

12 LUGLIO 2017

Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza. Il caso San Camillo

di Alberto Arcuri

Laureato in Giurisprudenza

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna



Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza. Il caso San Camillo*

di Alberto Arcuri

Laureato in Giurisprudenza

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Sommario: 1. Il caso San Camillo: una ricostruzione sintetica. 2. L'art. 9 della legge 194 del 1978: un bilanciamento incompleto. 3. Bandi di concorso “riservati” e principio di uguaglianza. 4. Misure a sostegno di uno strumento legittimo, ma non risolutivo. 5. Considerazioni conclusive.

1) Il caso San Camillo: una ricostruzione sintetica

Il sipario dell'ultimo atto dell'eterna discussione sulla natura e sui limiti dell'obiezione di coscienza si è aperto lo scorso 23 Febbraio quando, il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, ha proceduto all'assunzione di due dirigenti medici da dedicare “*alle prestazioni assistenziali rese dalla UOSD DHI Day Surgery; Centro di riferimento regionale per la Legge 194/78*”, avendo dunque escluso, nei fatti, dalla selezione tutti quei medici che ritenevano tali interventi incompatibili con i dettami della propria coscienza. Il *casus belli* è però solo il momento conclusivo di una procedura di selezione avviata oltre un anno prima e la fine di una vicenda iniziata in realtà già nel 2014, che è utile ripercorrere, seppur brevemente.

Sul finire dell'estate del 2014¹, il Direttore Generale dell'A.O. informò la Regione Lazio della grave insufficienza di personale per le prestazioni d'interruzione volontaria di gravidanza presso la sua struttura. Di fronte alla preoccupante carenza di organico rappresentata, la Regione invitò la struttura sanitaria ad utilizzare personale medico in convenzione². Il Direttore Generale del San Camillo fu però costretto a rilevare nuovamente come, nonostante l'utilizzo di tutti i ginecologi a contratto a disposizione, le risorse rimanessero comunque ampiamente inadatte a garantire la continuità delle prestazioni, dovendo al contrario procedere ad inoltrare al Commissario ad Acta richiesta di autorizzazione all'indizione di un concorso pubblico per l'assunzione di un dirigente medico (successivamente aumentati a due) da adibire al servizio³. Il 13 Maggio 2015 la proposta di decreto di

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Con le note protocollate nn. 206/Dg del 19/08/2014 e n. 258IDG del 23/09/2014

² Con la nota protocollata. 510229 del 16/09/2014

³ Con la nota protocollata n. 11898 del 23/09/2014

autorizzazione veniva presentata al Comitato della legislazione della Regione Lazio, il quale si pronunciava positivamente circa l'opportunità di procedere in questo senso, suggerendo però un'integrazione in punto di motivazione, onde contenere i profili di censurabilità in cui sarebbe potuta incorrere laddove priva di un apparato giustificativo sufficientemente puntuale⁴, censure che comunque non furono mai mosse nel corso del procedimento. L'autorizzazione fu così effettivamente decretata il mese successivo⁵, il concorso fu indetto il 21 Ottobre del 2015⁶ e la relativa graduatoria approvata il 23 Febbraio 2017, con conseguente stipula dei contratti ed entrata in ruolo dei due medici "vincitori" il Marzo successivo. E' soltanto a questo punto che è risorto, in una veste per nulla nuova⁷ ma per certi aspetti inedita, il dibattito sui limiti al diritto all'obiezione di coscienza, che ha trovato il proprio perno in due argomenti particolarmente divisivi.

Il primo problema che la vicenda romana ha posto riguarda la legittimità di bandi che precludono, direttamente o indirettamente, la partecipazione a candidati obiettori di coscienza. Il secondo, in subordine, investe invece il tema degli strumenti che un'amministrazione può validamente porre come argine e rimedio alle difficoltà organizzative create dalle cc.dd. *obiezioni tardive*, comunque insindacabili, dei medici assunti in virtù di tali concorsi.

⁴ Verbale della seduta del Comitato della Legislazione del 13 Maggio 2013, consultabile in http://www.regione.lazio.it/binary/rl_comitato_legislazione/tbl_convocazioni/CLF_20150513_VERBALE.pdf

⁵ Il Decreto di autorizzazione del Commissario ad Acta è consultabile in http://www.regione.lazio.it/binary/rl_sanita/tbl_normativa/SAN_DCA_U00227_8_giugno_2015_AO_San_Camillo_Forlanini_Autorizzazione_assunzione_in_deroga_blocco_turn_over_anno_2015.pdf

⁶ Con delibera 1159 del 2015; Il bando di concorso è consultabile in <http://www.scamilloforlanini.rm.it/concorsi/allegati/c000109/1%20bando.pdf>

⁷ Il dibattito scientifico sulla legittimità di questi bandi di concorso "riservati" a medici non obiettori non è affatto nuovo alla dottrina e alla giurisprudenza, che già da tempo se ne sono interessate. In ambito scientifico ne fanno riferimento, tra gli altri: M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016; C.B. CEFFA L. MUSSELLI, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2014; S. RODOTÀ; *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993/1, F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, D. PARIS, *L'obiezione di coscienza: studio sull'ammissibilità di un'eccezione, dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011, V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, Napoli, 2009 e M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Padova, 1992. Più di recente ed in relazione al caso di specie si veda, a titolo esemplificativo, B. LIBERALI "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia), in www.rivistaquic.it, Fasc.1/2017; A. BURATTI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: spunti a partire da un recente bando per "non obiettori"*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2009/01/buratti.pdf> e D. PARIS, *In margine a due provvedimenti limitativi del diritto all'obiezione di coscienza nella Regione Lazio*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2009/01/paris.pdf>. In ambito giurisprudenziale invece si veda TAR Emilia Romagna, sez. Parma, n. 289/1982 a favore; mentre si rimanda a TAR Liguria, n. 396/1980 e TAR Campania, n. 78/1989 a supporto di un'interpretazione di segno opposto.

2) L'art. 9 della legge 194 del 1978: un bilanciamento incompleto.

L'art. 9 co. 3 della Legge 22 maggio 1978, n. 194, (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) riconosce al *personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie*, un diritto all'obiezione di coscienza, inteso come esonero individuale dalle attività *specificamente e necessariamente*⁸ dirette a provocare l'interruzione della gravidanza.

Nella formulazione dell'art. 9, e più in generale nella complessiva costruzione della l. n. 194/1978, vi è la volontà di adeguarsi alle indicazioni indicate dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 27 del 1975, su cui si tornerà più avanti. Si tratta però di un tentativo particolarmente delicato e complesso, perché riguarda il bilanciamento di esigenze direttamente contrapposte, che hanno il loro fondamento in diritti la cui rilevanza costituzionale è stata riconosciuta definitivamente da quella stessa pronuncia: il diritto dei medici obiettori a non prender parte all'intervento abortivo,⁹ ed il diritto della donna ad accedere alla prestazione in condizioni di certezza e sicurezza (che trova il proprio fondamento nel diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.)¹⁰.

⁸ L'estensione oggettiva, e dunque anche soggettiva, dell'obiezione prevista dal co. 3 dell'art. 9 è stata oggetto di un dibattito particolarmente vivace, perché si tratta di una ricostruzione da cui dipende in modo decisivo l'esito del bilanciamento dei diritti in gioco. Dalle posizioni di chi riteneva doversi permettere «anche al portantino di rifiutarsi di spingere il carrello su cui è la paziente verso la sala di operazioni in cui verrà praticato l'aborto», A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, V ed., Milano, 1979, p. 28, si è giunti ad un'interpretazione decisamente più restrittiva ed ortodossa, particolarmente attenta al dato teleologico e sistematico. Si riportano a titolo meramente esemplificativo l'opinione espressa da V. ZAGREBELSKY che, in nota alla sentenza di Pret. Ancona, 9 Ottobre 1979, in *Giur. It.*, 1980, II, 184, intende la specificità e la necessità come univoca direzione dell'attività allo scopo abortivo, e quella di A. D'ATENA, *Commento all'art. 9 della L. 22 maggio 1978 n. 194*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1978, p. 1652., che invece più limitatamente richiede una direzione oggettiva di tali atti, desumibile dalla loro natura.

A livello giurisprudenziale si deve fare riferimento alla risalente, e appena menzionata, decisione del Pretore di Ancona del 9 Ottobre 1979, che interpreta la specificità e la necessità di cui al terzo comma dell'articolo 9 in riferimento alle attività legate all'intervento abortivo in un'indissolubilità intesa in senso spaziale, cronologico e tecnico, ed escludendo quindi che il criterio possa applicarsi a quelle situazioni che lasciano comunque aperto lo spazio per una desistenza della volontà. Si tratta di un'avanguardia interpretativa che troverà conferma, seppur più contenuta, in una successiva pronuncia del Pretore di Penne che, dovendo giudicare di un rifiuto opposto alla preparazione del campo sterile necessario ad un successivo intervento medico d'interruzione della gravidanza, si è espressa nel senso di ricondurre la fattispecie tra quelle attività di assistenza precedente che l'ultima parte del terzo comma dell'art. 9 espressamente esclude dalla sua stessa copertura.

