# L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 1- 2018

**Direttore**
Mauro Ronco

**Direttore responsabile**
Alfredo Mantovano

**Coordinamento della redazione**
Daniela Bianchini

**Comitato di redazione**
Domenico Airoma, Daniela Bovolenta, Mariacristina Bringheli, Walter Brunetti, Francesca Carloni, Antonio Casciano, Francesco Cavallo, Francesco Farri, Stefano Nitoglia, Daniele Onori, Margherita Prandi, Roberto Respinti, Angelo Salvi, Filippo Vari

**Comitato scientifico**
Simona Andrini, Ordinario di Sociologia del diritto – Università degli Studi Roma Tre
Maria Pia Baccari, Ordinario di Diritto romano – LUMSA di Roma
Emanuele Bilotti, Ordinario di Diritto privato – Università Europea di Roma
Francisco Javier Borrego Borrego, già giudice della CEDU
Ilaria Amelia Caggiano, Associato di Diritto privato – UNISOB di Napoli
Riccardo Chieppa, Presidente emerito della Corte costituzionale
Mario Cicala, Presidente emerito di sezione della Corte di Cassazione
Federico Fernández de Bujan, Ordinario di Diritto romano – UNED di Madrid
Carlo Deodato, Presidente di sezione del Consiglio di Stato
Maria Luisa Di Pietro, Direttore Centro Studi e Ricerche sulla Salute Globale – Università Cattolica di Roma
Vincenzo Geraci, Avvocato Generale emerito della Corte di Cassazione
Mauro Giovannelli, Avvocato in Firenze
Giuseppe Marra, Magistrato addetto al Massimario della Corte di Cassazione
Giacomo Rocchi, Consigliere alla Corte di Cassazione
Armando Tursi, Ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano

Rivista semestrale iscritta al n. 61/2018 presso il Trib. di Roma dal 22/03/2018

CRITERI REDAZIONALI

1. L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato indicando il cognome in carattere MAIUSCOLETTO, preceduto dall'iniziale del nome.
2. Il titolo dell'opera o dell'articolo citato va riportato con carattere *corsivo*.
3. La citazione delle Riviste va in *corsivo*.
4. L'indicazione dell'anno va in tondo.
5. L'indicazione del numero o di parti della Rivista va in tondo.
6. L'indicazione del numero della o delle pagine citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) o "c." (colonna); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss."
7. Nell'indicare un volume o un tomo, è possibile, rispettivamente, limitarsi al numero romano o al numero arabo, oppure far precedere i numeri da "vol." o "tomo".
8. Le particelle "cit." e "loc. cit.", indicative di pagine già citate, vanno in tondo; mentre vanno in *corsivo* la particella "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o rivista già citato e le particelle "*ivi*" ed "*ibidem*".
9. Il luogo di edizione va in tondo.
10. È facoltativo citare la Casa Editrice.
11. I brani di altri Autori o il testo di disposizioni normative possono essere riportati, in carattere *corsivo*, utilizzando indifferentemente le caporali («…..») o gli apici doppi ("……").
12. Le parole straniere vanno in *corsivo*.
13. Per la citazione di opere scritte da più Autori, fermo restando quanto previsto al punto 1, i nomi devono essere separati dal trattino.

I contributi dovranno essere inviati al seguente indirizzo di posta elettronica: info@l-jus.it (in formato .doc), specificando nome e cognome dell'Autore, qualifica accademica e/o professionale, indirizzo di posta elettronica e recapito telefonico per eventuali comunicazioni.
Ciascun contributo dovrà recare il titolo sia in italiano che in inglese e dovrà essere completo di sommario, di un breve abstract (in italiano e inglese) e dell'indicazione di cinque parole chiave (in italiano e in inglese).

I contributi saranno pubblicati previa valutazione positiva da parte dei Valutatori. Il Direttore, in casi particolari (es. in caso di Autori di riconosciuto prestigio accademico o che ricoprono cariche istituzionali o in caso di relazioni tenute a Convegni o workshop organizzati o promossi dal Centro Studi Livatino), può escludere la procedura di valutazione, autorizzando la pubblicazione con la postilla "Contributo accettato dal Direttore".

# L-JUS: UNA RIVISTA ON LINE
# DI APPROFONDIMENTO, PROPOSTA, DIALOGO

Il Centro Studi Rosario Livatino, costituitosi a venticinque anni dal sacrificio del giudice ucciso da mafiosi il 21 settembre 1990, è un gruppo di giuristi – studiosi universitari, magistrati e avvocati – che si ispirano alla testimonianza etica e professionale del magistrato siciliano in un'ottica di coerenza con il diritto naturale. Lo scopo del Centro è di fornire proposte sui temi etici, politici e giuridici che si presentano nel momento presente, prevalentemente sulla vita, sulla famiglia e sulla libertà religiosa, che contribuiscano alla realizzazione del bene comune.

Il Centro è sorto dalla convinzione che gli innumerevoli attentati alla vita umana e alla solidarietà sociale che si consumano nella società contemporanea costituiscono, come ha insegnato San Giovanni Paolo II, "[...] *una minaccia frontale a tutta la cultura dei diritti dell'uomo*" (Lett. Enc. *Evangelium Vitae*, 18, corsivo nell'originale). Tale minaccia è *"[...] capace, al limite, di mettere a repentaglio lo stesso significato della convivenza democratica: da società di «con-viventi», le nostre città rischiano di diventare società di esclusi, di emarginati, di rimossi e soppressi*" (*ibidem*). A fronte di questa minaccia, che deforma profondamente la convivenza sociale, per cui *"[...] tutto è convenzionabile, tutto è negoziabile: anche il primo dei diritti fondamentali, quello alla vita*" (*ibidem*, 20), il Centro Livatino ha intrapreso un'opera culturale che, partendo dall'intimo della coscienza morale di ciascuna persona, intende risvegliare la «coscienza morale» della società, affinché essa, liberandosi dall' *"[...] influsso invadente di molti strumenti della comunicazione sociale*" (*ibidem*, 24), possa ripartire per *"[...] un nuovo cammino di amore, di accoglienza, e di servizio alla vita umana*" (*ibidem*).

Il cammino è arduo e accidentato. Le capacità intellettuali e le energie morali dei componenti del Centro Livatino sono certamente impari al compito assunto. Di questa inadeguatezza essi sono consapevoli. Perciò, lungi dal chiudersi in se stessi, essi desiderano aprirsi all'intera comunità dei giuristi che si confrontano quotidianamente con i problemi

della giustizia e dell'ingiustizia, rischiando spesso di confondere, per la complessità delle questioni sottese alle vicende umane oggetto di considerazione, i confini tra il bene e il male anche con riferimento al contenuto dei diritti umani e alla portata stessa del fondamentale diritto alla vita.

I giuristi del Centro Livatino sono convinti che la questione decisiva dell'ora presente sia di tipo antropologico e riguardi in modo preminente i temi relativi all'essenza e ai fini della persona umana. Occorre dire, sempre alla sequela di San Giovanni Paolo II, che il dramma vissuto dall'uomo contemporaneo è nell'intimo della coscienza morale. All'eclissi del senso di Dio o, in ogni caso, all'offuscarsi del valore trascendente della vita umana, "*[...] si tende a smarrire anche il senso dell'uomo, della sua dignità e della sua vita*" (*Evangelium Vitae*, 21).

I richiami talora affioranti negli interventi del Centro Livatino alle verità relative all'essenza e al destino dell'uomo non costituiscono affatto espressione di una chiusura di tipo religioso alle novità recate dalle scienze umane, né intendono costruire una barriera oppositiva pregiudiziale nei confronti del pensiero che oggi si proclama «laico». Tutto al contrario, l'intento del Centro è di comprendere il vero e il buono contenuto nelle proposte degli studiosi di ogni tendenza in vista della risoluzione in senso umanistico dei problemi spesso terribili che affiorano alla coscienza dell'uomo contemporaneo, per fronteggiare i rischi incommensurabilmente gravi che circondano e talora minacciano la stessa sopravvivenza delle generazioni future.

La testimonianza di Rosario Livatino, emblematicamente assunto a icona dell'impegno, che fu magistrato operoso dedito integralmente alla promozione della giustizia e, al contempo, fu cristiano fervente, è il viatico che accompagna l'esperienza degli studiosi e degli operatori del diritto appartenenti all'Istituto che da lui ha preso il nome.

Il Centro, che ha svolto nei suoi tre anni di esistenza attività interne di informazione, documentazione e studio, nonché attività esterne di mobilitazione culturale, come l'appello contro il DDL Cirinnà e contro il DDL sulle DAT, che hanno raccolto l'adesione di illustri giuristi, nonché di chiarificazione su vicende di particolare interesse nel campo della giustizia, si dota ora, con la pubblicazione di questo primo numero, di una rivista semestrale on-line, denominata "L-JUS", con l'obiettivo di approfondire sul piano

scientifico i temi che costituiscono oggetto del suo peculiare interesse, estendendo la propria attenzione verso il tema della società e dello Stato.

L'esigenza della rivista è dettata dalla consapevolezza circa la complessità dei problemi odierni, che occorre illuminare con una acribia scientifica particolarmente accurata, liberandosi dall'approssimazione del dibattito troppo spesso corrente. Lo strumento della rivista consentirà di sostenere gli interventi del Centro Livatino nel dialogo culturale e giuridico con un approfondimento scientifico adeguato.

L'estensione ai temi della società e dello Stato è altresì necessaria per la corretta collocazione dell'opera che il Centro Livatino intende svolgere sul piano giuridico. La legge e lo Stato sono oggi in crisi, non soltanto in Italia, ma ovunque, in qualsiasi Paese del mondo. Questo è un sintomo grave della scomparsa della relazione sociale, di qualsiasi relazione sociale, da quella familiare a quella economica a quella amministrativa a quella statale. È il segno dell'atomizzazione della vita sociale, frutto di una concezione della libertà individualistica che, esaltando in modo assoluto il singolo individuo, "*[...] non lo dispone alla solidarietà, alla piena accoglienza e al servizio dell'altro*" (*Evangelium Vitae*, 19). Infatti, la libertà assoluta finisce per rinnegare se stessa e rischia di disporsi all'eliminazione dell'altro o degli altri o alla loro strumentalizzazione, quando questi non si prestino più a servire ai suoi interessi.

La trattazione dei temi relativi alla società e allo Stato troverà il suo punto di riferimento centrale nel principio statuito dall'art. 2 della Costituzione repubblicana, che vincola strettamente i diritti inviolabili dell'uomo, intrinsecamente costitutivi della sua personalità, con l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Alla luce di questo principio, che pone al centro della vita sociale la relazione di solidarietà che lega tra loro tutti gli uomini, indipendentemente da distinzioni *"[...] di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*" (art. 3 Costituzione), il Centro Livatino si impegna a contribuire al bene comune, cui la rivista che oggi compare cercherà di fornire il suo apporto.

Roma, 20 maggio 2018, festa di Pentecoste

Mauro Ronco

# Coscienza senza diritti?

*Atti del convegno del 21 ottobre 2016*

*nell'Aula del Palazzo dei Gruppi parlamentari*

*Camera dei Deputati per iniziativa del*

*Centro Studi Rosario Livatino*

Il 21 ottobre 2016 il Centro Studi Rosario Livatino ha svolto il suo convegno annuale nella prestigiosa Aula dei Gruppi Parlamentari, a Montecitorio. Pubblichiamo gli atti del convegno, che si è articolato in tre sessioni: la prima, quella introduttiva, non coincisa con semplici saluti, come è possibile constatare dagli interventi del Questore della Camera on. Stefano Dambruoso e dell'allora Presidente dell'Associazione nazionale magistrati dott. Piercamillo Davigo; la seconda, dedicata alle relazioni sul quadro europeo e internazionale (del prof. Grégor Puppinck) e sul quadro nazionale (del consigliere della Corte di Cassazione Giacomo Rocchi), la terza, dedicata alle ricadute del tema sui settori da esso maggiormente interessati, dal campo dei medici a quello dei farmacisti, dalla scuola alla pubblica amministrazione, con autorevoli testimonianze di rappresentanti per ciascuno di tali settori. Il Convegno è stato concluso dalla relazione di sintesi del prof. Mauro Ronco, presidente del Centro Studi.

Relazioni e interventi sono stati rivisti da coloro che li hanno pronunciati, ma hanno tendenzialmente mantenuto il tratto discorsivo.

In apertura, pubblichiamo altresì gli importanti e articolati messaggi inviati nell'occasione al Centro Studi da Sua Eminenza il Segretario di Stato di Sua Santità il cardinale Pietro Parolin e da Sua Eccellenza il Segretario generale della Conferenza episcopale italiana Mons. Nunzio Galantino.

*Messaggi di S. Em. Rev.ma Card. Pietro Parolin, Segretario di Stato di Sua Santità, e di S. Ecc. Rev.ma Mons. Nunzio Galatino, Segretario Generale della Conferenza Episcopale Italiana*

SEGRETERIA DI STATO

Dal Vaticano, 19 ottobre 2016

Signor Presidente,

In occasione del Convegno annuale organizzato dal Centro Studi Rosario Livatino, sono lieto di far pervenire a Lei, agli organizzatori e a quanti vi prenderanno parte, il mio cordiale saluto, unitamente all'auspicio di un proficuo dibattito sul tema prescelto, la cui trattazione richiede particolare attenzione e profondità. L'obiezione di coscienza non è infatti solo una delle molte frontiere lungo le quali si decide il confronto tra una visione strutturata e valoriale della persona umana ed una visione molto più fluida, se non addirittura "liquida" (per riprendere l'aggettivo che Zygmunt Baumann ha applicato alla società contemporanea), di un uomo disancorato da solidi punti di riferimento, secondo una malintesa idea di libertà. L'obiezione di coscienza è anche il luogo dove si misura il fondamento della dignità umana e dove, al tempo stesso ed in negativo, si manifestano le contraddizioni conseguenti ad una incontrollata proliferazione dei diritti, spesso avvenuta trascurando i corrispondenti doveri ed il fondamento degli uni e degli altri, che la Chiesa ravvisa nella dignità inalienabile dell'essere umano in quanto creato da Dio.

Sintomatica di questa contraddizione è la domanda, non solo provocatoria, proposta dal Vostro Centro Studi: *Coscienza senza diritti?* Sarebbe invero strano, per non dire paradossale, che in un tempo in cui la volontà umana si arroga "il diritto di creare diritti" – abbattendo l'uno dietro l'altro i limiti che la natura, l'etica, la religione e la stessa cultura umanistica hanno finora indicato – in questo stesso tempo l'uomo venga ferito anche nell'intimo della coscienza. È noto infatti che l'insegnamento cattolico valorizza in modo particolare il giudizio della coscienza indicando in essa "*il nucleo più segreto e il sacrario dell'uomo, dove egli si trova solo con Dio, la cui voce risuona nell'intimità propria*" (Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes,* 16); ma anche in una prospettiva solamente filosofico-morale la coscienza riveste un ruolo decisivo, in

./.

Egregio Signore
Prof. Avv. Mauro RONCO
Presidente
Centro Studi Livatino

quanto luogo centrale di esercizio della libertà umana, quale applicazione all'ambito etico della funzione generale della capacità umana di conoscenza. Essa è l'istanza, in fondo, dove l'uomo discerne il bene dal male e si determina all'azione di conseguenza.

D'altro canto si deve considerare che, come è stato più volte evidenziato, il vero problema posto dall'obiezione di coscienza non è solo quello della sua affermazione, ma anche quello della sua limitazione, al fine di evitare che una indiscriminata affermazione del diritto di obiezione comporti un'anarchia di fatto ed una arbitraria sottrazione agli obblighi di legge. Il tema è reale ed è giusto porlo, proprio al fine di evitare che l'incapacità di affrontarlo conduca ad un rifiuto aprioristico di qualunque obiezione anche in casi, come quello che il Convegno si propone specificatamente di affrontare, in cui la scelta di coscienza implica profonde convinzioni di natura etica e/o religiosa di cui l'ordinamento giuridico non può disinteressarsi.

Sono questi i casi in cui si avverte concretamente come la tutela della coscienza postuli due preliminari azioni di fondo, tra loro convergenti ed interdipendenti. Da un lato, è necessario recuperare una visione integrale dell'uomo e della sua dimensione trascendente, senza le quali non è possibile operare un bilanciamento di interessi che ne rispetti e garantisca la libertà, nonché evitare il pendio lungo il quale la coscienza perde le caratteristiche di pungolo e stimolo che le sono proprie, fino a diventare una coscienza "isolata", come denuncia Papa Francesco (cfr. Esortazione ap. *Evangelii Gaudium,* nn. 1, 8 e 282), chiusa nei propri interessi e dove non v'è spazio né per l'Altro né per gli altri.

Da altro lato, è necessario che la difesa della coscienza passi attraverso la promozione di una sua corretta formazione. "*Una coscienza ben formata* infatti *è retta e veritiera*" (CCC n. 1783) e solo così, attraverso questo costante ed impegnativo lavoro di formazione, la coscienza diventa *sacrario*, momento di dialogo e confronto, evitando la comoda deriva di un pericoloso "isolamento" e di una confusione con l'arbitrio individuale.

Sotto tale profilo ritengo prezioso ricordare quanto affermato da San Giovanni Paolo II nel messaggio inviato in occasione della Giornata Mondiale della Pace del 1991ed intitolato: "*Se vuoi la pace, rispetta la coscienza di ogni uomo*" In quell'occasione il Santo Padre, oltre a riconoscere il ruolo fondamentale della famiglia e della scuola nell'ambito della formazione della coscienza, affermò al tempo stesso che "*ogni*

*individuo ha il grave dovere di formare la propria coscienza alla luce della verità obiettiva, la quale va perseguita appassionatamente e vissuta al meglio delle proprie capacità. Questa sincera ricerca della verità porta non solo a rispettare la ricerca degli altri, ma anche al desiderio di ricercare insieme.*"

Queste parole mi sembrano costituire un auspicio anche per i lavori del Convegno, affinché possa esprimersi durante e per mezzo di essi il desiderio di questa comune ricerca; una ricerca appassionata e "*vissuta al meglio delle proprie capacità*", come quella che ha caratterizzato la professione, e più in generale la vita, del servo di Dio Rosario Livatino e la cui generosa e coraggiosa condotta desidero indicare come esempio.

È con questi sentimenti che rivolgo a Lei, Signor Presidente, ed a tutti i partecipanti al Convegno un cordiale saluto e l'augurio di buon lavoro.

PIETRO CARD. PAROLIN
*Segretario di Stato di Sua Santità*

*Conferenza Episcopale Italiana*

Roma, 19 ottobre 2016

"Chi obietta danneggia anche te". È uno dei tanti slogan che qualche anno fa impazzavano sul web per stigmatizzare alcune prese di posizione del mondo cattolico su temi come l'eutanasia e l'aborto assistito. Dell'obiezione di coscienza non si smette mai di parlare, e i punti critici – è quasi banale dirlo – sono davvero tanti. Nel rivolgere il mio saluto a questa qualificata assemblea, mi limiterò a evidenziarne alcuni.

Parlare di "obiezione" connota negativamente un atteggiamento controverso. Nel suo etimo, *ob-iàcere* richiama il gesto di chi getta qualcosa contro un altro: un atto presumibilmente violento, forse sdegnato, potenzialmente minaccioso. L'evocazione dell'*ob-iectum*, di un oggetto materiale frapposto tra soggetti antagonisti, è immediatamente percepibile: obiettando, si fa leva su qualcosa di esterno, di oggettivato e di oggettivabile, su qualcosa che è stato intenzionalmente frapposto per sancire una differenza, una distanza. Si può obiettare, del resto, solo se si è diversi, e si è veramente diversi se si ha la libertà di esprimere la propria originalità, unicità, differenza.

Obiezione è dunque, in un senso o nell'altro, atto di libertà: rivendicazione di un io potenzialmente indipendente rispetto a un tu; proclamazione del diritto di essere "a parte", con o contro gli altri. Sullo sfondo, l'esigenza di distinguersi per essere, l'esaltazione dello scarto, del profilo differenziale come criterio di legittimità dell'io. Pro o contro che sia ogni diritto costituito.

C'è dunque un'accezione "separativa" dell'obiettare cui corrisponde una traduzione fortemente connotata dell'idea di libertà. Attorno a questa idea l'età moderna ha inteso innalzare baluardi potenzialmente inespugnabili, nello sforzo – più o meno maldestro – di rimpiazzare il più presto possibile quei criteri di autenticazione che in passato potevano essere dettati e regolamentati senza problemi dall'esercizio dell'autorità civile o religiosa. Se un tempo si poteva essere liberi per regio decreto e, prima ancora, per volontà di Dio, l'esigenza di confrontarsi con istanze di grande complessità ha spinto il nostro tempo a tentare una legittimazione più ardita, meno negoziabile e, al contempo, non spendibile se non come assioma indimostrabile: si obietta come *atto di coscienza*.

*La coscienza*: ecco il machiavellico segreto per rendere libera ogni libertà. Per molti dei nostri contemporanei il primato della coscienza è il vero e forse unico esercizio sovrano della libertà. Esso si staglia al di sopra della legge – di ogni legge –, della consuetudine, della stessa moralità. La moralità, anzi, è idealmente coestensiva con il regime della coscienza. L'uomo di oggi pretende il "rispetto della coscienza" come suprema e forse unica norma della vita morale, come sorgente di giudizio infallibile sul bene e sul male, come riferimento ultimo e inappellabile.

./.

Gentile Signore
On. Alfredo MANTOVANO
Vice Presidente
Centro Studi Rosario Livatino
Via del Teatro Valle, 51
00186 ROMA

CIRCONVALLAZIONE AURELIA, 50 - 00165 ROMA - TEL. 06 663981 - FAX 06 6623037 - e-mail: segrgen@chiesacattolica.it

L2-A/1

Fa riflettere questa idea di libertà di coscienza. Fa riflettere che l'obiezione di *questa* coscienza sia a sua volta tanto rocciosamente inobiettabile. Certo, di coscienza e di libertà parla anche il linguaggio della fede. Del valore vincolante della voce interiore parla il Concilio Vaticano II, con i luminosi testi di *Dignitatis humanae* (n. 3) e *Gaudium et spes* (n. 16). Ma non c'è modo di identificare questa supremazia inalienabile con il capriccio libertino di una soggettività che vuole ritagliarsi spazi di arbitrio assoluto *contro* gli uomini e le cose, *contro* Dio e il maggior bene del suo creato.

"Soli e liberi": è questo il motto implicito di tanta sensibilità "zen" dei nostri giorni. L'ideologia della libertà radicale è quella che paga una presunta grandezza interiore con la solitudine più assoluta: sei libero se riesci a vivere, a lavorare, a "durare" *senza* gli altri. Sei libero davvero solo se sei solo.

È – questo – forse uno dei peggiori inganni che avvelenino la nostra società. Esso consiste proprio nell'accezione oppositiva dell'atto di obiettare in nome della coscienza: il "gettare contro" di cui abbiamo detto diventa il modo concreto con cui un io egoista volta sdegnosamente le spalle a Dio, al mondo, all'altro uomo. L'alibi della libertà fa appello alla coscienza per mascherare una contraddizione insanabile: quella che dimentica l'atto di coscienza come "cum scire", come con-senso ritagliato nell'esistenza singola a partire da un ambiente più grande e idealmente indisponibile. Popolano tale ambiente il sistema delle leggi morali, il riferimento all'universale (di Dio, dell'uomo, delle società umane), a verità indeducibili rispetto al semplice bisogno dell'io isolato. La con-scienza obbliga infatti il giudizio soggettivo, e lo fa innanzitutto esponendolo a una pluralità di riferimenti.

Questa coscienza è quindi tutt'altro che solitaria: anzi, non lo è mai, in quanto è sempre visitata dalle voci che ne costituiscono il contesto genetico. Per non divenire autoillusione e inganno, ha bisogno di purificarsi continuamente, di scalzare la patina di egoismo che la asservisce a interessi limitati e limitanti. Ha bisogno di aprirsi a una costellazione di senso che non può ridursi all'arbitrio individuale, ma deve sempre affacciarsi su dimensioni complesse come il ruolo (pur critico, in molti casi) dell'autorità costituita, il riferimento religioso dell'atteggiamento morale (e quindi il ruolo di Dio nelle scelte umane), il rapporto tra giustizia e legge, la gerarchia dei valori, delle verità e delle obbedienze – quella che, per i cristiani, impone tra l'altro di "obbedire a Dio prima che agli uomini" (At 5,29).

In questa sede a noi basta richiamare solo questa intuizione: l'obiezione, in quanto atto di coscienza, testimonia in maniera lampante come ogni libertà, per essere veramente tale, non possa mai affrancarsi dal suo contesto. La libertà come obiezione assoluta, che si arroga il diritto di prescindere da ogni rimando, è un'illusione tragica e pericolosa. Essere liberi è invece sempre una risposta a un dono più grande: comprenderlo trasforma ogni obiezione da un atto "contro" a un atto "pro": per l'uomo, per la vita, per il mondo.

✠ Nunzio Galantino
Segretario Generale

## *PRIMA SESSIONE*

### Apertura e presidenza

**Domenico Airoma**

*Procuratore Aggiunto della Repubblica al Tribunale di Napoli Nord*
*Vicepresidente del Centro Studi Rosario Livatino*

Signore e Signori buon pomeriggio. A nome del Centro Studi Rosario Livatino vi porgo il benvenuto. Saluto e ringrazio le tante illustri Autorità presenti. Saluto e ringrazio il Presidente emerito della Corte Costituzionale Prof. Riccardo Chieppa. Saluto e ringrazio il Sig. Procuratore generale aggiunto presso la Corte di Cassazione, il Consigliere Vincenzo Geraci. Saluto e ringrazio l'Avv. Cristina Cappellini, Assessore alla Cultura della Regione Lombardia, l'Avv. Andrea Caroppo Consigliere regionale della Regione Puglia. Saluto e ringrazio Sua Eccellenza Mons. Luigi Negri, Arcivescovo di Ferrara e Comacchio.

Ringrazio Sua Eminenza il Card. Francesco Coccopalmerio per l'augurio di buon lavoro che ha voluto indirizzarci. Ringrazio altresì Sua Eccellenza Mons. Nunzio Galantino, Segretario Generale della Conferenza Episcopale Italiana, per il denso messaggio che ha inteso rivolgere a questa assemblea e che si chiude con un monito significativo: "*la libertà come obiezione assoluta che si arroga il diritto di prescindere da ogni rimando è un'illusione tragica e pericolosa*". Ringrazio infine in modo particolare Sua Eminenza il Card. Pietro Parolin Segretario di Stato di Sua Santità Papa Francesco per il messaggio e la benedizione che ha inteso impartire a questi nostri lavori.

Permettetemi di continuare con i ringraziamenti. Devo ringraziare i tanti colleghi, avvocati, giuristi, docenti universitari presenti. Rivolgo un saluto particolare agli studenti della Università europea di Roma e della Lumsa.

Quest'aula gremita è – permettetemi di dirlo ancora una volta – il segno di quanto Rosario Livatino sia stato e sia amato. È il segno tangibile del bisogno che abbiamo di

guardare a lui come modello di vita, patrimonio di credenti e di non credenti. Anche per questo abbiamo ritenuto di pubblicare gli Atti del Convegno che si è tenuto in quest'aula nel 2015. E ringraziamo la casa editrice Shalom che si è offerta di dare alle stampe quegli atti, raccolti in un volumetto, curato da chi vi parla, dal titolo *Rosario Livatino, il giudice santo*.

Fra amici, ancora una volta, come lo scorso anno, mi concedo la licenza di porre una domanda scomoda e di porla anche ai cari colleghi Stefano Dambruoso e Piercamillo Davigo, che hanno acconsentito di introdurre i lavori. *Si può essere oggi professionisti impegnati a vario titolo nelle istituzioni e nella comunità civile e non dover rinunciare ad obbedire alla propria coscienza?* Rosario Livatino pose la questione con il suo stile asciutto e profondo nella sua conferenza Fede e Diritto, tenuta trent'anni fa, il 30 aprile del 1986. "*È evidente"* – scrisse il giudice santo – *"che ciò che dà all'obiezione di coscienza il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento è il giusto riconoscimento di una concezione della vita basata su profondi convincimenti religiosi, morali e filosofici. Può dirsi senza tema di errore che l'obiezione di coscienza rappresenta il riconoscimento del foro interno da parte dello Stato laico*".

Oggi, cari amici, questo riconoscimento è messo in discussione. Se la coscienza rimarrà senza diritti dipenderà certamente dalle scelte future del Legislatore, ma dipenderà anche e soprattutto dal coraggio di quanti, come voi, sull'esempio di Rosario Livatino, non saranno disposti a negoziare, assieme agli imperativi della propria coscienza, il futuro stesso di un consorzio civile rispettoso dell'umana dignità. Con piacere passo la parola a Stefano Dambruoso che è il nostro padrone di casa, ringraziandolo ancora una volta per l'ospitalità.

## Indirizzo di saluto

**Stefano Dambruoso**

*Deputato della Repubblica, Questore della Camera dei Deputati e Magistrato in aspettativa*

Buongiorno a tutti voi! Rivolgo un saluto alle Autorità, ai rappresentati delle Istituzioni, ai colleghi ed agli amici qui presenti.

L'ultimo decennio ha registrato un rinnovato interesse nei confronti del tema dell'obiezione di coscienza in campi molto diversi tra loro, ma che riguardano comunque le materie cosiddette eticamente sensibili: dall'interruzione volontaria della gravidanza alla procreazione medicalmente assistita, dalla regolamentazione delle scelte concernenti la fine della vita al riconoscimento giuridico delle unioni fra persone dello stesso sesso.

Le richieste di essere esentati dal compimento di atti che toccano profondamente la propria coscienza emergono spesso e prepotentemente in tutti i campi in cui si confrontano visioni della persona umana e della sua dignità fortemente contrapposte e difficilmente conciliabili. Da una parte vi sono le domande dei cittadini di non vedersi negati i propri diritti, dall'altra la pretesa di chi deve garantire tali diritti a non essere costretto ad agire contro la propria coscienza: la domanda fondamentale, quindi, è quella se sia possibile trovare un punto di equilibrio fra queste due esigenze.

A riguardo ricordo che, in un'importante decisione del 1991, la Corte costituzionale ha precisato che *"la facoltà dell'obiezione di coscienza nasce dalla libertà e dignità della persona umana, si fonda perciò sulla stessa natura dell'uomo ed esige che l'essere umano non sia forzato ad agire contro la propria coscienza"*. Ritengo quindi che l'obiezione di coscienza, intesa in senso stretto e rigoroso, rappresenti la caratteristica saliente e l'assunzione in prima persona delle conseguenze che dalla stessa obiezione derivano.

Si tratta cioè di verificare se sia possibile affermare il primato della coscienza nei confronti della legge, e se quanto viene richiesto a una persona sia compatibile con i principi morali a cui egli stesso intende ispirarsi. L'obiezione, inoltre è un concetto

multidisciplinare che spazia dalla filosofia al diritto, dalla teologia alla politica, costituendo anche un tema che desta numerosi interrogativi a cui occorre rispondere consapevolmente.

In questa sede, e con i relatori che prenderanno la parola, si potrà contribuire a chiarire la portata dell'obiezione di coscienza che è ritenuta, ormai, un diritto soggettivo della persona: infatti una società giusta non può prevedere costrizioni ad agire contro la propria coscienza!

## Introduzione

**Piercamillo Davigo**

*Presidente di sezione della Corte Suprema di Cassazione.*
*Al momento del convegno Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati*

Il tema dell'obiezione di coscienza è uno dei più delicati e complessi ma anche affascinanti. Intanto l'obiezione di coscienza nasce ogni qual volta vi sia contrasto tra ciò che la coscienza avverte e ciò che la legge impone ed è un problema quindi delicatissimo, perché in molti casi finisce per coincidere con la disobbedienza alla legge. Storicamente l'obiezione di coscienza si è quindi affermata anzitutto come obiezione di coscienza *profetica*, cioè di chi viola la legge deliberatamente – accettando le conseguenze della violazione di legge – perché la coscienza non gli permette di obbedire al comando della legge. Sono scelte drammatiche, a volte con conseguenze traumatiche. Del resto, tutto sommato, il cristianesimo nasce con l'obiezione della coscienza dei martiri al rifiuto di offrire sacrifici all'imperatore imposti dalla legge imperiale.

Per venire a tempi a noi recenti, il tema dell'obiezione di coscienza si è connotato in Italia in rapporto al servizio militare di leva. La costituzione della Repubblica definisce la difesa della patria *sacro dovere del cittadino*: è l'unica volta in cui la costituzione della repubblica usa la parola *sacro*. E quindi delicatissimo era il tema dell'obiezione di coscienza. Vi erano delle categorie escluse dal servizio militare, in qualche modo in connessione con problemi di coscienza, tra cui i ministri del culto: gli altri avevano l'obbligo di effettuare il servizio militare. Si è affermata molto lentamente la previsione, sul modello di altri Paesi, di poter rifiutare il servizio militare, vale a dire un *dovere sacro*, in nome del rifiuto della propria coscienza all'uso della forza, a concorrere all'uso della forza. Ora, la questione non fu risolta da quella legge, che permise a chi non voleva svolgere il servizio militare di compiere il servizio civile, perché i Testimoni di Geova sostenevano ogni appartenente alla loro Chiesa era ministro del culto e quindi rivendicavano il diritto, essendo ciascuno di loro ministro del culto, di non essere soggetti al servizio militare.

Questo tipo di approccio, che in senso lato è riconducibile all'obiezione di coscienza, non fu mai riconosciuto e per molto tempo i tribunali militari condannarono i Testimoni di Geova, sia pure con un espediente tipicamente italiano, alla pena della reclusione nella stessa misura della durata del servizio militare che non avevano inteso svolgere.

Successivamente l'obiezione di coscienza si è affermata in altri ambiti, la più nota è quella relativa alla legge sull'interruzione di gravidanza. Ma tra *l'obiezione profetica* e *l'obiezione riconosciuta* c'è un'area grigia, quella dell'obiezione diciamo così *tollerata*, non espressamente vietata, ma non espressamente permessa, quella che si basa su – non voglio chiamarli sotterfugi perché sarebbe ingiusto – diciamo elusioni. Per esempio, i magistrati ritengono di non poter essere soggetti che possono manifestare obiezione di coscienza per l'immedesimazione organica della persona nella funzione: la funzione giurisdizionale è una funzione sovrana, come può il giudice obiettare? Come può il giudice rifiutare di applicare il comando della legge a cui per dettato costituzionale è sottoposto, a cui ha giurato – nel giuramento di fedeltà alla costituzione – di prestare osservanza? Però di fatto si sono verificate elusioni. Se uno non se la sente di adottare determinati provvedimenti, chiede il trasferimento, chiede la destinazione a un altro incarico in cui quel problema non si ponga. Un gesto di questo genere, all'estero, lo compì lo scomparso re del Belgio, Baldovino, il quale per non promulgare una legge sull'interruzione di gravidanza si sospese dalle funzioni sovrane e il luogotenente generale del regno, che gli subentrò, promulgò quella legge.

Come vedete, sono situazioni molto difficili da ricondurre a unità, perché trattano di aree molto diverse. Quella oggetto di questo convegno riguarda l'area di chi, essendo funzionario pubblico (o per lo meno *anche* l'area di chi essendo funzionario pubblico), si deve trovare ad applicare norme che egli ritenga contrarie alla sua coscienza. Qui la questione diventa molto complicata perché, almeno dalla fine dell'unità religiosa dell'Europa, non abbiamo più il diritto naturale. Quando c'era il diritto naturale era abbastanza facile regolamentare le questioni. Essendoci un'unica Chiesa, questa Chiesa indicava quale era il diritto naturale e consentiva un parametro di riferimento abbastanza preciso, consentiva di giudicare la legge alla luce del diritto naturale e quindi di considerare la legge ingiusta.

Io mi sono trovato a svolgere incarichi per conto dell'Unione europea nell'Est Europa e l'Unione europea pone particolare cura per insegnare ai magistrati e ai funzionari di polizia dei Paesi dell'Est europeo il rispetto dei diritti umani. Ho avvertito l'estrema difficoltà di far comprendere nell'Est Europa il concetto di *diritti umani* perché sono estranei alla loro concreta esperienza. I diritti umani sono ipotizzabili in quanto esista la separazione dei poteri: se non esiste la separazione dei poteri, non esiste neanche qualcosa che possa limitare l'autorità e qualunque ordine dell'autorità va eseguito, senza discussioni. È questa la realtà dell'Est Europa e io ho provato a spiegare loro la profonda differenza fra l'oriente e l'occidente dell'Europa: Toynbee ha chiamato saggiamente la cristiano-occidentale e la cristiano-orientale *le civiltà gemelle*, in quanto sono molto simili ma non sono uguali. Ho spiegato loro che nella tradizione occidentale l'arcivescovo di Milano, sant'Ambrogio, cacciò fuori dalla chiesa l'imperatore, ricordandogli che l'imperatore non era *sopra* la Chiesa ma era *nella* Chiesa, e ricordandogli ancora che se il peccato era pubblico anche la penitenza doveva essere pubblica e quindi gli ordinò di uscire dalla chiesa e di fare penitenza.

Nell'Oriente europeo qualcosa di simile era inimmaginabile. Se l'imperatore fosse stato di buon umore, avrebbe fatto accecare il patriarca e lo avrebbe chiuso in un monastero. Se fosse stato di cattivo umore, lo avrebbe fatto giustiziare sul posto. Quindi nell'Oriente europeo non esiste neanche l'idea di separazione dei poteri (che in Occidente è molto antica, molto più antica di Montesquieu, solo che prima si chiamava distinzione tra potere spirituale e potere temporale, successivamente viene chiamata distinzione dei poteri dello Stato). Venuto meno un diritto naturale unitario abbiamo potuto elaborare una serie di parametri di riferimento che oggi abbiamo ancora, ricostruito faticosamente sotto la veste delle convenzioni internazionali. Da un lato, il Protocollo generale delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo, dall'altro, nell'area in cui si trova l'Italia, la Convenzione europea per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, Convenzione che non è disarmata, perché consente ai singoli che lamentino la violazione di un diritto perpetrata da uno degli Stati contraenti di ricorrere alla Corte di Strasburgo per ottenere giustizia. E non è una differenza di poco momento, perché un conto è affermare un diritto e poi non avere i mezzi per tutelarlo, un conto è affermare un diritto e poi avere una giurisdizione che lo tutela. In

questo senso la Corte di Strasburgo è un presidio dei diritti umani, perché con notevole frequenza condanna gli Stati per violazione di questi diritti.

Tornando al tema che qui discutiamo, le convenzioni internazionali non disciplinano l'obiezione di coscienza. Quindi non esiste, sotto questo profilo, quel parziale rimedio che nell'antichità era dato dal diritto naturale per cui siamo su un terreno inesplorato, dove non resta che muoversi a fatica. Il Legislatore fa quel che può e comunque di solito interviene dopo che il problema è sorto. Di solito il Legislatore interviene dopo che vi è già stata una crisi sull'esercizio dell'obiezione di coscienza, che frequentemente determina un processo penale o almeno in un processo civile o di lavoro, in quanto si è in presenza di una violazione di una disposizione che il giudice è chiamato in ipotesi a sanzionare: e frequentemente è proprio dalle difficoltà di applicare questi criteri in un terreno così scivoloso che nasce l'appello al Legislatore perché disciplini questa materia.

Ho già detto che i giudici non possono fare obiezione di coscienza, ma proprio per questo hanno un bisogno assoluto di non essere investiti di decisioni che non siano legislativamente previste. Uno dei momenti più delicati è stato quello del cosiddetto testamento biologico. Apparentemente il problema è semplicissimo: è opinione generalmente condivisa che nessuno possa essere obbligato a trattamenti sanitari se non vuole, salvo i casi in cui questi siano obbligatori per legge (per tutelare altri, per le epidemie o perché un soggetto è pericoloso). Quindi se uno non vuole essere curato, non lo si può curare. Il problema sorge quando una persona non è più capace di intendere e di volere o non è più capace di manifestare la sua volontà. Ed è un problema estremamente difficile: non si può pensare, nemmeno per un momento, di affidare questa manifestazione di volontà al tutore: uno non si può sposare tramite il tutore, pensate un po' se può morire per decisione del suo tutore, che magari è un erede. Il problema allora, nell'inerzia del Legislatore, è stato affrontato dalla giurisprudenza. Ricordate tutti il *caso Englaro*. La Corte di cassazione annullò la pronuncia della Corte d'Appello di Milano che aveva rigettato la richiesta – semplifico brutalmente – di staccare la spina, dicendo *dovete ricostruire la volontà dell'interessata all'epoca in cui era ancora in grado di manifestarla*. Ed è un terreno scivolosissimo, perché io posso ben aver detto a cena con amici "*guardate, se io vado in coma, staccate la spina*", ma magari ero ubriaco e stavo scherzando. Allora, la

necessità di raccogliere questa volontà in maniera certa, questa volontà in maniera documentata, è ineludibile. La legge che è stata poi approvata dopo questo caso così drammatico, a mio giudizio, non ha risolto per nulla il problema perché alla fine comunque non stabilisce quanto vale quella volontà così manifestata e se altri soggetti hanno il potere di vanificarla. Terreno, anche questo, quanto mai scivoloso perché guardate che se si ritiene che se si possa vanificarla in un modo, c'è il rischio che si possa vanificarla anche nel senso opposto, perché poi le mode vanno e vengono e quindi l'idea che qualcuno possa essere fatto morire per decisione di un altro mi preoccupa: intanto sulla conformità di decisioni di questo genere ai diritti umani che questi, si, sono tutelati, la Convenzione europea sui diritti umani dice "*la vita delle persone è protetta dalla legge*" ed è un dato assoluto. Allora la necessità principale è di capire, tracciare confini, trovare soluzioni a problemi che per loro natura sono complessi. È un lavoro estremamente difficoltoso e, alla ricerca di soluzioni, vi auguro buon lavoro.

## *SECONDA SESSIONE*

### Presidenza e introduzione

**Filippo Vari**

*Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Europea di Roma,*
*Vicepresidente del Centro Studi Rosario Livatino*

L'obiezione di coscienza costituisce uno dei problemi più delicati nell'attuale conformazione dello Stato costituzionale.

Una volta spezzato il legame con il diritto naturale, l'ordinamento, in presenza di norme ritenute sommamente ingiuste da alcuni cittadini, riconosce a questi ultimi la possibilità di sottrarsi alla loro applicazione.

