'obiezione di coscienza ma constatando – al contempo – una sua non utilità. Ad ogni modo, come è noto, l'obiezione al servizio militare ha rappresentato, la prima forma di obiezione *secundum legem*, tant'è che per molto tempo fu considerato come archetipo e paradigma di ogni altra fattispecie.

<sup>160</sup> Tra i quali l'Italia, la Spagna, il Portogallo, la Francia, i Paesi Bassi, il Belgio, la Repubblica Ceca, la Slovacchia e la Lettonia.

Man mano il legislatore italiano ne ha disciplinato altre forme: mi riferisco al caso dell'interruzione della gravidanza<sup>161</sup>, della sperimentazione animale<sup>162</sup> e della procreazione medicalmente

---

<sup>161</sup> Art. 9 L. n. 194 del 1978 secondo cui "Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente dello ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni. L'obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale. L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento. Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare lo espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale. L'obiezione di coscienza non può essere invocata dal personale sanitario, ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo. L'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto, immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente.

<sup>162</sup> Art. 1 L. n. 413 del 1993 secondo cui "I cittadini che, per obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione riconosciute dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, si oppongono alla

assistita<sup>163</sup>. In casi come questi, la legge “accetta” i comportamenti degli obiettori come legittimi consentendo agli stessi la possibilità di porre in essere “un diritto di opzione”<sup>164</sup> ad un comportamento alternativo (come nel caso nel cd. servizio civile al posto della prestazione armata militare) oppure una mera dispensa per il tramite di

---

violenza su tutti gli esseri viventi, possono dichiarare la propria obiezione di coscienza ad ogni atto connesso con la sperimentazione animale.

<sup>163</sup> Art. 16 L. n. 40 del 2004 secondo cui “Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture private autorizzate o accreditate. L'obiezione può essere sempre revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione agli organismi di cui al comma 1. L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento.”

<sup>164</sup> Da non sovrapporre con la cd. opzione di coscienza definita come una “derivazione” dell'obiezione di coscienza nella quale “si offrono al cittadino svariate possibilità di adempiere il proprio dovere, secondo ragioni e motivazioni di convenienza, opportunità, coscienza ecc. Originariamente, il modello di alternativa al dovere imposto a tutti i consociati nacque per comprovate ragioni di coscienza, ma la perdita dell'interesse da parte dello Stato per il dovere oggetto della opzione ( o la svalutazione del dovere per diverse ragioni), conduce a considerare equivalenti le forme di prestazione e a non pretendere requisiti speciali per comportarsi in un modo o in un altro. In questa categoria si potrebbe inquadrare la possibilità del giuramento o di una semplice promessa per l'assunzione in uffici pubblici”. (R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza.*, cit., p. 20.)

una “clausola di coscienza” (come nel caso dell’aborto per il personale medico).

Altre forme definite dagli studiosi come più “tradizionali”<sup>165</sup> sembrano invece superate: in particolare il giuramento dei testimoni nel processo civile (art. 251, comma 2 c.p.c. ed artt. 238 e 234 c.p.c.) ed il giuramento nel processo penale (art. 497 c.p.p.). In queste circostanze si è fatta strada la modalità di ovviare il problema attraverso la sostituzione del giuramento (identificato a volte come “atto di culto” ed implicante un coinvolgimento di carattere etico – religioso) con formule e dichiarazioni di impegno tendenzialmente neutre come “dichiaro”, “assicuro”, “prometto”, “mi impegno”.<sup>166</sup>

**5. Profili problematici: sulla eventuale esistenza di un diritto generale all’obiezione di coscienza. L’obiezione di coscienza “*contra legem / sine lege*” (rinvio).**

Gli ordinamenti costituzionali ( ed anche il nostro) non sono soliti individuare specificatamente un vero e proprio “diritto all’obiezione di coscienza” con efficacia *erga omnes* per le ragioni e le preoccupazioni esposte, lasciando dei margini di tutela ben “scelti” a carico del legislatore, ambiti specificatamente individuati e “soppesati” che fanno

---

<sup>165</sup> Cfr. R. BRUNO, *Obiezioni di coscienza e questioni bioetiche*, in G. CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni*, cit., p. 162.

<sup>166</sup> Per approfondimenti sul tema cfr. R. BOTTA, *Sentimento religioso*, cit., p. 182 ss.

sorgere non pochi dubbi e dibattiti sull'esatta qualificazione dell'obiezione di coscienza all'interno del catalogo dei diritti.

In dottrina c'è stato già un tentativo di sintesi delle varie teorie in merito<sup>167</sup> suddividendo le posizioni scientifiche dalla meno alla più estremista. Infatti ( in ordine di crescente intensità) una parte della dottrina sostiene che si tratti di un "valore informatore dell'ordinamento costituzionale" diretto dal potere legislativo; altra di un "diritto di libertà" derivante dalla nuova coscienza sociale; altri ancora pensano vi sia un "diritto soggettivo, non fondamentale"; infine c'è chi lo qualifica come vero e proprio "diritto costituzionale".

Ad ogni modo, il legislatore resta (almeno in prima battuta ed anche alla luce della giurisprudenza costituzionale) il primo "attore in scena" spettando ad egli l'arduo compito di dover bilanciare tra beni costituzionalmente rilevanti e diritto a comportarsi secondo coscienza, operazione rispetto alla quale si assiste ad un (inevitabile) margine di discrezionalità.

Se nei casi analizzati in precedenza è stato appunto lo stesso legislatore intervenendo espressamente a risolvere alla radice (seppur non eliminandolo) il potenziale conflitto delineando egli stesso le circostanze in cui bisogna dare rilevanza giuridica alle convinzioni morali del singolo, forti incertezze rimangono rispetto allo spazio di operatività della cd. obiezione "*contram legem*".

---

<sup>167</sup> R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza.*, cit., p. 25

Essa infatti si concretizza nelle situazioni in cui l'ordinamento qualifica come illecito il comportamento dell'obiettore. Accade spesso infatti che il legislatore non menzioni alcun riconoscimento dell'obiezione all'interno del testo di legge: ciò potrebbe costituire un'omissione volta a garantire maggiore obbligatorietà della legge stessa oppure una mera dimenticanza, una noncuranza o addirittura una negligenza. In queste situazioni il problema centrale è capire come offrire spazi di tutela alla coscienza del singolo vale a dire se la stessa possa essere tutelata giurisdizionalmente in via incondizionata o – al contrario – l'azionabilità in giudizio sia subordinata al previo riconoscimento legislativo (cd. *interpositio legislatoris*).

Si designano a questo punto due problematiche essenziali: da un lato comprendere quale sia l'ampiezza della discrezionalità del legislatore sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza (e le eventuali conseguenze nonché ruolo suppletivo della Corte Costituzionale nei casi in cui tale riconoscimento non ci sia stato); dall'altro che ruolo possa avere il giudice ordinario sul punto e se possa utilizzare alcune clausole generali del nostro ordinamento al fine di considerare “*secundum legem*”, un'obiezione di coscienza non contemplata dal legislatore.

Come si vedrà più ampiamente di seguito, tale problema risulta particolarmente attuale e molto ardua da risolvere, soprattutto nel suo inevitabile coinvolgimento nei cd. ambiti eticamente sensibili.

**CAPITOLO III**  
**OBIEZIONE DI COSCIENZA, OMISSIONI LEGISLATIVE**  
**E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE**

**Sommario:** **1.** Premessa al capitolo – **2.** Sulla necessità della cd. *interpositio legislatoris*. – **2.1.** Motivazioni a sostegno. – **2.2.** ...e alcune considerazioni. **3.** Nuove (seppur minoritarie) esigenze di un maggior protagonismo giurisprudenziale. – **3.1.** Per una diretta (ed immediata) azionabilità dell'obiezione di coscienza: ragioni sostanziali. – **3.2.** ...e profili di criticità. – **4.** Requisiti e limiti opponibili ad un (possibile) generale esercizio del diritto all'obiezione di coscienza. – **5.** Tentativi di riconoscimento giurisprudenziale. – **5.1.** L'obiezione di coscienza *contra legem* come scriminante. L'incidenza sull'*an* della pena – **5.2.** ...o almeno sul *quantum*. Esperimenti di riconducibilità delle scelte di coscienza ai criteri di commisurazione ed attenuazione della pena.

## 1. Premessa al capitolo.

La prima problematica da analizzare è quella del possibile ruolo del giudice ordinario nel riconoscere un (generale) diritto all'obiezione di coscienza anche nei casi non puntualmente disciplinari dal legislatore (la cd. obiezione di coscienza *sine lege*).

Considerando che l'obiezione di coscienza resta (pur sempre) una deroga alla generale ed astratta applicabilità del diritto comune e tenendo conto del suo contenuto tendenzialmente indefinito (che «può potenzialmente essere esercitato con qualunque tipo di comportamento»<sup>168</sup>) la questione assume una rilevanza di non poco conto in quanto porta con sé il rischio di una possibile disgregazione dell'ordine giuridico – civile e di svariate complicazioni per la sopravvivenza dell'ordinamento stesso.

Di contro, non può non tenersi conto del generale e tacito compito della giurisprudenza continuamente alle prese con l'adeguamento delle disposizioni legislative alle fattispecie concrete, col corretto bilanciamento delle circostanze nel singolo accadimento e con l'offerta (in casi eccezionali) di risposte non totalmente sovrapponibili alle esigenze di tutti ma idonee ed adeguate all'astratta idea di giustizia del singolo caso.

---

<sup>168</sup> «(...)proprio a causa della estrema genericità del contenuto della libertà di coscienza» F.C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 543.

Si profilano a questo punto due interessi in gioco entrambi meritevoli di tutela: da un lato l'unitarietà e la salvaguardia dell'ordinamento giuridico, dall'altro la specificità del singolo caso ed i diritti (in coscienza) del singolo individuo. I tentativi di ricomposizione di questo conflitto hanno spaccato in due la dottrina italiana anche se – come si vedrà a breve – ad oggi è possibile individuare una corrente maggioritaria.

Dal riconoscimento o meno di un ruolo (generale) del giudice ordinario sul tema discenderà l'eventuale configurazione di una diretta azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza a prescindere da un preventivo riconoscimento espresso da parte del legislatore.

In altre parole ancora, occorrerà identificare *chi* sia il soggetto (tra legislatore e giudice ordinario) legittimato a stabilire la liceità nel sollevare un'obiezione di coscienza oltre che competente a stabilirne modalità e condizioni.

## **2. Sulla necessità della cd. *interpositio legislatoris*.**

La dottrina italiana maggioritaria propende per un riconoscimento dell'obiezione di coscienza nei soli casi espressamente disciplinati dal legislatore<sup>169</sup>. La stessa tende verso l'idea che la soluzione del problema

---

<sup>169</sup> Quei casi esposti del paragrafo n. 4 del precedente capitolo. Sulla necessità dell'*interpositio legislatoris*, a titolo esemplificativo ma non esaustivo: F.C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, cit., p.543; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 240 ss.; F. ONIDA, *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*,

non possa essere affidata al giudice ordinario ma necessiti – vista l’incidenza su diritti fondamentali – della disciplina positiva di competenza del Parlamento: in quest’ottica l’obiezione trova nella Costituzione solo una tutela mediata e di principio.

Tale strada viene considerata l’unica possibile per conciliare perfettamente il rispetto delle coscienze dei singoli e le determinazioni di una comunità politica concernenti il bene comune: l’armonizzazione viene compiuta così dallo stesso legislatore, che «permette di sottrarsi all’obbligo giuridico in determinate situazioni giuridicamente previste, circoscrivendo gli effetti destabilizzanti della disobbedienza».<sup>170</sup> Anzi, in questi casi, sembrerebbe improprio parlare di una vera e propria “disobbedienza”.

---

in *Il diritto ecclesiastico*, 1985, p. 230 ss.; S. MANGIAMELI, *La “libertà di coscienza” di fronte all’indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 523 ss.; C. SALAZAR, *I “destini incrociati”*, cit., p. 114; E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, p. 113; F. MODUGNO – R. D’ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell’obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 1990, IV, p. 97 ss.; S. PRISCO, *Stato democratico*, cit., p. 121; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Utet, 1960, p. 1629 ss.; A. LANZI, *La scriminante dell’art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 92; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano 1958, pp. 16-17, in cui l’A. «non attribuisce alle leggi di imporre qualunque prestazione [ma] stabilisce solo che nei casi in cui l’imposizione di una prestazione non urta contro una specifica garanzia costituzionale, tale impostazione va fatta in base alla legge. (...)» Si qualifica il riconoscimento dell’obiezione di coscienza come «l’adozione di una tecnica regolativa del pluralismo negli ordinamenti democratici».

<sup>170</sup> Così in F. VIOLA, *L’obiezione di coscienza come diritto*, in *Dir. e Quest. Pubbl.*, n. 9/2009, p. 174.

La generale capacità dell'uomo di imporre la propria coscienza all'ordinamento pare non aver avuto riscontro in Italia anche alla luce della vasta mole giurisprudenziale della Corte Costituzionale<sup>171</sup> la quale ha più volte ribadito che il rifiuto opposto dall'obiettore può definirsi legittimo solo se effettuato in conformità della legge o delle pronunce della Corte stessa. Non solo: il ruolo del legislatore è stato definito fondamentale nella disciplina delle modalità di esercizio dei diritti fondamentali (e dunque della libertà di coscienza) come manifestazione di una delicata opera «diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale.»<sup>172</sup>

Si ritiene dunque che sia il preventivo riconoscimento legislativo in grado di portare ad esistenza l'obiezione e non viceversa. A volte, lo stesso riconoscimento (in assenza di idonee motivazioni) è stato ritenuto sottratto anche alla discrezionalità del legislatore e dello stesso giudice delle leggi. Basti pensare al tema dell'interruzione volontaria della gravidanza o della fecondazione medicalmente assistita, in cui l'*interpositio legislatoris* si è intesa necessaria alla luce dello stretto

---

<sup>171</sup> Cfr. C. Cost., 24.05.1985, sent. n. 164 in *Giur. cost.*, 1985, p. 1203 ss.; C. Cost., 18.01.1993, sent. n. 422 in *www.giurcost.org.*; C. Cost., 10.10.1979, sent. n. 117, in *Dir. eccl.*, 1979.

<sup>172</sup> Corte cost., 19.12.1991, sent. n. 467, sull'obiezione di coscienza al servizio militare. Ancora sui limiti all'obiezione di coscienza e sulla c.d. *interpositio legislatoris*, cfr. V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, cit., p. 73 ss.

legame fra pratiche mediche e beni costituzionalmente rilevanti, come ad esempio la vita, la salute e l'autodeterminazione del paziente.<sup>173</sup>

Si afferma così un *trend* dottrinale e giurisprudenziale maggioritario che riconosce sì l'intervento del legislatore come imprescindibile ma non inquadra tale "*interpositio*" come reale fondamento dell'obiezione di coscienza in sé, bensì come un mero strumento di (necessaria) regolamentazione e ricomposizione dei conflitti.<sup>174</sup>

## **2.1. Motivazioni a sostegno.**

Da quanto esposto si evince come il riconoscimento di un "diritto all'obiezione di coscienza", alla luce della legislazione richiamata, della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria, si ritiene da dover affidare

---

<sup>173</sup> Cfr. C. CASONATO - F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 39 ss.

<sup>174</sup> Per completezza espositiva, è bene far presente dell'esistenza di alcune concezioni (per così dire) maggiormente estremiste (cd. "negazioniste"), secondo cui, in una società multiculturale, un diritto all'obiezione di coscienza dovrebbe essere negato alla radice ai fini di una non paralizzazione del sistema giuridico e della sua funzionalità. L'inaccettabilità di questa tesi e di un disconoscimento assoluto dell'obiezione di coscienza deriva dalla totale non considerazione di uno degli obiettivi più importanti della nostra Costituzione, vale a dire quello di tutelare (e difendere) il singolo (suoi diritti e le sue libertà) dalla cd. dittatura di maggioranza; vi è quindi una palese difformità con le logiche sottese alla democrazia pluralista. Per tali ragioni, tale teoria risulterebbe compatibile solo con le ideologie tipiche degli Stati totalitari in cui vi è una sovrapposizione tra "verità di stato" - "verità etica" e la coscienza del singolo risulta automaticamente subordinata alla volontà statale.

nelle “prudenti” mani del legislatore il quale ha - senza dubbio alcuno - riconosciuto la rilevanza dei diritti di “coscienza” ma, allo stesso tempo, ha ritenuto di dover ancorare le ipotesi (tassativamente previste – cd. ipotesi *secundum legem*) al verificarsi di due circostanze: l’accertamento del nesso di causalità tra la condotta dell’obietto e l’evento controverso nonché la possibilità generale dell’ordinamento di “sostenere” l’opzione obietto.

Tale (in)sostenibilità, oltre alla già esposta teoria sul carattere dell’obiezione di coscienza come eccezione e deroga alla pacifica applicabilità del diritto comune, è stata motivata sotto più punti di vista.

In primis, spicca la concezione di una non totale sovrapposibilità tra libertà di coscienza (bene costituzionalmente rilevante) ed obiezione di coscienza: quest’ultima – a differenza della prima – riceverebbe una tutela costituzionale e un’azionabilità in via giurisdizionale solo attraverso il riconoscimento mediato del legislatore e dunque in via indiretta. Affermare un diritto generale costituzionalmente garantito ad agire secondo una “coscienza *contra legem*” significherebbe negare la stessa obbligatorietà della legge<sup>175</sup>: il riconoscimento dell’obiezione di coscienza è sì un elemento di dialettica democratica che mira al consenso dei cittadini sulla legge (la quale dovrà dunque ammettere alcune ipotesi di dissenso) ma la sua legittimità dovrà essere valutata di

---

<sup>175</sup> V. ONIDA, *L’obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. PERRONE (a cura di) , *Realtà e prospettive dell’obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 366.

volta in volta dal legislatore, nel suo ruolo di tutore della solidità ( e stabilità) dell'ordinamento giuridico.

La seconda motivazione a sostegno è quella invece relativa al possibile pregiudizio nei confronti non soltanto dell'ordinamento civile in generale (messo alla dura prova dall'eventuale coesistenza di una pluralità di “statuti” personali diversi a seconda delle proprie credenze e/o appartenenze culturali e religiose) ma anche del rischio di compromissione di interessi collettivi essenziali nonché di strutture e servizi di interessi generale.

Questa è la ragione principale per la quale nei casi in cui l'obiettore rivesta la qualifica di pubblico ufficiale tale riconoscimento da parte del legislatore diventa ancora più difficile. Infatti, c'è un'evidente specificità nello *status* e dei compiti del pubblico funzionario rispetto al cittadino qualsiasi (uomo di strada): vi è un immediato collegamento tra “la sfera altra” e la loro individualità. Non si pone un semplice problema di sottrarsi attraverso l'obiezione di coscienza a quello che la legge impone per tutti. Per il funzionario vi è un obbligo ancora più specifico perché, in via del suo *status*, egli è tenuto proprio a questo: ad applicare la legge, a tradurla in comandi concreti, in attività esecutive; il suo scopo è proprio quello di soddisfare un pubblico interesse, un interesse collettivo per il quale la legge è stata posta. Si parla a tal proposito di una sorta di “dovere di fedeltà qualificata” per il quale, se ad un cittadino sono assegnate delle funzioni pubbliche, ciò vuol dire a tutti gli effetti «un vincolo di particolare devozione dei confronti dello

Stato e quindi, un rapporto di specifica fiducia tra lo Stato stesso e coloro che esercitano tali funzioni». <sup>176</sup>

Non è di certo questa la sede opportuna per poter approfondire una così ben più complessa problematica; tuttavia, il parallelismo risulta utile se correlato alla *ratio* sottesa alle motivazioni che sostengono la tesi di una non diretta azionabilità di un generale diritto all'obiezione di coscienza. Infatti, si evince un minimo comune denominatore: la salvaguardia del buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale che, senza un puntuale intervento del legislatore, rischierebbero di essere compromesse dal relativismo delle coscienze. Per tale ragione si ravvisa sempre più la necessità di far sì che gli strumenti pubblicistici aderiscano ad un ordine - in un certo senso - "laico" (basti pensare alla ben nota sentenza n. 196 del 1987 della Corte Costituzionale in tema di obiezione di coscienza del giudice tutelare sull'autorizzazione o meno dell'interruzione di gravidanza in caso di donna minore quando manchi l'assenso di chi esercita la potestà genitoriale<sup>177</sup>). Non si tratta di un'affermazione aprioristica di incompatibilità ontologica tra titolarità di funzioni pubbliche ed esercizio dell'obiezione di coscienza ma di un profilo di difficile

---

<sup>176</sup> G. LOMBARDI., voce *Fedeltà*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 173.

<sup>177</sup> La Corte chiamata a pronunciarsi sulla contrapposizione tra «convincimenti interni *virtutis et vitiorum*» e «doverosità di *satisfacere officio*» del giudice tutelare (funzionario pubblico anch'esso), in sede di autorizzazione della minore all'aborto, ha deciso per la prevalenza della seconda, «a parte i contenuti di doverosità presenti nell'art. 54, secondo comma, Cost.», in ragione «dell'indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia» (Cfr. Corte Cost., sent. 196 del 1987).

operazione di bilanciamento degli interessi in cui viene in rilievo l'organizzazione degli uffici e la distribuzione del lavoro al suo interno.

È chiaro che aderendo fedelmente a questa tesi, l'auspicio sarebbe quello di poter ottenere soluzioni legislative sempre maggiori, sempre più attente alle richieste etico – religiose dei consociali (nel rispetto del principio di laicità) e sempre più numerose: tuttavia ci si rende immediatamente conto come offrire risposte in grado di soddisfare tutte le istanze in gioco diventa un obiettivo per alcuni versi utopistico.

E nemmeno sembra corretto poter credere di eludere il problema attraverso il silenzio e l'astensione del legislatore, non soltanto perché in questi casi inevitabilmente toccherà alla magistratura trovare soluzioni *ex post* alle richieste di giustizia del singolo; ma anche perché nel profondo, «il “non intervento” è pur sempre figlio di una certa visione ideologica e si traduce di fatto in una modalità di regolamentazione.»<sup>178</sup>

## **2.2. ...e alcune considerazioni.**

Tra le righe delle motivazioni sopra indicate si scorge un latente timore che un generale riconoscimento all'obiezione di coscienza possa mettere in pericolo in concreto il consenso politico ottenuto con l'approvazione della legge, col rischio ulteriore che lo strumento dell'obiezione possa proliferarsi così eccessivamente da tradursi in casi di “disobbedienza civile” e in una forma di istituto sostanzialmente

---

<sup>178</sup> E. LA ROSA, *Attività sanitaria*, cit., p. 108.

antidemocratico<sup>179</sup> ancora più dannoso nel caso in cui venga propagandato da parte di confessioni religiose o gruppi organizzati<sup>180</sup>.

Lasciare al legislatore (per sua stessa natura non imparziale) il giudizio sull'ammissibilità dell'obiezione di coscienza, sembra non lasciare al singolo sufficiente tutela in quanto, è proprio contro l'operato del legislatore che obietta le proprie "ragioni di coscienza".

L'estremismo di questo approccio porta con sé il rischio opposto, vale a dire quello di una (forse troppo) precoce rinuncia della ricerca di una regolamentazione idonea della ricomposizione dei conflitti operando un (mero e passivo) rinvio alla legislazione (e alle ragioni) di maggioranza scivolando verso un aumento di intolleranza verso i gruppi (e le coscienze) minoritarie ed evocando l'idea di Stato come unica fonte di ogni diritto e dovere.

Si dimentica così quell'ottica di tutela "differenziata" che, in assenza di minacce alla convivenza pacifica, configurerebbe la propensione della volontà di maggioranza ad essere cedevole alle istanze minoritarie, non come segno di debolezza ma – a contrario – come sinonimo di forza<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> G. GEMMA, *Obiezione di coscienza ed osservanza dei doveri*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Doveri*, Milano, 2007, p. 55 ss.

<sup>180</sup> A tal proposito si riprendono le ben più ampie riflessioni affrontate in D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli Editori, Firenze, 2011.

<sup>181</sup> Di questa idea A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, in *Le conferenze dell'Associazione culturale italiana*, XXIII, Cuneo, 1969, *passim*.

### **3. Nuove (seppur minoritarie) esigenze di un maggior protagonismo giurisprudenziale.**

Nonostante le granitiche posizioni maggioritarie, non sono mancate le tesi (minoritarie) di segno contrario che muovono i primi passi da quella che è stata definita “un’esigenza di ancoraggio al diritto naturale” derivante da una sorta di passaggio “storico” dall’arbitrarietà del positivismo giuridico alla necessità di un ordinamento giusnaturalista che si fondi su una rilettura dell’art.2 Cost. e di tutti quei diritti inviolabili dell’uomo che, in quanto tali, non possono essere oggetto di revisione costituzionale perché preesistenti all’ordinamento giuridico stesso.<sup>182</sup>

---

<sup>182</sup> Così in G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, in *Iustitia*, n. 3, 2009, p. 268 in cui si sottolinea tale esigenza nell’arco temporale successivo al regime totalitario. «In sostanza nell’esperienza totalitaria, grazie ad una cultura giuspositivistica, legalità e legittimità erano venute a coincidere, sicché la giustizia o meno dei comportamenti umani era data infine dalla loro conformità o meno alla legge positiva. La deformazione culturale indotta dalle derive estreme del positivismo giuridico, aveva condotto a cancellare la distinzione tra l’agire secondo la legge (legalità) e l’agire secondo giustizia (legittimità). In questo senso la difesa estrema dei criminali nazisti, sottoposti a processo a Norimberga, aveva una sua coerenza interna laddove si radicava nell’aver obbedito alla legge ed agli ordini della legittima autorità. Dunque: caduti i veli, fu un vero e proprio dramma di coscienza. Perché si avvertì la necessità di un ritorno a valori oggettivi, ad un diritto positivo non arbitrario, ad una distinzione tra diritto e legge; si avvertì l’esigenza di un ancoraggio al diritto naturale, per togliere arbitrarietà alla legge positiva e ricondurla nell’alveo della giustizia; si avvertì la necessità di tornare a distinguere ciò che è legale e ciò che è legittimo, rifondando così la possibilità stessa di giudicare giusta o ingiusta una disposizione di legge, un provvedimento amministrativo, una sentenza.»

Tale esigenza non poteva non incidere anche sulla generale concezione di cosa debba intendersi per obiezione di coscienza portando a rintracciare dei punti di debolezza nei confronti nelle teorie di chi<sup>183</sup> aveva da sempre sostenuto che, l'*interpositio legislatoris* sul punto fosse imprescindibile e che le forme di obiezione di coscienza non previste dal legislatore più che *sine lege*, dovessero intendersi sempre e soltanto *contra legem*. I casi in cui il legislatore abbia già preventivamente consentito all'obiettore di poter sollevare la sua personale "eccezione", andrebbero a qualificarsi più che come forme di obiezione, forme di opzione (di coscienza) vale a dire come precise scelte legislative derivanti dalla consapevolezza (del legislatore stesso) che una determinata "imposizione" possa portare per il singolo dei gravi problemi di coscienza scaturenti da seri motivi etici; in tal caso si è ritenuto opportuno porre (come nel caso del servizio militare) degli obblighi alternativi, talvolta anche più onerosi.<sup>184</sup> Ciò vuol dire inoltre che solo l'opzione di coscienza (nella definizione appena data) resta nei limiti della liceità giuridica; a contrario, l'obiezione di coscienza li travalica costantemente configurandosi sempre *contra legem* ed assoggettando l'obiettore (convinto) a sanzione giuridica.

Potrebbe capitare però che il libero esercizio delle libertà (generalmente intese ma soprattutto) religiose possa essere calpestato

---

<sup>183</sup> Ci si riferisce alle dottrine esposte in questo capitolo *infra*, al par. 2.

<sup>184</sup> Ancora G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 273 ed inoltre (sull'opzione di coscienza) ID., *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?*, in B. PERRONE, (a cura di), *Realtà e prospettive*, cit., p. 277 ss.

da una legislazione che – anche indirettamente – persegue finalità meramente secolari, una determinata ideologia o una forte influenza da parte di una politica indifferente alla coscienza.<sup>185</sup>

Tale principale ragione ha portato all'avviso secondo cui una regolamentazione (solo) legislativa risulterebbe di fatto limitativa di risposte; ragion per cui si è avvertita sempre di più l'esigenza di donare alla giurisprudenza un nuovo ruolo, un ruolo di maggiore protagonismo.<sup>186</sup> Il problema sembrerebbe quindi traslarsi: non più di legittimità o di riconoscimento dell'obiezione di coscienza, bensì di effettiva operatività e regolamentazione.

### **3.1. Per una diretta (ed immediata) azionabilità dell'obiezione di coscienza: ragioni sostanziali.**

Alla base di queste nuove urgenze vi è l'idea che l'obiezione di coscienza (a prescindere da una sua positivizzazione), più che rappresentare un'eccezione, sia da considerarsi alla stregua di principio generale e che, in quanto tale, abbia dei limiti già esistenti ed insiti

---

<sup>185</sup> Di questa idea e partendo da un parallelismo riguardante una pronuncia della Corte Statunitense nel caso *Sherbert*: R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza.*, cit., p. 32 ss.

<sup>186</sup> Ruolo ritenuto importante anche in A. SPADARO, *Libertà di coscienza*, cit., p.75 in cui si sostiene che la tutela della coscienza sia frutto del lavoro integrato del legislatore, «dei giudici che tali concrete esigenze soggettive possono più di ogni altro percepire in concreto» e della Corte Costituzionale.

nell'ordinamento giuridico stesso, non ravvisandosi l'esigenza di individuare ulteriori restrizioni da affidare al legislatore<sup>187</sup>.

Si parlerebbe dunque di un diritto «generale ed unitario»<sup>188</sup> in quanto tale azionabile in via giurisdizionale e in possesso dei medesimi strumenti di garanzia posti dall'ordinamento a presidio dei diritti costituzionali.<sup>189</sup> Se dunque per gli altri diritti inviolabili dell'uomo non risulta necessario un preventivo intervento del legislatore (avendo fondamento costituzionale), stessa cosa si dovrebbe concludere per l'obiezione di coscienza che – in quanto anch'esso diritto inviolabile – ha stessa protezione e copertura. «In tale logica vi sarebbe “un'inversione dell'onere della prova”, cioè ciò che dovrebbe essere giustificato non è il diritto ad obiettare, ma la sua restrizione caso per

---

<sup>187</sup> Ciò vale a dire che l'interposizione legislativa resta comunque legittima ma non di per sé sempre necessaria: l'opportunità di un preventivo riconoscimento legislativo viene avvertita soprattutto nei casi in cui l'obiezione di coscienza riguarda un ampio numero di persone oppure nei casi in cui si ricoprono funzioni pubbliche in quanto, vi è la necessità di contemperare anche l'eventuale danno nei confronti dei terzi fruitori del servizio.

<sup>188</sup> I cui limiti si desumerebbero dai «principi, fondanti il nostro ordinamento giuridico, dell'autentica laicità (intesa come neutralità etica dello Stato laico), del pluralismo, dell'uguaglianza e della libertà di coscienza; nonché delle normative disciplinanti le specifiche ipotesi di obiezioni codificate» F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto. L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto.*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Criminalia*, 2011, p. 390.

<sup>189</sup> Tale concezione sarebbe indirettamente ricavabile anche sulla sentenza già menzionata n. 196 del 1987 della Corte Costituzionale in tema di pronuncia del giudice tutelare sull'aborto di minorenni. Invero, nonostante la Corte abbia decretato una prevalenza dell'esigenza di giustizia rispetto a quelle singole di coscienza del giudice, lo ha fatto mediante un bilanciamento tra due beni protetti in egual misura (vale a dire entrambi parimenti tutelati dal parametro Costituzionale).

caso in considerazione del bilanciamento tra valori costituzionali e della tutela dei diritti altrui.»<sup>190</sup>

Ciò che la dottrina maggioritaria avrebbe dimenticato è il ruolo dell'obiezione di coscienza come istituto di garanzia della persona e della dignità umana (di cui la coscienza ne rappresenta una primordiale manifestazione) che la Costituzione contiene esplicitamente ed implicitamente nelle sue norme, anche nell'art. 19; dunque una non totale diversità dalla libertà di coscienza. Non solo, è sottinteso un suo riconoscimento come «strumento di attivazione diffusa del controllo di conformità delle leggi e degli atti avente forza di legge alla Costituzione e, segnatamente a quei valori etico – giuridici che sono espressi nella Costituzione, ma non derivano nella loro esistenza dalla volontà del legislatore costituente, che non per nulla si è limitato di riconoscere. (...) Più sinteticamente si potrebbe dire che l'obiezione di coscienza è istituto diretto a richiamare costantemente il legislatore ai doveri costituzionali di coerenza con l'ordine valoriale precedente alla stessa Costituzione o, se si preferisce, a garantire l'orientamento costante dell'esperienza giuridica nel senso della legittimità, e non solo della legalità.»<sup>191</sup>

Ciò ci traghetta verso l'ulteriore motivazione adottata a sostegno dalla tesi minoritaria, vale a dire quella che il mancato (generale)

---

<sup>190</sup> F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 184.

<sup>191</sup> G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 278.

riconoscimento dell'obiezione di coscienza porterebbe con sé l'idea di uno Stato illiberale, a discapito di una democrazia pluralista.<sup>192</sup>

Da tale impostazione scaturisce *in primis* un'idea di diretta azionabilità del diritto di obiezione di coscienza; *in secundis* anche una concezione che individua (fra le tutte) come migliore soluzione al problema quella di affidare nelle mani del giudice ordinario il delicato bilanciamento tra opzione di coscienza e interessi sociali. Ovviamente non senza alcune linee guida di riferimento<sup>193</sup> come ad esempio il vaglio

---

<sup>192</sup> Sul punto ancora F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto.*, cit., p. 390 ss.; D.M. PAPAYANNIS, *La objecion de conciencia en el marco de la razón pública*, in *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2006, p. 55 ss.

<sup>193</sup> Parametri individuati in R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza.*, cit., p. 33 ss. in cui l'A. consiglia anche di stabilire «una differenza fra due tipi di obiezione di coscienza, in conseguenza del tipo di obbligazione obiettata, perché ciascuno di essi richiama una prospettiva di analisi diversa: in uno si respinge un'obbligazione che tenta di imporsi in termini di assolutezza, nell'altro soltanto un'obbligazione che si impone in modo relativo. Nel primo caso, se l'ordinamento non rispettasse l'obiezione, si potrebbe parlare di una *violazione assoluta* del diritto alla libertà di coscienza, giacché si obbligherebbe la persona a comportarsi in maniera contraria ai dettami della propria coscienza sotto la minaccia di una pena pecuniaria o personale ( per esempio, l'inflizione di una pena in risposta al rifiuto dell'adempimento del servizio militare). Nel secondo caso, si tratterebbe semplicemente di una *violazione relativa* , in quanto il comportamento respinto dalla coscienza personale non costituisce un'obbligazione ineludibile, ma unicamente una condizione per ottenere un beneficio o per evitare un pregiudizio, in modo tale che l'obietto disponga realmente di una libertà comportamentale effettiva, sebbene in una situazione di inferiorità nei confronti di coloro che non condividono la sua convinzione morale ( per esempio, il rifiuto di prestare attività lavorativa durante un giorno considerato festivo dalla propria religione, che potrebbe condurre conseguentemente al licenziamento dal posto di lavoro). La distinzione possiede una certa importanza, poiché (...) si comprende come non sia la stessa cosa sottoporre a giudizio un'ipotesi di *coazione diretta* sulla

del livello di pericolosità sociale dei comportamenti del singolo e la (giusta) differenziazione tra le motivazioni religiose e quelle puramente ideologiche dando maggior prevalenza alle prime rispetto alle seconde. Invero, rispetto al primo parametro risulta quasi scontato che un comportamento omissivo si traduca in un fattore di minore pericolosità sociale rispetto ad un comportamento attivo (nei confronti di una norma statale che lo vieta), rimarcando quella sottile differenza tra i conflitti di lealtà in senso stretto (come l'obiezione di coscienza) e quei conflitti dai quali scaturiscono i cd. reati culturalmente orientati necessitanti di maggiore ponderazione. Rispetto invece alla seconda linea guida e il dar (in un certo senso) prevalenza ad istanze di tipo religioso, ciò deve intendersi in un'ottica di maggiore garanzia e di esistenza (tendenzialmente) di un gruppo di riferimento in grado di spiegare (e giustificare) la necessità del singolo di frapporre la propria coscienza alla norma giuridica. L'aprioristica tutela di una "coscienza ideologica" porta con sé la possibilità di un non – riscontro in un sistema sufficientemente organico con tutti i rischi pratici che ne derivano.

Seguendo quest'ottica ricostruttiva, tali criteri di orientamento per il giudice in aggiunta alla generale duttilità della giurisprudenza rispetto alle necessità dei singoli casi, appaiono il giusto compromesso per un (cauto) riconoscimento ed una (prudente) regolamentazione dell'obiezione di coscienza, a differenza di quanto invece potrebbe fare

---

libertà di coscienza o un'ipotesi di semplice pressione *indiretta*, nella quale le considerazioni riguardanti l'eguaglianza acquisiscono una singolare importanza.»

la norma legislativa, che per sua natura è considerata (tendenzialmente) rigida.

### **3.2. ...e profili di criticità.**

Proporre una teoria di diretta azionabilità dell'obiezione di coscienza porta ad una lettura estensiva della stessa e giunge alla conclusione che anche nei casi in cui non sia stata preventivamente ed espressamente riconosciuta dal legislatore (i casi di obiezione che – secondo questa impostazione più che *contra legem* si qualificano *sine lege*), sia comunque possibile per il singolo invocare una tutela (e dunque un possibile riconoscimento) di fronte al giudice ordinario. La resistenza della coscienza acquisisce così una forza normativa particolarmente incisiva.

Tale aprioristica prevalenza - se estremizzata - potrebbe portare a delle degenerazioni come ad esempio quella di avere una generale concezione della legge (nei casi in cui costringa ad avere un dato comportamento) necessariamente compromissoria di libertà altrui non tenendo in considerazione adeguatamente le ragioni insite alla legislazione stessa (democraticamente approvata) e trasformando l'obiezione di coscienza in un mero strumento di lotta politica.

Eccessivamente radicale appare anche la concezione di un non – pluralismo in caso di mancanza di riconoscimento dell'obiezione stessa. All'interno di un ordinamento vi è un'inevitabile coesistenza di maggioranze e minoranze, non potendo la sola legge riuscire a mediare

totalmente su questioni di principio. La divisione del corpo sociale difficilmente può essere ricomposta col metodo democratico ragion per cui spesso l'obiezione di coscienza viene intesa come contrappeso per le ragioni di minoranza che permetta di limitare gli effetti della lacerazione sociale, un "formidabile indicatore democratico delle società pluraliste"<sup>194</sup> ma (molto probabilmente) non l'unico addirittura in grado di poter compromettere (nel suo mancato riconoscimento in via giurisprudenziale) la democraticità dell'ordinamento stesso.

Anche l'inversione della sua concezione da strumento di eccezione a strumento generale, potrebbe portare una sorta di tirannia del relativismo e delle opzioni di coscienza di minoranza (e di ciascuno dei consociati) nonché di un approccio alla problematica giuridicamente "vuoto" in quanto basato su concezioni esclusivamente valoriali.

Pur volendo ammettere l'esistenza di un diritto generale e costituzionale all'obiezione di coscienza, ciò non dovrà sfociare in un'idea di illimitatezza di tutela, bensì in una fondatezza valutabile caso per caso in sede giurisdizionale, soppesando adeguatamente gli interessi in gioco, nelle singolari ed irripetibili (~~per antonomasia~~) vicende della coscienza personale. Dunque, sul piano fattuale risulterà necessario dimostrare l'esigenza di estendere l'obiezione di coscienza in casi ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore, dal punto di vista giuridico invece, bisognerà cercare di individuarne requisiti e limiti per un corretto esercizio in grado di contemperare i principi fondamentali del nostro ordinamento: primi fra tutti la laicità,

---

<sup>194</sup> Così in D. PARIS, *L'obiezione di coscienza.*, cit., p. 315 ss.

l'uguaglianza, il pluralismo religioso – culturale e libertà individuale (di coscienza).

#### **4. Requisiti e limiti opponibili ad un (possibile) generale esercizio del diritto all'obiezione di coscienza.**

Partire dall'assunto di un generale (ed azionabile) diritto all'obiezione porta ad accantonare la questione di legittimità e di riconoscimento del diritto<sup>195</sup>, necessitando di confrontarsi con la problematica della sua corretta regolamentazione: non soltanto requisiti ma soprattutto limiti di esercizio.

Secondo autorevole opinione<sup>196</sup>, i requisiti fondamentali per un diritto unitario all'obiezione di coscienza potrebbero essere i seguenti: « 1) la necessità della esistenza di un conflitto tra due *interessi costituzionalizzati*; 2) la riferibilità dell'obiezione *a specifici interessi, a specifici valori di natura costituzionale*, e non ad una generica libertà di coscienza, aperta a tutti i soggettivismi e, quindi, anche alle eccentricità, alle stravaganze e ai tornaconti individuali (...) 3) la *necessaria convivenza e soddisfacimento reciproco* di entrambi gli

---

<sup>195</sup> Considerato di implicito fondamento costituzionale: precisamente, in riferimento all'art. 2 della Costituzione (a prescindere dall'attribuzione ad esso del carattere di "clausola aperta"), all'art. 19 (giacché tra i diritti inviolabili dell'uomo rientrano senza dubbio i diritti di libertà religiosa); all'art. 21 (sulla libera manifestazione del pensiero): tutti ritenuti espressione della più generale libertà (e conseguente obiezione) di coscienza.

<sup>196</sup> Sul punto F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto.*, cit., p. 398 di cui si riportano testualmente le osservazioni in merito.

interessi collidenti, dovendo il conflitto essere risolto (come insegna più in generale anche la Corte costituzionale) in modo da evitare il sacrificio totale, lo svuotamento irreparabile di nessuno dei due suddetti interessi.»

Circa i limiti opponibili, se ne profilano due tipologie: quelli di carattere generale validi per qualsiasi obiezione di coscienza; quelli specifici validi per le singole fattispecie concrete<sup>197</sup>. I limiti generali sono rintracciabili nelle cd. clausole di salvaguardia generale del sistema giuridico statale contenute nel testo costituzionale: mi riferisco in particolare al dovere di solidarietà ex. art. 2, al principio di eguaglianza ex. art. 3. e al dovere di fedeltà alla Repubblica ex. art. 54, comma 1.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> In particolare, «la determinazione concreta di specifici limiti per le singole fattispecie di obiezione sarà poi problema da risolvere caso per caso, nell'atto della loro regolamentazione legislativa, secondo i valori “materiali” da esse coinvolti», così in V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, cit., p. 85.

<sup>198</sup> Ai sensi dell'art. 2 Cost., il «dovere di solidarietà» che incombe su tutti i consociati «rappresenta il criterio di equilibrio tra il momento della libertà, del diritto soggettivo, ed il momento della responsabilità, della doverosità: ogni rapporto giuridico essendo, fondamentalmente, correlazione e reciprocità tra diritti e doveri. Più specificamente, il criterio della solidarietà, oltre a porsi come limite all'obiezione di coscienza (precludendola, di fronte a doveri costituzionali assolutamente inderogabili, o richiedendo l'adempimento di una equivalente prestazione alternativa, secondo il principio della convertibilità degli obblighi pubblici, qualora questo debba trovare applicazione), misura anche, per così dire, il valore dell'obiezione di coscienza, dimostrando, al positivo, come essa non sia espressione di una morale individualistica, e manifestando la volontà dell'obietto di conservare una solidarietà di fondo con l'ordinamento giuridico nel suo complesso»; il principio di eguaglianza, ex. art. 3 Cost, invece «preclude trattamenti “di favore” (come, d'altra parte, trattamenti discriminatori), nei confronti degli obiettori. In particolare, deve ritenersi contrastare con il principio di

Altre limitazioni – indubbiamente più di dettaglio – dovranno successivamente rispondere all’esigenza fondamentale di non compromissione degli interessi in conflitto ( soprattutto quando si parla di vita e salute altrui) soppesando adeguatamente varie componenti: non solo la specifica richiesta di esenzione ( e l’eventuale dichiarazione preventiva di obiezione di coscienza) ma anche l’apporto materiale del soggetto al prodursi dell’atto che ripugna e (inevitabilmente) lo *status* sociale rivestito dall’obiettore stesso.

