

— Non è una pena per donne

Tutela del diritto all'autodeterminazione per le donne sottoposte a privazione della libertà personale e obiezione di coscienza dei magistrati.

Considerazioni a margine della [sentenza della Cassazione S.U. 3780/21](#)

No Country for Women in Detention

Right to self-determination for women subjected to deprivation of liberty and conscientious objection by magistrates. An analysis of Cassazione S.U. 3780/21.

di Sofia Ciuffoletti

Abstract. L'articolo commenta la decisione delle S.U. della Cassazione in tema di illeciti disciplinari dei magistrati, in particolare relativa al provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza di Brescia rigettava senza motivazione l'istanza di una donna, detenuta domiciliare, di allontanarsi dal domicilio per recarsi nel presidio ospedaliero per eseguire il programmato intervento di interruzione di gravidanza. In particolare la decisione della Suprema Corte permette di riflettere sul diritto di accesso alla giustizia e alla difesa delle persone in esecuzione pena e, in particolare, del diritto di autodeterminazione e del diritto alla salute delle donne private della libertà personale. Infine, sarà analizzato il "diritto all'obiezione di coscienza" dei magistrati, così come asserito dallo stesso magistrato bresciano nel secondo provvedimento con cui si spoglia della causa, rimettendola alla Presidente di Sezione.

Abstract. The paper discusses the decision of the Italian Court of cassation on the subject of disciplinary sanctions of the judiciary, in particular on the decision of the Surveillance Judge of Brescia to reject (without legal reasoning) the application of a woman, subject to home detention, requesting the authorization to leave her home to undergo an intervention of termination of

pregnancy. In particular, the decision of the Court of cassation allows to discuss the right to justice and defence of persons serving sentences and, in particular, the right of self-determination and the right to health of women deprived of their liberty. Lastly, the judges' "right to conscientious objection", as claimed by the Surveillance judge of Brescia himself in the second decision in which he dismissed the case, will be critically analysed.

SOMMARIO: 1. Prologo. *Per aspera ad aspera*. – 2. Episodio I: il primo provvedimento. Dignità e autodeterminazione. – 2.1. Primo stasimo: la tutela del diritto di difesa in fase di esecuzione pena. – 3. Episodio II: il secondo provvedimento, ovvero come "assestare il tiro". – 3.1. Secondo stasimo: tra coscienza e prudenza. L'obiezione di coscienza del magistrato. – 4. Epilogo. «Il delitto è maschio, il peccato è femmina».

SUMMARY: 1. Prologue. *Per aspera ad aspera*. – 2. Episode I: the first decision. Dignity and self-determination. – 2.1. First stasimon: the protection of the right of defence during the execution of a sentence. – 3. Episode II: the second measure, or how to "make things right". – 3.1. Second stasimon: between conscience and caution. The judge's right to conscientious objection. – 4. Epilogue. «Crime is male, sin is female».

1. Prologo. *Per aspera ad aspera*.

La recente sentenza della Cassazione Penale, S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780 porta alla luce una delle tante **inciviltà giuridiche** che le persone private della libertà personale quotidianamente vivono nel nostro paese. Dico "porta alla luce" perché una larghissima parte di questi casi di denegata – o mala – giustizia non escono dalle mura delle patrie galere o dei luoghi di esecuzione della pena.

Il contenzioso penitenziario in Italia, infatti, sconta problemi endemici nel godimento di un diritto primario – diritto che in fase di esecuzione penale diventa vitale – : l'accesso alla giustizia, alla difesa tecnica, lo stesso accesso ad un giudice¹. Si tratta, tuttavia, non soltanto di principi cardine della civiltà giuridica occidentale, del nostro ordinamento e del nostro patrimonio costituzionale, ma anche di uno dei diritti convenzionali su cui si regge l'intera architettura della Convenzione Europea dei Diritti Umani: il cosiddetto *right to a fair trial*, ovvero il diritto al giusto processo, di cui all'art. 6 della Convenzione.

Il caso in commento mostra in maniera semplice e drammatica le criticità del godimento del diritto di accesso alla giustizia in fase di esecuzione della pena.