⁹ In una sentenza successiva (n. 467 del 1991) in cui peraltro si affrontava un caso diverso, relativo al diritto all'obiezione di coscienza in riferimento al servizio militare, la Corte costituzionale riconobbe nell'obiezione di coscienza un «valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili». Pronuncia consultabile in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

¹⁰ La scelta di legare la tutela della volontà di procedere all'interruzione volontaria della gravidanza al solo diritto alla salute e non anche al diritto di autodeterminazione della donna, ha avuto un'importanza dirimente nella sua successiva evoluzione, suscitando non poche perplessità e divisioni in dottrina. Si veda, ad es., G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, III*, Napoli, 2009, p. 843, secondo cui la scelta della Corte, in direzione opposta a quella adottata dal celebre precedente del

Nella costruzione di un bilanciamento equilibrato, e soprattutto alla luce del rapporto di diretta causalità che lega l'esonero dalla prestazione medica e l'accesso alla stessa da parte della donna, si è resa particolarmente rilevante la determinazione dell'estensione applicativa del diritto all'obiezione di coscienza, su cui si è discusso per lungo tempo¹¹.

giudice supremo americano, nella sentenza *Roe v. Wade*, ha lasciato a margine l'autodeterminazione della donna e dunque la centralità della libertà della scelta.

¹¹ Riprendendo quanto detto in precedenza è possibile aggiungere alcune considerazioni. Di recente è intervenuta una sentenza del TAR Puglia (sent. n. 3477/2010) di cui si parla nel testo. Tale decisione ha escluso l'applicabilità della norma alle attività consultoriali, ove non si praticano attività *specificamente e necessariamente* dirette all'interruzione della gravidanza. Dibattuta è stata anche l'estensibilità del diritto all'obiezione di coscienza all'attività certificatoria del medico, necessariamente preliminare all'intervento eppure considerata esclusa dall'ambito di applicabilità del comma 3 perché incapace di incidere sul procedimento in quanto attività priva di margine discrezionale, poiché dovuta a fronte della presenza delle condizioni mediche e della richiesta della donna, che è unico arbitro del merito della propria scelta. Diversamente D. PARIS, *In margine a due provvedimenti limitativi del diritto all'obiezione di coscienza nella Regione Lazio*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2009/01/paris.pdf>, il quale, valorizzando il dato testuale, afferma che "al netto di tali difficoltà interpretative è tuttavia da ritenere che la firma del documento attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta rientri pianamente fra le attività che il medico obiettore può legittimamente rifiutare". Lo stesso autore ribadisce in altra sede la stessa posizione, fondando le proprie conclusioni anche sul dibattito che ha portato all'approvazione della l. n. 194 in *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, maggio 2011*.

Occorre sul punto precisare che, il dibattito sull'esatta delimitazione dell'ambito applicativo del diritto all'obiezione di coscienza, è stato acceso anche dal diverso modo con cui si è inteso il rapporto tra il primo ed il terzo comma dell'art. 9. In effetti la prima impressione che si può trarre dalla lettura combinata dei due commi è di un cortocircuito normativo, perché se ai sensi del terzo comma, come già detto nel testo, <<l'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento>> il primo comma vuole invece che <<il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione>>, laddove all'art. 5 sono richiamati i necessari accertamenti sanitari preliminari all'intervento (e dunque l'attività consultoriale nonché la diagnosi sullo stato dell'intervenuta gravidanza e sul suo avanzamento) e all'art. 7 è disciplinato l'accertamento dei processi patologici che giustificano l'applicazione del regime d'interruzione ultratrimestrale (previsto all'art. 6).

Per nulla privi di fondamento appaiono dunque i rilievi offerti dalla dottrina che, spinta dalla volontà di far operare nella sua forma più permissiva l'obiezione in esame fa leva sul dato formale e sul lessico utilizzato dagli articoli 9 e 5. In particolare ciò su cui si fa forza è il riferimento fatto dal terzo comma dell'articolo 9 alle *procedure specificamente e necessariamente* dirette all'intervento, e di come la terminologia adoperata faccia da ponte con la corrispondente formulazione di cui all'art. 5 commi 3 e 4, corrispondenza che invece non si rinviene in riferimento alle attività di cui ai primi due commi, per cui il legislatore spende diversamente il nome di *compiti*. Così, ad esempio, valorizzando il dato testuale, sono state intese come attività "obiettabili" anche la firma del certificato attestante lo stato di gravidanza

Deve però condividersi l'ipotesi argomentativa di chi valorizza il dato sistematico e teleologico generale della normativa, e condivide il carattere meramente <<sommario>> del primo comma, che ha la principale funzione di disciplinare gli aspetti formali e temporali dell'obiezione, mentre è solo il comma 3 a cui il legislatore del '78 ha inteso affidare il compito di regolare i limiti e l'oggetto di tale obiezione, essendo tale interpretazione più vicina alla volontà del legislatore.

In questo senso, il bilanciamento individuato dal legislatore del 1978, che ha dunque seguito il tracciato della Corte Costituzionale e che si fonda anzitutto su un reticolo di limiti oggettivamente e soggettivamente¹² posti all'esercizio dell'obiezione, parrebbe trovare, in primo luogo, un ragionevole punto di equilibrio tra i due diritti in conflitto¹³.

In particolare però, tale bilanciamento dovrebbe trovare la sua piena realizzazione nella clausola di salvaguardia di cui al co. 4 dell'art. 9 per cui, a fronte del riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza, è imposto alle strutture sanitarie e alle Regioni, di organizzarsi in modo tale da assicurare, *in ogni caso*, l'accesso al servizio.

Il diritto all'obiezione così costruito dunque, non solo non ammette alcun tipo di esenzione collettiva per le strutture sanitarie (c.d. divieto di obiezione di struttura), ma alle stesse impone l'obbligo

A riguardo si veda Corte cost. 10.2.1981, n. 26, Cass. Pen., sez. V, 6.3.1998, n. 2866, in *Riv. Med. Leg.*, 1999, p.1713, Cassazione penale, sez. VI, sentenza 02/04/2013 n° 14979, in *De Jure*, <https://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=3784073&idDataBanks=3&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&pagina=1&NavId=994318874&pid=19&IsCorr=False>

Un capitolo a parte potrebbe aprirsi sul dibattito che ha riguardato la richiesta di alcuni giudici tutelari di astenersi dal pronunciare il provvedimento di autorizzazione richiesto dall'art. 12 della legge 194 per permettere ad una minore di accedere agli interventi di IVG, in assenza dell'assenso di chi ne ha la tutela. Sulle ragioni di un'esclusione che è ormai pacifica, e su cui si tornerà oltre, si veda Corte cost. 17-06-1987 n. 196, consultabile in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

¹² Come si può agevolmente ricavare dal testo dell'art. 9, i confini applicativi dell'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza sono costruiti avendo riguardo principalmente al dato oggettivo, e dunque alle attività e alle condotte più che ai soggetti professionali coinvolti. Certamente però non sono mancati profili di dibattito legati all'analisi della delimitazione soggettiva. Da un lato infatti, la discussione intorno all'estensione oggettiva del diritto all'obiezione si riflette direttamente sull'estensibilità soggettiva. Emblematico è sul punto il dibattito a cui si è poco sopra accennato, sull'applicabilità del diritto all'obiezione di coscienza anche al giudice tutelare. L'art. 12 della Legge 194 descrive la procedura da seguire nel caso in cui a richiedere l'intervento di interruzione di gravidanza sia una donna di età inferiore ai diciotto anni, per la quale si richiede, in linea di principio, l'assenso di chi sulla stessa esercita la potestà o la tutela o, in sostituzione, nel caso in cui per varie ragioni questo assenso manchi, sia impedito o sia sconsigliato consultare tali persone, l'autorizzazione del giudice tutelare. Fu sollevata davanti alla Corte Costituzionale l'ipotesi di una discriminazione irragionevole della posizione del giudice tutelare a cui, a fronte di una prestazione pretesa come causalmente equivalente a quella del medico, non era riconosciuta alcuna possibilità di esenzione. Propostagli questione di legittimità degli articoli 9 e 12 della Legge 194 del 1978 in riferimento agli artt. 2, 3, 19 e 21 Cost., la Corte si espresse con chiarezza assolutamente risolutiva con la sentenza 196 del 1987 dichiarando non fondata la questione. Ciò che importa qui rilevare è che in questa sentenza, a cui si rimanda per le motivazioni, la Corte ragiona muovendo dall'attività in esame e non dal tipo di soggetto coinvolto.

Diversamente invece si è posto il dibattito che ha riguardato il ricorso legislativo alle categorie del *personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie*. In particolare si è dibattuto sul riferimento al personale esercente le *attività ausiliarie*, essendo stati mossi diversi rilievi sul significato del riferimento alle *attività*, che vorrebbe essere più comprensivo del più limitato richiamo alle *arti* ausiliarie, soprattutto alla luce del fatto che il legislatore mostra di essere ben consapevole della diversità concettuale significata dalle parole che usa, nel momento stesso in cui si riferisce, all'art. 15 e per altri effetti, agli esercenti le *arti* ausiliari.

¹³ Si deve aggiungere che ai sensi del co. 5 dell'art. 9 poi, l'obiezione di coscienza non può comunque essere invocata quando la particolarità delle circostanze renda l'intervento <<indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo>>, oltre ad un sistema di controlli a garanzia dell'effettiva applicazione della legge, tra cui la relazione sull'applicazione della l. n. 194/78 che, ai sensi dell'art. 16 co. 1, il Ministero della Salute deve presentare al Parlamento.

inderogabile di provvedere all'erogazione delle prestazioni previste dalla legge. Così il comma 4 prescrive espressamente che “*gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti*”, assegnando alle Regioni il compito di controllarne e garantirne l'attuazione.

