



Emanuele La Rosa

(borsista post-dottorato in Diritto penale dell'economia
nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina)

**Il rifiuto di prescrivere la c.d. "pillola del giorno dopo"
tra obiezione di coscienza e responsabilità penale ***

SOMMARIO: 1. Definizione del tema – 2. Il rifiuto del medico di prescrivere la c.d. "pillola del giorno dopo" come omissione tipica ex art. 328 c.p. – 2.1. Il carattere "indebito" del rifiuto – 3. L'obiezione di coscienza del medico: presupposti, limiti e riflessi penali – 3.1. Segue: applicazione diretta dell'art. 9 l. 194/1978? – 3.2. Segue: applicazione analogica dell'art. 9 l. 194/1978? – 4. L'efficacia "attenuante" dell'obiezione di coscienza – 5. Prospettive de iure condendo.

1 – Definizione del tema

Oggetto di questo intervento è l'obiezione di coscienza, vista come possibile mezzo di risoluzione dei conflitti che possono insorgere in una società pluralista di fronte all'intervento penale in settori eticamente sensibili¹. Si tratta, quindi, di un tema che si ricollega al più generale problema del ruolo del diritto – e del diritto penale, in particolare, – come strumento di regolamentazione delle relazioni sociali in un ordinamento laico.

La materia appare estremamente complessa e ricca di sfumature; il fenomeno si manifesta in forme sempre nuove, tanto che si può parlare, a buon diritto, di una vera e propria "esplosione dell'obiezione di coscienza"².

Qui verrà affrontata da un angolo visuale estremamente delimitato, qual è quello dell'obiezione di coscienza del medico rispetto alla prescrizione della c.d. "pillola del giorno dopo". Non mi occuperò, invece, né dell'obiezione del farmacista alla vendita (che presenta forti

* Testo, rivisto e corredato di note, dell'intervento al Convegno "Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali" (Messina 13 - 14 giugno 2008), destinato alla pubblicazione negli Atti.

¹ Parla dell'obiezione di coscienza come "tecnica della società pluralista", alternativa a quella del compromesso, S. RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 55 e 58.

² R. NAVARRO VALLS - J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, 1995, 9.



affinità con l'ipotesi qui considerata), né di obiezione all'uso della pillola RU486, i cui effetti pacificamente abortivi fanno sì che il suo utilizzo debba sottostare alla disciplina generale sull'TVG, prevista dalla l. 194/78, ivi comprese le disposizioni in materia di obiezione di coscienza.

Il medicinale a base di *levonorgestrel* è, come noto, un contraccettivo "d'emergenza" o post-coitale – e, quindi, ad effetto tardivo – che, per poter agire efficacemente, deve essere assunto subito dopo la consumazione di un rapporto sessuale non protetto e, comunque, non oltre le 72 ore.

Il possibile conflitto di coscienza, in capo al medico, nasce dal fatto che non sono del tutto noti – almeno in dettaglio – i meccanismi di azione del farmaco³; una controversia acuita dalla constatazione che il "piano delle valutazioni scientifiche si confonde con quello delle valutazioni ideali (etiche, filosofiche, religiose, etc...) relative alla definizione del momento in cui comincia la vita"⁴. Gli studi medici, in particolare, pur concordi nel riconoscere che gli effetti si producono in una fase che precede l'annidamento dell'ovulo fecondato nell'utero materno, non escludono che questi intervengano dopo l'avvenuta fecondazione, determinando la distruzione di quello che viene già ritenuto, a tutti gli effetti, un embrione umano. Sicché il ricorso al farmaco viene giudicato eticamente inaccettabile, da quanti propugnano una tutela incondizionata della vita umana fin dal suo inizio; momento che viene identificato con il momento del concepimento (cioè della fusione cellulare tra gameti maschile e femminile)⁵.

Il tema – già venuto all'attenzione della dottrina e dell'opinione pubblica, soprattutto in occasione dell'autorizzazione alla messa in commercio del farmaco in questione⁶ – è ritornato di attualità nei mesi

³ Sul punto, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, **P. G. MACRÌ**, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista medico e deontologico*, in AA. VV., *Medicina, bioetica e diritto*, a cura di P. Funghi – F. Giunta, Pisa, 2005, 65 ss..

⁴ **G. DI COSIMO**, *I farmacisti e la "pillola del giorno dopo"*, in *Quad. cost.*, 2001, 142.

⁵ Su questi profili cfr. **E. DOLCINI**, *Embrione, pre-embrione, ootite: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 440 ss..