## **5. Tentativi di riconoscimento giurisprudenziale.**

Nonostante la posizione dottrinale prevalente volta a negare un autonomo ruolo del giudice ordinario in tema di esercizio (e riconoscimento) dell’obiezione di coscienza in assenza di *interpositio legislatoris*, sono molte le vicende in cui si è tentato – per il tramite della magistratura – di considerare legittimi i comportamenti di

---

eguaglianza il rifiuto di svolgere qualsiasi attività alternativa all'obbligo generale» Il dovere di fedeltà alla Repubblica ex. art. 54, comma 1 “nel caso dell'obiezione di coscienza si configura, riassuntivamente, come individuazione di un “nucleo essenziale di valori” che, da un lato, seleziona quali obiezioni possano ricevere uno statuto *secundum legem* e determina le linee essenziali della loro strutturazione giuridica (a seconda della maggiore o minore compatibilità rispetto ai valori costituzionali); d'altro lato, e per converso, si pone come limite alle stesse maggioranze parlamentari, che tale patrimonio valoriale devono comunque rispettare, eventualmente anche nella forma dell'obiezione di coscienza » V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, cit., *passim*.

volontaria sottrazione ad un precetto e/o ad un obbligo di legge per incompatibilità con i dettami della propria coscienza.

A tal proposito, non può ignorarsi il fatto che, a prescindere dalla presenza o meno di una legge di riferimento, il giudice ordinario dovrà comunque tener conto dell'esistenza non soltanto dei nostri precetti costituzionali di riferimento in tema di libertà di coscienza (così come avvalorati dalla Corte Costituzionale) ma anche della normativa Convenzionale e di quella contenuta nella Carta di Nizza.<sup>199</sup>

L'inevitabile confronto con tali disposizioni ha portato l'affacciarsi di soluzioni conciliative tra le due tesi opposte (che discutono sulla indispensabilità o meno dell'*interpositio legislatoris*) e cioè di possibili riconoscimenti giurisprudenziali all'interno – però – degli stessi criteri generali fissati dal legislatore. Tale meccanismo consente di escludere l'illegittimità del rifiuto opposto dal singolo all'adempimento di un obbligo giuridico solo dopo un accurato bilanciamento volto a dimostrare un non pregiudizio (o comunque un pregiudizio di lieve entità) al bene giuridico tutelato dalla norma statale, nel rispetto dei principi generali del nostro ordinamento.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> Per l'analisi delle norme di riferimento si rinvia a quanto già esposto *supra*, Cap.1, par. 5.

<sup>200</sup> Rispetto che, nel caso della cd. obiezione fiscale, non ha consentito al singolo di invocare tutela nel suo volersi sottrarre ai doveri inderogabili di solidarietà sociale, uno dei principi supremi del nostro ordinamento.

Operazione sicuramente molto delicata che rende del tutto comprensibile come i (timidi) tentativi giurisprudenziali siano stati tanto significativi quanto rari.<sup>201</sup>

### **5.1. L'obiezione di coscienza *contra legem* come scriminante. L'incidenza sull'*an* della pena.**

Partendo dal presupposto che la libertà di coscienza (di cui l'obiezione è un'esplicitazione) possa essere intesa come un diritto costituzionalmente garantito ed accompagnando tale assunto alla logica (presente nel nostro ordinamento) di riconoscimento di eventuali margini di impunità per colui che agisce per ragioni di coscienza, ciò che in precedenza si è definito come “bilanciamento tra opposti interessi” sembrerebbe condividere la medesima *ratio* sottesa alle cd. cause di giustificazione.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> Meritano di essere ricordati le ben note vicende Montagnana e Tosti in tema di obiezione di coscienza ed esercizio di funzioni pubbliche in presenza del crocefisso nei seggi elettorali e nelle aule giudiziarie (di cui le pronunce Cass. Pen., sez. III, n.10 del 10 ottobre 1988 e Cass. Pen., sez. IV, n. 4273 del 01 marzo 2000) in cui, nonostante l'esclusione di un riconoscimento in via giurisprudenziale dell'obiezione di coscienza per quelle particolare forme e per quei peculiari casi, il giudice di legittimità non ha negato che, in via generale, un conflitto di coscienza con un nesso eziologico immediato tra la prestazione richiesta e le motivazioni religiose, possa costituire un “giustificato motivo” per rifiutare prestazioni legalmente dovute.

<sup>202</sup> Così come riportato nelle riflessioni di E. LA ROSA, *Il rifiuto di prescrivere la c.d. “pillola del giorno dopo” tra obiezione di coscienza e responsabilità penale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2008; cfr. inoltre F. VIGANÒ, *Stato di necessità e*

Proseguendo secondo questa *ratio*, l'obiezione di coscienza verrebbe a perdere quel suo carattere di eccezionalità e, anche in assenza di una esplicito riconoscimento legislativo, il suo esercizio non potrebbe essere negato, quantomeno nell'attribuire alle motivazioni di coscienza efficacia esimente della responsabilità penale (e ovviamente effettuando di volta in volta quel delicato bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente garantiti che costituiscono oggetto di tutela della norma incriminatrice).<sup>203</sup>

Infatti, uno dei possibili (anche se molto discussi) "riconoscimenti" giurisprudenziali dell'obiezione di coscienza, è quello di poterla configurare come un diritto scriminante. Invero, le cause di esclusione del reato tassativamente individuate dalla legge (artt. 50 – 54 c.p.) sono volte proprio ad escludere l'antigiuridicità di una condotta che, in loro assenza sarebbe penalmente rilevante e sanzionabile. In tali situazioni normative, a venir meno è il contrasto tra un fatto conforme ad una fattispecie di reato e l'intero ordinamento giuridico. La condotta – che altrimenti dovrebbe essere punita – diviene in questo modo lecita e ciò in quanto una norma (desumibile dall'intero ordinamento giuridico) la

---

*confitto di doveri*, Milano, 2000, p. 303; ID, *Sub art. 51*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 536 ss.; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, p. 236.

<sup>203</sup> La sensibilità della giurisprudenza sul tema si è più volte avvertita, «non arrestandosi (la stessa) 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.» P. MONETA, *Obiezione di coscienza. II) Profili pratici*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

ammette e/o la impone.<sup>204</sup> Un probabile utilizzo potrebbe rintracciarsi nell'articolo 54 c.p. (il cd. stato di necessità)<sup>205</sup> ponendo l'accento su una possibile offesa statale al singolo diritto alla coscienza: pare però difettare la proporzione tra gli interessi (proporzione che, se si accogliesse questa tesi, sarebbe già riconosciuta dal legislatore proprio con la previsione dell'obiezione di coscienza).<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Cfr. definizione di “scriminante” in F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2003; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2004; F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 2007; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, settima edizione, Zanichelli, Bologna, 2014.

<sup>205</sup> Secondo cui “non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo”.

<sup>206</sup> Anche se per motivazioni diverse, se ne è discusso circa una particolare sentenza (Giudice di Pace di Foligno, 17 febbraio 2007) in cui si è ammessa la possibilità di sfiorare i limiti di velocità consentiti dalla legge alla guida dell'auto per i religiosi e ministri del culto cattolico i quali abbiano agito per portare l'estrema unzione a un fedele in punto di morte. A tal proposito cfr. S. TURCHETTI, *Danno per l'anima e danno grave alla persona: una discutibile lettura dell'art. 54 c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), marzo 2007, in cui si sostiene che «il Giudice di pace avrebbe potuto, semmai, interrogarsi sulla configurabilità di un diritto del credente a ricevere assistenza religiosa in punto di morte, con le modalità contemplate dalla confessione religiosa alla quale aderisce, e sulla possibilità che tale diritto individuale riceva tutela nelle forme dell'art. 54 c.p. Una risposta a tali quesiti in astratto affermativa sarebbe proponibile attraverso una lettura del “danno grave alla persona” certamente lata, ma pur sempre ancorata a criteri interni all'ordinamento statale: il diritto all'assistenza religiosa potrebbe essere considerato come una proiezione della libertà religiosa di cui all'art. 19 Cost., e per questa via ricondotto alla sfera dei diritti inviolabili della persona umana riconosciuti dalla Costituzione. Questo iter argomentativo muove da un presupposto ben fermo: la libertà religiosa non si riduce alla libertà di coscienza (intesa come libertà di aderire a questa o quella religione,

Per tali ragioni, prima fra tutte, compatibile con la *ratio* dell'obiezione di coscienza, sembra invece la scriminante contenuta nell'art. 51 c.p. comunemente conosciuta come "esercizio di un diritto o adempimento di un dovere" di cui il primo comma recita: "*l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità*".

C'è da dire però che sono stati davvero pochi i casi in cui la riconduzione dell'obiezione di coscienza all'art. 51 c.p. sia avvenuta per davvero: la pronuncia più nota (presumibilmente perché unica nel suo genere) è abbastanza risalente<sup>207</sup> e riguardò una testimone di Geova

---

ovvero di non aderire ad alcuna religione), ma comporta anche la libertà di tenere comportamenti coerenti con i precetti della propria religione. Si può pensare, dunque, tra l'altro, ad un diritto soggettivo – un diritto inviolabile della persona, costituzionalmente fondato – a ricevere i sacramenti in tempo di morte: il problema più delicato riguarda i limiti che questa componente della libertà religiosa incontra nell'ordinamento dello Stato. Ai fini del soccorso di necessità ex art. 54 c.p., il diritto in questione andrebbe sottoposto ad un rigoroso bilanciamento con il bene giuridico aggredito dall'agente. Quel diritto sarebbe destinato a cedere di fronte a beni giuridici di alto valore nell'ordinamento statale: ben diversamente da quanto mostra di ritenere il Giudice di pace in relazione al bene salvezza dell'anima. Nel caso in esame, il bene antagonista rispetto al diritto ai conforti religiosi in punto di morte è quello della sicurezza dei partecipanti alla circolazione stradale: dunque, vita e integrità fisica di una cerchia indeterminata di persone. Un bene di alto rango, che nel caso di specie ha subito un'offesa grave: il limite di velocità era fissato in 50 Km/h ed è stato ecceduto in misura relevantissima (l'automobilista viaggiava a 106 Km/h!). Un grave pericolo, dunque, per il bene incolumità pubblica: il tentativo di scusare (o di giustificare) il fatto in esame naufraga in definitiva, questa volta, sullo scoglio del requisito della *proporzione*.»

<sup>207</sup> Mi riferisco alla nota pronuncia pretoria Pret. Torino, 16 gennaio 1981, imp. Gavotto, in *Foro it.*, 1981, II, p. 317 ss.

che, rifiutando (per motivazioni religiose) di assumere la funzione di giudice popolare a seguito di estrazione a sorte, fu imputata del reato ex. art. 366 c.p. (rifiuto di uffici legalmente dovuti).<sup>208</sup>

La vicenda risulta particolarmente interessante per le problematiche di cui si sta discorrendo in quanto il legislatore non ha previsto espressamente che, in tema di amministrazione della giustizia, possa invocarsi il diritto all'obiezione di coscienza: si tratta proprio di quelle fattispecie di "vuoto legislativo" delle quali il giudice si interroga se poter colmare. Nella normativa di riferimento (Art. 25, l. 287 del 10 aprile 1951 sul riordinamento dei giudizi di assise), è data possibilità al presidente della Corte d'Assise di poter accordare una sorta di dispensa per i giudici popolari in caso di "legittimo impedimento": il tentativo del pretore fu all'epoca proprio quello di verificare la possibilità di inglobare l'obiezione di coscienza all'interno di questa clausola generale, in modo tale da poterne invocare tutela a prescindere da uno specifico riconoscimento legislativo.

---

<sup>208</sup> Art. 366 c.p. «Chiunque, nominato dall'Autorità giudiziaria perito, interprete, ovvero custode di cose sottoposte a sequestro dal giudice penale, ottiene con mezzi fraudolenti l'esenzione dall'obbligo di comparire o di prestare il suo ufficio, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da euro 30 a euro 516. Le stesse pene si applicano a chi, chiamato dinanzi all'Autorità giudiziaria per adempiere ad alcuna delle predette funzioni, rifiuta di dare le proprie generalità, ovvero di prestare il giuramento richiesto, ovvero di assumere o di adempiere le funzioni medesime. Le disposizioni precedenti si applicano alla persona chiamata a deporre come testimonia dinanzi all'Autorità giudiziaria e ad ogni altra persona chiamata ad esercitare una funzione giudiziaria. Se il colpevole è un perito o un interprete, la condanna importa l'interdizione dalla professione o dall'arte.»

L'assoluzione dell'imputata (tra l'altro qualificata nella pronuncia come "ministro di culto") avvenne proprio attraverso un minuzioso *iter* logico che portò a qualificare il sollevare obiezione di coscienza ( con conseguente rifiuto dell'ufficio di giudice popolare) come l'esercizio di un diritto ex. art. 51 c.p.

Va da sé che il preliminare accertamento fu quello di appurare la sincerità dell'obiezione dell'imputata in modo tale da scongiurare l'ipotesi di una mera scusante per sottrarsi agli obblighi di legge. Seguì un accurato bilanciamento delle norme costituzionali sul tema ed in particolare: l'art. 19 Cost. (essendo il diniego dell'imputata motivato da ragioni religiose); il limite posto a tale libertà secondo quanto previsto dall'art. 54 Cost. (il dovere di fedeltà alla Repubblica) ed infine l'art. 102 Cost. il quale, nel terzo comma, apre degli spiragli alla chiusura derivante dovere di fedeltà affidando al legislatore l'arduo compito di regolare "i casi e le forme" della partecipazione dei cittadini all'amministrazione della giustizia. Nonostante l'obiezione di coscienza non sia contemplata nei "casi" e nelle "forme" previste dal legislatore, il pretore ritenne però che quel "legittimo impedimento" prima citato, potesse senza dubbio ricomprendere non soltanto impedimenti fisici, ma anche quelli derivanti da motivazioni meramente interiori vale a dire religiose e di coscienza. Anzi, al contrario dell'impostazione maggioritaria che vedeva (e vede) una netta chiusura rispetto agli uffici pubblici, fu proprio la qualifica delle funzioni giudiziarie popolari che – richiedendo imparzialità ed essendo una prestazione infungibile – si ritenne bisognosa di invocare questi

specifici impedimenti del “foro interiore” in prospettiva di vantaggio per la collettività, giammai di danno.

Non mancarono critiche a tale pronuncia, addirittura sostenendo di «aver prodotto l'effetto aberrante di legittimare il comportamento omissivo della testimone di Geova nell'ottica speciosa del riconoscimento per essa di uno specifico diritto all'obiezione di coscienza» e di aver «aperto un varco attraverso cui, se l'esempio dovesse essere seguito, il rifiuto di pubbliche funzioni obbligatorie potrebbe proliferare non potendosi escludere l'esistenza di un qualche passo di sacre scritture su cui fondare un rifiuto dell'ufficio di testimone, o , magari, un'obiezione al pagamento dei tributi verso lo Stato».<sup>209</sup> Suddette critiche, più che l'assoluzione, contestarono l'utilizzo della scriminante ex. art. 51 cp., ritenendo più coerente il mero impiego dei casi di non punibilità ex. art. 384 c.p.<sup>210</sup> già in passato adoperati<sup>211</sup>: operazione tra l'altro non dissimile da quella effettuata dal

---

<sup>209</sup> V. nota a sentenza di E. GIRONI, in *Foro it.*, 1981, II, p. 320 ss.

<sup>210</sup> Secondo cui: «Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371bis, 371ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore. Nei casi previsti dagli articoli 371bis, 371ter, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone, perito, consulente tecnico o interprete ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione.»

<sup>211</sup> Nel caso del sollevamento di obiezione di coscienza del giuramento da parte di un ateo (Pret. Milano, 28 maggio 1971) ed anche di un evangelista (Trib. Roma, 7 aprile 1975 in *Giur. it.*, 1977, II, 352). La giurisprudenza, in queste vicende, si è

pretore nel caso di specie in quanto in entrambi i casi venne comunque offerta al potere giurisdizionale la possibilità di introdurre con delle sentenze dei casi di obiezione di coscienza non espressamente previste dal legislatore riconducendo gli stessi nelle clausole generali presenti nel nostro ordinamento volte ad escludere l'antigiuridicità del fatto o la punibilità dell'autore.

Resta comunque difficile «trincerarsi oltre lo scudo della scriminante dell'esercizio di un diritto» soprattutto quando altri diritti costituzionali (prevalenti ma anche equiparati) risultano danneggiati dall'obiettori in maniera irrimediabile: «l'art. 51 c.p. si ritiene infatti applicabile allorché sia già accertato che il diritto di costui che lo rivendica debba prevalere sugli altri interessi con esso confliggenti. Ma non è proprio questa, di norma, la situazione in cui versa l'obiettore, il quale agisce (appunto) contro un giudizio legislativo di prevalenza che avversa».<sup>212</sup>

Nonostante l'esiguità dei casi in cui vi sia stato in toto un riconoscimento giurisprudenziale dell'obiezione di coscienza, non può non tenersi conto però che il giudice di legittimità<sup>213</sup> – il più delle volte

---

pronunciata con sentenze di carattere assolutorio, non fondate sull'applicazione dell'art. 51 c. p., bensì sulla speciale causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c. p., il cui la necessità di salvamento da un "grave ed inevitabile nocumento nella libertà" è stato ritenuto comprensivo anche del riferimento alla libertà religiosa o di coscienza.

<sup>212</sup> F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto.*, cit., p. 405.

<sup>213</sup> Mi riferisco ancora al "giustificato motivo" di cui Cass. Pen., sez. III, n.10 del 10 ottobre 1988 e Cass. Pen., sez. IV, n. 4273 del 01 marzo 2000 così come *supra* in nota; ma anche ai casi in cui l'obiezione di coscienza è stata ricondotta – almeno in teoria – alla tutela della "personalità morale" del lavoratore a cui poter dare prevalenza – e dunque riconoscimento in via giurisprudenziale anche in

– non si è mostrato dissenziente sul tema, lasciando spesso la porta socchiusa a questi tentativi e ribadendo che , in via teorica, non vi è alcun impedimento volto ad escludere che le ragioni di coscienza non possano essere ricondotte nell’interpretazione delle clausole generali del nostro ordinamento, a seguito dell’accertamento di un sincero nesso eziologico tra l’obiezione sollevata ed il convincimento interiore del singolo.

Tuttavia, stante l’indefinitezza del contenuto della coscienza del singolo – che può manifestarsi sotto forma di obiezione e valutabile caso per caso – ma allo stesso tempo, la palese differenza che intercorre tra il “delinquente comune” ed il “delinquente per motivi di coscienza”<sup>214</sup>, risulta doveroso a questo punto individuare alcuni punti fermi attraverso i quali poter effettuare quel bilanciamento tra libertà di coscienza e controinteressi tutelati dalla norma incriminatrice e scriminare il comportamento del soggetto attivo.<sup>215</sup>

Il primo punto può essere individuato nella limitazione dei (rari) casi di obiezione di coscienza come scriminante ai cd. comportamenti

---

assenza di *interpositio legislatoris* – solo in presenza di precisi criteri che possano soddisfare le richieste della coscienza del singolo senza gravi pregiudizi per il datore di lavoro privato (cfr. Trib. Milano, 12 gennaio 1983).

<sup>214</sup> Differenza «talmente evidente che il rifiuto di prenderne atto potrebbe provenire solo dal pregiudizio e dalla cattiva volontà» H. ARENDT, *Civil Disobedience*, in *Crises of the Republic*, New York, 1972, trad. it. *La disobbedienza civile*, Milano, 1985, p.58.

<sup>215</sup> Si riprendono a tal proposito le riflessioni contenute in E. LA ROSA, “Uso” ed “abuso” del simbolo religioso: profili di responsabilità penale, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiede.it](http://www.statoechiede.it)), febbraio 2008, p. 35 ss.

omissivi: ciò vuol dire che tale applicazione sia da escludere quando l'agente pone in essere una condotta attiva, potendosi invocare nei soli casi in cui il soggetto ometta la condotta dovuta sottraendosi da un obbligo ordinamentale in contrasto con la propria coscienza.<sup>216</sup>

Il secondo punto chiave invece, può essere quello della “facile sostituibilità” della prestazione imposta (ed omessa): ciò porterebbe a quell'accomodamento degli interessi secondo cui, se l'ordinamento è in grado di raggiungere gli stessi obiettivi e le stesse finalità istituzionali in altri modi (senza intaccare la libertà del singolo) è opportuno (o forse doveroso) che lo faccia.<sup>217</sup>

Altre variabili da tenere in considerazioni, restano quelle del contenuto e dei destinatari della prestazione richiesta. Invero, quando si tratta di prestazioni personali e penalmente sanzionate incombenti sulla generalità dei consociati<sup>218</sup> sarà indubbiamente più semplice riconoscere l'efficacia scriminante; cosa ben diversa quando la norma penale presidi doveri che sono imposti solo a determinati soggetti (ad esempio titolari di funzioni pubbliche). In questi casi, seppur non vi sia

---

<sup>216</sup> La non estensione ai casi di comportamenti “commissivi” attenua così anche la paura di destabilizzazione dell'ordinamento, limitandone le ipotesi. Così in F. ONIDA, *Contributo ad un inquadramento giuridico*, cit., p. 227.

<sup>217</sup> Mi riferisco a quell'accomodamento avvenuto nei casi descritti *supra* (nota n. 211) in cui il tradizionale giuramento fu sostituito dalla cd. dichiarazione morale a dire la verità, non arrecando alcun pregiudizio all'amministrazione della giustizia e tutelando contemporaneamente la coscienza del singolo.

<sup>218</sup> Rientrano in queste ipotesi il rifiuto di prestazione del servizio militare, il rifiuto dell'ufficio di giudice popolare ed anche la cd. obiezione fiscale (seppur relativamente al solo finanziamento di alcune spese senza incidere sulla contribuzione generale).

– come già detto – un’incompatibilità ontologica<sup>219</sup>, né una totale chiusura dell’efficacia scriminante dell’obiezione di coscienza delle pubbliche funzioni, gli interessi in gioco risultano sicuramente più bisognosi di un intervento del legislatore<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> Anche se una parte della dottrina sottolinea al contrario, l’inconciliabilità ontologica fra titolarità di una pubblica funzione e diritto all’obiezione di coscienza come causa di giustificazione. «Tale orientamento si fonda sulla convinzione che chi svolga una funzione pubblica non possa pretendere di godere della medesima libertà di esteriorizzare il proprio pensiero che, invero, dovrebbe essere garantita al cittadino comune contro il detentore del potere. Diversamente opinando, coloro che esercitano funzioni pubbliche o comunque servizi di utilità generale sacrificerebbero le suddette funzioni e i fondamentali interessi pubblici ai propri convincimenti interiori, venendo meno al dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) che rappresenta proprio uno dei limiti generali all’operatività dell’istituto dell’obiezione di coscienza. In questa prospettiva, è escluso che la tutela della coscienza individuale delle persone legate da doveri di ruolo possa risolversi in un danno nei confronti di terzi.» Così in V. ABU AWWAD, *L’obiezione di coscienza nell’attività sanitaria*, in *Riv. It. Medicina Legale*, II, 2012, p. 403.

<sup>220</sup> Adottando una nozione estensiva del concetto di libertà religiosa risulta effettivamente plausibile «considerare scriminanti ex art. 51, quali forme di esercizio della libertà di religione condotte di tenue lesività, quali il rifiuto di assumere, per motivi religiosi, l’ufficio di giudice popolare (condotta penalmente rilevante ex. art. 366), stante la possibilità di sostituire agevolmente, senza alcun apprezzabile pregiudizio per l’amministrazione della giustizia, il giudice designato che ricusi l’ufficio. Resta, invece, preclusa ogni possibilità di riconoscere rilievo scriminante alla libertà religiosa – estensivamente intesa – allorché il suo esercizio venga a collidere con controinteressi prevalenti nella gerarchia di valori dettata dalla Costituzione: come avviene quando sia in gioco addirittura la vita di un minore soggetto alla potestà di chi, per motivi religiosi, rifiuti di sottoporlo a trattamenti emotrasfusionali necessari per garantirne la sopravvivenza.» *Sub art. 51*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 554.

## **5.2. ...o almeno sul *quantum*. Esperimenti di riconducibilità delle scelte di coscienza ai criteri di commisurazione ed attenuazione della pena.**

Stante la difficoltà di un riconoscimento giurisprudenziale dell'esercizio dell'obiezione di coscienza attraverso l'attribuzione di efficacia esimente alle motivazioni di coscienza (e dunque incidendo sull'*an* della pena), resta da capire se sia possibile il conferimento di funzione quantomeno attenuante della responsabilità penale (vale a dire che incida positivamente almeno sul *quantum* della pena).

Anche se spesso l'esercizio dell'obiezione di coscienza non comporta l'esclusione della rilevanza penale delle condotte omissive del singolo, non è detto che l'ordinamento debba restare indifferente alle cd. scelte di coscienza potendo ben traslare la problematica sul piano della commisurazione della sanzione. Infatti, oltre agli strumenti generali per la quantificazione della pena offerti dall'art. 133 c.p.<sup>221</sup> e

---

<sup>221</sup> Secondo cui: «Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.» Sul tema, rispetto all'art. 133 c.p. è stata analizzata soprattutto la cd. capacità a delinquere del reo. Seppur in riferimento ai c.d. "reati culturalmente motivati", è possibile estendere anche all'obiezione di coscienza la considerazione fatta da una parte della dottrina secondo cui il suddetto parametro

alle cd. attenuanti generiche, esiste una disposizione che, potrebbe essere utilizzata per le obiezioni di coscienza, vale a dire quella prevista ex. art. 62, n.1, c.p.<sup>222</sup>, la circostanza attenuante dell'aver agito "per motivi di particolare valore morale e sociale"<sup>223</sup> in cui ci si chiede l'opportunità di ricompenderci la coscienza del singolo.

Tale attenuante può – grazie al suo tenore generico – essere in grado di donare all'ordinamento un'apertura verso le differenti, nuove e

---

potrebbe comportare addirittura un aumento della pena in quanto le motivazioni di coscienza, se sinceramente prospettate, si configurerebbero come durature nel tempo e, quindi, come fonte di altri possibili delitti. Sul punto C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, p. 229.

<sup>222</sup> Si riporta per completezza espositiva l'intera disposizione ex. art. 62 c.p. «Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; 2) l'aver agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui; 3) l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza; 4) l'aver nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire o l'aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità; 5) l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa; 6) l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.»

<sup>223</sup> Intesi come quei motivi apprezzabili sotto il profilo etico o sociale, ad esclusione dei casi in cui sia presente la causa d'onore, la ritorsione, la vendetta la necessità di sopperire ai bisogni familiari, il movente della gelosia, il motivo politico con finalità eversive o terroristiche.

dirompenti esigenze della società; tuttavia la giurisprudenza è stata da sempre molto restrittiva nel suo utilizzo, limitandosi ai casi in cui le motivazioni rispecchiassero un'etica sociale condivisa, basata sul consenso e (conseguentemente) conservatrice in cui vi fosse un'incondizionata approvazione ed un "generale apprezzamento nel comune sentire"<sup>224</sup> che riuscisse a sminuire l'anti-socialità dell'azione criminale.

L'evoluzione sociale, frutto di migrazioni e globalizzazione, dalle coloriture multietniche e multiculturali, ha portato la dottrina a sottolineare più volte l'inadeguatezza di una lettura così restrittiva<sup>225</sup> la

---

<sup>224</sup> Infatti «l'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p. (l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale) non può essere riconosciuta se non quando il fatto criminoso risulti motivato da pulsioni suscettibili di riscuotere, per la loro valenza morale o sociale, incondizionato e generale apprezzamento nel comune sentire; il che non può dirsi quando ci si trovi in presenza di fatti criminosi che, seppure propagandisticamente presentati come momenti di "lotta" per la realizzazione di un miglior assetto sociale, in realtà ad altro non siano finalizzati se non al conseguimento dell'obiettivo, puramente "politico" (e, pertanto, per sua stessa natura, non certo universalmente esistente per sostituirlo con un altro, più rispondente alle personali visioni ideologiche dell'agente).» (cfr. Cass. Pen., sez. I, 10 maggio 1993, n.11344).

<sup>225</sup> Suggestive le riflessioni presenti in E. LA ROSA, *"Uso" ed "abuso"*, cit., p. 44 ss. «Il comportamento del marito che stacca la macchina che tiene in vita artificialmente la moglie che versa in uno stato vegetativo permanente costituisce pur sempre – in base alla normativa oggi vigente – un fatto tipico di omicidio volontario punibile ex art. 575 c.p. Lo stesso vale per la condotta di chi uccide con pugni e calci l'automobilista reo solo di avergli graffiato l'auto in sosta. Eppure è evidente come il giudizio di rimproverabilità che è possibile formulare nei confronti di questi soggetti non può essere identico. La previsione dell'art. 62 n. 1 c.p. – come pure quella, per molti versi speculare, dell'art. 61 n. 1 – fornisce proprio uno strumento di diritto positivo che – unitamente alla previsione dell'art. 133 c. p. – consente di graduare il giudizio di colpevolezza secondo i dettami della concezione

quale, pur non approdando nella pretesa di una valutazione del “particolare valore morale e sociale” esclusivamente nella prospettiva del soggetto agente, ha riconosciuto l’attenuante “in ogni movente radicato in una concezione della vita e della società che abbia, di per sé, diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento”<sup>226</sup>.

Per comprenderci meglio: una formula così vaga risulta di fatto difficilmente invocabile in una società pluralistica come la nostra, soprattutto per la difficoltà di rintracciare una morale comune e dei valori generalizzati; la quasi impossibilità di invocare tali ragioni etiche per ridurre il disvalore penale di una condotta, fa sì che si rischi un’*interpretatio abrogans* dell’attenuante stessa. Onde evitare un’abrogazione tacita della disposizione è auspicabile una sua interpretazione non rispetto alle “valutazioni etico sociali” (appunto, difficilmente rintracciabili) comuni a tutti i consociati bensì alla luce dei valori Costituzionali; per tale ragione, la motivazione potrà avere

---

normativa della stessa. In particolare, la “valutazione positiva si riferisce ai motivi di per sé considerati, lasciando tra parentesi il fatto”. La sostanziale disapplicazione di tale disposizione finisce, per converso, con l’eliminare “una fondamentale valvola di apertura del nostro sistema alla viva e reale sensibilità della comunità”. (...) Una siffatta soluzione sarebbe più di altre in sintonia con i principi del pluralismo che ispirano il nostro Stato democratico. Una lettura dell’art. 62 n. 1 che accordasse rilevanza attenuante solo a motivazioni che sono di particolare valore morale e sociale esclusivamente alla luce di un modello ideologico o culturale ritenuto prevalente finirebbe con l’assumere una coloritura estremamente intollerante, e per ciò stesso incostituzionale. Senza considerare come essa si traduca di fatto in una vera e propria *interpretatio abrogans*, “per il semplice fatto che non esistono valori unanimemente condivisi.»

<sup>226</sup> T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 221.

un meritevole senso etico solo se conforme ai valori contenuti nel testo costituzionale<sup>227</sup>.

Sembra questa l'unica soluzione idonea per concedere rilievo attenuante all'obiezione di coscienza: vale a dire ogni qualvolta il diniego opposto dal singolo sia "costituzionalmente orientato" cioè ispirato ai beni tutelati nella nostra Legge fondamentale e tale da condurre al compimento di azioni costituzionalmente apprezzabili.

---

<sup>227</sup> Cfr. A. VALLINI, *Circostanza del reato*, in G. DE FRANCESCO, *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 47 ss.

**PARTE SECONDA**  
**LIBERTA' RELIGIOSA E OBIEZIONE DI COSCIENZA**  
**NELLA REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA DELLE**  
**DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO (D.A.T.)**

## CAPITOLO IV

### LA LEGGE N.219 DEL 22 DICEMBRE 2017 («NORME IN MATERIA DI CONSENSO INFORMATO E DI DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO»)

**Sommario:** **1.** Il fattore religioso e l'espansione degli ambiti cd. eticamente sensibili. – **2.** Il percorso e i contenuti della legge 219/2017. - **2.1.** Le conferme di un orientamento già consolidato (in via giurisprudenziale e per prassi medica). - **2.2.** Le novità: sulle disposizioni anticipate di trattamento (cd. D.A.T.) - **3.** D.A.T. e libertà religiosa. - **4.** La mancata previsione del diritto alla obiezione di coscienza (*rinvio*).

## **1. Il fattore religioso e l'espansione degli ambiti cd. eticamente sensibili.**

I temi cd. eticamente sensibili costituiscono un settore di attuale interesse per gli studiosi del diritto ecclesiastico. Si tratta di ambiti in cui non vi è un'immediata incidenza sulla disciplina giuridica del fenomeno religioso ma per i quali tuttavia è necessario un delicato bilanciamento tra politica e religione nonché tra diritto e morale in un'ottica di corretta laicità delle istituzioni pubbliche.<sup>228</sup>

Se la maggiore difficoltà incombe in capo al legislatore nazionale – vale a dire quella di dover adeguatamente bilanciare le istanze di modernizzazione col peso delle tradizioni religiose radicate non favorendo un solo punto di vista bensì la convivenza di più opzioni etiche – non può nascondersi al contempo il medesimo arduo compito affidato al giurista: ricercare (ed ottenere) il giusto coordinamento tra morale e diritto<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> Si rinvia alle suggestive riflessioni contenute in G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 245 a proposito del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali nel noto caso *Oliari e altri c. Italia*.

<sup>229</sup> Sul punto cfr. C. CARDIA, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, Islam*, Edizioni paoline, Roma, 2007, p. 109 ss. in cui si segnala la presenza di uno dei processi in atto in alcuni ordinamenti giuridici odierni volto a neutralizzare la legge da qualsivoglia riferimento etico. Infatti «(...) mentre l'ordine giuridico registra questa *sovraabbondanza* etica che sta trasformando il diritto, si manifesta in Occidente una tendenza a fare il percorso inverso, a creare un corto circuito tra etica e diritto. Per questo orientamento il diritto non ha nulla a che vedere con la dimensione morale, e ciascuno è libero di agire come meglio crede anche perché non esiste una verità etica che possa imporsi sulle altre.»

È chiaro che tale compito risulterà «essere tanto più agevole, quanto più le etiche generali e/o settoriali attive nel sociale tendano, già di per sé, a convergere, ossia là dove sia dato riscontrare un'etica sociale condivisa. Sennonché, le difficoltà odierne radicherebbero proprio nel fatto che in seno alle comunità evolute emerge, e vieppiù si accentua, il fenomeno della concorrenza di culture e di etiche spesso caratterizzate da un alto tasso di differenziazione e di conflittualità.»<sup>230</sup>

Il discorso si complica ancora di più nel tentativo di delimitare tale ambito di conflittualità, cercando a tutti i costi di voler dare un'ideale definizione di cultura<sup>231</sup> (in quanto tale tutelabile) e di imporre i dovuti

---

<sup>230</sup> Così in S. BERLINGÒ, *Bioetica, biodiritto e il contributo scientificamente legittimato, en juriste, dell'ecclesiasticista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2015.

<sup>231</sup> «Per alcuni versi, così intesa, la “cultura” appare come una sorta di meta-concetto o, piuttosto, un concetto costitutivamente incompleto, una sorta di metafora assoluta, condizione di pensabilità di quel che le persone fanno e pensano. E ciò alla stessa stregua dei meta-concetti espressi dalle parole cosmo, mondo, universo, autonomia, libertà ecc., che si presentano indefinibili in modo estensivo, nel senso che il loro nucleo di senso è costantemente transitante attraverso estensioni sempre nuove, non contingentabili una volta per tutte. Ciò che rende fondamentale rilevante il fattore culturale all'interno del discorso giuridico e ai fini del funzionamento della macchina normativa, della stessa coerenza tra i suoi presupposti di legittimazione e i suoi effetti, è insomma la distanza tra i sistemi segnici implicati nei saperi culturali degli attori sociali. Il prospettarsi di quella distanza, il suo emergere nel flusso delle relazioni intersoggettive e nelle prassi ermeneutiche insite in esse, rende inevitabile la sua presa in considerazione. Ma si tratta, appunto, di un'emergenza dinamica, determinata dal contesto, dai fini, dall'atteggiamento degli attori in gioco. Per questo motivo che la distanza culturale può acquisire forma anche all'interno di circuiti etnici, territoriali, religiosi, presuntivamente omogenei, così come può nutrirsi di essi, essere alimentata nei e dai confronti tra universi di discorso culturalmente differenti mediante i loro bacini segnici, producendo una retroazione complessiva, olistica, anche a loro carico.» M.

“paletti”<sup>232</sup> ritenuti necessari in un contesto – quale quello odierno – in cui il pluralismo religioso e culturale la fa da padrone, abbassando sempre di più le pretese di un’ideologia monolitica e rendendo sempre più ardua una “sintesi ordinata del molteplice”<sup>233</sup>.

---

RICCA, *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel mondo del diritto*, in *E/C rivista dell’Associazione Italiana di studi semiotici*, 21 maggio 2013, p. 3.

Si veda altresì, del medesimo A., più ampiamente ID, *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; ID., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari 2008; ID., *Riace, il futuro è presente. Naturalizzare il «globale» tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Dedalo, Bari, 2010; ID., *Polifemo. La cecità dello straniero*, Torri del Vento, Palermo, 2011; ID., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012; ID., *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

<sup>232</sup> Espressione che evoca ancora le parole di M. RICCA, *Il tradimento delle immagini*, cit., pp. 19-20, in cui l’A. sostiene: «Quante volte si sente dire, a proposito dei confronti con l’Alterità culturale, che bisognerà pure mettere dei paletti. Sembra quasi un locus mediatico, un’espressione slogan, che si autolegittima e, non appena chiamata in causa, è in grado di legittimare qualsiasi presa di posizione o stato di negazione dell’Alterità. Eppure, i paletti possono diventare sia elementi del paesaggio sia terrificanti steccati, trincee, supporti per reticolati di filo-spinato. Forse – vorrei proporre – la metafora preferibile per esplicitare il nocciolo la transazione interculturale è quella del paletto come elemento costitutivo del paesaggio, che non distingue e delimita solo su uno sfondo omogeneo, quasi per aprioristica deliberazione stipulativa, ma invece ritma il significato di quel che avviene, delle modellazioni e trasformazioni generate dall’uso della terra, dal gesto di vivere lo spazio. (...) La qualità delle delimitazioni, così come la loro significatività, il loro forgiare il e il loro integrarsi con il paesaggio, dipenderanno dalla circostanza (eventuale) che i paletti non siano stati posti secondo una logica solo lottizzante, esito appunto di una lotta quantitativa per lo spazio, ma invece edificante l’umano e l’ambiente nel quale ci si rispecchia e che s’incorpora per costruire e progettare il senso del proprio esistere.»

<sup>233</sup> V. SCALISI, *Presentazione*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. XXII.

Nel contesto “bioetico” un criterio di legittimazione non eludibile appare proprio il principio di laicità che, se da un lato sembra presupporre un’ autonomia del diritto dalla morale, dall’altro porterebbe a qualificare la stessa autonomia più che in termini di opposizione tra i due estremi, in termini di possibilità (o forse necessità) di trovare tra gli stessi una relazione. Nel distinguere diritto e morale e – al contempo – nel tentativo di relazionarli, resta da capirne (e riempirne) il contenuto anche perché spesso accade che si versi nel «non detto costituzionale – ma non volutamente, bensì in quanto non dicibile, non immaginabile dall’assemblea costituente – sì che le differenze culturali e religiose, che si registrano a proposito, si manifestano in maniera ancor più vistosa e divaricata.»<sup>234</sup>

All’interno di un così instabile e delicato scenario ( quale quello della bioetica), il ruolo del giurista – ecclesiasticista risulta forse il più fruttuoso, senza alcun rischio di introdurre influenze confessionali bensì sfruttando quel peculiare bagaglio culturale derivante dalla peculiarità giuridica della disciplina stessa ( quella del diritto ecclesiastico) che da sempre si è confrontata con il “confine del non – diritto”<sup>235</sup> e di quell’arguta sensibilità nel relazionare diritto e religioni.

---

<sup>234</sup> N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 274 così come riportate nel contributo di C. ELEFANTE, *Libertà religiosa, libertà dalla religione, questioni di inizio vita: i casi Costa e Pavan e Parrillo*, in G. D’ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 265 ss.

<sup>235</sup> (...) «al confine del multiforme mondo del non-diritto, o, per dir meglio e con più precisione”, degli “ordini regolativi dei comportamenti umani non riducibili al sistema del diritto proprio della (o immanente nella) comunità della polis”. In fondo,

Sarà necessario dunque che l'ecclesiasticista affronti – come accade di consueto – i problemi pratici delle opzioni etico – religiose alle prese in un contesto (prevalentemente politico) in cui spesso l'unico *escamotage* in grado di risolvere (?) il gap tra singolo e società appare quello di una voluta e consapevole lacuna legislativa.<sup>236</sup> Si tratta di vuoti necessariamente da colmare e che potrebbero rintracciare proprio nell'obiezione di coscienza quel ponte in grado di ricongiungere religione e moralità. Questo non soltanto per la sua funzione (ad ogni modo fondamentale) di preservare la coscienza individuale ma anche per la sua innata capacità di supportare valori e principi etici che possono trovare accoglienza nell'ordinamento e nella società con l'eventualità di poter far giungere improvvisi cambi di rotta rispetto all'odierna “deriva individualistica”<sup>237</sup>.

---

il *sapere ecclesiasticista*, quasi a dispetto del nome, contribuisce ad alimentare e sorreggere la convinzione che non è possibile ammettere alcuna pretesa d'assoluto avanzata dallo o nello spazio politico d'evidenza pubblica o comune; mentre, per converso, è legittimo, anzi necessario, impegnarsi a instaurare, su basi paritarie e di reciproco riconoscimento e rispetto, un dialogo con tutte le istanze in esso presenti, ‘etsi diabolus non daretur’.» S. BERLINGÒ, «*Passata è la tempesta*»? Il «*diritto ecclesiastico*» dopo la riforma universitaria: riflessioni *ex post factum*, in G.B. VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto*, cit., p. 92.

<sup>236</sup> Anche perché « (...) siamo di fronte ad una sorta di caleidoscopio nel quale si mischiano conflitti classici e nuovi, esigenze importanti e profili minori di una contrapposizione tra coscienza individuale e ordinamento giuridico.» C. CARDIA, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), maggio 2009.

<sup>237</sup> Mi riferisco all'inarrestabile avanzare di quella parte della dottrina che difende e privilegia l'autonomia e l'irriducibilità dei valori rappresentati dall'individuo, prima ancora di quelli della comunità di cui lo stesso individuo fa parte.

Un' espressione molto utilizzata e divulgata da parte dei mass-media è quella dei temi cd. "eticamente sensibili": si tratta – come intuibile – di una serie di problematiche riconducibili all'ambito della sfera privata dei singoli (e delle loro relazioni intersoggettive) ed ascrivibili (prevalentemente ma non solo) ai temi della famiglia, della sessualità e della vita. Vaste aree tematiche in cui – soprattutto in Italia – la presenza di una corposa matrice cattolica rende lo "scontro" col mondo dei laici particolarmente acceso ponendo il legislatore in una situazione di evidente imbarazzo e rendendo particolarmente difficile l'adozione di una linea politica netta, coerente e condivisa.

Il progredire della scienza ha fatto sì che il raggio d'azione della stessa si estendesse anche verso settori che – in passato – risultavano di "estrazione" prettamente umana: infatti gli scienziati non impegnano più le loro energie nel solo dedicarsi alla malattia o alla ricerca di cure ma si spingono anche "oltre"<sup>238</sup>, verso temi come quelli della vita e della morte<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> « (...) le trasformazioni che si stanno determinando a livello scientifico, sanitario, e nei rapporti familiari, hanno una dimensione epocale, o perché seguono a possibilità scientifiche e tecnologiche prima inesistenti, o perché mettono in discussione equilibri psicologici e culturali che affondano le radici nella più lontana storia dell'uomo.» C. CARDIA, *Tra il diritto e la morale.*, cit., p. 24.

<sup>239</sup> Aprendo un conflitto incolmabile tra quei valori ritenuti da alcuni indissolubili e le sempre più emergenti esigenze nell'ambito di una concezione individualistica della vita e delle relazioni tra esseri umani.

Si pensi all'ampio dibattito sulla somministrazione della pillola abortiva Ru486<sup>240</sup> e della cd. pillola del giorno dopo<sup>241</sup>; ma anche alla sterilizzazione volontaria<sup>242</sup>, fino ad arrivare al riconoscimento delle unioni omosessuali, alla procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40) ed infine – come si vedrà più dettagliatamente nel prosieguo – le questioni inerenti al fine vita.