Lo stesso dettato legislativo si mostra però piuttosto laconico quando si tratta di specificare con quali mezzi le amministrazioni ospedaliere e le Regioni possano soddisfare i compiti cui sono onerate *ex lege*, stabilendo obblighi organizzativi e doveri, da intendersi certamente come indispensabili per la composizione del bilanciamento cui si aspira, eppure non sostenuti da alcuno strumento, se non risolutivo, quantomeno utile alla propria realizzazione. E si deve dire sin d'ora che il ricorso alla “mobilità del personale”, previsto dall'inciso finale del quarto comma assume un significato per nulla risolutivo, ed anzi palesemente vano, in virtù del fatto che l'emergenza si è dimostrata uniformemente diffusa a livello nazionale.

In questo senso si potrebbe sostenere come i problemi quantitativi, in parte determinati certamente da elementi riconducibili alla prassi applicativa, siano essenzialmente connessi a problemi qualitativi propri della legge che, su questo specifico punto, è ampiamente insoddisfacente. Il diritto all'obiezione di coscienza è notoriamente un diritto dalla portata quantitativa in sé non esattamente quantificabile a priori, ed è evidentemente dovere del legislatore predisporre gli strumenti che impediscano alla stessa di trasformarsi nell'inibizione di ciò che prescrive. Quando la legge inserisce dentro sé stessa una clausola di esenzione, quale quella di cui si tratta, accetta di aprire un varco potenzialmente capace di vanificarne gli effetti, così che in questi casi la volontà di bilanciare i diritti su cui si agisce non può esimersi dal dover garantire la certezza della propria attuazione, sottraendola dal ricatto della variabilità applicativa¹⁴. L'obiezione garantita ex articolo 9 nasce invece come un diritto che difficilmente può essere assimilato in un bilanciamento equilibrato, perché costruito come una pretesa sostanzialmente illimitabile¹⁵, sia a monte, poiché deriva da una mera dichiarazione che non abbisogna dell'intervento di alcuna altra volontà, proponibile senza limiti di tempo decadenziali¹⁶ e insindacabile nei motivi¹⁷; sia a valle, fino a

¹⁴ Questa d'altronde è una delle argomentazioni avanzate da chi si è contrapposto alla c.d. teoria discendente del diritto all'obiezione di coscienza, per la quale tale diritto nascerebbe prima del riconoscimento legislativo, il quale avrebbe il ruolo di mero regolatore del suo esercizio. La conseguenza di questa teoria è la considerazione dell'obiezione di coscienza come diritto generalizzato, riconoscibile in via interpretativa anche al di fuori di un'espressa previsione legislativa. In questo modo si sottrarrebbe però, al legislatore, la possibilità di governare una clausola capace di sabotare il suo stesso intervento che è parte integrante del bilanciamento politico che è proprio, in primo luogo, del legislatore. Si veda E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro italiano*, 1988.

¹⁵ Si intende, ovviamente, dentro la cornice di limiti che si sono già detti.

¹⁶ La dichiarazione con cui si solleva l'obiezione di coscienza infatti deve essere comunicata, ai sensi dell'art. 9 co. 1, “entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni”. In realtà

quando non verrà finalmente data sostanza alla clausola di salvaguardia prevista al comma 4, in particolare fino a quando non verrà consegnato alle Regioni e agli ospedali alcuno strumento con cui poter arginare l'esplosione dei numeri, diventata ormai un fattore ordinario e per nulla eccezionale.

In questa materia il dettato legislativo paga probabilmente in modo decisivo una formulazione lessicale che è frutto di una oltremodo travagliata mediazione politica¹⁸. E' evidente come dietro la redazione dell'articolo 9 ci furono contingenti valutazioni di opportunità, anche partitica¹⁹. Così, se è certo che è nelle dinamiche democratiche e rappresentative il sacrificio delle ragioni di alcuni, come lo è l'ovvietà per cui nessuna legge può pretendersi capace di soddisfare la massima percentuale dei consensi, è evidente anche che nella dialettica che accompagnava l'emanazione della legge 194 si toccavano argomenti di conclamata e conoscibile sensibilità²⁰. Vennero infatti da più parti gli indizi che potevano lasciar intendere al legislatore le molte resistenze che sarebbero poi derivate²¹ proprio da parte della

però la dichiarazione può sempre essere proposta anche al di fuori dei termini, "ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione".

¹⁷ I primi due commi dell'art. 9 stabiliscono che: «la dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente dell'ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni. L'obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale».

¹⁸ Per comprendere pienamente ciò di cui si tratta sarebbe necessario soffermarsi sui profili diacronici del diritto all'obiezione di coscienza come positivizzato dai quattro interventi normativi di cui fu oggetto. In particolare si noterebbe come tra il 1972 ed il 1978 si sia registrato un improvviso punto di rottura nella sua evoluzione legislativa. Infatti, con la l. n. 194/1978, a soli sei anni di distanza dall'unico precedente in materia (l. n. 772/1972, sull'obiezione di coscienza al servizio militare) è stata riconosciuta una forma di obiezione del tutto nuova, non richiesta ma dichiarata, legata ad una precedente e libera scelta professionale del richiedente e peraltro esente da ogni ipotesi di prestazione alternativa. Né è dato riscontrare nella legge del 1978 alcuna pretesa di sorveglianza sulla scelta o alcun controllo sulla stessa, in una logica in sé condivisibile, ma non per questo meno diversa dal regime precedente. La l. n. 772/1972 invece, si fondava su un modello di obiezione di coscienza intesa come tolleranza di un'altra prestazione in luogo di quella principale (nella logica della convertibilità dell'obbligo giuridico) dentro una cornice di controlli e disincentivi perfino contraddittori per quanto penetranti, tanto che alcuni hanno visto in quella disciplina più che un'ipotesi di esenzione ad un obbligo, la semplice previsione di una prestazione alternativa.

Perciò, lungo l'arco temporale che va dal 1972 al 1978, sembra potersi individuare un preciso momento di rottura tale per cui, di lì in avanti, non solo si è parlato in modo diverso di obiezione di coscienza, ma se ne è parlato riferendosi ad una cosa diversa.

¹⁹ L'art. 9 della legge 194 del 1978 si pone in evidente e non ancora giustificata (se non per ragioni politiche) soluzione di continuità con la precedente esperienza dell'obiezione di coscienza, in particolare con la legge 772 del 1972, che disegnava un diritto all'obiezione dentro contorni, poi dichiarati incostituzionali, di forte diffidenza e controllo, ed in termini notevolmente restrittivi e disincentivanti. L'articolo 9 della legge segna una rottura tale dall'esperienza precedente che può, a buon titolo, essere considerato il paradigma di un nuovo modello e di una nuova evoluzione del diritto all'obiezione di coscienza.

²⁰ Per rendersi conto della prevedibile divisività che avrebbe poi determinato basta guardare alla lacerazione politica provocata dal suo iter di produzione, oltre che dalle vicende referendarie che lo hanno riguardato.

²¹ CASINI, C., E CIERI, F., *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978. p.149.

categoria medica, che di quella legge sarebbe dovuta diventare il principale destinatario e che invece ne fu fin da subito il primo oppositore. D'altronde, fino al 1975, quando con la già richiamata sentenza n. 27 la Consulta è intervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., l'aborto volontario era punito come "delitto contro l'integrità della stirpe (libro II titolo X c.p.). Fu soltanto quella storica pronuncia a stabilire che la tutela del concepito²², potendo entrare in collisione con altri beni di rilevanza costituzionale, non potesse godere di prevalenza totale ed assoluta. Piuttosto la Corte fu chiara nel dire che <<non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare>>²³.

La fragilità che si dimostra nella prassi applicativa, se sicuramente non è integralmente imputabile al legislatore del '78, non può nemmeno dirsi estranea alle lacune di un bilanciamento più apparente che reale, o quantomeno incompleto. La soluzione intrapresa con la procedura di selezione "riservata" dell'A.O. San Camillo, su cui ci si soffermerà nel prossimo paragrafo, risponde proprio a questa fragilità, ma opera ancora al livello di singola struttura ed agisce senza alcun supporto legislativo e soprattutto al di fuori di un disegno di coerenza uniformatrice.

Pur ragionando intorno a problemi in parte diversi, è proprio su queste considerazioni che muovono entrambe le decisioni di condanna nei confronti dell'Italia del Comitato Europeo dei diritti sociali (la prima delle quali è peraltro richiamata espressamente dalla Regione Lazio a supporto del proprio provvedimento di autorizzazione) ed è di nuovo a queste considerazioni che portano le conclusioni cui provengono.