Invero, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione si inserisce nella vicenda di un procedimento disciplinare nei confronti del magistrato di sorveglianza di Brescia il quale, adito da una persona ristretta in regime di detenzione domiciliare che

¹ Su questo, mi sia consentito il rimando al Libro Bianco del progetto EUPRETRIALRIGHTS, sull'accesso alla giustizia delle persone detenute, di cui l'Università degli Studi di Firenze è stata partner: *White Paper, Bringin Justice into Prison: for a Common European Approach*. Sulla parte italiana, si veda il *Report* specifico sull'Italia, [accessibile qui](#).

chiedeva, con istanza urgente datata 4 maggio 2012, l'autorizzazione a recarsi presso il presidio ospedaliero per un intervento di interruzione volontaria di gravidanza programmato per il successivo 9 maggio 2012, respingeva l'istanza – in data 8 maggio 2012 – mediante la laconica formula «non ravvisandosi i presupposti di cui all'art. 284 comma 3 c.p.p., richiamato dall'art. 47 *ter* dell'Ordinamento penitenziario»².

In particolare, l'art. 284 c.p.p. al terzo comma prevede che il giudice possa autorizzare la persona imputata– o detenuta domiciliare – ad assentarsi dal luogo di arresti o detenzione domiciliare nel corso della giornata per «provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita».

A seguito del rigetto dell'istanza, la signora, detenuta domiciliare, riproponeva l'istanza, stavolta non personalmente, ma a mezzo di un legale, dopo aver provveduto a spostare l'intervento dalla data del 9 maggio a quella del 23 maggio, data, quest'ultima, assai prossima alla scadenza – prevista per il 2 giugno successivo – dei 90 giorni entro i quali praticare legittimamente l'interruzione di gravidanza.

Il magistrato, nuovamente adito, si pronunciava il giorno prima della data prevista per eseguire l'intervento chirurgico, rimettendo il fascicolo alla presidente della Sezione con la seguente motivazione: «ritenendo questo magistrato di astenersi dall'emissione del richiesto provvedimento per ragioni di coscienza e ritenendo che il diritto all'obiezione di coscienza debba essere riconosciuto anche agli appartenenti all'ordine giudiziario – stante la particolare ristrettezza dei tempi non è possibile sollevare questione di legittimità costituzionale –»³.

Il magistrato di sorveglianza veniva incolpato dell'illecito disciplinare di cui agli artt. 1 comma 1 e 2 comma 1 lett. a) e g) del d.lgs. n. 109/2006⁴ e, con sentenza n. 88/2020, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura⁵ lo dichiarava responsabile degli illeciti di cui agli artt. 1 comma 1 e 2 comma 1 lett. a) e l) del d.lgs. suddetto, diversamente qualificando la condotta contestata, ossia asserendo che, violando i doveri di imparzialità, correttezza, equilibrio e rispetto della dignità della persona, il magistrato «avrebbe arrecato ingiusto danno all'istante, e avrebbe emesso un provvedimento privo di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge»⁶.

La Sezione disciplinare, dunque, riqualificava l'illecito come caso di mancata motivazione – dall'iniziale e più generica incolpazione di grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile – stante «l'abnormità dell'apodittica affermazione»⁷ con cui il magistrato non deduceva una deficienza probatoria sulle esigenze di vita poste a fondamento dell'istanza, ma affermava chiaramente che le ragioni adottate nella richiesta non rientravano tra le «indispensabili esigenze di vita» richiamate

² Cass. civ., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 2.

³ *Idem*, p. 3.

⁴ Recante la disciplina sugli illeciti disciplinari dei magistrati.

⁵ CSM, Sezione Disciplinare, 2020, n. 88.

⁶ Cass. civ., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 4.

⁷ *Ibidem*.

dalla norma, senza tuttavia motivare sugli elementi di fatto o di diritto che avrebbero sostenuto tale insussistenza.