Di sovente tali questioni non rimangono circoscritte ai soli confini nazionali, arrivando al vaglio di giudici sovranazionali: molte delle censure mosse a Strasburgo sono state rivolte (nella sostanza) ai titolari del potere politico (Governo e Parlamento) dando una spinta verso la creazione di legislazioni nazionali d'urgenza ad esse dedicate<sup>243</sup> spesso – per fretta o forse per scelta – lacunose<sup>244</sup>.

---

<sup>240</sup> La pillola abortiva, conosciuta anche come RU486, è un tipo di aborto farmacologico al quale si ricorre per interruzione di gravidanza precoce. Fu immessa nel mercato e negli ospedali pubblici nel 2009 con conseguente rifiuto da parte dei medici e dei farmacisti obiettori di prescriberla o venderla.

<sup>241</sup> Intesa come contraccettivo “di emergenza” a seguito di rapporti sessuali non protetti.

<sup>242</sup> Volta – sia nell'uomo che nella donna – a sopprimere la capacità di procreare.

<sup>243</sup> Mi riferisco nuovamente al caso *Oliari e altri c. Italia* deciso dalla Corte EDU il 21 luglio 2015 (ricorsi n. 18766/11 e n.36030/11), a seguito del precedente monito proveniente dalla Corte Costituzionale italiana nei confronti del legislatore ( sent. 138 del 15 aprile 2010) in seguito delle cui pronunce è intervenuta – in evidente ritardo rispetto ad altri Stati europei – la legge n. 76 del 20 maggio 2016 ( cd. Cirinnà) in tema di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

<sup>244</sup> La questione più accesa è proprio quella di un'assenza di menzione esplicita di diritto all'obiezione di coscienza del sindaco all'interno della legge n.76 del 2016. Tale assenza - in primis stata giustificata dal limitato grado di partecipazione del pubblico funzionario all'atto che ripugna alla sua coscienza in cui gli sarebbe richiesta una mera certificazione di volontà altrui, senza personale convincimento -

Interessante notare sul punto una sorta di (non) valutazione del margine di apprezzamento statale scaturente proprio dalla natura della questione stessa (appunto di matrice morale ed etica, espressione della cd. vita privata e familiare ex. art. 8 Cedu<sup>245</sup>) la quale, involgendo aspetti esistenziali del singolo, riduce drasticamente qualsivoglia discrezionalità statale.

Margine di apprezzamento per alcuni versi “azzerato” anche nei casi dinanzi alla Corte EDU aventi ad oggetto la p.m.a. (procreazione medicalmente assistita) circa la cd. diagnosi genetica preimpianto<sup>246</sup>,

---

è stata giustificata in merito proprio alla base Costituzionale della legge che riconosce le unioni civili come una “formazione sociale”, distinta dal matrimonio ma pur sempre garantita dagli artt. 2 e 3 Cost. A tal proposito, per sgombrare la tematica da ogni dubbio interpretativo, è intervenuto il Consiglio Di Stato con un suo parere ( Consiglio Di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 15 luglio 2016, Num. 01695/2016, in data 21.07.2016 ) al quale si rinvia per le motivazioni secondo le quali un “problema di coscienza” non si porrebbe in quanto gli adempimenti sono «a carico dell’ “ufficiale di stato civile”, e cioè di un pubblico ufficiale, che ben può essere diverso dalla persona del sindaco.»

<sup>245</sup> Art. 8 Cedu rubricato come “Diritto al rispetto della vita privata e familiare” in quale recita che: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

<sup>246</sup> Con l’evolversi delle tecniche di fertilizzazione in vitro (IVF) la Diagnosi Genetica Preimpianto (PGD) consiste in una nuova metodologia volta ad identificare, prima dell’impianto in utero, la presenza di malattie genetiche nell’embrione generato in vitro da coppie ad elevato rischio riproduttivo. Si rinvia a tal proposito al caso *Costa e Pavan c. Italia* (sentenza del 28 agosto 2012, ric. n.

ma che – al contrario – a volte ha mandato assolto lo stato italiano quando a venire coinvolti fossero settori (quali la ricerca scientifica e la donazione per la stessa di embrioni non destinati all’impianto<sup>247</sup>) in cui fosse assente uno “standard” (o meglio un consenso) europeo in merito<sup>248</sup>.

Al progresso della scienza, si accompagna dunque una vera e propria proliferazione dei diritti umani (e conseguentemente delle richieste di obiezione di coscienza religiosamente motivate) che si confondono col generico concetto di “bisogno umano” in un rapporto sempre più delicato tra legge positiva e valori<sup>249</sup>.

---

54270/10) nei cui meriti rientrano indubbiamente quelli di aver dato una spinta verso una sostanziale rilettura della legge n. 40 avvenuta ad opera della Corte Costituzionale (sentt. n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015)

<sup>247</sup> Cfr. *Caso Parrillo c. Italia* ricorso n. 46470 del 26 luglio 2011, deciso in data 27 agosto 2015.

<sup>248</sup> Ma che comunque porta ad evincere una sorta di fallimentare tentativo di integrazione sistematica della normativa italiana coi principi di fonte sovranazionale.

<sup>249</sup> «(...) una volta introdotto il concetto di diritto umano negli interstizi dell’esperienza individuale e sociale, non c’è spazio che non possa essere riempito con nuove formulazioni, siano esse specificazioni di altre già esistenti, o costituisca o delle specie inedite, prima neanche immaginabili. Non c’è limite alla proliferazione delle categorie di soggetti, o delle condizioni, e delle situazioni, sociali che possono essere riguardate sotto il profilo dei diritti umani. Dai consumatori di beni agli utenti di servizi, dai malati agli handicappati, dai cittadini in quanto fruitori dei beni ambientali agli animali in quanto esseri senzienti viventi, e via di seguito, non c’è categoria di persone, o di esseri viventi, che non possa legittimamente ambire ad avere una propria carta di diritti, più o meno fondamentali, alcuni certamente molto importanti. Altrettanto, dalla bioetica all’ecologia, dallo spazio cosmico all’ambito militare, dalla medicina al turismo, non c’è situazione o condizione sociale nella quale non ci si possa impegnare per individuare quei diritti umani necessari alla crescita del benessere per l’individuo

La bioetica resta per antonomasia il campo di confronto (e scontro) tra religione e diritto. Il fattore religioso indubbiamente si è posto il più delle volte come freno all'evolversi della sperimentazione e della scienza; tuttavia non bisogna dimenticare che la stessa religione – nel doveroso confronto con la modernità – ha dovuto mettere in discussione i propri dettami, ritrovandosi per alcuni aspetti cambiata, o quantomeno, rinnovata.<sup>250</sup>

---

o per la collettività. Però, una volta avviatisi su questa strada praticamente senza fine, si corrono dei rischi. Il primo è che la categoria stessa dei diritti umani dell'ordinamento giuridico nel suo complesso (...) Ne deriverebbe lo svilimento del concetto stesso di diritto umano, che si confonderebbe con qualunque pretesa umana legittima. Anzi, continuando nella enucleazione di infiniti, e insaziabili diritti umani, secondo circostanze e situazioni (la donna che desidera un figlio e la gestante, la madre che ha partorito e il padre sociale, l'embrione attivo e quello surgelato, il bambino appena nato e quello in via di sviluppo, ecc.) si finisce per identificare il concetto di diritto umano con quello di bisogno umano. (...) In definitiva, se ogni bisogno si trasforma in un diritto umano è inevitabile poi che si perda il senso di ogni gerarchia di valore, ed «è chiaro che l'espansione anomica del repertorio dei diritti fondamentali solleva un'incontestabile aporia: se tutto è fondamentale niente è fondamentale.» C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 180 ss.

<sup>250</sup> Si pensi allo scalpore e al clamore mediatico che ha accompagnato il (frainteso) messaggio di Papa Francesco ai partecipanti al Meeting Regionale Europeo della *World Medical Association* sulle questioni del cosiddetto “fine-vita”, organizzato in Vaticano unitamente alla Pontificia Accademia per la Vita di cui se ne riportano alcuni tratti salienti. «Il vostro incontro si concentrerà sulle domande che riguardano la fine della vita terrena. Sono domande che hanno sempre interpellato l'umanità, ma oggi assumono forme nuove per l'evoluzione delle conoscenze e degli strumenti tecnici resi disponibili dall'ingegno umano. La medicina ha infatti sviluppato una sempre maggiore capacità terapeutica, che ha permesso di sconfiggere molte malattie, di migliorare la salute e prolungare il tempo della vita. Essa ha dunque svolto un ruolo molto positivo. D'altra parte, oggi è anche possibile protrarre la vita in condizioni che in passato non si potevano

---

neanche immaginare. Gli interventi sul corpo umano diventano sempre più efficaci, ma non sempre sono risolutivi: possono sostenere funzioni biologiche divenute insufficienti, o addirittura sostituirle, ma questo non equivale a promuovere la salute. Occorre quindi un supplemento di saggezza, perché oggi è più insidiosa la tentazione di insistere con trattamenti che producono potenti effetti sul corpo, ma talora non giovano al bene integrale della persona. Il Papa Pio XII, in un memorabile discorso rivolto 60 anni fa ad anestesisti e rianimatori, affermò che non c'è obbligo di impiegare sempre tutti i mezzi terapeutici potenzialmente disponibili e che, in casi ben determinati, è lecito astenersene. È dunque moralmente lecito rinunciare all'applicazione di mezzi terapeutici, o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico e umanistico che verrà in seguito definito "proporzionalità delle cure". L'aspetto peculiare di tale criterio è che prende in considerazione «il risultato che ci si può aspettare, tenuto conto delle condizioni dell'ammalato e delle sue forze fisiche e morali». Consente quindi di giungere a una decisione che si qualifica moralmente come rinuncia all'"accanimento terapeutico". È una scelta che assume responsabilmente il limite della condizione umana mortale, nel momento in cui prende atto di non poterlo più contrastare. Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire, come specifica il Catechismo della Chiesa Cattolica. Questa differenza di prospettiva restituisce umanità all'accompagnamento del morire, senza aprire giustificazioni alla soppressione del vivere. Vediamo bene, infatti, che non attivare mezzi sproporzionati o sospenderne l'uso, equivale a evitare l'accanimento terapeutico, cioè compiere un'azione che ha un significato etico completamente diverso dall'eutanasia, che rimane sempre illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte. (...) In seno alle società democratiche, argomenti delicati come questi vanno affrontati con pacatezza: in modo serio e riflessivo, e ben disposti a trovare soluzioni – anche normative – il più possibile condivise. Da una parte, infatti, occorre tenere conto della diversità delle visioni del mondo, delle convinzioni etiche e delle appartenenze religiose, in un clima di reciproco ascolto e accoglienza. D'altra parte lo Stato non può rinunciare a tutelare tutti i soggetti coinvolti, difendendo la fondamentale uguaglianza per cui ciascuno è riconosciuto dal diritto come essere umano che vive insieme agli altri in società. Una particolare attenzione va riservata ai più deboli, che non possono far valere da soli i propri interessi. Se questo nucleo di valori essenziali alla convivenza viene meno, cade anche la possibilità di intendersi su quel riconoscimento dell'altro che è presupposto di ogni dialogo e della stessa vita associata. Anche la legislazione in

Non può negarsi che gli aspetti più intrinsecamente “umani” come la vita e la morte, prima ancora che condizionati dal diritto, siano stati influenzati dal fattore religioso – culturale. « (...) Il primo riflesso della multiculturalità contemporanea è la coesistenza, quale espressione di diversi modelli culturali, di *diverse visioni ( modello) del corpo umano* ciascuna a sua volta portatrice di una propria *visione ( modello) di terapia*» intendendo per *modello corporeo* «l’insieme delle idee di un soggetto o di un gruppo riguardo al corpo umano nella sua fisiologia e patologia fisica e morale; mentre per *modello terapeutico* l’insieme delle convinzioni circa quali atti siano necessari per la soluzione della patologia e per il mantenimento dello stato fisiologico.»<sup>251</sup>

È la stessa evanescenza di concetti così ancorati alla persona che ha inevitabilmente portato forti ed inevitabili implicazioni sul (multi)piano giuridico, religioso ed etico con la doverosa precisazione che il fattore religioso resta ancora oggi il più incisivo sul punto, prima ancora delle regolamentazioni giuridiche.

Tra i dibattiti più accesi spicca quello sul rintracciare un equilibrio tra i delicatissimi temi della vita, della salute, della dignità umana e della libertà di autodeterminazione: tutte tematiche in cui il fattore religioso è stato (ed è) fattore di condizionamento con risvolti anche sul piano giuridico.

---

campo medico e sanitario richiede questa ampia visione e uno sguardo complessivo su cosa maggiormente promuova il bene comune nelle situazioni concrete.»

<sup>251</sup> VENTURA M., *Laicità e fattore religioso in bioetica*, in CHIEFFI L. (a cura di), *Bioetica e diritti dell’uomo*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 37.

Appare logico a questo punto sostenere che quando i temi sono eticamente sensibili (in grado inoltre di offrirsi come materia plastica per strategie di gestione del consenso) il diritto appare come “dolorosamente perplesso”<sup>252</sup> dovendosi districare tra la presenza di continui conflitti di poteri e la ricerca incessante di un regime giuridico idoneo per le fattispecie maggiormente “dubbiose”<sup>253</sup>.

Tra queste rientrano le nuove disposizioni in materia di testamento biologico, approvate con la Legge 22 dicembre 2017, n. 219 in materia di consenso informato (disciplinante modalità di espressione e di revoca) nonché di disposizioni anticipate di trattamento (le cd. DAT finalizzate a consentire all’individuo – nel caso in cui sopraggiunga un’incapacità di intendere e di volere – di dichiarare il proprio orientamento sul cd. “fine vita”).

## **2. Il percorso e i contenuti della legge n. 219/2017.**

Dopo inevitabili ed accesi dibattiti<sup>254</sup>, il 14 dicembre 2017, l’aula del Senato della Repubblica ha approvato in via definitiva<sup>255</sup> il disegno di legge recante “*Norme in materia di consenso informato e disposizioni*

---

<sup>252</sup> Così definito in L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, CEDAM, Padova, 2002, p. 107.

<sup>253</sup> Cfr. A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle «fattispecie dubbiose»*, in *Giur.it.*, 1999, I, p. 166.

<sup>254</sup> Cfr. la pronuncia della Corte di Cassazione (sent. n. 21748 del 2007) sul caso *Englaro* il quale rappresenta una delle vicende più note (v. anche caso *Welby e Piludu*).

<sup>255</sup> Con 180 voti favorevoli, 71 contrari e 6 astenuti.

*anticipate di trattamento (d’ora in avanti DAT)*”, colmando una lacuna legislativa che per anni ha addossato sulle spalle dei giudici l’arduo compito di dare risposte adeguate alle differenti richieste di giustizia dei singoli casi col conseguente rischio (effettivamente verificatosi) di orientamenti piuttosto altalenanti sul punto e (tentativi di) tutele assai differenti tra loro.

Si assiste ad una tappa – senza dubbio – fondamentale in un’ottica di valorizzazione della libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche la quale si inserisce però in un disegno molto più ampio il cui obiettivo se, da un lato, resta quello di consacrare legislativamente (dopo vari tentativi infruttuosi<sup>256</sup>) principi ormai consolidati; dall’altro, è quello di placare il clamore mediatico suscitato da alcune recenti vicende di cronaca<sup>257</sup> alla luce di una mutata sensibilità cattolica<sup>258</sup>.

La legge del 22 dicembre 2017 n. 219 (in Gazz. Uff., 16 gennaio 2018, n. 12) si compone così di 8 articoli idealmente suddivisibili in due macro - aree tematiche: la prima ascrivibile ad una sorta di mera conferma legislativa, la seconda dal sapore più innovativo.

---

<sup>256</sup> Ci si riferisce al disegno di legge cd. Calabrò, recante “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate*”, del 26 marzo 2009.

<sup>257</sup> Da ultimo il noto caso *Cappato*.

<sup>258</sup> Si rinvia nuovamente a quanto dichiarato da Papa Francesco (vedi *supra*, nota n. 250).

## **2.1. Le conferme di un orientamento già consolidato (in via giurisprudenziale e per prassi medica).**

La prima parte è quella riconducibile all'art. 1 della legge<sup>259</sup>, vale a dire la normativa sul cd. *consenso libero ed informato* al fine di iniziare

---

<sup>259</sup> Di cui – per comodità espositive – se ne riporta qui l'integrale contenuto. Art. 1 l. 219/2017: « (1) La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge. (2) E' promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo. (3) Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché' riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. (4) Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. (5) Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in

o proseguire ogni tipo di trattamento sanitario: invero, le parole utilizzate dal legislatore parrebbero – in prima battuta – conferma di quanto già espresso dalla giurisprudenza Costituzionale<sup>260</sup>, dalle fonti

---

parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. (6.) Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali. (7.) Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla. (8.) Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura. (9.) Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale. (10) La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative. (11) E' fatta salva l'applicazione delle norme speciali che disciplinano l'acquisizione del consenso informato per determinati atti o trattamenti sanitari.»

<sup>260</sup> Cfr. la risalente pronuncia Corte Cost., n. 438 del 23 dicembre 2008 ( testo integralmente consultabile in [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it) ) in cui si definì il consenso

di rango internazionale<sup>261</sup> e dallo stesso Codice di Deontologia medica<sup>262</sup>.

Oltre ai rinvii espliciti al dato Costituzionale (artt. 2, 13 e 32 Cost.) interessante la ricomprensione della nutrizione e dell'idratazione artificiale nel concetto stesso di trattamento sanitario (al pari degli altri dunque rifiutabile<sup>263</sup>) e la valorizzazione del ruolo dei familiari in senso

---

informato «quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico (...) e quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento nei principi espressi nell'articolo 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli articoli 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e (...) che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.» Ma anche secondo quanto statuito dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione: cfr. sent. 10414 del 20 maggio 2016, sent. n. 14642 del 14 luglio 2015, sent. n. 2854 del 13 febbraio 2015, sent. n. 27751 dell'11 dicembre 2013, sent. 18334 del 31 luglio 2013 consultabili sulla banca dati [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>261</sup> In particolare nella Convenzione di Oviedo, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed implicitamente dal combinato disposto delle norme Cedu.

<sup>262</sup> Art. 35 del Codice di Deontologia: «Il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato».

<sup>263</sup> Tale equiparazione ha scaturito forti critiche rientrate poi successivamente dalla scientificamente motivata differenza tra le sacche utilizzate per tali pratiche (somministrabili tra l'altro solo via sondino o via PEG) rispetto agli alimenti che si è soliti mangiare quotidianamente. Trattasi dunque di operazioni di natura complessa (una miscela composta di farmaci) in quanto tale gestibili solo da un'organizzazione medica.

ampio (comprese le unioni civili, i conviventi e addirittura “persone di fiducia”<sup>264</sup>), del medico e di tutta l’*équipe*<sup>265</sup>.

Come è stato rilevato<sup>266</sup>, la conferma nero su bianco da parte del legislatore di una posizione già ben salda in giurisprudenza non deve assolutamente essere confusa con una presumibile legge sull’eutanasia ( e di legalizzazione delle ipotesi di omicidio del consenziente o di assistenza al suicidio): non vi è alcun riferimento ad essa nel consentirla e tantomeno nel vietarla.

Nei diritti espressamente tutelati dalla legge 219 si allude al “diritto alla vita” che può sì riconoscersi nel “diritto a non curarsi” ma non nel cd. “diritto a morire” ed optare per una scelta eutanasi (di fatto in contrasto con la nostra Costituzione)<sup>267</sup>. Si è di fronte ad un sottile

---

<sup>264</sup> Con conseguente legittimazione di persone interposte (come ad esempio gli amministratori di sostegno) di surrogarsi all’individuo nella propria ( ed espressa) manifestazione di intenti in merito ai trattamenti sanitari.

<sup>265</sup> Valorizzando un nuovo rapporto di fiducia (cd. alleanza terapeutica) tra medico, *équipe* medica e paziente.

<sup>266</sup> Cfr. C. LUZZI, *La questione dell’obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017 tra fisiologiche esigenze di effettività e nuove prospettive di tutela.*, in *Dirittifondamentali.it (rivista on – line)*, n.1, 2019, p. 2; C. CASONATO, *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del Re*, in *La Rivista Il Mulino*, 21 aprile 2017; F. BOTTI, *La fine di un lungo viaggio al termine della notte:la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Fascicolo 2, agosto 2018.

<sup>267</sup> «Traspare – in termini generali – la condivisione del ruolo cruciale del consenso informato, fondato su un’interpretazione dell’art. 32, co. 2, che, in rapporto anche all’art. 13 Cost., riconosce la massima ampiezza possibile all’autodeterminazione terapeutica, estesa sino alla libertà. del paziente di lasciarsi morire attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare. Si tratta di una conferma, che ha tuttavia il merito di sgombrare il campo da possibili

legame tra primazia della volontà dell'individuo e diritto alla vita per mezzo di un filtro: quello del consenso informato che fa da collante tra i due. L'aver contezza della propria condizione sanitaria può far sì che si prendano scelte consapevoli sui trattamenti a cui essere sottoposti, anche se questo vuol dire rifiutarli o comporti conseguenze mortali.

Ruolo fondamentale nel percorso (informato) verso una scelta consapevole del paziente sui trattamenti sanitari a cui sottoporsi è proprio quello del medico: non da intendersi come mero esecutore di una volontà altrui (e dunque una sorta di automa) bensì come figura decisiva (tra la fase dell'informazione e quella della decisione vera e propria) di accompagnamento della persona malata verso una "pianificazione delle cure" in grado di offrire quanti più strumenti e chiavi di lettura.

---

fraintendimenti: nessuna apertura a un inesistente diritto di morire, quanto la formalizzazione di un diritto di rifiutare tutte le cure (anche vitali), in ossequio al principio secondo cui si può essere sottoposti a una determinata terapia (operando una scelta sull'*an* ma anche sul *quomodo* della stessa) solo in presenza di un consenso informato. A conforto del principio milita la considerazione, ricavabile da una lettura di sistema proprio con l'art. 13 Cost. e con le garanzie ivi previste (la doppia riserva, di legge e di giurisdizione contro ogni forma di coazione sul corpo), che imporre un trattamento, pur vitale, contro la volontà del malato (e al di fuori delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori imposti ex lege) determinerebbe la violazione della stessa libertà personale, risolvendosi tale coazione in un'indebita invasione dello spazio fisico del paziente; paziente che, sulla base proprio del tenore dell'art. 32, co. 2 Cost., è tutelato nel suo diritto individuale a non subire trattamenti medici indesiderati, in mancanza di una legge che sancisca l'obbligatorietà di un simile trattamento.» C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 12, 2017, p. 127.

Da questo punto di vista, la legge 219 del 2017 non pare aver avuto il pregio di regolamentare per la prima volta il consenso informato nel nostro ordinamento<sup>268</sup>, tuttavia le si deve riconoscere il merito di aver colmato l'assenza di una disposizione specificatamente ad esso dedicata e di supporto al giudice per «una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali.»<sup>269</sup>

Un ulteriore consenso legislativo è presente nelle disposizioni a proposito di minori ed incapaci (art. 3<sup>270</sup>) in un'ottica di valorizzazione

---

<sup>268</sup> Cfr. C. GAGLIARDI, *Obiezione di coscienza o autonomia professionale del medico nella legge n. 219 del 22 dicembre 2017?*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2019, p. 1433 ss.

<sup>269</sup> Corte di Cass., sez. III, sent. n. 21748 del 9 febbraio 2010 (consultabile in [cortedicassazione.it](http://cortedicassazione.it))

<sup>270</sup> Art. 3 l. 219/17: «(1) La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà. (2) Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità. (3) Il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'articolo 414 del codice civile è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità. (4) Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere. (5) Nel caso in cui il rappresentante legale della persona

delle “proprie capacità di comprensione e decisione” volte al più ampio livello di coinvolgimento dei diretti interessati e allo scopo di tutelarne la salute psicofisica, la vita e la dignità.

Ed ancora nelle disposizioni in tema di “terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita” ( art.2<sup>271</sup>) pienamente coerenti col recente documento del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla sedazione palliativa continua nell’imminenza della morte.<sup>272</sup>

---

interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.»

<sup>271</sup>Art. 21. 219/17: «(1) Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38. (2) Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. (3) Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.»

<sup>272</sup> Documento del 29 gennaio 2016 in cui si (p. 15) «ribadisce che è un diritto fondamentale dell’uomo e dunque del morente (adulto o minore) ricevere un adeguato supporto finalizzato al controllo della sofferenza nel rispetto della sua dignità. Pertanto, sebbene la normativa vigente (art. 2, L. 38/2010) faccia un esplicito riferimento al controllo del dolore in tutte le fasi della malattia con

Si garantisce così l'astensione da trattamenti futili e sproporzionati (il cd. accanimento terapeutico) prevenendo l'obbligo per il medico di alleviare le sofferenze del paziente garantendo quella "terapia del dolore" e quelle cure palliative previste dalla legge 38 del 2010, legittimando la sedazione palliativa profonda continua in base alla cartella clinica ed il fascicolo sanitario elettronico. Trattasi di un particolare trattamento sanitario «al quale si può ricorrere per consentire a un paziente terminale di non provare più dolore e sofferenza una volta che tutte le altre possibili terapie si sono rivelate inefficaci. In particolare, la sedazione si definisce: "palliativa" perché finalizzata a ridurre il dolore e/o la sofferenza del paziente; "profonda", perché finalizzata ad annullare del tutto la coscienza del paziente per evitargli ulteriori sofferenze, inducendo uno stato simile all'anestesia profonda o al coma farmacologico; "continua", perché finalizzata a proseguire fino al sopraggiungere della morte. La sedazione palliativa, profonda e continua può essere richiesta se un paziente si trova

---

particolare riferimento alle fasi avanzate e terminali della stessa, è necessario che questo diritto del paziente sia concretamente realizzato. Anche il paziente, che s'inserisce in un processo di fine vita a seguito del rifiuto o rinuncia di uno o più trattamenti o alluso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali ha diritto di beneficiare della terapia del dolore e in caso di sofferenze refrattarie della sedazione profonda e continua. Riafferma che per l'obiettivo, le procedure e gli esiti, la sedazione profonda continua, che si estende fino alla perdita di coscienza del paziente, va ritenuta un trattamento sanitario e non va confusa con l'eutanasia o con il suicidio assistito o l'omicidio del consenziente.» (Per il testo integrale v. [http://bioetica.governo.it/media/1804/p122\\_2016\\_sedazione\\_profonda\\_it.pdf](http://bioetica.governo.it/media/1804/p122_2016_sedazione_profonda_it.pdf))

nell'imminenza della morte, presenta sintomi refrattari ad altri trattamenti e ha espresso al medico un consenso informato valido.»<sup>273</sup>

Anche qui nulla a che vedere con il concetto di eutanasia essendo la finalità giammai quella di provocare con intento la morte bensì di tutelare il paziente da inefficaci ed ostinati trattamenti terapeutici che tentino di mantenere il paziente in vita a tutti i costi: una mera finalità di liberazione del malato terminale da inutili sofferenze.

Infatti « (...) se l'eutanasia non appare meritevole di tutela nel nostro ordinamento, il rifiuto dell'accanimento terapeutico costituisce invece un legittimo e meritevole esercizio di autonomia anche laddove sia espresso nelle disposizioni anticipate, in quanto impone il valore della dignità umana nei confronti di cure che appaiono sproporzionate rispetto al fine ultimo del beneficio per la salute. L'accanimento terapeutico è, del resto, vietato sia dalla deontologia medica sia dalla morale cristiana. La persona che si oppone all'accanimento terapeutico, anche in via anticipata, non esercita un diritto di morire secondo una manifestazione di volontà, ma il diverso diritto a che la sua vita non sia protratta artificialmente mediante trattamenti sproporzionati. L'esercizio di tale diritto risiede nel combinato disposto dagli artt. 2, 13, 32 della Costituzione che, non a caso, sono richiamati nella legge 219. Sulla base delle norme costituzionali richiamate, il consenso

---

<sup>273</sup> Così nella definizione data in *Magazine Fondazione Veronesi* (<https://www.fondazioneveronesi.it/magazine>)

informato non è soltanto elemento essenziale del contratto concluso con il medico, ma è anche presupposto di legittimità del suo intervento.»<sup>274</sup>

## **2.2. Le novità: sulle disposizioni anticipate di trattamento (cd. DAT).**

Senza dubbio, il profilo di maggiore interesse è quello ascrivibile all'art. 4<sup>275</sup> della legge che introduce nel nostro ordinamento le cd.

---

<sup>274</sup> Ancora F. BOTTI, *La fine di un lungo viaggio*, cit., p. 627.

<sup>275</sup> Art 4 l. 219/2017: «(1) Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché' il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie. (2) Il fiduciario deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente. (3) L'incarico del fiduciario può essere revocato dal disponente in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione. (4) Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile.(5) Fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di

D.A.T. (disposizioni anticipate di trattamento) riecheggiando quanto già affermato nel 2009 in Germania per il tramite della cd. “legge tedesca sulle disposizioni del paziente” sulla vincolatività delle scelte di fine vita.<sup>276</sup>

---

miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3. (6) Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni. (7) Le regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili. (8) Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministero della salute, le regioni e le aziende sanitarie provvedono a informare della possibilità di redigere le DAT in base alla presente legge, anche attraverso i rispettivi siti internet.»

<sup>276</sup> Normativa entrata in vigore il 1 settembre del 2009 (con un anticipo di ben 8 anni dall'Italia) e che si adeguò alle scelte già assunte in via giurisprudenziale sul carattere vincolante per il medico delle disposizioni di fine vita del paziente. La legge intervenne sul codice civile tedesco (il BGB) nella parte disciplinante gli amministratori di sostegno.

Con le D.A.T. si offre la possibilità di esprimere la propria volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché di consenso o di rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e singoli trattamenti sanitari in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi. C'è chi parla a tal proposito di “testamento biologico” o “testamento di vita” da intendersi appunto come «un documento nel quale il soggetto, in un momento di piena coscienza e capacità di intendere e di volere, detta disposizioni circa l'applicazione o meno di trattamenti sanitari, comunque tesi ad evitare il cd. accanimento terapeutico» ed il cui contenuto essenziale «può certamente essere integrato con disposizioni circa l'assistenza religiosa che si intende ricevere in detti casi, sulla donazione degli organi o sul mettere a disposizione il proprio corpo per scopi scientifici o didattici, informazioni che aiutano inevitabilmente l'opera di interpretazione delle volontà ivi espresse.»<sup>277</sup>

È indubbio che – come per il consenso informato – anche il “bio-testamento” riporta a principi giurisprudenziali, internazionali e di deontologia medica, tuttavia con significative novità. Infatti, dal combinato disposto dell'art. 38 del codice di deontologia<sup>278</sup> e dell'art. 9

---

<sup>277</sup> Così in A. FUCCILLO, *Diritto religioni culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica.*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 320.

<sup>278</sup> In cui si legge che «Il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale.» (Art. 38, 1 comma Codice di Deontologia medica)

della Convenzione di Oviedo<sup>279</sup> (per il filtro del nostro istituto civilistico dell'amministratore di sostegno<sup>280</sup>, soggetto abilitato a rappresentare le volontà del malato) si evince già un dovere per il medico: quello "tener conto" di quanto in precedenza espresso dal paziente. L'elemento di novità della legge 219 è la maggiore "vincolatività" di queste disposizioni le quali (manifestate con le dovute

---

<sup>279</sup>Che allude ai cd. "desideri precedentemente espressi": «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione.» (Art. 9 Convenzione di Oviedo)

<sup>280</sup> Figura introdotta con la legge n. 6 del 9 gennaio 2004: si tratta di un nuovo istituto con spiccata finalità di protezione civilistica degli infermi i cui principi fondanti risiedono nella volontà di porre al centro della misura di tutela la persona umana e nella riconsiderazione del concetto stesso di protezione, intesa non più quale irreversibile limitazione, bensì - alla luce del principio di cui all'art. 3 Cost. - come strumento per rimuovere eventuali ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione del soggetto carente di autonomia. La finalità del provvedimento normativo, espressamente enunciata all'articolo 1, è, infatti, quella di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente. A norma dell'art. 404 c.c., ha diritto di beneficiare dell'amministrazione di sostegno la persona che "per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi" e la scelta dell'amministratore di sostegno è operata dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio. Le potenzialità applicative dell'istituto sono, a ben vedere, estremamente ampie, al fine di raggiungere più efficacemente l'importante obiettivo di proteggere qualunque persona, tanto affetta da infermità o menomazione totalmente invalidante o abituale, quanto mentalmente sana, ma, nondimeno, incapace di curare i propri interessi in quanto menomato fisicamente. A tal uopo presupposto indefettibile per la corretta applicazione della misura protettiva dell'amministrazione di sostegno, risulta l'impossibilità attuale, anche parziale o temporanea, di prendersi cura dei propri interessi. (Cfr. Artt. 404 ss. c.c.)

formalità in maggiore età<sup>281</sup> e nel pieno possesso delle proprie capacità mentali) non possiedono soltanto un carattere meramente orientativo<sup>282</sup> ma vincolante e, in quanto tale, da rispettarsi.

Per la natura stessa delle D.A.T. (che si differenziano dal consenso libero informato in quanto riferibili ad aventi futuri ed incerti) è prevista una rigidità nelle forme tant'è che esse vanno redatte per atto pubblico, per scrittura privata autenticata<sup>283</sup> o consegnata personalmente presso gli uffici di stato civile del comune di residenza o presso le strutture sanitarie<sup>284</sup>: le stesse forme sono previste per la rinnovazione, la modificazione e la revoca delle dichiarazioni<sup>285</sup>.

Con l'obiettivo di salvaguardare quanto più possibile la volontà del paziente, lo stesso può (in previsione di una sua presunta incapacità di autodeterminazione) nominare un "fiduciario" che lo rappresenti nel

---

<sup>281</sup> I minori (Art. 3 l. 219/2017) sono estromessi dalla possibilità di sottoscrivere DAT.

<sup>282</sup> Che poteva essere ascritto al generico dovere del medico di "tenerne conto".

<sup>283</sup> Non sono mancati rilievi critici a tale disposizione definita come "davvero eccessiva" anche se poi (ricordando che la regola fondamentale che si dovrebbe seguire per gli atti giuridici è quella della libertà di forma) «si riconosce una certa ragionevolezza verso la fine del periodo del comma ora richiamato quando si ammette comunque la scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito». U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *lacostituzione.info*, 15 dicembre 2017.

<sup>284</sup> Salvo i casi in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano: in queste circostanze è consentita la raccolta delle DAT tramite videoregistrazioni o per mezzo di altri dispositivi elettronici.

<sup>285</sup> In caso di impossibilità fisiche, la raccolta digitale delle revoche deve avvenire in presenza anche di due testimoni.

rapporto con i medici e le strutture sanitarie. Il medico è tenuto dunque a rispettare le D.A.T. (rimanendo esente da responsabilità civili e penali salvo ipotesi tassativamente previste e in accordo col fiduciario<sup>286</sup>); in caso di contrasto tra medico e fiduciario a decidere sarà il giudice tutelare.

### **3. D.A.T. e libertà religiosa.**

Il tema delle D.A.T. rinvia a quelle scelte cd. “sensibili” le quali, incidendo su aspetti prettamente umani (la vita e la morte) risultano indissolubilmente legate con le convinzioni religiose, culturali ed etiche del singolo: risulterà dunque necessaria una lettura in combinato disposto tra libertà religiosa ex. art. 19 Cost. e diritto ad autodeterminarsi ex. art. 32 Cost.<sup>287</sup>

Il legame tra i due non risulta così scontato e per capirne la portata bisogna collocarsi con la mente alle problematiche palpabili *ex post*, vale a dire non tanto nel momento in cui le disposizione vengono formulate ( in via anticipata) , ma quando le stesse debbano essere recepite ed applicate. Vi è la necessità di una ragionevole comprensione

---

<sup>286</sup> Si parla di possibilità di “disattenderle” in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

<sup>287</sup> Nonostante sia stata definita da Roberto Grendene (segretario dell'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti) come «una buona novella laica (...) in questa fondamentale battaglia di civiltà».

da parte dei “terzi” delle scelte del singolo, per far sì che non se ne dia un contenuto difforme a quello originale: trattasi di una vera e propria operazione di interpretazione ermeneutica in cui essenziale sarà l’analisi del background religioso – culturale del paziente in modo tale da costruire “formule giuridiche di traduzione interculturale”<sup>288</sup>.

L’elemento religioso – culturale caratterizzante il soggetto agente diventa così – rispetto alla scelta di fine vita – determinante per un’adeguata decodificazione delle volontà trasmesse dimensionandola «nel suo contesto di senso, cercando di entrare in contatto con la sua idea in rapporto alla fede e alla appartenenza di costui ad una confessione religiosa ed ai suoi precetti.»<sup>289</sup>

Risulta a questo punto «sorprendente che le ragioni della tecnica siano su queste punto affidate più a una morale religiosa che non alla sua antagonista laica, anzi laicista.» Confortante rispetto a questa situazione resta invece « il diritto, equidistante da astrattezze ideologiche, a tutelare la sfera della persona, non nel suo inesistente diritto a morire ma nella sua libertà ad andare incontro alla conclusione naturale della sua esistenza, senza subire l’invasione della tecnica quando ad essa non si voglia consentire. Questa è la salvaguardia estrema della libertà della persona, apprestata dalla nostra Costituzione, i cui giudici hanno dato sinora, nel caso Englaro, il sostegno di interpretazioni ragionevoli e umane. Non vorremmo che coloro che

---

<sup>288</sup> Cfr. M. RICCA, *Oltre Babele*, cit., *passim*.

<sup>289</sup> Ancora M. RICCA, *Oltre Babele*, cit., *passim*, così come ripreso in A. FUCCILLO, *Diritto religioni culture.*, cit., p. 331 in cui si espone l’importanza della “semiotica” del processo di ricostruzione della volontà sul “fine vita”.

sono animati da ispirazioni morali o spirituali, più di quanto possa permettersene il diritto, finiscano con il ferire quella dignità dell'uomo, di cui dovremmo essere i supremi garanti.»<sup>290</sup>

Per completezza espositiva si segnala che altri aspetti da tener in conto circa la “parte innovativa” della legge 219/ 2017 sono quelli presenti nei successivi articoli: il 5 (pianificazione delle cure<sup>291</sup>) e il 6 (norma transitoria<sup>292</sup>). La pianificazione delle cure appare come una

---

<sup>290</sup> F.P. CASAVOLA, *Editoriale*, in *Il Mattino*, 26 gennaio 2009.

<sup>291</sup> Art. 5 l. 219/2017: «(1) Nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'equipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità. (2) Il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative. (3) Il paziente esprime il proprio consenso rispetto a quanto proposto dal medico ai sensi del comma 2 e i propri intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario. (4) Il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario, di cui al comma 3, sono espressi in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso video-registrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, e sono inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico. (5) Per quanto riguarda gli aspetti non espressamente disciplinati dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 4.»

<sup>292</sup> Art. 6 l. 219/2017: «Ai documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni della medesima legge.»

sorta di livello intermedio tra consenso attuale e DAT (per tale ragione avente procedimenti di informazione e modalità di espressione opportunamente semplificate) in quell'ottica di "alleanza terapeutica" tra medico e paziente che consentirebbe ( in presenza di patologie croniche ed invalidanti di inarrestabile prognosi infausta) di predisporre un piano di trattamenti sanitari da rispettare qualora il paziente non fosse più in grado di esprimere la propria volontà. Quello che lo differenzia dalle DAT è la situazione in sé: non l'ipotesi di un evento (futuro ed incerto) ma la previsione di un accadimento probabile in virtù di un quadro clinico già grave e in evoluzione.

Interessante inoltre quel principio di retroattività introdotto ex. art. 6 della legge 219 per tutte le disposizioni depositate prima dell'entrata in vigore della legge.

Infine, le ultime norme della legge (artt. 7 e 8 <sup>293</sup>) chiudono la normativa con la clausola di invarianza finanziaria e l'obbligo per il Ministro della Salute di trasmettere una relazione annuale alle camere sull'applicazione della legge in base a quanto riferito dalle regioni.

---

<sup>293</sup> Art 7 l. 219/2017: «(1) Le amministrazioni pubbliche interessate provvedono all'attuazione delle disposizioni della presente legge nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.» Art. 8 l. 219/2017: «(1) Il Ministro della salute trasmette alle Camere, entro il 30 aprile di ogni anno, a decorrere dall'anno successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, una relazione sull'applicazione della legge stessa. Le regioni sono tenute a fornire le informazioni necessarie entro il mese di febbraio di ciascun anno, sulla base di questionari predisposti dal Ministero della salute.»

Si conclude in questo modo una legge attesa da anni, con la quale l'Italia si uniforma ad altri Paesi europei e al loro standard (minimi) di tutela dei diritti civili.

#### **4. La mancata previsione del diritto alla obiezione di coscienza (rinvio).**

Come già anticipato, la carenza più avvertita all'interno della legge 219 / 2017 – e forse consapevolmente dettata dal timore di utilizzazioni per logiche paternalistiche più che motivazioni religiose o culturali – è la mancata esplicita previsione di un riconoscimento dell'obiezione di coscienza del medico<sup>294</sup>.

Tale lacuna, nonostante i (vani o forse forzati) tentativi di colmarla, riaccende quell'annoso dibattito sull'ammissibilità di un diritto generale all'obiezione di coscienza immediatamente azionabile in via giurisdizionale a prescindere da un'*interpositio legislatoris*.

---

<sup>294</sup> Ma non solo, è stato criticato anche l'eccessiva formalità delle DAT che potrebbe comportare un rallentamento della procedura a causa della troppa burocratizzazione; così come la vaghezza di alcune formule, che potrebbero condurre ad una forte litigiosità con un conseguente dilatazione del protagonismo giurisprudenziale.

**CAPITOLO V**  
**L’OBIEZIONE DI COSCIENZA E LE D.A.T.**  
**IL SILENZIO DEL LEGISLATORE**

**Sommario:** **1.** A monte del problema: l’assenza di un esplicito riconoscimento dell’obiezione di coscienza per il personale sanitario ed ausiliario all’interno della legge 219 del 2017. – **2.** Elementi per un possibile recupero di una clausola di coscienza. – **3.** La necessità di un contenimento. – **4.** Profili di criticità di una lettura (eccessivamente) elastica della legge 219. – **5.** L’erronea sovrapposizione concettuale tra obiezione di coscienza del medico ed autonomia professionale. – **6.** Il ritorno ad un’interpretazione “restrittivo – letterale”.

**1. A monte del problema: l'assenza di un esplicito riconoscimento dell'obiezione di coscienza per il personale sanitario ed ausiliario all'interno della legge 219 del 2017.**

Alla luce dell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario che nega una diretta azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza<sup>295</sup>, desta molte perplessità l'operato del legislatore nel suo non fare alcun riferimento alla facoltà di obiezione per il personale sanitario ed ausiliario tenuto ad eseguire le disposizioni del paziente all'interno del testo di legge 219/2017<sup>296</sup>.

Nei lavori di preparazione della normativa si era già acceso un forte dibattito sul tema, quantomeno rispetto alle D.A.T. più che sulla pianificazione condivisa delle cure (essendo la stessa già frutto di confronto diretto tra medico e paziente).

Fin da subito, anche il Consiglio Permanente della C.E.I. in un comunicato del 25 gennaio 2018 sollevò la problematica comunicando che i Vescovi si fossero confrontati «anche sulla Legge relativa al consenso informato e alle disposizioni anticipate di trattamento, giudicata ideologica e controversa, specie nel suo definire come terapia sanitaria l'idratazione e la nutrizione artificiale o nel non prevedere la possibilità di obiezione di coscienza da parte del medico.» Nel

---

<sup>295</sup> Per le ragioni di sostanza e le criticità di questa tesi si rinvia a quanto già esposto *supra*, Capitolo 3, paragrafi 2 – 2.1. – 2.2.

<sup>296</sup> A differenza ad esempio di quanto accaduto per la l. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza, per la l. 40 del 2004 sulla P.M.A. ed anche per la l. 413 del 1993 sulla sperimentazione animale.

riaffermare la centralità dell'alleanza tra medico e paziente, il Consiglio ribadì «l'impegno culturale della Chiesa nel servizio alla vita come pure nella prossimità alla persona esposta alla massima fragilità.»<sup>297</sup>

Reazioni post – entrata in vigore della legge ci sono state non soltanto sul versante confessionale – cattolico ma anche su quello politico (sia da parte legislativo che dell'esecutivo).