Con la prima delle due pronunce, riferita al caso *International Planned Parenthood Federation European Network v. Italy* (n. 87/2012) il Comitato ha condannato l'Italia per aver violato l'art. 11, e l'art. E (letto alla luce dell'art. 11) della Carta, pur dopo aver premesso che l'art. 9 co. 4 della legge 194 troverebbe, in astratto, l'equilibrio tra le esigenze in conflitto. La condanna si basa essenzialmente sul fatto che "*the competent authorities did not take the necessary measures in order to remove the causes of ill-health, in particular by*

²² A cui comunque la Corte non esitò a riconoscere fondamento costituzionale. << Ritiene la Corte che la tutela del concepito - che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) - abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito>>. Corte Cost., sent. n. 27 del 1975 consultabile in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

²³ L'importanza di questo passaggio si capisce soltanto tenendo conto del fatto che il sistema punitivo dichiarato incostituzionale da questa sentenza si basava essenzialmente sulla punibilità dell'aborto volontario e sul ricorso alla scriminante di cui all'art. 54 c.p. basato proprio sul presupposto dell'equivalenza tra il bene offeso ed il bene che si vuole tutelare. Ciò consentiva che l'aborto fosse legittimamente praticato quando si prospettasse un pericolo per la salute della donna, secondo lo schema tipico dell'art. 54 c.p., e dunque presupponendo l'equivalenza dei beni in contrasto. Si veda Corte Cost., sent. n. 27 del 1975 consultabile in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

ensuring that, as provided by Section 9§4 of Act No. 194/1978, abortions requested in accordance with the applicable rules are performed in all cases, even when the number of objecting medical practitioners and other health personnel is high²⁴”, con ciò lasciando intendere che non è di per sé l’elevato numero di obiettori a determinare la non applicabilità della legge 194, bensì l’incapacità del sistema di assicurare l’attuazione di sé stesso a prescindere dalla consistenza di questi numeri²⁵.

A quasi due anni di distanza, con la seconda pronuncia²⁶ emerge poi, ed in maniera dirompente, un altro profilo critico, fino ad ora lasciato a margine della questione, quello della posizione lavorativa dei medici non obiettori, sia come tali sia nel rapporto con i colleghi obiettori²⁷. Sul punto il Comitato, oltre a richiamare le considerazioni già espresse nel recentissimo precedente, imputa al sistema italiano la doppia violazione dell’art. 1 par. 2 (diritto al lavoro) e dell’art. 26 della Carta (diritto alla dignità sul lavoro). Sotto il primo profilo, il Comitato riconosce una differenza di trattamento discriminatoria tra personale medico obiettore e personale medico non-obiettore. Ex art. 26 paragrafo 2 invece, rileva come questo “imponga obblighi positivi agli Stati d’intraprendere azioni preventive al fine di garantire che non si verificino molestie morali, in particolare nelle situazioni in cui le molestie sono probabili”. A conferma di quanto espresso si può richiamare la Mozione parlamentare no.1-00450 (Migliore e altri) con la quale si è domandato al Governo di intraprendere un’azione volta “ad istituire un Tavolo tecnico di monitoraggio, con gli Assessori regionali, al fine di verificare che la Legge 194/1978 sia completamente e correttamente attuata, in particolare gli Articoli 5, 7 e 9, con l’obiettivo di prevenire ogni forma di discriminazione tra personale sanitario obiettore”, mozione peraltro conosciuta e richiamata dalla seconda pronuncia del Comitato.

In questo senso sembra potersi concludere che, in realtà, la vanificazione del bilanciamento legislativo sia determinato già a monte, trovando a valle soltanto la propria inevitabile manifestazione. La necessità di una più efficace regia legislativa risulta peraltro dalle stesse motivazioni delle condanne, che ruotano sostanzialmente intorno a quattro punti di diritto, tutti legati alle considerazioni fino ad ora svolte: l’insufficienza delle misure di attuazione delle legge 194, l’irragionevole discriminazione nell’accesso agli

²⁴ Il testo della decisione è consultabile in file:///Users/albertoarcuri/Downloads/CC87Merits_en.pdf

²⁵ Si veda A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l’Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio costituzionale*, Giugno 2014, www.rivistaaic.it.

²⁶ il testo è consultabile in http://www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2016/04/cc-91-2013-dadmissandmerits-en.pdf.pdf

²⁷ Questa seconda pronuncia apre in realtà ad un altro profilo di interesse, di tipo procedurale, per il quale si rimanda a B. LIBERALI, *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, fasc. 2. Sulla stessa pronuncia anche L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull’interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016, DPCE online 2016-2*.

interventi di ivg rispetto ad altri interventi sanitari, la discriminazione territoriale nell'accesso agli interventi e la discriminazione interna alle strutture tra medici obiettori e medici non obiettori.

Dentro questo scenario emergenziale le Regioni, a cui rimane rivolto l'obbligo di vigilare sulla concreta applicazione della legge e di assicurare i livelli essenziali di assistenza, hanno allora dovuto provare ad assecondare e talvolta a dare impulso a soluzioni quali quella di cui si tratta, sperando di poter evitare, quanto meno, l'interruzione del pubblico servizio. Così ha fatto di recente la Regione Lazio, dove il numero dei medici ginecologi obiettori sfiora l'80%,²⁸ autorizzando un bando di concorso richiesto da un'Azienda Ospedaliera che si è dichiarata incapace di assicurare altrimenti il servizio agli utenti.

3) Bandi di concorso “riservati” e principio di uguaglianza.

Una precisazione va posta sin d'ora: il bando di concorso di cui si discute, diversamente dai precedenti che si richiameranno, non può propriamente dirsi “riservato”, poiché non contiene una clausola di esplicita riserva per non obiettori. La “riserva” risulta indirettamente dal bando, che è espressamente destinato al reclutamento di personale da dedicare al servizio di interruzione volontaria della gravidanza e che per ciò stesso incide sulla libertà di accedere al concorso da parte di chi ritenga tale pratica inconciliabile con le ragioni della propria coscienza. Il nodo della questione però, può essere posto nello stesso interrogativo di fondo: la procedura avviata per la selezione di personale da dedicare al servizio di interruzione di gravidanza è, o meno, ingiustamente lesiva del principio di eguaglianza?

La moderna concezione dell'obiezione di coscienza, di cui l'articolo 9 della legge 194 è una delle principali esplicitazioni²⁹, è il prodotto di una evoluzione radicale e rapidissima, realizzatasi in tempi molto brevi. Quando si è calata nel dibattito giuridico positivo, la sua secolare natura³⁰ ha subito infatti un'evoluzione in un certo senso metamorfica cosicché, da disobbedienza ostinata e apparente di una «coscienza lacerata in se stessa»,³¹ che non accetta di lasciare la propria essenza irrinunciabile alla relatività corruttibile dell'arena politica e delle sue dinamiche, ha finito per trasformarsi, talvolta, in uno strumento politico legittimo e legale utilizzato per trascinare le ragioni d'influenti gruppi minoritari dentro la stessa arena politica da cui prima intendeva fuggire.

²⁸ La Relazione del Ministro della Salute sull'attuazione della Legge 194/78 indica, nella Tabella 28, in 78,2% il dato sui ginecologi obiettori. Dato peraltro in ascesa rispetto alle rilevazioni precedenti e consultabile in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2552_ulterioriallegati_ulterioreallegato_0_alleg.pdf

²⁹ I casi di diritti all'obiezione di coscienza previsti per legge nell'ordinamento italiano sono quattro. In ordine cronologico: l'obiezione di coscienza al servizio militare di cui alla legge 772 del 1972, l'obiezione di coscienza agli interventi di interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla legge 194 del 1978; l'obiezione di coscienza alle pratiche di sperimentazione animale, di cui alla legge 413 del 1993; e l'obiezione di coscienza ad interventi di procreazione medicalmente assistita, di cui alla legge 40 del 2004.

³⁰ E' già con Platone che si costituisce il primo fondamentale tratto, cui sempre tornerà a farsi riferimento, di un disegno che diverrà molto più tardi e nella sua completezza, la teoria dell'obiezione di coscienza.

³¹ La definizione è di G. CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in *Capograssi, Opere*, V, Milano, 1959.

Sul tema dell'obiezione di coscienza la Costituzione italiana è rimasta volutamente silente³², ponendo così, indirettamente, un ostacolo di fondo alla ricerca di un suo fondamento costituzionale. L'assenza di un chiaro riferimento espresso infatti non può dirsi inconsapevole, se non altro perché il Costituente italiano aveva di fronte a sé diverse esperienze costituzionali che invece avevano operato la scelta opposta³³. Che il diritto all'obiezione di coscienza fosse sconosciuto al lessico del testo costituzionale, non fu però mai avvertito come ostacolo decisivo, ed infine l'obiezione di coscienza fu riconosciuta dalla Corte costituzionale come un diritto di rango costituzionale³⁴, il cui fondamento venne riconosciuto nel diritto di libertà di coscienza³⁵. Tanto che secondo alcuni, abbandonato il suo carattere eccezionale³⁶, avrebbe saputo imporsi come un vero diritto generalizzato, così che il suo esercizio

³² A differenza dell'esperienza costituzionale di altri Paesi (così, ad esempio l'Austria all'art. 9 comma 3 Cost., I Paesi Bassi, all'art. 99 Cost., il Portogallo, all'art. 41 comma 5 Cost. e la Spagna all'art. 30 commi 2 e 3 Cost.)

³³ Ed infatti il dibattito in Costituente si aprì. In particolare se ne discusse in riferimento, in linea con il dato comparatistico sincronico, al testo dell'articolo 52 Cost. Si veda, ad esempio, la discussione che fece seguito alla presentazione dell'On. Caporali. Cfr. E. BETTINELLI, Art. 52, in *Commentario alla costituzione, Rapporti politici*, I, Bologna, pp. 80s. Per una panoramica sul dibattito immediatamente successivo all'emanazione della Costituzione A. GOMEZ DE AYALA, *L'obiezione di coscienza al servizio militare nei suoi aspetti giuridico-teologici*, Milano 1966.