D'altro lato, la Sezione disciplinare, per ciò che attiene al secondo provvedimento del 22 maggio 2012, ne esclude la rilevanza disciplinare, ritenendo che questo, «pur se fondato su una impropria evocazione dell'obiezione di coscienza, valga almeno come richiesta di astensione implicitamente accolta dal capo dell'Ufficio»⁸.

Contro tale decisione, il magistrato di sorveglianza adiva la Corte di cassazione che rigettava il ricorso, dichiarando compensate le spese di lite.

Questi i fatti, nella loro crudezza procedurale.

2. Episodio I: il primo provvedimento. Dignità e autodeterminazione.

L'analisi giuridica di questi fatti, della vicenda e della decodifica giuridica che ne è stata data è, invece, dolorosa.

In primo luogo, duole dover constatare l'arretratezza del nostro Ordinamento e dello Stato italiano, in tema di diritto all'autodeterminazione delle persone private della libertà personale, in particolare delle donne, in tema di decisioni legate al proprio corpo, ai propri diritti riproduttivi e alla propria salute psico-fisica⁹.

Andiamo per ordine. Mai è sembrata più vera l'affermazione di Alessandro Margara per cui la detenzione domiciliare è «alternativa, se si vuole, al carcere, ma non alla detenzione, perché si esegue in stato detentivo, con la previsione dell'evasione»¹⁰. E di quella particolare qualità di spossessamento del sé in atto nella detenzione stiamo, di fatto, ragionando.

L'istante, infatti, probabilmente considerando ormai acquisito il diritto delle donne di interrompere volontariamente una gravidanza nei termini e nei modi previsti da una – mai tanto contestata, ridotta, sminuita, dileggiata – legge dello Stato e supponendo tale diritto perfettamente coerente con la nozione di «indispensabile esigenza di vita», provvedeva ad introdurre personalmente, come previsto nell'ordinamento penitenziario, la richiesta di potersi allontanare dal luogo di detenzione domiciliare per poter godere del diritto di cui sopra. La richiesta, d'altra parte, è non solo semplice, ma anche urgente.

⁸ Cass. civ., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 5.

⁹ La medicalizzazione dell'aborto, operata con l. n. 194/1978, ha contribuito all'assunzione della prospettiva della tutela del diritto ad accedere all'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) nell'alveo del diritto alla salute. Sul punto si rimanda a: A. Lorenzetti, *Le donne*, in P. Cendon, S. Rossi (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, volume I, Aracne editrice, 2013.

¹⁰ A. Margara, *Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione, relazione al convegno dell'Associazione degli avvocati democratici europei (AED), Pisa, 29 febbraio 1 marzo 2008*, pp. 2-20, come citato in M. Niro, M. Signorini, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, CEDAM, 2010, p. 130.

La signora documentava, dunque, il proprio stato di gravidanza e adduceva il motivo del programmato intervento di interruzione gravidica presso l'ospedale prescelto – dopo aver superato le forche caudine della obiezione di coscienza del personale medico ivi operante... –, affermando la propria volontà di non portare avanti la gravidanza, immaginando di dover temere solo il consueto ritardo delle «pratiche inevase»¹¹ sul tavolo del magistrato di sorveglianza.

Incauta. Il giorno prima di un intervento, invero particolarmente gravido di significati per una persona incinta, la signora riceveva la notizia del rigetto dell'istanza, un vero capolavoro tautologico: il provvedimento è rigettato perché va rigettato – in quanto privo dei presupposti di legge –.

Già questo potrebbe bastare per far dubitare qualunque persona che insiste su questo miserando paese della storia delle lotte per l'acquisizione dei diritti delle donne, delle battaglie giuridiche, della nostra Costituzione, del sistema europeo e internazionale dei diritti umani – certo occorrerebbe evitare di leggere il nome della Convenzione Europea dei Diritti Umani nella sua versione francese, che testualmente recita: *Cour européenne des droits de l'homme*¹² [...], con buona pace di Olympe de Gouge –¹³.

Se il diritto all'autodeterminazione, nel senso della possibilità di scelta in ordine alla interruzione legittima e volontaria di gravidanza, e il diritto alla salute non assurgono a «indispensabile esigenza di vita», quando ne sembrerebbe il classico "caso di scuola", ci si chiede se il diritto stesso esista, se abbia effettività in senso stretto, ossia se sia un diritto sottoponibile alla tutela secondaria, quella giurisdizionale.