In Parlamento, il 30 maggio 2018, è stata presentata una proposta di legge<sup>298</sup> volta ad inserire la cd. “clausola di coscienza” nel testo di legge

---

<sup>297</sup> Comunicato Finale della Conferenza Episcopale Italiana (Consiglio Permanente) emanato a Roma, 22 - 24 gennaio 2018. Per il testo completo: <https://www.chiesacattolica.it/wpcontent/uploads/sites/31/2018/04/18/Comunicato-finale-25-gennaio-2018.pdf>.

<sup>298</sup> «Riteniamo che in un ambito così importante e delicato quale quello del fine vita non si possa chiedere al medico di non poter agire secondo scienza e coscienza, col rischio che il suo ruolo si traduca a poco più di una sorta di mero esecutore testamentario. Riteniamo, quindi, che il legislatore, in materie così delicate, che riguardano la vita umana, e ancora di più il fine vita, debba riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza, nella ragionevole considerazione della necessità di un equilibrio tra i diversi interessi, anche di rango costituzionale, coinvolti nell'attuazione delle norme in oggetto. Lo stesso codice di deontologia medica del 2014, all'articolo 22, sottolinea che “Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico- scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione”. La proposta di legge che sottoponiamo alla vostra attenzione vuole quindi colmare quella che per noi è una lacuna della legge n. 219 del 2017, prevedendo espressamente il diritto ad esercitare la « clausola di coscienza » da parte del personale medico ed esercente le attività e professioni sanitarie.» Proposta di legge d'iniziativa dei deputati MUGNAI - D'ETTORE "Introduzione dell'articolo 4-bis della legge 22 dicembre 2017, n. 219, concernente la clausola di coscienza del personale medico e sanitario rispetto alle attività conseguenti a rifiuto o rinuncia del paziente ai trattamenti sanitari" presentata il 30 maggio 2018.

in un'apposita norma (l'art. 4- bis<sup>299</sup>) stante l'eventualità per il medico (in esecuzione delle disposizioni date sul consenso e nelle D.A.T.) di provocare – anche se in forma indiretta – la morte del paziente: tale proposta non è stata ancora esaminata in aula.

Anche l'allora Ministro della Salute<sup>300</sup>, a seguito dei fallimenti dei tentativi di inserire la nuova disposizione nella legge 219, dichiarò di voler rintracciare delle linee guida in grado di risolvere la problematica<sup>301</sup> soprattutto nel tentativo di placare i malcontenti

---

<sup>299</sup> Il tenore della norma reciterebbe così: Art. 4.bis l. 219/2017 (Esercizio della clausola di coscienza) «1. Il personale medico ed esercente le attività e professioni sanitarie non è tenuto a rispettare la volontà, espressa dal paziente ai sensi dell'articolo 4, di rifiutare o rinunciare a un trattamento sanitario qualora sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione comunicata al direttore dell'azienda sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, e al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture sanitarie private autorizzate o accreditate, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione o dalla data di inizio dell'esercizio dell'attività presso l'azienda o struttura interessata. La dichiarazione può essere resa anche oltre il termine di cui al precedente periodo, ma in tale caso produce effetto dopo trenta giorni dalla data della sua presentazione. (2) L'obiezione di coscienza può essere revocata in ogni momento. (3) L'obiezione di coscienza esonera il personale medico ed esercente le attività e professioni sanitarie dal compimento delle sole procedure e attività specificamente e necessariamente dirette a eseguire la volontà, espressa dal paziente ai sensi dell'articolo 4, di rifiutare o rinunciare al trattamento sanitario.»

<sup>300</sup> Si fa riferimento alla Ministra Beatrice Lorenzin.

<sup>301</sup> Se ne riportano qui le dichiarazioni rilasciate ai mass media: «Non ignoro che la legge appena approvata non contenga una specifica disciplina in tema di obiezione di coscienza per il medico. Proprio per questa ragione assicuro che seguirò con grande attenzione l'applicazione delle nuove disposizioni e che, nell'ipotesi in cui si dovessero verificare criticità, assumerò immediatamente le necessarie iniziative di mia competenza volte a salvaguardare la piena operatività del sistema sanitario, come ho fatto in tutti questi anni con riferimento alla legge

provenienti dai cattolici. Tale dichiarazione d'intenti appare senza dubbio «sguarnita di qualsivoglia legittimazione dal punto di vista giuridico, in quanto, non essendo l'obiezione di coscienza un diritto soggettivo, ma come sopra specificato una deroga positivizzata di volta in volta dal legislatore, in assenza di una norma primaria speciale che lo preveda (come nella l. 194/78), nessun atto, che non risulti approvato dal Parlamento, può stabilire nel caso specifico l'integrazione derogatoria della norma di fonte legislativa. Tantomeno un atto del potere esecutivo che di certo non è soggetto deputato, nel vigente ordinamento costituzionale, a fornire interpretazioni autentiche delle leggi, né in maniera diretta, né in maniera mediata mascherando tale attività dietro la creazione di "linee guida di applicazione".»<sup>302</sup>

Ad ogni modo, resta da capire le ragioni di sostanza che hanno portato a questa omissione legislativa: la stessa infatti potrebbe essere più che una scelta ben consapevole (volta ad escludere alla radice qualsiasi forma di obiezione di coscienza) semplicemente frutto di una mera disattenzione del legislatore.

Verosimilmente, si tratta della prima ipotesi. Da un breve confronto con il precedente ( ma infruttuoso) "progetto Calabrò" in materia di D.A.T., in cui era presente una non vincolatività per il medico delle

---

sull'interruzione volontaria di gravidanza, rispetto alla quale ho sempre verificato, nella qualità di ministro della Salute, che sussistesse l'accesso alle pratiche abortive rispettando il diritto all'obiezione di coscienza».

<sup>302</sup> F. BOTTI, *La fine di un lungo viaggio*, cit., p. 633; ed ancora F. GALLO – G. BALDINI – G.G. PISOTTI, *Biotestamento: perché non hanno senso le dichiarazioni del ministro Lorenzin sull'obiezione di coscienza*, in *Left*, 22 dicembre.

indicazioni del paziente «indicata a chiare lettere (lo stesso termine impiegato nei precedenti disegni di legge – “dichiarazioni”, anziché “disposizioni” – era sintomatico del fatto che esse non dovessero considerarsi cogenti per il medico)» e tenendo conto «dell’esperienza maturata con la legge sull’aborto, la cui operatività risulta oggi pressoché vanificata dal riconoscimento ivi accordato all’obiezione di coscienza, sembra ragionevole ipotizzare che si sia trattato di una scelta consapevole, frutto di attenta e ponderata riflessione.»<sup>303</sup>

Nonostante ciò, rispetto all’omissione legislativa all’interno della legge n. 219/2017 vi sono state molteplici e svariate chiavi di lettura: da una lettura “estensiva” (volta ad andare ben oltre il tenore letterale della norma), ad una “restrittivo – letterale” (che escluda categoricamente l’obiezione di coscienza) fino ad arrivare addirittura ad un’interpretazione “costituzionalmente orientata”.

Quest’ultima sarà oggetto di autonoma analisi nell’ultimo capitolo dell’elaborato nel tentativo di delineare sul tema un possibile (o forse doveroso) ruolo suppletivo del giudice Costituzionale.

---

<sup>303</sup> M. E. FLORIO, *L’obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di “disposizioni anticipate di trattamento”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2019, p. 28.

## 2. Elementi per un possibile recupero di una clausola di coscienza.

A ben vedere, nel testo della legge 219 – in un’ottica ermeneutica estensiva<sup>304</sup> – sembrerebbero presenti più disposizioni che lascerebbero aperte le strade per un implicito riconoscimento della facoltà di obiettare per il personale sanitario e per la sostenibilità della presenza di una (generalissima) clausola di coscienza.<sup>305</sup>

Il primo assunto è quello presente nell’art. 1, comma 6 nel quale – in prospettiva di limitazione del consenso del singolo – si legge che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge,

---

<sup>304</sup> In sostegno di tale tesi cfr. V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 403 ss.; M. BERTOLINO, *Brevi note in tema di obiezione di coscienza, a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1442 ss.; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 173 ss.; F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: tra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2011, p. 141 ss.; P. VERONESI, *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in *Criminalia*, 2011, p. 401 ss.

<sup>305</sup> A tal proposito cfr. le riflessioni contenute in U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 2018; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3, 2017; D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018; L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, in *Riv. it. med. Leg.*, n. 3, 2017; C. CASONATO, *A proposito del ddl sul testamento biologico*, cit.; F. CEMBRANI – G. CEMBRANI, *L'obiezione di coscienza nella relazione di cura*, Seed, Torino, 2016.

alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.»

I parametri della deontologia professionale o delle buone pratiche mediche potrebbero dunque consentire al medico un non rispetto delle volontà del paziente. Ed è proprio nelle norme deontologiche ed in particolare nell'art. 22 del Codice (sull'autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutiche) presente una clausola di coscienza generalissima che recita espressamente : « (...) 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.»

Sulla scorta di ciò, tramite il generico rinvio operato dall'art. 1, comma 6 della legge 219/2017 alla deontologia, non si esclude nettamente che il personale medico che rifiuti il trattamento richiesto dal singolo paziente per un contrasto con i propri precetti etico – religiosi, possa invocare questa clausola di coscienza per ovviare qualsivoglia conseguenza sanzionatoria a suo carico, legittimando così un (implicito) diritto all'esercizio dell'obiezione di coscienza.

A sostegno di tale *ratio* interpretativa, si ponga attenzione anche alla presenza dell'art. 1, comma 9 secondo cui «ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge,

assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale.» Infatti, tale statuizione si pone in linea di continuità rispetto a quanto previsto dall'art. 9, comma 4 della legge sull'aborto<sup>306</sup> (n. 194 del 1978) che, da un lato riconosce il diritto all'obiezione di coscienza per il personale medico e paramedico, dall'altro pone l'obbligo per gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate (con “proprie modalità organizzative” anche di mobilità del personale) di garantire “in ogni caso” la possibilità per le gestanti di accedere alle pratiche abortive.

Il “garantire con proprie modalità organizzative” la piena attuazione della legge da parte delle strutture sanitarie, potrebbe avvalorare la contestuale presenza di un diritto ad obiettare, sgombrando il campo da possibili rischi di una mancata applicazione della norma, proprio come avvenuto in tema di aborto.

Degli ulteriori “controlimiti” coerenti con questa tesi “estensiva” si rintracciano anche in materia di operatività delle D.A.T. nell'art. 4, comma 5 nella parte in cui «possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto

---

<sup>306</sup> Art. 9, comma 4 l. 194/1978: «Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare lo espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale.»

della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.»

L'estrema genericità nella norma, potrebbe legittimare qualsivoglia rifiuto del personale sanitario all'esecuzione delle volontà del paziente, giungendo all'abusivo utilizzo di una clausola che sorge in un'ottica di necessario adeguamento della legge alla ricerca e alla continua evoluzione medica.

### **3. La necessità di un contenimento.**

Seguendo la scia delle ragioni sostenute della teoria estensiva (che riconosce – seppur in maniera implicita – l'esistenza di una clausola di coscienza per il personale sanitario all'interno della legge 219) appare a questo punto necessaria (per la salvaguardia della normativa stessa) l'individuazione di presupposti generali che – almeno in linea teorica – possano consentire al personale medico di sottrarsi a determinati trattamenti sanitari richiesti dal paziente.

È opportuno dunque un parallelismo con la giurisprudenza venutasi a creare attorno alla questione dell'IVG<sup>307</sup> (interruzione volontaria di gravidanza che consente, ribadiamo, di obiettare) in quanto, seppur con le dovute differenziazioni, si tratta pur sempre di questi eticamente sensibili che – vuoi o non vuoi – coinvolgono convincimenti culturali e religiosi. Per il tramite di questa operazione ermeneutica si possono

---

<sup>307</sup> Ci si riporta alle interessanti considerazioni contenute in C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza*, cit., p.5.

rintracciare le specifiche condizioni e situazioni in cui il personale medico – presumendo presente una clausola di coscienza nella legge 219 – potrebbe rifiutarsi di assecondare le volontà del paziente.

Nel testo di legge sull'IVG (art. 9 l. 194/1978) sono rintracciabili dei limiti abbastanza espliciti; infatti se è vero che «l'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento», la stessa « non può essere invocata dal personale sanitario, ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.»

Si desume così che il “rischio vita” della gestante rappresenti un limite specifico con conseguente imprescindibilità dell'intervento del medico: da questo assunto si è venuta a creare tutta una restrittiva interpretazione dottrinale<sup>308</sup> e giurisprudenziale<sup>309</sup> volta ad escludere che determinate attività – come ad esempio la consultoriale per il

---

<sup>308</sup> Cfr. D. PARIS, *Medici e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 2011; A. LANZI, *Interruzione della gravidanza*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, p. 33 ss.

<sup>309</sup> A titolo esemplificativo cfr. TAR Lazio, n. 8890 del 02 agosto 2016 su [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

rilascio della necessaria documentazione – siano da ascrivere in quelle obiettabili.<sup>310</sup>

Tale *ratio* appare del tutto conforme alla nota questione del giudice tutelare<sup>311</sup>, soggetto escluso dai soggetti legittimati ad obiettare.

Tale esclusione (valida per la questione del giudice tutelare ma anche per le singole attività poste in essere dal medico) è giustificabile dall'assenza di quel nesso causale "certo, diretto, necessario e

---

<sup>310</sup> «La legge tutela il diritto di obiezione di coscienza entro lo stretto limite delle attività mediche dirette alla interruzione della gravidanza, esaurite le quali il medico obiettore non può opporre alcun rifiuto dal prestare assistenza alla donna. Se si oppone, infatti, si configura il reato di rifiuto di atti di ufficio, di cui all'art. 328 c.p. Quando l'interruzione, poi, è stata indotta per via farmacologica e non chirurgica, l'esonero è limitato alle sole pratiche di predisposizione e somministrazione di farmaci abortivi, coincidenti con quelle procedure e attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione cui si riferisce l'art. 9, comma 3, l. n. 194 del 1978; il medico, pertanto, deve prestare la propria assistenza a tutte le fasi conseguenti all'intervento, a prescindere dall'imminente pericolo di vita della paziente.» Cassazione penale sez. VI, 27/11/2012, n.14979. Ed ancora «La presenza o meno di medici obiettori nei Consultori è assolutamente irrilevante, posto che all'interno di tali strutture non si pratica materialmente l'interruzione volontaria della gravidanza per la quale unicamente opera l'obiezione ai sensi dell'art. 9 comma 3 l. n. 194 del 1978, bensì soltanto attività istruttorie e consultive che esulano dall'iter abortivo e che, pertanto, anche il medico obiettore è tenuto ad espletare.» T.A.R. Bari, (Puglia) sez. II, 14/09/2010, n.3477. Per testo integrale delle sentenze citate v. [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

<sup>311</sup> «È infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 9 e 12 l. 22 maggio 1978 n. 194, nella parte in cui non prevedono l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione della minore all'interruzione volontaria della gravidanza, in riferimento agli art. 2, 3, 19, e 21 Cost». Sent. Corte Cost., n.196 del 25 maggio 1987 ampiamente commentata in varie riviste fra cui: *Foro it.*, n. 1, 1988, I, p.758 ss (nota a sentenza); *Giust. pen.*, n. 1, 1987, p. 262 ss; *Dir. famiglia*, 1988, p. 19 ss.

specificatamente diretto”<sup>312</sup> alla causazione dell’evento eticamente non condiviso (nel caso di specie, l’evento morte).

È possibile estendere tale *iter* logico anche al caso in cui ad essere coinvolto sia il personale medico di fronte ad una richiesta di sospensione di trattamento sanitario da parte del paziente (ai sensi della legge n. 219/ 2017) tenendo conto che la presenza di queste condizioni generali risulta imprescindibile per il sollevamento di eventuali questioni di coscienza.

La questione è il capire se nell’atto del medico indirizzato ad interrompere idratazione e nutrizione artificiale vi sia un nesso eziologico con la sola sospensione del trattamento (valorizzando così la volontà del paziente come scelta definitiva finale) oppure con l’evento morte in sé.

Ebbene, alla luce dei recenti orientamenti secondo i quali il legittimo rifiuto di un paziente a «trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l’idratazione o l’alimentazione artificiali» comporta logicamente un «processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte<sup>313</sup>» risulta assai difficile – anche alla stregua di una scientifica consapevolezza del medico sulle proprie azioni – negare alla radice quel (certo, diritto e

---

<sup>312</sup> Così in M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente.*, cit., p. 131; conformemente C. DEL BÒ, *L’obiezione di coscienza e la pillola del giorno dopo*, in *Bioetica*, n. 3, 2009, p. 489 ss.

<sup>313</sup> Ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018 nel recentissimo giudizio di legittimità costituzionale sull’art. 580 del codice penale, promosso dalla Corte di assise di Milano, nel procedimento penale a carico di Marco Cappato.

necessario) nesso di causalità tra l'agire del personale sanitario all'evento eticamente controverso.

#### **4. Profili di criticità di una lettura (eccessivamente) elastica della legge 219.**

Come già detto, la modalità attraverso la quale è stato (quantomeno) ipotizzabile rintracciare una clausola generale di coscienza per il personale medico nella legge 219 è stata una lettura estensiva del testo normativo (per alcuni dalla «formulazione non felice»<sup>314</sup>) principalmente per il tramite di un rinvio al codice deontologico medico che, di fatto, fa menzione ad una generalissima clausola di coscienza alla quale potersi appellare (art. 22).

La criticità basilare risiede proprio nell'irragionevolezza di tale rinvio<sup>315</sup> in quanto (implicitamente) il codice deontologico viene così

---

<sup>314</sup> Così per S. CANESTRARI, *Una buona legge*, cit., p. 4; anche se è da rilevarsi una «buona qualità sul piano lessicale» ed un «linguaggio comprensibile a medici e pazienti» C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica*, cit., p. 126.

<sup>315</sup> Criticità già preventivate in M. AINIS, *Se obietano sul testamento biologico*, in *La Repubblica*, 26 febbraio 2017; l'Autore, con parole serratamente critiche, sostenne che: « è esattamente questo il tarlo che divora le buone intenzioni, lasciandole in balia dei malintenzionati. Perché il rinvio al codice deontologico trasformerà ogni nostra decisione in una supplica al sovrano, dove il sovrano è l'Ordine dei medici. E perché l'obiezione di coscienza permetterà la fuga dai diritti sanciti dalla legge, ammesso che questa legge veda mai la luce. Non a caso la Costituzione italiana non le dedica un rigo, a differenza della Carta tedesca o spagnola. Si riferisce invece, in molti luoghi, al primato della legge. Ma ormai la legge non è più una cosa seria. È solo una finta, un'ammuina.» Cfr. inoltre S.

ad essere equiparato ad una fonte primaria, con il conseguente pericolo che un eventuale (ed eccezionale) limitazione dell'autodeterminazione del paziente sia rimessa alla mercé di parametri non determinati dalla legge.<sup>316</sup>

Volendo essere più chiari: dare per buona la tesi che rintraccia la presenza dell'obiezione di coscienza attraverso il rinvio effettuato dall'art. 1, comma 6 porta a sostenere che il legislatore abbia consentito ai medici (alla loro categoria in generale) di scegliere se e quando rispettare e dare attuazione ad una legge in base alla conformità o meno della stessa con la propria coscienza.

Il paradosso sarebbe dunque quello di consentire ad un ordine professionale un'auto-esenzione legislativa alle condizioni poste dal proprio codice deontologico con un palese stravolgimento della gerarchia delle fonti<sup>317</sup>.

---

CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e dati: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 3, 2018.

<sup>316</sup> Si è sostenuto che «il rinvio al codice deontologico come se fosse un testo di legge pare quantomeno poco opportuno, stante il rischio di equipararlo ad una fonte primaria (...) si legittimerebbe una sorta di obiezione di coscienza che non è, comunque, in alcun modo prevedibile dinanzi ad un mancato consenso ad un trattamento sanitario, non assicurato, in ipotesi, dalle DAT che sono una propaggine del consenso informato; anche in considerazione del fatto che “il limite indicato nel rispetto della buona pratica medica – per cui deve essere negato il diritto di pretendere un qualsiasi trattamento, compreso quello inappropriato o sproporzionato, quello che non è valutato scientificamente valido (si ricordi il caso Stamina) ed ancora quello contrario alla legge (richiesta di pratica eutanasi) – è già riconosciuto dalla comune pratica giudiziale» U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate*, cit., p. 3.

<sup>317</sup> Seppur in Italia non esista una norma legislativa che definisca la natura giuridica della codificazione della deontologia medica nella collocazione della

In aggiunta a ciò, nello specifico ambito delle DAT vi sarebbe poi una problematica essenzialmente pratica di coordinamento tra la disciplina legislativa contenuta nella l. 219 e quella deontologica in quanto dalla prima si evince che il medico “è tenuto” a rispettarle (art. 4, comma 5), nella seconda invece ne “tiene conto” (art. 38 Codice Deontologia medica). Viene così a crearsi una sorta di possibilità di sottrazione medica dall’obbligo di eseguire le DAT per il tramite di un “ruolo suppletivo di coscienza” così come prospettato dalle norme deontologiche, con conseguenti risvolti negativi sull’organizzazione dei pubblici servizi e sul buon andamento della pubblica amministrazione.<sup>318</sup>

---

gerarchia delle fonti, non è da mettersi in discussione che – per ovvie ragioni – sia la legge a dover delimitare l’ambito della deontologia ( e delle norme in esse contenuto) e non viceversa. Per questo – almeno da un punto formale – i codici deontologici restano strumenti interni alla categoria professionale a cui si riferiscono. Come è stato ribadito in via giurisprudenziale «le disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini (o dai collegi) professionali, se non recepite direttamente dal legislatore, non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge» ma di «precetti extragiuridici ovvero regole interne alle categorie e non già atti normativi.» (Corte Cass, sent. 10842/2003).

<sup>318</sup> A proposito di pubblici servizi, meno oggetto di controversie ma comunque da menzionare è l’incerta possibilità per il notaio di sollevare obiezione di coscienza in tema di DAT e cioè se possa rifiutarle di ricevere per propri convincimenti etici. Il presupposto fondamentale per ricevere delle DAT è la preventiva, chiara e adeguata informazione medica del disponente, documentata al notaio: in assenza di questi presupposti le DAT sono irricevibili ed inefficaci. Rispetto a queste fasi, l’intervento del notaio resta quello di certificazione ragion per cui «l’obiezione di coscienza del notaio non sarebbe ammissibile perché il notaio è competente a ricevere la “volontà dispositiva” del paziente mentre è incompetente rispetto alla “volontà terapeutica” del dichiarante che si forma nel rapporto tra medico e paziente.» C. DI MARCO, *Le DAT, il notaio e l'applicazione di coscienza*, in *FederNotizie*, 9 febbraio 2018. Stante a ciò, prevarrebbero le esigenze che sono alla

In buona sostanza, la tutela dell'obiezione di coscienza (soprattutto per le complicità tangibili ad essa connesse) ha bisogno di una disciplina ben più precisa e diretta con fondamenti normativi primari (anziché del solo Codice deontologico medico che potrebbe fungere tutt'al più da bussola di orientamento sul tema). L'unico modo offrire una base solida sarebbe un'esplicita menzione nella stessa legge 219 e non un generale rinvio a fonti esterne (di dubbia collocazione)<sup>319</sup>.

---

base dell'art. 27 della legge notarile vale a dire quelle di garantire al cittadino la possibilità di ottenere in tempi certi un servizio pubblico a sua semplice richiesta. Di contro, orientamenti minoritari ritengono che in considerazione della natura singolare delle DAT ( dai risvolti non solo patrimoniali così come l'art. 27 l.not. ma anche etici) dovrebbe accordarsi al notaio la possibilità di obiettare ( M. LAFFRANCHI, *Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT), autonomia professionale e convinzioni etiche*, in *FederNotizie*, 9 febbraio 2018).

<sup>319</sup> «Orbene, ritenere che il legislatore abbia così introdotto un'ipotesi di obiezione di coscienza pare a chi scrive idea peregrina, perché la portata dirompente, anche sovversiva, di tale istituto richiede quantomeno un'esplicita previsione e disciplina. D'altro canto, l'obiezione di coscienza legittima sempre e solo un'omissione e non può mai essere attiva: non può contemplare, per esempio, la continuazione della terapia antibiotica, a fronte del rifiuto opposto dal paziente. Se anche nel « non può esigere trattamenti sanitari », poi, si volesse ricomprendere la fattispecie dell'interruzione che richieda una prestazione di natura sanitaria (l'estubazione, per esempio), pare corretto affermare, anche sotto la lente della ratio legis, che la menzione della contrarietà alla deontologia professionale non possa immediata-mente riferirsi ad un dettato – quello dell'art. 22 – volto a delineare i confini della condotta deontologicamente corretta (ai fini dell'esonero da responsabilità disciplinare): quello che il medico può non fare. La contrarietà attiene, per converso, a ciò che il medico – deontologicamente parlando – dovrebbe fare: il paziente, allora, non potrà pretendere, per l'appunto, il contrario.» Così in S. CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e dat: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, cit., p. 934.

Forzato appare anche il tentativo di inglobare le ragioni di coscienza nella possibilità di disattendere le DAT (art. 4, comma 5) soprattutto per l'assenza di specifiche descrizioni dei criteri adottabili e ai quali ancorare le valutazioni mediche: ciò potrebbe portare ad un abuso normativo oltre che a svariate e contrastanti interpretazioni mediche sulla medesima situazione.

È possibile sostenere dunque che nessuna problematica risulta appiattita tramite «l'aggiunta – all'apparenza ridondante – che, a fronte di siffatte richieste, il medico sia svincolato da obblighi professionali (il riferimento è, evidentemente, a trattamenti non appropriati, alla luce delle conoscenze disponibili, che peraltro rientrerebbero nel novero della violazione dei doveri di buona pratica clinica); è anzi maturata la sensazione che, con tale inciso, si sia creata “una sorta di uscita di sicurezza per i sanitari”<sup>320</sup>, sopperendo così, in maniera indiretta, all'assenza di un'apposita norma, invocata dalla Federazione Nazionale

---

<sup>320</sup> « (...) resa ancor più esplicita da un emendamento approvato nella discussione in Aula teso ad escludere che vi sia un obbligo professionale del medico a dar seguito alle richieste del paziente contrarie anche al codice deontologico. Tale formulazione si presenta anfibia e inevitabilmente ambigua, laddove, se per obblighi professionali si intendono quelli sanciti dall'ordinamento professionale e dalle norme deontologiche, non si comprende come un medico potrebbe rifiutare una richiesta del paziente che sia – in ipotesi – conforme alla legge, ma contraria alla deontologia, incorrendo in tal caso in responsabilità penali e civili.» S. ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *lacostituzione.info*, 22 aprile 2017, p. 2.

degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri<sup>321</sup>, che regolamenti l'obiezione di coscienza.»<sup>322</sup>

## **5. L'erronea sovrapposizione concettuale tra obiezione di coscienza del medico ed autonomia professionale.**

Come è stato rilevato<sup>323</sup>, i rinvii a fonti esterne contenuti nella legge 219/2017 che fungono da contrappeso alle scelte e alla volontà del singolo nel rapporto medico – paziente (alludo all'art. 1, comma 6 in materia di consenso informato così come all'art. 4, comma 5 sulle DAT) più che da copertura per una presumibile clausola di coscienza del personale sanitario, altro non sono che espressione della cd. autonomia professionale.

A ben vedere, il diniego alle richieste dei pazienti da parte di medico obiettore ed il rifiuto opposto da personale medico in virtù della propria autonomia professionale portano a risultati equivalenti (vale a dire il non assecondare le richieste sui trattamenti sanitari o il disattendere le DAT); tuttavia i loro presupposti ontologici risultano divergenti.

---

<sup>321</sup> Nell'audizione del 17 maggio dinanzi alla Commissione Igiene e Sanità del Senato.

<sup>322</sup> Così in C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Dis Crimen Articoli*, 2017 ed in corso di pubblicazione in B. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale degli esercenti una professione sanitaria. Indagine ad un anno dalla legge Gelli-Bianco*.

<sup>323</sup> A tal proposito si vedano le riflessioni contenute in D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT*, cit., p. 1 ss.

Utili e suggestive appaiono le parole utilizzate della Corte Costituzionale dalle quale si evince che «(...) salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia.<sup>324</sup>»

---

<sup>324</sup> «(...) A questi principi si riconduce anche il codice di deontologia medica (3 ottobre 1998), che l'organismo nazionale rappresentativo della professione medica si è dato come "corpus di regole di autodisciplina predeterminate dalla professione, vincolanti per gli iscritti all'Ordine che a quelle norme devono quindi adeguare la loro condotta professionale". Come afferma l'art. 12 (Prescrizione e trattamento terapeutico) di tale codice, "al medico è riconosciuta piena autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico (...), fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso"; ma "le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche (...), sempre perseguendo il beneficio del paziente"; e "il medico é tenuto ad una adeguata conoscenza (...) delle caratteristiche di impiego dei mezzi terapeutici e deve adeguare, nell'interesse del paziente, le sue decisioni ai dati scientifici accreditati e alle evidenze metodologicamente fondate", mentre "sono vietate l'adozione e la diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico-scientifica,

Non appare in dubbio che l'autonomia del medico offra dunque – così come l'obiezione di coscienza – la possibilità per il personale di una motivata esenzione dalle richieste specifiche della volontà del paziente, tale motivazione risiede però nel proprio “convincimento” clinico – scientifico che rende quel trattamento richiesto inadeguato al caso di specie. A legittimare questa sorta di esenzione è la scienza medica nonché il quadro clinico del paziente che affondano le proprie radici in parametri oggettivi validati dalla comunità scientifica: non soltanto un diritto del personale medico, quanto più un suo dovere deontologico.

Discorso diverso per l'obiezione di coscienza. Anche se la stessa fosse legislativamente riconosciuta, consentirebbe al medico di obiettare (ed essere esentato dalla norma) per ragioni totalmente differenti: non perché il trattamento medico richiesto nel singolo caso sia contrastante con la cd. “*leges artis*”, bensì perché – pur se perfettamente adeguato, possibile e idoneo a livello clinico – in contrasto coi propri convincimenti religiosi, etici e culturali.

Non un diritto – dovere verso la comunità ma solo un diritto del singolo, riconosciuto dall'ordinamento in presenza di rigorosi presupposti (e limiti) di rango costituzionale (artt. 2, 3, 19, 21 Cost).

Sulla scorta di ciò, l'errore di fondo di chi ha ritenuto di poter rintracciare degli impliciti rinvii all'interno della legge 219 all'obiezione di coscienza per il tramite delle prassi medico –

---

nonché di terapie segrete.» Corte Cost., sent. n. 282 del 26 giugno 2002 consultabile su <http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0282s-02.html>

deontologiche, sembra proprio questo: l'aver confuso e sovrapposto tale concetto con quello (ben diverso) dell'autonomia professionale.

Infatti, l'inquadramento delle eccezioni alla l. 219 nel novero dell'autonomia professionale, porterebbe a far rientrare quell'irragionevolezza del rinvio a norme deontologiche in quanto, l'eventuale rifiuto di un medico a prestazioni richieste dal paziente – alla luce di una certa oggettività medica – certamente potrà essere meglio definita dalla categoria professionale stessa che dal legislatore.

Diverso sarebbe (ed è) invece affidare a mere regole deontologiche la forza di tutelare la libertà di coscienza (e di un conseguente diritto all'obiezione). A fronte della centralità offerta all'autodeterminazione del paziente, la legge 219 pare – almeno per il momento – offrire un ruolo del tutto secondario ai dettami religiosi – culturali di appartenenza.

## **6. Il ritorno ad un'interpretazione “restrittivo – letterale”.**

A questo punto, le tante criticità dei tentativi di offrire un'interpretazione estensiva del recente testo normativo, avvalorano ancor di più la tesi di segno opposto vale a dire quella che, propende per un'interpretazione letterale della normativa.

Prediligere una lettura restrittiva sta a significare non andare oltre ciò che il legislatore (non) dice rintracciando addirittura elementi tali da

escludere alla radice qualsivoglia possibilità di obiezione di coscienza<sup>325</sup>.

Ad esempio, da un'esegesi letterale dell' art. 4, comma 5 – nella sua discutibile possibilità di disattendere le DAT in accordo col fiduciario – sembra escludersi qualsiasi altra possibilità oltre a quelle tassativamente previste ( palese incongruità , non corrispondenza alla condizione clinica del paziente, presenza di terapie non prevedibili al momento della sottoscrizione) soprattutto in correlazione con quella parte secondo cui ( in caso di contrasto tra medico e fiduciario) la decisione viene rimessa al giudice tutelare. L'intervento di una persona terza rispetto alle valutazioni (eventualmente di coscienza) del medico, avvalorerebbe la primazia della volontà del paziente.

Anche per quanto concerne l'art. 9, comma 1 sul dovere di garantire l'effettività della legge, la norma riferendosi agli aspetti organizzativi della struttura sembrerebbe riferirsi solo ad aspetti di adeguatezza dei mezzi ai parametri legislativi, senza scorgere alcun velato riferimento ad obiezioni di coscienza.

Snodo fondamentale si rintraccia anche nella difficile conciliabilità di una legge sorta per dare attuazione al diritto di autodeterminazione terapeutica con tutte le questioni ascrivibili all'esercizio dell'obiezione di coscienza, il quale potrebbe tradursi in una sorta di offesa alla

---

<sup>325</sup> Cfr. le riflessioni di M. AZZALINI, *Legge n. 219/ 2017: la relazione medico – paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. Civ. Prev.*, n. 1, 2018, p. 8 ss.

persona, in contrasto con i diritti invocati dalla normativa stessa. Si vengono così a realizzare «due paradossi: quello di una obiezione realizzata attraverso un comportamento attivo e impositivo, e quello di una obiezione necessariamente estrinsecantesi in una aggressione direttamente contrastante con il fondamentale complesso di diritti inviolabili protetto dalla legge in questione.<sup>326</sup>»

In questa ottica il silenzio legislativo sembra mal conciliarsi con quella tesi volta a rintracciare degli appigli normativi sull'obiezione di coscienza: il disattendere, ad esempio, per ragioni di coscienza le DAT, porterebbe ad un vero e proprio ossimoro vale a dire quello di legittimare, seppure indirettamente, l'idea di una possibile cura contro il valore della persona, in contrasto con la ratio ed i principi generali che legge stessa 219 garantisce.

---

<sup>326</sup> M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017*, cit., p. 8 ss.

**CAPITOLO VI**  
**SPAZI DI RICONOSCIMENTO APPLICATIVO PER**  
**UN’OBIEZIONE DI COSCIENZA “CONTRA LEGEM”?**

**Sommario:** **1.** Da un’obiezione *sine lege* ad un’obiezione *contra legem*. – **2.** Profili di responsabilità penale a carico del medico – obiettore. – **3.** Possibili strade per una valorizzazione giurisprudenziale dell’elemento religioso - culturale: l’obiezione di coscienza del medico come esercizio di un diritto scriminante ex. art. 51 c.p. – **4.** Ipotesi ulteriori. – **5.** Il riconoscimento dell’obiezione di coscienza del personale medico all’interno della l. 219/2017: mera possibilità o doverosità? (*Rinvio*).

## 1. Da un'obiezione *sine lege* ad un'obiezione *contra legem*.

Come già anticipato, l'assenza di un riconoscimento esplicito del diritto ad obiettare all'interno del testo normativo della legge 219/2017, porta a dover ritenere l'obiezione di coscienza del personale sanitario in ambito di consenso informato e DAT come un'obiezione *sine lege*, vale a dire priva di una previsione legislativa di riferimento che ne detti presupposti, modalità di esercizio e limiti.

O meglio, più corretto è definirla come un'obiezione *contra legem*, non soltanto per la totale inconciliabilità della stessa con la *ratio* legislativa<sup>327</sup>, ma anche perché a tale terminologia generalmente si dà un'accezione più ampia comprensiva di tutte quelle obiezioni non espressamente previste da parte di una legge ordinaria<sup>328</sup>.

Per essere ancora più chiari: seguendo il tenore letterale della legge, se la stessa non fa alcuna menzione al diritto di obiezione di coscienza, si ritiene di doverla escludere. Se si ritiene di doverla escludere, il comportamento di chi la esercita (o proverà ad esercitarla) dovrà essere soggetto a determinate conseguenze perché contrastante col precetto legislativo e dunque illecito.

---

<sup>327</sup> Si rinvia a quanto *supra*, Cap. V, par. 6 sulle ragioni a sostegno dell'interpretazione restrittivo – letterale della legge 219 del 2017.

<sup>328</sup> Seguendo quella *forma mentis* di chi è avvezzo ad inquadrare l'obiezione di coscienza come istituto che, per la sua stessa natura (di esenzione al diritto comune), possa qualificarsi solo “*contra legem*”, valutando così le ipotesi “*secundum legem*” (vale a dire quelle disciplinate dal legislatore) come mera eccezione alla regola.

Secondo questa impostazione, la non menzione da parte del legislatore del riconoscimento dell'obiezione all'interno del testo di legge pare così un'omissione consapevole volta a garantire una maggiore obbligatorietà e non frutto di mera dimenticanza o disattenzione.

Prima ancora di capire quali (eventuali) spazi di tutela potrebbero essere offerti al singolo attraverso il ruolo del giudice ordinario (tenuto ad offrire risposte alle richieste di giustizia pervenutegli) risulta doveroso a questo punto, tentare di comprendere la natura stessa dei precetti contenuto all'interno della legge 219 in quanto, in base a ciò, discenderanno ben precise conseguenze.

È necessario porsi la seguente domanda: l'eventuale sollevamento di obiezione di coscienza del medico di fronte ai precetti contenuti all'interno della legge 219/2017 si pone come esenzione da cosa? Da comandi<sup>329</sup>, da divieti<sup>330</sup> oppure da precetti (generalmente intesi)

---

<sup>329</sup> Nello specifico ambito penale il precetto contiene al suo interno la fattispecie astratta (di fare o non fare) ed assume la particolare forma di “comando” (di fare) nei reati a condotta omissiva. Qualificare i precetti della legge 219/2017 come comandi, starebbe a significare che la stessa pretende dal personale medico una condotta attiva che, sollevando obiezione di coscienza, vorrebbe essere omessa.

<sup>330</sup> La fattispecie astratta è contenente un divieto (un non fare) – al contrario – nei reati a condotta commissiva. Qualificando i precetti della legge 219/2017 come divieti, vorrebbe invece significare che la stessa vieta determinati comportamenti chiedendo astensione.

variabili<sup>331</sup> in base alle situazioni del caso concreto?<sup>332</sup> Si ritiene dunque preliminare un corretto inquadramento della natura giuridica degli stessi<sup>333</sup>.

La prima ipotesi da scartare è quella che identifica entrambi i precetti contenuti nella legge 219 come divieti (contenenti un *non facere*) in quanto, statuendo che il medico “è tenuto a rispettare la volontà del paziente” che rifiuti o rinunci ad un trattamento sanitario (art. 1, comma 6) e che lo stesso è “tenuto al rispetto” delle DAT (art 4, comma 5), vi è una vera e propria incompatibilità logica col tenore letterale delle norme. Insomma, appare coerente sostenere che, se il medico “è tenuto a rispettare”, ciò non possa qualificarsi sempre e solo in termini di richiesta (da parte del legislatore) di una mera astensione, in quanto ben potrebbe concretizzarsi in un comportamento attivo.

---

<sup>331</sup>Il precetto infatti può essere inteso indifferentemente (in una nozione comprensiva di entrambi) sia come comando che come divieto di compiere una data azione o omissione. Qualificarlo in maniera variabile sta a significare che, ad esempio, nel momento in cui il paziente richieda un determinato trattamento (o la sua interruzione) il precetto si indentificherebbe come comando (ad eseguire); nel caso in cui il paziente rifiuti un trattamento, il precetto si identificherebbe come un divieto (ad effettuarlo).

<sup>332</sup> Si riprendono a tal proposito le riflessioni contenute in M. E. FLORIO, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 30 ss.

<sup>333</sup> Ovviamente mi riferisco ai ben discussi artt. 1, comma 6 e 4, comma 5 nella parte in cui si espone che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale» e che «fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT».

Resta da capire dunque se tali norme siano correttamente qualificabili come comandi (vale a dire come imposizione per il medico di tenere una condotta attiva consistente nel rispettare ciò che ha espresso il paziente, a prescindere dall'esatto contenuto) oppure come precetti dal contenuto variabile e cioè: a volte da intendersi come divieti (ad esempio quando il paziente rifiuti il trattamento, vietandone al medico la somministrazione e richiedendo dunque una sua astensione), altre volte come comando ( ad esempio quando il paziente quel trattamento lo richieda ed il medico sia tenuto ad effettuarlo)<sup>334</sup>.

A ben vedere, configurando i precetti come doveri, si finirebbe per venire in contrasto – il più delle volte – con la realtà dei fatti: ad esempio, mettiamo il caso di un medico che sollevi obiezione di fronte ad un paziente che rifiuti l'intubazione artificiale sottoponendolo comunque al trattamento per evitargli la morte.

Così ragionando si inquadrerebbe la condotta del medico come omissiva (intesa come omesso rispetto della volontà del paziente) senza

---

<sup>334</sup> Riecheggia la distinzione delle forme tipiche dell'azione che, in diritto penale, consentono di distinguere i reati in commissivi ed omissivi, a seconda che la condotta tipica sia rappresentata da un agire positivo o da un'omissione. Quelli omissivi inoltre si distinguono in propri ed impropri a seconda che si concretizzino nel mancato compimento di un'azione imposta da una norma penale di comando a prescindere dal verificarsi di un evento (nel caso di quello improprio, come ad esempio l'omissione di soccorso) oppure quando l'evento lesivo dipende dalla mancata realizzazione di un'azione doverosa ( per i propri, come nel caso di omicidio colposo per mancata sorveglianza di un bambino). Per approfondimenti v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale, Sesta Edizione*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 198

tener conto che – di fatto – un comportamento attivo e materiale c'è stato (l'intubazione in sé). E nemmeno può dimenticarsi che, a monte della legge 219 vi è un obiettivo: quello di valorizzare e consacrare in una fonte di rango ordinario la volontà e l'autodeterminazione del paziente.

Per tali ragioni, l'ultima tesi prospettata risulta la più verosimile: la natura dei precetti non è astrattamente inquadrabile in un'esatta categoria giuridica (di comando o divieto) ma, al contrario, ha un contenuto variabile in base alle richieste espresse dal paziente al medico.

Tale precisazione, non è scevra di conseguenze per il tema dell'obiezione di coscienza del personale medico. Infatti, nel caso avessimo identificato i precetti solo come comandi, l'obiezione sarebbe stata solo sempre e solo “negativa”; tuttavia, la variabilità del precetto porta a configurarla come “positiva” o “negativa” in base a ciò che la volontà del paziente esprime al medico (di tenere cioè un comportamento attivo o passivo).

La natura dei precetti contenuti all'interno della legge 219 del 2017, dipende dunque da ciò che la volontà del paziente richieda (elevata proprio per queste ragioni a rango di fonte ordinaria): in base a tale richieste potrà dirsi imposto al medico un comando oppure di un divieto.

Ciò significa che, l'obiezione di coscienza sollevata dal personale medico di fronte ad un comando, avrà una connotazione cd. negativa; al contrario, di fronte ad un divieto si configurerà come positiva. Vale

la pena a questo punto ricordare le differenze che intercorrono tra queste due accezioni.

L'obiezione di coscienza negativa<sup>335</sup> consiste nella facoltà del singolo destinatario di un obbligo giuridico positivo (utilizzando le stesse terminologie adoperate fino ad ora, di un comando – dovere<sup>336</sup>) di sottrarsi per ragioni di coscienza all'adempimento di tale obbligo, attraverso l'omissione di quella prescritta condotta. L'obiezione di coscienza positiva invece risulta la facoltà o potere attribuito al singolo destinatario di un obbligo giuridico negativo (di un divieto appunto), di sottrarsi a ciò, ponendo in essere quella condotta vietata, per ragioni di coscienza religiosa e/o culturale.

Il fattore principale che incide su questa connotazione sarà la modalità deontica della propria condotta<sup>337</sup> che dipenderà a sua volta dalla volontà del paziente e dal contenuto delle DAT.