³⁴ Soluzione peraltro ormai incontrastata. Altro è comunque la sua incontestabilità; in questo senso, tra gli altri, sono di grande suggestione gli spunti di G. GEMMA, *Obiezione di coscienza ed osservanza dei doveri*, in *Il senso della Repubblica. Doveri*, S. MATTARELLI (a cura di), Milano, 2007

³⁵ Il diritto all'obiezione di coscienza è inscindibilmente legato al contenuto del suo fondamento, la libertà di coscienza, che trova il proprio riferimento costituzionale nel combinato disposto degli artt. 2, 19 e 21 Cost. (dopo un'evoluzione piuttosto lenta, che muoveva da una libertà di coscienza intesa come espressione positiva della libertà religiosa, e dunque legata essenzialmente all'art. 19 Cost., la Corte è pervenuta a questa costruzione argomentativa più "laica" espressa definitivamente dalle parole della sentenza 467 del 1991).

Perché si possa ammettere che un soggetto sia esente dal rispetto di un obbligo giuridico valido e vincolante in virtù di ragioni legate alla dimensione della propria coscienza, è necessario che la coscienza individuale venga considerata dall'ordinamento costituzionale come un bene meritevole di tutela. Si vedano sul punto alcune pronunce della Corte Costituzionale, tra cui, Corte cost., sent. n.467 del 1991; Corte cost. sent. n. 43 del 1997; e Corte cost. sent. n.271 del 2000.

Si deve comunque precisare che il diritto all'obiezione di coscienza deve essere inteso secondo la c.d. "teoria coscienzialistica". Secondo questa teoria, prevalente e largamente condivisibile, l'obiezione di coscienza esaurisce il suo fine nella tutela della coscienza dell'obiettore, non essendo invece posta in nessun modo a garanzia del "bene mediato", che con l'obiettore intende valorizzare (come invece vorrebbe la diversa "teoria contenutistica". Su questo punto si VEDA L. LOMBARDI VALLAURI, *L'obiezione di coscienza legata alla sperimentazione, ex-vivisezione (legge 12 ottobre 1993 n.413)*, IN A. MANNUCCI, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, p. 273 e M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti, Tesi di dottorato in scienza giuridiche, Università degli studi di Milano Bicocca*, 2012.

³⁶ In particolare il dibattito sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza è stato influenzato da una dottrina che ha inteso qualificare, più o meno velatamente, l'obiezione di coscienza come un'obiezione di legalità. Il presupposto di questa teoria è che l'aborto, che per l'ordinamento dovrebbe comunque essere un disvalore, non assumerebbe mai a valore o libertà, ma resterebbe un'eccezione al principio supremo del diritto alla vita, cosicché l'obiezione di coscienza, in quanto eccezione dell'eccezione, significherebbe il ritorno alla regola. Si veda, ad esempio, V. TURCHI, *op. cit.* pp. 102-104; o anche CASINI, C., E CIERI, F., *op. cit.*, p. 155.

prescinderebbe dalla *interpositio legislatoris*³⁷, che diverrebbe momento di mera regolazione e non condizione essenziale della sua esistenza.

La proliferazione dei numeri dell'obiezione, peraltro alimentata dalla fragilità degli strumenti contenitivi (in particolare dalla legge 194 in poi)³⁸ è infine deflagrata in un'esplosione euforica che impone oggi, paradossalmente, di discutere intorno alla ricerca di un punto di equilibrio³⁹ a tutela delle ragioni di coloro che interloquiscono con la scelta degli obiettori. Ciò detto, anche volendo seguire il percorso argomentativo più radicale, che intende slegare l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza dalla necessità di puntuali previsioni legislative (legittimanti e non meramente regolative) sarebbe comunque mistificatorio pensare di confonderlo con un diritto illimitabile. E' l'esigenza in sé del bilanciamento ad impedire di intendere un diritto come assoluto, ed è la stessa legge 194 a porre il primo tentativo, di intercettare il rischio che la natura di un diritto ontologicamente in tensione verso l'assoluto, così come la morale che lo sorregge, possa preludere alla fattuale sterilizzazione dei principi di cui essa stessa si fa portatrice⁴⁰.

Ora, se i numeri dell'obiezione nel panorama nazionale sono oltremodo noti, forse più utile nel caso di specie è l'analisi che guarda alla discesa di tali dati sulle singole realtà di riferimento, le strutture ospedaliere, che sempre più spesso denunciano l'impossibilità di erogare la prestazione per l'assenza di personale, così come nel caso di cui si tratta. L'urgenza avvertita dal Dirigente dell'A.O. San Camillo con le note protocollate inviate alla Regione tra l'Agosto e il Settembre 2014, e poi confluite nella richiesta di autorizzazione al Commissario ad Acta, è tutt'altro che ingiustificata. E sulla diversa

³⁷ Così, tra gli altri: R. BERTOLINO; *L'obiezione di coscienza moderna: per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994; e DALLA TORRE, G., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali* in Botta R. (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico: atti del Convegno di studi. Modena 30 novembre-1 dicembre 1990*, Milano, 1991. Di interesse, sul punto, i rilievi critici avanzati da E. ROSSI, che evidenziano come, permettendo una deroga di coscienza attraverso l'obiezione, il legislatore altro non fa che aprire un varco all'interno di un suo provvedimento, assumendosi un rischio che è intrinseco alla dinamica dell'obiezione di coscienza e che questa porta con sé, sabotare l'applicazione della legge dal suo interno, nel suo momento applicativo, così che slegare il diritto all'obiezione da previsioni legislative espresse significa in parte, delegittimare il bilanciamento operato in origine dal soggetto politico. Si veda E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in «Foro it.», 1988, I, p. 766.

³⁸ Così la legge 230 del 1998 (di riforma dell'obiezione di coscienza al servizio militare armato), la legge 413 del 1993 (sull'obiezione di coscienza alle pratiche di sperimentazione animale), e la legge 40 del 2004 (per quanto riguarda l'obiezione di coscienza agli interventi di procreazione medicalmente assistita) che furono pensate sul modello dell'art. 9 della legge 194 del 1978.

³⁹ In questo senso Corte Costituzionale, sentenza n. 43 del 1997; <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁴⁰ Di questa preoccupazione sono frutto alcune disposizioni della legge 194, tra cui gli articoli 15 e 16. Massimo esponente di questa infruttuosa lungimiranza è però sicuramente il quarto comma dell'art. 9, laddove dispone che «gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare lo espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale».

valutazione dei dati periodicamente offerta dal ministero della Salute, che deve monitorare sull'attuazione della 194 presentando al Parlamento, ai sensi dell'articolo 16 della stessa legge, una relazione annuale⁴¹, sono intervenute, in modo peraltro quasi determinante, diverse pronunce internazionali. Così, ad esempio, la prima delle due sopra esaminate, con la quale il Comitato dei diritti sociali del Consiglio d'Europa ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 11 (diritto alla salute) della Carta Sociale Europea, per non aver predisposto un sistema tale da garantire la presenza costante di personale non obiettore, e per aver violato il principio di non discriminazione, laddove l'interruzione volontaria di gravidanza non è garantita uniformemente nel territorio nazionale⁴². Decisione fortemente dibattuta ma ora seguita da un recentissimo intervento, diverso nella natura ma dal contenuto del tutto analogo, del Comitato per i diritti umani ONU⁴³.

La prima decisione del Comitato dei diritti sociali del Consiglio d'Europa deve essere nuovamente ripresa per enfatizzare un altro profilo d'interesse. La rilevanza dell'intervento non è, infatti, soltanto nel merito della sua pronuncia, ma anche, e soprattutto, nell'oggetto del percorso argomentativo seguito, che è ciò su cui è stato chiamato a pronunciarsi, ossia l'idoneità della struttura organizzativa del servizio alla garanzia effettiva del diritto alla salute. Dalle parole del Comitato s'intende nuovamente, in modo piuttosto agevole, come il nervo scoperto della questione non sia in sé l'incidenza numerica degli obiettori, quanto piuttosto il fatto che la fragilità della l. n. 19/78 determina che l'applicazione della legge 194 venga resa dipendente da quei numeri, e quindi dalle scelte legittime ma numericamente imprevedibili di una determinata categoria professionale. In questo senso è stato evidenziato che queste formule concorsuali si rendono strumenti di necessaria tutela contro il rischio che "il funzionamento di una legge... sia condizionato dall'accettazione di una ristrettissima categoria professionale, dotata di particolari capacità tecniche (ostetrici e ginecologi)"⁴⁴.

Se questo è lo scenario allora sono chiari i motivi per cui la ricerca di soluzioni a supplenza dell'assenza di valide misure di garanzia sia diventata un passaggio imprescindibile nella composizione a livello applicativo di un bilanciamento nato fragile in sede legislativa⁴⁵. Le aziende sanitarie locali ed

⁴¹ L'ultima rilevazione disponibile, riferita agli anni 2014-2015, è consultabile in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2552_allegato.pdf

⁴² Il testo è consultabile in lingua italiana in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/456-comitato-europeo-dirittisociali-decisione-su-aborto-e-obiezione-di-coscienza-in-italia>

⁴³ Human Rights Committee; *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*; consultabile in <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21453&LangID=E>

⁴⁴A. PUGIOTTO; *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, Dig. disc. Pubbl., X, Torino, 1995, p. 254.