Si tratta di una tematica di grande attualità: pensiamo ai sindaci di fronte alla nuova legge sulle unioni civili (l. 76 del 2016) o ai farmacisti per le pillole c.d. del giorno dopo, che possono avere effetti abortivi. Un cenno d'attualità va anche fatto ai crescenti tentativi di limitare l'obiezione di coscienza a danno dei medici, i quali oggi, anche alla luce delle nuove tecniche diagnostiche, vi ricorrono sempre più numerosi. In proposito un punto di riferimento è senz'altro rappresentato da una fondamentale decisione della Corte costituzionale (sent. n. 467 del 1991), scritta dalla penna di Antonio Baldassare, la quale riconosce che "*la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico*".

Sulla base di tale riconoscimento il giudice delle leggi afferma che "*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*", con la conseguenza che "*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*".

Della tematica si occupano, sotto il profilo teorico/concettuale, le relazioni di due esperti: quanto al diritto interno, il dott. Giacomo Rocchi, illustre Consigliere della Corte di cassazione, che nei suoi scritti ha spesso analizzato la materia, anche in connessione alla tutela del diritto alla vita; quanto all'*Europarecht*, il dott. Grégor Puppinck, direttore dello European Center for Law and Justice, che ha di recente pubblicato uno studio monografico sull'argomento.

**Relazione**

**Grégor Puppinck**

*Direttore del "Centre européen pour le droit et la justice"*

*Membro del "Pannello di esperti dell'OSCE sulla libertà di religione o di convinzione"*

# L'obiezione di coscienza nella legislazione e nella giurisprudenza europee

L'obiezione di coscienza è una nozione complessa e dibattuta, che non può essere compresa se non la si pone in relazione al diritto positivo. Cercherò di darvi una presentazione del diritto vigente e, contemporaneamente, la logica interna dell'obiezione.

La mia presentazione si articola in quattro tempi: in primo luogo espongo due distinzioni fondamentali che permettono di comprendere quello che è l'obiezione di coscienza, poi passo a presentare il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza nel diritto positivo europeo e internazionale e infine descrivo gli obblighi degli Stati di fronte alle obiezioni di coscienza.

## 1. L'obiezione di coscienza riguarda il rifiuto di agire positivamente

Per comprendere l'obiezione di coscienza bisogna innanzitutto saper cogliere la differenza fondamentale tra, da una parte, «*essere forzati ad agire contro la propria coscienza*» e, dall'altra, «*essere impediti ad agire secondo la propria coscienza*». Questa differenza, molto semplice, è correlata con quella, fondamentale, che differenzia il bene e il male. «*Fare il bene, evitare il male*», questa è la norma morale fondamentale e universale. *Fare il bene,* è compiere positivamente un atto che la vostra coscienza vi prescrive. *Evitare il male*, è astenersi dal compiere un atto che la vostra coscienza proscrive. Fare un tale bene o evitare un tale male è l'espressione di una convinzione, vale a dire di un giudizio ponderato della coscienza alla luce delle norme morali e religiose. Fare il bene è un'azione. Evitare il male è una astensione.

Come azione, fare il bene è una manifestazione positiva di una convinzione che si realizza nel foro esterno (*forum externum*). Come astensione, al contrario, evitare il male non è una manifestazione positiva di una convinzione, essa rimane naturalmente nel foro interno (*forum internum*).

Una manifestazione positiva – un'azione – perché concreta, deve sempre essere adattata alle circostanze nelle quali essa si realizza, essa può dunque così essere controllata e limitata dalle autorità legittime.

In compenso, un'astensione, per sua natura, non può essere «ristretta» senza essere subito soppressa.

Il bene e il male non sono simmetrici: fare il bene è un obbligo la cui estensione varia secondo le circostanze, mentre evitare di fare il male è un obbligo che si applica in ogni circostanza. Il bene è una questione di proporzione mentre il male è una questione di principio. Ne derivano due conseguenze importanti.

Da una parte, a differenza di una manifestazione positiva, è impossibile materialmente «restringere» un'astensione. Se non è rispettata, un'astensione non può che essere sanzionata o costretta.

Dall'altra parte: è più grave costringere una persona a commettere un male che la sua coscienza vieta o sanzionarla a motivo del suo rifiuto, che impedirle di compiere parzialmente un bene che la sua coscienza prescrive.

Questa distinzione permette di circoscrivere l'obiezione di coscienza alla sola situazione nella quale una persona è *costretta* a compiere un atto che essa giudica cattivo o sanzionarla in ragione del suo rifiuto di compierla. Al contrario, il caso nel quale una persona è impedita di realizzare in tutto o in parte un bene che la sua coscienza prescrive (il caso di Antigone) rientra nel regime ordinario della limitazione della manifestazione delle opinioni.

L'obiezione di coscienza, *stricto sensu*, concerne dunque un rifiuto di agire positivamente contro le proprie opinioni, e non un rifiuto di non agire.

Una seconda distinzione fondamentale deve essere delineata a seconda che la convenzione motivante l'obiezione sia di natura religiosa o morale.

## 2. L’obiezione può essere di natura religiosa o morale

Bisogna distinguere tra le obiezioni, secondo che esse siano fondate su una opinione religiosa o morale.

L'obiezione morale (o razionale *stricto sensu*) è motivata da un precetto della ragione, da un «*dictamen rationis*» con esclusione di ogni precetto religioso (o di culto). Essa è la conseguenza di un giudizio della coscienza sulla natura stessa dell'atto al quale si riferisce, alla luce della norma morale fondamentale (fare il bene, evitare il male) all'origine del senso innato della giustizia.

L'obiezione religiosa, da parte sua, risulta da un precetto religioso o cultuale, la cui accettazione da parte della coscienza individuale necessita previamente di un atto di fede e non si impone dunque da essa stessa alla ragione. Si tratta di una obiezione da cui si può dedurre la religione dell'obiettore e che intrattiene con questa un legame diretto, necessario e sufficiente. Alcune religioni impongono numerose prescrizioni regolanti, negli aspetti di più concreti, la vita quotidiana dei loro fedeli.

Questa distinzione ha una conseguenza importante: certo, un’obiezione, che sia morale o religiosa, costituisce sempre un’obiezione di coscienza perché noi non abbiamo che una sola coscienza, la differenza tra l'obiezione morale e religiosa consiste in ciò che *un'obiezione morale può pretendere di essere obiettivamente giusta*: la sua rivendicazione poggia sulla giustizia: per esempio, è ingiusto uccidere un essere innocente. Al contrario, *una obiezione religiosa non può pretendere di essere giusta in sé* (per esempio, lavorare il giorno di sabato non è ingiusto in sé, è empio). La rivendicazione di un'obiezione religiosa si basa allora non sulla giustizia, ma sulla libertà della persona di conformarsi alle sue convinzioni religiose.

Certo, le autorità pubbliche devono, in quanto possibile, tollerare questa libertà religiosa. Tuttavia, se il rifiuto opposto a una obiezione religiosa può essere una violenza, non è per questo necessariamente un'ingiustizia. Diversamente, di fronte a una *vera* obiezione morale – che si basa sulla giustizia –, le autorità non possono disconoscerla senza commettere non solo una violenza, ma anche una ingiustizia.

La difficoltà consiste sicuramente nel riconoscere una *vera* obiezione morale. Il criterio principale si basa sulla finalità dell'obiezione: la convinzione deve tendere al rispetto del giusto e del bene e opporsi a un male.

Concretamente, il giurista può riconoscere una tale obiezione nella misura in cui essa miri al rispetto di una libertà o di un diritto fondamentale e si opponga a un comando che deroghi a questo diritto o a questa libertà. È il caso dell'aborto, dell'eutanasia o della guerra, la cui pratica non è possibile che mediante la deroga al principio fondamentale consolidato del rispetto della vita.[1]

### 3. L'obiezione di coscienza nel diritto positivo internazionale ed europeo

Come ogni libertà, la libertà di coscienza e di religione comporta due aspetti, – uno positivo e l'altro negativo – che garantiscono la libertà di agire e di non agire. Nel diritto europeo e internazionale, il diritto all'obiezione di coscienza è garantito implicitamente come una componente della libertà di coscienza e di religione nella sua dimensione negativa.[2]

La protezione accordata dall'atto finale della Conferenza di Helsinki (1975) è esplicita nella parte che garantisce il diritto di agire «*secondo l'imperativo della propria coscienza*»[3].

La coscienza diviene oggetto di diritti nella misura in cui impone alla persona dei doveri. Storicamente, il regime dell'obiezione di coscienza è stato innanzitutto conosciuto come un «dovere» prima di essere conosciuto come un «diritto».

#### a) Nel campo morale, l'obiezione può essere un dovere

---

[1]Relativamente al matrimonio omosessuale nel momento in cui è legalizzato nell'ordinamento giuridico interno, si può sostenere che è anche una forma di deroga al matrimonio garantito nel diritto internazionale unicamente a una coppia formata da un uomo e da una donna.

[2] Essa è garantita in particolare dall'articolo 18 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 9 della Convenzione europea del rispetto dei diritti dell'uomo. Questi strumenti garantiscono «*La libertà di coscienza e di religione, ciò che implica la libertà di avere o di adottare una religione o una convinzione di propria scelta, di cambiarla, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione*».

[3] L'atto finale dispone che «*Gli Stati partecipanti rispettano i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, ivi comprese la libertà di pensiero, di coscienza, di religione o di convinzione per tutti* (…) *In questo quadro, gli Stati partecipanti riconoscono e rispettano la libertà dell'individuo di professare e praticare, solo o in associazioni, una religione o una convinzione agendo secondo gli imperativi della propria coscienza*».

Fu nel corso del processo di Norimberga[4] e, ancora dopo, la caduta del comunismo che l'obiezione di coscienza è stata riconosciuta come un dovere[5], certamente eroico, ma che si impone alle persone che ricevono un ordine gravemente ingiusto. La Commissione di diritto internazionale[6] ha formulato questo principio in questi termini: «*Il fatto di aver agito dietro ordine del suo governo o quello di un superiore gerarchico non elimina la responsabilità del suo autore nel campo del diritto internazionale se gli ha avuto moralmente la facoltà di scegliere*»[7]. La «facoltà morale di scegliere» è precisamente la facoltà esercitata dalla coscienza morale.

Gli agenti nazisti e sovietici sono stati condannati per aver obbedito agli ordini piuttosto che alla loro coscienza. Si tratta in questo caso di autentiche situazioni nelle quali l'obiezione di coscienza costituisce un dovere morale e giuridico, al di là e malgrado l'assenza, nell'ordine giuridico interno, di un diritto positivo all'obiezione.

**b) L'obiezione di coscienza può essere anche un diritto**

Bisogna distinguere tra gli ordinamenti giuridici interni e internazionali[8].

Nell'ordinamento giuridico interno.

Il riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza nell'ordinamento interno è eccezionale e pone un problema perché implica una contraddizione: uno stesso ordinamento giuridico fissa un obbligo e prevede la facoltà di esonerarsene dando per ragione che se ne rifiuti la legittimità stessa.

---

[4] *Stati Uniti c. Ohlendorf e al.* ("Einsatzgruppen Trial"), (1948) 4 LRTWC. 470.

[5] CEDH, *Polednova c. Repubblica Ceca*, n. 2615/10, 21 giugno 2011. La questione concerneva la condanna di una donna per aver partecipato quale procuratore a un simulacro di processo che si concluse con la condanna a morte di quattro oppositori del regime comunista.

[6] Lo Statuto del Tribunale militare internazionale, comunemente chiamato Statuto di Norimberga, disponeva: «*Il fatto che l'accusato ha agito conformemente alle istruzioni del suo governo o di un suo superiore gerarchico non lo sottrarrà alla sua responsabilità, ma potrà essere considerato come un motivo di diminuzione della pena, se il Tribunale decide che la giustizia lo esige*». Accordo concernente il perseguimento e il castigo dei grandi criminali di guerra delle Potenze europee dell'Asse, RTNU, vol. 82, p. 279, art. 8.

[7] Annuario della Commissione di diritto internazionale, 1950, vol. II, pp. 374-378.

[8] Il riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza pone un problema nel seno di uno stesso e unico ordinamento giuridico, poiché esso implica una contraddizione al suo interno. Questo avviene nell'ordinamento giuridico interno, ma non nell'ordinamento internazionale, che può garantire questo diritto nei confronti degli ordinamenti interni.

Questo fenomeno è recente, esso è apparso con la società liberale poiché questa ammette la coesistenza di due livelli di moralità, ossia un livello sociale e uno privato.

Le società liberali si caratterizzano per l'affermazione della tolleranza, vale a dire per l'illegittimità di ogni giudizio morale *ad extra*: la moralità di un atto individuale non potendo essere giudicata che dallo stesso interessato, e non dalla società, né dagli altri individui. Ne risulta una differenziazione tra una moralità pubblica e una privata[9] che conduce da una parte la società a depenalizzare le pratiche «immorali» private, e dall'altra parte, gli individui a tollerare socialmente delle pratiche che essi riprovano a «titolo privato».

Ora, se questa tolleranza è indolore per la maggioranza dei cittadini, essa non lo è per la minoranza riguardata direttamente dalla realizzazione della pratica in causa; perché, per fare un esempio concreto, una cosa è tollerare l'eutanasia, un'altra è di doverla praticare. Se è possibile far coesistere due moralità nel seno di una società liberale e pluralista, ciò non lo è nel seno di una stessa persona. Così, la "libertà" che la società liberale accorda agli individui al riguardo delle pratiche moralmente controverse può essere equa soltanto se essa garantisce a coloro che le riprovano il diritto di non essere costretti a concorrervi. La «clausola di coscienza» garantisce questo diritto, essa è un meccanismo attraverso il quale la società liberale organizza la coesistenza di due livelli di moralità; ella è così garante della stessa amoralità della società.

Nell'ordinamento giuridico sovranazionale, l'obiezione di coscienza è riconosciuta come una modalità di esercizio della libertà di coscienza nei confronti degli ordinamenti giuridici interni.

Sono stati così garantiti a titolo di libertà di coscienza e di religione il diritto di rifiutare di partecipare in modo particolare al servizio militare, all'aborto, all'eutanasia, alla caccia, alla celebrazione delle unioni omosessuali, a insegnamenti e pratiche religiose, o ancora il diritto di rifiutare di prestare giuramento sulla Bibbia, di farsi vaccinare, o ancora di rivelare le proprie convinzioni religiose.

---

[9] Si può descrivere, per analogia, questo doppio livello di moralità interna alla società liberale come simile al doppio livello degli ordinamenti giuridici interni e internazionali.

È di fronte all'obbligo di uccidere che il diritto all'obiezione è più fortemente riconosciuto, al punto di costituire un «diritto di non uccidere» applicabile in modo particolare al servizio militare e all'aborto. Come sottolinea Sir Nigel Rodley, presidente del Comitato dei diritti dell'uomo, è in ragione del «*carattere sacro della vita umana*» che «*il diritto di rifiutare di uccidere deve essere accettato completamente*»[10].

Questo diritto è riconosciuto, e non è stato mai messo in discussione dalle istanze europee e internazionali[11]. Nel 2010 questo diritto è stato riaffermato fortemente dall'Assemblea del Consiglio d'Europa, grazie in modo particolare all'azione del deputato italiano Luca Volonté. In Europa, non ho conoscenza di alcuna sentenza contemporanea che abbia condannato un medico per essersi rifiutato di praticare un aborto.

Questo diritto è in linea di principio garantito in tutti i paesi europei, ad eccezione della Svezia.

La situazione dei farmacisti varia secondo i Paesi, ma non c'è alcuna ragione, al riguardo della libertà di coscienza, che il loro trattamento sia differente da quello dei medici e degli infermieri, sarebbe una discriminazione ingiustificata. Un interessante dibattito riguarda la natura dell'obiezione di coscienza e i suoi criteri.[12]

---

[10] Opinione individuale concordante di Sir Nigel Rodley, M. Krister Thelin e M. Cornelis Flinterman nell'affare CDH, *Cenk Atasoy et Arda Sarkut c. Turchia*.

[11] Che si tratti della Corte europea dei diritti dell'uomo, del Comitato della carta sociale europea o del Comitato dei diritti dell'uomo.

[12] Un interessante dibattito riguarda la natura dell'obiezione di coscienza e i suoi criteri.
All'interno del Comitato dei diritti dell'uomo, la maggioranza dei membri stima che l'obiezione dipende direttamente dal *foro interno* della libertà di coscienza, che non è dunque una «manifestazione» di convinzione suscettibile di limitazione. Applicata in materia di servizio militare, questa considerazione fa del diritto all'obiezione di coscienza un diritto soggettivo assoluto, poiché il diritto troverebbe la sua origine nell'individuo. I membri del Comitato riconoscono il bisogno, e la loro incapacità, di determinare dei criteri che permettono di distinguere tra i diversi tipi di obiezione. Nel seno della Corte europea, la maggioranza dei membri stima che l'obiezione è una *manifestazione* della libertà di coscienza e che essa può dunque essere oggetto di restrizioni. Coesistono due approcci: *un approccio soggettivo* che vede nel rispetto per la coscienza individuale il motivo di rispettare l'obiezione quale che sia la convinzione; *un approccio oggettivo* che vede nell'oggetto della convinzione il motivo di rispettare l'obiezione, quale che sia la persona. In realtà, i due approcci non sono esclusivi e coesistenti, anche se l'approccio soggettivo tende ad assorbire l'approccio oggettivo. L'approccio soggettivo è adattato alle obiezioni che non sono fondate sulla morale, sulla giustizia, in particolare per le obiezioni fondate su una convinzione religiosa. Rispettando l'obiezione religiosa, la società non rispetta la religione ma l'attitudine religiosa della persona, la sua libertà religiosa. L'approccio oggettivo, d'altro canto, è adattato alle obiezioni fondate sulla morale e sulla giustizia, perché è l'atto stesso che è riprovato come ingiusto o immorale, qualunque siano le convinzioni religiose o altre dell'obiettore.

**I criteri di valutazione**

Come distinguere tra i rifiuti di obbedienza, quelli che costituiscono una obiezione di coscienza e meritano di beneficiare della protezione della libertà di coscienza e di religione? Dal concetto di obiezione di coscienza e dalla giurisprudenza discendono quattro criteri. Essi sono logici e classici:

a. Bisogna avere una coscienza

b. Bisogna avere una convinzione

c. Bisogna avere una obiezione

d. Deve esistere un legame stretto e diretto tra la convinzione e l'obiezione

**Bisogna avere una coscienza.** L'obiezione di coscienza è necessariamente una pratica personale, emanante da una persona fisica che dispone dell'uso della ragione. Una persona che non avrebbe ancora (il bambino) o che non avrebbe più (il demente o una persona mentalmente suggestionata) tale uso non saprebbe essere capace di esercitare una vera obiezione di coscienza.

Allo stesso modo, l'obiezione di coscienza non può, quindi, essere caratteristica di un'associazione di persone, non essendo questa dotata in sé stessa di ragione. La facoltà per le associazioni di conformarsi alle loro convinzioni è protetta dalla combinazione della libertà di coscienza e di religione[13] e della libertà di associazione[14]. Un ospedale può rifiutare di accettare al suo interno pratiche contrarie alle convinzioni sulle quali esso è stato fondato.

**Bisogna avere una convinzione**. L'obiezione trova la sua origine in una prescrizione della coscienza e non in semplici convenienze personali.

[13] Nella sua dimensione collettiva.

[14] Ciò che si designa come diritto all'autonomia delle istituzioni fondate sulle convinzioni morali o religiose. APCE, Risoluzione 1763 (2010).

Le convinzioni in causa devono essere delle «*convinzioni sincere e profonde, di natura religiosa o di altra natura*»[15], secondo la Corte di Strasburgo e il Comitato dei diritti dell'uomo[16]. Può trattarsi di una convinzione «*etica*»[17], cioè morale, o «*religiosa*»[18].

La Corte precisa al riguardo che «*la parola 'convinzioni', presa isolatamente, non è sinonimo dei termini 'opinione' e 'idee'. Essa si applica a dei punti di vista che raggiungono un certo grado di forza, di serietà, di coerenza e di importanza*»[19]. Convinzioni e opinioni sono entrambe il frutto della coscienza, ma l'opinione non è un giudizio definitivo, la persona non ne è convinta.

La Corte europea dei diritti dell'uomo precisa ancora che l'espressione 'convinzioni filosofiche' riguarda «*delle convinzioni che meritano rispetto in una "società democratica",* [che] *non sono incompatibili con la dignità della persona*»[20]. Essa vuol dire, attraverso questo, che delle convinzioni «spregevoli» non meritano la protezione della Convenzione EDH.

**Bisogna avere una <u>obiezione</u>**. Non è sufficiente che l'obiezione sia fondata su delle opinioni, bisogna ancora che l'obiezione stessa rivesta anche il carattere di una convinzione.

Una persona che rifiutasse una procedura per incoerenza o per opportunismo non meriterebbe la protezione a titolo di obiezione di coscienza.

Così, la CEDH ha stabilito che l'obiezione deve essa stessa rivestire i caratteri di una «*convinzione che raggiunga un sufficiente grado di forza, di serietà, di coerenza e di importanza per comportare l'applicazione delle garanzie dell'articolo 9*»[21].

---

[15] CEDH, *Bayatyan c. Armenia*, § 110.

[16] Il CDH parla di «*convinzioni sincere*». Cfr. in particolare CDH, *Yeo-Bum Yoon e Mr. Myung-Jin Choi c. Repubblica di Corea*, § 8.3.

[17] CEDH, *Chassagnou c. Francia*, § 114, e *Schneider c. Lussemburgo*, § 80, citt.

[18] CEDH, *Eweida e altri c. RU*, § 108.

[19] CEDH, *Folgero e altri c. Norvegia*, GC, n. 15472/02, 29 giugno 2007, § 84, v. anche CEDH, *Valsamis c. Grecia* n. 21787/93, 18 dicembre 1996, §§ 25 e 27, e CEDH, *Campbell e Cosans c. UK*, n. 7511/76,7743/76, 25 febbraio 1982, §§ 36-37.

[20] CEDH, *Campbell e Cosans c. UK*, § 36.

[21] *Batyan c. Armenia*, § 110. Essa si riferisce alle sentenze Campbell e Cosans c. UK, § 36, e, *a contrario*, alla sentenza *Pretty c. UK*, § 82.

L'obiezione deve risultare da un «*conflitto grave e insormontabile*»[22] tra *«un obbligo (...) e la coscienza di una persona o le sue convinzioni*»[23]. L'obiettore deve essere spinto al rifiuto, su una questione grave e priva di scappatoie.

Per quanto riguarda l'obiezione nel campo lavorativo, dopo l'affare *Ladele c. RU* [24], la Corte europea giudica che la facoltà di cui dispone un dipendente di dimettersi non fa venire meno alla sua obiezione il suo carattere insormontabile[25].

[Come sottolinea il rapporto delle Nazioni Unite sulla libertà di religione e di credo, Heiner Bielefeldt, «*I dipendenti non rinunciano alla loro libertà di pensiero, coscienza, religione o credo firmando un contratto di lavoro*»[26]. Allo stesso modo, l'Assemblea parlamentare del consiglio d'Europa ha richiamato gli Stati «*a difendere la libertà di coscienza sui luoghi di lavoro*»[27]].

**Deve esistere un <u>legame *stretto* e *diretto*</u> tra la convinzione e l'obiezione**[28]. La Corte europea precisa che «*deve essere dimostrata l'esistenza di un legame sufficientemente stretto e diretto tra l'atto e la convinzione che ne è all'origine nelle circostanze di ogni caso di specie*»[29]. Affinché l'obiezione sia seria, deve così esistere un legame sufficientemente «*stretto e diretto*» tra il motivo dell'obiezione e il suo oggetto[30] in modo che la persona sia moralmente impegnata dall'azione[31]. Contribuire attraverso le tasse al finanziamento dell'aborto è più distante e indiretto che praticarlo direttamente.

---

[22] *Bayatan c. Armenia*, § 110.
[23] *Idem*
[24] CEDH, *Eweida e altri c. UK*.
[25] CEDH, *Eweida e altri c. UK*., § 83
[26] H. *Bielefeldt e altri*, *op. cit*., p. 304.
[27] APCE, Risoluzione 2036 (2015 ), *Combattere l'intolleranza e la discriminazione in Europa, soprattutto quando esse riguardano dei cristiani*, § 6.2.2.
[28] Cfr. Bielefeld, Weiner e Ghanea, *Freedom of religion*
[29] CEDH, *Eweida e altri c. RU*, § 82.
[30] Com. eur. DH, *Borre Arnold Knudsen c. Norvegia*, dec. n. 11045/84, 8 marzo 1985.
[31] Si tratta quindi di criteri usati in filosofia morale per misurare la «cooperazione al male». Questi criteri distinguono a seconda di cooperazione diretta o indiretta, formale o materiale, prossima o lontana.

## 4. Gli obblighi dello Stato

Gli obblighi dello Stato variano a seconda che l'obiezione di coscienza obbedisca a delle prescrizioni di natura morale o religiosa.

Quando l'obiezione è morale, perché essa riguarda un bene e si oppone a una deroga a un diritto o a una libertà, la società la deve rispettare in maniera assoluta. Diversamente, sarebbe commettere un'ingiustizia e una violenza.

Effettivamente, quando la società liberale tollera o depenalizza una pratica, i poteri pubblici non devono costringere gli individui a concorrervi, per le ragioni esposte in precedenza.

Così, nel caso di rifiuto di praticare l'aborto, né la CEDH, né il Comitato della Carta sociale europea, né il Comitato dei diritti dell'uomo[32], condannano i medici obiettori. Al contrario, queste istanze riconoscono il loro buon diritto, almeno implicitamente. Le condanne recenti della Polonia e dell'Italia hanno riguardato i governi, non perché essi garantiscono il diritto all'obiezione, ma perché non avrebbero correttamente organizzato l'accesso all'aborto che essi hanno liberamente scelto di legalizzare.

Quando l'obiezione è religiosa o ideologica, l'obbligo dello Stato consiste nel rispettare la libertà religiosa. Secondo la CEDH, «*il verbo rispettare significa ben più che riconoscere o prendere in considerazione. Più che un impegno negativo, esso implica nei confronti dello Stato un certo obbligo positivo*»[33].

Bisogna ricordare che l'obiezione di coscienza, in ragione della sua specificità, merita un livello di protezione più elevato della manifestazione positiva delle convinzioni religiose: una astensione non può essere "ristretta", e forzare a commettere il male è più grave che impedire di fare il bene.

Quando il rifiuto di agire porta pregiudizio a un terzo, le autorità pubbliche devono cercare di *conciliare* i diritti concorrenti in modo che essi possano coesistere ed essere, entrambi, interamente rispettati. L'ufficio del giudice dovrebbe allora essere non quello di verificare se lo Stato avesse dei motivi legittimi per costringere o sanzionare l'obiettore, ma di verificare se lo Stato abbia preso positivamente delle misure proporzionate che

---

[32] CDH, *V.D.A. c. Argentina*, Comunicazione n. 1608/2007, 29 marzo 2011.
[33] CEDH, *Folgero e altri c. Norvegia.*

permettano di conciliare il rispetto della libertà di coscienza dell'obiettore con gli altri diritti e interessi concorrenti.

Questo approccio si basa sul principio di uguaglianza che vuole che una persona, per il solo fatto che le sue convinzioni sono minoritarie, non sia oggetto di un trattamento differente nel godimento effettivo dei diritti dell'uomo. Questo approccio ha come corollario il principio di non discriminazione. È al fine di garantire che le minoranze non siano indirettamente discriminate dalle scelte della maggioranza che lo Stato deve prendere delle misure per preservare la minoranza. È un modo, per la società, di autolimitare la sua presa collettiva sugli individui e di restare liberale.

Un'ultima osservazione conclusiva. L'obiezione di coscienza non è soltanto una modalità di esercizio della libertà di coscienza, essa è anche un segnale di allerta per tutta la società. Se numerosi medici e farmacisti rifiutano di praticare un atto, le autorità pubbliche non dovrebbero cercare di forzarli, ma dovrebbero interrogarsi sulle cause di questo rifiuto, poiché non è la legge, ma la coscienza personale che è l'ultimo giudice e testimone della giustizia.

**Relazione**

**Giacomo Rocchi**

*Consigliere della Corte Suprema di Cassazione*

# Obiezione di coscienza: quadro nazionale e prospettive

## 1. Il quadro normativo nazionale

Una rapida panoramica della normativa nazionale dimostra eloquentemente che il Parlamento ha ammesso e regolamentato l'obiezione di coscienza in un ampio arco di tempo – dal 1972 al 2004, quindi per oltre trent'anni – con una scelta costante che è stata confermata in settori differenti, ogni volta che potevano sorgere problemi di coscienza derivanti dall'obbligo normativo di porre in essere una determinata condotta.

Come sappiamo, la *legge 772 del 15 dicembre 1972* (di cui ci occupiamo per completezza, pur non essendo più vigente a seguito della cancellazione del servizio militare obbligatorio) ammise gli obbligati alla leva che dichiaravano di "*essere contrari in ogni circostanza all'uso personale delle armi per imprescindibili motivi di coscienza*" a soddisfare l'obbligo del servizio militare con due diverse modalità: il servizio militare non armato e il servizio sostitutivo civile. La legge precisava che "*i motivi di coscienza addotti dovevano essere attinenti ad una concezione generale basata su profondi convincimenti religiosi, o filosofici o morali professati dal soggetto*".

I giovani dovevano presentare una "dichiarazione/domanda", nella quale, appunto, manifestavano la propria contrarietà all'uso personale delle armi; su di essa il Ministero della Difesa doveva decidere, "*sentito il parere di una terza commissione circa la fondatezza e la sincerità dei motivi addotti dal richiedente*".

Sei anni dopo è stata la *legge 22 maggio 1978, n. 194*, che regola l'interruzione volontaria di gravidanza, a prevedere che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non sia tenuto a prendere parte alle procedure abortive quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione.

L'art. 9 della legge esonera gli obiettori di coscienza dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento; inoltre, l'obiezione di coscienza non può essere invocata quando, data la particolarità delle circostanze, il personale intervento del sanitario obiettore sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

Il lungo arco di tempo – dal 1978 al 1993 – decorso fino all'approvazione della legge sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale, di cui parleremo subito dopo, non è, in realtà, uno spazio vuoto: negli anni '80 del secolo scorso furono approvate le Intese tra lo Stato italiano e alcune confessioni religiose, nelle quali il tema della libertà di coscienza era esplicitamente evocato.

Segnalo, in primo luogo, *l'Intesa del 27/2/1987 tra la Repubblica Italiana e l'Unione delle Comunità Israelitiche italiane, trasfusa nella legge n. 101 del 1989.*

Nel Preambolo, la Repubblica Italiana e l'Unione delle Comunità israelitiche Italiane convenivano sull'opportunità dell'Intesa, richiamando "*la Costituzione, che riconosce i diritti fondamentali della persona umana e le libertà di pensiero, di coscienza e di religione*", nonché "*la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, la Dichiarazione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di intolleranza e di discriminazione basate sulla religione o sulle credenze del 25 novembre 1981, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, la Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1959, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 7 marzo 1966 e i Patti internazionali relativi ai diritti economici, sociali e culturali e ai diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, che garantiscono i diritti di libertà di coscienza e di religione senza discriminazione*"; principi universali che "*sono aspirazione perenne dell'ebraismo nella sua plurimillenaria tradizione*".

Su questi capisaldi, la *legge 101 del 1989* riconosce agli ebrei "il diritto di osservare il riposo sabbatico" e le festività religiose ebraiche. Il riconoscimento incide direttamente sugli obblighi degli interessati: "*gli ebrei dipendenti dallo Stato, da enti pubblici o da privati o che esercitano attività autonoma o commerciale, i militari e coloro che siano*

*assegnati al servizio civile, sostitutivo, hanno diritto di fruire, su loro richiesta, del riposo sabbatico come riposo settimanale*", con previsione di recupero delle ore lavorative non prestate di sabato la domenica o altri giorni lavorativi e con l'unico limite delle "*imprescindibili esigenze dei servizi essenziali previsti dall'ordinamento giuridico*".

Anche per l'obbligo di frequenza scolastica, la norma stabilisce che "*si considerano giustificate le assenze degli alunni ebrei dalla scuola nel giorno di sabato su richiesta dei genitori o dell'alunno se maggiorenne*". La legge prevede anche il diritto degli ebrei "*di osservare le prescrizioni ebraiche in materia alimentare*".

La libertà di coscienza è evocata anche con riferimento all'insegnamento nelle scuole pubbliche che "*è impartito nel rispetto della libertà di coscienza e di religione e nella pari dignità dei cittadini senza distinzione di religione*" (art. 11), con esclusione di "*ogni ingerenza sulla educazione e formazione religiosa degli alunni ebrei*", con un evidente richiamo al diritto delle famiglie all'educazione dei figli.

Anche l'*Intesa tra lo Stato e l'Unione italiane delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno, del 29/12/1986*, trasfusa nella legge 22 novembre 1988, n. 516, contiene disposizioni significative: viene ribadito il diritto all'obiezione di coscienza all'uso delle armi, la libertà di coscienza nell'insegnamento e il diritto per gli appartenenti alle Chiese cristiane avventiste di osservare il riposo sabbatico biblico con le identiche modalità riconosciute per le Comunità ebraiche.

Nel 1993 venne approvata la legge 413, contenente "*Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*".

L'articolo 1 enuncia solennemente il diritto all'obiezione di coscienza: "*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 violenza su tutti gli esseri viventi, possono dichiarare la propria obiezione di coscienza ad ogni atto connesso con la sperimentazione animale*". Questo diritto deve essere reso noto a tutti gli interessati a tutte le strutture pubbliche e private legittimate ad effettuare sperimentazione animale.

Il diritto si esercita con una semplice dichiarazione che può essere effettuata da "*medici, ricercatori e personale sanitario dei ruoli dei professionisti laureati, tecnici ed infermieristici, nonché studenti universitari interessati*"; in forza della stessa, tali soggetti "*non sono tenuti a prendere parte direttamente alle attività e agli interventi specificamente e necessariamente diretti alla sperimentazione animale*".

Concludiamo con la *legge 40 del 2004* contenente "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*" che prevede, all'art. 16, il diritto all'obiezione di coscienza del personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie, da esercitare con preventiva dichiarazione. Anche in questo caso, in conseguenza della dichiarazione, tale personale "*non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di fecondazione artificiale*", con la specificazione (del tutto analoga a quella prevista dalla legge 194 sull'interruzione volontaria di gravidanza) che "*l'obiezione di coscienza esonera 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*".

## 2. Caratteristiche comuni della normativa.

Le norme appena ricordate presentano elementi comuni.

a) L'obiezione di coscienza, come è evidente, viene riconosciuta a fronte di un obbligo giuridico, di natura pubblica o privata: di prestare il servizio militare, di lavorare il giorno di sabato, di partecipare alle procedure abortive, di effettuare sperimentazione animale e così via. Esiste sempre un obbligo, anche se non enunciato espressamente: ad esempio, lo studente universitario che segue corsi in cui si eseguono interventi di sperimentazione animale sarebbe obbligato a parteciparvi al fine di superare i relativi esami; anche i genitori del bambino ebreo che frequenta una scuola pubblica sarebbero obbligati a far consumare al figlio il pasto fornito dalla mensa scolastica preparato senza il rispetto delle prescrizioni ebraiche in materia alimentare e lo stesso studente sarebbe tenuto a frequentare la scuola di sabato.

La dichiarazione di obiezione di coscienza solleva l'interessato dal rispetto dell'obbligo.

b) Ciò avviene in maniera incondizionata: l'obiettore di coscienza non è in alcun modo

gravato dai problemi organizzativi che possono sorgere dall'esercizio del diritto da parte sua e di altri soggetti.

Ad esempio, l'art. 10 della legge 772 stabiliva che nemmeno in caso di guerra gli obiettori potessero essere obbligati a prestare servizio armato, anche se potevano essere ammessi a "*servizi non armati, anche se si tratta di attività pericolose*": quindi lo Stato accettava il rischio di avere truppe armate ridotte per l'alto numero di obiettori anche in guerra.

Analogamente, la legge 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza prevede che debbano essere gli enti ospedalieri (ora le A.S.L.), le Case di cure autorizzate e le Regioni ad assicurare l'espletamento delle procedure abortive autorizzate, senza condizionare in alcun modo il diritto del singolo sanitario alle problematiche organizzative.

Ancora, le Università devono rendere facoltativa la frequenza alle esercitazioni di laboratorio in cui è prevista la sperimentazione animale nonché attivare, all'interno dei corsi, modalità di insegnamento che non prevedano attività o interventi di sperimentazione animale per il superamento dell'esame.

c) L'obiettore è semplicemente tenuto a svolgere attività di carattere diverso in sostituzione di quella rispetto alla quale ha sollevato la dichiarazione: il servizio sostitutivo civile o il servizio militare non armato ai sensi della legge 772, l'attività lavorativa nel giorno di domenica per i dipendenti che si avvalgono del riposo sabbatico riconosciuto dalla legge o ancora, come precisa la legge 413 del 1993, "*attività diverse da quelle che prevedono la sperimentazione animale*".

Lo svolgimento di attività diverse è implicitamente contemplato in altri casi, come in quello dell'interruzione volontaria di gravidanza.

d) Il riconoscimento del diritto consegue direttamente alla dichiarazione, senza che qualche ente o soggetto possa valutarla e decidere di non ammettere il dichiarante al regime conseguente; collegata a tale effetto diretto è anche la mancanza di motivazione della dichiarazione: l'obiettore, cioè, non è tenuto ad argomentare sui motivi per i quali egli deve essere esentato da quello specifico obbligo, in quanto nessuno deve valutare e provvedere sulla sua dichiarazione, che, appunto, è una dichiarazione e non una domanda.

Unica eccezione era costituita dalla legge 772 sull'obiezione di coscienza al servizio

militare, ma è assai significativo che, nelle leggi successive, il legislatore abbia abbandonato un regime del genere.

Ai sensi della legge 772, comunque, il Ministero della Difesa era chiamato ad un giudizio che valutasse anche la "sincerità" dei motivi addotti dal richiedente, oltre la loro fondatezza: si voleva impedire l'accesso ai servizi non armati di persone che in precedenza avevano dimostrato di non avere alcuna remora all'uso personale delle armi; del resto, la legge prevedeva che la domanda non potesse essere presentata dai titolari di licenze relative alle armi o di soggetti condannati per reati attinenti alle armi.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato sottolineò che il rigetto della domanda era illegittimo se non motivato con il richiamo alla condotta di vita dell'interessato che denotasse una concezione generale dell'esistenza contraria alla richiesta del beneficio; ritenne legittimo, ad esempio, il rigetto della domanda di chi aveva in precedenza avanzato richiesta di arruolamento nei Carabinieri o di chi nella domanda aveva lasciato intendere di esaltare o giustificare l'altrui violenza armata.

In sostanza, la valutazione cui era chiamato il Ministro non poteva scendere a giudicare le idee del richiedente, ma – affermava ancora il Consiglio di Stato – ad evitare che la prestazione del servizio militare fosse elusa da parte di chi non poteva considerarsi obiettore di coscienza.

Allo stesso modo, del resto, la legge 194 del 1978 prevede la decadenza dall'obiezione di coscienza con effetto immediato per chi prende parte a procedure abortive dimostrando, per usare il termine a suo tempo usato dalla legge 772, la "non sincerità" della sua dichiarazione.

e) L'esenzione dalle attività per le quali è stata presentata la dichiarazione di obiezione di coscienza è assoluta: l'obiettore è esentato dall'intera attività e le deroghe sono previste in casi decisamente eccezionali.

Come abbiamo già visto, ad esempio, la legge 101 del 1989 in attuazione dell'intesa con le Comunità Israelitiche fa "salve le imprescindibili esigenze dei servizi essenziali previsti dall'ordinamento giuridico", senza ulteriori specificazioni.

Anche l'articolo 9 della legge 194 non smentisce questa impostazione: non solo quando impedisce di invocare l'obiezione di coscienza in caso di intervento indispensabile per

salvare la vita della donna in imminente pericolo, trattandosi di obbligo di intervenire coerente con i motivi per cui l'obiezione di coscienza è sollevata (non collaborare alla soppressione di una vita umana), ma anche quando, nel selezionare le attività da cui l'obiettore è sollevato, si riferisce alle "*procedure di cui agli artt. 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza*", precisando che si tratta di procedure ed attività "*specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza*", senza comprendere in esse l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento: tale regolamentazione contempla tra quelle coperte dall'obiezione tutte le attività che determinano l'aborto e, quindi, corrisponde pienamente all'esigenza cui l'istituto è finalizzato[1].

**f)** L'esercizio dell'obiezione di coscienza non può determinare nessuna conseguenza negativa per l'obiettore: si tratta di previsione che dovrebbe apparire ovvia, tenuto conto che l'obiettore esercita un diritto riconosciuto dalla legge, ma che è ugualmente menzionata in alcune norme.

Il preambolo all'Intesa tra Stato e Unione delle Comunità Israelitiche, nel menzionare i testi nazionali ed internazionali, affermava che "*essi garantiscono i diritti di libertà di coscienza e di religione senza discriminazione*"; la legge 413 sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale è esplicita: "*Nessuno può subire conseguenze sfavorevoli, per essersi rifiutato di praticare o di cooperare all'esecuzione della sperimentazione animale*". (…) Gli obiettori di coscienza vengono destinati ad attività diverse, "*conservando medesima qualifica e medesimo trattamento economico*".

La vicenda dell'obiezione di coscienza al servizio militare è significativa: la legge 772, infatti, discriminava gli obiettori di coscienza, stabilendo che essi dovessero prestare servizio "*per un tempo superiore di otto mesi alla durata del servizio di leva cui sarebbero stati tenuti*"; questa previsione venne dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 470 del 1989, con la motivazione che "*la differente durata del servizio sostitutivo rivestirebbe chiaramente quel significato di sanzione nei confronti degli obiettori che già si è stigmatizzato, ledendo, altresì, i fondamentali diritti tutelati dal primo*

[1] Nel prosieguo accenneremo alle questioni di interpretazione di questa norma.

*comma dell'art. 3 e dal primo comma dell'art. 21 della Costituzione, in quanto sintomo di una non giustificabile disparità di trattamento per ragioni di fede religiosa o di convincimento politico e, nello stesso tempo, freno alla libera manifestazione del pensiero*".

### 3. Le norme sull'obiezione di coscienza come obbligatorie per il legislatore.

a) La rassegna fatta e le caratteristiche comuni evidenziate permettono di rispondere ad un quesito: perché il legislatore, nel corso di oltre trent'anni, ha previsto e regolamentato l'obiezione di coscienza o comunque, il diritto ad astenersi da attività obbligatorie per motivi di coscienza?