⁶ **G. DI COSIMO**, *I farmacisti*, cit., 142 ss.; **G. BONI**, *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, in *Il dir. fam. per.*, 2001, 677; **N. GIMELLI**, *L'obiezione di coscienza dei farmacisti: cosa ne pensa la CEDU? Il caso Pichon e altri c. Francia. Il dibattito dottrinale italiano sulla c.d. "pillola del giorno dopo"*, in *Dir. eccl.*, 2004, 740; **M. CASINI – A. SPAGNOLO**, *Aspetti giuridici, deontologici ed etici della*



scorsi, oltre che per i ripetuti interventi delle gerarchie cattoliche⁷, anche a seguito della segnalazione (a Pisa, Genova e Roma) di vari casi di diniego della prescrizione, che hanno attirato pure l'attenzione della magistratura.

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

La fattispecie incriminatrice che viene in rilievo è quella di *Rifiuto di atti d'ufficio* ex art. 328, co. I, c. p., presentando l'atto rifiutato i caratteri dell'*urgenza* e dell'essere dato *per ragioni di sanità* (da intendersi in senso lato come sinonimo di salute). Il problema che si pone di fronte al giurista – ed al penalista in particolare – è quello di valutare quale incidenza possa avere, ai fini della responsabilità penale per il fatto, la circostanza che lo stesso sia stato commesso per motivazioni che affondano le loro radici nel “foro interno” dell'agente.

2 - Il rifiuto del medico di prescrivere la c.d. “pillola del giorno dopo” come omissione tipica ex art. 328 c.p.

In realtà, oggetto di discussione è la stessa “tipicità” della condotta omissiva del medico⁸. Ciò in forza dell'assunto secondo cui non sussisterebbe in capo a questi alcun obbligo di prescrivere farmaci sulla base della mera richiesta del paziente, operando su questo terreno il principio della libertà delle scelte terapeutiche⁹; vieppiù se si considera che il *levonorgestrel* non è un farmaco “da banco”, ma può essere venduto solo dietro presentazione di ricetta medica¹⁰.

prescrizione medica degli estroprogestinici a scopo contraccettivo, in *Medicina e morale*, 2002, 429.

⁷ Si pensi al recente discorso tenuto, nell'ottobre 2007, da Benedetto XVI davanti ai partecipanti al XXV Congresso della Federazione internazionale dei farmacisti cattolici, nel quale li si esortava esplicitamente all'obiezione, “un diritto che deve essere riconosciuto alla vostra professione permettendovi di non collaborare direttamente o indirettamente alla fornitura di prodotti che hanno per scopo scelte chiaramente immorali, come per esempio l'aborto e l'eutanasia”.

⁸ Così, per esempio, G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., 142

⁹ Ricavabile dall'art. 33 Cost e dagli artt. 3, 4 e 13 del Codice di deontologia medica del 2006.

¹⁰ Così, per esempio, F. D'AGOSTINO, *Obiezione di coscienza. Medico non esecutore di richieste*, in *Avvenire*, 3 aprile 2008, che richiama anche il Codice di deontologia medica (2006), il cui art. 13 prevede, tra le altre cose che “In nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili”. Il chiaro Autore non



Queste considerazioni non valgono certamente nell'ipotesi – come quella verificatasi a Pisa – in cui venga affisso sulla porta del presidio sanitario un cartello con la chiara dicitura “*Non si prescrive la pillola del giorno dopo*”. In questo caso l'integrazione della condotta omissiva pare fuori discussione; senza che possa in alcun modo invocarsi l'esercizio, da parte del medico, della sua discrezionalità tecnica. Infatti, l'aprioristico diniego ad effettuare la prestazione rappresenta una classica ipotesi di “rinuncia preventiva alla valutazione degli interessi in gioco che contraddice gli scopi per cui è concesso il potere discrezionale”¹¹, e come tale suscettibile di essere sindacata in sede penale, come violazione dei doveri inerenti lo svolgimento della funzione pubblica.

Ma anche al di là di questa situazione estrema, occorre intendersi: un conto è dire che la prescrizione deve essere adeguatamente motivata sotto il profilo terapeutico – affermazione sulla quale credo chiunque debba convenire –, altro è riconoscere al medico la possibilità di rifiutarla non per ragioni strettamente mediche, bensì sulla base di considerazioni etiche o religiose. Il precedente giurisprudenziale¹² che è stato talvolta richiamato in proposito non contiene affatto indicazioni in tal senso, limitandosi a fissare alcuni principi generali in materia di presupposti per il rilascio della ricetta medica.

Lo stesso principio di “libertà terapeutica” non opera incondizionatamente; trovando la stessa il suo concreto fondamento nell'esigenza di assicurare il pieno rispetto dell'interesse del paziente, la salute (da intendere in senso lato) di quest'ultimo rappresenta un argine alla sua operatività¹³.

Ciò senza considerare come, nel caso di specie, un preciso obbligo pare potersi ricavare, oltre che dalla particolare natura del farmaco, soprattutto dall'art. 1 della l. 405/1975, istitutiva dei consultori familiari, che ne individua, tra gli scopi, quello della “*somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e*

pare, però, sfuggire ad una certa confusione tra il piano delle valutazioni “mediche” e quello delle valutazioni più propriamente etiche.