Invero, potrebbe ad esempio accadere che il paziente richieda al personale sanitario che venga eseguito un trattamento ben specifico (e allora il precetto si configurerà come dovere); oppure che quel trattamento in corso sia interrotto e non proseguito (il precetto assumerà

---

<sup>335</sup> Il caso paradigmatico resta quello dell'IVG.

<sup>336</sup> Terminologia utilizzata anche da P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. BORSELLINO (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, 2011, p. 83.

<sup>337</sup> Quelle modalità deontiche descritte in M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente.*, cit., p. 115; cfr. inoltre N. BOBBIO, *La resistenza all'oppressione oggi*, in *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 211.

la coloritura di divieto); o ancora che richieda una mera astensione da ulteriori trattamenti.

In base a queste variabili, per il medico obiettore potranno discendere diverse ripercussioni giuridiche.

## **2. Profili di responsabilità penale a carico del medico – obiettore.**

Resta da capire quali conseguenze penali potrebbero discendere dal rifiuto opposto alla volontà del paziente (per ragioni di coscienza) da parte del medico obiettore.

Tale operazione, già di per sé difficoltosa, risulta ancora di più ardua considerando che, allo stato dei fatti, non esiste una fattispecie penale *ad hoc* applicabile specificatamente all'attività medica; cioè appare come una «vera e propria lacuna di tutela penale dell'autonomia del paziente, che non sarebbe male colmare, trattandosi della salvaguardia di un diritto costituzionalmente fondamentale. Un'incriminazione di questo tipo potrebbe svolgere anche un importante ruolo di orientamento culturale – ammesso che tale funzione possa attribuirsi alla norma penale – considerata quanto ancora sia radicata la propensione, in una parte cospicua della classe medica (e della magistratura), per una visione paternalistica del rapporto terapeutico.»<sup>338</sup>

---

<sup>338</sup> Così secondo A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, p. 78. La visione paternalistica è da intendersi come un'etica medica fondata sul presupposto secondo il quale solo il medico possiede le competenze

A prescindere dalle crescenti aspirazioni per una riforma pensata per creare delle apposite fattispecie incriminatrici che possano colmare tale lacuna<sup>339</sup>, si proverà (senza pretese di esaustività) ad effettuare un'analisi (inevitabilmente grossolana stante le innumerevoli ed imprevedibili vicende che possono verificarsi) delle ipotesi di reato configurabili in capo al medico obiettore che disattenda le volontà del paziente così come consacrate legislativamente da parte della l. 219 del 2017.

Una delle fattispecie che balza subito all'occhio – molto probabilmente per la sua estrema genericità che causa (ed ha causato spesso) forzature del dato testuale – è quella della violenza privata ex art. 610 c.p.<sup>340</sup> che potrebbe configurarsi in capo al medico obiettore il quale – nonostante il dissenso delle disposizioni del paziente (contenute nelle DAT)<sup>341</sup> – decida di compiere quell'azione che gli era stata

---

idonee per decidere per il bene del paziente, senza necessità di doverne chiedere per forza il consenso. La relazione medico – paziente viene considerata alla stregua di un rapporto unilaterale nel quale il medico decide quando, cosa e come della terapia. Il paziente non viene visto come soggetto della cura ma oggetto della stessa con una relazione terapeutica in virtù di un rapporto fiduciario che implica l'affidamento di un individuo ( il malato) in posizione di inferiorità rispetto ad un individuo in posizione di superiorità (il medico). Così in M.G. FURNARI, *Il paziente, il medico e l'arte della cura*, Rubbetino Editore, Soveria Mannelli, 2005, *passim*.

<sup>339</sup> Cfr. inoltre quanto sostenuto da C. PIERGALLINI, voce “*Colpa*”, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, X, Milano, 2017, pp. 222 ss.

<sup>340</sup> Secondo cui «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni. La pena è aumentata se concorrono le condizioni prevedute dall'articolo 339»

<sup>341</sup> «Il nostro ordinamento ha ormai pienamente dismesso i fondamenti giuridico-ideologici – di matrice autoritaria e illiberale – invocabili a supporto dell'imposizione forzata di un trattamento liberamente e coscientemente rifiutato,

preclusa (si pensi all'esempio precedente dell'intubazione artificiale così come – anche se in parte differente – alla *querelle* sulle trasfusioni di sangue per i Testimoni di Geova<sup>342</sup>).

---

pur se necessario al mantenimento in vita della persona. Il fatto che l'operatore sanitario sia investito di una posizione di garanzia nei confronti della vita e della salute del paziente non si pone in contrasto con tale impostazione: come il consenso informato costituisce fondamento di legittimità dell'attività medico-chirurgica, così gli obblighi giuridici di cura e di intervento del sanitario – e la sfera di applicabilità delle disposizioni previste dal codice penale: art. 579 («Omicidio del consenziente»); art. 580 («Istigazione o aiuto al suicidio»); art. 593 («Omissione di soccorso»); art. 54 («Stato di necessità») – trovano un limite nella rinuncia o nel rifiuto competente ed informato opposto dal malato. Per converso, sorge in capo al medico il dovere di rispettare la volontà del paziente: laddove si verifichi un'illegittima protrazione del trattamento sanitario si può configurare il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.), se ne sussistono i presupposti. Ciò detto, è opportuno differenziare la posizione del paziente autonomo in grado di rifiutare il trattamento sanitario indesiderato senza coinvolgere terzi, da quella del paziente che si trova in condizioni di dipendenza tali da rendere necessario l'intervento del medico.» (S. CANESTRARI, *Consenso, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari. Audizione presso la Commissione affari sociali della Camera dei Deputati (28 aprile 2016)*, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 3, 2016, p. 1021 ss.) Per queste ragioni, si è discusso ancor prima della legge 219 del 2017 di una non configurabilità del reato nei casi in cui il paziente sia in condizioni di incoscienza. (F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 162 ss.)

<sup>342</sup> Da sempre la presenza di contrastanti orientamenti giurisprudenziali sul tema. Una prima impostazione trova riferimento nell'art. 32 del Codice di deontologia medica e sostiene che il medico debba desistere dagli atti diagnostici e curativi, sulla base di principi costituzionali a tutela della persona umana espressi dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. Secondo tale indirizzo, di fronte ad un dissenso informato, il medico dovrebbe astenersi dalle cure (seppur salvifiche); in caso di violazione si esporrebbe a responsabilità civili e penali. Al contrario, l'orientamento maggioritario ha da sempre sostenuto che in caso di grave ed irreparabile pericolo per l'integrità fisica del paziente maggiorenne, capace di intendere e volere, il sanitario è tenuto ad intervenire, senza che la propria condotta possa essere fonte di responsabilità civile né possa integrare gli estremi del reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., in

Ed ancora. Nell'ipotesi in cui il sollevamento di obiezione di coscienza da parte del medico porti alla morte del paziente a causa della sottoposizione al trattamento imposto, in caso il decesso sia conseguenza di lesioni dolose, potrebbe ipotizzarsi il cd. omicidio preterintenzionale ex. art. 584 c.p.<sup>343</sup>; per accertata colpa del medico, si parlerebbe di omicidio colposo ex. art. 589 c.p.<sup>344</sup>

---

quanto sussistono le condizioni di operatività dell'esimente di cui all'art. 54 del c.p. Tra le argomentazioni a fondamento di tale indirizzo vi è la posizione di garanzia che assume il sanitario nei confronti del paziente di cui all'art. 40 c.p. e la natura indisponibile della vita umana di cui agli artt. 579 e 580 c.p. Secondo tale impostazione, siccome il dissenso deve essere manifestato in modo, attuale, chiaro ed informato, il cartellino recante la dicitura "niente sangue" è insufficiente a provare la vera intenzione del paziente circa le terapie salvifiche in quanto idoneo ad esprimere solo un dissenso passato, astratto e passibile di ripensamento. (Cfr. Cass. Civ., III sez., sent. n. 23676, 15 settembre 2008 consultabile su dejure.it)

<sup>343</sup> Secondo cui «Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582 (percosse e lesioni), cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni.» Una delle sentenze più significative si individua nella nota pronuncia sul caso Massimo del 18.10.1990, della Corte di Assise di Firenze, confermata poi in Cassazione con la sentenza n. 5639 del 21 aprile 1992. Un chirurgo ospedaliero, fu condannato per omicidio preterintenzionale per aver eseguito un intervento demolitivo senza il consenso della paziente e senza che si fosse verificata una situazione di emergenza o di immediato pericolo per la salute; la paziente era un'anziana signora che entrata in sala operatoria per effettuare una asportazione transanale di un adenoma villosa, la quale ne era uscita con l'asportazione totale addominoperineale del retto. La peculiarità del caso consiste in quella circostanza per la quale l'intervento era stato tecnicamente ben realizzato (ed anche idoneo per la situazione patologica della signora) ma avvenuto senza il consenso della paziente. La decisione rappresentò una tappa fondamentale per l'affermazione del dovere del medico di acquisire il consenso informato del paziente prima di intraprendere qualsiasi trattamento.

<sup>344</sup> Secondo cui, nei primi 3 commi: «Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. Se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro

Da non sottovalutare è anche il caso in cui, il medico obiettore compia un trattamento sanitario invasivo dall'esito "fausto" (vale a dire che ponga il paziente in una condizione di miglioramento salutare): non sono mancate imputazioni per responsabilità penale a titolo di lesioni colpose o dolose.<sup>345</sup>

Parzialmente differente l'eventualità che il personale sanitario si astenga (rispetto a quanto previsto nelle DAT) dall'obbligo all'esecuzione di uno specifico trattamento (omissione di un trattamento imposto<sup>346</sup>), dal divieto di proseguirlo (prosecuzione di un

---

la pena è della reclusione da due a sette anni. Se il fatto è commesso nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena è della reclusione da tre a dieci anni.»

<sup>345</sup> Si rammenta, la svolta avvenuta tramite la nota "sentenza Giulini" (n. 2437 del 18 dicembre 2008) in cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che, in caso di silenzio legislativo, la mancata acquisizione del consenso del paziente non incida sulla liceità del trattamento medico quando conforme alla *leges artis* e l'esito dell'intervento è "fausto". (Per approfondimenti sulle tesi dottrinali favorevoli alla sentenza: L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, p. 415 ss.; L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, p. 423 ss.; G. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro. it.*, 2009; in senso contrario invece F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Criminal Justice System of the End of Life*, 2009, p. 1811 ss.; R. BLAIOTTA, *Anche dopo le Sezioni Unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Criminal Justice System of the End of Life*, 2010, p. 3358 ss.) Ad ogni modo, tale orientamento sembra confermato dalle pronunce successive (cfr. Cass., sent. 16678/2015).

<sup>346</sup> A meno che non siano «contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali» in quanto «a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.» (art. 1, comma 6 l. 219/2017); o che le DAT «appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla

trattamento rifiutato) o dall'obbligo di interromperlo se già in corso (mancata interruzione del trattamento in atto).

Invero, essendo la violenza privata un reato a forma vincolata – vale a dire punibile solo quando il fatto venga commesso nella forma presa in considerazione dal legislatore (“con violenza o con minaccia”) – appare difficile potersi estendere a qualsiasi fattispecie omissiva impropria; inoltre, residuano ancora forti dubbi sull'assimilabilità dello status del medico a quella posizione di garanzia (rispetto al paziente) ex. art 40 c.p.<sup>347</sup>

Passando invece al reato (questa volta a forma libera) di lesioni personali (artt. 582 e 583 c.p.) la difficoltà comunque permane. Ovviamente non sulle modalità della condotta bensì sul verificarsi dell'evento (la “malattia”) come conseguenza stessa: elemento imprescindibile per la configurazione dell'illecito. La stessa ragione di fondo potrebbe correlarsi anche ai reati di omicidio doloso o colposo: nonostante un'astratta configurabilità, si assiste ad un improbabile riscontro pratico di configurazione in quanto la volontà principale del medico obiettore (almeno di norma) è sorretta ad un obiettivo di

---

condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.» (Art. 4, comma 5 l. 219/2017); intendendo tali disposizioni nel senso restrittivo – letterale esposto in precedenza.

<sup>347</sup> Art. 40 c.p. parte in cui «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». Così L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 36 ss.; critico sull'obbligo di garanzia di mantenimento in vita del paziente anche G. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p. 74 ss.

salvezza o miglioramento della vita del paziente, difficilmente ipotizzabile un'astensione volta a provocare (e realizzare) l'evento – morte.

Per quanto concerne il medico investito di qualifica pubblicistica<sup>348</sup>, il sollevamento di obiezione di coscienza potrebbe invece dar luogo a fattispecie penali particolari come il rifiuto di atti d'ufficio<sup>349</sup> (art. 328 c.p., comma 1<sup>350</sup>, relativamente ai soli casi in cui l'atto possa intendersi

---

<sup>348</sup> È bene ricordare che per una parte della giurisprudenza (*ex multis* Cass., sent. 712 / 2004), la qualificazione soggettiva dei sanitari (come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio) deve essere intesa nel senso di attribuire la qualifica di pubblico ufficiale non rispetto all'intera funzione devoluta dalla legge al soggetto, bensì con riguardo ai caratteri propri e ai singoli momenti in cui l'attività stessa viene concretamente esercitata. Ciò comporterebbe che non si possa parlare di pubblici ufficiali né incaricati di pubblico servizio rispetto a quei medici ospedalieri che svolgono attività diagnostica, terapeutica, e consultiva non concorrente a formare o a manifestare la volontà della pubblica amministrazione.

<sup>349</sup> Si pensi al caso dell'IVG, secondo cui la Corte di Cassazione Penale, VI sez., sent. n. 14979 del 2 aprile 2013 « ha affermato la sussistenza del reato di cui all'art. 328 c.p., considerando che nella specie non potesse operare il diritto di obiezione di coscienza, in quanto la L. n. 194 del 1978, art. 9, esonera il medico obiettore dal partecipare alle attività “specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza”, ma non lo esime dal prestare la propria attività nelle fasi successive per evitare ogni possibile rischio per le condizioni cliniche e di salute della donna.» Il reato “deve ritenersi pienamente integrato” quando il rifiuto riguarda un atto sanitario in una situazione di oggettivo rischio per la paziente, essendo del tutto irrilevante che le condizioni di salute non sono risultate particolarmente gravi: in questi casi il medico ha comunque l'obbligo di recarsi immediatamente a visitare il paziente al fine di valutare direttamente la situazione, soprattutto se a richiedere il suo intervento sono soggetti qualificati in grado di valutare la effettiva necessità della presenza del medico; in questi casi si tratta di rifiuto di atto sanitario da compiersi “senza ritardo” così come ex. art. 328 c.p., 1 comma.

<sup>350</sup> Secondo cui: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di

come urgente e dunque da compiersi “senza ritardo”<sup>351</sup>), l’omissione di atti d’ufficio (328, comma 2<sup>352</sup>, in presenza di richieste effettuate entro 30 giorni da soggetti che vi abbiano “interesse” come ad esempio il fiduciario o l’amministratore di sostegno), ed infine l’abuso d’ufficio (art. 323 c.p.<sup>353</sup>), da applicarsi – in ossequio al principio di specialità – anche in concorso con le norme precedenti.<sup>354</sup>

---

sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.»

<sup>351</sup> Il carattere d’urgenza dell’atto rifiutato ben può essere apprezzato tenendo conto del tenore e della provenienza delle richieste formulate al soggetto attivo (cfr. Cass, sez. VI, n. 27840 del 09 giugno 2009).

<sup>352</sup> «Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l’atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.»

<sup>353</sup> «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità.»

<sup>354</sup> Nell’ipotesi di abuso d’ufficio realizzato mediante omissione o rifiuto deve trovare applicazione l’art. 323, comma 1, in quanto reato più grave di quello previsto dall’art. 328, tutte le volte in cui l’abuso sia stato commesso al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio ingiusto patrimoniale, o comunque per arrecare ad altri danno ingiusto, e tali eventi si siano realizzati effettivamente (Cass. Sez. VI, n. 18360 del 25 febbraio 2003).

È chiaro che, tali profili penali, si debbano accompagnare ad una valutazione dell'omissione del medico alla stregua di illecito civile (a volta unica forma di responsabilità riscontrabile).

### **3. Possibili strade per una valorizzazione giurisprudenziale dell'elemento religioso – culturale: l'obiezione di coscienza del medico come esercizio di un diritto scriminante ex. art. 51 c.p.**

Alla domanda posta in precedenza sui probabili reati configurabili in capo al medico obiettore (rispetto alla legge 219/2017), viaggia di pari passo un interrogativo consequenziale: vale a dire quali siano le modalità per escludere qualsivoglia responsabilità penale (a prescindere dall'illecito commesso).

Consentire tale operazione giuridica consentirebbe un recupero (sotto altra forma) dell'elemento religioso – culturale da parte della giurisprudenza nonché una sorta di lettura culturalmente orientata della fattispecie penale che, in presenza di determinati presupposti, potrebbe essere scriminata. Ovviamente con le dovute precisazioni.

Volendo seguire la teoria secondo la quale è presente un riconoscimento (seppure implicito) dell'obiezione di coscienza all'interno della l. 219 / 2017 (attraverso il rinvio all'art. 22 delle norme deontologiche) la questione sull'applicabilità generale delle scriminanti (ed in particolare di quella ex. art. 51 c.p.<sup>355</sup>) non parrebbe porsi.

---

<sup>355</sup> Per la libertà religiosa come esercizio di una scriminante ex. art. 51 c.p. (il cd. esercizio di un diritto) si rinvia a quanto esposto *supra*, Cap. 3, par. 5.1.

Infatti, il soggetto obiettore potrebbe essere dichiarato non punibile in virtù dell'esercizio di un diritto sancito e protetto dalla legge 219 stessa. Ancora meglio: essendo l'obiezione un diritto legislativamente previsto, non si discuterebbe di alcun reato (e delle modalità per scriminarlo) in quanto la responsabilità penale sussisterebbe solo nel caso in cui si andasse oltre i limiti previsti dalla normativa di riferimento (cioè delle norme deontologiche); tutte le residuali ipotesi di obiezione nei limiti di legge potrebbero ricondursi ad una generale applicazione della *ratio* ex. art. 51 c.p.

Resta da chiarire se l'elemento religioso – culturale (di cui l'obiezione di coscienza è un'evoluzione) possa recuperarsi sotto forma di esercizio di un diritto ex. art. 51 c.p. anche nel momento in cui il silenzio della legge 219 venga interpretato come diniego per il personale medico, manifestandosi come un'obiezione *contra legem*.

È bene precisare che, per la sussistenza di tale scriminante occorre che il fatto penalmente illecito sia stato determinato dalla necessità di esercitare un diritto soggettivo vale a dire di un interesse del soggetto attivo del reato protetto dalla legge in modo diretto e specifico<sup>356</sup>. Nel silenzio del legislatore, seguendo l'orientamento maggioritario (che ritiene necessaria la presenza di un'*interpositio legislatoris*<sup>357</sup>) questa

---

<sup>356</sup> Così Cass., sez. VI, 13 aprile 1976 – 8 ottobre 1976, n. 9784, GP 77, II, 9.

<sup>357</sup> Si rammenta F.C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, cit., p.543; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 240 ss.; F. ONIDA, *Contributo*, cit., p. 230 ss.; S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza*, cit., p. 523 ss.; C. SALAZAR, *I "destini incrociati"*, cit., p. 114; E. LA ROSA, *Attività sanitaria*, cit. p. 113; F. MODUGNO – R. D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema*, cit. p. 97 ss.; S. PRISCO, *Stato democratico*, cit., p. 121; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*,

precisazione consentirebbe già di poter escludere qualsiasi applicabilità della scriminante.

Ma anche a voler sostenere una diretta ed immediata azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza<sup>358</sup> (a prescindere da un espresso riconoscimento legislativo), ciò non sembrerebbe far rientrare i dubbi sull'applicabilità al caso di specie della libertà religiosa ex. art 19 Cost. nel novero dell'art. 51 c.p. in quanto, a prescindere, bisognerebbe comunque tener conto di quel doveroso bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente garantiti rimesso all'interprete<sup>359</sup>. Ed infatti, la dottrina sul punto si è spaccata in due: da un lato quella parte che offre un'interpretazione letterale dell'art. 19 Cost. che porterebbe a garantire solo quei comportamenti esplicitamente espressivi della professione della fede, della propaganda religiosa e del culto; dall'altro un'interpretazione estensiva che ricomprenda una generica protezione della coscienza religiosa e della libertà di vivere in conformità dei dettami della propria fede «nella massima estensione compatibile con altri beni costituzionalmente rilevanti e di analogo carattere fondante.»<sup>360</sup>

Nel caso della l. 219 / 2017, viene ad accadere che gli altri “beni” contrapposti alla libertà religiosa e di coscienza siano (quasi) sempre il

---

cit., p. 1629 ss.; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p.*, cit., p. 92; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 16-17.

<sup>358</sup> A titolo esemplificativo F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto.*, cit., p. 390 ss.; D.M. PAPAYANNIS, *La objecion de concienci*, cit. p. 55 ss.

<sup>359</sup> Cass.Pen., sez. III, n. 27141 del 2006

<sup>360</sup> Cass. Pen., sez. IV, n. 4273 del 2000.

diritto alla salute (inteso complessivamente come diritto al benessere della persona) ed il diritto all'autodeterminazione del paziente i quali, in questo doveroso bilanciamento finiscono inevitabilmente per prevalere. È difficile scriminare condotte lesive di beni e diritti come questi che in una scala di valori si collocano in posizione sovraordinata e la cui tutela parrebbe fungere da limite esterno alla libertà religiosa stessa. Ed ancora: accanto al diritto alla salute e a quello di autodeterminazione, a volte in gioco vi è anche l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione (come ad esempio per il reato di rifiuto od omissione di atti d'ufficio o abuso d'ufficio).

Alla luce di ciò, è possibile dedurre che, se seguendo la tesi sulla necessaria *interpositio legislatoris* si arriva ad un'esclusione (alla radice) dell'applicabilità della scriminante ex. art. 51 c.p.; anche seguendo la tesi sulla diretta azionabilità dell'obiezione di coscienza, tale esclusione possa comunque realizzarsi di fatto, per le ragioni pratiche appena esposte. È chiaro che l'ultima parola spetterà pur sempre al giudice ordinario il quale potrebbe ritenere prevalenti gli interessi religioso – culturali<sup>361</sup> ma comunque, in sostanza, il problema – seppur temporalmente differito – permane.

---

<sup>361</sup> «Se quel momento dovesse giungere, probabilmente apparirà normale quel che di paradossale accade già oggi. Mostrando un oggetto qualsiasi, senza scandalo e senza precipitare il mondo nel nonsenso, ma creando un nuovo pianeta di significati (potenzialmente) aperto alla cittadinanza culturale di tutti, potrà dirsi, anche di fronte alla legge: questo non è quel che si vede. Come l'indiano Sikh, che tenendo in mano un kirpan, dichiara, “signor giudice, questo non è un coltello!”. E viene assolto perché il fatto – il porto abusivo – non sussiste!» Così in M. RICCA, *Il tradimento delle immagini*, cit., p. 30 in commento alla nota sentenza del Tribunale

La questione diventa allora capire la quantità (e qualità) di spazio da potersi offrire all'interno nel nostro ordinamento per la cultura e per la religione, tale da poterli considerare come sistemi normativi (in un certo senso alternativi) rispetto a quello statale. Come è stato rilevato, «la logica retrostante alla tutela della differenza culturale è dunque quella scaturente da una visione contrastiva della pluralità tra sistemi normativi e cognitivi. L'individuo potrà quindi invocare la sua differenza culturale se e solo se si troverà preso nella morsa di un conflitto di fedeltà rispetto a regole di sistemi differenti e in grado di fronteggiarsi sul piano storico-politico e teorico-concettuale. Cultura, manco a dirlo, diventa così sinonimo di etnia o religione. Assimilazione che innesca, a sua volta, l'esigenza di distinguere questa cosa, la cultura appunto, dalla religione e dall'etnia, poiché entrambe, a titolo ogni volta diverso, possono trovarsi combinate e intrecciate ora con la dimensione statale ora con diversi circuiti culturali. (...)». Operazione indiscutibilmente ardua in quanto «il *culturale* è residuale. La curvatura

---

di Cremona sul kirpan. Non è stato l'unico caso in cui un giudice di abbia ritenuto legittima l'obiezione di coscienza sollevata in assenza di espressa previsione normativa. Il Tribunale di Gorizia nel 2016 (con sentenza confermata in appello nel 2018) ha assolto dal reato ex art. 328 c.p. una farmacista che, per motivi legati alla propria fede religiosa, si era rifiutata di vendere un farmaco abortivo dietro valida prescrizione medica. «Si è trattato di una pronuncia singolare, basata soprattutto sulla circostanza che la donna che richiedeva il farmaco non aveva avuto comunque difficoltà a reperirlo, con conseguente non avvenuta lesione del bene penalmente protetto. Tale sentenza lascia aperta la possibilità che, in futuro, anche i medici che sollevino obiezione di coscienza ai trattamenti sanitari richiesti con le disposizioni anticipate di trattamento non incontrino conseguenze giuridiche.» E. CANALE – I. DEL VECCHIO, *La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, in *Giur. Pen.*, 2019, p.20.

culturale è solo degli Altri, di chi è subalterno, periferico, antagonista, dissenziente, contra, e così via. È una cosa loro.»<sup>362</sup>

È necessario dunque una sorta di parallelismo tra sistemi (in un certo senso) autoreferenziali che tuttavia, non può ignorare che – nel particolare caso della l. 219 / 2017 – parrebbe continuamente comparire quel famoso sbarramento (invalicabile)<sup>363</sup> posto a presidio di beni

---

<sup>362</sup> M. RICCA, *Il tradimento delle immagini*, cit., p. 2 – 3.

<sup>363</sup> Sulla teoria *de qua* copiosa giurisprudenza conforme; a titolo esemplificativo e non esaustivo: Cass. Pen., sez. VI, 28 marzo 2012, n.12089 secondo cui «ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti familiari (nella specie, nei confronti della figlia minorenni perché non in grado di ripetere perfettamente a memoria i versi del Corano) non rileva la supposta finalità educativa fondata sul codice etico-religioso del padre di religione musulmana, trattandosi di violazione dei diritti inviolabili della persona i quali rappresentano uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di consuetudini, prassi e costumi antistorici contrastanti con i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione». Ed inoltre Cass. Pen., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 32824 nonché Cass. Pen., sez. VI, 26/11/2008, n. 46300, per le quali «non rileva, per l'integrazione del reato di maltrattamenti in famiglia, nella specie in danno della moglie, il credo religioso dell'autore delle condotte, non potendo ritenersi che l'adesione ad un credo, che non sancisca la parità dei sessi nel rapporto coniugale, giustifichi i maltrattamenti in danno della moglie» Ancora meno recentemente Cass. Pen., sez. VI, 08 gennaio 2003, n.55 e Cass. Pen., sez. VI, 08 novembre 2002, n. 55, «il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) è integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata e tali da cagionarle sofferenza, prevaricazione e umiliazioni, costituenti fonti di uno stato di disagio continuo e incompatibile con normali condizioni di esistenza. Né l'elemento soggettivo del reato in questione può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, commi 1 e 2, cost.) costituiscono uno

fondamentali della persona messi in pericolo da gravi offese (fattispecie ad “elevata offensività”<sup>364</sup>).

Trattasi di beni difficilmente comprimibili da giustificazioni di retaggio religioso – culturale che possano esonerare l’imputato da responsabilità per il tramite dell’art. 51 c.p.; ragion per cui spesso – attraverso questo tentativo esimente – la coscienza del singolo finisce (di fatto) per recedere.

#### **4. Ipotesi ulteriori.**

Secondo parte della giurisprudenza, se la scriminante ex. art. 51 c.p. non può prescindere dall’urgenza per il singolo di esercitare il diritto, tale norma non può trovare applicazione «se detta necessità non ricorre, compreso il caso in cui l’attività dell’agente abbia oltrepassato i limiti del proprio diritto. In tal caso, nell’ipotesi in cui la scriminante sia stata erroneamente supposta, potrà eventualmente trovare applicazione la disciplina ex art. 59 c.p.»<sup>365</sup>

Al quarto comma di tale disposizione<sup>366</sup>, è prevista la cd. scriminante putativa, la quale si potrebbe definire come un tentativo del nostro

---

sbarramento invalicabile contro l’introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili.»

<sup>364</sup> Così come da definizione in F. BASILE, *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista telematica [www.statoe\\_chiese.it](http://www.statoe_chiese.it)), n. 30, 2018, p. 8.

<sup>365</sup> Così Cass., sez. VI, 13 aprile 1976 – 8 ottobre 1976, n. 9784, GP 77, II, 9.

<sup>366</sup> Il quale stabilisce che: «se l’agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si

ordinamento di equiparare la situazione di chi agisce effettivamente in presenza di una causa di giustificazione a quella di chi ha confidato erroneamente nella sua esistenza.

Viene dunque da chiedersi se tale disposizione possa essere applicata al caso di specie del medico obiettore ex lege n. 219 del 2017. A tal proposito, sarà bene chiarire alcuni suoi cavilli applicativi.

Infatti, per spiegare la sua efficacia scriminante l'errore di chi agisce deve investire: «1) *i presupposti di fatto* che integrano la causa di giustificazione stessa (...) 2) una *norma extrapenale* integratrice di un elemento normativo della fattispecie giustificate. È invece da escludere la rilevanza esimente di un *errore di diritto* sfociante nell'erronea (e inescusabile) convinzione che la situazione nella quale l'agente si trova ad operare rientri tra quelle in cui l'ordinamento giuridico attribuisce efficacia scriminante: a ritenere altrimenti, si finirebbe col considerare inoperante, sul principio delle cause di giustificazione, il principio generale *ignorantia legis non excusat* posto dall'art. 5.»<sup>367</sup>

Tali precisazioni non pregiudicano la possibilità di dare rilievo al cd. *errore inevitabile* sui limiti giuridici di una causa di giustificazione

---

tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo» (Art. 59, 4 comma c.p.)

<sup>367</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale.*, cit., p. 260; cfr. inoltre C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 153 ss. Una parte minoritaria della dottrina – sulla scia di quella tedesca – sostiene invece che tale disposizione non incida sul fatto ma sia un errore sull'illiceità nell'ambito della colpevolezza. Sul punto D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Morano Editore, Napoli, 1961, p. 87 ss; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte Generale*, Vol. I, Napoli, 1993, p. 415 ss; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 524 ss.

sulla scorta di quanto statuito dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988<sup>368</sup>, che riconduce – in sostanza – questa particolare forma di errore ad una scusante<sup>369</sup>.

Nel caso in oggetto, il medico che si trovi nella situazione di dover sollevare obiezione di coscienza rispetto a quanto impostogli nelle DAT del paziente, non sembra ascrivibile ad un errore sul fatto<sup>370</sup> (correttamente rappresentato dall'agente) bensì proprio un errore di diritto sulla qualificazione giuridica, ritenendo la propria azione in qualche modo giustificata o giustificabile. Tuttavia, appare abbastanza

---

<sup>368</sup> Nella quale la Corte fu chiamata a risolvere la problematica questione dell'ignoranza inevitabile della legge penale. L'illegittimità dell'art.5 c.p. venne dichiarata sulla base di un rilevato contrasto col principio di personalità della responsabilità penale ex. art. 27.1 Cost. («la responsabilità penale è personale») ed in rapporto al terzo comma della stessa disposizione ( «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»). La Corte infatti statuì che la funzione rieducativa «postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica»; se così non fosse, il soggetto non avrebbe bisogno di essere rieducato rispetto al fatto compiuto in quanto non rimproverabile. Per ulteriori approfondimenti sulla ratio della sentenza e sulla sua correlazione con la «doppia funzione» dell'elemento psicologico del reato (come elemento costitutivo e come delimitazione dell'oggetto del rimprovero) si rinvia a C.FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in S.MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p.297 ss.; inoltre, sulla valorizzazione del dato normativo della conoscibilità della legge penale e circa i limiti dell'errore sulla stessa si vedano le riflessioni di D.SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc.dir.*, VII, 1960, p.644.

<sup>369</sup> Vi è una differenza ontologica tra scriminante e scusante; la seconda – a differenza della prima – lascerebbe l'antigiuridicità obiettiva del fatto facendo venir meno solo la possibilità di muovere un rimprovero all'autore.

<sup>370</sup> Come ad esempio potrebbe essere un errore di percezione riscontrabile in chi credendo di essere aggredito da una determinata persona, reagisce in difesa.

difficile ipotizzare quell'inevitabilità dell'errore alla luce del fatto che i medici hanno ben precise ed ampie competenze professionali, inderogabili doveri informativi ed un'indubbia consapevolezza di stando prevalenza alle ragioni di coscienza rispetto ad un comportamento che riconoscono come giuridicamente doveroso.

E nemmeno parrebbe potersi utilizzare altre forme di scusanti come ad esempio lo stato di necessità o la coazione morale (art. 54 c.p.), difettando – come già esposto in precedenza<sup>371</sup> – la proporzione tra interessi. Ciò appare coerente con la circostanza secondo la quale le scusanti (da intendersi come cause di esclusione della colpevolezza) a differenza di orientamenti stranieri<sup>372</sup>, non hanno ricevuto particolare attenzione da parte della nostra dottrina, se non dalla particolare prospettiva del reato culturalmente orientato<sup>373</sup> i quali hanno dato

---

<sup>371</sup> Si rinvia alle riflessioni *supra*, Cap. III, par. 5.1.

<sup>372</sup> In particolare quella tedesca. Cfr. U. BOPP, *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Karlsruhe, 1974, p. 175; H. RADTKE, *Überlegungen zum Verhältnis vom "zivilem Ungehorsam" zur "Gewissenstat"*, in GA, 2000, p.34.

<sup>373</sup> Sul tema cfr. J. VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally motivated Crimes (Cultural Offenses)*, in *Eur. J. Crime*, vol. 9/1, 2001, p.31; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, p.42; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, p. 30; ID., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 187 ss.; ID., *Società multiculturale e diritto penale: la cultural defence*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, op. cit., p. 358 ss.; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*; ID., *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 485 ss.; C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 245 ss.; G. SALCUNI, *Libertà di religione e*

rilievo alle spinte motivazionali (e di conseguenza all'elemento religioso – culturale) all'interno del giudizio di colpevolezza.

Nell'ardua riconducibilità dell'obiezione di coscienza del personale medico alle forme di scriminanti o scusanti previste nel nostro ordinamento, un ulteriore tentativo di recupero dell'elemento religioso – culturale potrebbe farsi in sede di commisurazione della pena, in modo tale da valorizzarlo almeno sotto forma di attenuazione della sanzione.

Si potrebbe ed esempio discutere della riconducibilità alla circostanza attenuante comune ex. art. 62 c.p., n. 1 (i cd. “motivi di particolare valore morale o sociale”) o di quelle generiche ex. art. 62 bis c.p.: anche questa operazione non scevra di difficoltà. Basti riflettere sul contenuto stesso del “particolare valore morale e sociale”: la giurisprudenza predominante infatti non ritiene sufficiente l'intima convinzione dell'agente di perseguire un fine moralmente apprezzabile, ritenendo necessaria l'obiettiva rispondenza del motivo perseguito a valori etici o sociali effettivamente apprezzabili e, come tali, riconosciuti preminenti dalla collettività.<sup>374</sup>

---

*limiti alla punibilità. Dalla “paura del diverso” al dialogo, in Ind. pen., 2006, p. 607 ss.; L. MONTICELLI, Le “cultural defence” (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale, in Ind. pen., 2003, p. 535 ss.*

<sup>374</sup> *Ex multis* Cass. Pen., sez. I, 8 aprile 2015 – 18 maggio 2015, n. 20443, Cass. Pen., sez. I, 11 novembre 1988, n. 15492, Cass. Pen., sez. I, 5 maggio 1989 – 22 febbraio 1990, n. 2511. Anche se in ambito differente (rifiuto del servizio militare), il professare la fede religiosa non è stato ritenuto fatto di particolare valore sociale rispetto ad altri ritenuti maggiormente importanti come il valore della difesa della patria ( Trib. Verona, sent. n. 89, 3 giugno 1988).

L'esperienza applicativa (nonostante qualche lieve e recente apertura<sup>375</sup>) si caratterizza di un forte rigore ancorato ad una morale conservatrice e spesso tradizionale<sup>376</sup>, che potrebbe essere un ostacolo ad una generale riconducibilità della norma alle tante forme di obiezione di coscienza.

Per una corretta applicazione dell'art. 62 c.p., n. 1 al caso del medico obiettore, bisognerebbe preferire quell'orientamento che parte dall'assunto che si tratti di situazioni di conflitto tra valori etici – morali e doveri giuridici, il quale riconosce che l'attenuante «in ogni movente radicato in una concezione della vita che abbia di per sé, diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento»<sup>377</sup> a prescindere anche da un riconoscimento costituzionale esplicito, con l'obiettivo di tutelare (anche) le minoranze religiose e la pari dignità di tutte le convinzioni (anche ma non solo) fideistiche.

La ritrosia nell'applicare tali disposizioni da parte del giudice ordinario ai casi di obiezione di coscienza – seppur meramente incisive

---

<sup>375</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 28 aprile 2004, n. 31339, in Foro it., 2006, II, 384 nella quale sono stati riconosciuti i motivi di particolare valore morale e sociale nella condotta di un medico che aveva prescritto (in violazione dell'art. 83 d. lgs. 309/90) ad un tossicodipendente, medicinali contenenti sostanze stupefacenti, nell'ambito di una terapia di mantenimento, diretta a distaccare il paziente dal circuito del narcotraffico.

<sup>376</sup> Si pensi, ad esempio, alla ritrosia per le diminuzioni di pene in caso di eutanasia. In tal senso si parlerebbe di applicazioni giurisprudenziali «spesso improntate a una morale tradizionale» D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 434.

<sup>377</sup> T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 220.

sul *quantum* della pena – appare dovuta anche alla paura di incrementare il numero delle fattispecie di reato commesse dall'obiettore (stante la durevolezza nel tempo dei convincimenti religiosi). L'estremizzazione di questo assunto potrebbe portare al (paradossale) verificarsi dell'effetto diametralmente opposto: vale a dire quello di una valutazione ex. art. 133 c.p. dell'elemento religioso – culturale come criterio di inasprimento della pena nel recondito timore di recidive.

**5. Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza del personale medico all'interno della l. 219/2017: mera possibilità o doverosità?**  
**(Rinvio)**

A questo punto, risulta assolutamente lecito chiedersi se l'obiezione di coscienza del medico all'interno della legge 219/2017 – anche se oggi non menzionata – possa essere introdotta in futuro per il tramite di una modifica legislativa.

Non paiono esserci dubbi sul possibile compimento di questa operazione modificativa, ovviamente con le dovute accortezze. Infatti, come è emerso, la difficoltà concreta che – verosimilmente – ha portato il legislatore a tacere sul punto resta il palese timore di una vanificazione dell'effettività della legge stessa, in aggiunta alla preoccupazione di creare una sorta di diseguaglianza tra personale obiettore e non. Per tale ragione, in un eventuale (e possibile) emendamento del testo legislativo che introduca un espresso diritto

all'obiezione di coscienza del personale sanitario, bisognerebbe al contempo assicurare anche tutti quei meccanismi che garantiscano al paziente la possibilità di rifiutare trattamenti futuri o di interromperli se già in atto.

Se queste precisazioni possono apparire per alcuni versi scontate, più insidiosa è la questione di un profilo di doverosità dell'obiezione di coscienza del medico all'interno della legge 219. E cioè: questa volta occorre chiedersi se – in un'ottica “costituzionalmente orientata” – la lacuna del legislatore abbia “profanato” la libertà di coscienza e, per tale ragione, debba ritenersi incostituzionale. In un eventuale ritardo del legislatore e in attesa di un suo preciso intervento, l'arduo compito spetterebbe dunque al giudice.

Fino ad ora, l'attenzione si è concentrata sul ruolo del giudice ordinario. È bene precisare che nella (prospettata) eventualità in cui il giudice all'interno di un procedimento penale si ritrovi a confermare quell'indirizzo dottrina estensivo circa la legge 219 ritenendo l'obiezione di coscienza del medico implicitamente presente nel testo di legge e consentendogli di obiettare, tale operazione ermeneutica avverrebbe già in un'ottica costituzionalmente orientata. E cioè: il giudice ordinario si ritroverebbe (forse anche inconsapevolmente) ad interpretare la legge in conformità del dettato costituzionale arrivando a leggere tra le righe ciò che (forse) il legislatore non voleva dire. In parte, questa logica sembrerebbe presente anche nell'eventualità in cui – pur ritenendo configurato il reato – il giudice giunga a scriminarlo,

scusarlo o attenuarlo per il tramite degli strumenti a sua disposizione (mi riferisco nuovamente agli artt. 51 c.p., 59 c.p., 62 c.p., n.1, 62 bis).

E se lo stesso giudice ordinario – ritenendo il silenzio del legislatore come un diniego di obiezione di coscienza del medico – ritenesse che quell’omissione legislativa sia del tutto contrastante col dato costituzionale? In questo caso potrebbe sollevare una questione di illegittimità costituzionale dinanzi la Corte Costituzionale nella parte in cui il testo di legge non menziona la coscienza religioso – culturale del medico, perché così facendo ha violato la Legge fondamentale (ed in particolare gli artt. 2, 3, 19, 21, comma 1 Cost).

Va da sé che la “patata bollente” passi nelle mani del giudice Costituzionale il quale – in un criptico gioco di ruoli – si ritroverebbe a dover valutare se la tutela (costituzionale) della libertà di coscienza sia così importante da imporre al legislatore un riconoscimento espresso dell’obiezione del personale sanitario all’interno della l. 219/2017, limitando di fatto la discrezionalità legislativa sul tema.

## **CAPITOLO VII**

### **IL RUOLO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE.**

**Sommario:** **1.** Premessa al capitolo. – **2.** Giudice delle Leggi e fattore religioso: il potere additivo della Corte Costituzionale nei casi di mancato riconoscimento legislativo dell’obiezione di coscienza. – **3.** Legge 219/2017 e mancata previsione di un’obiezione di coscienza: (presunti) profili di incostituzionalità. – **4.** In attesa di un intervento: sì, ma quale? – **5.** Spunti di riflessione alla luce delle recenti vicende giurisprudenziali. – **6.** Ragioni e perplessità di un eventuale intervento additivo della Corte. – **6.1.** L’impatto sul tema della laicità. – **6.2.** Un conflitto di lealtà sussumibile nell’ambito della *querelle* “*pro-life*”/“*pro-choice*”. – **7.** Sulla vincolatività nei confronti del Parlamento dell’ordinanza “delega” n. 207/2018. – **7.1.** La perdurante inerzia del legislatore. L’intervento (in seconda battuta) della Corte Costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019. – **7.2.** Verso una nuova definizione ( e limitazione) della discrezionalità del legislatore? Dalla mera possibilità alla necessità di un’obiezione di coscienza per il personale sanitario. – **8.** Il futuro dell’obiezione di coscienza all’interno della l.219/2017 sulla scorta delle indicazioni di Corte Cost., sent. n. 242 del 2019. – **9.** Le incognite della prassi applicativa.

## 1. Premessa al capitolo.

Si passa ora ad analizzare quel secondo problema (volutamente lasciato in sospenso<sup>378</sup>) relativo alla tutela dell'obiezione di coscienza da parte della Corte Costituzionale.

Anche qui da chiamare in causa immediatamente è la cd. discrezionalità legislativa, non tanto sul profilo della necessità di un'*interpositio legislatoris*, bensì ponendo l'attenzione sul tasso di tale discrezionalità. Sostanzialmente bisogna capire l'ampiezza del potere discrezionale in capo al legislatore nel decidere se e quando – rispetto ad altri beni costituzionalmente rilevanti – il diritto a comportarsi secondo coscienza (e quindi l'obiezione di coscienza) possa o meno essere riconosciuto.

Sostenere che il legislatore abbia un margine di discrezionalità assoluto vorrà dire che il giudice costituzionale non potrà mai sindacare nei casi in cui vi siano leggi mancanti di una previsione espressa di obiezione di coscienza. Al contrario, in caso al legislatore venissero riconosciuti dei limiti, ciò vorrebbe dire che, nel momento in cui la Corte Costituzionale ritenesse che tali limiti siano stati sforati (e che una determinata legge abbia esigenze impellenti di esplicitare al suo interno tutela della libertà di coscienza) potrebbe ritenere il riconoscimento dell'obiezione di coscienza una scelta costituzionalmente vincolata.

---

<sup>378</sup> *Supra*, in conclusione del Cap. II, par. 5.