La domanda non è banale; il Parlamento è sovrano e libero nella approvazione delle leggi, ma ha anche degli obblighi costituzionali da rispettare: cosicché non è fuori luogo chiedersi se le leggi di volta in volta approvate abbiano previsto il diritto all'obiezione per una insindacabile decisione adottata dalle Camere ovvero per la consapevolezza di un obbligo costituzionale ineludibile.

In effetti, la regolamentazione adottata nelle varie norme suggerisce la consapevolezza di un obbligo.

Se la scelta di riconoscere l'obiezione di coscienza fosse stata libera e discrezionale per il Parlamento, avremmo registrato regolamentazioni differenti: il diritto sarebbe stato riconosciuto solo parzialmente, dando una generalizzata prevalenza ad altri interessi – ad esempio di carattere organizzativo – su quello dell'obiettore; sarebbe stata contemplata la possibilità per le Autorità di respingere la domanda di obiezione e prevista la necessità di una motivazione a sostegno della domanda stessa; sarebbe stato possibile un trattamento deteriore per l'obiettore come quello previsto dalla legge 772.

b) Come vedremo subito, l'obbligo esiste ed è stato enunciato.

Tuttavia è opportuno premettere un *richiamo alla natura dell'obiezione di coscienza*: attualmente, sembra diventato difficile comprendere di cosa si tratta, confondendola con altri concetti.

L'obiezione di coscienza non ha niente a che vedere con le idee e le opinioni, tanto meno con quelle politiche; esercitare o sostenere l'obiezione di coscienza non equivale affatto ad intraprendere o proseguire una battaglia politica.

La coscienza, insieme alla ragione, è ciò che distingue gli esseri umani, come recita il preambolo alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo ("*Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza*").

È una legge che risuona all'interno dell'uomo e giudica il suo operato: la coscienza morale ingiunge all'individuo, al momento opportuno, di compiere il bene e di evitare il male; giudica anche le scelte concrete, approvando quelle che sono buone, denunciando quelle cattive. La *coscienza morale è un giudizio della ragione* mediante il quale la persona umana riconosce la qualità morale di un atto concreto che sta per porre, sta compiendo o ha compiuto.

In tutto quello che dice o fa, l'uomo ha il dovere di seguire fedelmente ciò che sa essere giusto o retto. La dignità della persona umana implica ed esige la rettitudine della coscienza morale.

Quindi si tratta di qualcosa che riguarda *ogni singola persona*, non una collettività; è una cosa *intima*, strettamente personale; ha a che fare con l'uso della ragione e la libertà: il richiamo della coscienza mette in moto la ragione e determina una scelta libera dell'uomo; la coscienza richiama ad una legge non scritta dalla persona – e da nessun altro uomo – ma "*scritta nel suo cuore*" (le religioni affermano che la legge è scritta da Dio, ma la legge 772 sull'obiezione di coscienza al servizio militare faceva riferimento a "*profondi convincimenti religiosi o filosofici o morali*" del soggetto); infine – e soprattutto – questa legge scritta nel cuore dell'uomo è vincolante.

Comprendiamo, allora, cosa significa *obiezione di coscienza*: l'uomo che ascolta la sua coscienza percepisce *il dovere* di astenersi da determinate azioni che gli proviene da una *legge* che egli, con l'uso della ragione, *riconosce esistente*; quando una legge dello Stato lo *obbliga a compiere quella azione*, egli si trova di fronte a due leggi che contengono due imperativi contrapposti.

Lo Stato gli intima: "*devi fare questa azione*" e lo minaccia di una sanzione se non obbedisce; la coscienza e la ragione gli intimano: "*non devi fare questa azione*" ed egli comprende che la "*sanzione*" è la perdita della sua dignità.

Quando l'uomo è davvero *libero*, egli *obietta* al dovere imposto dalla legge statale,

affermando: "*Non posso, non devo farlo, la mia coscienza me lo vieta!*".

Di fronte all'obiezione di coscienza si pone un'alternativa per lo Stato: permetterla, se del caso regolandola, oppure non riconoscerla, considerando una violazione della norma il rifiuto opposto dall'obiettore di eseguire l'azione prevista come obbligatoria dalla legge e, quindi, sanzionarlo.

Anche per il singolo, di fronte ad uno Stato che non riconosce la sua obiezione di coscienza, esiste un'alternativa: cedere e porre in essere la condotta obbligatoria per legge, non ottemperando al divieto della sua coscienza, ovvero confermare il suo rifiuto, affrontando le sanzioni che lo Stato gli irroga.

c) Abbiamo visto che, in questi decenni, la scelta del legislatore è stata di riconoscere e regolamentare l'obiezione di coscienza, con le caratteristiche ampie che si sono viste. La sentenza della Corte Costituzionale n. 467 del 1991 – pronunciata con riferimento alla legge 772, ma avente esplicitamente una portata generale – chiarì senza ombra di perplessità che quella scelta era costituzionalmente obbligatoria.

In primo luogo, la Corte inquadrò la tutela della coscienza individuale all'interno di quella dei diritti fondamentali dell'uomo, fornendo una bella definizione della coscienza: "*la relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso*": "*A livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico.*

*In altri termini, 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.*"

Nel passaggio successivo, la Corte enunciò l'obbligo per il legislatore di riconoscere l'obiezione di coscienza con l'utilizzo di una forma verbale – "*esige*" – che non permette elusioni: "*Di qui deriva che – quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) o della propria fede religiosa (art. 19 della Costituzione) – la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale*", esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire *"una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana".*

La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di professare la propria fede religiosa, garantite dagli artt. 21 e 19 della Costituzione, non sopportano limitazioni; allo stesso modo – disse la Corte – la tutela della coscienza individuale deve essere disegnata con priorità assoluta e tenendo conto del carattere fondante di quei diritti; perché negare la libertà di coscienza significa comprimere quei diritti fondamentali.

Nel passaggio finale che ci apprestiamo a citare, la Corte precisava anche il ruolo del legislatore: "*Sotto tale profilo, 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 arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale,* la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta*, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)*".

L'opera del legislatore, quindi, è diretta in primo luogo ad evitare disfunzioni di carattere organizzativo derivanti dall'esercizio dell'obiezione di coscienza; non è escluso che il diritto dell'obiettore possa essere bilanciato con doveri di carattere costituzionale, ma ricordando che la tutela della coscienza individuale giustifica, per la sua elevatezza, l'esenzione

dall'assolvimento di doveri pubblici *inderogabili*.

Quest'ultima precisazione è importante: la Corte doveva valutare l'istituto di fronte ad un dovere – quello della difesa della Patria – che i Costituenti definirono "sacro", termine utilizzato solo in quella norma: ma confermò l'esenzione in nome della tutela della coscienza individuale.

d) Il primato della coscienza individuale non venne smentito nemmeno quando la stessa Corte, con la sentenza n. 196 del 1987, respinse la questione di legittimità costituzionale della legge 194 del 1978 nella parte in cui non permette ai giudici tutelari, chiamati ad autorizzare le minorenni a procedere all'interruzione di gravidanza senza il consenso dei genitori, di sollevare obiezione di coscienza.

La Corte ribadì che si tratta "*di comporre un potenziale conflitto tra beni parimenti protetti in assoluto: quelli presenti alla realtà interna dell'individuo, chiamato poi, per avventura, a giudicare, e quelli relativi alle esigenze essenziali dello jurisdicere (ancorché intra volentes)*", confermando, appunto, la protezione assoluta della coscienza individuale; respinse la questione di legittimità basandosi sulla differente posizione dei magistrati rispetto agli altri dipendenti pubblici (richiamando le norme sul divieto di iscriversi ai partiti politici e sull'inamovibilità), ma soprattutto sulla constatazione che la professione di magistrato garantisce appieno la coscienza di chi la esercita: "*Il magistrato è tenuto ad adempiere con coscienza appunto (art. 4 legge 23 dicembre 1946, n. 478) i doveri inerenti al suo ministero: si ricompongono in tal modo, nella realtà oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare. È propria del giudice, invero, la valutazione, secondo il suo prudente apprezzamento: principio questo proceduralmente indicato, che lo induce a dover discernere – secondo una significazione già semantica della prudenza – intra virtutes et vitia. Ciò beninteso in quei moduli d'ampiezza e di limite che nelle singole fattispecie gli restano obiettivamente consentiti realizzandosi, in tal guisa, l'equilibrio nel giudicare*".

Tuttavia – per segnalare la necessità di una tutela piena della coscienza dei magistrati e l'equilibrio nell'esercizio della giurisdizione – la Corte aggiungeva un accenno (con il sapore di un invito) alla possibilità di adottare "*adeguate misure organizzative nei casi di particolare difficoltà*", così da non destinare i magistrati la cui coscienza si oppone alle

procedure abortive al ruolo di Giudice tutelare.

## 4. Le conseguenze dell'obbligo per il legislatore di riconoscere e regolamentare l'obiezione di coscienza.

a) Il quadro appena completato deve essere rapportato a due affermazioni ricorrenti in questo periodo: quella per cui, con riferimento alla nuova legge 20 maggio 2016, n. 76 che prevede la "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", si afferma seccamente che *l'obiezione di coscienza da parte dei pubblici funzionari (ma anche di altri soggetti coinvolti) non è possibile perché non è prevista dalla legge* e quella – invece riferita all'attuazione della legge 194 del 1978 sull'aborto – secondo cui *l'obiezione di coscienza è permessa solo per i soggetti e nei limiti in cui la legge la prevede*: in particolare il diritto all'obiezione di coscienza non sarebbe "*assoluto*", ma "*va coniugato con il diritto alla salute della donna*" (di cui la legge 194 sarebbe espressione).

b) In primo luogo, si può osservare che il fatto che il legislatore non abbia previsto e regolato l'obiezione di coscienza in un settore come quello delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nel quale le questioni di coscienza dei pubblici funzionari erano del tutto prevedibili (ed erano state previste ed enunciate) appare sorprendente: forse che per i sindaci e gli altri funzionari non vale il diritto – riconosciuto rispetto alla sperimentazione animale dalla legge 413 del 1993 – di dare "*obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alla 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*"?

Come dimenticare che la Convenzione EDU, all'art. 9, prevede che "*ogni persona*" (quindi, si può dedurre, anche i sindaci) ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, senza alcuna eccezione[2]?

---

[2] Sentenza CEDU, Caso Ercep contro Turchia, 22/11/2011: «*ciò che è protetto dall'Articolo 9 della Convenzione, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, è uno dei fondamenti di una "società democratica" ai sensi della Convenzione. Si tratta, nella sua dimensione religiosa, di uno degli elementi più essenziali per l'identità dei credenti e per la loro concezione della vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti. Si tratta del pluralismo, conquistato a caro prezzo nel corso dei secoli e da cui dipende il tipo di società. (...) il giudice deve tener conto della necessità di garantire un*

E come tralasciare il richiamo all'art. 2 della Costituzione, che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo (di ogni uomo)?

E, soprattutto, come eludere l'obbligo di legiferare enunciato a chiare lettere dalla Corte Costituzionale con la sentenza che abbiamo commentato?

Quindi, la mancata previsione della possibilità di sollevare obiezione di coscienza rispetto alla nuova legge sulle unioni civili – mancanza voluta: il Centro Studi Livatino aveva elaborato emendamenti diretti a introdurre e regolamentare l'istituto, proposti da parlamentari e ignorati o decaduti in conseguenza delle procedure seguite – è un problema per il legislatore inadempiente; non può esserlo per coloro ai quali la coscienza vieta di collaborare al riconoscimento pubblico di forme di unione diverse dal matrimonio.

c) Non è, quindi, affatto impossibile ed è perfettamente coerente con la natura di diritto fondamentale dell'uomo riconoscere come esistente il diritto all'obiezione di coscienza pur nell'assenza di una legge regolatrice.

Il diritto discende direttamente dall'art. 2 della Costituzione e dalle norme da esso richiamate, che abbiamo menzionato all'inizio. La Costituzione già "*riconosce e garantisce*" questo diritto e pretende una tutela assoluta e prioritaria ad essa; si deve quindi affermare che, benché sommamente opportuna, una legge che regolamenti l'obiezione di coscienza in questo nuovo ambito non è necessaria per rendere effettivo l'esercizio del diritto.

Se tale legge verrà approvata, potrà dettare norme "*in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale*" o, se sarà ritenuto necessario, "*a bilanciare il diritto con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale*" (stiamo parafrasando il testo della sentenza 467 del 1991); in mancanza di essa, il diritto non può avere limitazioni e la struttura organizzativa pubblica provvederà nei modi consueti a sostituire l'obiettore di coscienza.

Non si può non chiedersi cosa spinge coloro che hanno approvato la legge 76 – che,

---

*vero pluralismo religioso, di vitale importanza per la sopravvivenza di una società democratica (...) il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura sono le caratteristiche di una "società democratica". Benché sia necessario talvolta subordinare gli interessi individuali a quelli di un gruppo, la democrazia non significa semplicemente la supremazia costante dell'opinione di una maggioranza: deve essere raggiunto un equilibrio che garantisca l'uguaglianza di trattamento delle persone appartenenti alle minoranze e eviti qualsiasi abuso della posizione dominante*».

quindi, hanno vinto una battaglia politica – a reprimere soggetti che a tale battaglia non hanno partecipato (ma che sono, almeno i Sindaci, eletti dal popolo) e che sono dilacerati dal conflitto tra una legge dello Stato e la loro coscienza.

d) Quanto sopra vale anche per l'applicazione della legge sull'aborto.

Il diritto a non cooperare all'uccisione di esseri umani non è affatto condizionato dal testo della legge (se non, nel caso già visto, dal pericolo per la vita della madre), né può essere "coniugato con il diritto alla salute" della donna, come improvvidamente afferma una recente sentenza di un giudice amministrativo (Sent. T.A.R. Lazio del 2/8/2016, Movimento per la Vita ed altri contro Regione Lazio).

L'imperativo "*non uccidere!*" non ammette condizioni e subordinate e risuona con la medesima forza non solo nei medici e sanitari, ma anche nei farmacisti chiamati a collaborare a pratiche abortive o criptoabortive.

## 5. I rischi per lo Stato democratico

Vorrei sottolineare, per concludere, in che modo il "primato della coscienza" incida sull'interpretazione delle norme vigenti, prendendo lo spunto proprio da un altro passaggio di quella sentenza – concernente l'obbligo per il medico del Consultorio, anche se obiettore di coscienza, di rilasciare l'attestato in base al quale la donna avrà il diritto di sottoporsi all' intervento abortivo sette giorni dopo – in cui si afferma: "*Sostanzialmente è da escludere che l'attività di mero accertamento dello stato di gravidanza richiesta al medico del Consultorio si presenti come atta a turbare la coscienza dell'obiettore, trattandosi di attività meramente preliminari non legate in maniera indissolubile al processo di interruzione di gravidanza*".

La gravità di questa affermazione dovrebbe risultare evidente: il giudice, in forza della legge, pretende di decidere quali attività siano atte a turbare la coscienza dell'obiettore!

Lo Stato entra nella coscienza dell'individuo e gli intima non più, soltanto, di compiere una determinata attività, sotto minaccia di sanzione penale (immediatamente prima ricordata dalla sentenza), ma piuttosto di "impostare" la propria coscienza in modo da approvare quanto lo Stato ordina!

Lo Stato pretende di educare la coscienza del medico sulla base del rigido positivismo

giuridico.

Al contrario, il primato della coscienza individuale impone di interpretare le norme alla luce della coscienza: se, quindi, il sanitario riterrà, in scienza e coscienza, che il certificato non è altro che l'unico documento strettamente necessario e sufficiente per eseguire l'aborto una settimana dopo (lettura, fra l'altro, perfettamente conforme al testo normativo) o ancora, che le "pillole dei giorni dopo" – così come veniva affermato fino a pochi anni fa dalle stesse ditte produttrici – hanno ancora la capacità di impedire l'annidamento in utero dell'embrione creato e quindi di provocarne la morte o, infine, che l'embrione (come la scienza dimostra eloquentemente) è un essere umano fin dal momento del concepimento, il giudice di uno Stato che riconosce la libertà di coscienza come diritto inviolabile dovrà interpretare la norma regolatrice ricomprendendo anche in questi casi il diritto ad astenersi dai comportamenti obbligatori.

## *TERZA SESSIONE*

### Presidenza e introduzione

**Alfredo Mantovano**

*Consigliere della Corte di appello di Roma*
*Vicepresidente del Centro Studi Rosario Livatino*

Autorità, cari amici, anch'io ringrazio l'amministrazione della Camera dei Deputati e l'on. Stefano Dambruoso per la fondamentale collaborazione nella riuscita di questo convegno. Ringrazio tutti i presenti e gli illustri relatori. Che quanto ascoltato finora non costituisca solo un interessante approfondimento teorico, ma una questione drammatica, con la quale ci si misura quotidianamente, è confermato dalla sessione che ho l'onore di presiedere: essa mostrerà, in modo certamente più completo e organico rispetto a quella che può essere la personale esperienza di un singolo, quanto oggi siano numerosi e vasti gli ambiti della nostra vita al cui interno il conflitto fra la norma di legge e la coscienza personale rischi di manifestarsi, o si manifesta realmente. Questa moltiplicazione non è positiva: se si avverte l'esigenza di estendere gli spazi dell'obiezione è perché aumentano disposizioni in potenza e/o in concreto ostili a principi fondamentali che la coscienza avverte intangibili. E se gli spazi dell'obiezione nell'ordinamento italiano, come è stato ben illustrato, finora hanno riguardato poche limitate voci, non si può non guardare con preoccupazione alle tendenze in atto, tese da un lato a circoscriverne la operatività nei settori per i quali è stata riconosciuta, ridimensionando la portata delle relative disposizioni, dall'altro agli ostacoli frapposti a che il riconoscimento avvenga per altre voci.

Ma le lacerazioni fra coscienza e diritto interessano in modo crescente articolazioni della professione medica, ben oltre i confini di applicazione delle leggi nazionali sull'aborto, sulla sperimentazione animale e sulla fecondazione artificiale: è sufficiente fare cenno ai conflitti a causa di quel che viene imposto al medico da disposizioni eutanasiche; interessano tanti farmacisti e dipendenti di farmacie, a fronte della commercializzazione di prodotti abortivi; riguardano questioni, che hanno già trovato rilievo e risposte in

provvedimenti giudiziari emessi in altri ordinamenti, che derivano dalla parificazione al matrimonio fra uomo e donna dell'unione *same sex*; o infine – ma non da ultime – attengono alle vicende connesse con la diffusione nelle scuole, a cominciare da quelle materne dell'ideologia gender, che chiamano in causa a diverso titolo ma con eguale disagio genitori e docenti.

Gli interventi che seguono sono l'esito di vita vissuta e sofferta in ciascuno degli ambiti appena indicati.

**Testimonianza**

**Ermanno Pavesi**

*Psichiatra, Segretario generale della Federazione Internazionale delle Associazioni dei Medici cattolici*

# Obiezione di coscienza e professione medica

Il diritto all'obiezione di coscienza nell'esercizio della professione medica è diventato sempre più importante nel corso degli ultimi decenni a causa di alcuni importanti cambiamenti.

## 1. Dalla *salus aegroti* alla *voluntas aegroti* come *suprema lex*

In passato, la pratica medica aveva come obiettivo la salute dell'infermo, *salus aegroti suprema lex*. Considerato che tanto il concetto di malattia quanto quello di guarigione si basavano su conoscenze scientifiche, vi erano poche situazioni nelle quali al medico erano richieste prestazioni contrarie alla sua coscienza morale.

A partire dagli inizi dell'Epoca moderna è avvenuto un progressivo cambiamento nel campo dell'etica, dovuto al rifiuto di alcuni principi fondamentali, formulati nell'antica Grecia ed elaborati nel corso dei secoli, che, con alti e bassi, per quasi duemila anni avevano influenzato la civiltà occidentale: *"*[…] *quando la modernità sferrò i propri attacchi a un mondo più antico i suoi esponenti più acuti capirono che era l'aristotelismo a dover essere abbattuto"* [1], in particolare per le sue teorie in etica e politica. In questo modo *"*[…] *una tradizione morale, di cui il pensiero aristotelico costituiva il nucleo intellettuale, venne ripudiata nel corso delle transizioni che ebbero luogo fra il quindicesimo e diciassettesimo secolo"*[2]. In particolare, il padre della Riforma Protestante, Martin Lutero ha criticato Aristotele, *"il cieco maestro pagano"*, ha proposto *"di eliminare*

[1] A. MACINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria moral,* Trad. It., Feltrinelli, Milano, 1988, p. 145.

*completamente i libri di Aristotele,* Physica*,* Metaphysica*,* De anima *ed* Ethica*"* e ha considerato *"l'*Ethica*, peggiore di ogni altro libro"*[3]. Venuto a mancare il fondamento razionale dell'etica, i principi della morale sono stati considerati solo come razionalizzazioni di una volontà particolare, e si è aperta così la strada al relativismo, in quanto non sarebbe possibile discernere il bene dal male. Questo principio viene fatto valere anche nella pratica medica: non ci sarebbero criteri oggettivi per stabilire ciò che è bene per un malato.

In nome del principio dell'autonomia del paziente, attualmente si privilegia la volontà del paziente: *voluntas aegroti suprema lex*. Il paziente può manifestare la sua volontà tanto rifiutando accertamenti e cure, quanto pretendendo determinate prestazioni. Il diritto al rifiuto delle cure non pone normalmente particolari problemi morali: il medico può cercare di convincere il paziente dei vantaggi di una determinata terapia, ma la decisione spetta al paziente, come nel caso di un paziente oncologico che preferisce non sottoporsi a un ciclo di chemioterapia.

Molto differente è la situazione nella quale una persona pretende un determinato intervento medico, come, per fare solo qualche esempio, l'interruzione di gravidanza, il suicidio assistito, l'eutanasia, sostanze psicoattive o dopanti. La tendenza a privilegiare la volontà del paziente diventa sempre più problematica per vari motivi, come la relativizzazione del concetto di malattia e legislazioni sempre più liberali.

Negli ultimi anni si sono affermati alcuni principi nella bioetica, tra i quali quelli della beneficenza e della non maleficenza. Il medico è tenuto a perseguire il bene del paziente e a evitare di danneggiarlo, attualmente le categorie di bene e male sono diventate soggettive. Il concetto di malattia è sostituito da quelli più generici di disagio, di malessere, e il malato diventa il cliente o l'utente di un servizio pubblico che ha il diritto di pretendere tutte le prestazioni che, secondo lui, possono eliminare ciò che compromette la sua sensazione di benessere.

---

[2] *Ibid*., p. 144.
[3] M. LUTERO, *Alla nobiltà cristiana della nazione tedesca. A proposito della correzione e del miglioramento della società cristiana*, Claudiana, Torino, 2008, p. 223.

## 2. Dalla cura delle malattie al cosiddetto potenziamento umano

L'intervento medico quindi non potrebbe limitarsi alla cura di malattie con una diagnosi certa, ma dovrebbe lenire sofferenze di un "cliente", e questi avrebbe il diritto insindacabile di giudicare l'entità della propria sofferenza e la necessità di un intervento medico, che si tratti, per esempio, di una gravidanza indesiderata, di un problema con la propria identità sessuale, del *taedium vitae* o della propria immagine del corpo.

I progressi delle biotecnologie hanno offerto nuove possibilità di interventi sul corpo umano, dalle manipolazioni genetiche al trapianto di cellule nervose, all'impianto di protesi. Non si tratta più quindi di una medicina curativa ma di interventi per il potenziamento di certe prestazioni.

## 3. Il concetto di "salute sessuale e riproduttiva"

Organizzazioni internazionali hanno adottato il concetto di salute sessuale e riproduttiva, ne pretendono il rispetto e l'introduzione nelle legislazioni degli stati. Il concetto in sé può sembrare positivo: chi potrebbe negare il diritto alla salute? Per organizzazioni internazionali, però, tale concetto comprende anche il diritto all'aborto e l'ideologia di gender.

Il diritto all'aborto diventa quindi una parte del diritto alla salute. Nell'ultimo secolo si è verificato un cambiamento radicale nella valutazione del comportamento sessuale: esclusa la possibilità di discernere tra ciò che è bene e male, non sono più principi morali a regolare il comportamento sessuale, ma ipotesi su quali comportamenti possono favorire o danneggiare la salute individuale, ipotesi spesso formulate sulla base di teorie psicologiche senza un fondamento scientifico. Un cambiamento che caratterizza la cultura contemporanea e che una sociologa culturale, Eva Illouz, definisce "*pensiero terapeutico*", cioè la sostituzione dei valori morali nella valutazione del comportamento umano con

categorie psicologico-terapeutiche, ciò che ha determinato "*il crollo delle gerarchie culturali e morali*"[4].

## 4. Ginecologia

Anche sotto le pressioni di organizzazioni internazionali, le strutture sanitarie sono tenute a garantire il riconoscimento del diritto all'aborto, e più in generale del diritto alla "*salute sessuale e riproduttiva*", e quindi il coinvolgimento dei dipendenti in tali pratiche, così in molte nazioni diventa sempre più difficile per medici obiettori di coscienza lavorare in reparti di ostetricia e ginecologia. In alcuni Paesi la specializzazione in ostetricia e ginecologia si consegue lavorando per un certo numero di anni in reparti ospedalieri di ginecologia e frequentando alcuni corsi, e gli specializzandi sono costretti, nei loro ospedali, a praticare aborti, a prescrivere la pillola del giorno dopo, a collaborare a tecniche di fecondazione artificiale, senza la possibilità di fare obiezione di coscienza. In queste situazioni il corso di specializzazione è incompatibile con la morale cattolica. Sono pochi gli specializzandi non disposti a fare compromessi con i principi morali che sono riusciti a organizzarsi un curriculum facendo obiezione di coscienza. Questa situazione provoca in alcuni Paesi una selezione dei nuovi ginecologi, che praticamente nella loro totalità sono disposti a praticare aborti, e hanno un atteggiamento liberale nei confronti di tutte le tecniche riproduttive. La conseguenza è, per esempio, che nella società svizzera di ginecologia medici contrari all'aborto, alla contraccezione d'emergenza, cioè la somministrazione di farmaci per lo meno potenzialmente abortivi, e ad altre tecniche sono una piccola minoranza.

## 5. Psichiatria

In psichiatria esiste il problema dell'indicazione psichiatrica per l'interruzione volontaria della gravidanza, IVG. Fino a qualche anno fa, in Svizzera, l'IVG era depenalizzata solo nel caso di un'indicazione medica, cioè per un grave rischio per la salute o per la vita della

[4] E. ILLOUZ, *Saving the modern soul. Therapy, Emotions, and Culture of Self-Help*, University of California Press, Berkeley Los Angeles London, 2008, p. 1.

gestante, ma dato che le indicazioni mediche, nel senso ristretto del termine, sono più uniche che rare, l'IVG veniva praticata nella quasi totalità dei casi su indicazione psichiatrica. Una nuova legge prevede l'indicazione medica solo per le interruzioni dopo la dodicesima settimana, per questo le perizie psichiatriche, affidate a psichiatri che esercitano la libera professione e a certe strutture pubbliche, sono diventate più rare. Nel mio caso personale, anche se avevo interesse per certi posti di lavoro, non ho neanche presentato la domanda di assunzione, se tra le funzioni da svolgere c'erano anche le perizie per l'IVG. Ho lavorato solo in istituzioni dove era possibile l'obiezione di coscienza, e, per esempio, quando sostituivo il primario della Clinica psichiatrica di Sciaffusa, io esercitavo tutte le sue funzioni a esclusione delle perizie per l'IVG che venivano delegate a un altro collega.

Un altro problema è rappresentato dalle cosiddette cure riparative: vi sono persone omosessuali che si rivolgono a uno psichiatra o a uno psicoterapeuta perché soffrono a causa del loro orientamento sessuale. In questi casi vengono praticate le cosiddette *terapie riparative*. Associazioni di specialisti, come gli Ordini degli psicologi di alcune regioni italiane (per. es. di Toscana[5] ed Emilia Romagna) interpretano ideologicamente il malessere di queste persone che non soffrirebbero per il loro orientamento sessuale in sé, ma una grande parte del loro malessere sarebbe il sintomo di *"un conflitto interno al soggetto tra il proprio orientamento sessuale e la disapprovazione/disprezzo sociale, ovvero di una 'omofobia interiorizzata' che lede e svaluta l'immagine di sé, causando imbarazzo, vergogna, colpa, fino a indurre talvolta ideazione suicidiaria"*[6]. Per questi ordini professionali le terapie riparative non sarebbero né scientifiche né etiche, e chi le pratica si espone a provvedimenti disciplinari, nonché ad attacchi mediatici.

## 6. Terapie terminali

Nel campo delle terapie di malati in fase terminale si sta affermando la cosiddetta "*sedazione terminale profonda e continua*": "*profonda*" significa che sedativi e analgesici sono somministrati in dosi tali da indurre uno stato in cui il paziente non è più cosciente;

[5]Cfr. http://www.ordinepsicologitoscana.it/files/000005/00000570.pdf
[6]Cfr. http://www.ordpsicologier.it/public/genpags/bigs/ILNODELLORDINEALLETERAPIERIPARATIVE_s_1.pdf

"*continua*" significa che viene proseguita fino al decesso con la contemporanea interruzione definitiva di tutte le altre terapie, così come della somministrazione di alimenti e liquidi. Di fatto si tratta di una forma prolungata di eutanasia. Certamente vi sono casi nei quali forti dolori e agitazione richiedono una sedazione profonda, ma si può trattare di condizioni solo momentanee con la possibilità di ridurre il grado di sedazione, e che non giustificano assolutamente l'interruzione delle altre cure e dell'alimentazione.

È istruttiva l'evoluzione della legislazione francese. In Francia, le cure terminali sono regolate dalla revisione del 2016 della legge Leonetti del 2005. Questa legge promuoveva l'introduzione di centri di cure palliative, distingueva cure palliative dei casi terminali con l'alleviamento delle sofferenze fino al momento del decesso da una parte ed eutanasia dall'altra. I relatori della nuova legge, Alain Claeys e Jean Leonetti, preso atto che la legge del 2005 non era stata sufficientemente applicata e che solo una minoranza delle persone che avrebbero avuto bisogno di cure palliative ne avevano effettivamente beneficiato, invece di cercare di cercare di migliorare l'applicazione della legge esistente, hanno proposto di introdurre la sedazione terminale profonda, che è diventata un diritto del paziente e viene considerata obbligatoria dal punto di vista etico. Nella relazione di presentazione del progetto di legge, Claeys e Leonetti ricordano che il medico curante è obbligato a garantire la prosecuzione del trattamento con il passaggio alla sedazione terminale: "*Introdurre il diritto alla sedazione significa garantire ai nostri concittadini che saranno in grado di beneficiarne dato che il medico sarà tenuto a mettere in pratica gli atti medici necessari a partire dal momento in cui ci saranno le condizioni legali*"[7] e, in questi casi, *"la somministrazione d'una sedazione profonda e continua fino al decesso diventa un atto obbligatorio per il medico"*[8]. Di fronte a questa proposta, un'associazione francese, *Objection,* ha raccolto 11.000 firme di operatori sanitari per chiedere l'introduzione della

[7] Cfr. *Rapport de présentation et texte de la proposition de loi de MM. Alain Claeys et Jean Leonetti créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, p. 20: «*Ouvrir le droit à la sédation c'est garantir à nos compatriotes qu'ils seront en mesure d'en bénéficier puisque le médecin sera tenu d'accomplir les actes médicaux nécessaires à partir du moment où les conditions légales seront réunies*», consultabile in http://www.elysee.fr/assets/Uploads/Rapport-et-proposition-de-loi-creant-de-nouveaux-droits-en-faveur-des-malades-et-des-personnes-en-fin-de-vie.pdf.
[8] *Ibid*, p. 21.

clausola dell'obiezione di coscienza[9], una clausola, però, che non è prevista dalla nuova legge. Mentre la legge precedente chiedeva che i medici facessero il possibile per convincere i malati a proseguire le terapie, i relatori sostengono che i medici dovrebbero limitarsi a fornire "*le spiegazioni necessarie sulle 'conseguenze delle sue scelte e la loro gravità'",* ma non possono insistere, per una presunta asimmetria nella relazione paziente-medico. Si crea, così, una situazione paradossale: parenti, amici, vicini di letto possono consigliare il paziente, ma il medico contrario a questa forma di eutanasia dovrebbe attenersi unicamente alla sola informazione.

**Conclusione**

Attualmente ci troviamo di fronte a situazioni paradossali in campo etico. La crescente influenza nella società moderna di quella che San Giovanni Paolo II ha definito la "*cultura della morte*"[10] rende sempre più importante la difesa dell'obiezione di coscienza.

[9] Cfr. http://www.objectiondelaconscience.org

[10] GIOVANNI PAOLO II, *Lettera enciclica* Evangelium vitae *sul valore e l'inviolabilità della vita umana*, cfr. p. es. nn. 12 e 19.

**Testimonianza**

**Pietro Uroda**

*Presidente dell'Unione cattolica dei Farmacisti italiani*

## Obiezione di coscienza e professionale del farmacista

Per comprendere il valore del riconoscimento giuridico dell'obiezione di coscienza bisogna innanzi tutto guardare all'*oggetto* dell'obiezione. Nel caso della nostra – quella dei farmacisti – è la vita umana al suo inizio: la dimensione microscopica della materia in gioco può far pensare che conti poco, perché nella visione materialista della vita conta la "*quantità*" del corpo o la particolarità della sua apparenza: davanti ad un gattino schiacciato da una vettura le lacrime si sprecano, ma di fronte ad un embrione non scatta il meccanismo di autoidentificazione benché tutti noi abbiamo attraversato quello stato.

In secondo luogo conta il valore sociale che la singola persona si attribuisce perché questo influenza il senso di responsabilità nella propria decisione di contrastare una legge che goda il favore dell'Autorità e di parte dell'opinione pubblica.

Penso alla difesa di Tommaso Moro che ha potuto fare forza su sé stesso, grazie alla propria formazione, per testimoniare la Fede ed una concezione della vita coerente con essa. E penso anche all' umile contadino austriaco che si oppose alla leva obbligatoria nella II Guerra Mondiale conoscendo le finalità ideologiche dell'esercito tedesco e morì martire.

In un momento di grande confusione morale come il nostro, quello che mi preoccupa è proprio l'indifferenza per i valori e il senso dell'inutilità della propria azione, come per esempio l'astensionismo nel voto politico. Dobbiamo perciò ricordare ad ognuno la grande importanza del rispetto del valore dell'uomo, del significato morale delle nostre azioni per la tutela della nostra civiltà. In proposito, in quanto Presidente dell'Unione Cattolica Farmacisti Italiani, mi preme ricordare l'episodio in cui siamo stati coinvolti noi farmacisti: il Comitato Nazionale di Bioetica in passato ha negato la necessità di prevedere l'obiezione di coscienza per la nostra categoria, assimilando l'attività del farmacista a quella di un distributore automatico. È stata una grave sottovalutazione del valore umano di chi, con il

camice, ha una propria dignità ed è dotato di libertà. Ho assistito durante la mia attività ai drammi di chi, nella necessità irrinunciabile di lavorare per mantenere la famiglia, ha ritenuto di non potersi sottrarre alla somministrazione di prodotti il cui uso confliggeva con la propria coscienza. Chiedo quindi alla società nel suo complesso di riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza a persone come queste, dotate di grande dignità professionale perché possano rispettare il proprio credo e la propria fede.

**Testimonianza**

**Paolo Maria Floris**

*Dirigente della Pubblica amministrazione*

## L'obiezione di coscienza nelle Istituzioni pubbliche

La legge 20 maggio 2016 n.76 sulla "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*" ha introdotto obblighi che investono non solo il Sindaco, quale ufficiale di stato civile, ma anche coloro che vengono da lui delegati nell'ambito dell'amministrazione comunale per le stesse funzioni (assessori, consiglieri, dirigenti, funzionari etc.); ma l'impianto complessivo della legge, non prevedendo la possibilità dell'obiezione di coscienza, crea un "*vulnus*" profondo nel quadro normativo nazionale che, fino ad oggi, aveva sempre ritenuto obbligatorio per il legislatore (come è stato precedentemente ricordato) riconoscere e regolamentare l'obiezione di coscienza.

La riprova di questa errata impostazione del problema ce la offre il parere reso dal Consiglio di Stato sul DPCM 22-7-2016 n.144, concernente le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile ai sensi dell'art.1,c.34, della citata Legge 76 . Infatti trattando espressamente dei "*doveri di adempimento*" generati dalla L 76 nei confronti dei Comuni, il massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa dapprima afferma che "*Il primato della coscienza individuale rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative è stato affermato – pur in assenza di riconoscimento con legge – nei casi estremi di rifiuto di ottemperare a leggi manifestamente lesive di principi assoluti e non negoziabili"* (si pensi alla tragica esperienza delle leggi razziali) e, successivamente, che *"...quanto al riferimento alla coscienza individuale adombrato per invocare la possibilità di obiezione....la legge...pone gli adempimenti a carico dell'ufficiale di stato civile, e cioè di un pubblico ufficiale, che può ben 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 un'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 un altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti nell'interesse della coppia richiedente*".

La soluzione proposta appare quanto meno "incerta", se non "pilatesca": il problema (soprattutto guardando la pregressa giurisprudenza costituzionale) non viene risolto, viene eluso; vi è certamente un obbligo nell'adempimento (assenza di previsione dell'obiezione nella norma ), ma si può evitare in via organizzativa, senza alcuna garanzia giuridica (in fondo forse l'unione tra uomo e donna, giunta fino alla nostra generazione attraverso l'istituto del matrimonio potrebbe essere un principio assoluto e non negoziabile).

Ma quale è attualmente lo stato di applicazione della legge sulle "*unioni civili*"?

Stiamo assistendo al tentativo di equiparare l'unione civile al matrimonio di rito civile, nonostante la disciplina e la forma delle due procedure sia completamente diversa: nel Codice civile il Libro I, nel Titolo VI, parla "*Del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile*" e, specificatamente, la sez. IV regola la "*Celebrazione del matrimonio*", mentre l'unione civile, secondo l'art.1,c.2, della L 76 viene costituita "*mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile*": evidentemente il legislatore non poteva disconoscere il "*favor*" accordato dall'art. 29 della Costituzione al matrimonio come fondamento della famiglia, mentre le unioni civili fondate sugli artt. 2 e 3 della Costituzione riguardano tutt'altra fattispecie e non potevano essere originate che da una semplice dichiarazione, e non da una celebrazione.

Pertanto lo spazio di libertà che resta ai Comuni è quello di rimarcare, anche sul piano formale, la profonda differenza che esiste fra i due istituti mediante l'approvazione di regolamenti che introducano disposizioni per l'applicazione della L 76 profondamente differenti da quelle previste per la celebrazione del matrimonio di rito civile. Tutto ciò ci induce a meditare profondamente sulle conseguenze, anche pratiche, a cui si giunge negando il diritto all'obiezione di coscienza per il semplice motivo del non riconoscimento del medesimo nella norma positiva. Dove rinvenire allora la certezza del diritto? Questa è la sfida che attende tutti coloro che cercano una nuova relazione fra il diritto naturale ed il diritto positivo fondata sulla dignità della persona umana.

Come ci ha ricordato Papa Francesco lo scorso anno a Firenze nell'incontro con i rappresentanti del V Convegno della Chiesa italiana "*Si può dire che oggi non viviamo un'epoca di cambiamento quanto un cambiamento d'epoca. Le situazioni che viviamo oggi pongono dunque sfide nuove che per noi a volte sono persino difficili da comprendere*".

In questo "*cambiamento d'epoca*" senza dubbio si pongono tutte le grandi questioni che il giurista deve affrontare, senza pregiudizi ideologici, riguardo alla bioetica, alla famiglia, all'educazione etc. e certamente non è sufficiente trincerarsi dietro l'interpretazione letterale di una legge per liquidare un principio così importante come quello dell'obiezione di coscienza.

L'attuale Presidente della Corte Costituzionale Paolo Grossi ("*Ritorno al diritto*", Laterza, 2015), prendendo spunto anche da un celebre testo di Flavio Lopez de Onate sulla certezza del diritto, evidenzia come si continui a perseguire la certezza della legge invece della certezza del diritto nella convinzione che esse coincidano: "*Con la moderna certezza del diritto siamo immersi dunque ben all'interno di una ampia serie di arnesi mitologici di cui la modernità giuridica è straordinariamente doviziosa. Il primo è lo Stato quale unico produttore di diritto al quale consegue, dapprima, il mito della legge quale unica fonte capace di esprimere la volontà generale e, quindi, quello della sua intrinseca giustizia e della indiscutibile infallibilità del legislatore. Il secondo è che la produzione del diritto ha termine con la promulgazione del testo concernente la volontà del legislatore quale unico produttore...*".

Porre quindi il problema dell'applicazione dell'obiezione di coscienza nella L 76 significa suonare un campanello d'allarme per il futuro dell'intero ordinamento giuridico; significa giocare una partita fondamentale della nostra libertà perché come ci ammoniva Hanna Arendt ("*Le origini del totalitarismo*", Einaudi, 2004) le soluzioni totalitarie possono sempre sopravvivere alla caduta dei loro regimi.

Allora l'obiezione di coscienza ci ricorda con forza che per legiferare, in primis, occorre riconoscere la dignità dell'uomo e prendere atto che la libertà si tutela non solo in senso formale, ma anche e soprattutto in senso sostanziale. Parlare in questi termini di una produzione giuridica non chiara, come quella della L 76, non significa essere "apocalittici" nel senso comune dell'aggettivo, ma essere consapevoli del "cambiamento d'epoca" che

stiamo vivendo e della necessità di essere pronti a ricercare veramente, con impegno e determinazione, il bene comune, tenendo sempre presente il detto di Erich Kaufmann "*Lo Stato non crea diritto, lo Stato crea leggi e Stato e leggi stanno sotto al diritto*" (in "*Die Gleichheit vor dem Gesetz"*, Munster,1926).

**Testimonianza**

**Massimo Gandolfini**

*Primario di Neurochirurgia all'Ospedale Poliambulanza di Brescia*
*Presidente del Comitato Difendiamo i nostri figli*

## Obiezione di coscienza anche a scuola?

Onorevoli Autorità presenti e stimati Amici, innanzitutto grazie per l'invito e l'opportunità che mi date di esprimere qualche pensiero.