D'altronde, le donne hanno forse ormai interiorizzato che la lotta per i propri diritti, anche quelli ormai dati per scontati, non è mai finita in Italia e anche l'istante adotta una nuova strategia. No, non è, come lei aveva immaginato, un caso semplice. È addirittura un *hard case* – chissà cosa ne penserebbe Dworkin –¹⁴: è dunque necessaria la difesa tecnica, con l'aggravio di tempo e di spese che ciò comporta.

2.1. Primo stasimo: la tutela del diritto di difesa in fase di esecuzione pena.

Su questo punto mi sia permesso di fare una digressione legata all'effettività del diritto di difesa.

¹¹ Il riferimento è a I. Calvino, *Se una notte d'inverno un viaggiatore*, Mondadori, 1994, p. 5.

¹² La versione francese del nome della Corte viene spesso adottata, tramite traduzione letterale, anche in Italia: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Occorre, qui, adottare l'ottica inglese che denomina la Corte alsaziana come *European Court of Human Rights*.

¹³ Il riferimento è al testo della filosofa e politica francese Olympe de Gouges la quale, nel 1791, redasse la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, rivendicando per le donne i diritti affermati nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e segnando il primo «margine lessicale di genere» che rivendica la non universalità dei termini declinati al maschile. Esponente della fazione girondina, venne ghigliottinata il 2 novembre del 1793.

¹⁴ Il riferimento è al concetto di *hard case*, ossia di casi complessi, secondo due ordini di motivi: a) non esiste una norma; b) la norma esiste, ma offre una guida incompleta, ambigua o conflittuale. Cfr. sul punto R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1978, pp. 44-81.

In una materia come quella del contenzioso in fase di esecuzione della pena, infatti, la possibilità di invio di richieste, istanze e reclami personalmente – senza l’ausilio della difesa tecnica – è senz’altro un elemento che garantisce la speditezza dell’accesso al giudice e alla giustizia. Tuttavia ciò è probabilmente anche all’origine di quello che può apparire un sistema di “giurisprudenza dimidiata”, meno rigorosamente argomentata e che raramente verrà appellata – come dimostra anche il caso odierno: vale piuttosto la pena ripresentare la istanza, studiare nuove strategie, «assecondare il tiro»¹⁵, come si esprime la difesa del magistrato di sorveglianza davanti alla Corte di Cassazione – e sottoposta così a quel controllo da parte della comunità degli interpreti che costituisce il cuore della fiducia nella tenuta di un sistema giuridico.

Credo che la magistratura di sorveglianza debba lottare e lavorare perché ciò non sia – dato che non è – e per reclamare l’alto compito che è anche quello di tutelare i diritti delle persone sottoposte all’esecuzione della pena, sulla base del principio, brillantemente compendiato da Mauro Palma, per cui «si va in carcere perché si è puniti, non per essere puniti»¹⁶.

Vale la pena ricordare il *landmark judgment* che ha consolidato, in sede europea, il diritto di accesso alla giustizia, la sentenza della Corte EDU *Airey v. Ireland* del 1973¹⁷ che sancisce il diritto al patrocinio a spese dello stato per la tutela dei propri diritti. In *Airey*, i giudici di Strasburgo contestano la difesa del governo irlandese, secondo cui la ricorrente – una signora che intendeva procedere al divorzio dal marito alcol dipendente a causa dei ripetuti maltrattamenti, ma non riusciva a farlo per gli alti costi della procedura – avrebbe potuto difendersi personalmente, dato che l’ordinamento irlandese contemplava tale possibilità. I giudici della Corte EDU, infatti, affermano che «la Corte non considera questa possibilità, di per sé, come conclusiva della questione. La Convenzione mira a garantire non diritti teorici o illusori, ma diritti concreti ed effettivi [...]. Occorre quindi verificare se la comparizione della signora Airey davanti alla *High Court*, senza l’assistenza di un avvocato, sarebbe stata efficace, nel senso che ella sarebbe stata in grado di presentare il proprio caso in modo adeguato e soddisfacente»¹⁸.