Con un ulteriore e fondamentale esito: quello di potersi pronunciare tramite una decisione additiva<sup>379</sup> per dichiarare costituzionalmente illegittima la legge nella parte in cui omette tale riconoscimento.

Viene così a completarsi il quadro di tutela della libertà (ed obiezione) di coscienza risultando così frutto di integrazione fra più interventi posti su vari livelli: quello del legislatore (in via principale), del giudice ordinario (in via secondaria) e della Corte Costituzionale (in via suppletiva).

---

<sup>379</sup> «Le decisioni additive (o aggiuntive) sono quelle che accolgono la questione di costituzionalità aggiungendo alla disposizione legislativa censurata una norma omessa dal legislatore e non desumibile in via di interpretazione estensiva o di applicazione analogica (...). Esse si pongono come un'ipotesi inversa rispetto a quelle che danno origine alle pronunce di incostituzionalità parziale, perché nel caso in esame la disposizione censurata ha portata normativa minore (più ridotta) di quella che dovrebbe avere per risultare costituzionalmente conforme. La statuizione della Corte, pertanto, va a colpire un'omissione del legislatore, con la conseguenza che come effetto della dichiarazione di incostituzionalità, la norma mancante viene ad esistenza (...). In tali casi, quindi, si amplia il contenuto normativo o la portata applicativa originariamente ascrivibile alla disposizione, lasciandone il testo inalterato. La dichiarazione di incostituzionalità colpisce infatti la disposizione nella parte in cui non prevede un determinato contenuto, o nella parte in cui non si applica a fattispecie ulteriori, o nella parte in cui non include (tra i beneficiari di una prestazione) determinati soggetti, ovvero nella parte in cui non equipara determinati soggetti ad altri.» Così in D. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, in *Corte Costituzionale – Quaderno processuale del Servizio Studi*, maggio 2016, p. 22 (consultabile su [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it)). Cfr. inoltre sul punto: C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro comportamenti omissivi del legislatore*, *ivi*, p. 261 ss.; C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte Costituzionale*, *ivi*, p. 295 ss.; F. MODUGNO – P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 519 ss.

Alludere ad un ruolo “suppletivo” vuol dire concedere al giudice delle leggi l’ultima parola attraverso lo strumento del giudizio di legittimità della normativa specifica esaminata (e per il tramite della cd. addizione a “rime obbligate”<sup>380</sup>) spettando a questi quel bilanciamento tra ingiustificata previsione (del diritto all’obiezione di coscienza) ed ingiustificata omissione.<sup>381</sup>

Tuttavia è bene precisare (o comunque da tener conto) che se fino a non molto tempo fa il giudice delle leggi per porre rimedio alle omissioni legislative incostituzionali utilizzava le sole sentenze additive – che parrebbero fargli assumere funziona normativa – di recente sembra essersi aperta anche la strada per soluzioni diverse in grado di indurre gli altri poteri dello Stato ad un’autonoma risoluzione del problema<sup>382</sup>

---

<sup>380</sup> Il presupposto per un’eventuale pronuncia additiva oltre all’omissione legislativa, resta pur sempre l’esistenza di una sola soluzione costituzionalmente obbligata. Per tale ragione, in dottrina si è soliti parlare di “addizione a rime obbligate” nel senso che «la nuova norma è in quale modo già presente al livello costituzionale e l’estensione a quello legislativo risulta logicamente necessitata, così che la Corte solo apparentemente svolge un’attività legislativa». Così in D. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale*, cit, p. 22; cfr. inoltre V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Cedam, Bologna, 1978, p. 80 ss.

<sup>381</sup> Restando l’organo di garanzia costituzionale deputato a vigilare sui valori contenuti nella Legge fondamentale.

<sup>382</sup> Come si vedrà da qui a poco «(...) tale obiettivo - consistente in ultima analisi nella definizione di un equilibrato rapporto con i propri interlocutori (legislatore e autorità giudiziaria) - viene conseguito attraverso il progressivo affinamento delle tecniche di decisione costituzionale. Il giudice delle leggi cerca, sostanzialmente, un bilanciamento «istituzionale» che gli consenta di garantire la realizzazione dei

## **2. Giudice delle Leggi e fattore religioso: il potere additivo della Corte Costituzionale nei casi di mancato riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza.**

È bene partire da un assunto: il fenomeno religioso (e dunque il diritto ecclesiastico) deve molto all'esperienza giurisprudenziale e all'operato della Corte Costituzionale<sup>383</sup> nel suo continuo verificare la legittimità costituzionale delle norme introdotte nel nostro ordinamento. Nel tempo è emersa «una sorta di straordinaria interdipendenza tra Corte costituzionale e diritto ecclesiastico», in quanto «alcuni momenti 'significanti' della politica giurisprudenziale della Corte sembrano coincidere con altrettanti momenti 'significanti' delle vicende connesse alla problematica ecclesiasticistica.»<sup>384</sup>

Tale “interdipendenza” non affiora tanto da un punto di vista quantitativo (vale a dire rispetto al numero di pronunce sulla materia)

---

principi e dei programmi costituzionali - sfuggendo così al rischio e all'accusa di denegare giustizia - pur senza dover violare, da un lato, le prerogative normative del legislatore e, dall'altro, le prerogative interpretative dei giudici comuni.» (V. MARCENÒ, *La Corte Costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, *Giur. Cost.*, III, 2000, p. 1985). Si potrebbe ad esempio prospettare l'ipotesi di un intervento della Corte costituzionale attraverso una sentenza additiva di principio, che, rivolgendosi al legislatore, farebbe salva l'esigenza di un'*interpositio legislatoris*.

<sup>383</sup> Cfr. a tal proposito le riflessioni contenute in S. DOMIANELLO, *L'evoluzione giurisprudenziale delle fonti del diritto ecclesiastico*, in *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 16.

<sup>384</sup> A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 8.

ma quanto da un punto di vista qualitativo rivelando «delle potenzialità non usuali, se si considera il fatto che, proprio risolvendo precise questioni connesse al vaglio di legittimità di norme di diritto ecclesiastico, la Corte è giunta a prevenire o sostituire l'autorità civile competente nelle proprie responsabilità di interlocutore delle confessioni religiose con le quali fossero intercorsi Accordi o Intese.»<sup>385</sup>

Basti pensare che già da prima del nuovo Accordo del 1984<sup>386</sup> ( ma soprattutto dopo) la Corte Costituzionale è intervenuta più volte sulle leggi statali di matrice ecclesiastica rilevando cause di illegittimità imputabili ad omissioni legislative per mancanza di specifiche previsioni di dettaglio e spesso utilizzando sentenze additive ( o addirittura modificative<sup>387</sup>).

---

<sup>385</sup> L. GRAZIANO, *Riflessioni nel tempo dell'azione della Corte Costituzionale sulla disciplina normativa del fenomeno religioso*, in *Dir. Eccl.*, I, 1996, p. 192; si fa riferimento, ad esempio, al vaglio di legittimità costituzionale della normativa concordataria (sent. Corte Cost. n. 169 del 5 luglio 1971 con la quale si è riconosciuta la legittimità della normativa dell'art. 2 l. 1° dicembre 1970, n. 898 sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario ancor prima dello strumento referendario).

<sup>386</sup> *Ex multis*: Corte Cost sent. n. 32 del 1971 ( sull'impugnabilità della trascrizione matrimoniale); sent. n. 117 del 1979 ( in materia di giuramento testimoniale); sent. n. 16 del 1982 ( matrimonio infrasedicenni); sent. n. 18 del 1982 ( in tema di delibazione)

<sup>387</sup> *Ex multis* ( in epoca successiva al nuovo Accordo): Corte Cost sent. n. 386 del 1988 sull'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. n. 6972/1890 (Norme sulle IPAB) «nella parte in cui non prevede che le IPAB regionali e infraregionali possano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano tuttora i requisiti di un'istituzione privata»; Corte Cost. sent. n. 149 del 1995 sull'illegittimità dell'art. 251 C.P.C. sul giuramento dei testimoni «nella parte

Nello specifico ambito delle omissioni circa l'obiezione di coscienza la pronuncia a cui fare riferimento (prima nel suo genere) resta la nota sentenza n. 196 del 1987<sup>388</sup> sul giudice tutelare<sup>389</sup>. Infatti, la questione di legittimità costituzionale sollevata fu proprio a proposito dell'assenza all'interno della legge<sup>390</sup> di un riconoscimento di obiezione di coscienza per il giudice tutelare al quale viene affidato il compito di autorizzare o meno l'interruzione di gravidanza nel caso di donna di minore età, quando manchi l'assenso di chi esercita la potestà genitoriale.<sup>391</sup>

Nonostante la questione fu ritenuta dalla Corte infondata<sup>392</sup>, il non aver affermato esplicitamente una discrezionalità assoluta del

---

in cui prevede che il giudice istruttore ammonisce il testimone sull'importanza religiosa, se credente, e morale del giuramento e sulle, anziché stabilire che il giudice istruttore avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità e delle»; e «nella parte in cui prevede che il giudice istruttore legge la formula: Consapevole della responsabilità che con il giuramento assumete davanti a Dio, se credente, e agli uomini, giurate di dire la verità, null'altro che la verità, anziché stabilire che il giudice istruttore lo invita a rendere la seguente dichiarazione: Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza».

<sup>388</sup> Cfr. E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice tutelare.*, in *Foro It.*, I, 1988 p. 758 ss.

<sup>389</sup> Per la quale si rinvia *supra* alle note n 171, n. 183 e n. 305.

<sup>390</sup> Chiaramente la l. 194/1978 (in particolare per gli artt. 9 e 12 della legge ed in relazione agli artt. 2, 3, 19 e 21 della Costituzione)

<sup>391</sup> Più di recente Corte Cost. sent. n. 463 del 14 aprile 1988. Sul tema cfr. M. C. FOLLIERO, *La legge 194/1978 nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in memoria di M. Petroncelli*, Jovene, Napoli, 1989, p. 273 ss.

<sup>392</sup> Affermando che il giudice tutelare « (...) rimane esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica. Ed una volta che i disposti accertamenti identificati quale antifatto specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe

legislatore in tema di riconoscimento dell'obiezione di coscienza (con conseguente ed eventuale sottrazione di un sindacato di legittimità), è stato ritenuto da alcuni come ad un riconoscimento implicito del "potere additivo" della Corte Costituzionale sul considerare ( o meglio, trasformare) un'obiezione di coscienza *contra legem*, in un'obiezione *secundum legem*<sup>393</sup>.

Ciò vuol dire che qualora avesse ritenuto che la libertà di coscienza del giudice tutelare non poteva sacrificarsi, nulla avrebbe potuto impedire alla Corte di dichiarare incostituzionale la disposizione di legge nella parte in cui omette di prevedere l'obiezione di coscienza per quel particolare soggetto (il giudice tutelare) che comunque prende parte (anche se in una fase genetica e non medica) alla pratica dell'aborto<sup>394</sup>. Dunque, a prescindere dal fatto che – rispetto alla vicenda specifica – la Corte ha ritenuto che difettassero i presupposti

---

possibile discostarsene; intervenendo egli, come si è chiarito, nella sola generica sfera della capacità (o incapacità) del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie (per gli interdicendi, ad es., a sensi dell'art. 414 cod. civ.). Né potrebbe, peraltro, indurre a diversa considerazione la dizione della norma secondo cui il giudice "può" autorizzare la donna, poiché il termine è piuttosto da riferire, in particolare, alla attività sostitutiva, anche in presenza di rifiuto da parte della patria potestà. Tali essendo i ben circoscritti e non cospicui margini di intervento del giudice tutelare (ed integre restando, comunque, le successive valutazioni della gestante abilitata essa sola a decidere) non sussiste disparità col personale sanitario, al quale soltanto - come riconosce la stessa ordinanza di remissione - competono gli accertamenti intesi alla previsione d'aborto.»

<sup>393</sup> Di questa idea D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 302; S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza*, cit., p. 540; E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, cit., p.766.

<sup>394</sup> Cfr. le riflessioni circa le sentenze additive in M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 95 ss.

per una sentenza additiva, la stessa non se ne preclude la possibilità (anche per accadimenti futuri) nel caso in cui dovesse ritenere che la mancata previsione di obiezione di coscienza da parte del legislatore sia frutto di una scelta manifestatamente irragionevole, confermandosi così quale osservatore privilegiato.

Resta comunque irrisolto l'interrogativo sui profili di legittimità rispetto a questa sorta di "giudice – legislatore" operante ai vertici del sistema soprattutto alla luce dell'assenza di strumenti per far gravare sullo stesso la responsabilità delle proprie scelte (a differenza di quando avviene per legislatore che, ad ogni modo, resta ancorato al giudizio degli elettori)<sup>395</sup>.

---

<sup>395</sup> Ecco perché secondo alcuni, tale meccanismo potrebbe ritenersi operante ad una condizione: l'autorità giudiziaria è tenuta a seguire gli stessi principi giuridici scelti dal legislatore. Così facendo «si affianca al meccanismo dell'*interpositio legis* quello dell'*interpositio iudicum*, affiancamento che potrebbe far nascere problemi di connotabilità politica della decisione del giudice: il giudice non può operare in base a decisioni di opportunità politica, come invece farebbe il legislatore. Da qui la necessità che le sue valutazioni si basino su criteri non differenti rispetto a quelli utilizzati dal legislatore stesso per il riconoscimento delle ipotesi tipiche. (...) Tale meccanismo processuale sarebbe pienamente funzionante anche per l'obiezione di coscienza negativa e garantirebbe maggiore elasticità all'istituto, non lasciando l'ultima parola ad ondivaghe maggioranze politiche in materia di tutela di diritti fondamentali.» M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente.*, cit., p. 122. Provocatorie a tal proposito le parole di V. BALDINI, *I diritti fondamentali tra garanzia costituzionale e condizionalità legislativa. Ripensando all'obiezione di coscienza nella legge sul biotestamento.*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2017, p. 11: « (...) Ma in un contesto nel quale il diritto costituzionale sembra sempre di più sottomettersi alla volontà del giudice (anche costituzionale), non può farsi a meno di richiamare l'antico interrogativo: *Quis custodiet custodes?*»

### **3. Legge 219/2017 e mancata previsione di un'obiezione di coscienza: (presunti) profili di incostituzionalità.**

Come anticipato, accanto alla lettura “estensiva” e “restrittiva” della recente legge 219/2017 è possibile aggiungerne una terza che abbiamo definito come “costituzionalmente orientata”<sup>396</sup>.

Tale accezione non allude a quell'indirizzo che rintraccia nel testo normativo un'ipotesi (seppur implicita) di obiezione di coscienza alla stregua dei dettami costituzionali; al contrario, ci si riferisce a quell'orientamento che rinviene nella (palese<sup>397</sup>) lacuna legislativa una ragione di incostituzionalità valutando al contempo la possibilità di introdurre un'ipotesi di obiezione di coscienza anche attraverso un intervento manipolativo della Corte Costituzionale.

Risulta allora doveroso – in via preventiva – rintracciare i possibili profili di incostituzionalità della legge 219 nella parte in cui la normativa omette un riconoscimento esplicito dell'obiezione di coscienza del personale sanitario.

Ebbene, essendo l'obiezione di coscienza un istituto ascrivibile nel novero di una ben più ampia libertà, un primo profilo di incompatibilità sussiste con tutte quelle norme costituzionali poste a presidio di tale

---

<sup>396</sup> Perché comunque figlia di quella teoria dottrinale che identifica l'obiezione di coscienza come diritto costituzionalmente garantito.

<sup>397</sup> Secondo questo indirizzo, il comma 6 dell'art. 1 non risulta parametro adeguato per sollevare opzione di coscienza da parte del personale medico.

libertà (religiosa e di coscienza<sup>398</sup>): mi riferisco agli artt. 2, 3, 19 e 21 Cost.<sup>399</sup> nella loro proiezione individuale ed intrinsecamente personale. Non solo, è bene ricordare che – sempre da questo punto di vista – un’ulteriore norma violata può rinvenirsi in quella contenuta nell’ art. 9 Cedu (che esplicitamente menziona il diritto di coscienza) nella sua particolare valenza di parametro interposto<sup>400</sup>.

Dubbi di incompatibilità possono sollevarsi anche con l’art. 3 Cost., non nel suo essere espressione di libertà di coscienza (in combinato disposto con gli artt. 2, 19, 21 Cost.) ma strettamente (e singolarmente) inteso come principio di eguaglianza e ragionevolezza.

I soggetti coinvolti (il personale medico) a cui viene negato il diritto a sollevare obiezione potrebbero ritenere (e dimostrare) che la loro situazione sia omogenea rispetto allo *status* di altri soggetti (altri medici) ai quali la legge consente invece di farlo (ad esempio in tema di aborto<sup>401</sup>). In linea teorica, potrebbero denunciare di fronte alla Corte

---

<sup>398</sup> Da intendersi come bene costituzionalmente rilevante (a tal proposito cfr. Corte Cost., sent. n. 409 del 18 luglio 1989; inoltre Corte Cost., sent. n. 43/1997 e sent. n. 141/2006).

<sup>399</sup> Ritenuti – in combinato disposto – esplicitazione di tutela della libertà di coscienza. (cfr. a titolo esemplificativo Corte Cost. sent. n. 271 del 2000)

<sup>400</sup> Nel senso che in capo al legislatore ordinario vi è un obbligo di rispetto delle norme contenute nella CEDU. Questo non perché la normativa contenuta nella CEDU abbia lo stesso rango delle norme costituzionali ma perché la norma nazionale incompatibile con la Convenzione è di fatto incostituzionale ( non per la violazione diretta della norma convenzionale) per violazione dell’art. 117, comma 1 Cost. e l’obbligo di rispetto in esso formalizzato.

<sup>401</sup> Operazione tutt’altro che semplice, bisognerebbe dimostrare che vi è un’identità tra tutti i profili dell’obiezione di coscienza e cioè: identità della categoria di soggetti, identità della situazione di conflitto di coscienza ed identità

Costituzionale un'irrazionalità della legge nel suo disciplinare in maniera palesemente diverse situazioni (in sostanza) uguali. L'omesso riconoscimento dell'obiezione di coscienza all'interno della l. 219/2017 comporterebbe così un'incostituzionalità per il tramite del filtro del principio di uguaglianza – ragionevolezza fra situazioni di vantaggio poste a presidio di una determinata categoria di soggetti. L'art. 3 Cost. resta il parametro da utilizzare con più prudenza in quanto – considerando il carattere derogatorio dell'istituto dell'obiezione di coscienza – potrebbe portare ad un'esenzione legislativa per casi totalmente diversi da quelli previsti dalla volontà del legislatore.

La plausibilità di una questione di legittimità costituzionale potrebbe farsi avanti anche tenendo «in considerazione che nella nostra società pluralista, anche in riferimento ai valori e diritti fondamentali accolti dalla Costituzione, è maturata una sensibilità che ammette la possibilità, in situazioni di particolare problematicità etica, di sollevare “opzione di coscienza”, rimettendo all'individuo la scelta tra comportamenti alternativi legittimi sotto il profilo giuridico.»<sup>402</sup>

Non può negarsi che un eventuale rifiuto di trattamenti salva – vita (espresso in una DAT) rientri sicuramente in queste situazioni di particolare problematicità etica: ciò potrebbe far avanzare quelle

---

di conseguenze. Questa è la ragione che ad esempio, in tema di IVG non porta a ritenere omogenee la situazione ex. art. 9 della legge 194 del medico e del farmacista che si rifiutano rispettivamente di prescrivere e vendere la pillola del giorno dopo.

<sup>402</sup> Così L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. Fam. Per.*, n. 1, 2018, p. 179.

dottrine bioetiche ( di cui, alcune, di stampo cattolico<sup>403</sup>) le quali considerano il non consentire ad un medico di potersi rifiutare (per motivi di coscienza) ad interrompere dei trattamenti sanitari ( anche se su richiesta e consenso del paziente) totalmente in contrasto con un concetto di inviolabilità e indisponibilità della vita umana ex. art. 32 Cost, da intendersi come bene non negoziabile.

Un ulteriore problema di compatibilità costituzionale ( per mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza) potrebbe rintracciarsi anche all'interno dell'art. 1, comma 9 della legge 219 nella parte in cui «ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale.» Sembrerebbe infatti non tenersi conto della presenza di istituzioni sanitarie ecclesiastiche che «sebbene soggette alle leggi dello Stato, godono della tutela delle loro finalità, da intendersi come ovvio indirizzate al rispetto dei precetti della dottrina cattolica, così come recita l'art. 7, comma 4, dell'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana in modifica al Concordato lateranense (14 febbraio 1984).»<sup>404</sup>

La disposizione – che nasce con l'intento di vincolare alla legge le strutture private come quelle pubbliche – finisce così inevitabilmente per coinvolgere anche quelle gestite dalle cd. organizzazioni di

---

<sup>403</sup> Che ritengono questa modalità una sorta di eutanasia mascherata.

<sup>404</sup> L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato*, cit., p. 180..

tendenza (religiosa). Con questa formula si intende indicare quelle ipotesi in cui «la specifica tendenza ideologica, come nel nostro caso, religiosa e/o confessionale di un'organizzazione richieda in chi vi appartiene o per essa svolge una determinata attività un dovere di conformità. (...) Esse si propongono certo di propagandare determinati credi, valori e orientamenti in materia (...) religiosa ma tale obiettivo viene a realizzarsi attraverso il dichiarato svolgimento di specifiche attività (...) neutre alle quali sole si deve la qualificazione civilistica dell'organizzazione stessa.»<sup>405</sup>

Escludere l'esercizio dell'obiezione di coscienza per il personale medico a qualsivoglia struttura (pubblica , privata ed anche “confessionale – di tendenza”<sup>406</sup>) creerebbe un possibile *vulnus* in riferimento ai Patti Lateranensi e all'art. 7 della Costituzione ( che li recepisce). Allo stesso tempo, anche a voler dar per scontato – solo in riferimento a queste particolari strutture – il diritto costituzionale di esercizio dell'opzione di coscienza, ciò porterebbe comunque una disforme applicazione della l. 219/2017 nell'alveo dei rapporti di lavoro subordinato<sup>407</sup> tra medici assunti in strutture gestite da organizzazioni

---

<sup>405</sup> G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 200.

<sup>406</sup> Per L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato*, cit., p. 183 «le istituzioni sanitarie ecclesiastiche godono in virtù del Concordato di una particolare collocazione nell'ordinamento giuridico italiano, al punto d'assumere una sorta di terzo *genus* tra la struttura sanitaria pubblica e quella privata; all'interno di queste istituzioni, è scontato il diritto costituzionale di esercitare l'opzione di coscienza da parte di medici e operatori sanitari, a fronte dell'applicazione delle norme di condotta previste nella normativa.»

<sup>407</sup> Bisogna ricordare che la legge riconosce alle organizzazioni di tendenza un regime derogatorio delle norme in materia di licenziamento individuale ai sensi

di tendenza e medici assunti altrove (e dunque un'illegittimità costituzionale nuovamente sotto il profilo dell'art. 3 Cost).

---

dell'art. 4 della legge 1990 secondo cui « le disposizioni degli articoli 1 e 2 non trovano applicazione nei rapporti disciplinati dalla legge 2 aprile 1958, n. 339. La disciplina di cui all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge, non trova applicazione nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto». Ciò potrebbe comportare una disapplicazione della l. 219/2017 «attraverso il ritorsivo provvedimento di licenziamento del medico che, trovandosi a esercitare un proprio dovere che discende da una norma cogente, ponesse in essere atti considerati come non consoni agli orientamenti eticamente polarizzati della struttura ove egli presta servizio. (...) Si ponga il caso di un medico che eserciti la propria attività quale dipendente di una struttura ospedaliera gestita da una ODT e che provveda a sospendere l'alimentazione e l'idratazione a un paziente in stato di morte imminente perché le DAT del morituro esplicitamente prevedevano tale disposizione. Si ponga poi per ipotesi che la direzione della struttura ospedaliera reputi l'agire del sanitario come in contrasto alle convinzioni etiche poste alla base della organizzazione di tendenza che gestisce l'ospedale e che pertanto provveda al licenziamento del medico. È pacifico, come già detto, che il medico non possa in alcun modo eccepire la propria obiezione di coscienza, al fine di disattendere le DAT, pertanto il sanitario ha agito nell'esercizio di un dovere, rispettando la legge dello Stato e i diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti del paziente. paziente, esporrebbe il medico a una responsabilità penale e civile (quest'ultima, per inciso, vedrebbe altresì il coinvolgimento della struttura ospedaliera). A questo punto è doveroso chiedersi se una struttura ospedaliera privata, che non può derogare alle disposizioni normative in materia di DAT, se non ponendo in essere un comportamento *contra legem*, possa raggiungere tale obiettivo ponendo in essere una politica ritorsiva di licenziamento del personale medico che agisce in ottemperanza della legge. La risposta non può che essere al contempo univoca e negativa (...)» così F. BOTTI, *La fine di un lungo viaggio*, cit., p. 627.

#### 4. In attesa di un intervento: sì, ma quale?

Alla luce di quanto esposto fin ora, è possibile delineare qualche punto fermo. Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale maggioritaria e più o meno risalente<sup>408</sup> nonché dalla legislazione vigente<sup>409</sup>, emerge che quando il legislatore ha deciso di optare (discrezionalmente) per un riconoscimento espresso del diritto all'obiezione di coscienza (i cd. casi "*secundum legem*") lo ha fatto verificando con attenzione se ben precise condizioni si fossero avverate: da un lato lo (stretto) nesso di causalità tra condotta dell'obiettore ed evento eticamente controverso, dall'altro «una

---

<sup>408</sup> Fra tutte si rammenta Corte Cost. sent. n. 43 del 1997 nella parte in cui si afferma che la protezione accordata dal testo costituzionale alla libertà di coscienza non deve ritenersi illimitata e incondizionata ma subordinata alla valutazione del legislatore il quale, discrezionalmente, valuta la compatibilità delle ipotesi di obiezione con i doveri di solidarietà politica, economica e sociale (in quanto tali inderogabili). Riportando le parole precise: «L'incostituzionalità della normativa impugnata, al di là dei profili di irrazionalità interna al sistema legislativo ora esaminati, risulta altresì dalla violazione degli articoli 2, 3, 19 e 21, primo comma, della Costituzione i quali, come riconosciuto dalla giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 196 del 1987 e 467 del 1991), contengono un insieme di elementi normativi convergenti nella configurazione unitaria di un principio di protezione dei cosiddetti diritti della coscienza. Tale protezione, tuttavia, non può ritenersi illimitata e incondizionata. Spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch'essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro, affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi.»

<sup>409</sup> In particolare l. n. 194 del 1978, l. n. 413 del 1993, l. n. 40 del 2004.

valutazione in termini di sostenibilità dell'opzione obiettorica nell'ordinamento».<sup>410</sup>

Sulla scorta di ciò, potrebbe pensarsi che l'omesso riferimento all'obiezione di coscienza nella l. 219/2017 possa essere frutto proprio di questa precisa valutazione e cioè che il legislatore – rispetto alla normativa sulle DAT – abbia ritenuto che uno di questi due presupposti (ma anche entrambi) non si sia verificato.

Stante la difficile dimostrazione della mancanza di un nesso eziologico tra condotta del medico e l'evento morte del paziente sembrerebbe maggiormente verosimile l'assenza del secondo presupposto costituito dall'insostenibilità dell'opzione obiettorica. L'omissione potrebbe così giustificarsi attraverso una valutazione legislativa di (in)conciliabilità dell'obiezione di coscienza con interessi ritenuti più importanti (come la salute o l'autodeterminazione).

A prescindere dalle (supponibili) ragioni sostanziali, già il fatto di discuterne<sup>411</sup> porta ad escludere l'ipotesi di una mera disattenzione o sciattezza legislativa, anzi, al contrario, il “non disporre” sembra un “disporre diversamente” e cioè frutto di una precisa volontà politica (come è emerso anche dai lavori in sede parlamentare<sup>412</sup>).

---

<sup>410</sup> Così secondo C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza*, cit., p.23.

<sup>411</sup> Di discutere cioè che una ragione sostanziale – a prescindere dalla natura – ci sia stata da parte del legislatore.

<sup>412</sup> Infatti, durante l'iter che condusse all'approvazione della legge n. 219/2017, se ne discusse molto e si manifestarono una pluralità di orientamenti sulla questione obiezione di coscienza da parte del personale sanitario. Una prima posizione (di ispirazione confessionale) era contraria alla legge e lamentava la mancanza di una chiara previsione di tale diritto; una seconda posizione (di medesima ispirazione

Dunque, anche l'assenza di una disciplina attuativa, finisce per rivestirsi di un intrinseco significato politico (seppur omissivo) traducendosi – come già visto – in una difficile ammissibilità di un esercizio (legittimo) di obiezione di coscienza (che abbiamo appunto definito “*contra legem*”) e in un problematico utilizzo di canoni ermeneutici da parte del giudice ordinario.

L'attesa di un futuro intervento, necessita a monte di una preventiva ricomposizione di interessi: da un lato, quelli derivanti da attività di mediazione politica (in cui si esprimono e tutelano le minoranze, tra cui quelle religiose); dall'altro, quelli frutto di precisa volontà politica (presente sia in esplicite previsioni che in omissioni legislative), ed infine quelli scaturenti dal ruolo della Corte Costituzionale, organo a presidio del sistema e che «trova proprio nella vocazione antimaggioritaria la sua legittimazione democratica.»<sup>413</sup>

Sta di fatto che la consistenza stessa delle omissioni legislative (ed i risvolti in concreto) restano difficilmente prevedibili *ex ante*, risultando, a conti fatti, quasi sempre *ex post*, soprattutto nel modo in cui vengono evidenziate da parte della giurisprudenza costituzionale (spesso) dietro sollecitazione del giudici comuni.<sup>414</sup> È nei giudizi di

---

confessionale) ne sosteneva – al contrario – la presenza implicita nel testo di legge; un'ultima posizione (per così dire “laica”) temeva una prevalenza dell'istituto dell'obiezione di coscienza con l'effetto di depotenziare la portata della legge. (Per approfondimenti sull'iter parlamentare si consulti il sito [www.camera.it](http://www.camera.it))

<sup>413</sup> C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza*, cit., p.26.

<sup>414</sup> Si rinvia alle riflessioni di A. RUGGERI, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in [dirittifondamentali.it](http://dirittifondamentali.it), n. 1, 2020, p. 193 ss.

legittimità costituzionale che il silenzio del legislatore può rilevare: mi riferisco a quel preciso momento in cui la Corte dovesse ritenere che siano possibili delle soluzioni normative differenti ma comunque compatibili col dettato costituzionale. Il confronto più arduo resta quello col potere discrezionale del Parlamento<sup>415</sup>: ma è proprio in questa sede che – in ossequio al principio di distinzione degli ordini – si ritrova il confine tra merito e legittimità, tra politica e diritto.

Come si vedrà, nonostante i (presumibili) profili di incostituzionalità della l. 219/2017 per mancato riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza, non è assolutamente scontato addivenire ad una soluzione anziché ad un'altra ( pronuncia additiva della Corte oppure intervento del legislatore): tuttavia le più recenti vicende giudiziarie (e di cronaca), risulteranno utili ( anche se forse non risolutive) per fare più chiarezza su questo delicato rapporto tra poteri.

---

<sup>415</sup> Cioè del legislatore, così come evocato nella legge n. 87 del 19531, art. 28. «disposizione, quest'ultima, di non semplice lettura, ma che va storicamente inquadrata alla luce delle preoccupazioni di un legislatore che, nel '53, non aveva ancora ben chiara la fisionomia che avrebbe assunto l'organo di giustizia costituzionale e che, dunque, si premunì di escluderne l'ingerenza nel merito della legge.» A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il perdurare dell'inerzia legislativa*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, p. 746.

## **5. Spunti di riflessione alla luce delle recenti vicende giurisprudenziali.**

La questione del fine – vita, anche se mai sopita, è tornata indiscutibilmente alla ribalta da un punto di vista mediatico con i recenti episodi di cronaca giudiziaria: mi riferisco al noto “caso Cappato” i cui fatti saranno sicuramente ben risaputi a tutti.<sup>416</sup>

---

<sup>416</sup> Nonostante il clamore mediatico della vicenda, per completezza espositiva, se ne proverà comunque ad offrire una sintesi. Fabiano Antoniani (meglio conosciuto come DJ Fabo) a causa di un grave incidente automobilistico avvenuto in data 13.06.2014 rimase tetraplegico e affetto da cecità permanente, senza autonomia nell'alimentazione, nella respirazione e nell'evacuazione e con continui forti e continui dolori fisici che gli venivano placati attraverso sedazione. Tuttavia, conservando intatte le facoltà intellettive, espresse consapevolmente la volontà di morire, ben consapevole del fatto che la sua situazione sarebbe stata irreversibile. Tale volontà fu espressa ripetutamente ai suoi familiari (nonostante i loro innumerevoli tentativi di distoglierlo da tale pensiero), ribadita tramite tantissimi comunicati pubblici e televisivi nonché anche attraverso lo sciopero della fame e della parola. Nella fase di esposizione mediatica, conobbe il sig. Marco Cappato il quale, a seguito delle continue richieste di aiuto a porre fine alla sua esistenza recandosi all'estero, assecondò la volontà di DJ Fabo guidandolo in Svizzera (ove tale pratica è lecita). Il suicidio avvenne presso la clinica svizzera in data 27.02.2017, previa verifica delle condizioni di salute dell'Antoniani, della sua capacità di autodeterminazione, del suo (ancora forte) consenso e della sua possibilità assumere autonomamente il farmaco “mortale” (attraverso uno stantuffo iniettante azionato con la bocca). Marco Cappato si autodenunciò ai Carabinieri di Milano a ritorno dal viaggio. La Procura, dopo le indagini, ne chiese l'archiviazione, ritenendo che ai sensi dell'art. 580 c.p. (in una lettura definita “costituzionalmente orientata”) la condotta dovesse ritenersi non punibile; in via subordinata, chiese che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale del medesimo articolo. Il GIP rigettò entrambe le richieste, disponendo invece, ai sensi dell'art. 409, co. 5 c.p.p., l'imputazione nei confronti del Cappato, il quale venne così tratto a giudizio davanti alla Corte di Assise di Milano. Per approfondimenti sulla vicenda *ex multis*: A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle*

Sia chiaro, non è di certo questa la sede per approfondire una vicenda così complessa tuttavia – per giungere a quei tratti giurisprudenziali che possono essere utili alla nostra tematica – sarà bene ricordarne alcuni aspetti processuali salienti<sup>417</sup>.

---

*leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018; P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017; ID., *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2017; M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 11, 2017; A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 marzo 2018; U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 23 novembre 2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 19 novembre 2018; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 14 marzo 2019.; C.B. CEFFA, *Il diritto di morire con dignità: il «caso Cappato» davanti ai Giudici della Corte costituzionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2018, p. 697 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018.

<sup>417</sup> «Occorre considerare che, sebbene l'intera vicenda si sia svolta prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017, con la quale il legislatore ha riconosciuto il diritto individuale all'autodeterminazione terapeutica, incluso quello di sospendere la somministrazione di presidi di sostegno vitale, Antoniani avrebbe potuto comunque, in ragione di un consolidato orientamento giurisprudenziale ancorato al principio costituzionale del consenso informato, chiedere il distacco dai macchinari che lo tenevano in vita. Chiedere ed ottenere il distacco dal respiratore artificiale, o dal sistema di nutrizione ed idratazione, però, avrebbe reso il trapasso di Antoniani particolarmente doloroso e non preventivamente quantificabile sotto il profilo temporale, in quanto a seguito di diagnosi medica gli era stata certificata

L'otto novembre 2017 si è aperto il processo nei confronti di Marco Cappato, imputato di istigazione al suicidio ex. art. 580 c.p. per aver aiutato Fabiano Antoniani (Dj Fabo) a raggiungere la Svizzera per ottenere il cd "suicidio assistito" ( o meglio « per aver rafforzato il proposito suicidario di Antoniani Fabiano, affetto da tetraplegia e cecità a seguito di incidente stradale avvenuto il 13.06.2014, prospettandogli la possibilità di ottenere assistenza al suicidio presso la sede dell'associazione *Dignitas*, a Pfaffikon in Svizzera, e attivandosi per mettere in contatto i famigliari di Antoniani con la *Dignitas* fornendo loro materiale informativo; inoltre per aver agevolato il suicidio dell'Antoniani, trasportandolo in auto presso la *Dignitas* in data 25.02.2017 dove il suicidio si verificava il 27.02.2017»<sup>418</sup>).

Il 14 febbraio 2018 la Corte d'Assise di Milano si è pronunciata (momentaneamente) attraverso un'ordinanza che dichiarava l'assoluzione di Marco Cappato «perché il fatto non sussiste» ritenendo in subordine di sospendere il giudizio per necessità di sollevare «questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito

---

la possibilità di sopravvivere ore, se non giorni, dopo lo spegnimento dei macchinari. Escludendo di avvalersi di questa opzione, Antoniani prendeva in seguito contatti con Marco Cappato, esponente del partito dei Radicali italiani e membro dell'Associazione Luca Coscioni, il quale gli offriva aiuto tanto per lo svolgimento delle pratiche burocratiche che per l'accompagnamento in Svizzera.» C.B. CEFFA, *Il diritto di morire con dignità*, cit., p.699.

<sup>418</sup> Così secondo il capo di imputazione del procedimento penale a carico di Cappato Marco (n. 9609/17 Not. Reato, n. 11/17 R.G).

suicidario, ritenendo tale incriminazione in contrasto e violazione dei principi sanciti agli artt. 3, 13, II comma, 25, II comma, 27, III comma della Costituzione, che individuano la ragionevolezza della sanzione penale in funzione dell'offensività della condotta accertata» e dovendosi ritenere che «in forza dei principi costituzionali dettati agli artt. 2, 13, I comma della Costituzione ed all'art. 117 della Costituzione (con riferimento agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) all'individuo sia riconosciuta la libertà di decidere quando e come morire e che di conseguenza solo le azioni che pregiudichino la libertà della sua decisione possano costituire offesa al bene tutelato dalla norma in esame.»<sup>419</sup>

La Corte Costituzionale riunitasi il 23 ottobre 2018 per discutere la questione di costituzionalità si è pronunciata il giorno seguente con l'ordinanza n. 207/2018 rinviando la trattazione della questione ( per le ragioni che si esporranno a breve) all'udienza del 24 settembre 2019.

A seguito di tale udienza, con sentenza n. 242 del 2019 la Consulta ha ritenuto «non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale (a determinate condizioni) chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e

---

<sup>419</sup> Ordinanza n. 43 della 1<sup>a</sup> Corte D'Assise di Milano del 14 febbraio 2018, consultabile su <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/03/14/18C00062/s1>.

consapevoli<sup>420</sup>». Le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale (depositate il 22 novembre 2019) sono state inoltrate alla Corte di Assise di Milano, la quale il 23 dicembre 2019 ha definitivamente assolto Marco Cappato perché «il fatto non sussiste».

Sulla scorta di quanto accaduto, è bene precisare che, ad oggi, l'ambito di applicazione della legge del 22 dicembre 2017, n. 219 (sul consenso informato e sulle DAT) si rivolge ad ipotesi differenti rispetto alla vicenda Cappato, non disciplinando i casi di eutanasia attiva né tantomeno quelli di suicidio assistito<sup>421</sup>, entrambi ancora vietati in Italia. Sarà pur vero che dietro quelle disposizioni che consentono al paziente di interrompere un trattamento terapeutico che lo mantiene in vita alcuni hanno intravisto una forma (mascherata<sup>422</sup>) di eutanasia; tuttavia, da punto di vista eziologico, l'evento morte (nell'ottica del legislatore) viene considerato solo come conseguenza della ripresa del processo patologico originario del paziente.

---

<sup>420</sup> Comunicato della Consulta – Ufficio Stampa, del 25 settembre 2019 consultabile su [https://www.cortecostituzionale.it/CC\\_CS\\_20190926122152.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/CC_CS_20190926122152.pdf).

<sup>421</sup> «Nel primo caso, la morte è causata da una condotta attiva di un soggetto terzo, spesso il medico, che somministra al paziente farmaci letali (comunemente è utilizzato, per questo scopo, il cloruro di potassio) col preciso intento di procurare la morte; nel secondo caso, invece, è il paziente stesso che causa materialmente la sua morte, assumendo la sostanza nociva, mentre i soggetti terzi contribuiscono alla realizzazione del suo intento fornendo supporto legale, logistico, psicologico.» G. APREA, *L'eutanasia e il suicidio assistito: esiste un diritto alla "morte dignitosa"?*, in *diritto.it.*, 14 novembre 2019.

<sup>422</sup> In particolare alcune dottrine di stampo cattolico; in senso contrario C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza*, cit., p. 2; C. CASONATO, *A proposito del ddl sul testamento biologico*, cit., p. 5; F. BOTTI, *La fine di un lungo viaggio*, cit., p. 20; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione*, cit., p.127.

La legge 22 dicembre 2017, n. 219 disciplina dunque i soli casi in cui il paziente si opponga all'inizio o alla prosecuzione delle cure necessarie per il proprio mantenimento in vita (dissenso manifestabile anche in un momento antecedente attraverso le DAT).

Al fine di comprendere per quali ragioni le recenti pronunce sulla vicenda Cappato possano offrire delle occasioni di riflessione utili al tema dell'obiezione di coscienza all'interno della legge 219, è necessario avere piena contezza delle differenze tra i due casi. È solo partendo dai tratti da tenere (necessariamente) distinti che si potrà giungere a quelli sovrapponibili o da cui poter prendere spunto: infatti pur partendo da una tematica comune (vale a dire quella del fine – vita) la vicenda Cappato si differenzia in più punti dalle problematiche finora esposte circa la legge 219/2017<sup>423</sup> ed il medico obietto.

Innanzitutto, trattasi di una condotta proveniente da un soggetto terzo (il Cappato) e non di un soggetto facente parte del personale sanitario: ciò vuol dire che i fatti si collocano totalmente al di fuori del rapporto terapeutico (condizione imprescindibile per l'applicabilità della legge 219 sul consenso informato e le DAT, che disciplina il solo rapporto tra medico – paziente).

Non solo. Nonostante la legge 219 sia stata inserita (come si vedrà) nelle pronunce della Consulta come parametro a sostegno dell'illegittimità dell'art. 580 c.p., le condotte consentite dalla normativa non sono assolutamente sovrapponibili con quelle poste in

---

<sup>423</sup> Sugli elementi di differenziazione cfr. inoltre C. CUPELLI, *Consenso informato*, cit., p. 23 ss.

essere da Cappato. Infatti, la recente legge non menziona alcun “suicidio assistito” ma accorda (unicamente) al medico – nei casi previsti di prognosi infausta a breve termine, di imminenza di morte ed in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari – di poter ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, insieme alla terapia del dolore (previo consenso del paziente).

Ma anche a voler scorgere in questa regolamentazione una condotta – per alcuni versi – assimilabile al cd. suicidio assistito (il paziente che chiede l’interruzione di un trattamento vitale con sedazione profonda<sup>424</sup>), la liceità di tale comportamento potrebbe essere ascrivibile solo in capo al medico e non di chi si collochi al di fuori di un rapporto terapeutico in corso (o prossimo), ragion per cui le condotte contestate al Cappato non possono ritenersi penalmente irrilevanti.

La legge 219, da questo punto di vista, resta così «un efficace compromesso, in grado di consolidare principi e diritti di libertà senza aprire tuttavia la porta a derive eutanasiche, dimostrando la capacità del legislatore di recuperare ‘consenso’ e di manifestare equilibrio e sensibilità su un terreno, quello delle questioni etica-mente sensibili, da molti ritenuto, in virtù delle non eccellenti prove sin qui offerte, appannaggio esclusivo del diritto giurisprudenziale. In quest’ottica, la

---

<sup>424</sup> Per alcuni la sedazione palliativa profonda non è ascrivibile agli strumenti per dare la morte, quanto un mero strumento per alleviare le sofferenze. Sul punto cfr. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell’art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 415 ss.

nuova legge appare destinata a porsi quale imprescindibile punto di (ri)partenza nel percorso – intrapreso e ormai non più reversibile – diretto a rendere effettiva, nelle sue molteplici declinazioni pratiche, la libertà di autodeterminazione anche nelle scelte di fine vita. Il cammino, tuttavia, non può ritenersi concluso. Nell'immediato futuro, all'ordine del giorno vi è il tema del possibile ampliamento dello spettro dell'autodeterminazione *al di là* del rapporto terapeutico.»<sup>425</sup>

Sulla scorta di questa (dovute) precisazioni, si passerà ora all'analisi di quei punti affrontati dalla Consulta (prima nell'ordinanza n. 2017 e poi nella sentenza n. 242) che si pongono in maniera trasversale e possono recuperarsi come utili rispetto alla (diversa) tematica dell'omesso riferimento del diritto all'obiezione di coscienza per il personale sanitario all'interno della legge 219/2017. Attraverso l'orientamento della Corte Costituzionale nelle recenti pronunce si proverà a dar risposta agli interrogativi rimasti in sospeso ed in particolare su quale possa essere il futuro intervento più opportuno per colmare l'evidente lacuna legislativa.