Considerato l'argomento che stiamo affrontando, vorrei iniziare con un evento di cronaca, che avverto in modo particolarmente intenso, data la mia professione di medico-neurochirurgo. In questi giorni, su una prestigiosa rivista internazionale di bioetica, è apparso un articolo a firma di due noti bioeticisti inglesi della Oxford University, in cui si lancia un vero e proprio assalto a quel grande valore che rappresenta l'obiezione di coscienza. Tre i punti fondamentali:

1. abolire il diritto del medico all'obiezione di coscienza;
2. selezionare i candidati medici, all'atto dell'iscrizione alla facoltà di medicina, preferendo coloro che dichiarano di non avere "remore" di coscienza di qualsiasi tipo;
3. consentire, anche a prescindere dalla professione medica, che si possano fornire "servizi", quali eutanasia, aborto e fecondazione artificiale.

Senza alcuna esagerazione retorica, penso che possiamo definire drammatico lo scenario socioculturale che caratterizza questo nostro tempo e che tocca a noi vivere ed affrontare.

Passo, ora, alla mia esperienza di questi ultimi anni.

Siamo nell'estate del 2013, quando veniamo "provvidenzialmente" a conoscenza del fatto che in tutte le scuole d'Italia si stanno diffondendo tre libretti, di diverso colore per i tre gradi d'istruzione, primaria e secondaria, dal titolo "*Educare alla diversità*". Editore l'Istituto Beck di Torino, sotto la guida dell'UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razziale, Dipartimento delle Pari Opportunità), con l'egida del Ministero Pubblica

Istruzione (MIUR). I libretti sono una sorta di vademecum pratico – destinato ai discenti dai 6 ai 18 anni – che attualizza un documento elaborato a livello europeo nel 2010, in cui si definiscono le linee guida "*Standard per l'Educazione Sessuale in Europa*", inviato a tutti gli Stati nazionali europei. Il governo in Italia nel 2010 ebbe la saggezza di cassarlo e non dare seguito, ma nel 2013 – in piena crisi di governo Monti – qualcuno ebbe la bella idea di riprenderlo dal cassetto dove giaceva da 3 anni e di dargli attuazione pratica.

Valutati attentamente i libretti ci rendemmo conto che si trattava – di fatto, anche senza mai citarla – dell'introduzione nel sistema scolastico italiano di quella devastante ideologia chiamata "Gender", in cui si educano i bambini/ragazzi all'idea che la condotta di genere, l'identità di genere, l'orientamento di genere sono scelte personali libere, che prescindono dall'identità sessuata del soggetto, considerando quest'ultima come un mero dato biologico (vorrei sommessamente ricordare che tutte le miliardi di cellule del nostro corpo sono sessuate, XX XY, e la produzione ormonale conseguente, estrogeni o androgeni, plasmo l'intero nostro soma, cervello compreso!) modificabile attraverso scelte "culturali" autodeterminate.

Riducendo all'osso il tema si sostiene che si può biologicamente appartenere al sesso femminile o maschile, ma si può (e si deve) scegliere liberamente un'appartenenza di "genere" non condizionata dal sesso. Si propone l'abbattimento dei cosiddetti "stereotipi" educativi che "impongono" alla femmina di diventare donna, ed al maschio di diventare uomo, lasciando – al contrario – la possibilità di una libera scelta di "genere" che, ad oggi, prevede una lista di preferenze di 58 generi, interscambiabili.

Torniamo all'estate 2013. Alla fine di luglio, inizio di agosto, i libretti giungono nelle scuole, sfuggendo ad ogni possibile controllo (genitori, famiglie, insegnanti, studenti), considerato il tempo estivo delle vacanze. Un caso? O una scelta di "*occhiuta rapina*", per dirla con Giuseppe Giusti?

Abbiamo scelto la seconda ipotesi ed abbiamo deciso di mobilitarci.

Abbiamo preso contatto con amici parlamentari sensibili a questi temi (che ci hanno aiutato con interpellanze parlamentari), abbiamo attivato i pochi canali di comunicazione pubblica che abbiamo a disposizione (la grande comunicazione è in mano a pochi "potenti" che ci comunicano quello che vogliono e che perfino il dovere di cronaca lo mettono sotto i

tacchi delle scarpe, quando si tratta di oscurare la voce delle persone comuni, a favore di una sparuta minoranza ideologica "politicamente corretta"!) ed abbiamo iniziato un "passaparola" fatto di centinaia, migliaia di convegni, incontri, conferenza in ogni parte d'Italia, al fine di informare i poveri genitori, totalmente ignari, di quanto stava accadendo.

Molto efficacemente il Santo Padre Francesco – definendo il gender "*uno sbaglio della mente umana!*" – ha dichiarato che è in atto una vera "*colonizzazione ideologica*", "*una guerra mondiale contro la famiglia*". Non possiamo chiamarci fuori, non possiamo restare seduti in panchina. È un dovere morale, prima che sociale e culturale, che scendiamo nel circo e diamo il nostro contributo in difesa dell'uomo, dell'umano, della famiglia, dell'antropologia che ha caratterizzato l'intera storia dell'umanità e – per chi fra noi è credente – dei principi e valori che la Santa Famiglia di Nazareth ha incarnato.

Nascono in questo modo e su queste basi i due ultimi "Family Day", con lo scopo di far sentire la voce degli italiani, della gente semplice e comune, il cui sentire, personale e sociale, non vuole discriminare nessuno e al contempo vuole affermare la centralità della famiglia come "*società naturale fondata sul matrimonio*", il diritto/dovere dei genitori di educare i figli, il diritto del bimbo, di ogni bimbo, di avere una mamma ed un papà e di non essere trattato come "cosa" comprata al supermercato delle abominevoli pratiche delle biotecnologie.

Da quei due straordinari eventi, è iniziata una "militanza" a favore della vita e della famiglia, che ci vede ogni giorno interlocutori attivi dentro il mondo culturale e politico, dall'utero in affitto all'eutanasia, dalla legalizzazione della cannabis al bavaglio antidemocratico della legge contro la cosiddetta omofobia.

In particolare nel mondo della scuola teniamo sotto monitoraggio l'applicazione dell'articolo 1, comma 16, della legge 107/2016, ove si parla di educazione all'"*identità ed orientamento di genere*".

Ferma restando la nostra totale condanna di ogni tipo di discriminazione, violenza, oltraggio, bullismo di qualsiasi persona – a prescindere dalle sue caratteristiche personali e sociali (art. 3 della Costituzione) –, è nostra intenzione bloccare ogni tentativo che - sfruttando le appena menzionate nobili istanze – si proponga di introdurre nelle scuole dei

nostri figli e nipoti il principio della "*libera scelta di genere*", proponendo loro il "menù" dei diversi generi.

Siamo assolutamente convinti che – in questo ambito – il compito della scuola è una sana educazione (condotta personale e sociale) coerente all'identità sessuata della persona, evitando le nebbie dell'indifferentismo sessuale, che non possono che creare confusione nella nascente personalità del bimbo/adolescente/giovane. Le scelte che farà da adulto, risentiranno "pesantemente" del tipo di educazione – soprattutto in ambito affettivo e sessuale – che avrà ricevuto durante il lungo periodo dell'età scolare.

Una personalità confusa è una personalità debole e manipolabile alla mercé del potente di turno. La storia, anche recente, della nostra Europa ce ne dà tragica conferma.

Tutto ciò, in stretta collaborazione con le famiglie. Vogliamo che sia assolutamente garantito il diritto dei genitori nell'educazione del proprio figlio, prevedendo lo strumento del "*consenso informato preventivo*" ogni volta che la scuola affronta argomenti etici, sensibili, delicati, controversi, nei confronti dei quali i primi titolari non possono che essere i genitori stessi, con il loro bagaglio valoriale di riferimento.

Perché mai, quanto si è reso possibile con l'educazione della religione a scuola non dovrebbe essere reso altrettanto possibile con l'educazione all'affettività/sessualità, considerata l'estrema delicatezza del tema?

Quindi, abbiamo avanzato al MIUR due proposte concrete, che tengono insieme le istanze del contrasto alla discriminazione/bullismo e quella del contrasto all'educazione di "genere":

1. la scuola, impegnandosi a rimuovere gli ostacoli di qualsiasi natura che possono impedire il pieno sviluppo della persona umana, promuove e valorizza il ruolo primario della famiglia, chiamata a contribuire in modo attivo e costruttivo alla definizione del percorso formativo dei propri figli, valorizzando e rendendo effettivi i principi di pari opportunità tra uomo e donna, uguaglianza e non discriminazione, nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, rafforzando in tal modo la coesione sociale;

2. l'adozione da parte del Ministero e degli Uffici Scolastici Territoriali di progetti educativi finalizzati al contrasto di ogni forma di violenza e discriminazione sessista – anche di tipo omofobico/transfobico – sia subordinata al rispetto del principio

costituzionale di libera scelta educativa, attraverso l'acquisizione del consenso genitoriale, ed il coinvolgimento dei comitati delle associazioni famigliari che operano per la promozione dell'educazione alla parità dei sessi - femmina e maschio - intesa come parità di opportunità, dignità e diritti, nel rispetto delle differenze proprie della complementarietà sessuale.

È la "luna nel pozzo"?

A noi sembra una semplice, onesta e leale richiesta di "buon senso" al riparo da ogni forzatura ideologica.

Vorrei concludere con una breve considerazione, che sottopongo alla ragione, ma anche alla coscienza, di ciascuno di Loro, che hanno avuto la cortesia di ascoltarmi.

Sono convinto che di fronte al "male" ci possono essere tre comportamenti:

- condivisione e partecipazione attiva (la chiamerei "*complicità attiva*");
- indifferenza, neutralità, non coinvolgimento, astensione (la chiamerei "*complicità passiva*");
- indignazione, opposizione, volontà di contrasto (la chiamerei "*militanza per il Bene*").

Voglia Iddio che ci sentiamo tutti chiamati ad essere partecipi di quest'ultimo gruppo.

**Relazione conclusiva**

**Mauro Ronco**

*Professore Ordinario di Diritto penale nell'Università di Padova*
*Presidente del Centro Studi Rosario Livatino*

# Il diritto fondamentale all'obiezione della coscienza contro la legge radicalmente ingiusta

## 1. Brevi cenni al quadro normativo

L'obiezione di coscienza ha trovato pieno riconoscimento nel quadro costituzionale del diritto italiano del dopoguerra.

Il processo è iniziato con riferimento al rifiuto dell'uso personale delle armi "*per imprescindibili motivi di coscienza*" (l. 15 dicembre 1972, n. 772), che pure si poneva in contrasto con l'art. 52, co. 1 della Costituzione, per il quale "*La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino*".

I momenti successivi più rimarchevoli sono costituiti dalla l. 22 maggio 1978, n. 194, il cui art. 9 prevede che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non sia tenuto a prendere parte alle procedure abortive quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione, nonché dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40, contenente "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*". L'art. 16 contempla il diritto all'obiezione di coscienza del personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie, che va esercitato con preventiva dichiarazione, precisando che il personale obiettore "*non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di fecondazione artificiale*", esonerandolo (con norma analoga a quella prevista dalla l. 194 sull'interruzione di gravidanza) dalle procedure e dalle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento; non, invece, dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento.

Accanto a queste tre fondamentali disposizioni va altresì ricordata la l. n. 113 del 1993, che detta "*Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*". L'art. 1 proclama il diritto all'obiezione di coscienza per tutti i cittadini che, in obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione riconosciute dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dalle altre Convenzioni internazionali, non intendono compiere un qualsiasi atto "*connesso con la sperimentazione animale*". Con la semplice dichiarazione, i soggetti obiettori (medici, ricercatori e personale sanitario, nonché gli studenti universitari interessati) "non sono tenuti a prendere parte direttamente alle attività e agli interventi specificamente e necessariamente diretti alla sperimentazione animale".

**2. La natura dell'obiezione di coscienza**

La natura dell'obiezione di coscienza è stata scolpita dalla sentenza n. 467 del 16 dicembre 1991 della Corte costituzionale, che ne ha precisato la portata in relazione al rifiuto di adempiere al servizio militare. La Consulta ha dichiarato che, a livello costituzionale, "*la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 Cost.*".

Esposta questa premessa, di carattere strettamente normativo, da cui emerge con chiarezza che la protezione della coscienza si evince dal predetto art. 2, la Corte svolge alcuni pregnanti rilievi che danno pieno conto del fatto che l'ordine giuridico non è autoreferenziale, chiuso all'influsso dei primi princìpi morali, ma è incardinato nella legge universale impressa nella coscienza di ogni uomo come memoria indelebile della sua essenza spirituale.

Il primo livello ontologico della coscienza "*consiste nel fatto che è stato infuso in noi qualcosa di simile ad una originaria memoria del bene e del vero (le due realtà*

*coincidono); che c'è una tendenza intima dell'essere dell'uomo, fatto a immagine di Dio, verso quanto a Dio è conforme*"[1].

La coscienza ha origine in una luce naturale e primitiva, presente in ogni uomo, la cui funzione è di distogliere dal male e di spingere al bene[2]. Questa luce che illumina tutti gli uomini è la «*scintilla della coscienza*», che San Tommaso chiama «*sinderesi*»: "*Come la scintilla è la parte più pura del fuoco e vola al di sopra di tutto il fuoco così la sinderesi è la parte più elevata che si trova nel giudizio della coscienza; e secondo questa metafora la sinderesi è detta scintilla della coscienza*"[3]. Il fuoco della coscienza, illuminato dalla memoria primigenia del bene e del vero, esprime il dialogo intimo dell'uomo con se stesso, in qualunque momento della vita, quale siano la sua condizione particolare e lo stato della sua anima.

Questo fuoco originario 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*"[4]. La protezione costituzionale della coscienza è condizione imprescindibile per la tutela di tutte le libertà e i diritti dell'uomo perché ne costituisce il fondamento. Infatti, sempre secondo la Corte costituzionale: "[...*] la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana*"[5].

---

[1] Card. J. RATZINGER, *Coscienza e verità*, in *La Coscienza. Conferenza internazionale patrocinata dalla «Wethierssfield Institute» di New York*. Orvieto 27-28 maggio 1994, a cura di G. Borgonovo, Città del Vaticano, 1996, p. 33.

[2] Conc. Ecum Vat. II, Costituzione Pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo *Gaudium et spes*, 16: "*Nell'intimo della coscienza l'uomo scopre una legge che non è lui a darsi, ma alla quale invece deve obbedire e la cui voce che lo chiama sempre ad amare e a fare il bene e a fuggire il male, quando occorre, chiaramente dice alle orecchie del cuore: fa' questo, fuggi quest'altro. L'uomo ha in realtà una legge scritta da Dio dentro il suo cuore: obbedire ad essa è la dignità stessa dell'uomo, e secondo questa egli sarà giudicato*".

[3] SAN TOMMASO D'AQUINO, *De Veritate*, q. 17, a. 2, ad. 3.

[4] Corte cost., sent. 16 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 3813.

[5] *Ibidem*, p. 3814.

**3. L'obbligo costituzionale di riconoscere l'obiezione di coscienza**

Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza è un obbligo di carattere costituzionale per il legislatore ordinario. La Corte costituzionale ha infatti chiarito che, pur quando spetti al legislatore "*[...] 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*"[6], tuttavia "*la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)*"[7].

Il dettato della sentenza è assai pregnante nel punto in cui dichiara che il valore costituzionale della coscienza individuale va apprezzato in modo particolare in relazione a "*precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale*". Il riferimento non può non riguardare quei contenuti espressivi della coscienza che riguardano gli obblighi di non compiere gli atti che si configurano come «non ordinabili» a Dio, "*perché contraddicono radicalmente il bene della persona, fatta a sua immagine. Sono gli atti che, nella tradizione morale della Chiesa, sono stati denominati «intrinsecamente cattivi» (*intrinsece malum*): lo sono sempre e per sé, ossia per il loro stesso oggetto, indipendentemente dalle ulteriori intenzioni di chi agisce e dalle circostanze*"[8].

L'aborto volontariamente compiuto è uno degli atti «*intrinsecamente cattivi*», *semper et ad semper*, perché il suo oggetto proprio consiste nell'uccisione di un essere umano innocente. L'obiezione della coscienza al compimento di un tale atto è, pertanto, obbligatoria per chi riconosca in questo atto la distruzione di una vita innocente. E, in effetti, in corrispondenza a questa consapevolezza, va constatata l'elevatissima percentuale di medici e di personale ausiliario che in Italia si è avvalsa della dichiarazione di obiezione prevista dalla legge.

---

[6] *Ibidem*.
[7] *Ibidem*.

Di ciò si sono lamentati non pochi parlamentari che, nel corso della corrente legislatura, hanno presentato alcune proposte di legge volte a limitare tale fondamentale diritto tramite una serie di discriminazioni in pregiudizio del personale obiettore[9].

La cosa stupisce. Questi esponenti politici, invero, invece di constatare che l'aborto viene sempre più considerato dai medici e dagli ausiliari sanitari un fatto contrario alla coscienza e di provvedere per via legislativa almeno alla riduzione delle fattispecie permissive, intendono ideologicamente comprimere la coscienza delle persone, limitando un diritto fondamentale, la cui previsione costituisce altresì un obbligo per il legislatore.

Va segnalata anche un'iniziativa di carattere giudiziario contro l'Italia avviata nel 2013 (*Complaint* no. 01/2013) dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) avanti al Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa per la presunta violazione di una serie di articoli della Carta sociale europea concernenti i diritti delle donne lavoratrici e, in particolare, il diritto alla salute, il diritto al lavoro e a condizioni di lavoro salubri, nonché il diritto alla non discriminazione a cagione della ritenuta eccessiva difficoltà di accedere all'aborto per la presenza di un numero elevato di medici obiettori. La questione giudiziaria, che aveva dato luogo a una condanna dell'Italia da parte del Comitato dei diritti sociali, sul rilievo che non sarebbe stato garantito adeguatamente l'aborto a causa dell'alto numero di ginecologi obiettori, attestati intorno al 70% sul totale, è stata conclusa da una risoluzione del Comitato dei ministri, il quale, a fronte delle informazioni della delegazione italiana, ha preso atto che l'obiezione non provoca una disfunzione nell'applicazione della legge n. 194 e del 1978.

## 4. Lo stemperamento del diritto all'obiezione di coscienza

A favore del riconoscimento dell'obiezione di coscienza si è pronunciato qualche anno addietro il Comitato Nazionale per la Bioetica con un parere approvato in sede plenaria con un solo voto contrario[10].

---

[8] GIOVANNI PAOLO II, Lettera enciclica *Veritatis Splendor*, data a Roma il 6 agosto 1993, 80, in ID., *Tutte le encicliche di S. Giovanni Paolo II*, Milano, 2005, p. 1048.

[9] Vanno segnalate al riguardo le proposte di iniziativa parlamentare presentate in data 7 luglio 2016 (prima firmataria Roberta Agostini); 12 maggio 2014 (prima firmataria Vincenza Labriola); 18 luglio 2014 (prima firmataria Marisa Nicchi); 23 febbraio 2016 (prima firmataria Beatrice Brignone).

Il parere si preoccupa in modo particolare di giustificare l'obiezione di coscienza, soprattutto in campo bioetico, ove sono in gioco i beni fondamentali della persona, a fronte dell'istanza di legalità, che postula la regolare conformità alla legge del comportamento dei cittadini.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica assume una posizione critica verso un'interpretazione che definisce "*semplicistica*" e al contempo "*deformante*" dell'obiezione di coscienza, che si verificherebbe allorché la scelta obiettrice, "*pur giustificata moralmente, non fosse per nessun motivo riconducibile alle statuizioni del diritto*". Così opinando, non si sarebbe più di fronte a un'obiezione di coscienza, bensì "*a forme di disobbedienza civile o di resistenza al potere*"[11].

Su questa premessa, il Comitato conclude il suo ragionamento con due asserti, il primo, che l'obiezione di coscienza è "*costituzionalmente fondata e va esercitata in modo sostenibile*". Ciò perché "*essa costituisce un diritto della persona e un'istituzione democratica necessaria a tenere vivo il senso della problematicità riguardo ai limiti della tutela dei diritti inviolabili*". Il secondo asserto conclusivo suona nel senso che la tutela dell'obiezione di coscienza "*non deve limitare né rendere più gravoso l'esercizio di diritti riconosciuti per legge né indebolire i vincoli di solidarietà derivanti dalla comune appartenenza al corpo sociale*".

Il parere del Comitato, nello sforzo di giustificare concettualmente l'obiezione di coscienza, stempera in modo non convincente il profilo morale del rifiuto di compiere atti intrinsecamente cattivi e, conseguentemente, non tiene conto del fondamentale primato del diritto naturale sul diritto positivo. Invero, sostenere che si deformerebbe la natura dell'obiezione, come sostiene il Comitato, ove non la si riconducesse alle statuizioni del diritto positivo, significa implicitamente negare il primato della coscienza sul piano giuridico. La legge naturale, infatti, impressa nella coscienza, è vero diritto che prevale sulle norme positive dello Stato che obbligano a comportamenti intrinsecamente cattivi.

---

[10] Parere approvato il 12 luglio 2012 e pubblicato il 30 luglio 2012.

[11] COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Obiezione di coscienza e bioetica*, parere approvato il 12 luglio 2012.

Il Comitato vorrebbe con ciò sottrarsi al tema della legge radicalmente ingiusta, collocando l'obiezione di coscienza al di fuori della "*ottica dualistica di contrapposizione tra un diritto formale e un diritto giusto*". Intende, invece, inserirlo all'interno di un campo ove sia riconosciuta la legittimità di comportamenti alternativi rispetto a quelli comandati dalla legge, "*secondo limiti e modalità adeguate affinché lo spazio di scelte individuali sia compatibile con l'ordinato svolgimento della vita sociale*"[12].

Senonché il tema della legge radicalmente ingiusta o, detto diversamente, il tema circa la natura di «diritto» o meno di determinati comportamenti che violano il bene della vita pertinente a un essere umano innocente, si ripresenta prepotentemente, come è logico che sia, perché è un tema ineludibile sul piano concettuale e giuridico.

Nel parere di minoranza, infatti, il prof. Carlo Flamigni ritorna sul tema dell'aborto, dichiarando perentoriamente che la legge 194 è una legge giusta, che non vìola affatto i diritti umani, ma, tutto all'opposto, tutela il diritto umano alla salute. Quindi "*l'obiezione di coscienza all'aborto non è un diritto della persona*"[13]. Flamigni aggiunge a ciò che l'asserto secondo cui l'obiezione di coscienza non è un diritto è "*decisivo*", sia perché la negazione del diritto all'obiezione "*consente di guardare con favore alle nuove proposte della medicina della riproduzione...sia perché la consapevolezza che la 194 è in linea coi diritti umani è liberatoria per tutti*".

La vera questione, dunque, è accertare dove stia il diritto, se nell'aborto o nell'obiezione di coscienza all'aborto. Ciò è non solo fondamentale sul piano logico, ma anche sul piano pratico, allo scopo di scongiurare restringimenti o, addirittura, l'abolizione del diritto all'obiezione nei futuri sviluppi dei cosiddetti «diritti» riproduttivi. Il processo, infatti, verso l'introduzione nell'ordinamento di norme che obbligano a comportamenti intrinsecamente cattivi sembra oggi in via di estensione. Affermare, pertanto, che l'obiezione di coscienza è un diritto costituzionale fondamentale è cosa realmente decisiva per impedire la costrizione futura nei confronti di chiunque a compiere atti contrari alla verità del diritto.

---

[12] *Ibidem*.
[13] Postilla del prof. Carlo Flamigni al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica.

Questi rilievi critici obbligano concettualmente a fondare l'obiezione di coscienza sul terreno solido del diritto della coscienza a non obbedire al comando della legge ingiusta. Le considerazioni su un diritto di tipo «creonteo» o di tipo non autoritario, contenute nel parere del Comitato, sono estrinseche al tema relativo alla natura dell'obiezione di coscienza. L'obiezione della coscienza è un diritto fondamentale, fondato costituzionalmente sull'art. 2 della Costituzione, da cui si evince con certezza la priorità dei diritti inviolabili dell'uomo che la Repubblica "*riconosce e garantisce*" come a essa preesistenti, e che essa non costituisce affatto. L'ordinamento, poi, a fronte di una legge che viene respinta come radicalmente ingiusta, in virtù di motivi religiosi, filosofici, morali e giuridici, da una parte largamente maggioritaria di coloro che hanno il compito professionale di applicarla, potrà riconoscere il diritto naturale e primario all'obiezione, ovvero negarlo o limitarlo arbitrariamente. Il primo sarà un ordinamento pluralista, che ammette la convivenza di due principi opposti. Il secondo sarà un ordinamento «creonteo», per attenerci alla metafora letteraria del Comitato. Questa convivenza terrà viva la problematicità a livello sociale delle facoltà e delle libertà delle persone; ma tale problematicità non vale come supporto giustificativo dell'obiezione, bensì è una conseguenza del riconoscimento giuridico della stessa.

È evidente, allora, come l'obiezione di coscienza, sia riconosciuta o non riconosciuta dalla legge, costituisce un segno di contraddizione in quanto è la testimonianza di un principio essenziale attinente al fondamento dell'ordinamento giuridico, se esso stia nella coscienza dell'uomo e, dunque, tragga linfa dal rapporto tra la coscienza e la verità, ovvero stia in una libertà, individuale o collettiva, che non riconosce a se stessa limiti nell'ordinare anche comportamenti non ordinabili alla legge naturale universale e, dunque, al bene comune.

Si comprende, perciò, per quali motivi un ordinamento che non voglia recidere completamente il suo legame con il bene, non possa non essere obbligato al riconoscimento e alla tutela del diritto all'obiezione di coscienza.

**MARCO SCHIAVI**
*Notaio in Milano*

# DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO E OBIEZIONE DI COSCIENZA PER MEDICI E NOTAI. PROFILI INTERPRETATIVI DELLA LEGGE 22 DICEMBRE 2017 N. 219*

SOMMARIO: 1. L'obiezione di coscienza nel diritto internazionale – 2. Il fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza nella dottrina e nella giurisprudenza della Corte costituzionale – 3. Articolo 4 comma 5 e articolo 1 comma 6: DAT e consenso, esenzione da responsabilità penale ex artt. 575 e 579 c.p. – 4. Configurazione dell'obiezione di coscienza – 5. Elementi costitutivi dell'obiezione di coscienza – 6. L'attività ricompresa nell'obiezione di coscienza: trattamenti sanitari, attività commissiva, nutrizione e idratazione – 7. Articolo 4 comma 5: incongruenza delle DAT, condizione clinica e terapie non prevedibili – 8. Le DAT come negozio giuridico – 9. La posizione del medico e del notaio. Relazioni tra condotte – 10. La legge 194/1978. Riflessi sull'attività notarile, rapporto medico-notaio e norme penali coinvolte – 11. Obiezione di coscienza: percorsi del riconoscimento.

## 1. L'obiezione di coscienza nel diritto internazionale

L'obiezione di coscienza possiede un esplicito riconoscimento in convenzioni internazionali vincolanti per l'ordinamento giuridico italiano, quali l'articolo 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'articolo 18 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici.

Ancora in maniera più significativa l'articolo 10 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nota anche come Carta di Nizza, opera un letterale riferimento all'obiezione di coscienza non solo nella stessa rubrica dell'articolo titolata "*Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*", ma statuendo espressamente al secondo comma che "*Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*", significando che non vi è discrezionalità da parte degli Stati circa il riconoscimento di tale diritto, ma solo quanto alle modalità di esercizio.

---

* *Contributo sottoposto a valutazione*.

Infine, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il 7 ottobre 2010, ha approvato la risoluzione n. 1763 in materia di obiezione di coscienza nell'ambito delle cure mediche, con cui ha invitato il Consiglio d'Europa e gli Stati membri ad elaborare normative complete e chiare, che definiscano e regolino l'obiezione di coscienza in materia di servizi sanitari e medici, volte soprattutto a garantire il diritto all'obiezione di coscienza in relazione alla partecipazione alla procedura medica in questione e a far sì che i pazienti siano informati di ogni obiezione di coscienza in modo tempestivo e ricevano un trattamento appropriato, in particolare nei casi di emergenza.

## 2. Il fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza nella dottrina e nella giurisprudenza della Corte costituzionale

La Corte costituzionale ha, parimenti, attribuito all'obiezione di coscienza un fondamento costituzionale (tra le altre, le sentenze 196/1987, 467/1991 e 43/1997) individuato negli articoli 2, 3, 19 e 21 della carta costituzionale.

La Corte afferma che esiste un "*principio di protezione dei cosiddetti diritti della coscienza*" e, pertanto, se da un lato compete al legislatore stabilire un punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà che essa reclama ed i complessivi ed inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la stessa Costituzione impone (articolo 2), dall'altro non si può ritenere che la negazione da parte del legislatore della ricerca ed individuazione di tale punto di equilibrio non sia oggetto di scrutinio di rango costituzionale.

La coscienza non è, ovviamente, arbitrio irrazionale o credenza insondabile, ma il punto di contatto tra essa e l'ordinamento giuridico si colloca in modo particolare nell'articolo 2 della Costituzione, con l'affermazione da parte dell'ordinamento nella sua massima espressione, che sussistono diritti non attribuiti dall'ordinamento ma dallo stesso riconosciuti e tutelati, primo tra tutti il diritto alla vita umana. La dottrina (in tal senso Eusebi) ha analizzato il rapporto tra obiezione di coscienza, diritti inviolabili e diritto positivo.

Il punto di partenza di tale analisi è l'affermazione che la coscienza è depositaria dei diritti inviolabili e l'ordinamento, se talvolta permette, o addirittura esige, condotte le quali

offendono o possono offendere un diritto inviolabile, in particolare la vita umana, deve considerare l'ipotesi che uno dei soggetti tenuti, sulla base del diritto vigente, ad una condotta che offende un tal bene giuridico, non sia disposto ad agire contro la sua coscienza.

L'obiettore non è in contraddizione con l'ordinamento giuridico, al contrario manifesta l'intento di una fedeltà incondizionata a quegli stessi capisaldi che fondano l'ordinamento giuridico e quello democratico in particolare. In altre parole, l'obiettore chiede che, dato il riconoscimento costituzionale dei diritti inviolabili, l'agire in contrasto con uno di quei diritti non possa essere imposto.

L'obiezione di coscienza reclama il rispetto dei diritti inviolabili di cui all'articolo 2 della Costituzione e questo "aggancio" viene lucidamente compiuto dalla Corte costituzionale (sentenza 467/1991) secondo la quale "*la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione*".

La coscienza non è intesa come avente un contenuto "capriccioso" o "futile" e da questa considerazione deriva che "*quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) o della propria fede religiosa (art. 19 della Costituzione), la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana. Sotto tale profilo, 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 arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale*

*così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)*", così la Corte costituzionale nella sentenza 467/1991, dalla quale si ricava la posizione di obbligo del legislatore ordinario ("*esige*") e, dall'altro, il delicato compito di "*bilanciamento*" sempre rispetto ad altri doveri o beni di rilievo costituzionale che gli compete.

Probabilmente preoccupata da una sorta di "anarchica" obiezione di coscienza, la giurisprudenza della stessa Corte evidenzia un principio di "interposizione legislativa" (sentenze 58/60 e 422/93), ma ciò è del tutto estraneo all'affermazione che l'obiezione di coscienza sussiste solo laddove venga riconosciuta dal legislatore, il che, come è palese, equivarrebbe a creare un ambito di attività legislativa privo di sindacato costituzionale.

Al contrario, proprio l'analisi della giurisprudenza costituzionale conduce alla conclusione che "*si deve ritenere che un diritto risulti immediatamente desumibile dalle norme della costituzione*" (in tal senso Eusebi), laddove il primario diritto inviolabile, quello alla vita, sia coinvolto nella normativa positiva.

La dottrina afferma esplicitamente che "*la coscienza privata è stata costituzionalizzata nel diritto alla libertà di coscienza. Quindi anch'essa è un valore costituzionale, che deve ricevere attuazione nella legislazione statale assieme agli altri valori costituzionali*" (Viola) e, senza cogliere alcuna strutturale differenza tra tale diritto e gli altri pacificamente riconosciuti diritti costituzionali, afferma che non vale "*obiettare che solo tramite l'interposizione della legge statale sorge il diritto all'obiezione di coscienza….la previsione costituzionale fa sorgere diritti in astratto…ogni diritto costituzionale esige di essere concretizzato per quanto riguarda il suo esercizio nei casi determinati*" (Viola).

Quindi, l'operatività dell'obiezione di coscienza non si ferma in assenza di una esplicita previsione da parte del legislatore.

Ancora la Corte Costituzionale precisa (sentenza 43/1997) che 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 impone (articolo 2)*" e proprio l'esperienza dell'obiezione di

coscienza al servizio militare dimostra che, laddove a tali diritti della coscienza il legislatore non ha dato la dovuta rilevanza, ne consegue la sanzione d'incostituzionalità.

Tre affermazioni, gravide di conseguenze sul piano interpretativo, si enucleano dalla giurisprudenza costituzionale:

- l'obiezione di coscienza non è riconducibile alla insindacabile iniziativa del legislatore;
- le norme che prevedono l'obiezione di coscienza non sono eccezionali, ma rappresentano l'attuazione di garanzie costituzionali;
- è ammissibile l'applicazione analogica delle ipotesi normative di obiezione di coscienza, laddove sussista una medesima "ratio", con riferimento sia ai soggetti che ai beni di rango costituzionale oggetto di tutela.

In questa prospettiva il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere rilasciato il 12 luglio 2012 ha anch'esso riconosciuto il fondamento costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza, sottolineandone "*la funzione di istituzione democratica, impedendo che le maggioranze parlamentari o altri organi dello stato neghino in modo autoritario la problematicità relativa ai confini della tutela dei diritti inviolabili*".

Analizzando la legge 22 dicembre 2017 n. 219, titolata "*Norme in materia di consenso informato e di diposizioni anticipate di trattamento*", nel prosieguo "legge DAT", viene in considerazione l'articolo 4 ed in particolare i commi 5 e 6.

### 3. Articolo 4 comma 5 e articolo 1 comma 6: DAT e consenso, esenzione da responsabilità penale ex artt. 575 e 579 c.p.

Il comma 5 dell'articolo 4 statuisce il principio che il medico "*è tenuto al rispetto delle DAT*", ponendo nel contempo significative eccezioni: "*fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1*", laddove è previsto che, in conseguenza del rispetto della volontà espressa dal paziente (in tema di consenso informato), il medico "*è esente da responsabilità civile e 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*".

Si tratta di un inciso che, sia dal punto di vista letterale sia con riferimento ai lavori preparatori, non appare di facile lettura, tutt'altro che contrario all'ammissibilità

dell'obiezione di coscienza, in quanto "*è anzi forte la sensazione che con tale inciso si sia creata una sorta di uscita di sicurezza per i sanitari, sopperendo indirettamente (e in maniera impropria) all'assenza di una apposita norma…che regolamenti l'obiezione di coscienza*" (Cupelli).

Da quale responsabilità penale è esente il medico?

Nell'ambito del consenso informato la norma che viene immediatamente in questione è l'articolo 579 ("*omicidio del consenziente*") del codice penale.

Trattasi di norma che riconosce l'indisponibilità della vita umana, in quanto, come si evince agevolmente dal tenore letterale, il consenso non esclude la responsabilità dell'omicida, comportando, unicamente, una riduzione della pena.

Dal principio di indisponibilità della vita umana discende che il singolo non può disporne, né dare ad altri il potere di disporne, proprio in forza del valore fondamentale e costitutivo che la vita umana possiede.

La giurisprudenza ha specificato che il consenso previsto dal citato articolo 579 deve essere perdurante sino al momento della commissione del fatto, esprimendo una volontà di morire la cui prova deve essere univoca, chiara e convincente, dovendosi riconoscere assoluta prevalenza al diritto alla vita, quale diritto personalissimo che non attribuisce a terzi, neppure ad un familiare, il potere di disporre, anche in base alla propria percezione della qualità della vita, dell'integrità fisica altrui.

Se il consenso difetta di tale requisito, se non è rigorosamente accertata la sussistenza del consenso al momento dell'uccisione, si risponde di omicidio comune e non si beneficia della riduzione di pena prevista dall'articolo 579 del codice penale.

Invero il "consenso della vittima" è un elemento costitutivo del reato di cui all'art. 579 c.p. Pertanto, laddove il colpevole "*incorra in errore sulla sussistenza del consenso, deve trovare applicazione la previsione normativa dell'art. 47 c.p., comma 2, in base alla quale l'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso*", il che significa che si risponde del reato di "omicidio volontario", atteso che il consenso della persona offesa "*incide sulla tipicità del fatto punito dall'art. 579 c.p. e non sulla sua antigiuridicità (a titolo di esimente ex art. 50 cod. pen.), con la conseguenza*

*che non può trovare applicazione la disciplina dell'errore sulla sussistenza di una causa di giustificazione prevista dall'art. 59 quarto comma cod. pen.*", (così Cassazione 3392/2018).

L'elemento soggettivo del reato è il dolo generico, con irrilevanza delle motivazioni o finalità, siano esse di natura patrimoniale o meno, del soggetto attivo.

Nell'ambito delle DAT, diversamente, la norma coinvolta è l'articolo 575 del codice penale.

Il medico che, rispettando le DAT e dandone esecuzione, non intraprende o interrompe la terapia salvavita, la nutrizione o l'idratazione artificiale o, in generale, omette o commette comportamenti a lui richiesti quale medico, sussumibili nell'espressione "trattamenti sanitari", perfeziona il reato di omicidio e non di omicidio del consenziente, difettando, da un lato, i requisiti che il consenso deve possedere per essere rilevante ai sensi dell'articolo 579 del codice penale, primo tra tutti quello della "attualità" e, dall'altro, trovandosi il paziente nella "situazione di incapacità", presupposta dal primo comma dell'articolo 5 della legge 219/2017 per dare esecuzione alle DAT, assimilabile all'infermità di mente o alla condizione di deficienza psichica che, ai sensi dell'articolo 579, comma terzo n. 2, rendono applicabili le disposizioni relative all'omicidio.

Per comprendere l'elemento di conflitto tra la legge DAT e la configurazione normativa dell'attività medica occorre considerare che quest'ultima è esercitata sul fondamento di "*tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'uomo ed il sollievo della sofferenza*", come recita l'articolo 3 del codice di deontologia medica.

Questo esclude la possibilità di chiedere al medico "qualsiasi prestazione", specie quelle incidenti sulla vita e l'integrità fisica, non essendo l'attività medica un insieme di abilità tecniche disponibili per ogni utilizzazione, in obbedienza alla semplice richiesta del paziente, ma costituendo attività diretta ad un obiettivo di salute, di cui il medico è garante.

Il legislatore della legge DAT è, quindi, perfettamente consapevole che l'attività richiesta al medico integra o, in determinate situazioni, può integrare, dal punto di vista oggettivo e soggettivo gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice di cui all'articolo 579 del codice penale, quanto al consenso informato ed all'articolo 575 del codice penale, quanto alle DAT in particolare.

L'esenzione da responsabilità penale accordata non significa obbligo di intervento, come è immediatamente confermato dalla successiva previsione: "*Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge*", previsione che include anche i richiamati articoli 575 e 579 del codice penale.

Quindi, non obbligo di agire da parte del medico, ma attività che, in una possibile ricostruzione interpretativa, potrebbe essere discriminata dall'articolo 51 del codice penale sulla base del consenso (come ricostruito nei suoi elementi dalla legge stessa) dell'avente diritto oppure dalla causa di giustificazione costituita dall'attività medica svolta in conformità ai dettami normativi.

In questa prospettiva l'ordinamento mantiene intatta la vigenza delle norme penali richiamate, limitandosi a configurare la causa di giustificazione a favore del medico che agisce in conformità alle DAT espresse dal paziente.

## 4. Configurazione dell'obiezione di coscienza

Le osservazioni sopra svolte conducono alla domanda: perché allora prospettare l'obiezione di coscienza?

Preliminarmente occorre rilevare come non appaia ostativa alla ricostruzione della fattispecie in termini di obiezione di coscienza l'assenza dello specifico "*nomen juris*".

L'obiezione di coscienza presa in considerazione dall'ordinamento è di tipo "negativo", ovvero circoscritta alle sole ipotesi nelle quali una persona è costretta a compiere un atto.

Occorre sottolineare questo aspetto perché, a prescindere da ogni seria questione relativa alla determinatezza dell'oggetto delle DAT, se si ipotizza che le DAT siano specifiche e riferite esattamente alla situazione concreta ed attuale in cui si trova la persona, il medico non può iniziare alcun trattamento sanitario espressamente oggetto di rifiuto. È una situazione speculare a quella propria del consenso informato. Non si intende in questa sede analizzare i profili di intensa criticità delle DAT redatte con ampio anticipo rispetto all'incapacità di autodeterminarsi nella quale la persona si trova, della situazione di minori ed incapaci disciplinata dall'articolo 3 della legge, delle ipotesi di cui al comma 5 dell'articolo 4, ma semplicemente affermare l'astratta prospettazione di DAT che

adempiono alla stessa funzione del consenso informato, ovvero idonee ad impedire l'inizio di un trattamento sanitario.

La configurazione dell'obiezione di coscienza sul piano del diritto interno ed internazionale pare essersi definitamente avviata nel senso di considerare suscettibili di obiezione di coscienza solo le norme che impongono un obbligo di agire, un obbligo positivo, restandone escluse le norme che prevedono l'obbligo di astenersi da determinate condotte.

In questo senso anche il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere del 12 luglio 2012 afferma che "*l'obiezione di coscienza agli obblighi di non fare deve essere esclusa, proprio perché l'inadempimento dell'obbligo coincide con la definitiva violazione del precetto legale*", determinando tale situazione una incompatibilità con il principio di legalità.

Queste considerazioni conducono a ritenere che:

- non è configurabile obiezione di coscienza per il divieto di iniziare un trattamento;
- è configurabile obiezione di coscienza per il divieto di proseguire un trattamento e per l'obbligo di interrompere il trattamento, concretandosi entrambe le ipotesi in una condotta positiva richiesta al medico.

Rimane aperta la questione per "*la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione su prescrizione medica di nutrienti mediante dispositivi medici*", come si esprime il comma 5 dell'articolo 1.