⁴⁵ Ad esempio la riserva per il personale non obiettore nei consultori familiari che fu prevista dalla Regione Puglia, o il caso, sempre della Regione Lazio, e recentissimamente riproposto sull'obiezione di coscienza nei consultori e nei confronti della contraccezione di emergenza.

Sul bilanciamento come tecnica di composizione dei conflitti tra diritti invece, si veda A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, 2015.

ospedaliere hanno allora cominciato a rimediare alle lacune di personale bandendo concorsi per posti riservati a non obiettori. Clausole di questo tipo perciò, anche se attraverso formulazioni lessicali diverse, non sono affatto nuove alla prassi e al contenzioso amministrativo.

In senso contrario alla loro legittimità si espresse il TAR Liguria, con sentenza 3 luglio 1980, n. 396, poggiando la propria decisione sul combinando disposto degli artt. 3, 51 comma 1 e 97 Cost., ai sensi dei quali «la previsione di requisiti speciali per l'ammissione al pubblico impiego, risolvendosi in una limitazione all'accesso, deve trovare la propria fonte in una norma di legge, la quale può giustificare tali restrizioni... purché queste siano ricollegabili a requisiti attitudinari ovvero ad altre esigenze obiettive e comunque escludano trattamenti differenziali rimessi unicamente all'arbitrio o all'ingiustificata discriminazione»⁴⁶. Significato controverso assume invece la decisione con cui il TAR Puglia accolse il ricorso presentato contro un bando che prevedeva l'integrazione di personale nei Consultori attraverso l'assunzione di un medico ginecologo non obiettore e di due ostetriche non obiettrici per ogni ASL, perché se è vero che nel merito il giudice amministrativo ha dichiarato tali clausole "espulsive" ed ingiustamente discriminatorie, è vero pure che la decisione non è maturata in ragione dell'aprioristica discriminatorietà del sistema di reclutamento, quanto piuttosto sull'ingiustificabilità oggettiva di quella discriminazione, determinata dall'irrelevanza del ricorso all'obiezione in un momento, quale quello consultoriale, in cui «non si pratica materialmente l'interruzione della gravidanza per la quale unicamente opera l'obiezione»⁴⁷. In senso favorevole alla legittimità di questo tipo di concorsi si è espresso invece il T.A.R. Emilia Romagna, sez. Parma con sentenza 13 dicembre 1982, n. 289, di cui si dirà oltre, secondo un'interpretazione che pare oggi maggioritaria, per cui il fondamento di tali clausole si risolverebbe nella necessità di garantire l'applicazione della legge 194.

L'utilizzo di strumenti di questo tipo, per lo meno laddove incluso entro i limiti necessari al buon funzionamento del servizio, non sembra essere perciò di per sé escludibile⁴⁸, né tanto meno, sembra poter essere esclusa la possibilità di ricorrere allo strumento che è qui in esame. Tutt'altro, l'implementazione di sistemi che favoriscono la possibilità di garantire, almeno in via applicativa, il diritto all'obiezione di coscienza, e dunque una tollerabile sopravvivenza della legge 194, che definisce i livelli essenziali delle prestazioni in materia di interruzione volontaria della gravidanza e che è oggi largamente favorevole alle ragioni degli obiettori, sarebbe paradossalmente interesse proprio degli obiettori.

⁴⁶ TAR Liguria, 3 luglio 1980, n. 396, *Foro Amm.*, 1980, fascicolo 12 parte 1, p. 2172

⁴⁷ TAR Puglia, sez. II, sentenza del 14 settembre 2010, n. 3477. Una lettura in questo senso dalla decisione è offerta da M.P.IADICICCO *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il TAR puglia la presenza di medici obiettori nei consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto*, *Giur. cost.*, fasc.2, 2011.

⁴⁸ Così, tra gli altri, D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.* 2008, p. 1092.

Delle due l'una: o si disconosce che il servizio pubblico di cui alla legge 194 è mezzo necessario di tutela di diritti di rango costituzionale, e che il quarto comma dell'art. 9 sancisce a carico delle amministrazioni ospedaliere e delle Regioni un obbligo inderogabile, ma non si vede come possa non esserlo, imprescindibilmente strumentale rispetto al principio di cui all'art. 32 Cost., oltreché di buon funzionamento della P.A; oppure si deve permettere alle amministrazioni regionali ed ospedaliere di trovare gli spazi per rendere tali previsioni effettive, garantendo, attraverso la continuità e la certezza del servizio, la sua uniformità a livello territoriale.

A ben vedere peraltro questi bandi non sembrano agire affatto sulla coscienza degli obiettori, sembrando piuttosto rivolgersi semplicemente, e legittimamente, a medici disposti a fare ciò che altri liberamente rifiutano. Riservare dei ruoli per medici che realizzano prestazioni che altri non sono disposti a fare, non pare comportare un pregiudizio rilevante per le ragioni della coscienza dei secondi. Ma anche volendo dire che l'esclusione che ne consegue possa provocare un pregiudizio in termini di paritario accesso a mansioni pubbliche, il punto determinante della questione riguarderebbe l'accettabilità e non l'esistenza in sé, di tale pregiudizio, avendo riguardo alla sua compatibilità rispetto alle esigenze di buon funzionamento del servizio sanitario, che nel caso di specie si può ritenere ampiamente giustificata, proporzionata e soprattutto funzionale.

Se l'ormai indiscussa esistenza di un diritto costituzionale all'obiezione di coscienza non potrebbe di certo ammettere l'avvilimento del suo contenuto, tale per cui il suo esercizio venga svuotato e reso di fatto impossibile, d'altro lato non si potrebbe nemmeno arrivare a pretendere che ogni conseguenza, anche pregiudizievole, che derivi dal suo esercizio, sia da considerarsi in sé discriminatoria. Se si volesse giungere a ritenere il comportamento della Regione Lazio e del San Camillo ingiustificato ed iniquo nei confronti della libera determinazione della coscienza degli obiettori, si dovrebbe poter sostenere, molto arditamente, la ragionevolezza di una metamorfosi ontologica per cui, la tutela dei diritti della coscienza, ed in particolare di quello all'obiezione (la cui ratio è pur sempre la difesa della coscienza delle minoranze oltre le dinamiche della rappresentanza politica) finirebbe per gravare completamente su altri soggetti, privati e pubblici, con piena deresponsabilizzazione di una scelta procedimentalizzata, ma certamente piuttosto "disinvolta" nelle modalità di svolgimento. Inoltre, senza strumenti idonei ad arginare i numeri dell'obiezione nelle singole strutture, l'obbligo legislativamente posto di garantire le prestazioni diventerebbe una sorta di inconcepibile *obligatio diabolica*⁴⁹.

Una nota in punto di uguaglianza andrebbe invece fatta sulla sostenibilità di un sistema che, di fatto, affida la propria sopravvivenza sui pochi medici non obiettori, con i relativi pregiudizi professionali e

⁴⁹ Così si esprime A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 1.

umani⁵⁰ che ne derivano, oltreché sulla possibilità di continuare a giustificare un sistema che è ampiamente discriminatorio nell'erogazione delle prestazioni, e che continua a mostrare, ed inspiegabilmente ad accettare, vere e proprie “zone d'ombra” del servizio⁵¹. Piuttosto occorrerebbe tentare di riorganizzare il servizio a livello regionale, garantendo la funzionalità e la continuità del sistema, in una struttura di sostegno e supporto da parte di una più incisiva regia legislativa centrale, e in attesa di una inevitabile riforma, da un direzione statale, anche con eventuale esercizio dei poteri sostitutivi ex articolo 120 Cost., laddove l'intervento regionale si mostri inadatto.

Concludendo e sintetizzando, il ricorso ad un bando per l'assunzione di medici da dedicare ai servizi di IVG non sembra intaccare in alcun modo il principio di uguaglianza. Si tratta invece di rispettare un preciso obbligo normativo il cui fine non è solo la tutela del diritto a ricevere prestazioni di interruzione della gravidanza, bensì il diritto fondamentale alla salute delle donne, da intendersi in una prospettiva più ampia e garantista come diritto al benessere fisico e psichico, strumentalmente dipendente dalla certezza di poter accedere in condizioni di sicurezza al servizio, ovunque ed in ogni momento. Non solo, dunque, la procedura autorizzata dalla Regione Lazio non dovrebbe essere dubitata come discriminatoria, ma sono proprio esigenze di eguaglianza sostanziale a richiederne un uso più diffuso ed efficace, per almeno due ragioni. Riavvicinare al dettato costituzionale la non ulteriormente tollerabile disomogeneità dell'offerta del servizio sul territorio nazionale, e consentire agli ospedali di dotarsi di personale strutturato, che superi la prassi della presenza “a gettone” e che permetta di allontanare i dubbi di un trattamento diseguale e dequalificante per i medici non obiettori⁵². Profili entrambi già segnalati in entrambe le pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali e rilevati, da ultimo, anche dal

⁵⁰ L'interruzione di gravidanza può infatti rappresentare, anche per i medici non obiettori, un intervento umanamente delicato se ripetuto in modo quasi esclusivo; e comunque, il fatto stesso che il personale non obiettore debba sopportare il peso dell'esonero degli obiettori (a fronte del quale peraltro non è prevista alcuna prestazione alternativa) anche in termini di maggiore difficoltà di distribuire il proprio tempo lavorativo in interventi di natura diversa, rappresenta in termini di carriere ed esperienza, una situazione ai limiti della tollerabilità.