Va d’altronde notato che un conto è una procedura contenziosa di divorzio – vieppiù in un paese cattolico come l’Irlanda –, un altro è una richiesta di allontanarsi dal domicilio per recarsi in ospedale per un intervento sanitario: dovremmo allora forse domandarci se non sia il caso di garantire che la voce delle persone private della libertà personale conti e che i loro diritti siano «presi sul serio»¹⁹, come ricorda ancora Dworkin.

¹⁵ Questa espressione è, infatti, usata dalla difesa del magistrato per dimostrare alla Suprema Corte che: «la decisione della Sezione disciplinare, inoltre, avrebbe errato nel ritenere il provvedimento adottato dal magistrato di Sorveglianza idoneo a “ingannare” la parte, senza considerare che la donna ha poi provveduto ad assecondare il tiro, documentando i presupposti della richiesta».

¹⁶ M. Palma, *Relazione per il seminario EPALE Oltre il carcere*, Bari, 11-13 giugno 2018, [accessibile qui](#).

¹⁷ Corte EDU *Airey v. Ireland*, ricorso n. 6289, 9 ottobre 1973.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Si tratta, infatti, del monito di Dworkin che funge da titolo all’opera citata: *Taking Rights Seriously*, nella versione italiana: R. Dworking, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 1982.

3. Episodio II: il secondo provvedimento, ovvero come “assestare il tiro”.

La signora, detenuta domiciliare, si rivolgeva ad un avvocato, dicevamo, che decodificava la situazione e tentava di porvi un rapido rimedio attraverso la riproposizione di nuova istanza, adeguatamente motivata e con documentazione allegata. Documentazione che, possiamo immaginare, consisteva nella riproposizione dei certificati relativi allo stato di gravidanza e nell’attestazione relativa al nuovo appuntamento preso “*in limine litis*” per l’intervento sanitario.

Qui, credo, stia il punto più critico, svilente, tragico di tutta la situazione.

Sempre in data immediatamente precedente l’intervento – il giorno prima –, il medesimo magistrato di sorveglianza territorialmente competente – medesimo in base al principio del giudice naturale precostituito per legge –, adempie nella maniera più abnorme (e tardiva) all’onere di motivazione. Ossia disvela le ragioni della precedente decisione e della mancata motivazione del precedente provvedimento, affermando di non ritenere praticabile l’intervento perché contrario a suoi principi religiosi e ritenendo quindi «di astenersi dall’emissione del richiesto provvedimento per ragioni di coscienza e ritenendo che il diritto all’obiezione di coscienza debba essere riconosciuto anche agli appartenenti all’ordine giudiziario – stante la particolare ristrettezza dei tempi non è possibile sollevare questione di legittimità costituzionale –»²⁰.

Ora, se è vero che il magistrato utilizza il termine ritualmente proprio di «astenersi», non può dirsi che questa ipotesi, appalesatasi nelle «ragioni di coscienza» e nella rivendicazione del «diritto all’obiezione di coscienza» da riconoscersi anche agli appartenenti all’ordine giudiziario, sia ricompresa in quelle ragioni tassative o anche nelle «gravi ragioni di convenienza» di cui all’art. 36 del codice di rito²¹.

²⁰ Cass. pen., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 3.