Lo stesso comma 5 precisa che tale qualificazione è "*ai fini della presente legge*". Ciò indubbiamente significa che "*nutrizione e idratazione artificiali*" possono essere oggetto di consenso informato e di DAT, ma se la chiave di lettura del comma 6 dello stesso articolo 1 è nel senso che l'ordinamento giuridico mantiene intatta la sua vigenza, fosse solo per il fine di giustificare l'obiezione di coscienza, questa qualificazione non si estenderebbe ad altri rami dell'ordinamento, in particolare rimarrebbe intatta la normativa deontologica che tale qualificazione come trattamenti sanitari non opera e, pertanto, sarebbe legittima l'astensione del medico, ovvero, almeno nell'ipotesi in cui si chieda di interrompere nutrizione e idratazione, il medico potrebbe astenersi da tale condotta e, in applicazione del

principio analogico, anche altri soggetti coinvolti, primo tra tutti il personale infermieristico.

## 5. Elementi costitutivi dell'obiezione di coscienza

Il nostro ordinamento giuridico conosce ampiamente l'obiezione di coscienza (legge 772/1972, legge 194/1978, legge 101/1989, legge 516/1988, legge 413/1993, legge 40/2004).

La regolamentazione delle diverse ipotesi di obiezione di coscienza non è uniforme, si possono cogliere tratti comuni e profili differenti.

Al riguardo vengono in considerazione:

- l'obiezione di coscienza opera in presenza di uno specifico obbligo giuridico; nel caso della legge 219/2017 la fonte di tale obbligo è il comma 5 dell'articolo 4 ("*il medico è tenuto al rispetto delle DAT*") e per il notaio il combinato disposto del comma 6 dello stesso articolo 4 e dell'articolo 27 della legge notarile;

- non sussiste alcuna preoccupazione di carattere organizzativo a carico dell'obiettore e l'esenzione è assoluta, come sancisce in maniera lapidaria il comma 6 dell'articolo 1 richiamato dal comma 5 dell'articolo 4 ("*a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali*");

- lo svolgimento di attività diverse non è caratteristica comune alle varie ipotesi di obiezione di coscienza, non essendo espressamente contemplato, per esempio, dalla legge 194/1978. Si tratterà di un aspetto, quello relativo alla suddivisione dei compiti lavorativi, demandato ai responsabili degli uffici;

- la dichiarazione con la quale si solleva l'obiezione di coscienza è immotivata.

Riguardo quest'ultimo aspetto la legge 219/2017 presenta una diversità collegata all'ambito peculiare all'interno del quale si colloca la legge DAT.

Non vi è dubbio che possono essere ipotizzate DAT che non determinano lesione del bene vita.

Nell'ambito dei trattamenti sanitari sono ipotizzabili scelte tra trattamenti sanitari che hanno conseguenze diverse in termini di ripristino dello stato di salute (per esempio, quanto al tempo necessario o alle modalità riabilitative) oppure scelte tra diversi trattamenti

sanitari considerati alternativi o con previsione di diversi effetti collaterali, comunque nell'ambito di plausibili scelte discrezionali.

Quindi, se è vero che l'obiezione di coscienza contemplata dalla legge DAT è immotivata quanto alle convinzioni personali di cui il soggetto è portatore nell'intimo della sua coscienza, l'obiettore non è esonerato dallo specifico onere consistente nel dare evidenza alla lesione del bene vita, nel contesto del complessivo ordinamento giuridico, formato non solo dalla legge, ma anche dalla deontologia professionale e dalle buone pratiche clinico-assistenziali.

Tale profilo è posto in rilievo, in termini critici, dalla dottrina che ha affermato come "*il rinvio al codice deontologico come se fosse un testo di legge pare poco opportuno, stante il rischio di equipararlo ad una fonte primaria*" (così Adamo); al contrario questa ampiezza di riferimenti (legge, codici deontologici, buone pratiche clinico-assistenziali) rappresenta proprio il tratto distintivo della legge DAT, nella consapevolezza del legislatore che il "vulnus" creato al principio di indisponibilità della vita umana, "vulnus" evidente nella previsione di nutrizione e idratazione e dei trattamenti necessari alla sopravvivenza, imponeva di dare rilevanza a qualunque previsione dell'ordinamento che tale bene tuteli, non per impedire che tale "vulnus" sia prodotto, ma per dare a ciascun soggetto coinvolto la possibilità di non collaborare alla lesione di un bene così fondamentale. E non è di poco conto la circostanza che, da un lato la legge non ha abrogato espressamente alcuna norma dell'ordinamento giuridico e, dall'altro, che proprio con il richiamo alla "legge" abbia inteso escludere ogni possibilità di tacita abrogazione che impedisca l'astensione, ovvero l'obiezione di coscienza, al medico.

Quindi, non vi sono oneri pubblicitari perché trattasi di obiezione di coscienza che andrà sollevata "caso per caso", laddove la lesione del bene vita sia presente e proprio la mancanza di alcuna prestazione sostitutiva riconferma, secondo quanto fatto valere in tema di aborto, "*la salvaguardia di quel diritto alla vita che risulta costituzionalmente tutelato fin dal concepimento*" (così Dalla Torre); - nessuna conseguenza negativa è configurabile per l'obiettore.

L'obiezione di coscienza si configura come diritto soggettivo perfetto, non sindacabile nelle motivazioni e che, anche in considerazione della sua valenza costituzionale, esonera da ogni responsabilità o conseguenza sanzionatoria, civile, penale, amministrativa o deontologica, venendo meno, come si esprime lo stesso comma 6 dell'articolo 1 della legge DAT, integralmente richiamato dal comma 5 del successivo articolo 4, gli "*obblighi professionali*" in capo al medico.

L'esercizio dell'obiezione di coscienza determina il venir meno degli obblighi professionali, qualunque sia loro fonte, residuando a carico del medico, come abbiamo sottolineato, l'onere probatorio avente ad oggetto la coincidenza tra il comportamento contemplato nelle DAT e la violazione della legge, espressione estremamente ampia e tale da ricomprendere in primo luogo la legge penale; la deontologia professionale, espressione anche in tal caso idonea a ricomprendere l'intera area oggetto del codice deontologico, con significativa presenza dei riferimenti alla "coscienza" (articolo 22 in collegamento con "l'autonomia professionale" del medico richiamata al comma 2 dell'articolo 1); la contrarietà alle buone pratiche clinico-assistenziali, consentendo l'adeguamento, con una sorta di rinvio immediato e contenutistico, dell'ambito dell'obiezione di coscienza anche agli sviluppi della scienza medica in generale.

## 6. L'attività ricompresa nell'obiezione di coscienza: trattamenti sanitari, attività commissiva, nutrizione e idratazione

L'individuazione dell'attività rispetto alla quale può esplicarsi l'obiezione di coscienza è problema noto anche in riferimento alla legge 194/1978, se solo si pone mente alla distinzione tra fase espulsiva e fase interruttiva, laddove, con riferimento alla seconda, la giurisprudenza ha affermato essere precluso il diritto all'obiezione di coscienza (in tal senso Cassazione 14979/2012).

Occorre confrontarsi con la lettura prevalente della legge DAT, ovvero nel senso che il medico sia obbligato a conformare la sua attività al volere espresso nelle DAT, trattandosi di "disposizioni" che assumono carattere vincolante.

Ciò comporta un capovolgimento della prospettiva interpretativa: non più le DAT come causa di giustificazione per il medico che attenendosi alle stesse pone in essere la

fattispecie di cui agli articoli 575 e 579 del codice penale, ma riconoscimento dell'obiezione di coscienza nel contesto normativo di un "agire doveroso" (quale esempio valga la vicenda del servizio militare).

Siffatta "doverosità" appare affermata dal comma 5 dell'articolo 4 ("*il medico è tenuto al rispetto delle DAT*") e, pertanto, si prospetta quale interpretazione plausibile ed argomentata, senza obliterare il dato letterale ("*fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1*") o, addirittura, privare di rilevanza l'esplicita previsione normativa ("*Il paziente non può esigere trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali*"), la ricostruzione della fattispecie, anche in conformità a norme e principi di rango superiore, ovvero costituzionale, in termini di riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza, anche in mancanza dello specifico "nomen iuris".

Il comma 6 dell'articolo 1, attraverso il richiamo operato dal comma 5 dell'articolo 4, rappresenta, merita ripeterlo, il vero e proprio nodo interpretativo della legge DAT.

Senza scendere in considerazioni critiche sull'impianto e l'ideologia complessivi della legge, ma impegnandosi a rimanere sul piano interpretativo e di ricostruzione normativa, le DAT hanno ad oggetto accertamenti diagnostici, terapie salvavita e tutto quanto rientra nella nozione di "*trattamenti sanitari*". Per quanto concerne nutrizione ed idratazione, non espressamente richiamati in tema di DAT, l'articolo 1 comma 5, in materia di consenso informato, statuisce che "*ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale*".

Ad una tale ampiezza di fattispecie corrisponde l'ampiezza delle ipotesi in presenza delle quali "*il paziente non può esigere*", come recita la seconda parte del comma 6 dell'articolo 1, che viene a costituire l'unica garanzia che l'attività medica possiede di non trovarsi in un contesto fattuale dichiaratamente eutanasico.

La composizione tra le due parti del citato articolo 6, rimane, comunque, non evidente all'interprete ed in particolare: affermare che il medico non ha obblighi professionali significa affermare che ha l'obbligo di astenersi laddove l'attività determini la morte del paziente oppure è lasciato alla valutazione del medico l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza, essendo, comunque, tutelato dalla previsione contenuta nella prima parte della

norma ovvero l'esenzione da "responsabilità civile o penale" laddove agisca in conformità alle DAT? In questa sede ci si limita a rilevare che se al comma 5 dell'articolo 1, in tema di consenso informato, è espressamente previsto che i trattamenti sanitari siano "*necessari alla propria sopravvivenza*", tale specificazione non è contenuta nell'articolo 4 relativo alle DAT.

Orbene al riguardo vale sottolineare che ritenere applicabile alle DAT tutto quanto previsto per il consenso informato non è operazione indenne da rilievi critici.

Per escludere ogni possibilità di "travaso normativo" tra l'articolo 1 in tema di consenso informato e l'articolo 4 in tema di DAT, è sufficiente considerare l'articolo 1 laddove prevede che per il paziente è possibile indicare "*i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di...esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole*", con effetti devastanti se solo si consideri la possibilità che tale delegato esprima la rinuncia od il rifiuto anche a trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del delegato, previsione normativa che già in sede di primi commenti si è cercato di limitare quanto al suo ambito applicativo.

Il legislatore ha disciplinato in maniera autonoma, salvo specifici richiami, le due ipotesi e proprio la diversità strutturale della volontà manifestata in termini attuali (consenso) e la volontà manifestata anche a lunga distanza di tempo da quello in cui a tale volontà deve essere data esecuzione (DAT), giustificano le differenze di trattamento normativo.

Al riguardo è sufficiente sottolineare tali differenze:

- il carattere personalissimo delle DAT, che non pare tolleri alcuna delega o procura ad altri, come rende palese l'avverbio "personalmente";

- la necessaria specificità delle DAT che devono contenere "volontà in materia di….", "il consenso o il rifiuto rispetto ad…." e, quindi, l'inammissibilità di DAT "in bianco" limitate, al di là di generiche espressioni, alla sola nomina del fiduciario, come rende palese il termine "altresì", riferito proprio alla nomina del fiduciario che non può, pertanto, esaurire il contenuto delle DAT. Del tutto inaccettabile è, pertanto, la lettura della norma secondo la quale "*in una DAT il disponente potrebbe, limitarsi a dare ogni potere al fiduciario*" (in tal senso Zatti);

- le forme delle DAT, che appaiono connotate da particolare rigidità e tipicità, incidente sulla stessa validità delle DAT, sconosciuta alla materia del consenso, come rende evidente la differenza tra il comma 4 dell'articolo 1 e il comma 6 dell'articolo 4;

- la mancata previsione, nell'articolo 4, dei trattamenti sanitari "*necessari alla propria sopravvivenza*".

Proprio l'idratazione e la nutrizione ma, in generale, ogni ipotesi nella quale le DAT prescrivono l'interruzione di un trattamento sanitario, nell'ampia espressione datane dalla legge, attraverso una attività commissiva (ad esempio, l'interruzione della somministrazione di un farmaco salvavita, il distacco del ventilatore artificiale) prospettano una questione eminentemente pratica: come agisce il medico?

La risposta presuppone la definizione di "trattamento sanitario", espressione che nella legge ha una dilatazione estrema fino al punto da poter essere intesa quale ogni attività che può essere richiesta al medico, ogni comportamento che il medico in quanto medico è richiesto di fare, in una individuazione della ratio del comma 6 dell'articolo 1 che valorizza la dicotomia tra attività omissiva ed attività commissiva richiesta al medico.

Anche la dottrina (Zatti) che qualifica l'interruzione delle cure come un atto di ripristino della situazione di astensione e, pertanto, non rientrante nella nozione di "trattamento sanitario" che può legittimare l'astensione del medico, riconosce che "*quel che è chiaro a tavolino non lo è sul campo: e sono molti i medici che percepiscono, comprensibilmente, in modo diverso l'astenersi dall'interrompere. Riconoscere legislativamente questo problema percettivo in termini di "coscienza" non è improprio*". Significativamente ciò che impedisce a questo ragionamento di pervenire alle adeguate conclusioni è "*il rischio di una corsa all'esonero, rischio che forse è all'origine del silenzio del legislatore*" (così ancora Zatti). Diversamente si può sostenere, ricercando una maggiore aderenza al testo di legge, che la nozione di "trattamento sanitario", presente nella seconda parte del comma 6 dell'articolo 1, ha la stessa ampiezza delle condotte del medico che possono essere conseguenti al rispetto della volontà del paziente nell'ambito del consenso informato e delle DAT, essendo "trattamento sanitario" ogni attività che può essere richiesta al medico in quanto tale, con l'importante precisazione che l'astensione necessita l'individuazione delle norme dell'ordinamento che tutelano il bene di rango costituzionale (vita umana) la cui

lesione legittima l'astensione stessa. Questa è la "*prova di autenticità*" che la dottrina (Zatti) reclama e che trova già il suo riconoscimento nella legge 219/2017.

Il legislatore è ben consapevole che:

a) l'ambito del consenso e delle DAT è stato esteso significativamente a:

- nutrizione e idratazione;

- mancata attivazione o interruzione di trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza;

b) le condotte mediche possono integrare le fattispecie penali di cui agli articoli 575 e 579 del codice penale.

Senza pretendere di analizzare nel dettaglio tutte le ipotesi che possono legittimare l'astensione da parte del medico, quel che preme sottolineare è che il legislatore ha ritenuto di non imporre al medico alcuna attività commissiva che rappresenti una lesione del bene vita, ovvero una condotta sussumibile nelle fattispecie di cui agli articoli 575 e 579 del codice penale.

Ciò significa che, fermo restando l'obbligo del medico di non attivare alcun trattamento sanitario, ben diversa è la posizione del medico laddove una attività positiva viene richiesta, quale staccare il ventilatore artificiale, interrompere una terapia farmacologica salvavita o la nutrizione/idratazione.

Quindi, l'eccezione prevista nella seconda parte del comma 6 dell'articolo 1 si riferisce a qualunque comportamento sia richiesto al medico, "comportamento" che si traduce nell'espressione "trattamento sanitario", che compare sia nella prima che nella seconda parte del comma 6. Ovviamente laddove vi sia "rifiuto" nessun "trattamento sanitario" sarà richiesto al medico; laddove vi sia "rinuncia" al medico sarà richiesto un "trattamento sanitario".

Da questo punto di vista il medico può opporsi, non alla richiesta di non iniziare idratazione e nutrizione artificiali, ma alla richiesta di interromperla, in quanto questa richiesta implica una attività positiva, quale quella di staccare i "dispositivi medici" di cui al precedente comma 5 dello stesso articolo 1.

Nel rispetto dei presupposti del citato comma 6 dell'articolo 1, il medico disattenderà le DAT e chiederà di astenersi dai propri obblighi professionali, continuando, comunque, nell'attività di cui si chiede l'interruzione.

Spetterà all'organizzazione della struttura nella quale il medico è inserito individuare altro medico che ritiene di agire in conformità alle DAT, beneficiando dell'esenzione di responsabilità e trovando applicazione il comma 9 dell'articolo 1 che pone a carico della struttura sanitaria l'obbligo di garantire "*con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione del principi*" della legge DAT, tralasciando, ovviamente, in questa sede ogni questione relativa all'obiezione di coscienza da parte della struttura sanitaria stessa.

D'altra parte, come conferma l'obiezione di coscienza in materia di interruzione volontaria della gravidanza, l'ordinamento non subordina l'esercizio dell'obiezione di coscienza ad un dato numerico circa i medici obiettori ma predispone un assetto organizzativo idoneo a dare effettività alle previsioni normative.

E, provando a chiudere il cerchio, anche il notaio sarà obbligato a ricevere le DAT con il quale il paziente manifesta il suo rifiuto all'idratazione o alla nutrizione artificiale, ma potrà astenersi dal ricevere DAT nelle quali si prevede l'interruzione di nutrizione o idratazione, per esempio, dopo il decorso di un determinato periodo di tempo.

L'impostazione dottrinaria prima esposta sul fondamento costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza si manifesta coerente con la fattispecie concreta: l'ordinamento, sul presupposto che la fattispecie integri una violazione del bene giuridico della vita umana, consente al soggetto di astenersi dal porre in essere l'attività causativa dell'evento morte, sussumibile nella previsione incriminatrice di cui agli articoli 575 e 579 del codice penale.

## 7. Articolo 4 comma 5: incongruenza delle DAT, condizione clinica e terapie non prevedibili

Il comma 5 dell'articolo 4, con riferimento specifico alle DAT, ovvero in una situazione di incapacità del soggetto a manifestare un valido consenso informato, aggiunge altre ipotesi che consentono al medico di disattenderle "*in tutto o in parte…in accordo con il fiduciario*" e che, fondamentalmente, attengono ad una valutazione specificamente medico-scientifica, ovvero "*qualora esse appaiono 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*".

Preliminarmente occorre rilevare che appare insostenibile la tesi secondo la quale in queste ipotesi il medico sarebbe, comunque, tenuto ad eseguire le DAT, laddove non sia presente il fiduciario, in quanto non nominato, revocato o per rinuncia dello stesso fiduciario.

Al riguardo è sufficiente prestare attenzione a cosa significa un obbligo di dare esecuzione a DAT "incongrue", ovvero DAT delle quali appare incomprensibile lo stesso il significato logico-letterale ovvero "*quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*" per usare l'espressione di cui all'articolo 12 delle preleggi.

Tale considerazione è sufficiente per comprendere che le tre ipotesi di cui al comma 5 dell'articolo 4 devono essere ricondotte ad un unico criterio interpretativo, ovvero che trattasi di ipotesi ricorrendo le quali le DAT possono essere disattese in tutto od in parte, anche in assenza del fiduciario. Si potrà procedere alla nomina di un amministratore di sostegno secondo la previsione del comma 4 dell'articolo 4 ad istanza dei soggetti legittimati, compreso il rappresentante legale della struttura sanitaria, come previsto dal comma 5 dell'articolo 3 e, qualora permanga il disaccordo tra medico ed amministratore di sostegno, la decisione sarà rimessa al giudice tutelare.

Non si possono ritenere queste ipotesi del tutto estranee anche all'attività notarile in sede di redazione delle DAT. Invero il carattere della "incongruenza" attiene a quella indagine sulla volontà del disponente, elemento essenziale della funzione di adeguamento di cui all'articolo 47 della legge notarile, che costituisce tratto caratteristico dell'attività notarile e l'individuazione precisa della "condizione clinica" alla quale il disponente fa riferimento e delle "terapie non prevedibili" all'atto della sottoscrizione delle DAT, impone anche al notaio una indagine che, pur limitata alla competenza che gli è propria, non può essere omessa dallo stesso notaio, anche avvalendosi di documentazione e pareri posti a sua disposizione o che avrà cura di richiedere.

## 8. Le DAT come negozio giuridico

Comunque si ricostruisca la fattispecie (causa di giustificazione per il medico che si attiene alle DAT nell'esercizio della sua attività o obiezione di coscienza), l'esenzione da responsabilità è ancorata alla presenza di DAT dotate dei requisiti indicati dalla legge:

- requisito formale (articolo 4 comma 6: atto pubblico o scrittura privata autenticata o scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo);

- requisiti sostanziali (articolo 4 comma 1):

a) maggiore età e capacità di intendere e di volere;

b) acquisizione di adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle scelte, anche al fine di valutare le terapie esistenti o prevedibili, considerata l'ipotesi di cui al comma 5 dell'articolo 4 che, come già evidenziato, consente di disattendere le DAT ove "*sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*".

c) indicazione della futura incapacità di autodeterminarsi in termini specifici, considerati i collegamenti che tale situazione presenta con le terapie esistenti o prevedibili ed i trattamenti sanitari, oggetto delle DAT;

d) indicazione di trattamenti sanitari, accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche.

Si tratta di elementi costitutivi la cui mancanza determina la nullità delle DAT e il rifiuto del notaio di ricevere l'atto ai sensi dell'articolo 28 della legge notarile.

Le DAT si configurano come un negozio giuridico espressamente tipizzato dal legislatore, unilaterale e avente carattere non patrimoniale.

L'aspetto relativo all'informazione ("*dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche*") si pone in maniera speculare a quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 1 in tema di consenso informato.

Per valutare la rilevanza di tale elemento nell'ambito delle DAT è necessario richiamare la costante giurisprudenza per la quale il consenso deve essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale ed informata. A prescindere dal requisito della "attualità", che viene problematicamente meno con le DAT, un "*dissenso* ex ante*, privo di qualsiasi informazione medico-terapeutica, deve ritenersi altrettanto impredicabile, sia in astratto che in concreto*" (così Cassazione 23676/2008), con una considerazione che avrebbe dovuto suonare come monito al legislatore della legge DAT, stante la sostanziale e pregnante diversità tra il generico dissenso ad un trattamento sanitario manifestato in

condizioni di piena salute e la riaffermazione di tale dissenso in una situazione di malattia ove addirittura sussista un pericolo per la stessa vita.

Il che esprime un principio cardine del nostro ordinamento giuridico, ovvero che la valutazione della rilevanza giuridica della volontà è inscindibile dal suo processo formativo, ovvero una volontà giuridicamente valida deve essere una volontà correttamente formata. Facendo applicazione di questo principio la legge DAT conferma che non vi può essere volontà giuridicamente valida in assenza dell'acquisizione di "adeguate informazioni mediche", con conseguente nullità delle DAT e con obbligo per il notaio, a prescindere da ogni valutazione circa l'estensione della sua responsabilità nel caso di mancato accertamento di tale elemento, di astenersi dal ricevere l'atto, in quanto espressamente proibito ai sensi dell'articolo 28 della legge notarile, qualora rilevi una mancata acquisizione delle "adeguate informazioni mediche".

Tralasciando i problemi circa la verifica del requisito della "adeguatezza" che hanno portato la dottrina notarile a ritenere "*inevitabile che nell'ambito delle DAT la funzione di adeguamento sia svolta dal notaio congiuntamente ad un medico*", con la conseguenza che "*l'intervento del notaio avrà allora utilità prevalentemente con riferimento alla seconda delle sue funzioni, vale a dire quella di certificazione*" (così Laffranchi), vi è da sottolineare come, a differenza che nella disciplina del consenso informato, laddove, ai sensi del terzo comma dell'articolo 1 il paziente "*può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni*", analoga disposizione non è contemplata in materia di DAT. Quindi l'acquisizione di "*adeguate informazioni mediche*" è elemento costitutivo delle DAT nel senso che ne costituisce un presupposto per il ricevimento da parte del notaio al pari della capacità di intendere e di volere, anch'essa richiamata nel comma 1 dell'articolo 4.

Il collegamento tra il comma 1 ed il comma 5 dell'articolo 4 porta a ritenere che, essendo la volontà manifestata sul presupposto della conoscenza delle terapie esistenti all'atto della sottoscrizione delle DAT, la sussistenza di "*terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione*" determinano una sopravvenuta inefficacia delle DAT, secondo lo schema della "presupposizione", utilizzato in materia contrattuale, rendendo ancora più evidente l'affermazione del diritto del medico di disattenderle, potendosi configurare un obbligo in tal senso.

## 9. La posizione del medico e del notaio. Relazioni tra condotte

L'esenzione da "*responsabilità civile e penale*", secondo l'espressione di cui all'articolo 1 comma 6 della legge DAT, presuppone, dunque, qualunque sia la qualificazione che si intenda dare a tale "esenzione", una complessità di elementi il cui accertamento presenta un profilo probatorio particolarmente articolato. Al riguardo è sufficiente considerare che la giurisprudenza in tema di omicidio del consenziente ha negato rilievo all'erronea rappresentazione della sussistenza del consenso, con conseguente responsabilità per omicidio doloso, il che pone due osservazioni:

- per quanto concerne la posizione del medico, al quale una attività di verifica delle DAT appare, comunque, richiesta, anche solo nell'ambito dei commi 1 e 5 dell'articolo 4, quale sia l'oggetto di tale verifica e le conseguenze nell'ipotesi in cui le DAT presentino vizi giuridicamente rilevanti, specie laddove sia implicata una competenza specialistica;
- per quanto concerne la posizione del notaio, l'accertamento circa la conformità delle DAT allo stesso comma 1 dell'articolo 4 e le conseguenze, se tale conformità sia mancata e la mancanza sia dipesa da colpa, qualora alle DAT il medico si sia attenuto e ne sia derivata la morte del disponente.

Sia per il medico che per il notaio presentano aspetti problematici l'applicazione dell'articolo 59 comma 4 del codice penale il quale prevede, con riferimento alle cause di esclusione della pena e nell'ipotesi in cui l'agente ritenga per errore la loro esistenza, che "*se si tratta di errore determinato da colpa la punibilità non è esclusa quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*", ipotesi ovviamente prevista per l'omicidio.

Ancora con riferimento al notaio, ma solo quale spunto per una più ampia e competente riflessione, si pone la questione circa l'errore che riguardi aspetti medico-specialistici, in una fattispecie di possibile concorso nella causazione dell'evento morte con lo stesso medico.

Infine, in una prospettiva che accentua il carattere vincolante delle DAT per l'attività medica, si perviene alla conclusione di restringere la responsabilità medica e di dilatare quella notarile, essendo il notaio e non il medico di fronte alla "*persona maggiorenne e capace di intendere e di volere*" ed avendo la possibilità e, quindi, l'obbligo di svolgere

ogni accertamento ed indagine, avvalendosi anche di competenze altrui, al fine di consegnare al medico un documento, le DAT, che non necessita di alcuna integrazione.

## 10. La legge 194/1978. Riflessi sull'attività notarile, rapporto medico-notaio e norme penali coinvolte

Approfondendo, in particolare, l'impostazione che ravvisa la sussistenza del diritto all'obiezione di coscienza, a fronte di una attività che si asserisce "doverosa" ai sensi dell'articolo 4 comma 5 della legge DAT, la problematica, nella prospettiva di individuarne le eventuali ricadute sull'attività notarile, è quella di delimitare la condotta salvaguardata dall'obiezione di coscienza.

Quale paradigma normativo di riferimento può essere considerato l'articolo 9 della legge 194/1978 in tema di interruzione volontaria della gravidanza che, unitamente all'articolo 16 della legge 40/2004, rappresenta la corretta attuazione sul piano delle norme ordinarie del diritto costituzionalmente riconosciuto all'obiezione di coscienza.

L'articolo 9 della legge 194/1978 contempla l'obiezione di coscienza non solo riguardo gli interventi per l'interruzione volontaria della gravidanza, ma anche relativamente "*alle procedure di cui agli articoli 5 e 7*", trattandosi, come recita il comma 3 dello stesso articolo 9, di "*attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza*".

Le procedure di cui agli articoli 5 e 7 della legge 194/1978 costituiscono gli adempimenti che si estrinsecano in attività dotata di rilevanza giuridica (il documento ed il certificato) che permettono l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza.

L'articolo 19 della legge 194/1978 sanziona con la pena della reclusione l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle procedure di cui agli articoli 5 e 7.

Il legislatore ha, pertanto, delineato l'attività precedente l'interruzione volontaria della gravidanza che rientra nel perimetro dell'obiezione di coscienza.

Invero, nell'articolo 9 comma 3 della legge 194/1978 si afferma che l'obiezione di coscienza non esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie "dall'assistenza antecedente", nella chiara consapevolezza che vi sono attività quali l'esame del sangue, l'ecografia, l'elettrocardiogramma, che, anche se richiesti in funzione del

possibile intervento abortivo, non appaiono "*specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione di gravidanza*", come, al contrario, le procedure di cui ai citati articoli 5 e 7 che rappresentano non mere attività materiali ma attività giuridicamente rilevanti.

Il problema è di delimitare quali siano gli atti che, ex ante, si manifestano come "*condizione in concreto necessaria rispetto al prodursi della situazione lesiva o pericolosa per la vita umana*" (così Eusebi), vale a dire, nell'ambito delle DAT, non solo per gli atti che realizzano l'evento lesivo del bene vita (interruzione della terapia salvavita, della ventilazione artificiale o della nutrizione od idratazione), ma anche per gli atti precedenti "*la cui programmazione sia prevista necessaria*" (così Eusebi) per il verificarsi della situazione lesiva. Al riguardo le DAT costituiscono elemento necessario, antecedente e casualmente orientato all' "evento lesivo".

Se l'attività medica in esecuzione delle DAT è condotta che integra la fattispecie di cui all'articolo 575 del codice penale, le DAT non solo hanno la funzione di elemento costitutivo della causa di giustificazione o, comunque, di esonero da responsabilità, di cui beneficia l'attività medica che, in difetto delle DAT, perfezionerebbe la fattispecie di omicidio doloso, ma al tempo stesso, se si osserva la stessa fattispecie da una diversa prospettiva, rappresentano un contributo causale e consapevole, rilevante ai sensi dell'articolo 110 del codice penale alla causazione dell'evento morte.

Ovviamente non si intende affermare che tutte le DAT pongono un problema di rapporto con l'articolo 575 del codice penale. In questa sede l'affermazione è nel senso che al notaio potranno essere richieste DAT che appaiono "*specificamente e necessariamente*" dirette alla causazione dell'evento morte nel quadro della fattispecie di cui all'articolo 4 comma 1 della legge DAT, attraverso il concorso dell'attività medica.

L'inevitabile rapporto notaio/medico potrà approdare, in determinate situazioni, all'esame dell'articolo 119 del codice penale e del connesso tema dell'estensione della causa di giustificazione o, comunque, dell'esenzione da responsabilità penale a coloro che sono concorsi nel reato, in quanto la espressa previsione legislativa delle DAT non pone un problema immediato di responsabilità penale per il notaio che le riceve.

Al tempo stesso è da rilevare che le questioni relative alla fattispecie di concorso nel reato e di valutazione dell'elemento soggettivo possono agevolmente emergere se solo si considerano le ipotesi di DAT ricevute dal notaio in violazione dell'articolo 4 comma 1 della legge DAT ed in mancanza degli elementi e degli accertamenti ivi contenuti, di affidamento su tali DAT operato dal medico, di DAT falsificate, di DAT ricevute in un contesto criminoso, di errate od anche incomplete valutazioni del notaio e del medico con riferimento agli aspetti di tipo scientifico contenuti nella normativa (per tutti, dal punto di vista del notaio, la acquisizione di adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle scelte e, per il medico, la sussistenza di terapie capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita).

Il punto che appare rilevante è la prossimità causale, la destinazione delle DAT ricevute o autenticate dal notaio quale attività specificamente e necessariamente diretta, in presenza delle circostanze indicate nelle stesse DAT, a causare l'evento morte, il che prospetta un evidente parallelismo tra l'obiezione di coscienza di cui all'articolo 9 della legge 194/178 e la legge sulle DAT che tale obiezione, almeno apparentemente, non contempla.

Orbene, se il medico può astenersi da tale attività perché ciò non è consentito al notaio?

## 11. Obiezione di coscienza: percorsi del riconoscimento

La risposta alla domanda circa l'astensione del notaio dal ricevere od autenticare le DAT non si trova nell'articolo 27 della legge notarile trattandosi, da un lato, di legge successiva a quella notarile e, quindi, ben in grado di introdurre una diversa disciplina dell'obbligatorietà del ministero notarile e, dall'altro, di diritti dotati di rango costituzionale.

Tralasciando la decisiva argomentazione del diritto all'obiezione di coscienza avente diretta derivazione costituzionale ed immediata applicazione, quattro considerazioni, al fine di riconoscere in capo al notaio il diritto all'obiezione di coscienza, possono essere svolte sul piano interpretativo, pur con tutta la prudenza che la materia richiede.

**1) <u>Interpretazione conforme ai principi costituzionali</u>**

Il pacificamente riconosciuto fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza impone al giudice ed anche all'autorità amministrativa una attività ed una interpretazione

conforme ai principi costituzionali, a prescindere dalla rimessione degli atti alla Corte costituzionale ove sia sollevata questione di legittimità costituzionale. Tale principio interpretativo opera nei procedimenti penali, amministrativi ed anche, per quanto riguarda l'attività medica e notarile, deontologici e non può essere ostacolato da una adesione astratta al principio di interposizione legislativa che indurrebbe a far dipendere l'attività interpretativa dall'esistenza di una previsione di legge che determini per la singola ipotesi, i limiti ed i modi di esercizio della stessa obiezione di coscienza.

**2) *Analogia legis* e *analogia iuris***

Se a favore dei medici è codificato il diritto all'obiezione di coscienza e se a questo diritto si ritiene di dare, perlomeno sotto certi profili di disciplina, un inquadramento in termini di causa di giustificazione, per la funzione che svolgono sul piano di operare un bilanciamento tra interessi dotati di rilievo costituzionale, la questione è se, proprio in presenza di una "*eadem ratio*", si possa applicare l'obiezione di coscienza a casi diversi da quelli previsti, ovvero se, anche il notaio possa beneficiare della previsione di cui all'articolo 1 comma 6 richiamata dall'articolo 4 comma 5 della legge DAT, prevista per i medici.

Sul piano della teoria generale l'opinione prevalente è che le cause di giustificazione non rientrino nelle ipotesi in cui l'interpretazione analogica è vietata dall'articolo 14 delle preleggi, non essendo norme penali in senso stretto ma, al contrario, espressione di principi generali, in questo caso di rango costituzionale e, pertanto, nulla osta ad una loro interpretazione analogica, anche per quanto riguarda i soggetti e le attività svolte, ovvero i notai e le DAT.

Da questo punto di vista si tratterebbe di una operazione ermeneutica, non solo con riferimento alla legge DAT ("*analogia legis*"), ma anche fondata su principi generali dell'ordinamento, che contempla l'articolo 9 della legge 194/1978 e l'articolo 16 della legge 40/2004, espressioni dell'obiezione di coscienza a tutela della vita umana e, al contempo, su valori costituzionali ("*analogia iuris*").

Tale prospettazione potrebbe significare per il notaio, almeno in prima approssimazione:

- facoltà di rifiutare il proprio ministero laddove si collochi quale elemento della fattispecie di cui all'articolo 575 del codice penale ("*contrarietà a norme di legge*");

- rilevanza dell'elemento soggettivo colposo, specie per quanto riguarda gli inevitabilmente connessi aspetti medico-specialistici.

**3) <u>La rilevanza legislativa dell'"elemento della coscienza"</u>**

La giurisprudenza della Corte costituzionale offre un terzo percorso.

In materia di rifiuto al servizio militare, pietra miliare nell'affermazione dell'obiezione di coscienza contro l'unico dovere definito "*sacro*" dalla carta costituzionale, la Corte ha affermato il proprio sindacato, e non pare che potesse fare altrimenti, "*una volta che all'elemento della coscienza si sia dato un valore caratterizzante la disciplina positiva*", trattandosi nel caso all'esame della Corte di misure di pressione volte a provocare il mutamento delle convinzioni e dei comportamenti secondo coscienza.

Il legislatore ha dato rilievo nella legge DAT all' "elemento della coscienza", essendo al riguardo sufficiente considerare il riferimento alla "deontologia professionale" ed il contenuto, tra altri, dell'articolo 22 del codice di deontologia dei medici.

Orbene, il legislatore non è costituzionalmente "libero" di riconoscere l'obiezione di coscienza o, con altra espressione, di dare rilievo all'elemento della coscienza, permettendo di astenersi da un comportamento altrimenti doveroso, nel contesto di una disciplina che presenta profili sindacabili sotto i canoni della "ragionevolezza" e della "discriminazione".

Dal punto di vista dei citati canoni costituzionali il riconoscimento ai soli medici del diritto di astenersi dalla realizzazione delle fattispecie di cui agli articoli 575 (DAT) e 579 (consenso) del codice penale, appare irragionevole e discriminatorio, ove posto a confronto con la mancata previsione di una analoga "clausola di coscienza" o, comunque, con la possibilità di astenersi dallo svolgimento di attività laddove diretta alla causazione dell'evento "morte", in capo al notaio: l'analogia con la disciplina dell'aborto e della procreazione medicalmente assistita, la funzione delle DAT, la prossimità causale rispetto all'evento morte, la specifica e necessaria direzione, sono tutti elementi che non possono che condurre ad una previsione analoga a quella dei medici.

**4) <u>Una conferma significativa: la posizione del giudice tutelare nell'ambito della legge 194/1978</u>**

Una conferma significativa può trarsi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di obiezione di coscienza del giudice tutelare nella procedura di interruzione

volontaria della gravidanza laddove sia coinvolta una minore di età (sentenza 196/1987 a cui hanno fatto seguito diverse ordinanze).

Al riguardo la Corte costituzionale ha sostanzialmente affermato che, in tale fattispecie, il ruolo del giudice si esaurisce in una sorta di controllo della "regolarità" della procedura, un intervento che "*rimane esterno alla procedura di riscontro nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica*", intervenendo il giudice "*nella sola generica sfera di capacità (o incapacità) del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie (per gli interdicendi, ad es., ai sensi dell'art. 414 cod. civ.)*".

Pur in una prospettiva non soddisfacente in quanto limita e riduce il ruolo del giudice tutelare, la sentenza 196/1987 è significativa perché riafferma la stretta "complementarietà d'intenti" tra i principi di cui all'articolo 2 della Costituzione e le garanzie di libertà della coscienza religiosa, anche nell'attività giurisdizionale.

La Corte, pur trovandosi di fronte all'attività giurisdizionale, ha affermato che "*si tratta di comporre un potenziale conflitto tra beni parimenti protetti in assoluto: quelli presenti nella realtà interna dell'individuo, chiamato poi, per avventura a giudicare, e quelli relativi alle esigenze essenziali dello iurisdicere (ancorché intravolentes)*".

Se da un lato la Corte dichiara non fondata la questione di illegittimità costituzionale per la considerazione della diversa posizione dei magistrati rispetto a quella degli altri dipendenti pubblici, dall'altro non manca di affermare che la stessa disciplina positiva garantisce appieno la sua coscienza, con specifico riferimento normativo all'articolo 4 della legge 23 dicembre 1946 n. 478, senza fare mancare un significativo riferimento normativo agli articoli 51 e 52 del codice di procedura civile quali casi "*di sopravvenuto difetto nella neutralità propria del decidere*", permettendo di ipotizzare che, qualora il convincimento della coscienza sia in contrasto con la previsione normativa, il giudice possa richiamare le "*gravi ragioni di convenienza*" che legittimano l'astensione del giudice, unitamente alla manifestazione del proprio parere da parte del giudice che obbliga anch'essa all'astensione.

La sentenza dice più di quello che appare dal suo dispositivo di infondatezza, laddove rammenta che l'adempimento con coscienza rappresenta uno dei doveri inerenti al ministero del giudice e segnalando proprio come "*si ricompongono in tal modo nella realtà*

*oggettiva della pronuncia i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare*" e richiama la possibilità di "strutturazione giudiziaria, alla quale pure compete – nei casi di particolare difficoltà – la possibile adozione di adeguate misure organizzative", il che si può tradurre, per l'attività notarile, da una parte, nel richiamo a considerare le DAT molto più di un modulo amministrativo e, dall'altra, nella possibilità che, sulla falsariga di quanto previsto nell'ambito delle esecuzioni immobiliari, si predispongano elenchi di notai disponibili a ricevere e autenticare le DAT, senza considerare la concorrente competenza degli uffici dello stato civile e gli eventuali riflessi sulla obbligatorietà del ministero notarile.

Avviandomi alla conclusione di quelle che sono null'altro che impressioni iniziali senza pretesa di completezza o di esattezza giuridica e che certamente troveranno migliore e più adeguata espressione da parte di altri colleghi e studiosi, il tema che ci tocca oggi come notai per la prima volta è il portato di una normativa nuova e che pone delicati problemi, di fronte ai quali, è ed l'unica certezza, non si può girare la faccia dall'altra parte.

La dottrina (Cardia) ha già rilevato che "*l'obiezione di coscienza in materia bioetica e di rapporti familiari costituisce la novità più autentica e rilevante dell'epoca contemporanea e sembra destinata a svolgere un ruolo prospettico e dinamico da diversi punti di vista. Essa riguarda una molteplicità di settori dell'ordinamento giuridico e coinvolge una varietà di soggetti come non era accaduto prima*", tra i quali, lo possiamo dire, ci siamo da oggi anche noi notai.

*Abstract*

**MARCO SCHIAVI, Disposizioni anticipate di trattamento e obiezione di coscienza per medici e notai. Profili interpretativi della legge 22 dicembre 2017 n. 219**

Le riflessioni che seguono, premesso un breve richiamo al diritto internazionale, sottolineano la rilevanza costituzionale dell'obiezione di coscienza alla luce della dottrina e giurisprudenza della Corte Costituzionale traendone alcune conseguenze sul piano dell'interpretazione delle norme ordinarie.
La legge 219/2017 esenta da responsabilità civile e penale il medico che agisce in conformità al consenso e alle disposizioni anticipate di trattamento (DAT). Le norme penali considerate sono gli articoli 575 e 579 del codice penale. Si analizzano gli elementi costitutivi dell'obiezione di coscienza ed il loro rapporto con le previsioni normative della legge 219/2017. In particolare il comma 6 dell'articolo 1, richiamato dal comma 5 dell'articolo 4, è interpretato alla luce del criterio che, in mancanza di ogni abrogazione espressa o tacita, al medico è consentito astenersi da qualunque comportamento commissivo che sia in contrasto con la legge, le norme deontologiche e le buone pratiche clinico-assistenziali, con particolare riferimento all'ipotesi che tale comportamento integri una lesione del bene vita. Premessi alcuni riferimenti alle DAT come negozio giuridico ed ai rapporti tra l'attività del notaio e del medico, si argomenta a favore dell'estensione dell'obiezione di coscienza all'attività del notaio, traendo supporto dalle previsioni della legge 194/1978. Infine, si individuano quattro percorsi interpretativi, che le considerazioni svolte consentono di sostenere, a favore del riconoscimento *de iure condito* dell'obiezione di coscienza per medici e notai.