## **6. Ragioni e perplessità di un eventuale intervento additivo della Corte.**

Come si è visto, discutendo della mancanza di un'espressa previsione del diritto all'obiezione di coscienza del medico all'interno della legge

---

<sup>425</sup> C. CUPELLI, *Consenso informato*, cit., p. 24.

219/2017, in un'ottica "costituzionalmente orientata", si è fatta strada (anche) la teoria che l'inserimento di tale previsione possa avvenire per il tramite della Corte Costituzionale con un intervento di tipo additivo. Con tale decisione (stante la presunta impossibilità di superare la problematica in via interpretativa nonché l'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente "obbligata"), la declaratoria di incostituzionalità colpirebbe la disposizione nella parte in cui non prevede tale diritto con conseguente aggiunta, da parte della sentenza, di un frammento alla norma oggetto del giudizio.

Tuttavia, questa prospettabile eventualità, non può non tener conto della prima azione (avvenuta su due tempi<sup>426</sup>) della Corte Costituzionale per la vicenda Cappato: mi riferisco all'ordinanza n. 207 / 2018, la quale, a giudizio di molti potrebbe essere l'inaugurazione di una nuova tecnica decisoria<sup>427</sup> e che sembrerebbe – in tema di fine vita – remare contro la descritta teoria, deponendo a favore di un intervento preciso da parte del legislatore. Invero, anche se non si discorre di

---

<sup>426</sup> La seconda attraverso la sentenza n. 242/2019.

<sup>427</sup> Sull'innovatività di tale "tecnica" *ex multis*: E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2019, p. 531 ss.; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi (Rivista online)*, n. 6, 2019; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC (www.rivistaaic.it)*, n.2, 2019, p. 644 ss.; A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentrato di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in *Dir. fond. (www.dirittifondamentali.it)*, n. 2, 2019.

obiezione di coscienza, la questione affronta comunque (ed anche) di una lacuna legislativa, vale a dire la mancanza nel nostro ordinamento del c.d. “right to die” (l’eutanasia consensuale attiva<sup>428</sup>) e della possibilità di ricomprenderlo nel diritto all’autodeterminazione terapeutica (così come consacrato tramite la l. 219/2017)<sup>429</sup>.

---

<sup>428</sup> Cioè la possibilità per quei soggetti affetti da malattie gravi ed irreversibili con intollerabili sofferenze, di ricevere (su richiesta) una morte indolore ed anticipata rispetto al naturale decorso della patologia (la cd. morte dignitosa).

<sup>429</sup> Su questo punto particolarmente interessante un passaggio all’interno dell’ordinanza ( n. 10 delle considerazioni in diritto): « (...) in assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull’effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell’irreversibilità della patologia da cui sono affetti. Di tali possibili conseguenze della propria decisione questa Corte non può non farsi carico, anche allorché sia chiamata, come nel presente caso, a vagliare la incompatibilità con la Costituzione esclusivamente di una disposizione di carattere penale. Una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, è suscettibile peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali: come, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l’aiuto, la disciplina del relativo “processo medicalizzato”, l’eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura. D’altra parte, una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all’art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della

Senza voler entrare nel merito delle complesse motivazioni di diritto<sup>430</sup>, basterà in questa sede far presente che i giudici della Consulta, ritendendo soddisfatti i requisiti di ammissibilità dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice *a quo* e dichiarando al contempo infondate le eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura dello Stato<sup>431</sup>, si sono limitati a denunziare l'indebita omissione del

---

«relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima. (...)»

<sup>430</sup> Invitando comunque alla lettura dell'intero testo su [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it)

<sup>431</sup> Così testualmente nell'incipit delle considerazioni di diritto dell'ordinanza n. 210/2018: «La Corte d'assise di Milano dubita della legittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, che prevede il reato di istigazione o aiuto al suicidio, sotto due distinti profili. Da un lato, pone in discussione il perimetro applicativo della disposizione censurata, lamentando che essa incrimini anche le condotte di aiuto al suicidio che non abbiano contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima. Dall'altro, contesta il trattamento sanzionatorio riservato a tali condotte, dolendosi del fatto che esse siano punite con la medesima, severa pena prevista per le più gravi condotte di istigazione. Il giudice *a quo* non pone alcun rapporto di subordinazione espressa tra le questioni. Esso è, però, in *re ipsa*. Appare, infatti, evidente che le censure relative alla misura della pena hanno un senso solo in quanto le condotte avute di mira restino penalmente rilevanti: il che presuppone il mancato accoglimento delle questioni intese a ridefinire i confini applicativi della fattispecie criminosa. Ciò puntualizzato, le eccezioni di inammissibilità formulate dal Presidente del Consiglio dei ministri non sono fondate. (...)» Tra i tanti profili di inammissibilità, interessante quello di cui al n. 3 delle motivazioni in diritto: «(...) Ugualmente infondata – in rapporto al *petitum* del giudice *a quo* – è la conclusiva eccezione dell'Avvocatura generale dello Stato, di inammissibilità delle questioni per avere la Corte rimettente richiesto una pronuncia manipolativa in materia rimessa alla discrezionalità del legislatore – come quella dell'individuazione dei fatti da sottoporre a pena – in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata. Al riguardo, va osservato che il giudice *a quo* chiede, in via principale, a questa Corte di rendere penalmente irrilevante l'agevolazione dell'altrui suicidio che non abbia inciso sulla decisione della vittima, a prescindere da ogni riferimento alle condizioni personali del soggetto passivo e

legislatore, lasciandogli – tramite un rinvio del giudizio in corso – il tempo per intervenire. I «delicati bilanciamenti (...) restano affidati, in linea di principio, al Parlamento» lasciando alla Corte il suo compito naturale vale a dire «quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti.»<sup>432</sup>

In passato<sup>433</sup> (per queste tematiche) la Corte Costituzionale aveva (quasi) sempre dichiarato l’inammissibilità della questione sollevata accompagnando la pronuncia ad un monito rivolto al legislatore affinché provvedesse all’adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato (facendo seguire di norma – in caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro – una declaratoria di illegittimità costituzionale).

---

alle ragioni del suo gesto: il che equivarrebbe, nella sostanza, a rimuovere la fattispecie criminosa dell’aiuto al suicidio, facendola ricadere integralmente in quella dell’istigazione. Di là dalla formulazione letterale del *petitum*, la Corte d’assise milanese invoca, dunque, una pronuncia a carattere meramente ablativo: pronuncia che, nella prospettiva della rimettente, rappresenterebbe una conseguenza automatica della linea argomentativa posta a base delle censure, senza implicare alcun intervento “creativo”. Ad avviso del giudice a quo, infatti, gli artt. 2, 13, primo comma, e 117 della Costituzione, in riferimento agli artt. 2 e 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, attribuirebbero a ciascuna persona la libertà di scegliere quando e come porre fine alla propria vita: ottica nella quale l’aiuto al suicidio prestato in favore di chi si sia autonomamente determinato nell’esercizio di tale libertà costituzionale si tradurrebbe, in ogni caso, in una condotta inoffensiva.»

<sup>432</sup> Ancora Corte Cost., ord. n. 207/2018 nel punto n. 11 in diritto.

<sup>433</sup> Cfr. Corte Cost., sent. n. 23/ 2013 e sent. n. 45/2015.

Con l'ordinanza n. 207, la Corte ha utilizzato però una modalità differente: ha deciso di sospendere il giudizio *a quo*, di disporre un rinvio e di fissare una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale ad una successiva udienza (quella del 24 settembre 2019) in esito alla quale avrebbe potuto essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regolasse la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela.

Tale scelta è stata motivata da una ben precisa esigenza, quella di evitare che la norma coinvolta e ritenuta non conforme alla Costituzione (nel caso di specie l'art. 580 c.p.) "restasse in vita" per un periodo non preventivabile<sup>434</sup>: un effetto indubbiamente non consentito per la rilevanza dei valori coinvolti nel caso di specie.

La Consulta decide dunque di non concludere definitivamente il sindacato sulla costituzionalità dell'art. 580 c.p. ma – pur riconoscendone parzialmente l'incostituzionalità ed evitando la sua applicazione *in medio tempore* – rinvia la trattazione per consentire al legislatore di predisporre la necessaria disciplina entro i limiti prefissati dalla pronuncia<sup>435</sup>. Si apre così uno scenario del tutto nuovo, definito come "collaborativo" e "dialogico" tra Corte e Parlamento.

---

<sup>434</sup> «(...) L'eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare» Ord. 207/2018, punto n. 11 di diritto.

<sup>435</sup> Tale tecnica decisoria non appare del tutto nuova ma recuperata da altri ordinamenti. Infatti « (...) si fa carico, in definitiva, di preoccupazioni analoghe a

A prescindere da mere dissertazioni di retaggio tecnico sulla portata innovativa dell'ordinanza, quello su cui conviene focalizzare l'attenzione resta il fatto che, secondo il recentissimo orientamento della Corte Costituzionale, quando i quesiti di legittimità costituzionali vertono su valori di primario rilievo, il loro bilanciamento deve essere frutto di una scelta che – in via diretta ed immediata – solo il legislatore

---

quelle che hanno ispirato la Corte Suprema canadese, allorché ha dichiarato, nel 2015, l'illegittimità costituzionale di una disposizione penale analoga a quella ora sottoposta allo scrutinio, nella parte in cui tale disposizione proibiva l'assistenza medica al suicidio di una persona adulta capace che abbia chiaramente consentito a por fine alla propria vita, e che soffra di una patologia grave e incurabile che provoca sofferenze persistenti e intollerabili. In quell'occasione, i supremi giudici canadesi stabilirono di sospendere per dodici mesi l'efficacia della decisione stessa, proprio per dare l'opportunità al parlamento di elaborare una complessiva legislazione in materia, evitando la situazione di vuoto legislativo che si sarebbe creata in conseguenza della decisione (Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*, 2015, CSC 5). Lo spirito della presente decisione è, d'altra parte, somigliante a quello della recente sentenza della Corte Suprema inglese in materia di assistenza al suicidio, in cui la maggioranza dei giudici ritenne «istituzionalmente inappropriato per una corte, in questo momento, dichiarare che [la disposizione allora oggetto di scrutinio] è incompatibile con l'art. 8 [CEDU]», senza dare al Parlamento l'opportunità di considerare il problema (Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*, [2014] UKSC 38). Sottolinearono in quell'occasione i supremi giudici inglesi che una anche solo parziale legalizzazione dell'assistenza al suicidio medicalmente assistito rappresenta una questione difficile, controversa ed eticamente sensibile, che richiede un approccio prudente delle corti; e aggiunsero che una simile questione reclama una valutazione approfondita da parte del legislatore, che ha la possibilità di intervenire – in esito a un iter procedurale nel quale possono essere coinvolti una pluralità di esperti e di portatori di interessi contrapposti – dettando una nuova complessiva regolamentazione della materia di carattere non penale, comprensiva di uno schema procedurale che consenta una corretta applicazione ai casi concreti delle regole così stabilite.»

può compiere<sup>436</sup>. Di fronte a queste situazioni, la Corte «reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale.»<sup>437</sup>

Rispetto all’omessa previsione dell’obiezione di coscienza nella l. 219/2017 la *ratio* argomentativa dell’ordinanza 207 della Corte Costituzionale sulle questioni di stampo bioetico può dunque offrire delle (prime) risposte per il futuro: non pare scorgersi alcun auspicio di una sua azione manipolativo – additiva, quanto invece un *favor* generale per un intervento legislativo. Ciò depone ancora di più a favore della necessità di una futura espressa previsione legislativa che possa risolvere (almeno teoricamente) il delicato bilanciamento tra i diritti di coscienza religiosa (e culturale) del medico obiettore e quelli del paziente all’interno delle DAT. Infatti, nella disciplina prospettata dalla Corte, l’obiezione di coscienza del personale sanitario viene

---

<sup>436</sup> Anche se – per alcuni – essendosi la Corte occupata più del vuoto normativo concernente il diritto all’aiuto al suicidio che della compatibilità costituzionale dell’art. 580 c.p. e del trattamento sanzionatorio in esso previsto, sarebbe diventata «giudice del fatto, anzi, del “caso umano del DJ Fabo”» (G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito*, in *Dirittifondamentali.it*, n.1, 2019, p. 6

<sup>437</sup> Ancora Corte Cost., Ord.207/2018 nella parte conclusiva delle motivazioni in diritto.

menzionata una sola volta<sup>438</sup> e definita come “possibile” da intendersi come eventuale perché rimessa alla discrezionalità legislativa.

La Consulta infatti non manca di osservare come lo stesso “suicidio assistito” sia uno dei terreni di naturale esplicazione del diritto all’obiezione di coscienza, intesa come attribuzione al consociato della facoltà di anteporre le proprie convinzioni personali sull’indisponibilità del bene della vita al comando legislativo: un diritto che – proprio per la sua eccezionalità e l’esigenza di delimitarne i confini – non può che costituire la sintesi della dialettica fra le varie componenti politiche dell’organo legislativo.

Tuttavia, è bene precisare che se – come è stato sostenuto – il monito contenuto nell’ordinanza equivale a una sorta di «diffida dall’applicare l’art. 580 c.p., fintantoché il Parlamento non legiferi come indicato»<sup>439</sup>, accanto ad un’affermazione che legittima il potere discrezionale del legislatore, tale margine di discrezionalità si riduce ad un semplice

---

<sup>438</sup> Nel punto n. 10 delle considerazioni in diritto in cui si legge « (...) una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, è peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali: come, ad modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l’aiuto, la disciplina “processo medicalizzato”, l’eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti<sup>55</sup> al servizio sanitario nazionale, la possibilità obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura.»

<sup>439</sup> G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, cit., p.12.

«governo di materie di dettaglio», nelle quali sicuramente è da ricomprendersi la previsione di coscienza del personale sanitario<sup>440</sup>.

Ad ogni modo, queste riflessioni – che presuppongono una visione dell’obiezione di coscienza come condizione necessaria della non illegittimità costituzionale della legge – necessiteranno comunque di valutare la (reale) necessità di «un simile intervento ortopedico» a prescindere che esso avvenga «ad opera del legislatore o del Giudice delle leggi. Non è infatti escluso che, prima ancora di vagliare l’opportunità di un’eventuale modifica della legge in questione, la

---

<sup>440</sup> « (...) a seguire le indicazioni della Corte, gli spazi di discrezionalità si riducono, in pratica, al governo di materie di dettaglio, che vanno dall’individuazione delle modalità di verifica della sussistenza dei presupposti necessari per poter richiedere l’aiuto, alla fissazione della disciplina del relativo “processo medicalizzato”, all’introduzione di una eventuale riserva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, alla previsione - differentemente da quanto statuito dalla legge n. 219 del 2017/84 - dell’obiezione di coscienza del personale sanitario. Un esito di questo tipo potrebbe essere accolto con grande favore da chi dimostri particolare sensibilità per la cosiddetta “laicità” del biodiritto(...)» Così secondo A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all’autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale (Rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it))*, n. 14, 2019. Inoltre, «(...) nell’argomentato “considerato in diritto” che, inusualmente, caratterizza l’ordinanza qui in commento, la Corte non si ferma a fornire indicazioni solo al Legislatore, ma estende i propri consigli anche agli altri giudici dell’ordinamento i quali, in costanza del periodo concesso per l’attivazione parlamentare, potrebbero trovarsi ad applicare la norma impugnata. Risiedendo la particolarità dell’ordinanza con cui la Corte si è espressa in una dichiarazione di incostituzionalità differita, viene raccomandato ai giudici di valutare se analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l’applicazione della disposizione» C.B. CEFFA, *Il diritto di morire con dignità*, cit., p.707.

libertà di coscienza dei professionisti chiamati ad attuare le direttive del paziente possa già trovare adeguata tutela nelle normali regole organizzative delle strutture sanitarie»<sup>441</sup>.

### **6.1. Possibili risvolti in termini di laicità.**

L'utilizzo da parte del giudice delle leggi di questa “nuova tecnica” – nonostante abbia ribadito il “compito naturale” della Corte<sup>442</sup> – ad una più attenta analisi sembrerebbe tuttavia doversi interpretare in una prospettiva differente da quella emersa in prima lettura.

Infatti, come già accennato nonostante – sui temi eticamente sensibili – sia stata riconfermata la discrezionalità del legislatore, l'invito che la Corte ha rivolto al Parlamento, resta un monito abbastanza particolare. Infatti, non sembrerebbe rivolto «a sollecitare una riflessione parlamentare sulle questioni dell'ammissibilità dell'aiuto al suicidio o dell'eutanasia, connesse in modo stretto con le convinzioni etiche e religiose riguardanti il significato stesso e il valore da riconoscere all'esistenza umana e, dunque, particolarmente delicate e controverse, quanto, invece, a consentire l'elaborazione di una normativa di dettaglio, costituzionalmente imposta e a contenuto vincolato»<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> M. E. FLORIO, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 29, riprendendo quanto evidenziato da D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT*, cit., p. 34.

<sup>442</sup> Cioè « (...) quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti.»

<sup>443</sup> Così secondo A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 24.

Insomma, una sorta di “messa in mora” nei confronti del legislatore affinché intervenga nel testo normativo nelle parti criticamente evidenziate dalla Consulta per evitare ulteriori perniciosi vuoti di tutela, tra i quali, indubbiamente, quello dell’obiezione di coscienza del personale medico. L’esigenza di colmare le lacune (nel caso di specie quella sull’aiuto al suicidio) tramite l’integrazione della disciplina già esistente, non sembra però lasciare alla discrezionalità del legislatore alcuna valutazione etica che – tale scelta – presuppone/ presupporrebbe. Proseguire per una strada di riduzione della “discrezionalità etica” indubbiamente porterebbe a delle ripercussioni su tutti gli aspetti di dettaglio della normativa, come quello di un riconoscimento esplicito di obiezione di coscienza del personale sanitario.

Questa impostazione, sembra dar adito alle teorie dei fautori della cd. “laicità del biodiritto” che ne presuppone una concezione in senso stretto, tendente verso la neutralità della legge rispetto a qualsiasi condizionamento etico – religioso; sulla scia degli interventi della Corte costituzionale in altri temi eticamente sensibili, come ad esempio la “riscrittura” della legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita che – gradualmente – è stata svuotata dal suo originario sapore confessionale. Non sono mancate critiche sull’automatico relazionare questa idea di laicità alle dinamiche del biodiritto, sostenendo che non per forza la migliore disciplina di queste materie sia una disciplina in cui vi sia stato aprioristicamente un affrancamento di qualsiasi

elemento etico – religioso, alla luce anche di quella laicità da intendersi come garanzia di pluralismo confessionale e culturale.<sup>444</sup>

Da questo punto di vista, non si tratterebbe dunque di effettuare delle scelte legislative che portino (per forza) ad una netta separazione tra diritto e religione, quanto di capire quanto quest'ultima (la religione ma in generale la morale) possa influenzare il diritto, essendo esso stesso un fenomeno tipicamente culturale.<sup>445</sup>

Alla luce di ciò, occorre comprendere se la (futura) previsione dell'obiezione di coscienza all'interno della legge 219/2017, possa – in tal senso – contrastare con l'idea stessa di laicità, svincolandosi però dal preconcetto di una richiesta isolata di stampo cattolico (per esentarsi da una legge non gradita), ma inquadrando l'istituto nella ben più ampia libertà di coscienza diventando così questione di tutti tenendo conto che «il principio di laicità, in senso profondo, può essere inteso proprio come la libertà di coscienza.»<sup>446</sup>

---

<sup>444</sup> « (...) il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica. Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale.» Corte Cost., sent. n. 203 del 1989.

<sup>445</sup> Si rinvia alle riflessioni contenute in A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 24 – 29.

<sup>446</sup> Così G. ZAGREBELSKY, in *Democrazia? Libertà delle coscienze*, in *Riforma.it* (quotidiano on-line), 19 febbraio 2018.

## 6.2. Un conflitto di lealtà sussumibile nell'ambito della *querelle* “*pro-life*”/ “*pro-choice*”.

Il mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza all'interno della legge 219 sembrerebbe espressione di qualcosa di ben più ampio: non soltanto un conflitto (individualmente inteso) tra sfera intima del soggetto e norma giuridica bensì estrinsecazione di quel (mai sopito) dibattito tra opzioni “*pro – choice*” contro “*pro – life*”, all'interno dei frastagliati confini della laicità del biodiritto<sup>447</sup>.

L'assenza di un riferimento esplicito all'obiezione di coscienza all'interno della legge 219/2017, così come l'orientamento della Consulta nell'ordinanza 207/2018, sembrano confermare – negli ambiti eticamente sensibili – un certo *favor* (del legislatore e della Corte) verso il modello “*pro – choice*”, vale a dire quello schema di soluzione che mira ad ampliare l'autonomia e l'autodeterminazione individuale del paziente.

La scelta di subordinare il modello “*pro – life*” (vale a dire quello posto a presidio dell'indisponibilità del bene vita) molto probabilmente può giustificarsi dal latente timore di un recepimento all'interno

---

<sup>447</sup> Tale dibattito ha avuto origine dalla questione dell'IVG che ha diviso l'opinione pubblica in favorevoli e contrari. Pur con innumerevoli differenziazioni, gli orientamenti vennero suddivisi in due grandi categorie: i “*pro – life*” (a favore della vita) contrari all'aborto e sostenitori del fatto che l'embrione fosse un essere umano a tutti gli effetti e che dovesse godere degli stessi diritti alla vita; i “*pro – choice*” (a favore della scelta), sostenitori della scelta della donna, della sua autodeterminazione e dunque della sua possibilità – nei casi previsti dalla legge – di interrompere la gravidanza.

dell'ordinamento statale di quella concezione sulla sacralità della vita di stampo (prevalentemente ma non solo) confessionale. O forse dalla sua (presumibile) maggiore adattabilità ad una realtà sociale, quale quella odierna, in cui si assiste ad una forte frammentazione ed un robusto pluralismo etico – religioso, difficilmente riconducibile ad unità: insomma una sorta di propensione per la neutralità, considerata la scelta più opportuna in un'ottica di laicità del biodiritto.

Tuttavia, non sono mancate delle osservazioni secondo cui, l'opzione “*pro – choice*” sia solo “apparentemente neutrale” in quanto manifestazione di «precise matrici culturali» nonché «in intima contraddizione con l'idea più comune e diffusa di laicità. Non solo. Quando assunta a esclusivo criterio guida per la soluzione di questioni eticamente controverse (si tratti della materia del fine vita, di altri settori del biodiritto o di profili ulteriori rimessi alla regolamentazione giuridica), rischia di veicolare alcuni eccessi della logica individualistica, di cui è in definitiva espressione, non facilmente armonizzabili con il quadro complessivo di valori fissato dalla nostra Costituzione: valori che, accanto agli spazi rimessi all'insindacabile autodeterminazione individuale, reclamano il rispetto dovuto a vincoli indissolubili di solidarietà familiare e sociale, a canoni oggettivi di dignità personale e alla ribadita centralità o indisponibilità del bene vita.»<sup>448</sup>

---

<sup>448</sup> A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 31.

Torna in questo senso una visione dell'obiezione di coscienza come diritto (anche) laico che individua il rispetto e la difesa della vita come valore umano e trascendentale, prima ancora che religioso, morale o culturale; non soltanto quell'accezione sacra del bene vita (dal retaggio confessionale) bensì un diritto assoluto e giuridicamente da tutelare.

Se da un lato il non far riferimento all'obiezione di coscienza potrebbe giustificarsi da una valorizzazione della ratio "*pro – choise*" sottesa alla legge 219/2017, dall'altro il suo esplicito riconoscimento – al contrario di quanto potrebbe pensarsi – porterebbe ad una (ancora) maggiore valorizzazione dell'autodeterminazione, non soltanto del paziente ma anche del medico. In questo modo, sarebbe possibile – nel quadro dei principi costituzionali fondamentali – potenziare ancor di più un approccio pluralista armonizzando (o quantomeno provando ad armonizzare) le diverse opzioni etico – religiose del singolo rimettendo tali scelte alla loro autonomia decisionale: in tal senso, anche visioni personalissime di questioni altamente sensibili potrebbero concretamente ed efficacemente esprimersi.

## **7. Sulla vincolatività nei confronti del Parlamento dell'ordinanza "delega" n. 207/2018.**

Giunti a questo punto, è bene ribadire che la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 207 /2018, ha suggerito al Parlamento di introdurre

una disciplina assimilabile alla pratica cd. “suicidio assistito”<sup>449</sup> anziché mediante una modifica della disposizione penale censurata (l’art. 580 c.p.) attraverso l’inserimento della stessa all’interno della legge n. 219/2017 in un’ottica di valorizzazione della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente, fulcro della normativa.

In tal senso, la pronuncia pare una sorta di “legge delega” alle Camere indicante alle stesse espressamente l’oggetto, i principi a cui fare riferimento, i criteri direttivi ed i tempi<sup>450</sup> (l’udienza del 24 settembre 2019) entro cui si sarebbe dovuto «valutare l’eventuale sopravvenienza di una legge» che regolasse «la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela.<sup>451</sup>»

Va da sé che da un punto di vista strettamente costituzionale, tale pronuncia non avrebbe potuto comunque far scaturire un dovere (o meglio un obbligo) giuridicamente vincolante per il Parlamento di legiferare nel senso indicato<sup>452</sup>. La stessa giurisprudenza

---

<sup>449</sup> Definita testualmente (cfr. Ord. 2017/2018) come «una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte»

<sup>450</sup> Evocando gli stessi parametri ex. art. 76 Cost.

<sup>451</sup> Così nelle considerazioni in diritto dell’ordinanza, n. 11.

<sup>452</sup> Di questa opinione A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta-online*, 20 novembre 2018, p. 573; G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l’ordinanza 207/2018 della Corte Costituzionale e il Parlamento.*, in *dirittifondamentali.it*, n.1, 2019, p. 3; L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *Discrimen*, 19 dicembre 2018, p. 8.

sovrana di Strasburgo ha più volte ribadito come, sulla tematica del fine – vita (ma in generale su quelle “eticamente sensibili”) gli Stati membri godano di un margine di apprezzamento estremamente ampio, soprattutto alla luce del fatto che non vi è un consenso univoco generale.

Non solo, emergerebbe anche una sorta di contraddizione nel ritenere di dover inserire una pratica come quella del suicidio assistito all’interno della *ratio* della legge 219: infatti, la Consulta ribadisce come il diritto alla vita sia un diritto primario inviolabile (ex. artt. 2 Cost. e 2 CEDU) da non intendersi come diritto di rinunciare a vivere.<sup>453</sup>

La legge 219, ai sensi dell’art.1 comma 1, sorge proprio con l’obiettivo di tutelare (fra gli altri diritti) la vita: inserire una disciplina come quella dell’eutanasia, finirebbe così per tradire lo spirito della legge e la stessa interpretazione offerta all’interno dell’ordinanza in cui si legge espressamente che «(...) dall’art. 2 Cost. – non diversamente che dall’art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non diametralmente opposto – di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire.»<sup>454</sup>

---

<sup>453</sup> «Che dal diritto alla vita, garantito dall’art. 2 CEDU, non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio morire, è stato, del resto, da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, proprio in relazione alla tematica dell’aiuto (sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*).» Così Corte Cost., Ord. 2017/2018, n. 5 delle considerazioni in diritto.

<sup>454</sup> Ancora punto n. 5 delle considerazioni in diritto.

La dubbia vincolatività nei confronti del legislatore dell'ordinanza "delega", in aggiunta alle contraddizioni di fondo delle indicazioni della Consulta, appaiono come due delle (innumerevoli) cause che hanno portato il Parlamento a restare inerte.

### **7.1. La perdurante inerzia del legislatore. L'intervento (in seconda battuta) della Corte Costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019.**

A distanza di un anno dall'ordinanza n. 2018, la Corte Costituzionale – riscontrando l'infruttuosa decorrenza del termine che avrebbe dovuto consentire al legislatore di intervenire – con la sentenza n. 242/2019 accoglie la questione nei termini indicati in motivazione.

In particolare – non essendo questa la sede per approfondirne tutti gli aspetti ma solo quelli trasversali alla tematica in oggetto – basterà comprendere che la Corte «dichiara l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o

psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.<sup>455</sup>»

Si passa così da un'incostituzionalità “prospettata”<sup>456</sup> ad una incostituzionalità “dichiarata”: una nuova tecnica decisoria «che unirebbe elementi delle pronunce d'inammissibilità con monito (l'invito a intervenire rivolto al legislatore, con la differenza che, in questo caso, non verrebbe lasciata in vigore la norma incostituzionale) ad elementi propri delle sentenze additive di principio (la «doppia struttura», che però non caratterizzerebbe la decisione di rinvio, poiché la norma impugnata verrebbe annullata solo dalla successiva sentenza di accoglimento).»<sup>457</sup>

---

<sup>455</sup> Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 25 settembre 2019 (sentenza n. 242). Per una completa panoramica delle motivazioni di diritto si invita alla lettura del testo integrale consultabile sulla banca dati di [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it).

<sup>456</sup> Definita in questi termini l'ordinanza n. 2017 nella relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività giudiziaria svolta nell'anno 2018 (consultabile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it))

<sup>457</sup> A. MORELLI, *La voce del silenzio.*, cit., p. 751.

## **7.2. Verso una nuova definizione (e limitazione) della discrezionalità del legislatore? Dalla mera possibilità alla necessità di un’obiezione di coscienza per il personale sanitario.**

Osservazione utile rispetto al tema trattato – in virtù della prospettazione di futuri scenari per l’obiezione di coscienza del personale sanitario nella l. 219/2017 – è l’emergere (attraverso la recente “sentenza – legge”<sup>458</sup> n. 242, per quale si invita ad un’attenta lettura) di una sorta di (ri)definizione dei rapporti tra Corte e Parlamento in ambito di temi “eticamente sensibili”.

Se infatti dall’ordinanza n. 207 è emersa una sorta di intenzione di preservare il più possibile la sfera di discrezionalità (politica) del legislatore, definendo l’intervento delle Camere indispensabile quando in gioco vi fossero “delicati bilanciamenti”, con la recente sentenza del 2019, sembra invece intuirsi qualcosa di diverso<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> Così definita in A. RUGGERI, *Omissioni del legislatore*, cit., p. 205.

<sup>459</sup> Sent. n. 242/2019, punto n. 4 considerazioni in diritto: «(...)decorso un congruo periodo di tempo, l’esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità. Come più volte si è avuto modo di rilevare, posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015). Occorre, infatti, evitare che l’ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l’esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore (sentenza n. 99 del 2019).»

E cioè che laddove una disciplina normativa sia costituzionalmente necessaria – ed il legislatore non provveda – sarà il giudice delle leggi ad esercitare il suo potere suppletivo e farsene carico. Indubbiamente tale ruolo suppletivo resta circoscritto a temi particolarmente rilevanti e a vicende eccezionali, in cui siano in ballo dei beni e dei diritti delicatissimi (come nel caso di specie l'autodeterminazione di una persona ad interrompere – per mezzo di terzi – la propria vita): tuttavia, la Corte Costituzionale, in casi come questi, non sembra tirarsi indietro assumendosi il gravoso onere di disegnare la disciplina necessaria.

Ciò ci porta a mettere in dubbio quella affermata discrezionalità legislativa arrivando ad immaginare che, se in futuro la Corte Costituzionale dovesse arrivare ad utilizzare le stesse modalità per la questione dell'omissione dell'obiezione di coscienza del medico all'interno della l. 219/2018, vale a dire utilizzando preventivamente un'ordinanza di rinvio in cui tenterà di ridisegnare i lineamenti della futura normativa assegnando un termine di scadenza al legislatore, in caso di una perdurante (e colpevole) inerzia il Parlamento, sarà lo stesso giudice delle leggi a prendere le redini in mano.

Tuttavia, in questa tecnica decisoria emerge una contraddizione di fondo: infatti « o è vero quanto dichiarato la prima volta dal giudice costituzionale, vale a dire che spetta davvero al legislatore (e solo ad esso) far luogo alla scelta tra le varie soluzioni normative astrattamente immaginabili, da compiersi entro un certo termine (del quale, peraltro, è oscuro il titolo in nome del quale è dal giudice fissato), ed allora non è chiaro cosa mai legittimi in un tempo successivo la Corte a sostituirsi

al legislatore stesso; oppure il giudice può (e, anzi, deve) far luogo alla disciplina dalla stessa prefigurata, ed in tal caso non è chiaro perché non vi si possa (e debba) porre subito mano, senza indugio alcuno, tanto più che è poi pur sempre consentito al legislatore di apportarvi le innovazioni giudicate opportune, una volta che abbia deciso di tornare a rioccupare il campo di sua spettanza, sia pure nel rispetto dei “principi e criteri direttivi” somministratigli dal giudice costituzionale.»<sup>460</sup>

Nell’ordinanza, vi era un lampante suggerimento nei confronti del legislatore a non operare sull’art. 580 c.p. bensì direttamente sulla legge 219/2017; anche se la Corte Costituzionale con la sentenza n. 242 non si è spinta fino ad una (esplicita) modifica del quadro legislativo operando sull’oggetto di sua cognizione, ha dato alla luce ad una

---

<sup>460</sup> Si riportano a tal proposito le riflessioni (volutamente provocatorie) di A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, n. 2, 2019. L’Autore sostiene inoltre che «(...) la contraddizione – come si viene dicendo – è insita nella nuova tecnica decisoria forgiata l’anno scorso: è un suo limite insuperabile, un vizio congenito (e non occulto...) della cosa, insomma. Né giova opporre – come fa la Corte nella decisione in commento (p. 4 del cons. in dir.) – che “decorso un congruo periodo di tempo, l’esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità”. A portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti il ragionamento ora fatto, sarebbe come dire che il modello disegnato nella Carta in ordine alla tipizzazione dei ruoli istituzionali ha una forza non già autenticamente prescrittiva bensì meramente persuasiva e che gli stessi operatori possono *factis* discostarsene. Sarebbe, perciò, come sancire definitivamente il primato della politica, anche quella dei massimi garanti del sistema, sul primato della Costituzione.»

sentenza fortemente manipolativa la quale, reinterpretando il sistema normativo alla luce della Costituzione, sostanzialmente lo ha riscritto.

Ciò comporta che il futuro (ed eventuale) intervento del legislatore (al quale comunque la Corte rivolge l'appello ad intervenire una volta per tutte attraverso quei "delicati bilanciamenti" sollecitati dal caso<sup>461</sup>) in caso dovesse risultare inadeguato ai criteri direttivi della sentenza n. 242, nulla possa impedire una nuova ricostruzione per mezzo del giudice costituzionale (che si è mostrato sul punto autosufficiente ed innovativo utilizzando una legislazione «rivestita delle candide forme della sentenza»<sup>462</sup>)

Le contraddizioni di fondo interessano anche la tematica dell'obiezione di coscienza del personale coinvolto nelle procedure indicate (ma anche di tutte le altre esplicitazione della l. 219/2017). Infatti, se in un primo momento la Corte – all'interno dell'ordinanza –

---

<sup>461</sup> La sentenza n. 242/2019 infatti ribadisce che «(...) questa Corte non può fare a meno, peraltro, di ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati.»

<sup>462</sup> Così (ancora) criticamente A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio.*, cit., p. 7. Per ulteriori commenti alla sentenza: C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, n. 12, 2019, p. 33 ss.; ID., *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistema penale*, n. 3, 2020; F. MORONI, *I poteri della Corte costituzionale in materia penale: riflessioni a margine del caso Cappato*, in *giudicedonna.it*, n. 2 -3, 2019; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019, p. ss.; F. RINALDI, *Un Totenrecht o diritto di non soffrire?*, in *Diritti fondamentali*, n.1, 2020, p. 222 ss.; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020.

definisce (con cautela) l'obiezione di coscienza come contenuto "possibile" della disciplina da essa sollecitata<sup>463</sup>, tra le righe della sentenza n. 242/2019 sembra invece – come si vedrà da qui a breve – intenderla come necessaria.

### **8. Il futuro dell'obiezione di coscienza del medico all'interno della l. 219/2017 sulla scorta delle indicazioni di Corte Cost., sent. n. 242 del 2019.**

Nella sentenza n. 242, al punto n. 6 delle considerazioni in diritto viene toccato – seppur stringatamente – l'argomento dell'obiezione di coscienza del medico. Invero la Corte sostiene che «quanto (...) al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato.»

---

<sup>463</sup> Ricordiamo le parole precise contenute in Ord. 207/2018, punto n. 10 considerazioni in diritto: « (...) una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, è peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali: come, ad modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura.»

Ragionando sul fatto che la pronuncia si muove da un campo (e da una vicenda) penale e non civile, la motivazione – seppur succinta – può ritenersi sufficiente «non essendovi una legge al riguardo, e non essendo stato prospettato alla Corte questo vuoto normativo (...). La sentenza, perciò, non crea obblighi, ma solo liceità giustificatrici di un fatto costituente reato, non essendo stato dichiarato costituzionalmente illegittimo»<sup>464</sup>

Inoltre, in altri punti, la Consulta sembrerebbe anche aver sciolto uno dei nodi al pettine della generica questione dell'obiezione di coscienza del personale sanitario: mi riferisco all'esclusione delle strutture private (e dunque degli ospedali ecclesiastici) dal procedimento designato dalla Corte, indicando (in attesa delle declinazioni legislative) le sole strutture pubbliche sanitarie<sup>465</sup>. La base giuridica per tale eccezione

---

<sup>464</sup> « (...) la questione è se sia punibile il medico che nell'ambito di una relazione terapeutica abbia accettato - pur potendo non farlo perché non c'è una legge che lo obblighi e anzi dovendo non farlo in base al codice deontologico - di aiutare il paziente ad anticipare il più possibile il momento della morte: un evento, comunque, certo e imminente, giacché si tratta di un paziente tenuto in vita solo a mezzo di strumenti di sostegno vitale da cui vuole il distacco com'è perfettamente legale e cogente per il medico ex l. n. 219 del 2017. Se l'autodeterminazione del paziente al riguardo fosse illegittima, il medico che scelga di assecondarla non potrebbe essere giustificato. Ma poiché come s'è visto essa è espressione di un diritto fondamentale manifestato nell'ambito di una relazione di cura il medico è giustificato. La scriminante procedurale non consegue semplicemente a una procedura amministrativa fatta di autorizzazioni e controlli ma essenzialmente a una relazione di cura: è nella sostanza una scriminante relazionale.» Così secondo N. COLAIANNI, *Incostituzionalità prospettata e causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio: novità nella continuità*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 2, 2020, p. 20 ss.

<sup>465</sup> Come emerge dal punto n. 5 delle considerazioni in diritto: «(...) Similmente

resta l'art. 7 del nuovo Concordato nella parte in cui si rispetta la struttura e la finalità di tali enti<sup>466</sup> ; tuttavia, per le restanti strutture pubbliche la Corte indica dei compiti molto vaghi lasciando varie questioni scoperte tra le quali quella dell'obiezione di coscienza nelle stesse. Tuttavia, da quelle poche righe, è possibile comunque giungere a qualche considerazione ( e qualche risposta).

---

a quanto già stabilito da questa Corte con le citate sentenze n. 229 e n. 96 del 2015, la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare peraltro affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. A queste ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze.»

<sup>466</sup> Come si evince anche dalle parole di padre Virginio Bebbler, presidente dell'Aras (Associazione religiosa istituti socio-sanitari), il quale nell'intervista per *Avvenire* del 14 dicembre 2017 alla domanda «Esiste una base giuridica per invocare un'eccezione?» rispose : «Il Concordato. L'articolo 7 comma 3 della legge 20 maggio 1985 che lo regola riprende esattamente e integralmente l'articolo 7 della revisione concordataria, il cui comma 3 recita: «Agli effetti tributari gli enti ecclesiastici aventi fine di religione o di culto, come pure le attività dirette a tali scopi, sono equiparati a quelli aventi fine di beneficenza o di istruzione. Le attività diverse da quelle di religione o di culto, svolte dagli enti ecclesiastici, sono soggette, nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, alle leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime». Il rispetto delle strutture e delle finalità di tali enti rappresenta un rilevante riferimento per quel concorso che le strutture sanitarie di ispirazione religiosa garantiscono all'azione complessiva del nostro sistema sanitario. Su questo abbiamo anche fornito al Senato un parere pro – veritate che fa riferimento alla legge 25 marzo 1985, n. 121 con cui viene recepito nel nostro ordinamento giudiziario l'Accordo tra la Santa Sede e lo Stato italiano, sottoscritto il 18 febbraio 1984. Quindi obbligare le nostre istituzioni ad andare contro le proprie finalità sarebbe un venir meno a una parte degli accordi concordatari.»

L'aver rimesso alla "coscienza" etico – religiosa del medico la (delicata) scelta di assecondare le richieste del paziente ( «resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato») pare voler sottrarre tale scelta alla discrezionalità del legislatore ammettendo (implicitamente) la necessità di un suo riconoscimento (o quantomeno di una sua garanzia). Chiaramente la Corte si riferisce a quei particolari aspetti emersi dalla vicenda giudiziaria ma, verosimilmente, non appare azzardato poter estendere tale riflessione a tutti quei casi derivanti dall'applicazione della l. 219/2017 in cui si verificano conflitti di lealtà del medico in relazione all'evento – morte del paziente.

Facendo un punto della situazione: da un lato, l'obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nelle procedure che si pongono come *condicio sine qua non* del decesso (non naturale) del paziente appare (tra le righe) come diritto necessario e sottratto dalla discrezionalità del legislatore; dall'altro la questione delle sedi ove tali procedure debbano avvenire e la loro individuazione, resta in capo al legislatore ( « la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare peraltro affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale)<sup>467</sup>.

---

<sup>467</sup> Su questo punto critico N. COLAIANNI, *Incostituzionalità prospettata*, cit., p. 21 in quale sostiene «(...) Né può inferirsi una sorta di *deregulation* dal fatto che agli ospedali pubblici viene attribuito il compito solo di verifica delle condizioni legittimanti e delle modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio e non pure quello della organizzazione interna con i reparti e almeno un medico appositi: non se ne

Ciò porta a pensare che, in caso di un futuro intervento del legislatore sulla legge n. 219/2017, questi non potrebbe non prevedere espressamente anche il riconoscimento dell'obiezione di coscienza del personale medico. Ove ciò non avvenisse, la Corte potrebbe – ancora una volta – porre rimedio così come ha fatto nella recentissima vicenda Cappato e (soprattutto) con le stesse tecniche decisorie.

### **9. Le incognite della prassi applicativa.**

A prescindere dall'eventualità di un futuro intervento legislativo, quello che appare certo è che tanto il giudice ordinario (in prima battuta), quanto il giudice costituzionale (in via eventualmente suppletiva) in sede di bilanciamento fra valori costituzionali ed altri diritti fondamentali, si troveranno necessariamente a confrontarsi con vicende concrete e problemi reali.

---

vede la necessità perché l'aiuto al suicidio può essere dato in qualsiasi reparto sia degente un malato, tenuto in vita a mezzo di trattamenti per il sostegno vitale, che manifesti quella volontà nel rispetto delle altre condizioni giustificatrici. Ogni analogia con la legge sull'interruzione della gravidanza è, più che forzata, decisamente fuori asse. Ciò che gli ospedali hanno l'obbligo di assicurare è il ricovero del paziente, ordinariamente già avvenuto quando matura la volontà di farla finita. Ma, ammessa l'ipotesi che il ricovero venga richiesto sostanzialmente al fine della morte rapida, un eventuale rifiuto per tale motivo, quasi un'obiezione di coscienza strutturale dell'ospedale, sarebbe illegittimo perché lesivo del diritto di autodeterminazione del soggetto. Si tratterebbe niente di meno, infatti, che di porre e imporre d'imperio una visione assolutizzante, autoritativa, della "cura" come nel caso della Regione Lombardia, che rifiutò il ricovero di Eluana Englaro, e fu perciò condannata a risarcire il danno arrecato al tutore.»