¹¹ Sul punto, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Bologna, 2007, 229.

¹² Trib. Roma, 25 giugno 1997, Anna, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 318, con nota di A. FIORI – G. LA MONACA, *Le regole doverose di condotta nel rilascio della ricetta medica*.

¹³ Sul punto, sia pure in relazione a profili diversi rispetto a quelli qui considerati, cfr. F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 668 e P. PIRAS, *Prescrizione di farmaci off-label e responsabilità penale*, in *Criminalia*, 2007, 430.



da singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti"¹⁴.

Concludendo sul punto, la libertà assicurata al medico non può tradursi nel rifiuto della prescrizione, laddove ricorrano i presupposti previsti dalla legge per l'erogazione della prestazione; presupposti che nel caso di specie sussistono, salvi i casi di possibile concreto pericolo per la salute della donna.

2.1 – Il carattere “indebito” del rifiuto

Sempre sul terreno del fatto tipico, una esclusione della rilevanza penale delle condotte omissive in oggetto potrebbe ottenersi attraverso la valorizzazione della clausola di illiceità espressa inserita nella struttura dell'art. 328, co. I, in forza della quale il rifiuto dell'atto assume rilievo penale solo se “indebito”.

In realtà, la dottrina penalistica appare divisa sul significato e sulla portata di tale elemento. Per alcuni Autori l'avverbio “indebitamente” sarebbe del tutto superfluo, limitandosi ad esplicitare il connotato dell'antigiuridicità, richiesto tacitamente da ogni norma incriminatrice¹⁵.

Tra quanti sono orientati ad attribuire all'inciso in questione il valore di una vera e propria clausola di illiceità speciale, tale da subordinare la “tipicità” del rifiuto alla violazione di specifici doveri gravanti sul pubblico ufficiale o sull'incaricato di pubblico servizio, si apre, poi, un'ulteriore, significativa divaricazione.

Un primo orientamento scioglie il significato della formula normativa nel latissimo concetto di “assenza di giustificato motivo”, sì da includervi tutte le ipotesi in cui il compimento dell'atto sia da considerare inesigibile¹⁶. Aderendo a tale più estensiva ricostruzione

¹⁴ In argomento, M. VENTURA, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista giuridico*, in AA. VV., *Medicina, bioetica e diritto*, cit., 77.

Decisamente meno controversa è l'esistenza di un obbligo di vendita in capo al farmacista; obbligo espressamente sancito dall'art. 38 del R.D. 30 settembre 1938, n. 1706, in forza del quale “i farmacisti non possono rifiutarsi di vendere le specialità medicinali di cui sono provvisti e di spedire ricette firmate da un medico per medicinali esistenti nella farmacia ...”.

¹⁵ C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2001, 716. Nello stesso senso, già D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 85.

¹⁶ A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1995, 19; nello stesso senso, con riferimento alla precedente formulazione



del contenuto semantico della clausola di illiceità, si potrebbe giungere a considerare non indebito il rifiuto opposto dal medico per ragioni di ordine etico o religioso, anche attraverso il riferimento alla c.d. "clausola di coscienza" prevista dall'art. 22 del Codice deontologico del 2006¹⁷.

Sebbene tale impostazione abbia trovato accoglimento in alcune pronunce giurisprudenziali¹⁸, pare preferibile una lettura più restrittiva che, qualificando come "non indebito" il solo rifiuto che trova giustificazione in "leggi e disposizioni amministrative che regolano competenze e forme" dell'ufficio o servizio, non solo meglio corrisponde ad esigenze di precisione e tassatività della fattispecie, ma si presenta anche più coerente con la dimensione pubblicistica degli interessi in gioco e con la particolare qualità soggettiva dei destinatari della norma incriminatrice¹⁹.

3 – L'obiezione di coscienza del medico: presupposti, limiti e riflessi penali

Qualificata come tipica, ex art. 328, co. I, c. p., la condotta del medico che rifiuta di prescrivere il contraccettivo d'emergenza, il passo successivo è quello di verificare se esiste la possibilità di escludere comunque la responsabilità penale.

Il problema della c.d. *Gewissenstat* (fatto di coscienza) – *genus* più ampio, del quale il fatto commesso dall'obiettore di coscienza rappresenta un'ipotesi speciale – ha sollevato in Germania un ampio dibattito (stimolato anche da una nota, ed ormai risalente pronuncia del Tribunale Costituzionale). Pur nella varietà delle ricostruzioni proposte, la dottrina tedesca sembra orientata a trovare una possibile esclusione

dell'art. 328 c.p., già A. M. STILE, *Omissione, rifiuto o ritardi di atti d'ufficio*, Napoli, 1974, 156.