**Parole chiave**: Obiezione di coscienza, medico, notaio, legge 219/2017 (legge DAT), responsabilità penale

**MARCO SCHIAVI, The advance healtcare directives and conscentious objection for doctors and notaries. Interpreting profiles of the law December 22, 2017 n. 219**

The considerations hereafter expressed, after a short reference to international law, are meant to underline the constitutional relevancy of conscentious objection considering the doctrine and the jurisprudence of the Constitutional Court, deducing some consequences for the interpretation of the current ordinary regulation.
Act 219/2017 exempts from civil and penal responsibilities the doctor acting according to the consent and the advance healthcare directives (DAT for italian law). The considered penal rules are the articles 575 and 579 of the Penal Code. The forming elements of conscentious objection are analyzed, together with their relation with the norms of Act 219/2017. Namely, comma 6 of article 1, recalled by comma 5 of article 4, is interpreted according to the criterion that, in the absence of any expressed or tacit abrogation, the doctor is allowed to abstain from any committing behaviour that is in opposition with the law, ethical regulations and good clinical-care praxis, with particular reference to the

hypothesis that such behaviour may include a damage to the right to life. Given reference to the advance healthcare directives as legal contract and the relations between the activities of notaries and doctors, it is argued in favour of the extension of the conscentious objection to the activity of notaries, drawing support from the expectations of the Act 194/1978. Lastly, four different ways of interpretation are pointed out, which the developed considerations allow to support, in favour to the recognition *de iure condito* of the conscentious objection for doctors and notaries.

**Key words**: Conscientious objection, doctor, notary, italian living will law, criminal accountability

**ILARIA AMELIA CAGGIANO**

*Associato di Diritto privato*
*Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*

# GENITORIALITÀ SCOMPOSTA E IDENTITÀ DEL MINORE. SPUNTI PER UN'ANALISI TECNICO-GIURIDICA*

SOMMARIO: 1. Il quadro giuridico di riferimento nel diritto della filiazione tra diritti fondamentali e clausole generali – 2. L'avvento delle biotecnologie e l'impatto sui fenomeni procreativi – 3. Le principali problematiche giuridiche – 4. Alcuni spunti ricostruttivi.

## 1. Il quadro giuridico di riferimento nel diritto della filiazione tra diritti fondamentali e clausole generali

Uno dei principali moventi del diritto di famiglia è la tutela dei soggetti deboli all'interno del nucleo familiare. A tale protezione è ispirata la disciplina normativa attuale (nei rapporti di coniugio e delle unioni) e ad essa dovrebbe essere volto ogni intervento o nuovo prodotto della creazione giuridica, o della sua applicazione, in materia di relazioni familiari e specificamente di filiazione.

Tale istanza s'inscrive nella più generale solidarietà verso le soggettività deboli, che è, infatti, dovere inderogabile di rango costituzionale, previsto in via generale nel nostro ordinamento (artt. 2 e 3 Cost.). Infatti, il dovere di solidarietà trova ampia realizzazione in disparati settori del diritto privato: dall'ambito contrattuale, ove, per effetto della previsione da parte delle fonti sovranazionali, l'interesse primario, invero, è rappresentato dalla tutela del mercato e la concorrenza – si pensi solo alla disciplina protezionistica nei confronti del consumatore – ma in cui trovano attuazione altresì i princìpi costituzionali; alle relazioni familiari, a fini di protezione e valorizzazione della persona[1], com'è in via esemplare con riguardo al primario interesse del figlio, e anzitutto del minore.

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] P. RESCIGNO, *Persona e comunità: saggi di diritto privato,* Bologna, 1966.

Il figlio, bisognoso di cure per la sua crescita e formazione, rappresenta il primo soggetto debole nei rapporti di famiglia, e in quanto tale reso titolare di diritti indisponibili, tra cui emerge – giova sempre ricordarlo – il fondamentale diritto all'amore dei genitori, ovvero a quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione. Esso è previsto espressamente dal diritto positivo come diritto all'assistenza morale dall'art. 315 *bis*, co. 1, c.c., e come requisito dell'*idoneità* affettiva degli aspiranti adottanti *ex* art. 6, co. 2, l. adoz.[2]. Il diritto all'amore, come gli altri diritti che oggi formano l'unitario statuto dei diritti del figlio, spetta non solo a tutti i figli, indipendentemente dallo *status* familiare dei genitori, ma al figlio, sempre, secondo le proprie necessità e in relazione al raggiunto grado di crescita e maturità.

Le attività volte alla crescita, educazione e formazione del figlio competono ad entrambi i genitori (secondo il principio della bigenitorialità), così realizzandosi il diritto del primo a crescere nella propria famiglia (nucleare), tutti questi elementi convergendo verso la costruzione dell'identità del soggetto[3].

In una considerazione integrata dei diritti del figlio e secondo una graduazione funzionale ai suoi bisogni – come noto – l'ordinamento prende in carico, in special modo, la cura del minore d'età (art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché la normativa interna come nel caso delle diversificate istanze di ascolto del minore) per assicurarne il benessere, prescrivendo la *tutela del* suo *interesse superiore* come preminente in tutti gli atti (legislativi, amministrativi, giudiziari, privati) che lo riguardano (art. 24 già citato e già art. 3 Conv. New York sui diritti del fanciullo)[4].

Il quadro sommariamente descritto finora (tutela dei figli e, principalmente, dei figli minori attraverso il riconoscimento di diritti fondamentali e di clausole generali)

---

[2] C. M. BIANCA, *Diritto civile,* 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017, p. 367.

[3] L'identità personale, quale diritto fondamentale, viene tutelato avverso le violazioni da parte di terzi della proiezione della persona nella società, ovvero per non vedere alterata la verità della propria vita e delle proprie idee (identità morale). Il profilo che qui si intende sottolineare è la tutela anticipata dell'identità personale nella fase e a garanzia della sua formazione, in base ai criteri giuridici positivizzati (che sono costituiti da altri diritti espressamente previsti, come il diritto alla bigenitorialità (art. 24 carta Nizza e 337 *bis* c.c. ), o diritti desumibili dal sistema, come quello alla corrispondenza tra identità genetica e identità familiare quanto meno nelle ipotesi generali o residuali, cioè non specificamente normate), ovvero – ad integrazione del contenuto dei primi, secondo criteri scientifici consolidati.

[4] L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.; ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *NGCC,* 2016, p. 148 ss.

rappresenta la trama essenziale della cornice di diritto positivo in tema di filiazione, la quale in tal modo restituisce «*la fondazione di un ordine oggettivo di valori sostanziali*»[5] sotto forma di diritti fondamentali della persona – quanto meno sul piano della grammatica dei diritti. La giuridificazione di tali valori impone all'interprete e al legislatore la definizione del *significato giuridico* di quei diritti e valori, in special modo nei casi più controversi che – come si vedrà – sono portati dall'operatività delle biotecnologie nei fenomeni procreativi.

Un esempio di quanto si va dicendo può aversi se si guarda al dibattito sul *best interest* poc'anzi citato.

Si è discusso e si continua a discutere sull'utilizzo – da parte delle corti sovranazionali e della giurisdizione interna – dello *standard* del "prevalente interesse del minore", potenziale strumento di arbitrio per il giudicante e veicolo per l'intrusione del suo personale convincimento nella decisione[6]. Si è addirittura giunti a definirlo "valore-tiranno". Tuttavia, è nostra personale persuasione che tanto nella veste di *ratio* della normativa esistente, quanto quale clausola generale in senso stretto, esso apporti la flessibilità necessaria per la valutazione del singolo caso, in un settore che, come tutti quelli riguardanti gli aspetti personalistici del diritto di famiglia, è tra i più esposti ai mutamenti sociali e culturali.

La sfida è, semmai, sia con riguardo al valore semantico del *best interest,* sia con riguardo a quello degli altri diritti fondamentali del minore, in veste di una loro tutela, quella di recuperare una chiave di lettura del dato normativo che sappia:

1. Individuare i criteri giuridici fondanti l'interesse del minore e i suoi diritti fondamentali[7];

---

[5] L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2001, 9.

[6] È nota l'affermazione del Carbonnier, il quale riteneva che il principio dell'interesse del minore fosse una "nozione magica", in grado di alleggerire il compito del legislatore e autorizzare anche abusi giudiziari. Sul punto, I. FERLIANI, *"Miglior interesse del bambino" e maternità surrogata: il rischio di un valore-tiranno,* in *Comparazione e diritto civile,* , p. 1 ss.

[7] Tali criteri sono stati individuati, in via descrittiva, nelle idee dominanti in una determinata comunità scientifica, nei valori morali di chi le prende, ovvero in criteri (la psicologia) aventi una pretesa oggettività scientifica (e provenienti in concreto, nell'attività del giudicante, dalle relazioni dei servizi sociali, CTU, o dall'apporto dei giudici onorari), e che essi devono esser ulteriormente passati al vaglio del breve e del lungo periodo. Così, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 106 ss. Si tratta di parametri che vanno individuati e classificati. Nel testo si ribadisce, inoltre, che tali parametri vadano, anzitutto, riempiti dei *valori* ricavabili da principi e regole giuridiche, in ragione della genericità del termine *interesse* e non in contrasto con la natura di clausola generale. Ciò, in via esemplificativa, significa che –

2. Orientare, sulla base dei parametri tra quelli sopra individuati, un non delegato convincimento del giudicante nel caso concreto, quando l'interesse del minore opera come *standard*/clausola generale. Può dubitare della prassi consolidata di far prevalere, in nome dell'interesse del minore, sempre più frequentemente situazioni di fatto sull'applicazione del principio di legalità, rendendo in tal modo l'interesse del minore una clausola in ragione della quale il giudice possa (o debba) disapplicare le regole giuridiche[8].

**2. L'avvento delle biotecnologie e l'impatto sui fenomeni procreativi**

Come anticipato, il terreno maggiormente problematico per la risposta giuridica ai problemi della filiazione nel contesto attuale è rappresentato dal moltiplicarsi delle possibilità procreative per effetto dell'utilizzo delle biotecnologie.

Le tecnologie riproduttive offrono nuovi percorsi di genitorialità, che è progressivamente separata dalla biologia. La tecnica, che aveva in passato conferito certezza al rapporto biologico e, conseguentemente, all'accertamento degli *status filiationis* (si pensi all'esame per la compatibilità genetica), diventa ora, *attraverso la scomposizione e ricomposizione in laboratorio del materiale genetico, e la dissociazione di questo dalla coppia che aspira al rapporto di filiazione*, occasione di incertezza e contrapposizione tra gli interessi dei soggetti coinvolti, soprattutto nel caso di ipotesi non espressamente disciplinate. Lo sviluppo tecnologico ha quindi determinato la fine dell'automatismo tra procreazione biologica / naturale e insorgenza della relazione giuridica di filiazione.

Le manifestazioni di questa genitorialità *scomposta (divisa o moltiplicata)* sono numerose e crescenti.

---

banalmente – l'interesse del minore, in varie questioni che possono riguardarlo, vada rintracciato sulla base dei diritti che l'ordinamento gli riconosce, come ad esempio il suo interesse alla bigenitorialità (come enucleabile dal sistema e con gli adattamenti consentiti); che, ancora ad esempio, lo stesso principio giuridico – allo stato – dovrebbe essere tenuto in considerazione anche nella formulazione degli atti legislativi in materia di adozione; che un suo superamento o un suo ulteriore adattamento possa essere consentito solo sulla base di studi e analisi empiriche accurate; che – adottando la prospettiva del lungo periodo – la costituzione dello stato di figlio debba tenere in considerazione non solo il diritto all'amore del figlio ma la formazione della sua identità personale, che non costituisce diritto fondamentale recessivo rispetto al primo, secondo un accurato bilanciamento.

[8] Nel senso della legittimità della disapplicazione del diritto che sia in contrasto con l'interesse del minore L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 87.

Si pensi, guardando alle ipotesi consentite dalla normativa italiana:

-la donazione di gameti che si ha nella procreazione assistita eterologa, in cui il genitore/i genitori genetici si differenziano dalla coppia committente (come consentito dalla Corte Cost. con sent. 162/2014) ovvero da chi avrà lo *status* giuridico di genitore, creandosi così una distinzione e moltiplicazione tra genitori genetici e legali.

-la possibilità di *egg sharing* o *sperm sharing* con conseguente possibilità di condivisione di patrimonio genetico da parte di figli di famiglie diverse (Linee Guida 2015 Min. Sal.).

-In generale, va poi ricordato, per il sol fatto della praticabilità della procreazione medicalmente assistita, la possibilità dell'errore, ovvero della combinazione di gameti appartenenti a membri di coppie committenti diverse o dell'impianto di embrioni nell'utero sbagliato, come avvenuto nel "recente" caso dell'ospedale Pertini[9].

Ma si vedano anche le possibilità procreative praticate in altri ordinamenti, che producono effetti giuridici anche nell'ordinamento italiano, in virtù del cosiddetto turismo procreativo e della conseguenza richiesta di riconoscimento di relazioni giuridiche familiari formatesi e lecite in altri ordinamenti. Ci riferiamo a:

-la moltiplicazione, dal punto di vista biologico, delle figure materne: madre partoriente e madre genetica, come nel caso di utero in affitto;

-la moltiplicazione degli stessi genitori genetici, oltre che sociali o legali, grazie alla donazione di mitocondrio, consentita per ora in paesi come il Messico e il Regno Unito;

-famiglie formate da 2 madri o due padri, costituite dalle coppie omosessuali che siano ricorse alla fecondazione eterologa all'estero.

Nei succitati casi di c.d. *genitorialità scomposta* (o moltiplicata), non tutti i *contributors* genetici aspirano allo *status* giuridico di genitori, ma la loro individualità rileva rispetto alla formazione dell'identità personale del minore, anche sotto forma di diritto all'identità genetica del figlio o di suo diritto all'informazione

[9] Ci sia consentito rinviare, anche al fine di ulteriore bibliografia sul punto, al nostro *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello* status *di figlio: il caso emblematico dell'ospedale Pertini*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 299 ss.

circa le proprie origini.

Non può essere poi dimenticata, infine, la questione degli embrioni sovrannumerari crioconservati, in numero sempre crescente, veri e propri minori in stato di abbandono, secondo alcune tesi dottrinarie, e quindi adottabili[10]. Tali tesi non appaiono avallate – tuttavia– dall'attuale dibattito legislativo sulla riforma dell'adozione. Per questi embrioni, la genitorialità è assente, coattivamente.

Le evenienze appena descritte hanno, nella quasi totalità, trovato ingresso nel tessuto sociale italiano e sono state portate all'attenzione della giurisprudenza, come si è detto, per effetto del turismo procreativo, che rende possibile il ricorso anche a soggetti non facultati secondo l'ordinamento italiano (coppie *same-sex* e *single*) alle tecniche della procreazione medicalmente assistita.

Le questioni giuridiche che sono emerse riguardano, anzitutto, la formazione e l'accertamento degli stati familiari, sotto forma di trascrivibilità di atti di nascita formati all'estero, in ipotesi di p.m.a. vietate nell'ordinamento italiano, ovvero la possibilità per il genitore non biologico (né committente la p.m.a. ai sensi della normativa interna) di adottare il figlio biologico del convivente, o unito civilmente (cd. *stepchild adoption*). È opportuno rilevare come, anche sotto tale ultimo profilo, la disciplina dell'adozione risulti servente alle biotecnologie della riproduzione, già vincenti sul piano quantitativo per il prevalere del desiderio del figlio "ad ogni costo" sul senso di solidarietà umana che dovrebbe spingere l'aspirante genitore ad adottare[11].

## 3. Le principali problematiche giuridiche

La giurisprudenza che si è trovata a decidere sui casi sopraindicati, pur nel tentativo di salvaguardare la continuità affettiva del minore (il suo *best interest*), ha

---

[10] A. NICOLUSSI, *Legittimità e significato giuridico dell'adozione di embrioni*, in www.scienzaevita.org; L. GATT, *Il problema dei minori senza identità genetica nei (vecchi e) nuovi modelli di famiglia: il conflitto tra ordine giuridico interno e c.d. ordine pubblico internazionale,* in *Familia,* 2017, p. 273 ss., spec. p. 274.

[11] M. R. MARELLA, *L'adozione dei minori oltre il canone dell'imitatio naturae: l'impatto dei nuovi modelli di genitorialità sulla disciplina vigente* ovvero *voce* Adozione *in Dig. IV, Appendice di Aggiornamento.*

operato una serie di forzature del sistema.

Così è avvenuto, nel noto caso del figlio nato da due madri (una partoriente l'altra genetica), in cui si chiedeva la trascrizione del certificato di nascita formato all'estero che accertava come genitrici le due donne coniugate, ossia la partoriente e la donatrice di ovulo. I giudici in proposito hanno affermato che, esistendo un vero e proprio *diritto soggettivo ad avere figli*[12], anche laddove questo si esplichi in forme vietate come la surrogazione di maternità, tale pratica risulta conforme all'ordine pubblico internazionale e pertanto idonea in qualche modo a produrre effetti nell'ordinamento interno[13]. La pronuncia ha subito ricevuto eco in altra giurisprudenza di merito[14]. Ma si tratta di posizioni che si prestano a critiche.

Il nostro ordinamento conosce solo il diritto del figlio di crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei suoi genitori e le essenziali relazioni affettive che instaura e – prima ancora – il suo diritto ad avere una famiglia e, dunque, ad essere adottato, ove si trovi in stato d'abbandono. Non esiste, invece, un diritto dell'individuo ad avere figli, che – anche nella sua teorica postulazione – svilisce la posizione e la dignità del figlio, riducendo la sua persona ad oggetto di un diritto altrui[15].

Ciò significa che, anche nell'adozione, l'interesse giuridicamente rilevante ad adottare, certamente configurabile, "*può essere soddisfatto solo se e in quanto sia adeguatamente realizzato il diritto del minore ad essere adottato*". In questo

---

[12] Si tratta di una posizione che viene fatta derivare dalla Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa. Tale pronuncia ha - tra l'altro - affermato che la scelta della coppia "*di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che…è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare*". In realtà la pronuncia di incostituzionalità, già criticabile, ruota intorno alla tutela della salute psico-fisica della coppia infertile che chiede di accedere alla P.M.A., la quale costituisce, notoriamente, una tecnica medica.

[13] Cass. 30 settembre 2016, n. 19559 (rel. Lamorgese), in *NGCC*, 2017, I, p. 372 ss.

[14] App. Trento, ord. 23.3.17, Trib. Min. Firenze, decr. 8.3.17 in *NGCC*, 2017, p. 994 ss. con nota di V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale,* p. 986 ss.

[15] A. MORACE PINELLI, *sub co. 20, Il problema della filiazione nell'unione civile*, in *Le Unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d. lgs. n. 5/2017; d. lgs. n. 6/2017; d. lgs. n. 7/2017* a cura di C. M. Bianca, Torino, p. 303 ss.

contesto, ci si può anche chiedere quale sia il modello di famiglia in cui il figlio ha diritto di crescere e che possa essere replicato nello schema adottivo.

Ritornando al problema della trascrizione di atti di nascita registrati all'estero, non convince il ricorso alla nozione cd. ordine pubblico internazionale, fatto proprio dalla dottrina e dalla giurisprudenza interna e sovranazionale. Come detto, la maternità surrogata non è stata ritenuta contrastante con tale limite, affermandosi il diritto del minore a conservare lo *status* di figlio anche in fattispecie in cui due padri che avevano fatto ricorso alla surrogazione di maternità all'estero[16].

Al di là del contenuto dell'ordine pubblico internazionale (se da intendersi in senso più ampio o più restrittivo), di modo da valutare se determinate pratiche procreative come la maternità surrogata siano o meno contrarie allo stesso, ciò su va primariamente richiamata l'attenzione è, anzitutto, il passaggio interpretativo, a nostro parere non convincente, che porta a qualificare l'ordine pubblico (come previsto dagli artt. 16, 64 e 65 della lg. 218/95 e dall'art. 18 del d.p.r. 396/2000) non già come interno ma internazionale. La funzione di filtro per l'ingresso di atti o provvedimenti nell'ordinamento nazionale, nelle fattispecie internazional-privatistiche, non può essere rappresentato da un criterio estraneo allo stesso ordinamento interno, se non al prezzo (o forse con l'intento) – come sta accadendo – di far perdere il ruolo politico delle scelte legislative, determinando una "concorrenza verso il basso" ovvero quello che è stato definito come "conformismo giuridico".

Infine, non può non ricordarsi come, sempre con riguardo alla genitorialità delle coppie *same-sex*, che ricorrono alla maternità surrogata o ad altre tecniche procreative con utilizzo di materiale genetico di terzi, il tentativo di creare uno spazio familiare anche in senso giuridico rispetto al figlio di uno dei due membri della coppia, abbia trovato ormai da anni avallo nella giurisprudenza di merito e più di recente in quella di legittimità[17], nonché in improbabili quanto incomprensibili tentativi di legittimazione da parte del legislatore (co. 20 l. 76/2016), attraverso l'accesso all'adozione c.d. mite (art. 44 lett. *d)* l. adoz.).

---

[16] La già citata App. Trento 23 febbraio 2017, *cit.*

Non può non rilevarsi, anche in tale occasione, come l'applicazione giurisprudenziale superi il dato normativo esistente, travisando il rapporto tra fattispecie e precetto giuridico e l'interpretazione sistematica delle norme. Per legittimare l'accesso all'adozione da parte di chi non sia genitore genetico dello stesso ma vi conviva stabilmente, come noto, si ricorre alla *fictio* di ritenere che l'impossibilità di fatto di ricorrere all'affido preadottivo possa essere anche l'impossibilità secondo diritto (che però qui è illiceità) con il risultato che l'illecito diviene elemento costitutivo la fattispecie integrante i requisiti di una delle ipotesi di adozione in casi particolari. Inoltre, ciò condurrebbe, a postulare una contraddizione interna alla norma, in cui il contenuto di una disposizione (art. 44 lett. *d)*), che verrebbe a riguardare anche l'adozione da parte del convivente del genitore, smentisce quello di altra disposizione (art. 44 lett. *b*) che invece la restringe al solo coniuge del genitore.

**4. Alcuni spunti ricostruttivi**

Gli esempi appena descritti ci consegnano il difficile tentativo intrapreso dalla giurisprudenza di dare voce agli interessi emergenti nelle nuove realtà familiari, consentite dallo sviluppo tecnologico, rispetto al quale la legislazione interna non riesce – anche ove volesse – a porsi assumendo il ruolo di limite, per effetto della concorrenza tra ordinamenti e cliniche della riproduzione o dell'industria farmaceutica.

È condivisa l'affermazione relativa ai pregevoli intenti di una giurisprudenza che, nel rispondere a situazioni di fatto già verificatesi, forza il dato normativo, per tutelare l'interesse dei minori coinvolti.

Non può essere nostro compito valutare gli intenti, spesso autenticamente volti alla definizione di situazioni complesse, ma neppure appare possibile valutare le soluzioni giuridiche in ragione dei *motivi* ovvero giustificarle comunque in virtù della finalità di evitare che le colpe dei genitori ricadano sui figli.

Come si anticipava, una via concreta può essere rappresentata da una rivalutazione dell'interesse del minore, che non può giungere a far superare la lettera della legge,

ovvero il principio di legalità, né essere limitato alla valutazione della continuità affettiva come stabilizzazione di situazioni di fatto, ma va integrato tenendo conto degli elementi idonei a incidere sulla formazione e crescita del figlio, e della sua identità. Tali interessi giuridici sottesi sia dalla disciplina sugli accertamenti degli *status* sia dalla disciplina dell'adozione, a garanzia della formazione di una sana personalità del figlio, vanno tuttavia attentamente soppesati, per cui possono essere viste criticamente quelle decisioni che hanno risposto ritenendo contrario all'interesse del minore spezzare una convivenza di pochi mesi, pur in assenza di un titolo legale di genitorialità e di qualsiasi legame biologico con il minore (magari di 6 mesi come bel caso *Paradiso Campanelli v Italia*), soprattutto quando questa convivenza si sia realizzata nei primissimi mesi di vita.

Una possibile valutazione del caso concreto dovrebbe tenere in considerazione i termini temporali che il legislatore stesso prende in considerazione per le azioni di contestazione degli *status* ovvero, per dare contenuto all'interesse del minore, anche l'apporto delle scienze sociali, avviando un'analisi non preconcetta e non sommaria sugli elementi costitutivi il benessere del figlio (come ad esempio la rilevanza dell'identità genetica nella costruzione dell'identità personale).

A tal fine, una maggiore integrazione tra scienze sociali (e i suoi studi comportamentali) e diritto a fine di definire potrebbe produrre ad un confronto, che allo stato mi pare non esistente, su studi, quanto meno argomentati, e non posizioni personali.

*De iure condendo*, il discorso che si è provato a condurre acquista significato oggi, momento in cui si discute la valutazione dei requisiti soggettivi degli adottanti, ai fini della modifica della legge 184. Anche in questo caso, riteniamo che un serio confronto dovrebbe passare per valutazioni e indagini conoscitive – condotte sulla base della letteratura scientifica – della valutazione dello sviluppo della personalità del minore (e quindi dello sviluppo della sua identità) ad integrare quel diritto all'amore (e ad avere una famiglia), che basata sulla mera valutazione dell'idoneità affettiva, porta con sé l'estensione incondizionata all'adottabilità da parte di coppie o single (quando non vi siano altre opzioni).

Allorquando ci si allontana dal consolidato criterio dell'*imitatio naturae* appare ragionevole adottare un principio di precauzione (art. 191 TFUE) in favore del figlio, e della sua salute, al fine di verificare l'assenza di danni nella formazione, ovvero un riscontro positivo, non rispetto a realtà patologiche delle famiglie attuali ma ad un modello di sano sviluppo.

Un compito concreto e possibile diventa quella di migliorare l'accesso alle adozioni, come attualmente disciplinate, e incentivarne il ricorso ove la riduzione delle situazioni di povertà non sia idonea ad evitare gli abbandoni (in ottemperanza all'art. 1, co. 2, l. 184/1983).

Quanto alla procreazione medicalmente assistita, è ancora l'interesse del minore alla sua crescita conforme e coerente con il suo patrimonio genetico a dover essere tenuto in considerazione per evitare che i diritti del figlio vengano retrocessi ancora rispetto all'interesse alla genitorialità.

*Abstract*

**ILARIA AMELIA CAGGIANO, Genitorialità scomposta e identità del minore. Spunti per un'analisi tecnico-giuridica**

Le tecnologie riproduttive offrono nuove forme di genitorialità. La tecnica diventa, attraverso la scomposizione e ricomposizione in laboratorio del materiale genetico, e la dissociazione di questo dalla coppia che aspira al rapporto di filiazione, occasione di incertezza e contrapposizione tra gli interessi dei soggetti coinvolti.
La giurisprudenza tenta di dare voce agli interessi emergenti degli aspiranti genitori nelle nuove realtà familiari attraverso dubbie interpretazioni della normativa sulle adozioni in casi particolari e l'utilizzo della nozione di ordine pubblico internazionale ai fini della trascrizione di atti di nascita formati all'estero in relazione a fattispecie proibite nell'ordinamento domestico.
Un possibile percorso ermeneutico per superare questi consolidati orientamenti giurisprudenziali può partire da una rivalutazione della clausola generale dell'interesse del minore, che non può essere limitato alla valutazione della continuità affettiva come stabilizzazione di situazioni di fatto, ma va integrato con gli elementi idonei a incidere sulla formazione e crescita del figlio, in altri termini sulla sua identità genetica.

**Parole chiave**: filiazione, procreazione, biotecnologie, identità genetica, interesse del minore

**ILARIA AMELIA CAGGIANO, Dismantled parenthood and the identity of the child. Ideas for a technical-legal analysis**

Reproductive technologies offer new forms of parenting. Technique becomes, through the dismantling and recomposition of genetic material in laboratories, and the its dissociation from the couple who aspires to parenthood, a way for uncertainty and dispute between the interests of those involved.
The judiciary tries to give voice to the aspiring parents' emerging interests in the new families through dubious interpretations of the law on adoptions in particular cases and the use of the notion of international public order for the purposes of transcription of birth certificates formed abroad in relation to prohibited cases in the domestic legal order.
A possible path to overcome these cases solutions stems from a re-evaluation of the general clause of the best interest of the child, which can not be limited to the assessment of affective continuity as a stabilization of situations, but must be integrated with the elements suitable to affect on the formation and growth of the child, in other words on his genetic identity

**Key words**: filiation, procreation, biotechnology, genetic identity, best interest of the child

**ALDO ROCCO VITALE**

*Avvocato e Dottore di ricerca in Storia e Teoria generale del diritto europeo*
*Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

# RILIEVI BIOGIURIDICI SU ONEROSITÀ E GRATUITÀ DELLA MATERNITÀ SURROGATA*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Onerosità o gratuità? – 3. Echi teologici – 4. Conclusioni

## 1. Introduzione

«*Non c'è più niente di normale da quando l'anormale è diventato la norma*»:[1] così lamentava il protagonista della celebre opera "Il re muore" di Eugène Ionesco, quasi riassumendo icasticamente tutta l'essenza del mondo contemporaneo, cioè quello in cui si sgretolano e si sfaldano non solo e non tanto le fondamenta antropologiche fino ad ora considerate (per esempio l'idea stessa che vi sia una normalità, o meglio, una normatività), ma soprattutto quello in cui si rimodella l'intera figura umana nella globalità della sua esistenza.

Dopo che gli dei sono andati in esilio,[2] dopo il crepuscolo degli idoli,[3] l'uomo, già *homo ludens*,[4] divenuto *homo oeconomicus*,[5] poi *homo videns*,[6] immerso nella modernità liquida,[7] incamminato verso un altrettanto liquido futuro,[8] ridotto a soggetto di desiderio,[9] dimentico di essere anche *homo juridicus*,[10] dapprima forgiato ad immagine e somiglianza di se stesso

---

**Contributo sottoposto a valutazione*.

[1] E. IONESCO, *Il re muore*, Torino, 1963, p. 23.
[2] H. HEINE, *Gli dei in esilio*, Milano, 1978.
[3] F. NIETZSCHE, *Il crepuscolo degli idoli ovvero come si filosofa col martello*, Milano, 1983.
[4] J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, 1979.
[5] R. MICHELS, *Homo oeconomicus*, Roma, 2001.
[6] G. SARTORI, *Homo videns*, Bari, 2007.
[7] Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari, 2011.
[8] Z. BAUMAN, *Futuro liquido. Società, uomo, politica e filosofia*, Milano, 2014.
[9] J. BUTLER, *Soggetti di desiderio*, Bari, 2009.
[10] A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006.

secondo il paradigma dell'*homo homini Deus est*,[11] viene plasmato infine ad *homo faber* secondo il paradigma della potenza tecnica come ha notato Nikolaj Berdjaev per il quale, infatti, «*la macchina storpia l'uomo e vuole plasmarlo a sua immagine e somiglianza*».[12]

In un tale scenario di vera e propria decomposizione metafisica dell'esistenza, in cui emerge imponente l'idea per cui i valori supremi si svalutano in quanto tutto è in ultima analisi privo di senso,[13] in cui il senso delle cose e del mondo è radicalmente scisso dalla verità senza avvertire razionalmente che si tratta di un grave non-senso,[14] anche il diritto, inevitabilmente, viene ad essere rappresentato come dimensione a-veritativa,[15] come tale rimesso esclusivamente alla pura volontà individuale,[16] cioè determinato, kantianamente, da quell'arbitrio bestiale che è la mera inclinazione soggettiva.[17]

In tale cornice si inscrivono e si inseriscono le problematiche bioetiche e biogiuridiche in generale venute alla ribalta negli ultimi decenni ed in special modo quella della maternità surrogata.[18]

Già dalla sua definizione si incontrano le prime difficoltà.

Rinviando alla differenziazione concettuale, soprattutto dal punto di vista giuridico, tra surrogazione totale e parziale e tra donna surrogata e donna surrogante (cioè gestante)

---

[11] L. FEUERBACH, *L'essenza del cristianesimo*, Milano, 1996.
[12] N. BERDJAEV, *L'uomo e la tecnica*, Rapallo, 2005, p. 35.
[13] «*Tutto è privo di senso*»: F. NIETZSCHE, *La volontà di potenza*, Milano, 2008, p. 7.
[14] «*Un senso che non fosse al contempo anche verità, sarebbe non-senso*»: J. RATZINGER, *Introduzione al Cristianesimo*, Brescia, 2005, p. 69.
[15] N. IRTI, *Diritto senza verità*, Bari, 2011.
[16] «*Il diritto è ormai consegnato alla solitudine della volontà umana*»: N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, p. 23.
[17] «*Quello che può essere determinato soltanto dall'inclinazione sarebbe l'arbitrio bestiale*»: I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Bari, 1973, p. 14.
[18] Di seguito alcuni dei principali riferimenti bibliografici consultati a fini delle presenti riflessioni: AA.VV., *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, Giuffrè, 2002; AA.VV., *La maternità surrogata. Riflessioni medico-legali in tema di tutela dell'embrione, del nascituro, delle due madri e della dignità della persona umana*, in *Medicina e Morale*, 2/2000, pp. 261-318; H. BRAHO, *La maternità surrogata come problema biogiuridico*, UniversItalia, Roma, 2013; M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo status*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2014, pp. 615-646; M. FAGGIONI, *Maternità surrogata: un nuovo impedimento?*, in *Periodica*, 102/2013, pp. 279-305; A. FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, Giuffrè, 2002; S. MANCUSO, *Riflessioni biomediche sulla fecondazione eterologa e sulla maternità surrogata*, in *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, 1/2012, pp. 102-107; M. MORI, *Perché tanto zelo contro la gravidanza surrogata?*, in *Bioetica*, 4/2000, pp. 681-684; A.M. PRINCIGALLI, *Maternità surrogata nella esperienza francese: frode alla legge e interesse dei figli*, in *Rassegna critica di giurisprudenza*, 4/2005, pp. 519-531; M. SIMONE, *Il caso della maternità surrogata*, in *La Civiltà Cattolica*, 3594/2000, pp. 604-611; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Vita&Pensiero, Milano, 2007; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000/3, pp. 193-202.

altrove tempestivamente proposta,[19] occorre riconoscere che al di là della semplice modulazione distintiva tra "maternità surrogata" da un lato,[20] e "utero in affitto" dall'altro (a seconda che si ponga l'attenzione sulla sostituzione di maternità o sul rapporto economico-obbligazionario sottostante alla medesima),[21] si assiste ad un vero e proprio fenomeno di rimodellazione semantica che traduce il tentativo di una più profonda ristrutturazione concettuale della pratica in questione tramite l'utilizzo della locuzione "gestazione per altri", con lo scopo verosimile di renderla più accettabile evidenziandone l'aspetto altruistico che dovrebbe sopportarne e supportarne la legittimità morale e giuridica.[22]

La questione, come ben si comprende, non è soltanto la riproposizione moderna e aggiornata della antica e nobile disputa sugli universali che ha visto contrapposti gli schieramenti dei nominalisti da un lato e dei realisti dall'altro, ma è, invece, il prodromico riflesso problematico afferente alla maternità surrogata poiché esprime la volontà del pensiero tecnico, come tale sempre totalizzante,[23] di impossessarsi della maternità cominciando dalla stessa dimensione lessicale.

La formula "gestazione per altri", dunque, non solo non può essere effettivamente preferita in quanto espressione del totalitarismo tecnico che cerca di dominare la realtà nella sua interezza, ma soprattutto perché non riesce a dar contezza della rilevanza giuridica dell'intera operazione che appunto mutua la propria "economia" dall'istituto civilistico

---

[19] A. R. VITALE, *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e Morale*, 2/2016.

[20] M. FAGGIONI, voce "*Maternità surrogata*", in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, 2015, Vol. VIII.

[21] G. MILANO, voce "*Utero in affitto*", in *Bioetica. Dalla A alla Z*, Milano, 1997, pp. 173-174.

[22] Significativo in questo senso un passaggio, tra i tanti simili estrapolabili, della Carta Etica delle Famiglie Arcobaleno, disponibile presso il seguente sito internet http://www.famigliearcobaleno.org/userfiles/file/Posizioni%20FA%20su%20temi%20eticamente%20sensibili.pdf, in cui tanto si legge: «*La GPA può e deve essere raccontata, e deve essere motivo d'orgoglio per chi la porta a termine. Occorre che le donne possano con orgoglio raccontare il "regalo" (perché nessun compenso potrà mai risarcire adeguatamente o sciogliere il debito del dono fra lei e la famiglia ricevente) di una vita messa al mondo per altri; occorre che le coppie infertili possano raccontare con orgoglio il viaggio verso l'altro che ha portato alla loro famiglia*».

[23] «*Non c'è altro rapporto dell'uomo con la natura, tutto l'insieme di legami, complesso e fragile, che l'uomo aveva pazientemente tessuto, poetico, magico, mitico, simbolico scompare: rimane solo la mediazione tecnica che si impone e diventa totale*»: J. ELLUL, *Il sistema tecnico. La gabbia delle società contemporanee*, Milano, 2009, p. 56.

della surrogazione, facendo sì che soltanto la locuzione "maternità surrogata" possa essere quella concretamente calzante per definire l'operazione in analisi in questa sede.

"Maternità surrogata", dunque, proprio perché in grado di rivelare il sostrato giuridico che caratterizza la pratica bio-medica e medico-legale in cui essa consiste traduce la sua verità di fondo, aderendo al noto principio per cui *veritas sequitur esse rerum* e dimostrando così che non si tratta soltanto di una banale preferenza tassonomica, di mero *flatus vocis*, ma di una vera e propria esigenza di rigore lessicale e concettuale che come tale è afferente al linguaggio, cioè a ciò che per natura è deputato a mostrare, e non già a celare, l'essere della realtà secondo la brillante intuizione di Martin Heiddegger per il quale, infatti, «*il linguaggio è la casa dell'essere*»,[24] dimostrandosi l'unica locuzione congrua e adatta a descrivere il fenomeno oggetto delle presenti riflessioni.

Non si tratta, quindi, di "gestazione per altri", ma di maternità surrogata che, a sua volta, può essere a titolo oneroso o a titolo gratuito pur essendo in entrambi i casi "per altri", cioè diretta alla conduzione della gravidanza per consegnarne ad altri il frutto al momento del parto.

In questo senso Sylviane Agacinski ha giustamente notato che «*mais le nom de gestatrice et le formule gestation pour altrui, ou GPA, tendent de plus en plus à s'imposer. Ces trois lettres semblent faites pour inspirer confiance, comme le silge d'une compagnie d'assurences, mais elles contribuent largement à masquer la nature de cette inquiétante nouveauté […]. Les trois petite lettres GPA sont sans doute rassurantes, mais elles constituent une mystification et maquillent une forme inédite de servitude et d'abaissement des femmes*».[25]

Occorre, dunque, preliminarmente ad ogni ulteriore analisi, secondo l'insegnamento di Confucio, «*ridare ai nomi il loro vero significato*».[26]

---

[24] M. HEIDEGGER, *Lettera sull'umanismo*, Milano, 1995, p. 60.
[25] S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, Flammarion, Paris, 2013, pp. 89-92.

## 2. Onerosità o gratuità?

Un aspetto problematico e senza dubbio rilevante della maternità surrogata riguarda la sua determinazione economico-giuridica e specificamente in merito alla sua onerosità o gratuità.

La maternità surrogata a titolo oneroso, nonostante ciò che una parte della dottrina ritiene,[27] è oramai una realtà che si è venuta definendo come una vera e propria industria a livello globale che fattura diversi miliardi di dollari all'anno.[28]

Mentre in Italia essa è vietata dalla legge 40/2004,[29] così come riconosciuto anche dalla giurisprudenza,[30] e di recente dal CNB,[31] una parte della più recente dottrina ritiene che «dal punto di vista della mera possibilità economica e/o giuridica non ci sono limiti che impediscano tali contratti, si può fare tutto, il punto è se ci piace ciò che facciamo».[32]

Il problema è proprio questo: si può contrattualizzare la maternità? Si può disporre a titolo oneroso del proprio corpo o delle parti di esso? La genitorialità è contrattualmente cedibile? Vi sono limiti giuridici – metanormativi – ed etici alla contrattualizzazione dell'esistenza? Anche se vi è il consenso della donna gestante, il contratto di maternità surrogata lede la dignità della donna? Perché? Non si tratta dell'ulteriore espressione concreta dell'autodeterminazione?

---

[26] Citato in V. POSSENTI, *Le ragioni della laicità*, Soveria Mannelli, 2007, p. 5.

[27] «*La previsione di un versamento di somme a titolo di rimborso anticipato delle spese necessarie per l'intero processo (si pensi al mancato guadagno nel periodo in cui la gestante deve interrompere il lavoro) non muterebbe il titolo gratuito dell'accordo*»: A VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *Rivista di biodiritto*, 2/2016, p. 143.

[28] Si pensi, tra i numerosissimi esempi citabili, che nella sola India il mercato della maternità surrogata fattura circa 2,3 miliardi di dollari ogni anno (http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/01/26/utero-in-affitto-in-india-e-boom-clienti-anche-dallestero-ma-madri-no-hanno-tutele/454192/).

[29] «*Chiunque in qualsiasi forma realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a 1.000.000 di euro*»: Art. 12, comma 6.

[30] «*Il ricorso all'utero in affitto è contrario alla legge italiana per motivi di ordine pubblico e tale limite non è stato messo in discussione dalla sentenza 162/2014 della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa. La l. n. 40 del 2014 esclude infatti la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata, che consiste nel portare a termine una gravidanza su committenza. L'unico modo per realizzare progetti di genitorialità priva di legami biologici con il minore è quindi quello dell'adozione*»: Corte di Cassazione n. 24001/2014.

[31] «*Il CNB ricorda che la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione. Il CNB ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetica fondamentali che emergono anche dai documenti sopra citati*»: CNB, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016.

[32] S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*, in *Rivista di biodiritto*, 2/2014, p. 101.

Rispondere esaustivamente a tutti i suddetti e ad altri connessi quesiti (chi stabilisce il prezzo? Il SSN dovrebbe incaricarsi di coprire simili spese per le coppie committenti non abbienti? Le donne che ricorressero alla surrogazione come attività redditizia dovrebbero pagare le imposte sul reddito?)[33] sarebbe impossibile in un così breve spazio, ma si possono tracciare i confini della questione per percepirne la portata.