In una prospettiva comparatista (con riferimento alla situazione dell'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria di gravidanza in Canada) si veda il contributo di B. DICKENS, REBECCA J. COOK, *Conscientious commitment to women's health*, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 113 (2011), che in modo molto originale e suggestivo guarda al fenomeno dalla prospettiva della tutela della libertà di coscienza del personale che non solleva obiezione.

⁵¹ Per i dati sulla diffusione territoriale dei numeri dell'obiezione si rimanda alla Relazione ministeriale sullo stato di attuazione della legge 194, consultabile in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2552_allegato.pdf

⁵² «Come non si può imporre al personale medico e sanitario contrario in coscienza all'aborto di prendervi parte, così non si può imporre al restante di dedicare la quasi totalità della propria attività professionale unicamente alle interruzioni di gravidanza». M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti*, *Tesi di dottorato in scienza giuridiche*, Università degli studi di Milano Bicocca, 2012, p. 214.

Comitato per i diritti umani dell'Onu⁵³, che di recente ha rilanciato l'allarme per l'insufficienza di personale non obiettore e per il pericolo di un ritorno alla pratica degli aborti clandestini.

Con un accenno finale non si può nemmeno tacere la palese irrazionalità, in termini di spesa pubblica, della soluzione contraria, laddove perseverando nella volontà di non ricorrere a procedure selettive finalizzate all'applicazione della legge 194 (quale quella qui in esame) si continuerebbe a permettere l'accesso a profili professionali diversi da quelli di cui vi è necessità, imponendo alle amministrazioni di sostenere una spesa per l'assunzione di personale cui la struttura deficitaria di medici non obiettori non ha evidentemente alcuna necessità.

4) Misure a sostegno di uno strumento legittimo, ma non risolutivo

Anche riconoscendone la legittimità, il ricorso a procedure selettive di questo genere si è dimostrato tutt'altro che risolutivo, data l'evidente impossibilità di privare il personale, pur se assunto nei ruoli per non obiettori, del diritto di sollevare successivamente obiezione di coscienza. Il punto è che l'art. 9 co. 2 della l. n. 194/1978 prevede che l'obiezione possa essere *dichiarata* in ogni momento, pur se con efficacia temporale differita, e dunque non è escludibile che coloro che risulteranno vincitori della selezione pubblica in esame possano dichiararsi obiettori in un momento successivo all'assunzione.

Si è detto nel paragrafo precedente come il bando in esame non escluda espressamente gli obiettori dalla procedura di selezione, prevedendo piuttosto che il vincitore venga assegnato all'applicazione della legge 194 e perciò richiedendo ai partecipanti di dichiarare la propria disponibilità a prestare servizio presso tale settore. Ciò ha necessariamente dei risvolti in ciò di cui si tratta, perché nei fatti ciò che è richiesto al vincitore è di non presentare la dichiarazione di obiezione di coscienza, o eventualmente di ritirare quella già presentata. D'altro canto, non può essere affatto esclusa aprioristicamente l'eventualità per cui medici assunti attraverso questi ruoli si appellino all'articolo 9 della legge 194. E l'eventualità è concreta e null'affatto didattica, perché dietro queste dinamiche potrebbero non esservi soltanto le ipotesi limite di un abuso opportunistico del diritto riconosciuto o di un genuino ripensamento dei propri riferimenti morali, ma anche e soprattutto ragioni ben più concrete e perciò diffuse, legate alla "desertificazione dei reparti della 194"⁵⁴ e alla difficoltà di perseverare nell'addossarsi un carico di

⁵³ «The Committee is concerned at reported difficulties in accessing legal abortions owing to the high number of physicians who refuse to perform abortions for reasons of conscience and their manner of distribution across the country, and the resulting in a significant number of clandestine abortions being carried out» Human Rights Committee; *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*; consultabile in <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21453&LangID=E>

⁵⁴ Della vita della 194 tra i reparti degli ospedali italiani da un esaustivo ed interessante resoconto C. LALLI, *C'è chi dice no: dalla leva all'aborto, come cambia l'obiezione di coscienza*, Milano, 2011.

lavoro ingente, a livello professionale come umano, a fronte della possibilità di liberarsene senza alcuna spiegazione ed in modo pienamente gratuito⁵⁵.

Di fronte alla conclamata impossibilità di imbrigliare il lavoratore assunto nei ruoli dei non obiettori dentro gli spazi di una scelta di coscienza pregressa, diventa perciò opportuno inquadrare i limiti entro cui deve muoversi la reazione pubblica, che deve però intendersi inevitabile, al sorgere di questa eventualità. Sui margini di manovra delle amministrazioni si è sviluppata una giurisprudenza episodica e non nutritissima, ma certamente molto interessante. Centrale, sul punto, la già richiamata sentenza del TAR Emilia-Romagna n. 289, del 13 dicembre 1982⁵⁶, che non ha accolto la pretesa illegittimità del provvedimento di decadenza di un medico che, assunto tramite bando pubblico contenente la clausola per cui i candidati dovevano dichiarare preventivamente la volontà di non sollevare obiezione di coscienza, non esitava a ricorrere alla stessa poco dopo aver ottenuto il posto. La motivazione della pronuncia muoveva dall'assunto per cui il diritto all'obiezione di coscienza subisce un limite inevitabile qualora il suo esercizio impedisca il realizzarsi del servizio per il quale il dipendente è stato assunto. Diversamente si era pronunciato il TAR Campania, laddove aveva sanzionato come illegittimo il provvedimento di dispensa dal servizio per incapacità sopravvenuta adottato contro un medico di "Unità sanitaria locale assistente di ostetricia", che aveva sollevato, sei anni dopo l'assunzione, obiezione di coscienza. Ma proprio nelle motivazioni della pronuncia in esame c'era già il cuore di quelle che avrebbero potuto giustificare una decisione inversa. Il TAR Campania fondò le proprie ragioni sul presupposto per cui l'atteggiamento del dipendente non avrebbe comportato "un'obiettiva inidoneità alle mansioni"⁵⁷, poiché non ritenne lo svolgimento delle specifiche prestazioni richieste dalla legge 194 del 1978 essenziali al proprio rapporto di impiego. E' chiaro dunque che la prospettiva cambia, e radicalmente, laddove l'assunzione sia avvenuta, come nel presente caso di specie, in ragione di una procedura di concorso finalizzata espressamente all'assunzione di personale da dedicare al "servizio di interruzione di gravidanza reso dalla UOSD OH/Day Surgery "Centro di riferimento regionale per la Legge 194/78".

⁵⁵ Al giovane (ginecologo o anestesista) che non nutra in coscienza alcuna opposizione agli interventi di interruzione volontaria della gravidanza, e che si affaccia al mondo professionale della *ars medica*, si prospetta una scelta che può disegnarci, semplicisticamente ma senza discostarsi troppo dalla realtà, in questi termini: da un lato la possibilità di adempiere i doveri richiestigli dalla legge e non dichiarare la propria obiezione, dal che, evidentemente, deriva il dover spendere parte (se non si vuole dire molta) della propria attività in interventi di questo tipo; dall'altro lato la possibilità opposta, di dichiararsi non disposto a dar obbedienza alla 194, con ciò ottenendo un duplice vantaggio, virare verso lidi di pratiche più gratificanti ed umanamente meno invasive ed evitare ogni altra prestazione alternativa, inesistenti in una scelta che è assolutamente gratuita. Chi volesse fantasticare con ingiustificata malizia, poi, potrebbe dar peso alla distribuzione delle percentuali di obiettori nei vari livelli della gerarchia medica e chiedersi cosa potrebbe accadere nel caso in cui la scelta di coscienza avesse conseguenze sulla crescita professionale del medico non obiettore.

⁵⁶ T.A.R. Emilia-Romagna, sez. Parma, 13 dicembre 1982, n. 289, in «Foro amm.», 1983, I, 735.

⁵⁷ T.A.R. Campania, sez. IV, 3 maggio 1989, n. 78, in «Trib. amm. reg.», I, 2570.