¹⁷ **Art. 22 - Autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica.** *Il medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona assistita e deve fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento.*

¹⁸ Emblematica, in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 2000, n. 7281, in *G. dir.*, 2000, 32, 53, che, nel negare carattere "indebito" al rifiuto di alcuni militari di ricevere una denuncia a loro carico, ha ritenuto che "nel bilanciamento fra l'interesse al buon andamento della P. A., tutelato dall'art. 328 c. p., e il diritto soggettivo alla difesa, tutelato dall'art. 24 Cost., la prevalenza non può che essere attribuita a quest'ultimo".

¹⁹ M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 341 ss..



della responsabilità penale sul piano della colpevolezza, ed, in particolare, sotto il profilo della non esigibilità da parte dell'ordinamento di una condotta diversa da quella imposta da un invincibile convincimento interiore²⁰.

Tale approccio al tema non appare del tutto convincente. Ciò non solo per le difficoltà connesse ad un riconoscimento dell'inesigibilità come scusante generale e *praeter* legale, quanto perché, muovendo dalla premessa che la libertà di coscienza rappresenta un diritto costituzionalmente garantito, ci si accorge che la logica sottesa al riconoscimento di eventuali margini di impunità per colui che agisce per ragioni di coscienza, non è tanto quella dell'inesigibilità, da parte dell'ordinamento, di una condotta diversa, quanto piuttosto quella del bilanciamento tra opposti interessi, cioè la *ratio* che è alla base, non delle scusanti, bensì delle cause di giustificazione²¹.

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

Una volta riconosciuto rango costituzionale alla libertà di coscienza, anche l'obiezione – che di quella costituisce una delle espressioni più significative – perde ogni carattere di eccezionalità; ne consegue che, anche in assenza di una *interpositio legislatoris*, il legittimo esercizio del diritto all'obiezione non potrà essere negato²².

²⁰ Sul punto, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio a E. LA ROSA, "Uso" ed "abuso" del simbolo religioso: profili di responsabilità penale, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2008.

²¹ Così, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, 303; ID., *Sub art. 51*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini - G. Marinucci, Milano, 2006, 536 ss.; in senso conforme, S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, 236. Di contrario avviso, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, 469, secondo cui andrebbero affrontate sul piano della colpevolezza – sia pure in prospettiva *de iure condendo* – le ipotesi di conflitto di doveri in cui il soggetto decida di adempiere una norma oggettivamente soccombente, tale essendo – a giudizio dell'Autore – la norma morale su cui si fonda l'obiezione di coscienza.

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

²² G. DELLA TORRE, *Obiezione di coscienza e ordinamento sanitario*, in AA. VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, a cura di B. Perrone, Milano, 1992, 301; ID.,



Non del tutto convincente appare, quindi, l'opinione – pure autorevolmente sostenuta²³ – che, muovendo dalla genericità del contenuto e dei confini del diritto in questione, arriva alla conclusione che solo il legislatore sarebbe legittimato ad individuare le modalità del suo concreto esercizio²⁴. In realtà, uno Stato autenticamente liberale non dovrebbe “avere paura” delle scelte di libertà dei propri cittadini, né sopravvalutare i rischi di disgregazione che una massiccia pratica dell'obiezione potrebbe comportare: “il diritto a disobbedire la legge non è un diritto staccato e aggiuntivo, rispetto agli altri diritti verso lo Stato. È semplicemente una caratteristica di tutti i diritti morali verso lo Stato e non può essere teoricamente negato senza negare l'esistenza di questi diritti”²⁵.

Non può, quindi, essere messo in discussione l'an della particolare considerazione da riservare all'obbietore, quanto piuttosto il *quomodo*: se attribuire alle motivazioni di coscienza efficacia esimente ovvero meramente attenuante della responsabilità penale²⁶.

Il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza e, conseguentemente, del diritto all'obiezione non esauriscono, però, il discorso circa il suo effetto scriminante ex art. 51 c.p., dovendo esso sottostare, al pari di ogni altro diritto – anche quelli costituzionalmente

Obiezione di coscienza e valori costituzionali, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, a cura di Botta, Milano, 1991, 32 ss. Secondo l'Autore la presenza di leggi disciplinanti specifiche ipotesi di obiezione avrebbe solo il valore di “mera modalità di regolamentazione del diritto”. Su posizioni analoghe, S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto*, Torino, 1998, 232, che osserva come “il campo dell'obiezione propriamente etica può essere considerato il frutto o la risultante di un processo di autolimitazione tipico delle democrazie costituzionali mature”, con la conseguenza che essa avrebbe “titolo per esigere dai legislatori una costante riforma delle loro determinazioni e dai giudici, per quanto possibile, una sorta di sospensione delle loro pronunce”.

²³ F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 543. Su posizioni analoghe, di recente, C. SALAZAR, *Le “relazioni pericolose” tra libertà di espressione e libertà di religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2008, 71.