Il mercato mondiale della maternità surrogata,[34] del resto, si sostiene anche grazie al mercato di gameti anch'esso diffuso a livello globale,[35] scoprendosi che i "donatori" di gameti prestano le proprie risorse biologiche quasi sempre per motivi di carattere lucrativo.[36]

Debora Spar ricorda l'ampiezza dell'industria della fertilità,[37] che Susan Markens stima in quasi 2 miliardi di dollari all'anno,[38] il tutto in totale contrasto con i più elementari principi etici e giuridici che vietano di trarre profitto economico dal corpo umano e dalle sue parti, come sanciscono, del resto, l'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e sulla biomedicina del 1997,[39] e l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.[40]

Mentre, tuttavia, Carol Sanger reputa che il mercato della surrogazione sia in sé qualcosa di positivo e che debba essere sviluppato, poiché garantisce che la donna possa essere sia madre che rimane in casa, sia lavoratrice retribuita per la propria attività,[41] le dinamiche

---

[33] «*Vogliamo una società in cui ogni cosa è in vendita? Oppure ci sono certi beni morali e civici che i mercati non onorano e che i soldi non possono comprare?*»: M. SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Milano, 2013, p. 202.

[34] Mercato alimentato dal sempre più vasto riconoscimento legale delle coppie del medesimo sesso come si evince dalla prestigiosa testata economica Forbes: http://www.forbes.com/sites/kateharrison/2015/07/07/the-supreme-courts-ruling-on-same-sex-marriage-opens-up-the-surrogacy-market

[35] R. ALMELING, *Sex cells. The medical market for eggs and sperm*, University of California Press, 2011.

[36] R. ALMELING, *op. cit.*, p. 112.

[37] D. SPAR, *The baby business. How money, science and politics drive the commerce on conception*, Harvard Business School Press, 2006, pp. 32-33.

[38] S. MARKENS, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, University of California Press, 2007, pp. 180-181.

[39] «*Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto*».

[40] «*Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:*
*- il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone;*
*- il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro*».

[41] «*In this way surrogacy uniquely serves the preference of some women to be traditional stay-at-home moms while engaging in paid labor at the same time. It recognizes the value of reproductive work by women who, in*

socio-economiche e medico-legali tramite cui viene in essere la maternità surrogata lasciano intendere che queste forme di "biolavoro",[42] come è stato definito, sono giuridicamente ed eticamente problematiche.

Ad una prima approssimazione, considerando che le donne surroganti sono nella maggior parte dei casi soggetti socio-economicamente svantaggiati sia dei Paesi occidentali che a maggior ragione dei Paesi meno sviluppati,[43] si può ritenere che la pratica della maternità surrogata a titolo oneroso, sfruttando la predetta condizione di disagio, sia da ascrivere in quella ben più ampia del mercato di organi e,[44] quindi, come tale, da considerare non solo in violazione della Dichiarazione di Istanbul del 2008,[45] ma anche e soprattutto della dignità umana.[46]

La legalizzazione della maternità surrogata, dunque, con la conseguente abolizione del divieto assoluto, come da taluni auspicato,[47] soffre della medesima debolezza etica e

---

*the never-ending schism between career and home, often feel undervalued*»: C. SANGER, *Developing markets in baby-making*, in *Harvard Journal of law and gender*, 30/2007, pp. 77-78.

[42] «*Con la diffusione delle tecnologie di riproduzione assistita, la vendita di tessuti come oociti e spermatozoi, o di servizi riproduttivi come la maternità surrogata, appare sempre più come un fiorente mercato del lavoro, in cui la manodopera viene prodotta e selezionata secondo linee di classe e di razza. Il risultato, per noi, si chiama lavoro clinico*»: M. COOPER – C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, Roma, 2015, p. 32; cfr. anche C. LAFONTAINE, *Le corps-marché: La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Parigi, 2014.

[43]Cfr. in questo i preziosi reportage della giornalista Julie Bindel: https://www.theguardian.com/global-development/2016/apr/01/outsourcing-pregnancy-india-surrogacy-clinics-julie-bindel; https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/20/commercial-surrogacy-wombs-rent-same-sex-pregnancy

[44] N. SCHEPER-HUGHES, *Il traffico di organi nel mercato globale*, Verona, 2004.

[45] «*Il traffico di organi e il turismo del trapianto violano i principi di equità, di giustizia e di rispetto per la dignità umana e dovrebbero essere vietati. Dal momento che il commercio di trapianti colpisce donatori impoveriti e altresì vulnerabili, conduce inesorabilmente a iniquità e ingiustizia, e dovrebbe essere vietato. Con la risoluzione 44.25, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha invitato gli Stati a impedire l'acquisto e la vendita di organi umani per trapianti*», Art. 6.

[46] «*La compravendita di organi e di tessuti, ancorché regolamentata a livello legislativo, rappresenterebbe in ogni caso una tentazione per le classi più povere e per quelle socialmente svantaggiate, che a fortiori potrebbero subire maggiormente una sorta di ricatto per fronteggiare le esigenze dei figli o di altri familiari*»: Comitato Nazionale per la Bioetica, *Mozione del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla compravendita di organi a fini di trapianto*, 18 giugno 2004.

[47] «*L'assolutezza del divieto non risponde, infatti, alle esigenze diffuse nella società contemporanea e alla variabilità e peculiarità delle fattispecie concrete*»: A VALONGO, *op. cit*., p. 138.

giuridica di chi, esplicitamente e da tempo,[48] desidera legalizzare la vendita degli organi umani per far venire meno il mercato degli stessi.[49]

E sebbene secondo una certa dottrina, nell'ambito dei contratti di maternità surrogata e delle relative prestazioni (cioè consegna del nato contro consegna del denaro), si dovrebbe distinguere il pagamento per i servizi di gestazione, dal pagamento dell'acquisto dell'infante, ritenendo, eticamente e giuridicamente, ammissibile il primo e inammissibile il secondo,[50] la maternità surrogata a titolo oneroso è considerata una vera e propria forma di *baby business*.[51]

Per Gostin, insomma, se il danaro è previsto soltanto per compensare o rimborsare la donna surrogante per le fatiche del suo "lavoro gestazionale", retribuzione comunque lesiva della dignità della donna per altra parte degli studiosi,[52] esso non appare essere in contrasto con i principi dell'ordinamento che richiedono una retribuzione per il lavoro svolto; se, invece, il pagamento è effettuato direttamente per l'acquisto del frutto del parto, allora si tratta di un accordo che viola la dignità umana e come tale non meritevole di tutela, anche se, secondo la Corte Suprema del Kentucky, una simile distinzione non è sempre agevole da effettuare.[53]

Se, dunque, la necessità economica in cui versano le donne surroganti illumina l'intrinseca antigiuridicità della maternità surrogata a titolo oneroso, non riesce ancora a spiegare fino in fondo il perché sia antigiuridica anche quella maternità surrogata a titolo

---

[48] M. FRIEDLAENDER, *The right to sell or buy a kidney*, in *Lancet*, 16 marzo 2002, pp. 971-973; A. GRIFFIN, *Kidneys on demand*, in *British medical journal*, 10 marzo 2007, pp. 502-505.

[49] «*Introdurre un mercato legale sotto il controllo dello Stato o di enti designati si tradurrebbe in un prolungamento dell'attesa per coloro che offrissero o facessero richiesta di organi, in virtù dei controlli e delle procedure da eseguire. Mentre l'elemento che contribuisce ad alimentare la clandestinità è l'estrema rapidità con cui un ricevente può, talvolta nel giro di poche ore, essere trapiantato a migliaia di chilometri dalla propria sede di residenza. Potrebbe mai un sistema regolato competere a tal punto da scoraggiare trafficanti e contrabbandieri di organi? Crediamo di no*»: F. FILIPPONI, *Santi o schiavi?*, Milano, 2010, p. 93.

[50] L. GOSTIN, *A civil liberties analysis of surrogacy arrangements*, in *Law Medicine & Health Care*, 16/1988, pp. 7-17.

[51] N. BEN-ASHER, *The curing law: on the legal evolution of baby-making markets*, in *Columbia public law & legal theory working papers*, 19-02-2008, pp. 1-66; J. BINDEL, *Commercial surrogacy is a rigged market in wombs for rent*, in *The Guardian*, 20 febbraio 2015; L. EXTON, *The baby business. What's happened to maternity care in New Zeland*, 2008; J. MARGULIS, *The business of baby*, Scribner, 2013, pp. 82-83; D. SPAR – A. HARRINGTON, *Building a better baby business*, in *Minnesota Journal of law science & technology*, 10/2009, pp. 41-69.

[52] E. ANDERSON, *Is women's labor a commodity?*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1/1990, pp. 71-92.

oneroso che è determinata dalla mera scelta della donna surrogante che vi si sottopone esercitando la propria autodeterminazione.[54]

Posto che occorre non fraintendere il concetto di autodeterminazione, discostandosi da certa pur autorevole dottrina che tuttavia sul punto appare filosoficamente fragile,[55] evitando così ogni ingenua tentazione di assolutismo volontaristico,[56] e riconoscendo quindi che è autentica autodeterminazione soltanto quella che riconosce i limiti posti all'agire umano,[57] poiché, con le parole di Albert Camus, «*dire di sì a tutto implica che si dica sì all'omicidio*»,[58] occorre altresì distinguere almeno tre prospettive, in senso orizzontale, e tre dimensioni, in senso verticale, che danno ragione dell'antigiuridicità della maternità surrogata.

Le tre prospettive in senso orizzontale, tali perché tutte razionalmente paritarie, sono quella femminista, quella marxista e quella personalista e, sebbene tutte in grado di dimostrare l'antigiuridicità della maternità surrogata, ciascuna appare più profonda dell'altra e dunque in grado di percepire sempre meglio il contrasto della maternità surrogata con la dignità umana.

Da un punto di vista femminista, infatti, sebbene vi sia chi ritiene che la maternità surrogata costituisca una tappa dell'emancipazione femminile,[59] o che comunque non sia

---

[53] *Surrogate parenting v. Com. Ex Rel. Armstrong* disponibile al seguente indirizzo internet: http://ky.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19860206_0040273.KY.htm/qx

[54] C. LALLI, *Nessuno scelga al posto delle donne sulla maternità surrogata*, in *L'internazionale*, 10 novembre 2015.

[55] «*L'autodeterminazione è tutta prospettica, vuole impadronirsi di un futuro che contiene l'imprevedibile, e quindi deve rimanere sempre "disponibile" per la persona interessata*»: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 276.

[56] «*La volontà è l'elemento primo e originario […]. Ciascun uomo è quindi quel ch'egli è, per la sua volontà, e il suo carattere è originario; essendo il volere la base del suo essere*»: A. SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Bari, 1979, II, 69, p. 388.

[57] «*Esistono limiti al diritto all'autodeterminazione? […]. Se la domanda viene posta in un contesto politico, la risposta sarà questa: esiste un solo limite: la non maleficenza. Se la domanda viene posta in un contesto bioetico, la risposta dovrà essere un'altra: il limite al rispetto dell'autodeterminazione è quello stesso del rispetto per la vita umana fragile e malata. Questa vita va rispettata in modo inderogabile, perché essa veicola un valore simbolico essenziale: tutte le vite sono parimenti degne e la dignità di ciascuna vita non può essere incrinata, diminuita o a maggior ragione tolta da qualsivoglia handicap, da qualsivoglia patologia, da qualsivoglia situazione di fragilità*»: F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, 2011, p. 15.

[58] A. CAMUS, *L'uomo in rivolta*, Milano, 2009, p. 89.

[59] http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/02/01/news/michela-murgia-non-chiamatela-maternita-surrogata-1.248420

del tutto contraria alla prospettiva della suddetta emancipazione,[60] c'è invece chi ritiene che proprio la maternità surrogata costituisca la forma più recente e sofisticata di sfruttamento e sottomissione della donna in totale contrapposizione ad ogni sua emancipazione,[61] poiché, in definitiva, la riconsegna al dominio dell'uomo che ne può sfruttare, anche economicamente, le capacità riproduttive.

Non a caso, tra i molteplici esempi citabili, Julie Bindel scrive che «*our society has not faced up to the implications of commercial surrogacy or the cruel side of this growing industry […]. It is time for a bit of honesty. The accelerating boom in surrogacy for gay couples is no victory for freedom or emancipation. On the contrary, it represents a disturbing slide into the brutal exploitation of women who usually come from the developing world and are often bullied or pimped into selling their wombs to satisfy the selfish whims of wealthy gay or lesbian westerners. This cruelty is accompanied by epic hypocrisy. People from Europe and the USA who would shudder at the idea of involvement in human or sex trafficking have ended up indulging in a grotesque form of "reproductive trafficking"[…]. This kind of artificial baby farming is now a major international business[…]. Studies have shown that the dangers to women include ovarian cysts, chronic pelvic pain, reproductive cancers, kidney disease and strokes, while women who become pregnant with eggs from another woman are at a higher risk of pre-eclampsia and high blood pressure[…].There is nothing homophobic* about criticising this vile, unbalanced trade where the rich exploit the bodies of the poor and desperate. On the contrary, to do so represents a service to humanity».[62]

Il contratto di surrogazione di maternità, infatti, proprio da un punto di vista femminista rappresenta una nuova forma di dominazione e soggezione della donna come ha notato Carole Pateman: «*Oggi la maternità è stata separata dalla femminilità e tale separazione*

---

[60] «*Da un punto di vista morale, sebbene possa destare perplessità, sviluppare una gravidanza e una maternità per un'altra donna, uomo, famiglia, non mi pare sia di per sé una pratica condannabile. Voglio dire, sebbene possa essere difficile separare i soggetti del binomio madre-biologica/madre-sociale in un contesto che vede il passaggio di un bambino/a dalle mani di una donna a quelle di un'altra, non mi pare che la GPA si caratterizzi come una pratica sempre negativa*»: S. POZZOLO, *op. cit*., p. 98.

[61] E. ANDERSON, *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children*, in *Health care analysis*, 8/2000, pp. 19-26; H. KRIMMEL, *The case against surrogate parenting*, in *Hastings Center Report*, 10/1983, pp. 35-39.

[62] J. BINDEL, *Surrogacy and gay couples*, in *New Feminism*, 2 giugno 2015.

*espande il diritto patriarcale. Qui c'è un'altra variante della contraddizione della schiavitù. Una donna può essere una madre surrogata soltanto perché la sua femminilità è considerata irrilevante, e lei viene definita un individuo che effettua un servizio […]. La soggezione contrattuale delle donne è irta di contraddizioni, paradossi e ironie. Forse l'ironia più grande di tutte deve ancora arrivare. Di solito si ritiene che il contratto abbia sconfitto il vecchio ordine patriarcale, ma, eliminando gli ultimi residui del vecchio mondo dello status, il contratto potrebbe inaugurare una nuova forma di diritto paterno*».[63]

Il punto di vista marxiano è ancor più capace di scrutare l'essenza del problema in profondità in quanto esprime, rispetto a quello femminista che risulta essere meramente descrittivo, una forma di umanesimo, quello socialista,[64] che per quanto legato alle dinamiche sociali tenta tuttavia di difendere la dignità dell'essere umano dai meri interessi della speculazione economica.

Sebbene il marxismo non costituisca più la odierna chiave di lettura dominante, specialmente dopo che si è compreso che il paradiso socialista promesso in terra non è realizzabile,[65] occorre ammettere, con Gunter Rohrmoser, che «*il potere trasformante che il marxismo ha esercitato ed esercita ancora è così grande che, nel mondo in cui viviamo, ogni singolo individuo è investito direttamente o indirettamente, dal destino del marxismo*»,[66] soprattutto per la lotta di liberazione dell'uomo dallo sfruttamento economicistico.

L'intento di Marx, infatti, era quello di liberare l'uomo dal dominio dell'altro uomo, lo schiavo dal padrone, il dominato dal dominante, l'oppresso dall'oppressore.[67]

La maternità surrogata si offre quale tipico esempio di alienazione ed estraniazione del lavoro in senso marxiano, poiché si fonda proprio su una dinamica di dominazione dell'essere umano sull'altro essere umano, ad almeno due livelli: il primo livello è quello della coppia committente nei confronti della donna surrogante, in quanto questa sarà tenuta

---

[63] C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Bergamo, 2015, pp. 319-321.
[64] I. SVITAK, *Le origini dell'umanesimo socialista*, in *L'umanesimo Socialista*, a cura di Erich Fromm, Bari, 1971.
[65] J. MURAVCHIK, *Il paradiso in terra. Ascesa e caduta del socialismo*, Torino, 2005.
[66] G. ROHRMOSER, *Marxismo e umanità*, Brescia, 1976, p. 15.
[67] «*Marx volle essere un liberatore… Il suo scopo era la definitiva abolizione del dominio dell'uomo sull'uomo*»: C. ANTONI, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina di Carlo Marx*, Roma, 1944, p. 254.

a cedere il prodotto del proprio lavoro; il secondo livello è quello di tutti i soggetti coinvolti nei confronti del nascituro, in quanto quest'ultimo è costretto a venire al mondo in un tale contesto e con una tale pratica che spodesta l'etica dell'atto procreativo con l'utile dell'atto (ri)produttivo.

Nonostante la presenza di un contratto, o, marxianamente, proprio a causa di ciò (ovvero di una mera apparenza di libertà), cioè della estrinsecazione del potere monetario che segna il passaggio dalla semplice proprietà a quella capitalistica con cui il capitalista si impadronisce del lavoro altrui sfruttandolo,[68] la donna surrogante, come più sopra visto, diviene colei che presta un servizio, una prestazione lavorativa estraniata in quanto destinata a non godere del frutto del proprio (bio)lavoro, cioè della propria gravidanza, per farne beneficiare, invece, altri, ovvero i committenti: «*L'essere estraneo, a cui appartengono il lavoro e il prodotto del lavoro, che si serve del lavoro e gode del prodotto del lavoro, non può essere che l'uomo. Se il prodotto del lavoro non appartiene all'operaio, e un potere estraneo gli sta di fronte, ciò è possibile soltanto per il fatto che esso appartiene ad un altro uomo estraneo all'operaio. Se la sua attività è per lui un tormento, deve essere per un altro un godimento, deve essere la gioia della vita altrui. Non già gli dèi, non la natura, ma soltanto l'uomo stesso può essere questo potere estraneo al di sopra dell'uomo*».[69]

La maternità surrogata del resto, sempre in chiave marxiana, si spiega come espressione del dominio della classe dominante nell'ambito del controllo dei fattori di produzione che si traduce in un controllo delle coscienze e dei fattori di produzione del pensiero medesimo da parte di chi ha il potere socio-economico per gestire un tale potere.[70]

---

[68] «*La proprietà privata fondata sul lavoro personale, che si basa, per così dire, sulla intima connessione tra la singola e autonoma individualità lavoratrice e le sue condizioni di lavoro viene soppiantata dalla proprietà privata capitalistica, basata sullo sfruttamento di lavoro che in sostanza è di altri, ma che da un punto di vista formale è libero*»: K. MARX, *Il capitale*, Roma, 1996, Libro I, 24, p. 548.

[69] K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, p. 77.

[70] «*Le idee della classe dominante sono in ogni epoca le idee dominanti; cioè, la classe che è la* potenza materiale dominante *è in pari tempo la sua* potenza spirituale dominante. *La classe che dispone dei mezzi della produzione materiale dispone con ciò, in pari tempo, dei mezzi della produzione intellettuale, cosicché ad essa in complesso sono assoggettate le idee di coloro ai quali mancano i mezzi della produzione intellettuale. Le idee dominanti non sono altro che l'espressione ideale dei rapporti materiali dominanti, sono i rapporti materiali dominanti presi come idee: sono dunque l'espressione dei rapporti che appunto fanno di una classe la classe dominante, e dunque sono le idee del suo dominio. Gli individui che compongono la classe dominante posseggono fra l'altro anche la coscienza, e quindi pensano; in quanto dominano come*

La maternità surrogata a titolo oneroso, in quanto consiste nella dazione del frutto della gravidanza contro la dazione di una somma di denaro, come già Gramsci aveva a suo modo profeticamente denunciato in qualità di ultima frontiera dello sfruttamento delle ricche signore a discapito delle povere fanciulle,[71] rappresenta, insomma, la liberazione totale del potere del denaro del dominante (la coppia committente) che, rovesciando i valori e le forze in gioco e i vincoli sociali (oltre che familiari e giuridici), mercifica la vita e l'essere stesso del dominato (la donna surrogante).[72]

Non a caso un ortodosso interprete attuale del marxismo come Diego Fusaro nota che «*il capitale, che un tempo si arrestava ai cancelli delle fabbriche, oggi si è impadronito della nuda vita: utero compreso. L'economia si è impadronita della vita, facendosi bioeconomia: ha rimosso il confine tra ciò che è merce e ciò che non lo è né può esserlo […]. La pratica*

---

*classe e determinano l'intero ambito di un'epoca storica, è evidente che essi lo fanno in tutta la loro estensione, e quindi fra l'altro dominano anche come pensanti, come produttori di idee che regolano la produzione e la distribuzione delle idee del loro tempo; è dunque evidente che le loro idee sono le idee dominanti dell'epoca*»: K. MARX, *L'ideologia tedesca*, Milano, 1996, pp. 248-249.

[71] «*Il dottor Voronof ha già annunziato la possibilità dell'innesto delle ovaie. Una nuova strada commerciale aperta all'attività esploratrice dell'iniziativa individuale. Le povere fanciulle potranno farsi facilmente una dote. A che serve loro l'organo della maternità? Lo cederanno alla ricca signora infeconda che desidera prole per l'eredità dei sudati risparmi maritali. Le povere fanciulle guadagneranno quattrini e si libereranno di un pericolo. Vendono già ora le bionde capigliature per le teste calve delle cocottes che prendono marito e vogliono entrare nella buona società. Venderanno la possibilità di diventar madri: daranno fecondità alle vecchie gualcite, alle guaste signore che troppo si sono divertite e vogliono ricuperare il numero perduto. I figli nati dopo un innesto? Strani mostri biologici, creature di una nuova razza, merce anch'essi, prodotto genuino dell'azienda dei surrogati umani, necessari per tramandare la stirpe dei pizzicagnoli arricchiti. La vecchia nobiltà aveva indubbiamente maggior buon gusto della classe dirigente che le è successa al potere. Il quattrino deturpa, abbrutisce tutto ciò che cade sotto la sua legge implacabilmente feroce. La vita, tutta la vita, non solo l'attività meccanica degli arti, ma la stessa sorgente fisiologica dell'attività, si distacca dall'anima, e diventa merce da baratto; è il destino di Mida, dalle mani fatate, simbolo del capitalismo moderno*»: A. GRAMSCI, *Scritti 1913-1926*, Torino, 1984, p. 88.

[72] «*Il denaro, possedendo la caratteristica di comprar tutto, di appropriarsi di tutti gli oggetti, è dunque l'oggetto in senso eminente. L'universalità di questa sua caratteristica costituisce l'onnipotenza del suo essere […]. Già in base a questa determinazione il denaro è dunque l'universale rovesciamento delle individualità, rovesciamento che le capovolge nel loro contrario e alle loro caratteristiche aggiunge caratteristiche che sono in contraddizione con quelle.*

*Sotto forma della potenza sovvertitrice qui descritta il denaro si presenta poi anche in opposizione all'individuo e ai vincoli sociali, ecc., che affermano di essere entità per se stesse. Il denaro muta la fedeltà in infedeltà, l'amore in odio, l'odio in amore, la virtù in vizio, il vizio in virtù, il servo in padrone, il padrone in servo, la stupidità in intelligenza, l'intelligenza in stupidità. Poiché il denaro, in quanto è il concetto esistente e in atto del valore, confonde e inverte ogni cosa, è la universale confusione e inversione di tutte le cose, e quindi il mondo rovesciato, la confusione e l'inversione di tutte le qualità naturali ed umane*»: K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, pp. 144-149.

*dell'utero in affitto rivela l'usuale sporcizia di cui gronda il capitale: mercificazione dei corpi, offesa della dignità umana, riduzione della generazione della vita a mercimonio*».[73]

La maternità surrogata a titolo oneroso, dunque, esprime il trionfo dell'utilità sulla libertà, del potere del più economicamente forte contro il più svantaggiato, del sovvertimento dei rapporti per cui non è più la produzione per l'essere umano, ma l'essere umano per la produzione, potendosi concludere con Marx che «*il denaro, questa astrazione vuota ed estraniata della proprietà, è stato fatto signore del mondo. L'uomo ha cessato di essere schiavo dell'uomo ed è diventato schiavo della cosa; il capovolgimento dei rapporti umani è compiuto; la servitù del moderno mondo di trafficanti, la venalità giunta a perfezione e divenuta universale è più disumana e più comprensiva della servitù della gleba dell'era feudale*».[74]

Se la prospettiva marxiana riesce a dare contezza delle dinamiche socio-economiche a queste per l'appunto si limita senza riuscire a scandagliare il cuore del problema come, invece, riesce a fare la terza e ultima prospettiva, cioè quella personalista.

Mentre la prospettiva femminista ha considerato la questione soltanto nei termini "biologistici" della contrapposizione culturale tra uomo e donna, e mentre la prospettiva marxiana ha considerato la questione soltanto nei termini "socio-economicistici" della contrapposizione tra classe dominante e classe dominata, percependo entrambe un frammento del mosaico, soltanto la prospettiva personalista, incentrata sulla dimensione ontologica, riesce a focalizzare la problematicità etica e giuridica della maternità surrogata a titolo oneroso non solo e non tanto perché espone il conflitto tra la potenza tecnica e la fragilità della vita che in essa tragicamente si consuma,[75] ma soprattutto perché rivela il lato più oscuro di una simile pratica, tale in quanto diretta contro l'essere dell'essere umano.

In questa terza prospettiva, infatti, la maternità surrogata (per certi aspetti anche quella a titolo gratuito) appare intrinsecamente antigiuridica in quanto, al di là delle differenze socio-culturali tra i sessi e oltre le dinamiche socio-economiche che si succedono nella storia delle lotte di potere tra classi sociali, l'essere della donna è strumentalizzato, da sé o

---

[73] D. FUSARO, «Utero in affitto. Il corpo che diventa merce», in *Il Fatto Quotidiano*, 15 gennaio 2016.
[74] K. MARX, citato in A.R. VITALE, *Gender. Questo sconosciuto*, Verona, 2016, p. 94.
[75] «*V'è da pensare che lo sviluppo ad oltranza della tecnica tende a sovrapporre quest'ultima alla vita*»: G. MARCEL, *L'uomo contro l'umano*, Roma, 1963, pp. 76-77.

da altri, a scopo economico, e l'essere del nascituro è reificato come oggetto di un contratto, a prestazioni corrispettive, che segue lo schema della compravendita,[76] messo in essere per soddisfare il desiderio della coppia committente, dimenticando che, come ha notato Emmanuel Mounier, «*la persona non è l'oggetto più meraviglioso del mondo*».[77]

A ben guardare, tuttavia, anche l'essere dei committenti viene violato dalle operazioni di maternità surrogata, e sia nel caso in cui essi non hanno contribuito (fecondazione eterologa) a prestare il materiale biologico in vista della gravidanza della donna surrogante, poiché appunto privano se stessi e soprattutto il nascituro del legame genitoriale naturale, ma anche se hanno messo a disposizione i propri gameti, poiché non essendo la madre naturale a condurre la gravidanza si sono (auto)ridotti a mere dispense di materiale biologico da utilizzare all'occorrenza, dimenticando la caratteristica essenza dell'essere umano che come tale non è uno qualunque degli altri enti della natura,[78] possedendo una sua dignità costitutiva che lo sottrae ad ogni strumentalizzazione e manipolazione poiché, come ha giustamente osservato Nikolaj Berdjaev, la persona «*non è una categoria biologica o psicologica, ma una categoria etica e spirituale*».[79]

Date le premesse sempre più "profonde" delle tre suddette prospettive, non si può fare a meno, a questo punto, di considerare che la maternità surrogata a titolo oneroso appare del tutto illegittima sotto tre dimensioni: dal punto di vista economico, dal punto di vista giuridico, dal punto di vista etico.

Dal punto di vista economico occorre precisare, infatti, che non perché un contratto è economicamente possibile debba per ciò stesso essere stipulato specialmente se lede e viola la dignità dell'essere umano.

Ritenere che un contratto economicamente possibile sia di per se stesso stipulabile anche in caso di lesione della dignità umana, significa negare radicalmente non solo la dignità in sé, ma la pensabilità stessa di una tale dignità, poiché significa ribaltare la relazione tra dimensione economica e umana, facendo di quest'ultima il mezzo per cui non è più

---

[76] «*La causa del contratto di vendita, ossia la sua funzione economico-sociale, viene indicata nello scambio di un diritto verso un corrispettivo pecuniario (prezzo)*»: AA.VV., *Dei singoli contratti*, Milano, 2005, p. 11.
[77] E. MOUNIER, *Il personalismo*, Roma, 2004, p. 30.
[78] «*Dignità è dunque connessa sia al fatto che l'uomo si differenzia dal resto della natura, perché è l'unico* animal rationale»: P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2013, p. 8.
[79] N. BERDJAEV, *Schiavitù e libertà dell'uomo*, Milano, 2010, p. 105.

l'economia per l'uomo, ma l'uomo per l'economia,[80] sacrificando così, nell'ambito di un individualismo economico che inevitabilmente sfocia in una forma di non-cognitivismo etico, l'essere umano all'altare del "dio contratto", quello per cui «*solo il mio benessere individuale è misura e fondamento dei fatti morali*»,[81] poiché, con le parole di Friedrich Nietzsche, «*non ci sono affatto fenomeni morali; c'è solo una interpretazione morale dei fenomeni*».[82]

La seconda dimensione è quella più strettamente giuridica, intendendo con ciò non già la mera accezione normativa e ordinamentale del diritto, ma la sua radice più intima, la sua stessa anima, il trascendentale della regola giuridica,[83] cioè la giustizia.

Come già intuito dalla più risalente e nobile tradizione gius-filosofica occidentale,[84] un diritto – anche quello contrattuale – senza giustizia, cioè contrario alla ragione naturale,[85] è una perversione del diritto,[86] come del resto hanno dimostrato le applicazioni novecentesche delle dottrine kelseniane che sacralizzano una tale "purificazione" del diritto,[87] i contratti di maternità surrogata a titolo oneroso nel momento in cui, come ampiamente visto, violano la dignità delle persone coinvolte volontariamente (donna surrogante e coppia committente) o meno (nascituro), si dimostrano radicalmente opposti alla giustizia poiché tramite essi non si riconosce agli altri ciò che a loro spetta (per

---

[80] Contro una simile deriva la dottrina sociale della Chiesa, branca della teologia morale, è molto chiara: «*La gerarchia dei valori, il senso profondo del lavoro stesso esigono che sia il capitale in funzione del lavoro, e non il lavoro in funzione del capitale*»: GIOVANNI PAOLO II, *Laborem exercens*, n. 23.
[81] P. PERULLI, *Il dio contratto*, Torino, 2012, p. 28.
[82] F. NIETZSCHE, *Al di là del bene e del male*, Milano, 1996, n. 108, p. 115.
[83] S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991, p. 219.
[84] «*Se non è rispettata la giustizia, che cosa sono gli Stati se non delle grandi bande di ladri?*»: S. AGOSTINO, *La città di Dio*, Roma, 2000, IV, 4, p. 171.
[85] «*Una legge tirannica, essendo difforme dalla ragione, non è una legge in senso assoluto, ma è piuttosto una perversione della legge*»: S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 92, a. 1, ad 4
[86] «Lex esse non videtur quae iusta non fuerit»: S. AGOSTINO, *De libero arbitrio*, I,5.
[87] «*Ridotto ad un insieme di norme tecniche […] il diritto viene pensato dai positivisti alla stregua di uno degli strumenti sistemici dell'ordine sociale, il che indubbiamente esso è, purché però non si dimentichi che un ordine, in quanto tale, può anche essere, al limite, atrocemente ingiusto, come quello concentrazionario di un Lager. La dottrina giuspositivistica potrà anche ritenere che il regolamento interno di un campo di concentramento sia autentico diritto, ma dovrà pur riconoscere come sensata l'opinione assolutamente contraria di tutti coloro che sono in esso incarcerati*»: F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 53.

esempio la definizione certa dello status parentale secondo i criteri naturali),[88] e, soprattutto, perché si sostituisce la relazionalità naturale dei rapporti famigliari con quella artificiale proveniente dall'incrocio tra la volontà delle parti e gli strumenti tecnici da esse utilizzati.

Anche il diritto dei contratti, dunque, deve essere un diritto giusto, come dimostrano alcuni limiti posti all'autonomia contrattuale delle parti, come, tra i tanti esempi possibili, il divieto di patto leonino o il divieto di patto commissorio rispettivamente riconosciuti e cristallizzati dagli articoli 2265 e 2744 del Codice Civile italiano.

Perfino il "contrattualismo mercatista", insomma, incontra dei limiti, poiché, come ha ben insegnato Cicerone «non su una convenzione, ma sulla natura è fondato il diritto».[89]

In questo senso a ragione Michael Sandel può scrivere: «*Nella realtà i contratti non sono strumenti etici autosufficienti: il puro e semplice fatto che voi e io concludiamo un accordo non basta a renderlo sicuramente equo; su qualunque contratto del mondo reale si potrà sempre porre l'interrogativo: – Ma le condizioni su cui si sono accordati, sono giuste? – […]. Prendiamo la Costituzione americana del 1787: nonostante i molti aspetti positivi, era segnata da una grave pecca che fu eliminata solo dopo la guerra civile, quella di ammettere la schiavitù. L'essere stata concordata e approvata – dai delegati riuniti a Filadelfia e poi dai singoli Stati – non bastò a renderla giusta*».[90]

Infine, la terza dimensione che è quella più propriamente etica e che chiama in causa il principio tutto di ragione, di scoperta kantiana, per cui non solo si deve riconoscere l'impossibilità di trattare l'umanità del prossimo come mezzo piuttosto che come fine,[91] ma soprattutto non si può attribuire un prezzo all'essere umano, come invece accade nella maternità surrogata a titolo oneroso sia per quanto riguarda la donna surrogante che soprattutto il nascituro, poiché la persona umana ha una dignità che come tale non la rende economicamente valutabile: «*Nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità. Ciò che*

---

[88] «*Il giusnaturalismo attribuisce all'uomo dei diritti che sono inalienabili, riconosce, cioè, nella coscienza dell'individuo una sovrana dignità e autorità morale, cui non può abdicare*»: C. ANTONI, *La restaurazione del diritto di natura*, Venezia, 1959, pp. 35-36.
[89] CICERONE, *Delle leggi*, Bologna, 1972, I, X, p. 37.
[90] M. SANDEL, *Giustizia. Il nostre bene comune*, Milano, 2010, p. 163.

*ha un prezzo può anche essere sostituito da qualcos'altro, equivalente; invece, ciò che non ha alcun prezzo, né quindi consente alcun equivalente, ha una dignità*».[92]

Ecco in che senso Sergio Cotta a ragione ritiene che il principio persona «*significa che ogni individuo ha titolo, per la comune struttura di io sintetico-relazionale, al riconoscimento della sua qualità ontologica di uomo, ossia di soggetto (e non di mero oggetto) di rapporto. Questo riconoscimento è la condizione fondamentale d'ogni possibile forma di esistenza veracemente umana, perciò non tollera eccezioni; fuori di esso infatti si ha la riduzione, in tutto o per qualche verso, dell'individuo a cosa e quindi il disconoscimento della ontologica uguaglianza quanto a egoità fra gli individui umani. È questa la ragione per cui il principio persona mette in luce l'infondatezza di schiavitù, razzismi e classismi di vario genere, che fanno prevalere delle determinatezze empiriche sulla uguaglianza ontologica*».[93]

Proprio per ovviare a simili inconvenienti c'è chi ipotizza non solo il trapianto di utero nei corpi degli uomini,[94] ma soprattutto auspica l'avvento dell'utero artificiale,[95] cioè la terza era della riproduzione umana, ovvero l'ectogenesi,[96] che dovrebbe condurre ad

---

[91] «*L'imperativo pratico sarà dunque il seguente: agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia nella persona di ogni altro, sempre anche come scopo, né mai come semplice mezzo*»: I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 1995, pp. 169-171.
[92] I. KANT, *op. cit*., p. 183.
[93] S. COTTA, *op. cit*., p. 209.
[94] «*Lord Robert Winston, un luminare della fertilità, ha affermato che la gravidanza maschile sarebbe senz'altro possibile, e non sarebbe diversa da una gravidanza ectopica femminile, solo che per portarla avanti si dovrebbe riempire l'uomo di ormoni femminili. In questo caso, il feto verrebbe impiantato nell'addome di un uomo zeppo di ormoni, con una placenta artificiale collegata ad un organo interno come l'intestino*»: A. PRASAD, *Storia naturale del concepimento. Come la scienza può cambiare le regole del sesso*, Torino, 2015, pp. 214-215.
[95] «*E se invece rappresentasse uno strumento di uguaglianza? [...]. L'utero artificiale, un progetto lontano dall'essere ancora realizzabile, potrebbe consentire quell'uguaglianza che la biologia – e non solo, ovviamente – ostacola [...]. Le donne potrebbero scegliere di ricorrere all'utero artificiale, allargando il loro spazio di libertà. Quella libertà non sarebbe solo fisica. Il peso sociale della gestazione e della riproduzione ha effetti anche sul lavoro (alle donne è richiesto di scegliere tra carriera e famiglia molto più che agli uomini) e sul paternalismo medico [...]. L'utero artificiale non è certo una bacchetta magica, ma potrebbe essere un modo per attenuare la disparità di genere, quelle regole che sembrano uscire dall'età vittoriana e i pregiudizi che rendono spesso più difficile per le donne il rifiuto del loro* destino»: C. LALLI, *L'utero artificiale renderà le donne più libere*, in *L'Internazionale*, 16 maggio 2016 (http://www.internazionale.it/opinione/chiara-lalli/2016/05/16/utero-artificiale-donne-liberta).
[96] AA.VV., *Ectogenesis*, in *European journal of medical technologies*, 3/2015; H. ATLAN, *L'utero artificiale*, Giuffrè, Milano, 2006; S. WELIN, *Reproductive ectogenesis: the third era of human reproduction and some moral consequences*, in *Science and engineering ethics*, 10/2004.

almeno tre benefici immediati secondo i suoi sostenitori: in primo luogo, liberare le donne dall'oppressione della gravidanza (anche ovviamente di quella surrogata); in secondo luogo, assicurare una totale e definitiva uguaglianza di genere tra maschi e femmine, non essendo più demandato in esclusiva a queste ultime il gravoso compito della riproduzione e della gravidanza; in terzo e ultimo luogo consentire finalmente a tutti (eterosessuali e omosessuali, coppie e single) di poter avere figli senza ulteriori "complicazioni" fisiche, giuridiche, sentimentali, relazioni ed esistenziali.

Una tale eventualità se per un verso, probabilmente, potrebbe risolvere i problemi etici e giuridici della maternità surrogata, per altro verso, sicuramente, ne creerebbe di altri, come il sopravvento totalizzante della tecnica sulla natura umana negando l'essere stesso dell'essere umano,[97] la separazione della procreazione dall'unione umana, l'elisione totale del ruolo materno, la sostituzione della procreazione stessa con un atto di produzione meccanica e industrializzata di esseri umani (chi gestirebbe gli uteri artificiali? Sarebbero a pagamento? Si tratterebbe di un servizio privato o pubblico?) avverandosi quanto giustamente temuto da Elisabeth Badinter per la quale «*se l'umanità di domani accetterà di veder nascere dei bambini da una macchina o da un uomo, probabilmente scatenerà una mutazione della specie. Supponendo che tali bambini non siano dei mostri, l'estrema somiglianza dei sessi e l'individualismo radicale che essa presuppone ci sembrano a priori una minaccia per la nostra sopravvivenza […]. Come immaginare il rapporto dei sessi e la sopravvivenza delle società, dal momento che tutti i vincoli di dipendenza obbligata fra l'uomo e la donna sarebbero infranti?*».[98]

Tutto ciò considerato sulla maternità surrogata a titolo oneroso non si può non avanzare qualche riflessione anche in merito alla maternità surrogata a titolo gratuito.

La mancanza di un corrispettivo, infatti, non fa venir meno le difficoltà giuridiche ed etiche che sottostanno alla pratica della maternità surrogata.

---

[97] «*Per sua essenza la Tecnica è disintegrazione della struttura delle cose al fine di ridurle, prive di forma propria, a pura energia quantitativa consegnabile alla piena disponibilità dell'uomo; la Tecnica allora è espressione radicale dell'oblio dell'essere, presente anche nell'essere e nel destino delle cose […]. L'individuo si ritrova perciò consegnato all'universo della separazione: separato dalla natura, dagli altri, dall'essere*»: S. COTTA, *L' uomo tolemaico*, Milano, 1975, pp. 140-141.
[98] E. BADINTER, *L'uno e l'altra. Sulle relazioni tra l'uomo e la donna*, Milano, 1986, p. 268.

Come per la donazione di gameti, infatti, anche la donazione dell'utero costituisce una pratica che, pur in mancanza di ogni intento lucrativo o azione economicamente valutabile o rilevante, non è giuridicamente ed eticamente accettabile.

Nella donazione di gameti, infatti, interviene una figura esterna alla coppia che ne disintegra l'unità;[99] parimenti, nella maternità surrogata a titolo gratuito l'intervento della donna surrogante disintegra l'unità del rapporto genitoriale alterando, come già visto, la dimensione della relazionalità naturale dei legami famigliari.