A riguardo nulla è detto, almeno esplicitamente, nel bando di concorso in esame come negli altri documenti che lo hanno preceduto, che non specificano le conseguenze cui potrebbe incorrere il medico eppure, la vicenda San Camillo apre, proprio sotto questo aspetto, un argomento di discussione inedito in alcuni suoi profili. Il punto potrebbe in astratto essere risolto in sede di contrattazione individuale tra medico assunto e amministrazione ospedaliera. L'accento si deve comunque porre sulla funzionalità della procedura di reclutamento in esame rispetto ai compiti e alle attività a cui si rivolge, che sono state a tal fine indicate espressamente nei requisiti per la partecipazione al concorso⁵⁸. Peraltro, i candidati selezionati, stipulando con l'A.O. un contratto di lavoro a tempo indeterminato, hanno rinnovato la propria adesione ai termini in cui il bando era posto. Con la stipula dei contratti peraltro, il rapporto con l'A.O. è diventato, ai sensi dell'art. 2 comma 2 del Decreto legislativo 165 del 2001, di interesse civilistico. Nell'impiego pubblico è previsto un periodo di prova obbligatorio, regolato dal decreto ora citato, che all'art. 70 comma 13, dispone che *“in materia di reclutamento, le pubbliche amministrazioni applicano la disciplina prevista dal D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487”*. A sua volta l'art. 17 del D.P.R. citato indica che *“i candidati dichiarati vincitori sono invitati, a mezzo assicurata convenzionale, ad assumere servizio in via provvisoria, sotto riserva di accertamento del possesso dei requisiti prescritti per la nomina e sono assunti in prova nel profilo professionale di qualifica o categoria per il quale risultano vincitori”*. Il comportamento di chi dovesse fare obiezione nei primi sei mesi dalla stipula del contratto, difficilmente potrebbe non integrare una situazione di inadempienza rispetto al compito specifico per cui è stato chiamato, con ciò legittimando il recesso dell'A.O. Il Direttore Generale della struttura interessata dal bando in esame ha, dal canto suo, già affermato che, qualora i vincitori del concorso dovessero «fare obiezione nei primi sei mesi dopo l'assunzione, potrebbero rischiare il licenziamento»⁵⁹. Trascorso il semestre di prova la posizione del medico assunto si consolida, con ciò complicandosi la posizione dell'amministrazione ospedaliera, che vedrebbe opporsi, oltre al diritto all'obiezione, diritti e principi a tutela del rapporto di lavoro. Il Direttore Generale a tal proposito, precisa che, il rifiuto di fare interruzioni volontarie di gravidanza potrebbe portare «alla mobilità o addirittura alla messa in esubero»⁶⁰.

La domanda che ci si pone a riguardo è cosa ne sarebbe di un contratto che prevedesse, in aggiunta ad una clausola di riserva per non obiettori, un'ulteriore clausola che vincolasse preventivamente ed espressamente il “chiamato” a non sollevare obiezione, disponendo, nel caso contrario, la cessazione

⁵⁸ Così l'art. 12 del bando prevedeva che coloro che sarebbero stati assunti in seguito all'approvazione della graduatoria sarebbero stati assegnati al “settore Day Hospital e Day Surgery per l'applicazione della legge 194/1978”.

⁵⁹ Così spiega a Repubblica Francesco D'Alba, Direttore Generale dell'A.O. San Camillo Forlanini, il 22 Febbraio 2017; consultabile in

http://roma.repubblica.it/cronaca/2017/02/22/news/aborto_il_lazio_assume_ginecologi_non_obiettori_rischi_o_licenziamento_se_dovessero_rifutarsi_-158890433/

⁶⁰ *ibidem*

del rapporto di lavoro. In alternativa, è stato detto che misure efficaci potrebbero essere di tipo economico, o anche solo penalizzazioni in termini di carriera, per i medici che decidano di esercitare il diritto all'obiezione dopo essere stati assunti tramite bandi quali quello di cui si tratta⁶¹, in modo da disincentivare sia i profili professionali più sensibili alla dimensione retributiva, sia quelli più indifferenti al dato economico ma più attenti all'avanzamento di carriera⁶². Tutte queste soluzioni sono comunque nulla più che palliativi, assolutamente insufficienti fino a quando non si deciderà di intervenire sulla causa della patologia: l'inconcepibile ed ingiustificato privilegio mantenuto da un'obiezione dalla natura incomprensibilmente disinvolta che, non imponendo prestazioni alternative ai medici obiettori, crea tutti i fattori favorevoli perché si producano obiezioni c.d. pretestuose⁶³.

Un altro aspetto rilevante e per nulla considerato è che l'obiezione di coscienza di cui si parla si inserisce pienamente in una dialettica composta di due scelte uguali⁶⁴ e reciproche: quella del candidato, e poi dell'assunto, e quella di un ordinamento sovrano, espressa attraverso il suo apparato politico prima e amministrativo poi. Anche nel caso del San Camillo, la delibera con cui è stato indetto il bando ha provveduto ad informare preventivamente gli aspiranti assunti circa le prestazioni richieste, così da permettere una valutazione libera e anticipata riguardo l'incidenza delle stesse sui propri convincimenti morali.

Nell'incapacità di porre conseguenze rilevanti sulla scelta, differita ma ugualmente libera, dell'obiettore, il conflitto non sarebbe risolto, bensì annullato nella delegittimazione di uno dei due interlocutori, sulle posizioni del quale andrebbe a pesare interamente la pretesa dell'altro. Un meccanismo per cui a fronte di due scelte, di due posizioni distinte che si determinano in una situazione di accordo e cooperazione, veda una delle parti arbitrariamente sindacare il contenuto della libertà del suo interlocutore, è qualcosa in più di un mero meccanismo di difesa della coscienza. "Laddove lo svolgimento della prestazione consegue ad una libera scelta, qualora l'attività dell'ufficio comporti una condotta in contrasto con le nuove esigenze della propria coscienza, la stessa può sempre trovare tutela nell'abbandono

⁶¹ F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1 del 2015, 89-120.

⁶² F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli 2014.

⁶³ Si vede, ma solo a titolo esemplificativo tra i tanti, A. PUGIOTTO; *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, *Dig. disc. Pubbl.*, X, 1995, laddove valuta l'esistenza di una prestazione alternativa come carattere strutturale all'obiezione di coscienza. Si veda anche come il sistema dell'obiezione di coscienza al servizio militare di cui alla legge 772 del 1972 (l'unico precedente in materia) era costruito sulla logica della prestazione alternativa, al punto da aprire il dibattito sulla sua natura di *opzione* di coscienza più che di *obiezione*. Sul punto G. CAPUTO, *L'obiezione di coscienza, un'erma bifronte fra tolleranza e fondamentalismo*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Milano, 1991, p. 15.

⁶⁴ Per la verità quella libera sembra essere quella del candidato più che quella dell'A.O., che è sottoposta a vincoli procedurali e sostanziali.

dell'impiego”⁶⁵. Appare assolutamente significativo l'ulteriore rilievo per cui, già a monte, il dovere di compiere interventi abortivi non grava sulla generalità dei consociati (mentre era vero il contrario per il servizio militare, l'unico precedente normativo in materia di obiezione di coscienza). Il fatto che esista la possibilità di sottrarsi a tali interventi incide certamente, se non sulla sostenibilità in sé di un diritto all'obiezione, quanto meno sull'incisività di preclusioni e limitazioni di sorta.

Non si può pertanto prescindere ulteriormente dal riprendere l'indagine sulla natura di questo nuovo paradigma moderno di obiezione di coscienza, per chiarire se questa può ancora dirsi l'ultima *thule* delle ragioni di Antigone contro la forza di Creonte, o se invece tutto ciò è ormai da confinarsi nel mito della classicità, di cui le nuove forme di obiezione di coscienza spendono soltanto il nome.

5) Considerazioni conclusive

In conclusione è necessario tornare sulle premesse della vicenda, tautologiche ma indispensabili, perché le contraddizioni dell'obiezione di coscienza si insinuano in un equivoco diffuso. Lo Stato costituzionale moderno non è soltanto lo Stato delle libertà, ma è lo Stato dell'equilibrio democratico tra le eguali libertà, in una logica di cittadinanza intesa come “relazionismo”. Il diritto costituzionale si è imposto nei limiti al potere arbitrario ed egemonico, quale che fosse la sua provenienza, così che, entro questa struttura, la libertà non può essere intesa come insocievolezza assoluta. Tutto ciò senza pervenire ad una entificazione del popolo, ma soltanto riprendendo un'idea moderna di individualità. Al di fuori dei doveri, ogni atto di libertà è anche un atto di arbitrio. Così si torna all'art. 2⁶⁶ che pure ha un peso come matrice dei doveri inderogabili posti da uno Stato che ha come ultimo obiettivo la persona umana.

Dentro questo sistema si colloca l'obiezione di coscienza, un fenomeno strabico, che da una parte guarda con l'occhio paterno di chi protegge l'intima dimensione individuale dagli eccessi del potere, e che dall'altra finge di non vedere che quel potere si è fatto democratico, mentre coltiva in sé la forza per diventare la prepotenza che soverchia il diritto annullando i doveri.

⁶⁵ S. MANGIAMELI, *La libertà di coscienza di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche. (A proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore)*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, p. 540.

⁶⁶ Quando A. BARBERA proponeva l'interpretazione dell'art. 2 come “fattispecie a schema aperto”, alcune voci rilevarono criticamente come una così intensa apertura potenziale del catalogo dei diritti, più che aprire gli spazi di libertà, avrebbe portato sottovalutare la dinamica classica per cui il sorgere del diritto di uno corrisponde, antinomicamente, l'imposizione di un obbligo per un altro. Ma l'apertura propugnata era tutt'altro che irrazionale, laddove l'autore chiarisce che, delineando un sistema di doveri inderogabile parallelo, ma non complementare, a quello dei diritti, chiarisce che «se si perviene alla conclusione che in ordine alla libertà l'art. 2 si pone come una norma anche di apertura verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, altrettanto bisogna concludere per i doveri», in A. BARBERA, *Commento all'art. 2, in Commentario Della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 97 ss. Si veda anche, a tal proposito, A. MORRONE, *op. cit.*, p. 19ss.