²⁴ In buona sostanza, pur ammettendosi, in linea teorica, l'esistenza di un vero e proprio diritto all'obiezione, si ritiene impossibile individuarne limiti e concrete modalità di esercizio, laddove manchi una disciplina positiva che li determini in relazione ad ogni particolare manifestazione del fenomeno.

²⁵ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, 1982, 135.

²⁶ Va detto, comunque, che la giurisprudenza si è mostrata per lo più sensibile alle emergenti istanze della coscienza individuale, “non arrendendosi ai dati legislativi formali, ma cercando di ricavare dai principi fondamentali e dalle linee ispiratrici dell'ordinamento giuridico ambiti e spazi per un loro riconoscimento o, per lo meno, per una attenuazione delle ripercussioni sfavorevoli ad esse conseguenti”. Così, P. MONETA, *Obiezione di coscienza. II) Profili pratici*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1.



garantiti – a limiti interni ed esterni²⁷. Nel caso di specie, stante la particolare fonte da cui il diritto promana, questi ultimi andranno di volta in volta individuati attraverso un delicato bilanciamento con altri interessi costituzionalmente garantiti e che costituiscono oggetto di tutela della norma incriminatrice.

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

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

La particolarità di questa ipotesi va semmai colta sotto il profilo delle maggiori difficoltà che si incontrano nel momento in cui occorre operare il bilanciamento degli interessi. In una tale operazione vengono spesso in rilievo problemi che attengono alla stessa organizzazione degli uffici e alla distribuzione del lavoro al loro interno; problemi la cui soluzione non può essere affidata al giudice, ma necessita di una apposita disciplina positiva; la quale, stante l'incidenza dell'obiezione su diritti fondamentali (in questo caso la salute, in altri potrebbe essere l'amministrazione della giustizia), non può che essere riservata alla competenza del Parlamento²⁸.

3.1 – Segue: applicazione “diretta” dell'art. 9 l. 194/1978?

Occorre, a questo punto, verificare se esista già una disciplina positiva da poter applicare all'ipotesi che stiamo considerando.

²⁷ Su questo tema, tra gli altri, **A. LANZI**, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, *passim*; **F. VIGANÒ**, *Sub art. 51*, cit., 536 ss.; **D. PULITANÒ**, *Diritto Penale*, Torino, 2007, 265-66.

²⁸ Tra gli altri, **S. MANGIAMELI**, *La “libertà di coscienza” di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Giur. cost.*, 1988, 523 ss; **V. ONIDA**, *L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in **AA.VV.**, *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, cit., 365 ss.; **G. DELLA TORRE**, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., 52. Con specifico riferimento al tema oggetto dell'intervento, **G. DI COSIMO**, *I farmacisti*, cit., 143



Si potrebbe pensare di fare riferimento proprio al già menzionato art. 9 l. 194/1978²⁹.

A tal fine, però, essendo in tale disposizione l'obiezione esplicitamente riferita alle procedure dirette all'interruzione della gravidanza, occorre interrogarsi sul significato che il termine assume nel contesto della legge³⁰.

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

L'esigenza di contenere questo intervento nei limiti assegnati non consente di esaminare nel dettaglio le argomentazioni a favore delle diverse opzioni ermeneutiche. Procederò, quindi, attraverso affermazioni in qualche modo apodittiche e di questo mi scuso.

Una precisazione pare, però, opportuna. Non si tratta qui tanto di prendere posizione sul controverso concetto di vita umana e su quello di inizio della stessa, quanto piuttosto di capire qual è il significato che il termine "gravidanza" assume nel contesto di una

²⁹ Si riporta, per comodità del lettore, il testo della disposizione:

Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli artt. 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 dall'ospedale o della casa di cura, anche al direttore, 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.

³⁰ Per una ricostruzione delle varie posizioni si veda **M. ZANCHETTI**, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Padova, 1992, 97 ss..



normativa sulla cui applicabilità al caso in oggetto stiamo interrogandoci.

Rispetto alle diverse impostazioni che calcolano la durata della gravidanza a partire dal primo giorno dell'ultima mestruazione (c.d. *età gestazionale*)³¹ ovvero dal giorno dell'ovulazione o del presumibile concepimento, il che è equivalente, dato che la fecondazione avviene entro 24 ore dall'ovulazione (c.d. *età concezionale*)³², appare preferibile quella che ritiene iniziata la gravidanza solo con l'annidamento dell'ovulo fecondato sulla parete dell'utero (c.d. *teoria dell'annidamento*)³³.

Questa soluzione è stata fatta propria in maniera espressa dal legislatore tedesco che, al secondo periodo del § 218 *StGB*, stabilisce che "Atti, il cui effetto si verifica prima dell'annidamento nell'utero dell'ovulo fecondato, non sono considerati aborto ai sensi della presente disposizione"³⁴. Essa – lungi dal dover essere giudicata arbitraria³⁵ – appare la più coerente rispetto all'impianto complessivo della legge. Del resto, anche da un punto di vista strettamente fisiologico, solo l'impianto in utero innesca quelle modificazioni istologiche ed ormonali che caratterizzano lo stato di gravidanza.