Ciò significa che prescindendo dalle valutazioni supponibili *ex ante*, la prassi applicativa sarà determinante per comprendere quali, quante e quanto frequenti saranno le tipologie di obiezione di coscienza che si manifesteranno in relazione alla l. 219/2017.<sup>468</sup> È inevitabile che la tenuta della disciplina verrà realmente messa alla prova al verificarsi dei fatti: soltanto allora sarà possibile quantificare i rischi paventati, primo fra tutti quello di svuotare le previsioni normative in caso di rifiuti eticamente e religiosamente motivati di dare esecuzione alle DAT da parte dei medici o di intere strutture sanitarie.<sup>469</sup>

Alla luce di alcune dichiarazioni rilasciate dopo l'entrata in vigore della legge<sup>470</sup>, appare del tutto verosimile che vi saranno obiezioni (per ragioni etico – religiose di coscienza) da parte di medici ed operatori

---

<sup>468</sup> Di questo avviso D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT*, cit., p. 7 ss. alle cui riflessioni si rinvia.

<sup>469</sup> Si ricordi la cd. “obiezione di struttura” censurata dal Consiglio di Stato circa il noto caso Englaro ( Cons. Stato, sez. III, sent. n. 4460 del 2014) in cui si legge che « non spetta comunque alla Regione sollevare un'obiezione di coscienza della struttura sanitaria nel suo complesso, attenendo l'obiezione di coscienza, per sua stessa natura, al foro interno del singolo e non certo all'istituzione pubblica nel suo complesso, che al contrario deve attrezzarsi, nonostante il rifiuto del singolo sanitario dovuto a ragioni di autonomia professionale e morale, per garantire l'effettuazione di una prestazione doverosa. (...) è stato osservato in dottrina, al riguardo, che a chi avanza motivi di coscienza si può e si deve obiettare che solo gli individui hanno una ‘coscienza’, mentre la ‘coscienza’ delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano.»

<sup>470</sup> Si veda quanto affermato da don Carmine Arice, (superiore generale del Cottolengo, ente impegnato nella cura e nell'assistenza dei malati) il quale ha espresso il rifiuto dell'intera struttura ad assecondare richieste di morte (cfr. l'intera intervista in L. MONTANARO, *Dal Cottolengo obiezione di coscienza alle DAT*, in *famigliacristiana.it*, 16 dicembre 2017).

sanitari ad assecondare alcune richieste di pazienti; tuttavia, ben potrebbe accadere che, rispetto alle disposizioni anticipate e la pianificazione delle cure, le richieste obiettorie siano in realtà molte meno di quanto in realtà si immagini.

Da una lettura sistematica della l. 219/2017 – oltre che dalle recenti posizioni giurisprudenziali – è emersa una piena centralità dell'autodeterminazione del paziente, che pare mettere in secondo piano la tutela e la salvaguardia di quei convincimenti morali, etici e religiosi del personale medico. Ciò inevitabilmente si riflette sulla tutela della libertà di coscienza dell'operatore sanitario nel momento in cui la prestazione terapeutica richiesta dal paziente non dovesse ritenersi conforme ai dettami del credo religioso di appartenenza. Tuttavia, contemplare un diritto all'obiezione di coscienza nel rapporto medico – paziente risulta per alcuni versi doveroso, alla luce dello stesso Codice Deontologico, il quale menziona la coscienza del personale sanitario come bene giuridico autonomo, svincolato da qualsiasi cartella clinica e da qualunque previsione legislativa espressa.

Va da sé, che – come si è visto – tali regole deontologiche risultano da sole insufficienti a tutelare la libertà di coscienza del personale medico, per cui – come la stessa Corte Costituzionale ha rilevato – ciò che è da auspicare resta pur sempre un espresso intervento legislativo.

Tuttavia, anche in presenza di una modifica della l. 219/2017 che introduca una precisa previsione dell'obiezione di coscienza del medico, potranno comunque presentarsi delle problematiche sul piano

della garanzia del servizio e del buon andamento della pubblica amministrazione (e dunque di nuovo sul piano pragmatico).

Per scongiurare questa eventualità, nonostante le difficoltà di una sua coerente lettura, vi è l'art. 1 comma 9 della legge<sup>471</sup> il quale – pur in assenza di un esplicito diritto ad obiettare – pone ad ogni struttura sanitaria pubblica o privata l'onere di garantire con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi della legge. Tutto ciò onde evitare gli stessi problemi operativi che si sono verificati in altri ambiti (per tutti si pensi al caso dell'IVG<sup>472</sup>) potendo pensare ad una «rimeditazione del sistema di reclutamento dei medici in modo tale da assicurare l'accesso alle cure – e con esse anche l'esecuzione delle DAT – da parte dei pazienti.<sup>473</sup>»

---

<sup>471</sup> Anche la relazione annuale al Parlamento sullo stato di applicazione della legge da parte del Ministero della salute potrebbe costituire uno strumento utile per un costante monitoraggio (art. 8 della l. 219/2017) ; tuttavia altri elementi, come la stessa clausola di invarianza finanziaria ( art. 7 ) potrebbe rendere difficile una (piena e concreta) realizzazione della disciplina.

<sup>472</sup> Mi riferisco all'elevata percentuale di medici obiettori ( nella Regione Lazio secondo il ministero della Salute superiore all'80%) oltre che alla motivazione sottesa a tale scelta, molte volte non vertente su elementi etico – religiosi della propria coscienza ma ancorata a mera convenienza: quella di evitare carichi di lavoro senza incidere (negativamente) sulla propria carriera professionale.

<sup>473</sup> Così E. CANALE – I. DEL VECCHIO, *La (mancanza di una) clausola di coscienza*, cit., p. 19, che rammenta anche la prassi sviluppatasi a livello regionale ( e condannata dalla giustizia amministrativa) del requisito nel bando di medico “non obiettore” ( cfr. S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in C. COLAPIETRO (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità: esperienze a confronto*, *Atti del Convegno Internazionale, Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento*

Ciò significa che, dalla prassi applicativa ben potrebbe emergere che, la normale organizzazione della struttura sanitaria risolva già autonomamente le istanze di tutela di coscienza prima ancora che si palesi un'esigenza di modifica della l. 219/2017 oppure una richiesta di giustizia di fronte ad un giudice.

Si giungerebbe così al cd. “*reasonable accomodation*” all'interno delle strutture sanitarie vale a dire quell'adattamento (di fatto) al sistema sulle base delle comprovate esigenze di coscienza dei singoli medici che si trovano a dover attuare la legge. Solo nel momento in cui si giungerà alla conclusione che la coscienza del medico non possa essere tutelata attraverso un'adeguata organizzazione delle strutture sanitarie, solo e soltanto allora si potrà (o meglio dovrà) valutare l'intervento sussidiario del legislatore, del giudice ordinario o costituzionale.

L'art. 1, comma 9 sembra così una disposizione dalla quale poter evincere l'importanza della prassi applicativa oltre che da interpretarsi come una sorta di esortazione all'effettività della legge. Tuttavia – alla luce delle recenti vicende circa omissioni legislative sull'obiezione di coscienza nell'esercizio di funzioni pubbliche<sup>474</sup> – tale modalità sembra

---

*di Giurisprudenza 5 e 6 aprile 2017*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 403 ss).

<sup>474</sup> Primo fra tutti il caso dei pubblici ufficiali tenuti a celebrare le unioni civili così da l. 76/2016 in cui risulta assente una clausola di coscienza. Per il Consiglio di Stato (Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 15 luglio 2016, n. 01695/2016, in data 21.07.2016) un problema di obiezione di coscienza, non si pone: « (...) osserva il Consiglio di Stato che la legge, e correttamente il decreto attuativo oggi in esame, pone gli adempimenti a carico

stia degradando verso forme di “accomodamento di fatto” e cioè « in mancanza dell’*interpositio legislatoris* (...) la decisione di dar seguito o meno ad una pretesa obiezione, verrebbe affidata alla singola struttura sanitaria (...)» sulla quale però «anche in caso di accertata fungibilità della prestazione e continuità del servizio, non grava, in tal senso, alcun dovere di concessione, con un evidente rischio di disparità di trattamento che diventa ancor più rilevante laddove ci si fermi a riflettere sul fatto che, in capo all’ente o alla struttura coinvolta si configura, conseguentemente, anche il potere di scriminare o meno la condotta dell’obiettore.»<sup>475</sup>

---

dell’ufficiale di stato civile, e cioè di un pubblico ufficiale, che ben può essere diverso dalla persona del sindaco. In tal modo il Legislatore ha affermato che detti adempimenti, trattandosi di disciplina dello stato civile, costituiscono un dovere civico e, al tempo stesso, ha posto tale dovere a carico di una ampia categoria di soggetti – quella degli ufficiali di stato civile – proprio per tener conto che, tra questi, vi possa essere chi affermi un “impedimento di coscienza”, in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti nell’interesse della coppia richiedente. Del resto, è prassi ampiamente consolidata già per i matrimoni che le funzioni dell’ufficiale di stato civile possano essere svolte da persona a ciò delegata dal sindaco, ad esempio tra i componenti del consiglio comunale, sicché il problema della “coscienza individuale” del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione - il che la legge non consentirebbe in alcun caso – il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile.»

<sup>475</sup> In questi termini C. LUZZI, *La questione dell’obiezione di coscienza*, cit., p.25 intendendo per “accomodamento di fatto” quel «meccanismo giudiziale, utilizzato prevalentemente in ambito giuslavoristico, sperimentato e consolidato nell’ordinamento canadese, per accordare tutela alle istanze del lavoratore subordinato, in un contesto profondamente multiculturale. Laddove il lavoratore dimostri di soffrire un autentico disagio motivato da ragioni di coscienza, egli può richiedere al datore di lavoro di essere esentato da una certa prestazione, a

## Considerazioni di sintesi e prospettiva.

Obiettivo principale dell'elaborato è stato innanzitutto quello di dimostrare il rinnovato ruolo del tema dell'obiezione di coscienza per motivi etico-religiosi. Ciò è diretta conseguenza dell'odierno contesto multietnico e multiculturale il quale ha comportato un'esponentiale crescita di richieste religiosamente motivate di esenzione ai dettami di legge, ponendo il legislatore in evidente imbarazzo nella regolamentazione della "diversità".

Nella recente normativa sulle disposizioni anticipate di trattamento (L. 219 / 2017) è accaduto ciò che di sovente avviene per i temi cd. eticamente sensibili. Il legislatore – non riuscendo a prendere una netta posizione – ha preferito omettere qualsiasi riferimento all'obiezione di coscienza lasciando così dei vuoti di tutela. È emerso come il tema delle DAT implichi un immediato rinvio alle scelte cd. "sensibili" le quali, incidendo su aspetti prettamente umani (la vita e la morte) risultano indissolubilmente legate con le convinzioni religiose, culturali ed etiche del singolo. Il legame non risulta così scontato perché per capirne la portata bisogna collocarsi con la mente non solo al momento in cui le disposizioni vengono formulate (*ex ante*), ma anche al momento in cui

---

condizione che la sua sostituzione non comporti per l'impresa un onere eccessivo. In questo caso però si delinea un conflitto, risolto dal giudice comune, tra la libertà di coscienza del singolo e la libertà di iniziativa economica privata, non esattamente assimilabile, a parere di chi scrive, agli inderogabili doveri di solidarietà e di fedeltà all'ordinamento che gravano rispettivamente sul personale medico e sul pubblico ufficiale.» ( *ivi*, nota n. 55)

le stesse debbano essere recepite ed applicate (*ex post*). Vi è dunque la necessità di una ragionevole comprensione da parte dei “terzi” delle scelte del singolo per far sì che non se ne dia un contenuto difforme a quello originale. Trattasi di una vera e propria operazione di interpretazione ermeneutica in cui è essenziale l’analisi del *background* religioso-culturale sia del paziente che del personale sanitario in modo tale da costruire formule giuridiche di traduzione interculturale. L’elemento religioso-culturale afferente al singolo soggetto agente diventa così – rispetto alla scelta di fine vita – determinante per un’adeguata decodificazione delle volontà, dimensionandola nel suo contesto di significato.

Come si è visto, i timidi tentativi dottrinali di offrire un’interpretazione estensiva della legge 219/2017 che consenta di dare un’accezione positiva al silenzio del legislatore mediante un generale rinvio alla “clausola di coscienza” dell’art. 22 del Codice Deontologico appaiono irragionevoli. In questo modo, si rischia di equiparare delle regole meramente deontologiche ad una norma di rango primario stravolgendo la gerarchia delle fonti. Inoltre, così facendo, l’autodeterminazione del paziente viene lasciata alla mercé di parametri non determinati dalla legge e si autorizza un ordine professionale (quello medico) a delle vere e proprie auto-esenzioni legislative.

Sulla base di queste osservazioni, l’omesso riconoscimento dell’obiezione di coscienza all’interno della l. 219/2017 porta a dover ritenere che la stessa debba intendersi come una forma di obiezione “*contra legem*”, vale a dire come (in)espressamente esclusa da parte del

legislatore in quanto comportamento ritenuto contrastante col precetto legislativo e quindi illecito.

In prima battuta dunque, si è cercato di rintracciare possibili forme tutela di fronte al giudice ordinario in favore del medico obiettore che – stando a ciò – si ritroverebbe ad incorrere in profili di responsabilità penale in caso di mancata esecuzione delle DAT (ad esempio ex. artt. 610, 582, 583, 584, 589 c.p.). Tuttavia, il tentativo di valorizzare e tutelare la coscienza religiosa attraverso l’operato del giudice ordinario cercando di recuperare l’elemento religioso-culturale sotto forma di scriminante ex. art. 51 c.p. o di altre scusanti/attenuanti appare operazione scarsamente azionabile. In una logica di bilanciamento tra libertà di coscienza e autodeterminazione del paziente – alla luce anche di importanti precedenti giurisprudenziali – la prima si ritrova puntualmente a recedere in favore della seconda.

Per tale ragione è sorta la necessità di interrogarsi sulla costituzionalità della stessa legge 219/2017 nella parte in cui non riconosce l’obiezione di coscienza del personale sanitario. Invero, sul punto, si ravvisano vari profili di incongruenza con quelle norme fondamentali a presidio della libertà religiosa e di coscienza (in particolare gli artt. 2,3,19,21 Cost.) che portano a non escludere che in futuro potrà sollevarsi una questione di legittimità costituzionale.

Immaginando dunque un possibile recupero per il tramite dell’intervento della Corte Costituzionale, la recente ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/ 2019 – seppur su temi diversi – sono state un ottimo spunto per poter offrire alcune risposte

Dall'ordinanza n. 207 è emersa l'intenzione di preservare il più possibile la sfera di discrezionalità politica del legislatore, definendo l'intervento delle Camere indispensabile quando in gioco vi siano "delicati bilanciamenti". Tuttavia, se è innegabile che l'intervento legislativo sia l'opzione prioritariamente preferibile, con la sentenza n. 242 del 2019 si è altresì esplicitamente dichiarato che laddove la disciplina normativa fosse costituzionalmente necessaria – ed il legislatore non avesse provveduto – il giudice delle leggi sarebbe tenuto a farsi carico di esercitare il suo potere suppletivo.

Tale ruolo suppletivo è da circoscriversi a temi particolarmente rilevanti e a vicende eccezionali in cui siano in ballo dei beni e dei diritti delicatissimi. La circostanza in cui l'autodeterminazione di una persona sia volta ad interrompere – per mezzo di terzi – la propria vita rientra sicuramente in questa casistica. Verosimilmente – di fronte a ciò – la Corte Costituzionale non si tirerà indietro, assumendosi il gravoso onere di disegnare la disciplina necessaria ed utilizzando le stesse tecniche decisorie.

Peraltro, in prospettiva, non può non tenersi conto dei recenti accadimenti conseguenza della pandemia da Covid-19 i quali hanno inciso sia sul versante dei rapporti di vertice che sul piano individuale della libertà religiosa (con conseguenti implicazioni sulla libertà di coscienza). L'amministrazione d'emergenza si è dovuta necessariamente confrontare con un (ponderato) bilanciamento tra libertà di religione (art. 19) e tutela della salute (art. 32): in questo confronto, la prima si è ritrovata a dover sopperire di fronte alla

seconda. L'unilateralità dei provvedimenti del governo – in spregio al principio pattizio – è stata una chiara dimostrazione del (rinnovato) rapporto tra vertici istituzionali<sup>476</sup>.

L'atteggiamento della Chiesa Cattolica in occasione della pandemia ha portato ad un diverso approccio della religione al dato scientifico nonché ad una gestione (laica) di problematiche sanitarie legate alla tutela della vita (non solo collettiva, ma anche – di riflesso – individuale e di scelta) che potrebbe inaugurare un nuovo orientamento sulle questioni di stampo bioetico. Il necessario confronto con un quadro di diritti fondamentali ed interessi diffusi (ad oggi necessariamente indivisibili) porta con sé il paradossale effetto di una re-interpretazione (in senso positivo) della libertà religiosa, in grado di resistere agli antagonismi tra ordine civile ed ordine religioso (di cui l'obiezione di coscienza ne è l'istituto per antonomasia).

Come è stato autorevolmente rilevato «uno degli effetti più tangibili che la pandemia da Covid – 19 ha prodotto in molti ambiti è la gravosità del dilemma delle scelte»<sup>477</sup> scientifiche e di coscienza, personali e professionali nel fronteggiare la situazione di emergenza. Il 6 marzo 2020, la Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e

---

<sup>476</sup> Sui confronti dottrinali inerenti al tema cfr. N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, op. cit.; V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *Olir.it*, 16 marzo 2020; ID., *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista Telematica), n. 8/ 2020; A. LICASTRO, *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause*, op. cit.

<sup>477</sup> M. D'ARIENZO, *Scienza e coscienza ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid – 19*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista Telematica), n. 22 del 2020.

Terapia Intensiva (SIAARTI) ha emanato delle “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”. Tali raccomandazioni – improntate ad una sorta di giusta allocazione di limitate risorse sanitarie – stabilivano un limite massimo anagrafico per l’accesso alle terapie intensive, una valutazione relativa ai cd. “quadri clinici compromessi” nonché un invito per gli operatori sanitari proprio a verificare che i pazienti avessero precedentemente espresso all’interno di eventuali DAT *ex lege* n. 219 del 2017.

Tale circostanza pare riconfermare ancora di più l’idea secondo cui l’omesso riconoscimento dell’obiezione di coscienza all’interno della l. 219 / 2017 sia da intendersi in termini di diniego alla possibilità per il personale medico-sanitario di non ottemperare delle DAT. Invero, se da un lato la *ratio* sottesa è quella di rintracciare orientamenti utili e predeterminati di accesso dei pazienti alle cure con l’obiettivo di sollevare il personale medico dalla responsabilità e gravosità di una scelta dal punto etico e tecnico, dall’altro non viene tenuto minimamente conto della possibilità che lo stesso personale clinico possa essere sulla questione obiettore di coscienza per convinzioni culturali e/o religiose.

Anche in questa circostanza, le distorsioni applicative sono diretta conseguenza di quel vuoto di tutela all’interno della legge n. 219 che si spera possa essere colmato al più presto e in maniera convincente.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La tutela dei diritti del cittadino davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 1989.

AA.VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, E. DIENI - A. FERRARI - V. PACILLO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.

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

ADAMO U., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *lacostituzione.info*, 15 dicembre 2017.

ADAMO U., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 2018.

ADAMO U., *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte Cost., ord. n. 207 del 2018, in *forumcostituzionale.it*, 23 novembre 2018.

AINIS M., *Se obiettano sul testamento biologico*, in *La Repubblica*, 26 febbraio 2017.

ALBERTI A., *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 marzo 2018.

ALBISETTI A., *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1987.

ANTOLISEI F., *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2003.

APREA G., *L'eutanasia e il suicidio assistito: esiste un diritto alla "morte dignitosa"?*, in *diritto.it.*, 14 novembre 2019.

ARENDT H., *Civil Disobedience*, in *Crises of the Republic*, New York, 1975, *La disobbedienza civile* (trad. It.), Milano, 1985.

AZZALINI M., *Legge n. 219/ 2017: la relazione medico – paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. Civ. Prev.*, n. 1, 2018.

BALDINI V., *I diritti fondamentali tra garanzia costituzionale e condizionalità legislativa. Ripensando all'obiezione di coscienza nella legge sul biotestamento*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2017.

BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.

BASILE F., *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 30, 2018.

BERLINGÒ S., *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VI, Utet, Torino, 1991.

BERLINGÒ S., «*Passata la tempesta?*»..., in G.B. VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2004.

BERLINGÒ S., *Bioetica, biodiritto e il contributo scientificamente legittimato, en juriste, dell'ecclesiasticista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2015.

BERNARDI A., *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, II, 2002.

BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006.

BERNARDONI P., *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017.

BERNARDONI P., *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2017.

BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994.

BERTOLINO M., *Brevi note in tema di obiezione di coscienza, a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *questionegiustizia.it*, 19 novembre 2018.

BLAIOTTA R., *Anche dopo le Sezioni Unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Criminal Justice System of the End of Life*, 2010.

BOBBIO N., *La resistenza all'oppressione oggi*, in *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999.

BOPP U., *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Karlsruhe, 1974.

BORDONALI S., *Problemi di dinamica concordataria*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), giugno 2010.

BOTTA R., *Sentimento religioso e Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 1990.

BOTTA R., *La parità scolastica e la laicità "latitante"*, in CARDIA C. (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Giappichelli, Torino, 2003.

BOTTA R., *Manuale di diritto ecclesiastico. Società civile e società religiosa nell'età della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012.

BOTTI F., *La fine di un lungo viaggio al termine della notte: la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di*

*trattamento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, agosto 2018.

BRUNO R., *Obiezioni di coscienza e questioni bioetiche*, in G. CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2012.

BUTTURINI D., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, ESI, Napoli, 2009.

CACACE S., *La nuova legge in materia di consenso informato e dat: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Riv. It. Med. Leg.*, III, 2018.

CANALE E. –DEL VECCHIO I., *La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 1 – bis, 2019.

CANESTRARI S. –CORNACCHIA L. –DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2008.

CANESTRARI S., *Consenso, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari. Audizione presso la Commissione affari sociali della Camera dei Deputati (28 aprile 2016)*, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 3, 2016.

CANESTRARI S., *Una buona legge buona*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3, 2017.

CANESTRARI S., *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 14 marzo 2019.

CARDIA C., *Ateismo e libertà religiosa*, De Donato, Bari, 1973.

CARDIA C., *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2005.

CARDIA C., *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, Islam*, Edizioni paoline, Roma, 2007.

CARDIA C., *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), maggio 2009.

CARDIA C., *Laicità, diritti umani, cultura relativista*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), novembre 2009.

CARDIA C., *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2010.

CARTABIA M., *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007.

CARTABIA M., *Le sentenze “gemelle”*: diritti fondamentali, fonti, giudici, in *Giur. Cost.*, n. 5, 2007.

CASANOVA J., *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2000.

CASAVOLA F.P., *Editoriale*, in *Il Mattino*, 26 gennaio 2009.

CASONATO C. – CEMBRANI F., *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011.

CASONATO C., *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del Re*, in *La Rivista Il Mulino*, 21 aprile 2017.

CASUSCELLI G., *Post-confessionismo e transizione*, Giuffrè, Milano, 1984.

CASUSCELLI G. (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2012.

CEFFA C.B., *Il diritto di morire con dignità: il «caso Cappato» davanti ai Giudici della Corte costituzionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2018.

CEMBRANI F. – CEMBRANI G., *L'obiezione di coscienza nella relazione di cura*, Seed, Torino, 2016.

CERRI A., *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle «fattispecie dubbiose»*, in *Giur.it.*, I, 1999.

CHIASSONI P., *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in BORSELLINO P. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, 2011.

CICCONETTI M., *Lezioni di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014.

CIMBALO G., *Interdisciplinarietà, comparazione e Diritto Ecclesiastico in una esperienza didattica a distanza dell'Università di Bologna*, in G.B. VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2004.

COLAIANNI N., *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

COLAIANNI N., *Incostituzionalità prospettata e causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio: novità nella continuità*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 2, 2020.

COLAIANNI N., *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n.4 , 2020.

COLLOCA S., *Autoriferimento e antinomia nell'ordinamento giuridico*, CEDAM, Padova, 2006.

CONTI R., *L'interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sovranazionali*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2007.

COPPI F., voce *Plagio*, in *Enc., dir.*, XXXIII, Milano, 1983.

CORNACCHIA L., *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009.

CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Cedam, Bologna, 1978.

CUPELLI C., *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 12, 2017.

CUPELLI C., *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Dis Crimen Articoli*, 2017 e in B. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale degli esercenti una professione sanitaria. Indagine ad un anno dalla legge Gelli-Bianco* (in corso di pubblicazione).

CUPELLI C., *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018.

CUPELLI C., *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, n. 12, 2019.

CUPELLI C., *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistema penale*, n. 3, 2020.

D'AGOSTINO F., *Ripensare la laicità: l'apporto del diritto*, in AA.VV., *Ripensare alla laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea.*, G. DALLA TORRE (a cura di), Giappichelli, Torino, 1993.

D'AMICO M., *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 11, 2017.

D'ANGELO G., *Enti ecclesiastici – confessionali e religiosi tra “fine di religione e di culto” ed “attività di interesse generale”. A proposito di un rapporto in continua tensione*, in M.L. TACELLI – V. TURCHI (a cura di), *Studi in onore di Piero Pellegrino*, Esi, Napoli, 2009.

D'ANGELO G., *Il pluralismo religioso e confessionale: la difficile ricerca di un modello interpretativo soddisfacente*, in *Diritto e religioni*, n.1, 2009.

D'ANGELO G., *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico. Contributo all'interpretazione dell'art.117, comma 2, lett. c) della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

D'ANGELO G., *Dignità della persona e tendenza religiosa tra pubblico e privato: verso un nuovo equilibrio*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1 , 2013.

D'ANGELO G., *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015.

D'ANGELO G., *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello. Volume I. Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017.

D'ANGELO G., *Spazio pubblico per il fenomeno religioso e dimensione pubblica della libertà religiosa*, in *Iura & Legal Systems*, VII, 1, 2020.

D'ARIENZO M., *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e Religioni*, XVIII, 2, 2014.

D'ARIENZO M., *Le sfide della multiculturalità e la dimensione religiosa*, in F. ABBONDANTE – S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

D'ARIENZO M., *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2018.

D'ARIENZO M., *Scienza e coscienza ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid – 19*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 2020.

D'AVACK L., *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018.

D'AVACK L., *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. Fam. Per.*, n. 1, 2018.

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

DALLA TORRE G., voce *Libertà religiosa*, in *Dizionario delle idee politiche*, E. BERTI - G. CAMPANINI (a cura di), Ave, Roma, 1993.

DALLA TORRE G., *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in ID., *Le frontiere della vita. Etica, bioetica, diritto*, Studium, Roma, 1997.

DALLA TORRE G., *Quale laicità*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 2003.

DALLA TORRE G., *Metamorfosi della laicità*, in AA.VV., *Laicità e relativismo nella società post – secolare*, S. ZAMAGNI – A. GUARNIERI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2009.

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

DALLA TORRE G., *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2011.

DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.

DE MAGLIE C., *Società multiculturale e diritto penale: la cultural defence*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006.

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

DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Terza edizione, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001.

DEL BÒ C., *L'obiezione di coscienza e la pillola del giorno dopo*, in *Bioetica*, n. 3, 2009.

DEFILIPPI C. –BOSI D., *Codice dei diritti umani*, Edizioni Simone, Napoli, 2001.

DERRIDA J. - VATTIMO G. (a cura di), *La religione*, Laterza, Roma-Bari, 1995.

DI PRIMA F., *La mancata emanazione nell'Italia repubblicana di una legge "organica" sulla libertà religiosa (il confronto col caso spagnolo)*, in *Anuario De Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2016.

DI PRIMA F. –DELL'OGGIO M., *Le attività di culto nella scuola pubblica, tra laicità, «libertas Ecclesiae» e libertà religiosa collettiva*, in *Stato, Chiese, Pluralismo Confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 2016.

DI MARCO C., *Le DAT, il notaio e l'applicazione di coscienza*, in *FederNotizie*, 9 febbraio 2018.

DIACO D. (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, in *Corte Costituzionale – Quaderno processuale del Servizio Studi*, maggio 2016.

DOLCINI E. - MARINUCCI G., (a cura di), *Codice penale commentato*, Giuffrè, Milano, 2006.

DOMIANELLO S., *L'evoluzione giurisprudenziale delle fonti del diritto ecclesiastico*, in *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano, 1987.

DOMIANELLO S., *L'insegnamento del diritto ecclesiastico e l'«avvenire»*, in *L'insegnamento del diritto ecclesiastico nelle Università italiane*, Atti delle giornate di studio – Campobasso 19 – 20 gennaio 2001, M. PARISI (a cura di), Napoli, 2002.

DOMIANELLO S., *Il “diritto ecclesiastico matrimoniale” fra domande di libertà e di eguaglianza ed istanze di laicità dello Stato*, in CARDIA C. (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Giappichelli, Torino, 2003.

DOMIANELLO S., *L'utilità pratica del “Diritto ecclesiastico civile” come scienza*, in G.B. VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2004.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991.

ELEFANTE C., *Libertà religiosa e diritto all'istruzione (passando dalla laicità): il caso Lautsi*, in D'ANGELO G., *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello. Volume I. Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017.

ELEFANTE C., *Libertà religiosa, libertà dalla religione, questioni di inizio vita: i casi Costa e Pavan e Parrillo*, in D'ANGELO G., *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto*

*ecclesiastico comparato e multilivello. Volume I. Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017.

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958.

ESPOSITO V., *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003.

EUSEBI L., *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009.

EUSEBI L., *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011.

EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018.

EUSEBI L., *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *Discrimen*, 19 dicembre 2018.

FACCHIN R., *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1990.

FEO V., *L'elemento religioso culturale nel reato di violenza sessuale aggravata. L'interpretazione di Cass. Pen. 29 gennaio 2018 n. 29613*, in *Diritto e Religioni*, n. 2, 2018.

FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma – Bari, 2006.

FERRARI S., *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano*, Giuffrè, Milano, 1979.

FERRARI S., *Comportamenti «eterodossi» e libertà religiosa*, in *Foro it.*, I, 1991.

FERRARI S. – IBÀN I.C., *Diritto e religione in Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997.

FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro. it.*, 2009.

FIANDACA G. –MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, settima edizione, Zanichelli, Bologna, 2014.

FILORAMO G., *I nuovi movimenti religiosi*, Laterza, Bari, 1986.

FINOCCHIARO F., voce *Libertà*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990.

FINOCCHIARO F., *Alle origini della laicità statale*, in *Dir. eccl.*, n.4, 2002.

FINOCCHIARO F., *Laicità e riforme scolastiche in Francia nella III Repubblica*, in CARDIA C. (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Giappichelli, Torino, 2003.

FINOCCHIARO F., *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2009.

FINOCCHIARO F., *Diritto ecclesiastico. Edizione compatta*, Zanichelli, Torino, 2017.

FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale. Parte Generale*, Vol. I, Napoli, 1993.

FIORE C., *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in S.MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del*

*finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

FLORIO M. E., *L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2019.

FOLLIERO M. C., *La legge 194/1978 nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in memoria di M. Petroncelli*, Jovene, Napoli, 1989.

FOLLIERO M.C., *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 1. I principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2007.

FOLLIERO M.C., *Multiculturalismo e aconfessionalità. Le forme odierne del pluralismo e della laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), marzo 2007.

FOLLIERO M.C. –VITALE A., *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 2. I principi scritti. Regole*, Giappichelli, Torino, 2013.

FUCCILLO A., *Diritto religioni culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2019.

FURNARI M.G., *Il paziente, il medico e l'arte della cura*, Rubbetino Editore, Soveria Mannelli, 2005.

GALLO F. – BALDINI G. – PISOTTI G.G., *Biotestamento: perché non hanno senso le dichiarazioni del ministro Lorenzin sull'obiezione di coscienza*, in *Left*, 22 dicembre.

GAGLIARDI C., *Obiezione di coscienza o autonomia professionale del medico nella legge n. 219 del 22 dicembre 2017?*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2019.

GEMMA G., *Obiezione di coscienza ed osservanza dei doveri*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Doveri*, Milano, 2007.

GIRONI E., *Nota a sentenza*, in *Foro it.*, II, 1981.

GISMONDI P., *L'interesse religioso nella Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1958.

GIUNTA G., *Diritto a morire e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997.

GRAGNANI A., *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentrato di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), n. 2, 2019.

GRANDI C., *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007.

GRAZIANO L., *Riflessioni nel tempo dell'azione della Corte Costituzionale sulla disciplina normativa del fenomeno religioso*, in *Dir. Eccl.*, I, 1996.

GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 1961.

GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2019.

GROSSI P., *Secolarizzazione*, in E. BERTI – G. CAMPANINI (a cura di), *Dizionario delle idee politiche AVE*, Roma, 1993.

GROSSI P., *Il diritto tra potere e ordinamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.

GUARINO A., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene, Napoli, 1992.

IBÀN I.C., *Europa, diritto, religione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

IVALDI P., *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S.M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011.

JASSONI M., *L'emarginazione di una materia qualificante*, in G.B. VARNIER (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2004.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959.

KEPEL G., *La rivincita di Dio*, Rizzoli, Milano, 1991.

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

LA ROSA E., *“Uso” ed “abuso” del simbolo religioso: profili di responsabilità penale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), febbraio 2008.

LA ROSA E., *Il rifiuto di prescrivere la c.d. “pillola del giorno dopo” tra obiezione di coscienza e responsabilità penale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2008.

LAFFRANCHI M., *Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT), autonomia professionale e convinzioni etiche*, in *FederNotizie*, 9 febbraio 2018.

LANZI A., *La scriminante dell’art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1983.

LANZI A., *Interruzione della gravidanza*, in *Dig. disc. pen.*, 1992.

LARICCIA S., *Laicità, garanzia di libertà per tutti*, in *Confronti*, n. 3, 2002.

LAVAGNA C., *Sulle sentenze additive della Corte Costituzionale*, in DIACO D. (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, in *Corte Costituzionale – Quaderno processuale del Servizio Studi*, maggio 2016.

LEZIROLI G., *Autonomia del diritto ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2010.

LICASTRO A., *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale (Rivista telematica www.statoechiese.it)*, n. 14, 2019.

LICASTRO A., *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause nella giurisprudenza della Corte Suprema USA: un ritorno alla dottrina della "neutralità" nell'interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (Rivista telematica www.statoechiese.it)*, n. 7, 2020.

LIBERALI B., *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3, 2017.

LILLO P., *Radici costituzionali del sistema democratico italiano*, in *Dir. famiglia*, 2, 2013.

LO CASTRO G., *Legge e coscienza*, in R. BOTTA (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico: atti del Convegno di studi. Modena 30 novembre – 1 dicembre 1990*, Giuffrè, Milano, 1991.

LOMBARDI G., voce *Fedeltà*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1968.

LOMBARDI VALLAURI L., *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, CEDAM, Padova, 2002.

LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (rivista telematica), n. 16, 2007.

LUGLI M. –PASQUALE CERIOI J. – I. PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo*, Giappichelli, Torino, 2006.

LUPO E., *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, n. 5, 2007.

LUZZATI C., *Ancora sulla certezza*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale (Rivista telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it))*, n. 23, 2017.

LUZZI C., *La questione dell'obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017 tra fisiologiche esigenze di effettività e nuove prospettive di tutela.*, in *Dirittifondamentali.it (rivista on – line)*, n.1, 2019.

MACIOCE F., *La laicità e l'integrazione sociale: un rapporto ambiguo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it))*, settembre 2016.

MACRÌ G. –PARISI M. –TOZZI V., *Diritto ecclesiastico europeo*, Laterza, Roma – Bari, 2006.

MANCINI L., *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in AA.VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. DIENI - A. FERRARI - V. PACILLO, Giuffrè, Milano, 2006.

MANGIAMELI S., *La “libertà di coscienza” di fronte all’indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Giur. Cost.*, 1988.

MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 2007.

MANTOVANI F., *Opinioni a confronto. L’obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell’era del biodiritto.*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Criminalia*, 2011.

MANTOVANI F., *Obiezione di coscienza: tra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2011.

MARATEA L., *Il valore della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento italiano. Spunti di riflessione critica*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2006.

MARCENÒ V., *La Corte Costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, *Giur. Cost.*, III, 2000.

MARGIOTTA BROGLIO F., *Il fenomeno religioso nel sistema dell'Unione Europea*, in MARGIOTTA BROGLIO F. –MIRABELLI C. – ONIDA F., *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Laterza, Bologna, 2000.

MARINUCCI G. –DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2004

MARTINIELLO M., *How to combine integration and diversities: The challenge of an EU multicultural citizenship*, in R. LEWIS (ed.), *Multiculturalism Observed. Exploring Identity*, Brussels University Press, Brussels, 2006.

MASCIOTTA C., *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi (Rivista on-line)*, n. 6, 2019.

MASSARO A., *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018.

MASTROPAOLO F., *Appunti sulla nozione di buon costume come limite per l'autonomia privata*, in *Iustitia*, 3, 1995.

MERKL A., *La collisione delle norme tra autorità statale e autorità religiosa*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 16, 1936.

MODUGNO F. –CARNEVALE P., *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. Cost.*, 1990.

MODUGNO F. – D’ALESSIO R., *Verso una soluzione legislativa del problema dell’obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, IV, 1990.

MODUGNO F., *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994.

MONETA P., *Obiezione di coscienza. II) Profili pratici*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

MONTANARI L., *I sistemi di tutela dei diritti in Europa: alcune note sui rapporti tra giudici*, in S. GAMBINO (a cura di), *La protezione dei*

*diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004.

MONTANARI L., *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi, (relazione al Convegno su la “Corte costituzionale e le Corti d’Europa”, Copanello, 2002)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2002.

MONTICELLI L., *Le “cultural defence” (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2003.

MORELLI A., *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull’aiuto al suicidio e il perdurare dell’inerzia legislativa*, in [dirittifondamentali.it](http://dirittifondamentali.it), n. 1, 2020.

MORONI F., *I poteri della Corte costituzionale in materia penale: riflessioni a margine del caso Cappato*, in [giudicedonna.it](http://giudicedonna.it), n. 2 -3, 2019.

MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi contro comportamenti omissivi del legislatore*, in DIACO D. (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, in *Corte Costituzionale – Quaderno processuale del Servizio Studi*, maggio 2016.

NAVARRO VALLS R. – MARTINEZ TORRON J., *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995.

NOVELLI G., *Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto nel dialogo tra le corti supreme*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2012.

ONIDA F., *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza ( alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1985.

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

PACILLO V., *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *Oliv.it*, 16 marzo 2020.

PACILLO V., *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 2020.

PADOVANI T., *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988.

PALAZZO F.C., *Obiezione di coscienza*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979.

PAPAYANNIS D.M., *La objecion de conciencia en el marco de la razón pública*, in *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2006.

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

PARIS D., *Medici e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 2011.

PARIS D., *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018.

PARISI M., *Credo ateistico organizzato e libera comunicazione propagandistica degli orientamenti ideal-spirituali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 13, 2020.

PASQUALINO G., *Secolarizzazione*, in N. BOBBIO – N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976.

PASSERIN D'ENTRÈVES A., *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, in *Le conferenze dell'Associazione culturale italiana*, XXIII, Cuneo, 1969.

PIERGALLINI C., voce "Colpa", in *Enciclopedia del diritto*, Annali, X, Milano, 2017.

PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 2004.

PISTOLESI I., *La libertà di pensiero, di coscienza e di religione* in G. CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2012.

PIZZORUSSO A., *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in ALPA G. – BESSONE M. – BONESCHI L., *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padova, 1981.

PRISCO S., *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, II ed., Giappichelli, Torino, 2009.

PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in Dig. Disc. Pubbl., X, Torino, 1995.

PULITANÒ D., *Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 2007.

RADTKE H., *Überlegungen zum Verhältnis vom "zivilem Ungehorsam" zur "Gewissenstat"*, in *GA*, 2000.

RANDAZZO B., *Unità politica e unità religiosa: un caso di diniego di autorizzazione all'esercizio del culto*, in *Quad. cost.*, n.3, 2002.

RAZZANO G., *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *dirittifondamentali.it*, n.1, 2019.

RAZZANO G., *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte Costituzionale e il Parlamento.*, in *dirittifondamentali.it*, n.1, 2019.

RICCA M., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008.

RICCA M., *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008.

RICCA M., *Riace, il futuro è presente. Naturalizzare il «globale» tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Dedalo, Bari, 2010.

RICCA M., *Polifemo. La cecità dello straniero*, Torri del Vento, Palermo, 2011.

RICCA M., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012.

RICCA M., *Il tradimento delle immagini tra kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs competenza culturale nel mondo del diritto*, in *E/C rivista dell'Associazione Italiana di studi semiotici*, 21 maggio 2013.

RICCA M., *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

RINALDI F., *Un Totenrecht o diritto di non soffrire?*, in *Diritti fondamentali*, n.1, 2020.

RISICATO L., *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, Giappichelli, Torino, 2008.

ROMANO M., *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020.

ROSSI E., *L'obiezione di coscienza del giudice tutelare.*, in *Foro It.*, I, 1988.

ROSSI S., *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *lacostituzione.info*, 22 aprile 2017.

RUFFINI F., *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il Mulino, Bologna, 1992.

RUGGERI A. – SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1999.

RUGGERI A., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta-online*, 20 novembre 2018.

RUGGERI A., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, n. 2, 2019.

RUGGERI A., *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020.

RUOTOLO M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n.2, 2019.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, Utet, Torino, 1993.

SACCUCCI A., *Profili di tutela dei diritti umani, tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, CEDAM, Padova, 2002.

SALAZAR C., *I “destini incrociati” della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008.

SALCUNI G., *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla “paura del diverso” al dialogo*, in *Ind. pen.*, 2006.

SANTAMARIA D., *Colpevolezza*, in *Enc.dir.*, VII, 1960

SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Morano Editore, Napoli, 1961.

SAPORITI M., *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014.

SCALISI V., *Presentazione*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004.

SORRENTINO F., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Il corriere giuridico*, 2010, n. 2.

SPADARO A., *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici “religiose” dello Stato “laico”*, Giappichelli, Torino, 2008.

TEDESCHI M., *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1983.

TEDESCHI M., *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007.

TOSCANO M., *Discriminazione religiosa, lavoro e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013.

TRIPODINA C., *La “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019.

TURCHETTI S., *Danno per l'anima e danno grave alla persona: una discutibile lettura dell'art. 54 c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), marzo 2007.

TURCHI V., *I nuovi volti di Antigone*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

VECCHIO CAIRONE I., *Forme di Stato e forme del sacro. Percorsi storici*, Aracne Editore, Roma, 2009.

ZANNOTTI L., *La laicità senza riserve (a proposito del libro di G. E. Rusconi, Come se Dio non ci fosse)*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 2, 2002.

ZANNOTTI L., *L'insegnamento, l'insegnamento del diritto, l'insegnamento del diritto ecclesiastico. La lezione del Maestro e altre lezioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista Telematica [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2016.

VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008.

VALLINI A., *Circostanza del reato*, in G. DE FRANCESCO, *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, Torino, 2011.

VAN BROECK J., *Cultural Defense and Culturally motivated Crimes (Cultural Offenses)*, in *Eur. J. Crime*, vol. 9/1, 2001.

VARNIER G.B. (a cura di), *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2004.

VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Utet, 1960.

VENTURA M., *La laicità dell'Unione Europea*, G. ROBBERS ( a cura di), Milano – Baden Baden, 1996.

VENTURA M., *Laicità e fattore religioso in bioetica*, in CHIEFFI L. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2000.

VERONESI P., *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in *Criminalia*, 2011.

VERTOVEC S., *Super-diversity and its implications*, in *Ethnic and Racial Studies*, n. 6, 2007.

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

VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004.

VIGANÒ F., *Sub art. 51*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Giuffrè, Milano, 2006.

VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Criminal Justice System of the End of Life*, 2009.

VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte europea tra "guerra" e "dialogo"*, in S. SONELLI (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Giappichelli, Torino, 2015.

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

VITALE A., *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamenti giuridici e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 2005.

VITTORIA D., *Un'ipotesi di riforma per la disciplina degli enti del 1 libro c.c.*, in *Dir. e giur.*, 1987.

WEILER J.H.H., *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, con prefazione di A. BARBERA, BUR saggi, Milano, 2003.

ZAGREBELSKY G., in *Democrazia? Libertà delle coscienze*, in *Riforma.it (quotidiano on-line)*, 19 febbraio 2018.