Non si può, del resto, ricorrere nemmeno allo schema della "donazione samaritana", cioè a quel tipo di donazione di parti del corpo che viene in essere allorquando non vi sia alcun legame biologico, famigliare o affettivo tra donatore e ricevente, poiché anche in questo caso acquistano validità le riflessioni di Francesco D'Agostino nella postilla al relativo documento del CNB: «*I fautori della donazione samaritana sono soliti giustificare tale forma di donazione come una variante del supremo principio di solidarietà nella sua forma più nobile: un principio indubbiamente molto suggestivo, ma che trova il suo spazio tipico in esperienze che non hanno di per sé rilievo bioetico (come molte forme di volontariato, oppure l'adozione, l'affiliazione o forme similari) e nelle quali non esiste quel rischio della strumentalizzazione di sé, che Kant rilevava, giungendo a condannare perfino la compravendita o la donazione di un dente […]. Non esiste alcuna tecnica giuridica convincente per accertare l'autenticità di una donazione samaritana. Il carattere obiettivamente estremo di questa donazione indurrebbe a pensare che solo pochissime persone, dotate di un senso morale assolutamente eroico, potrebbero dichiararsi disposte a tanto; ma il diritto non è in grado di regolamentare e garantire pratiche così nobili (perché di questo si tratta e questo la legge pretende di fare), pratiche che lo proietterebbero in un'atmosfera così straordinariamente rarefatta, da apparire più pensabile che esperibile (quando mai, ragionevolmente, ci capiterà di conoscere un donatore samaritano?). Non si*

[99] «*La donazione dei gameti, anche se animata dal solo scopo di liberalità non può ricevere un giudizio etico positivo poiché è la stessa presenza del donatore che frantuma l'unità familiare operando uno sdoppiamento delle figure genitoriali innaturale […]. Il fatto che venga prospettato l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita anche alle coppie omosessuali o alle donne single è la chiara dimostrazione che* tali tecniche hanno come loro finalità primaria la soddisfazione del desiderio degli adulti, indipendentemente da ogni ulteriore considerazione»: B. FISSO, *Donazione di gameti*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, 2011, Vol. IV, pp. 758-759.

*tratta evidentemente di negare che queste possibilità estreme possano darsi. Mi limito solamente ad osservare che compito del diritto non è quello di gestire situazioni estreme, ma situazioni ordinarie*».[100]

Anche la maternità surrogata a titolo gratuito, quindi, non si sottrae a quel pericolo di lesione della dignità umana, già visto nel caso di surrogazione a titolo oneroso, in quanto anch'essa costituisce una forma di impossessamento e strumentalizzazione di se stessi con la conseguente violazione della propria dignità di persona, poiché, con le parole di Romano Guardini, «*persona significa che non può essere presa in possesso, non può essere usata come mezzo, non può essere subordinata ad uno scopo […]. Non posso afferrare neppure me stesso*».[101]

In fondo, proprio un maestro della scienza giuridica come Francesco Santoro-Passarelli ha così osservato: «*Non esiste e non è neppure concepibile, malgrado ogni sforzo dialettico, un diritto sulla propria persona o anche su se medesimo, o sul proprio corpo, stante l'unità della persona, per la quale può parlarsi soltanto di libertà, non di potere rispetto a se medesima*».[102]

### 3. Echi teologici

Prima di giungere alle conclusioni sembra opportuno sfatare il mito circa la presunta legittimazione che la maternità surrogata riceverebbe dall'Antico Testamento in genere e specialmente dall'episodio che riguarda Abramo, la anziana e sterile moglie Sara e la schiava di quest'ultima, cioè la giovane e fertile Agar, come da parte di molti incauti ermeneuti delle Sacre Scritture erroneamente si ritiene,[103] narrato dal libro della Genesi.[104]

Sara vuole assicurare una discendenza ad Abramo, e così decide di offrire al marito la propria schiava Agar.

---

[100] CNB, *La donazione da vivo del rene a persone sconosciute (c.d. donazione samaritana)*, 23 aprile 2010, pp. 17-18.
[101] R. GUARDINI, *Persona e personalità*, Brescia, 2006, pp. 46-48.
[102] F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 51.
[103] Cfr. Michela Murgia su "L'Espresso" (http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/02/01/news/michela-murgia-non-chiamatela-maternita-surrogata-1.248420); Carlo Flamigni su "Il fatto quotidiano" (http://tv.ilfattoquotidiano.it/2016/02/16/unioni-civili-carlo-flamigni-ai-cattodem-maternita-surrogata-primo-esempio-e-nella-bibbia/480505/); Umberto Veronesi su "Il Corriere della Sera" (http://27esimaora.corriere.it/articolo/veronesi-il-mio-si-allutero-in-affitto/).

Abramo si congiunge con la schiava Agar, ma poco dopo Sara pretende soddisfazione dal marito Abramo inducendo quest'ultimo a scacciare Agar e il figlio da questa partorito; appena Agar viene allontanata dalla casa di Abramo il Signore concede a Sara di ottenere una gravidanza propria e assicurare una discendenza legittima al marito Abramo.

I motivi per cui non si tratta di maternità surrogata sono molteplici e tutti molto evidenti.

In primo luogo: non è maternità surrogata in quanto non viene reclamato un presunto diritto al figlio, ma semmai un dovere alla discendenza che Sara come moglie di Abramo rispondente al precetto divino deve assicurare al proprio marito, a tal punto da accettare che il proprio marito si congiunga con un'altra donna.

In secondo luogo: più che di maternità surrogata si tratta, semmai, dunque, di adulterio,[105] poiché il seme di Abramo, sposato con Sara, si congiunge con l'ovulo di Agar, come in qualunque rapporto extra-coniugale, dando vita ad una prole naturale e non legittima.

In terzo luogo: non è maternità surrogata poiché non c'è né un contratto, né soprattutto una libera volontà della madre surrogante, cioè Agar che, in quanto schiava, è tenuta ad obbedire all'ordine ricevuto dalla propria padrona Sara.[106]

In quarto luogo: tanto è sicuramente adulterio che la stessa Sara subito dopo ripensa al mal fatto e chiede ad Abramo di scacciare la schiava Agar con il figlio frutto dell'adulterio.[107]

In quinto luogo: non si tratta di maternità surrogata poiché il rapporto tra Agar e, come si dice oggi, "il prodotto" del concepimento, cioè il figlio nato, non viene mai reciso, anzi, proprio perché questo rapporto sussiste Sara insiste che Agar venga allontanata dalla casa di Abramo.

Secondo il diritto e la morale dell'epoca, infatti, diversamente dalla maternità surrogata odierna, Agar non avrebbe mai potuto essere separata dal figlio che aveva partorito.

---

[104] Gn., 21,8-21.
[105] Cfr. il caso deciso in Illinois nel 1954 *Doornbos v. Doornbos*.
[106] Sul punto illuminante la spiegazione offerta da S. Agostino nel libro XV del suo *De civitate Dei*.
[107] «*La rabbia e l'amarezza di Sara un bel giorno scoppiarono violente. In uno scatto d'ira e di vendetta, a lungo represse, ella pretese soddisfazione da Abramo*»: L. KOLAKOWSKI, *La chiave del cielo*, Brescia, 1982, p. 63.

Come ha precisato il noto giurista Daniel Friedmann, infatti, «*la serva che diventava madre surrogata poteva essere liberata dalla schiavitù e mandata via, ma avrebbe ovviamente obbligato a mandare via con lei il figlio, come in effetti fece Abramo con Agar. La regola probabilmente proteggeva la madre surrogata. Assicurava che lei non fosse abbandonata. La conseguenza fu che la madre surrogata manteneva un legame emotivo con suo figlio, con potenziale attrito con la padrona di casa, a causa della rivalità per il figlio e il suo status, all'interno della famiglia*».[108]

Da tutto ciò si deducono, senza nemmeno eccessivi sforzi ermeneutici, le seguenti considerazioni.

Il racconto biblico di Abramo, Sara e Agar non costituisce l'esaltazione della maternità surrogata, ma, al contrario, la condanna della medesima che si inscrive, nell'ambito del codice morale vetero-testamentario (e quindi anche cristiano), sotto la fattispecie dell'adulterio, specialmente se viene messa in opera con il seme del marito.

L'episodio, inoltre, costituisce una condanna della "maternità surrogata", poiché si evince tutta la carica di disvalore che l'operazione orchestrata da Sara possiede: in quanto essa è adottata come misura estrema per assicurare la discendenza di Abramo confidando solo nelle capacità umane; in quanto Sara stessa comprende l'illecito morale compiuto richiedendo ad Abramo di scacciare Agar; in quanto Agar viene senza indugio cacciata da Abramo; in quanto dopo essere stata allontanata, di Agar nulla più si sa.

L'intreccio di Sara, Abramo e Agar serve anche come momento di riflessione sulla natura del rapporto coniugale che non può essere equiparato ad altri rapporti o ad altre unioni, come quelle di fatto, o come quelle adulterine, specificando così quanta distorsione subisca la natura umana, quella della coppia unita nel rapporto di coniugio, e quella della famiglia in sé considerata allorquando si inserisce l'elemento della artificialità tecnica che sovverte tutte le relazioni in quanto in grado di deturpare la dimensione dell'essere.

Infine, l'episodio biblico possiede, ovviamente, un preciso significato teologico e non può dunque essere ridotto alla banale logica odierna fondata sulla presunta esistenza di

---

[108] D. FRIEDMANN, *Diritto e morale nelle storie bibliche*, Milano, 2008, p. 345.

diritto al figlio o ad altre prometeiche illusioni tipiche del delirio di onnipotenza del tecnomorfismo contemporaneo.

Quando Sara e Abramo, infatti, confidano soltanto nelle proprie forze, senza abbandonarsi alla divina Provvidenza, hanno un rapporto sterile e condannato a non procreare nulla di buono, cioè o nessuna discendenza, o, peggio, una discendenza illegittima nata da adulterio. Soltanto quando Sara ha abbandonato il proprio egoismo, ha respinto il peccato, e ha fatto spazio nella propria vita e nella propria anima alla divina Provvidenza, allora il Signore ha donato a lei e ad Abramo una discendenza legittima e benedetta. [109]

Non riuscire a cogliere il senso teologico e l'effettivo senso morale dell'episodio di Abramo, Sara e Agar, del resto, è un tipico portato e una necessaria conseguenza di una cultura ipersecolarizzata, come quella contemporanea non più adusa a scorgere il senso della realtà in quanto schiacciata dalla avverata profezia delineata dal lungimirante Max Horkheimer che così ebbe saggiamente a scrivere descrivendo in anticipo i tempi attuali: «*La dimensione teologica sarà soppressa. E, con essa, scomparirà dal mondo ciò che noi chiamiamo senso*».[110]

## 4. Conclusioni.

Da tutto ciò fin qui considerato emergono sufficienti elementi che lasciano trasparire quanto la maternità surrogata traduca una specifica visione del diritto che, avendo perduto la propria autonomia non solo etica, ma anche epistemica, si ritrova ridotto a mero strumento statale di regolarizzazione del calcolo economico, e dunque eterodeterminato dagli interessi economici personali o collettivi.

---

[109] «*La storia di Abramo e Sara insegna, con schietto realismo, che la tentazione di far da sé è inevitabile e può anche avere la meglio. Nondimeno, essa racconta di una promessa, quella di Dio, che pazientemente si ripropone alla coppia affinché, al venir meno delle attese sperate, non si rinchiuda nell'incredulità, ma si apra alla vera speranza di Colui che non delude*»: A. FUMAGALLI, *E Dio disse loro… Storie d'amore nella Bibbia*, Cinisello Balsamo, 2013, p. 16.

[110] M. HORKHEIMER, *La nostalgia del totalmente altro*, Brescia, 2008, p. 103.

In quest'ottica di riduzionismo economicistico del diritto ogni bisogno diventa un desiderio ed ogni desiderio si trasforma in diritto,[111] così che, nonostante ciò che alcuni ritengono senza riuscire a cogliere la visione d'insieme,[112] la maternità surrogata è proprio esattamente l'espressione dell'ideologia mercatista che si impossessa del diritto traviandone la natura, il funzionamento e gli scopi in quanto, come già ampiamente visto, rende l'altro (il donatore di gameti, la donna gestante, il figlio, la coppia committente) lo strumento della soddisfazione dei propri bisogni inverandosi quello sfruttamento reciproco così tipico della società capitalistica in cui,[113] per di più, si assiste al ribaltamento del rapporto mezzo-fine già denunciato da Karl Marx: «*Né le cose potrebbero andare in maniera diversa in un modo di produzione che contempla l'esistenza dell'operaio in funzione delle esigenze di valorizzazione di valori esistenti, e non invece la ricchezza materiale in funzione delle esigenze di sviluppo dell'operaio*».[114]

In una simile prospettiva, cioè quella in cui «*il desiderio diventa bisogno, diventa anche malattia e dunque ci si scopre anche più accomodanti nel trovare una soluzione*»,[115] il diritto viene inteso come pura ratificazione legale e formale del bisogno personale che rende l'altro, soprattutto la donna surrogante, merce,[116] e che dunque trasforma il diritto in diritto della società economica, cioè subordinato agli interessi economici degli individui ed alla logica funzionalistica dell'equivalenza che caratterizza le interazioni tra consociati come evidenziato da Alexandre Kojève.[117]

---

[111] «*Credo che occorrerebbe lavorare su più fronti, per esempio anche su quello dell'adozione, della maggior consapevolezza della genitorialità, della produzione dei desideri che divengono bisogni, e credo che non vada sottovalutata la performatività del diritto, soprattutto da parte di chi propone una regolamentazione della GPA, giacché, anche senza volerlo, si può incentivarne la normalizzazione e la diffusione, dandole un'aura positiva solo perché regolata, senza alcuna seria riflessione e discussione sui valori e i soggetti coinvolti*»: S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*, in *Rivista di biodiritto*, 2/2014, pag. 107.

[112] «*Il "bisogno di genitorialità" (e il relativo diritto, che trasforma il bisogno in una pretesa giuridicamente tutelata) non è figlio della società dei consumi e della conseguente mercificazione della vita e dei suoi misteri, come troppo spesso si è portati a credere*»: R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Rivista di biodiritto*, 2/2014, p. 1.

[113] «*La società, quale appare all'economista, è la società civile, in cui ogni individuo è un insieme di bisogni, ed è per l'altro, cosi come l'altro è per lui, soltanto nella misura in cui diventano reciprocamente mezzi l'uno dell'altro*»: K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, p. 135.

[114] K. MARX, *Il capitale*, Roma, 1996, Libro I, 24, p. 450.

[115] S. POZZOLO, *ult. op. cit.*, pp. 109-110.

[116] «*La merce è una cosa che mediante le sue qualità soddisfa bisogni umani di qualunque specie*»: K. MARX, *ult. op. cit.*, p. 53.

[117] A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989, p. 497.

Anche e soprattutto in tema di maternità surrogata, allora, acquista un senso la critica, ad una suddetta visione economicistica del diritto, mossa da Ronald Dworkin per il quale, infatti, «*la questione da decidere non è se una società che segua l'analisi economica del diritto produrrà mutamenti che sono esclusivamente miglioramenti della ricchezza. La questione da decidere è se un tale mutamento sarebbe un miglioramento di valore. Si tratta quindi di una questione di filosofia morale*».[118]

Il diritto, per essere davvero tale, non può che tendere alla giustizia e non alla mera efficienza economica in base al calcolo dei costi e dei benefici di una determinata azione o di un determinato contratto o scambio, poiché è questa l'unica risposta di senso alla domanda se sia «*l'utile o la giustizia che struttura il diritto e governa il mondo?*».[119]

Il diritto, infatti, è molto più della banale ratificazione legale del bisogno personale o dell'interesse economico, non solo perché l'economia che umilia, come nel caso della maternità surrogata, l'interesse altrui si trasforma in violenza,[120] ma anche e soprattutto perché «*il diritto non può violare il principio della inviolabilità dell'innocente senza negare la propria essenza di regola giusta per trasformarsi in violenza*».[121]

A ragione, dunque, John Finnis può dichiarare disinnescato dall'interno il funzionamento di ogni logica utilitaristica o proporzionalistica in quanto «*l'argomentazione che fa appello al bilanciamento dei beni e dei mali pre-morali è impotente a dimostrare la falsità di alcuno degli assoluti morali tramandatici dalla tradizione*».[122]

In conclusione, allora, la maternità surrogata è costitutivamente antigiuridica in quanto ibridazione di una concezione economicistica del diritto e di un possibilismo tecnico sganciato da ogni limite di carattere etico, risolvendosi per essere una pratica sostanzialmente diretta alla lesione della dignità umana e quindi alla violazione della natura stessa del diritto.

---

[118] R. DWORKIN, *Questioni di principio*, Milano, 1990, p. 277.
[119] S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo, 2004, p. 49.
[120] F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, Torino, 2011, p. 38.
[121] S. COTTA, *Perché il diritto*, Brescia, 1979, p. 100.
[122] J. FINNIS, *Gli assoluti morali*, Milano, 1993, p. 35.

*Abstract*

**ALDO ROCCO VITALE, Rilievi biogiuridici su onerosità e gratuità della maternità surrogata**

L'articolo affronta il tema della maternità surrogata sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito. Da questa pratica, infatti, sorgono molti dubbi etici e giuridici: si può contrattualizzare la maternità? Si può disporre a titolo oneroso del proprio corpo o delle parti di esso? La genitorialità è contrattualmente cedibile? Dopo aver analizzato il problema, anche alla luce del pensiero femminista, si sofferma brevemente l'attenzione sui riflessi teologici che spesso inopportunamente vengono riferiti al problema della maternità surrogata.

**Parole chiave**: maternità surrogata; bioeconomia; vendita organi; Abramo, Sara e Agar

**ALDO ROCCO VITALE, Comments bio legal about onerousness and gratuity of surrogate motherhood**

The article addresses the issue of surrogacy is paying, both for free. From this practice, in fact, there are many ethical and legal concerns: can be covered the motherhood by contracts? Can we arrange for paying of one's body or parts of it? Parenthood is contractually transferable? After analyzing the problem, even in light of feminist thought, focuses attention briefly on theological reflections which often are inappropriately referred to the issue of surrogacy.

**Key words**: surrogate motherhood; bioeconomy; organs selling; Abraham, Sara and Agar

**ANTONIO CASCIANO**

*PhD Fondazione "Ut Vitam Habeant"*

# IL RAPPORTO TRA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E DI RELIGIONE SECONDO LA CORTE EDU. NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA SUL CASO *SEKMADIENIS LTD. VS LITUANIA**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. I principali punti critici della motivazione – 3. Spunti ulteriori di riflessione sul processo di secolarizzazione in atto.

## 1. Considerazioni introduttive

In data 30 gennaio 2018 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora innanzi la Corte) deliberava sul caso della vertenza promossa dall'agenzia pubblicitaria "Sekmadienis Ltd." contro il Governo lituano. Oggetto del contendere la sanzione irrogata da quest'ultimo ai danni della prima, colpevole di aver ideato una campagna pubblicitaria, per una firma lituana di abbigliamento, centrata sull'uso di gigantografie che, sistemate in diversi punti della città di Vilnius, ritraevano due giovani *testimonial* acconciati in maniera da richiamare alla mente le figure di Gesù e Maria, per mezzo anche di didascalie recanti tali nomi.

La Corte veniva dunque sollecitata a verificare che la sanzione adottata dal Governo lituano, a tutela del diritto alla libertà di coscienza, di pensiero e di religione, riconosciuto all'articolo 9 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (d'ora innanzi CEDU), non fosse tale da vulnerare il contenuto del seguente articolo 10, disciplinante invece il diritto alla libertà di espressione.

Nella parte introduttiva della sentenza, la Corte riconosce *in primis* il potere degli Stati membri di adottare restrizioni alla libertà di espressione, quando ciò sia necessario a garantire la salvaguardia di interessi preminenti, un'elencazione tassativa dei quali è

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

riprodotta nel secondo comma del medesimo articolo 10 CEDU. Il potere di valutare la sussistenza di tali esigenze restrittive deve tuttavia essere esercitato, dai singoli Stati, in conformità con il quadro normativo e giurisprudenziale comunitario, e alla Corte, in ultima analisi, spetterebbe il potere di verificare che le eventuali difformità non compromettano l'esercizio pieno di siffatta libertà. Agli Stati si riconosce poi un ampio *margine di apprezzamento*, sia quando si tratta "*regolare la libertà di espressione in relazione a materie suscettibili di offendere le intime convinzioni personali, all'interno della sfera della morale, o della religione*", sia quando si verte "*nella materia commerciale o pubblicitaria*" (*Sentenza sul caso Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, punto 72), eppure tale margine, precisa la Corte, non potendosi considerare illimitato, rimane soggetto a limiti che essa stessa è chiamata presidiare (*Ivi,* punto 76). Infine la Corte riconosce che l'esercizio della libertà di espressione in nessun caso può risolversi in un pregiudizio quanto al "*godimento pacifico dei diritti garantiti sub articolo 9 della CEDU*", e anzi precisa che "*bisognerebbe sempre evitare, per quanto possibile, un'espressione che fosse, riguardo a ciò che è oggetto di venerazione, gratuitamente offensiva per gli altri o profana*" (*Ivi*, punto 74).

## 2. I principali punti critici della motivazione

Venendo ora alla parte propriamente motiva della sentenza, la Corte basa la sua decisione a favore della libertà di espressione dell'agenzia pubblicitaria sui seguenti punti: 1) la campagna pubblicitaria, per il modo in cui è stata realizzata, non apparirebbe "*gratuitamente offensiva né profana*", né attaccherebbe "*in maniera arbitraria o abusiva una religione*" in particolare (*Ivi,* punto 77); 2) le ragioni addotte dalle Corti nazionali per giustificare la contrarietà alla morale pubblica dei contenuti della pubblicità in esame, sarebbero "*vaghe*" (*Ivi,* punto 79). Non si capirebbe cioè in cosa consista realmente quello "*stile di vita*" che, veicolato dal messaggio pubblicitario, viene considerato "*incompatibile con i principi di una persona religiosa*", né si chiarirebbe perché ciò che offende i sentimenti di una persona religiosa debba essere automaticamente considerato contrario alla morale pubblica (*Ivi,* punto 80); 3) non sarebbe poi ben chiarito perché la sola confessione religiosa consultata sia stata quella romano-cattolica, quando nel Paese esistono di fatto altre confessioni ed altre fedi; 4) la libertà religiosa implica l'esistenza di un dovere di

tolleranza verso i credenti di ogni religione, così come verso i non credenti e verso chi vuole semplicemente esercitare una critica o ricorrere ad "*idee che offendono, scandalizzano, disturbano*" una qualsiasi religione (*Ivi,* punto 81); 5) non sarebbero state in alcun modo fornite evidenze che provino che tutti quelli che si professano cattolici siano stati realmente offesi dalla pubblicità in questione, né si può pretendere di subordinare l'esercizio della libertà religiosa di una minoranza al rispetto di condizioni imposte da una maggioranza (*Ivi,* punto 82); 6) le Corti nazionali hanno fallito nel cercare dì addivenire ad un congruo bilanciamento tra le esigenze di tutela della libertà religiosa ed esigenze di tutela della libertà di espressione, dando un evidente primato alla prima a discapito della seconda (*Ivi,* punto 83).

Ebbene, quanto al punto 1, dal momento che la Corte sembra spingersi al punto di escludere la possibilità di considerare profano il contenuto del messaggio pubblicitario, deve inferirsi che nel far ciò sta di fatto esprimendo un giudizio di merito intorno a ciò che può essere detto profano. Cioè la Corte starebbe implicitamente ammettendo di aver fatto propria una ben precisa concezione riguardo a ciò che è profano e a ciò che non lo è, e, dunque, riguardo a ciò che è sacro e a ciò che non lo è. Sarebbe stato allora sommamente opportuno che i giudici definissero accuratamente la loro concezione del sacro, alla luce del quale escludere il carattere profano e profanante di una pubblicità che attinge all'uso di personaggi incarnanti la storia stessa della salvezza cristiana, e che dunque avrebbero domandato ben altre contestualizzazioni, dato il carattere divino, unicamente ed universalmente salvifico che si riconosce alla figura di Cristo, e al ruolo di principale cooperatrice nell'opera di redenzione attribuito a Maria all'interno della religione cristiano-cattolica. Ora, l'uso improprio di immagini e parole in ordine a ciò che un cristiano considera sacro, costituisce un peccato grave, rispettivamente contro il primo e il secondo comandamento, se è vero che, come insegna il Catechismo della Chiesa Cattolica, "*L'onore tributato alle sacre immagini è una venerazione rispettosa […], che conviene a Dio solo*" (articolo 2132), e che "*Il dono del nome appartiene all'ordine della confidenza e dell'intimità. Il nome del Signore è santo. Per questo l'uomo non può abusarne. […] Non lo inserirà tra le sue parole, se non per benedirlo, lodarlo e glorificarlo*" (articolo 2143). Dunque, l'uso che quella pubblicità fa delle immagini e dei nomi sacri della nostra religione

è, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte, oltre che irrispettoso, inverecondo, propriamente *profano*, tale cioè da mettere in discussione il carattere sacro di ciò che vi è rappresentato, anche profondamente *offensivo*, tale cioè da urtare intimamente la sensibilità di un credente, e specificamente il credente della religione cattolica in particolare (si veda punto 56).

Quanto al secondo punto, quanto cioè alle ragioni addotte dalle Corti nazionali per provare la contrarietà alla morale pubblica della pubblicità in questione, è opportuno precisare che per morale pubblica si intende il complesso novero di principi e valori che una collettività assume quali criteri primi di ispirazione delle regole chiamate a reggere l'organizzazione della vita collettiva nei suoi diversi ambiti, nelle sue differenti articolazioni. Non è chi non veda come tale nucleo valoriale di riferimento abbia a che fare con un deposito di tradizioni e costumi, con un patrimonio culturale e spirituale che, nel caso della Lituania, affonda le sue radici nel tessuto di un sentire religioso che ha trovato nel Cristianesimo cattolico-romano la sua primigenia e più forte fonte di ispirazione. E questo è un dato storico. Allora, la gemmazione graduale della *morale collettiva* dal *cristianesimo*, *rectius*, dal patrimonio millenario di dottrine etiche che da esso hanno avuto origine, fa sì che i due ambiti, morale pubblica e religione, se non sovrapponibili, siano almeno considerati in connessione, per cui potrebbe accadere, ed è questo il caso, che la violazione di un precetto religioso si risolva nella messa in questione di una norma della morale pubblica (si veda punto 55), ovvero che ciò che offende il sentimento religioso di un credente cristiano assurga allo stesso tempo ad una violazione del sentire morale collettivo, risultando così provato come il carattere profano di una pubblicità, per il messaggio profanatorio, lo "*stile di vita*" dissacrante che veicola, possa urtare la morale pubblica, senza che questo valga a giustificare l'accusa di confessionalità all'ordinamento giuridico che a siffatta morale rinviasse.

Quanto al terzo punto, il coinvolgimento nella lite della sola confessione cattolica, si può ben osservare come lo stesso Governo di Vilnius abbia precisato che "*la maggioranza della popolazione lituana aderisce alla religione cristiana – secondo un censimento del 2011, il 77% dei Lituani residenti si definivano Romano-cattolici, laddove un altro 6% diceva di appartenere ad altra confessione cristiana, come la Russo-ortodossa, […],*

*l'Evangelico-luterana*" (*Ivi,* punto 55). Dunque il 90% circa dei Lituani si considera cristiano e di questi quasi il 90% è cattolico. Questa allora la ragione, più che evidente, per la quale la sola confessione in qualche modo coinvolta nella controversia sia stata quella cattolica: non solo per la ragione, già accennata nel punto precedente, della gemmazione dal patrimonio di dottrine etiche cristiane, e più in particolari cattoliche, della sentire morale diffuso, ma anche per una presenza che, dal punto di vista dei numeri, dell'attivismo culturale e dell'incidenza sociale, fa di quella cattolica la confessione larghissimamente più diffusa all'interno dei confini nazionali lituani, senza che questo possa mai legittimare l'adozione di misure discriminatorie, di qualsiasi tipo, nei confronti delle minoranze religiose.

Dunque, e veniamo al punto 4, è necessario che sia garantito agli esponenti di tutte le fedi il diritto di praticare liberamente il proprio culto, o di non praticarne alcuno, aspetti che, oltre ad essere garantiti costituzionalmente, in nessun momento sembra siano stati posti in questione dal Governo lituano. Allo stesso modo non pare si possa minimamente dubitare del fatto che nella democrazia lituana sia ampiamente garantito il diritto di cronaca, di opinione, e più in generale il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero, fosse anche di critica contro una religione in particolare. Ma è certo che nessun cittadino, in nessuna democrazia del mondo, può dirsi in diritto di attentare, con il proprio agire e in qualsiasi modo, alla morale pubblica, se non a patto di incorrere in sanzioni che talvolta rivestono il carattere e la valenza di autentiche misure penali.

Il punto 5, invece, questiona il fatto che solo un numero ridotto di cattolici avrebbe manifestato, in maniera pubblica e formale, il suo dissenso e ciò, secondo la Corte, equivarrebbe a dire che non esistono prove, o almeno non sarebbero state fornite, che tutti gli appartenenti a questa confessione si siano sentiti realmente offesi dai contenuti della pubblicità in questione. A parte il fatto che non si vede come avrebbe potuto provarsi in maniera soddisfacente una simile evidenza se non ricorrendo ad un'intervista diretta e personale di tutti i cattolici presenti del Paese, va comunque osservato che la maggiore o minore sensibilità di un credente, rispetto ad episodi quali quelli rappresentati da una pubblicità oltraggiosa, risente molto anche del grado di coerenza e fedeltà con cui quello stesso credente vive la sua vita di fede. Il fatto che solo un centinaio di cittadini abbiano

preso parte all'iniziativa, se da un lato prova il rigore morale con cui gli stessi zelano gli insegnamenti magisteriali della religione di appartenenza, dall'altro non può escludere che anche altri cittadini credenti, ancorché offesi dalla pubblicità, abbiano comunque scelto di rimanere in silenzio e dunque il riferimento che la Corte fa alla consistenza numerica dei lagnanti appare scarsamente significativo, se non addirittura fuorviante, giacché anche l'iniziativa di un singolo credente, come si sa, avrebbe potuto generare una *querelle* non dissimile da quella venuta a verificarsi.

Il punto sei pone infine il problema dell'incongruo bilanciamento che le Corti nazionali avrebbero fatto quanto all'esigenza di garantire una tutela adeguata tanto alla libertà di espressione, quanto a quella di religione, prediligendo quest'ultima a discapito della prima. Invero se per bilanciamento si intende quella tecnica argomentativa il cui uso si rende necessario allorché, in assenza di un criterio giuridico certo che assegni prevalenza ad una delle norme o principi in conflitto, il giudice sia chiamato a scegliere quale norma o principio considerare applicabile nel caso concreto, si avvertirà come nel caso di specie le Corti nazionali lituane non abbiano affatto tralasciato di effettuare un siffatto prudenziale vaglio ponderativo, avendo piuttosto, all'esito del relativo giudizio di merito, deliberatamente optato per una soluzione che accordasse, nel caso di specie, alla libertà religiosa una tutela più stringente di quella riservata alla libertà di espressione. Dunque non di incongruo bilanciamento si tratterebbe, ma di una decisione adottata nel pieno rispetto delle competenze riservate alle giurisdizioni nazionali, rispetto alle quali il ricorso alla Corte di Strasburgo continua ad avere carattere di sussidiarietà, essendo l'esaurimento previo delle vie di ricorso interne previste dagli ordinamenti nazionali, precondizione per accedere al giudizio dinanzi a siffatto tribunale sovranazionale. Sembrerebbe invece che la Corte –nel volersi sostituire, con sempre maggiore frequenza, alle Corti nazionali in tali giudizi di ponderazione, e nel voler ridimensionare l'importanza applicativa del margine di apprezzamento, che al contrario dovrebbe essere particolarmente ampio proprio laddove le materie oggetto di controversia paiono suscettibili di generare maggior conflitto sociale, a ragione delle loro implicazioni etiche– stia spingendo per un'applicazione sempre più massiccia del *principio del controllo diffuso di convenzionalità*, che, come noto, impone direttrici interpretative stringenti alle Corti nazionali, costrette come sono a disapplicare

tutte quelle fonti interne, fossero anche di rilievo costituzionale, che dovessero risultare in conflitto non con la CEDU in se stessa, ma con l'interpretazione di essa ne fa la stessa Corte, in barba al *principio di supremazia costituzionale*. Questa posizione tra l'altro appare in aperto conflitto con quanto la stessa Corte ha statuito nel corso di decenni a proposito proprio del *principio del margine di apprezzamento*, che sempre era stato riconosciuto agli Stati "*in ragione del loro contatto con le forze vitali dei loro Paesi*", dunque "*in una posizione migliore di quella dei giudici internazionali quanto alla possibilità di dare un'opinione rispetto a contenuti*" della morale stessa (Corte EDU, *Handyside vs Regno Unito,* sentenza del 7 dicembre 1976). Prediligere l'applicazione generalizzata e sempre più pervasiva del principio del controllo diffuso di convenzionalità, come del *principio di prevenzione* del resto, riduce i giudici nazionali a funzionari delegati della Corte, tanto che nel caso in cui essi non dovessero conformarsi alle linee giurisprudenziali ed ermeneutiche adottate dalla stessa, farebbero incorrere lo Stato di appartenenza in una forma di responsabilità internazionale per violazione degli obblighi assunti all'atto della sottoscrizione della Carta EDU.

### 3. Spunti ulteriori di riflessione sul processo di secolarizzazione in atto

L'applicazione congiunta e sempre più stringente di detti principi da parte della Corte è volta a creare non solo un'uniformità interpretativa, quanto ai contenuti fondamentali della Convezione, ma molto l'affermarsi di paradigmi culturali dominanti tali da veicolare visioni della società, dei costumi e della morale sempre più spesso informate ad ideologie e progettualità ben precise. È il caso dell'approccio rigidamente secolarista che la Corte sta, con sistematicità crescente, assumendo nel promuovere una lettura dei fenomeni sociali alla luce di una concezione della religione vista sempre più come una dimensione della vita esclusivamente privata dei cittadini, priva di qualsiasi plausibilità pubblica, incapace di offrire un'interpretazione significativa della realtà. Alla base di questa lettura insiste invero una definizione meramente sociologica del fenomeno religioso che, ristretto ormai a circoli sempre più limitati della vita sociale, rivela come, sul piano soggettivo, esso sia diventato oggetto di una mera questione preferenziale, personale, di una credenza non istituzionalizzata e dai contenuti variabili ed incerti, in ultima analisi ruotanti intorno alla

concezione che ciascun individuo ha del "*sacro*". È questo, secondo il sociologo delle religioni Peter L. Berger, l'esito del processo di coscientizzazione dei meccanismi di secolarizzazione in atto[1]. Tali processi di soggettivazione, basati sulla cultura del primato della coscienza individuale, appaiono come l'epifenomeno della moderna protestantizzazione del credo, fattore che, secondo Max Weber, contribuiva, in uno con le logiche dello spirito capitalistico, ad occasionare il cosiddetto "*disincantamento del mondo*"[2]. La rinuncia a servirsi della mediazione sacramentale della Chiesa, cioè, si ripercuoterebbe proprio sulla cultura morale diffusa, alimentando forme di soggettivismo che, respingendo l'idea dell'esistenza di valori oggettivi, universali e conoscibili, esiterebbe in quelle forme di non-cognitivismo etico che sono alla base tanto dell'elaborazione dottrinale del positivismo giuridico di matrice kelseniana, quanto della concezione proceduralista, formalista e storicista della democrazia. Si tratta, con piana evidenza di errori che affondono le loro radici nel terreno comune della completa desacralizzazione dello spazio pubblico, della deriva immanentista della cultura moderna, il cui prometeico desiderio di affrancamento definitivo da ogni forma di trascendenza metafisica, ha finito con lo svuotare di senso i fondamenti stessi della odierna civiltà liberale post-moderna, che, come ricordava Ernst W. Böckenförde, ormai "*vive di presupposti che non può più garantire*".

Che fare allora? È lo stesso costituzionalista tedesco a prospettare una soluzione che passa per un rinnovato impegno politico dei cristiani. Si parte dall'esigenza di tornare ad assegnare, nell'agone politico appunto, il primato al contenuto morale dell'azione pubblica, ossia a quei fini che, inerendo al disegno di salvezza sull'umanità, chiamano in causa i grandi nodi della pace, della povertà, della dignità, lasciando in secondo piano la questione formale della cornice politica di attuazione. Al cattolico, in una parola, dovrebbe interessare "*l'ordine e la configurazione della vita statale e sociale secondo i principi che scaturiscono*

1 P.L. Berger, *The sacred canopy. Elements of a sociological theory of religion*, Garden City, New York 1967, tr. it. *La sacra volta. Elementi per una teoria sociologica della religione*, a cura di G. A. Trentini, Sugarco, Milano, 1984, p. 140.

2 Cfr. M. Weber, *Wissenschaft als Beruf*, München-Leipzig 1919, tr. it. Il lavoro *intellettuale come professione*, a cura di A. Giolitti, Einaudi, Torino, 1966. M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, vol. I, Tübingen 1920, tr. it. *Sociologia della religione*, a cura di P. Rossi, vol. I, Edizioni Comunità, Milano, 1982.

*dalla Rivelazione e dal diritto naturale*"[3]. Si giunge così, per questa via, alla questione del rapporto problematico che il cristiano vive con l'idea di libertà, nella sua accezione moderna, cioè individualistica. Difatti, osserva Böckenförde, "*l'immagine del mondo propria della cristianità europea, [...], concede un posto molto più elevato al "buon ordine" e alla virtù che non alla libertà individuale*"[4], soprattutto allorquando si considerino gli esiti relativistici della moderna concezione della libertà che con frequenza sempre maggiore appaiono nelle trame delle grandi narrazioni contemporanee, la cui veicolazione è sempre più spesso occasionata, oltre che dalle scelte normative dei legislatori, dalle stesse decisioni giudiziarie, nazionali e ancor più sovranazionali, come si evince chiaramente dal caso qui esaminato.

3 E. W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 194.
4 Ivi, p. 196.

*Abstract*

**ANTONIO CASCIANO, Il rapporto tra libertà di espressione e di religione secondo la Corte EDU. Note a margine della sentenza sul caso Sekmadienis LTD. Vs Lituania**

Con la sentenza sul caso Sekmadienis Ltd. vs Lituania, la Corte EDU ha deliberato sull'annosa questione relativa all'esatta configurazione dei limiti all'interno dei quali iscrivere l'esercizio del diritto alla libertà di espressione, normato all'articolo 10 della CEDU, in particolare quando il margine di operatività dello stesso tocca quello di un altro diritto fondamentale, quello alla libertà di religione, di cui all'articolo 9 della CEDU. Nel ragionamento della Corte, la sanzione irrogata dal Governo lituano ad un'agenzia pubblicitaria che si sarebbe resa colpevole di aver utilizzato, per finalità profane e con modalità dissacratorie, figure centrali della religione cristiano-cattolica, sarebbe illegittima perché lederebbe il diritto alla libertà di espressione e ciò in forza di una restrizione la cui adozione avrebbe richiesto una motivazione basata su "*ragioni sufficienti e rilevanti*" che invece sarebbero mancanti. Le medesime Corti nazionali lituane, nel giudicare legittimo l'intervento limitativo del governo, avrebbero, a detta della Corte, operato un cattivo bilanciamento dei diritti fondamentali in discussione, dando prevalenza alla libertà religiosa. Invero la decisione della Corte evidenzia l'inesorabilità di un processo di secolarizzazione in atto che tocca i fondamenti stessi del moderno Stato liberale, nonché dell'*ethos* collettivo, la cui gemmazione dal cristianesimo, per ciò che concerne la Lituania, appare fuori da ogni questione.

**Parole chiave:** Libertà di espressione, libertà di religione, secolarizzazione, bilanciamento dei diritti, Lituania

**ANTONIO CASCIANO, The connection between freedom of expression and religion according to the EDU Court. Notes on the sidelines of the judgment on the Sekmadienis LTD case. Vs Lithuania**

With the ruling on the case named "Sekmadienis Ltd. vs Lithuania", the EDU Court has decided upon the old question concerning the exact configuration of the limits within which to exercise the right to freedom of speech and expression, regulated by Article 10 of the ECHR, in particular, when the margin of operation of this right affects the right of religious freedom, regulated by Article 9 of the ECHR. In the reasoning of the Court, the sanction imposed by the Lithuanian government to an advertising agency, that would have been guilty of having used, for profane purposes and with desecrating methods, central figures of the Christian-Catholic religion, would be illegitimate, because it would violate the right to freedom of expression on the basis of a restriction which would require a motivation based on "*sufficient and relevant reasons*". But, instead, these reasons would be missing. The same Lithuanian national courts, in judging about the national government's sanctions, would have realized, according to the Court, a bad balancing of the fundamental rights under discussion, giving prevalence to religious freedom. Indeed, the Court's decision

highlights the inexorability of a process of ongoing secularization that are touching the foundations of the modern liberal state, as well as the collective ethos of Lithuanian society, developed from Christianity.

**Key words**: Freedom of expression, freedom of religion, secularization, rights balancing, Lituania

# INDICE

## Fascicolo 1-2018

**MAURO RONCO**, L-JUS: una rivista on line di approfondimento, proposta, dialogo 3

**Atti del Convegno *Coscienza senza diritti?*** 6

Messaggio di S. Em. Rev.ma Card. Pietro Parolin 9

Messaggio di S. Ecc. Rev.ma Mons. Nunzio Galantino 12

*Prima Sessione*
Domenico Airoma, Apertura e presentazione 14

Stefano Dambruoso, Indirizzo di saluto 16

Piercamillo Davigo, Introduzione 18

*Seconda Sessione*
Filippo Vari, Presidenza e introduzione 23

**Relazioni**
Grégor Puppinck, L'obiezione di coscienza nella legislazione e nella giurisprudenza Europee 25

Giacomo Rocchi, L'obiezione di coscienza: quadro nazionale e prospettive 37

*Terza Sessione*
Alfredo Mantovano, Presidenza e introduzione 53

**Testimonianze**
Ermanno Pavesi, Obiezione di coscienza e professione medica 55

Pietro Uroda, Obiezione di coscienza e professione del farmacista 62

Paolo Maria Floris, L'obiezione di coscienza nelle Istituzioni pubbliche 64

Massimo Gandolfini, Obiezione di coscienza anche a scuola? 68

**Relazione conclusiva**
Mauro Ronco, Il diritto fondamentale all'obiezione della coscienza contro la legge radicalmente ingiusta 73

**MARCO SCHIAVI,** Disposizioni anticipate di trattamento e obiezione di coscienza per medici e notai. Profili interpretativi della legge 22 dicembre 2017 n. 219 81

**ILARIA AMELIA CAGGIANO**, Genitorialità scomposta e identità del minore. Spunti per un'analisi tecnico-giuridica 111

**ALDO ROCCO VITALE**, Rilievi biogiuridici su onerosità e gratuità della maternità surrogata. 123

**ANTONIO CASCIANO**, Il rapporto tra libertà di espressione e di religione secondo la Corte EDU. Note a margine della sentenza sul caso Sekmadienis LTD vs Lituania 150

ISSN 2611-5476