A favore della "teoria dell'annidamento" si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, nel contesto di una pronuncia avente ad oggetto la legittimità dell'atto che ha autorizzato la

³¹ Così, C. CASINI – F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, 131. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Padova, 19 novembre 1985, Polacco, in *Foro it.*, 1988, II, 465, con nota critica di F. ALBEGGIANI, *Aspetti problematici in tema di interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni*.

³² M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., 98; F. ALBEGGIANI, *Aspetti problematici*, cit., 466.

³³ V. BOMPIANI, *Aspetti giuridici della tutela dell'embrione e del feto umano*, in AA. VV., *Il dono della vita*, a cura di E. Sgreccia, Milano, 1987, 195. Pur nel contesto di un'impostazione – successivamente superata dallo stesso Autore – che identifica l'inizio della vita umana individuale con l'incontro tra gameti maschili e femminili, pare identificare l'inizio della gravidanza con il momento dell'annidamento anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in *Jus*, 1984, 48 e 55. L'Autore non solo definisce la gestazione come "sviluppo prenatale di embrione in ambiente di per sé capace di portarlo alla nascita" (ambiente che non può non identificarsi con l'utero materno), ma propone anche una distinzione tra aborto e embrionicidio, intendendo per tale la "uccisione dell'embrione ancora capace di vivere, non in gestazione".

³⁴ Il testo originale della disposizione è il seguente: *Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes*.

³⁵ Così, invece, M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., 100.



commercializzazione del *levonorgestrel*³⁶. I giudici hanno messo in rilievo come svariate previsioni della l. 194/1978 – per esempio, la previsione di congrui tempi procedurali per gli accertamenti medici, estesi all’esame delle ragioni che muovono la donna a richiedere l’interruzione della gravidanza e alla ricerca di soluzioni per la rimozione delle cause che inducono alla scelta abortiva (art. 5), come pure la possibilità di assegnare alla madre un termine di sette giorni per ogni definitiva decisione (art. 5, comma quarto) – inducono “a ritenere che il legislatore abbia inteso quale evento interruttivo della gravidanza quello che interviene in una fase successiva all’annidamento dell’ovulo nell’utero materno”. Una conclusione che trova ulteriore conferma nell’art. 8 della legge, che, nel descrivere le modalità dell’intervento, ne impone l’effettuazione con la partecipazione di un medico specialista ed all’interno di strutture ospedaliere o case di cura autorizzate; circostanze queste che mal si adattano alle metodiche anticoncezionali. Ed, infatti, nessun problema è mai stato sollevato rispetto all’utilizzo con funzione contraccettiva dello IUD (*Intra uterine device*) o “spirale”, che presenta caratteristiche per molti versi analoghe alla c.d. “pillola del giorno dopo”, costituendo peraltro una pratica decisamente più invasiva, dal momento che richiede un vero e proprio intervento chirurgico.

Che la prescrizione della “pillola del giorno dopo” sia estranea alle procedure previste dagli artt. 5 e 7 della legge sull’aborto lo testimonia anche il fatto che una delle critiche mosse dalla Pontificia Accademia per la vita, nel suo comunicato del 31 ottobre 2000, riguarda proprio l’aggiramento della legge che la commercializzazione del farmaco comporterebbe³⁷.

Del resto, quanti si oppongono alla soluzione qui accolta, ritenendola estranea all’impianto complessivo della nostra legislazione in materia, devono poi riconoscere l’esistenza di enormi difficoltà di ordine probatorio sollevate dall’adozione di soluzioni alternative³⁸.

Si tratta di considerazione che non può essere sottovalutata. Dal momento che lo “stato di gravidanza” costituisce il presupposto per l’applicazione anche delle fattispecie penali in materia di aborto, l’attribuire a tale concetto un significato tale da produrre una difficile se

³⁶ TAR Lazio, Sezione I bis, Sentenza 12 ottobre 2001, n. 8465, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2981, con nota di **G. CASSANO – F. PATRONO**, *Contraccezione d’emergenza e “pillola del giorno dopo”*. Sui dilemmi di una discutibile decisione.

³⁷ Il testo completo del “Comunicato sulla c.d. pillola del giorno dopo” si può leggere sul sito www.vatican.va.

³⁸ **M. ZANCHETTI**, *La legge*, cit., 103, che sottolinea come tali difficoltà renderebbero di fatto non punibile un aborto post-coitale.



non impossibile verificabilità empirica costituirebbe una palese violazione del principio di sufficiente determinatezza, riconosciuto dalla Corte Costituzionale fin dal 1981 con la nota sentenza sul plagio³⁹.

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

Infine, per concludere sul punto, la lettura qui accolta risulta ulteriormente avvalorata per effetto del diffondersi delle tecniche di fecondazione artificiale extracorporea, il ricorso alle quali, per quanto fortemente ostacolato, non è certo precluso dalla l. 40/2004. Applicare in queste ipotesi i criteri dell'età *gestazionale* o di quella *concezionale* condurrebbe al risultato – quanto meno paradossale – di considerare iniziata la gravidanza quanto l'ovulo fecondato si trova ancora all'esterno del corpo della madre⁴⁰.

3.2 – Segue: applicazione analogica dell'art. 9 l. 194/1978?

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

Ora, se, da un lato, la natura esimente, ex art. 51 c.p., riconosciuta all'obiezione parrebbe in linea con il ricorso a questa particolare tecnica ermeneutica⁴¹, dall'altro occorre negare – in linea con autorevole

³⁹ In argomento, per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 163 e G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, 79.

⁴⁰ Riferimenti su questi profili in C. CASALONE, *La "pillola del giorno dopo" tra contraccezione e aborto*, in *Agg. soc.*, 2000, 855.

⁴¹ Nel senso dell'applicazione analogica dell'art. 9, in quanto norma non eccezionale, invece, G. BONI, *Il dibattito*, cit., 705, e N. GIMELLI, *L'obiezione di coscienza*, cit., 748, anche per ulteriori riferimenti.



dottrina penalistica⁴² – questa possibilità laddove, pur in presenza di una identità di *ratio*, la lacuna normativa appaia frutto di una consapevole ed intenzionale scelta del legislatore⁴³. Che sia questo il caso della norma in oggetto lo si evince chiaramente dalla constatazione che l'art. 9 l. 194/78 individua i soggetti legittimati ad esercitare l'obiezione ("*il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie*") e gli atti che ne possono costituire l'oggetto ("*compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza*"), escludendone espressamente altre (per esempio, "*assistenza antecedente o conseguente all'intervento*") e tacendo su categorie di soggetti che pure possono venire coinvolte, a vario titolo, nella procedura diretta all'IVG.

Il carattere tassativo di tali limiti ha trovato conferma anche nella costante giurisprudenza costituzionale in materia di mancato riconoscimento del diritto all'obiezione in capo al giudice tutelare, chiamato ad intervenire nell'ipotesi disciplinata dall'art. 12 della legge in questione⁴⁴.

In assenza di una disciplina positiva, quindi, gli spazi per riconoscere efficacia esimente all'obiezione del medico si fanno estremamente esigui, dovendosi limitare al solo caso in cui il sanitario operi in una struttura nella quale si trovino altri medici non obiettori e almeno uno di questi sia in servizio durante lo stesso turno. Solo in

⁴² Per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., 189.

⁴³ Alla medesima conclusione pervengono quanti qualificano come "eccezionale" la disciplina dell'art. 9 l. 194/1978. Così, tra gli altri, E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro it.*, I, 768, e G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., 143. Contro questa ricostruzione si è osservato criticamente che, essendo l'obiezione di coscienza un diritto costituzionalmente garantito (peraltro riconosciuto in funzione della tutela della vita umana), "sarebbero semmai le limitazioni all'esercizio di tale diritto, previste dall'art. 9 ... a non potersi estendere per analogia" (M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., 100). Sennonché il carattere di eccezionalità non va riferito ai principi ispiratori della l. 194/78, bensì al riconoscimento dell'obiezione in capo a soggetti investiti dell'esercizio di funzioni pubbliche.

⁴⁴ Così Corte Cost., 25 maggio 1987, n. 196, in *Foro it.*, 1988, I, 758; l'indirizzo della Corte ha poi trovato conferma in successive ordinanze, a cominciare dalla n. 445 del 3 dicembre 1987. Critico nei confronti dell'orientamento della Consulta M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., 257, secondo il quale spetterebbe al legislatore – e non alla Corte – il compito di "compiere un giudizio di prevalenza" tra i diritti protetti dalla Costituzione. Su posizioni analoghe, pur muovendo dalla negazione dell'esistenza di un riconoscimento costituzionale del diritto all'obiezione, E. ROSSI, *L'obiezione*, cit., 765. Questa impostazione non persuade: se la valutazione del legislatore coinvolge, in un giudizio di reciproco bilanciamento, interessi di rilievo costituzionale, la stessa non pare potersi sottrarre al sindacato del giudice delle leggi.



questa ipotesi, infatti, potrebbe essere assicurata la prestazione assistenziale senza disagi per l'utenza⁴⁵.

4 – L'efficacia "attenuante" dell'obiezione di coscienza

Affermare che l'esercizio dell'obiezione da parte del medico non esclude la rilevanza penale della sua condotta omissiva non equivale ad evidenziare una sorta di generale indifferenza dell'ordinamento nei confronti delle scelte di coscienza. Già oggi, *de iure condito*, residua, infatti, uno spazio per dare rilievo alla spinta motivazionale che sta alla base del rifiuto di prescrivere la "pillola del giorno dopo": è quello della commisurazione della sanzione. In questa direzione il nostro ordinamento, oltre ai normali strumenti approntati all'art. 133 c. p. – si pensi in particolare al riferimento ai "motivi a delinquere" – e a parte la possibilità del riconoscimento delle attenuanti generiche, offre una disposizione, che – per quanto trascurata dalla giurisprudenza (che ne ha dato, fino ad oggi, una lettura fortemente riduttiva, con un rigore spesso non disgiunto dall'ancoraggio ad una morale tradizionale, quando non fortemente conservatrice⁴⁶) – rappresenta una significativa "apertura del nostro sistema alla viva e reale sensibilità della comunità". Il riferimento è alla circostanza attenuante dell'aver agito "per motivi di particolare valore morale e sociale" (art. 62, n. 1, c.p.)⁴⁷.

5 – Prospettive de iure condendo

In un'ottica *de iure condendo*, nulla si oppone, ovviamente, ad un riconoscimento positivo di un diritto all'obiezione nell'ipotesi qui considerata; ciò, a patto che si tenga conto della necessità di garantire una condizione di eguaglianza nei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, come stabilito dall'art. 117, co. II, lett. m, Cost.; norma, non a caso, richiamata da una componente di minoranza

⁴⁵ Ritiene quella qui prospettata come la più vantaggiosa soluzione del conflitto, P. FUNGHI, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista bioetico*, in AA. VV., *Medicina, bioetica e diritto*, cit., 73 ss..

⁴⁶ Così, da ultimo, D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., 434; nello stesso senso, tra gli altri, già G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006, 445; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 234 ss.; M. BELLOTTO, *Il "particolare valore morale" della disperazione*, in *Giust. pen.*, 1993, II, 210 ss..

⁴⁷ Per una più ampia analisi dell'attenuante in oggetto, anche nei sui rapporti con il fenomeno dell'obiezione di coscienza, sia ancora consentito il rinvio a E. LA ROSA, *"Uso" ed "abuso"*, cit., 42 ss..



del Comitato Nazionale di Bioetica in una Postilla, che accompagna la "Nota sulla contraccezione d'emergenza" del 28 maggio 2004⁴⁸.

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

Peraltro, con quel suo "in ogni caso", la norma sembra individuare espressamente uno spazio in cui l'opzione di coscienza cede il passo all'esigenza di assicurare la prestazione sanitaria⁴⁹.

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

Non possono, invece, essere valutate positivamente le numerose iniziative legislative intraprese negli ultimi anni⁵⁰, volte a riconoscere esplicitamente, in favore di medici e farmacisti, il diritto all'obiezione rispetto alla prescrizione ed alla vendita della "pillola del giorno dopo". Criticabile non è certo l'estensione dell'alveo dei possibili obiettori, quanto la visione unilateralistica che contraddistingue questi disegni di legge; un approccio tutto sbilanciato dal lato della tutela della libertà di coscienza, senza adeguata considerazione degli altri interessi in gioco. In tal senso, non può certo ritenersi sufficiente la sola predisposizione e divulgazione dell'elenco dei farmacisti obiettori, perché non risolve i problemi che si determinerebbero, per esempio, se in interi ambiti territoriali tutti gli operatori sanitari dovessero risultare obiettori⁵¹.

In conclusione, un riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza, per essere legittimo, dovrà sempre garantire che siano

⁴⁸ La nota è consultabile sul sito www.governo.it/bioetica. In argomento, P. FUNGHI, *Pillola del giorno dopo*, cit., 73.

⁴⁹ In questo senso T. PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 982.

⁵⁰ A titolo meramente esemplificativo, si vedano i d.d.l. C 401, presentato dall'on. Volontè, il 29 aprile 2008; C 907, presentato dall'on. Pedrizzi, il 24 maggio 2006; S 424, presentato dal sen. Castellani, il 17 luglio 2001; S. 60, presentato dal sen. Eufemi, l'1 giugno 2001.

⁵¹ Condivide queste perplessità, G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., 143.



assicurati l'“eguaglianza di tutti i consociati” – anche attraverso l'individuazione di prestazioni sostitutive, che prevengano il rischio di un ricorso pretestuoso all'obiezione – e il “principio-dovere di solidarietà tra gli stessi”. Sono questi, infatti, “i due principali limiti all'obiezione di coscienza” che la dottrina ha correttamente individuato⁵².

⁵² Così, **R. BERTOLINO**, *L'obiezione di coscienza*, in *Dir. eccl.*, 1983, 333; in senso sostanzialmente conforme, tra gli altri, **S. MANGIAMELI**, *La “libertà di coscienza”*, cit., 541 ss.; **E. ROSSI**, *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in **AA. VV.**, *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, 1989, 76 ss.; **S. RODOTÀ**, *Problemi dell'obiezione*, cit., 63; **M. VENTURA**, *Pillola del giorno dopo*, cit., 78.