²¹ Per comodità si riporta il testo dell’art. 36 co. 1 c.p.p.: «1. Il giudice ha l’obbligo di astenersi: a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli; b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto (307 c.p.) di lui o del coniuge; c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull’oggetto del procedimento fuori dell’esercizio delle funzioni giudiziarie; d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private; e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso (90 c.p.p.) o danneggiato dal reato o parte privata; f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero; g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario; h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza». In particolare, per ciò che concerne la lettera h) si tratta di una fattispecie aperta su cui si è pronunciata la Corte Costituzionale definendone la portata con la sentenza n. 113/2000 secondo cui le ragioni di convenienza di cui alla lettera h) devono essere valutate caso per caso: «il valore deontico del principio del giusto processo si esprime, in questo caso, sul piano interpretativo ed impedisce di attribuire alla locuzione “altre gravi ragioni di convenienza” un significato così ristretto [...]. La disposizione in oggetto pone una norma di chiusura a cui devono essere ricondotte tutte le ipotesi non ricadenti nelle precedenti lettere e nelle quali tuttavia l’imparzialità del giudice sia da ritenere compromessa [...] nella lettera h), la parola “convenienza” assume un valore prescrittivo tale da imporre l’osservanza di un obbligo giuridico che non riguarda soltanto situazioni private del giudice, ma include l’attività giurisdizionale che egli abbia svolto, legittimamente, in altri procedimenti» (punto 3 del Considerato in diritto).

Dunque, appare chiaro come l'interpretazione dell'art. 284 c.c.p. sia stata «intenzionalmente e palesemente in violazione di legge, strumentalizzata al fine di impedire all'istante di eseguire il programmato intervento che lo stesso riteneva non praticabile perché contrario ai suoi principi religiosi, così come reso palese dal successivo provvedimento del 22 maggio, adottato su nuova istanza della detenuta, con il quale il Dott. [omissis] rimetteva il fascicolo alla presidente della Sezione»²².

Questa ricostruzione, contenuta nell'originario capo di incolpazione, costituisce l'unico rilievo critico sul secondo provvedimento che si evince dalla lettura della sentenza di Cassazione. Tuttavia tale visione, da un lato coglie la portata del secondo provvedimento in relazione al primo, dall'altro non viene condotta alle estreme conseguenze dalla Sezione disciplinare la quale, riformulando la condotta come sopra descritto, aggiunge sì un elemento relevantissimo, come la mancanza di motivazione con il danno grave che ne deriva in termini di lesione della dignità e del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. della detenuta domiciliare, ma relega in secondo piano la questione del reclamato diritto all'obiezione di coscienza del giudice.

La "truffa delle etichette", operata con il vago richiamo all'astensione dal magistrato di sorveglianza, viene insomma avallata dalla Sezione disciplinare e giocoforza dalla Cassazione, cui è devoluto unicamente il vaglio del primo provvedimento.

Eppure, ci saremmo forse aspettati un richiamo, all'interno di un *obiter dictum*, alla natura lesiva del diritto di accesso alla giustizia e al giudice di siffatta rivendicazione. Tocca notare, al contrario, come le spese del giudizio di Cassazione vengano compensate «data la complessità delle questioni trattate e la particolarità del caso», formula di stile che purtroppo, però, appare viepiù oltraggiosa del diritto di autodeterminazione delle donne, dei loro diritti riproduttivi nel contesto di una vicenda che, invero, non appare né complessa, né particolare.

3.1. Secondo stasimo: tra coscienza e prudenza. L'obiezione di coscienza del magistrato.

Occorre, allora, qui, ricordare come il divieto di *non liquet* sia alle origini della civiltà giuridica occidentale, per come iscritto nell'art. 4 del *Code Napoléon*, alla base della storia della codificazione europeo continentale: «Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di denegata giustizia»²³. D'altronde, tale tradizione poggia sul mito della completezza dell'ordinamento giuridico e sulla prevenzione delle lacune. Qui la denegata giustizia consegue, al contrario, dalla espressa affermazione della mancata volontà di seguire la legge «per ragioni di coscienza».

I due provvedimenti, dunque, risultano avvinti da un medesimo "disegno", come affermato nella prima versione della incolpazione: *in primis* il magistrato tenta la strada

²² Cass. pen., S.U., 9 febbraio 2021, n. 3780, p. 2. Si tratta della prima versione del capo di incolpazione, poi riformulato dalla Sezione disciplinare, come detto.

²³ L'art. 4 del *Code civil* francese, nella versione originale, enuncia che: «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

del silenzio, non della legge, ma del giudice – con vaga allusione alla mancanza dei presupposti previsti dalla norma – «assestando il tiro», in fase di difesa nel procedimento disciplinare e lamentando il silenzio della ricorrente...che non avrebbe ottemperato all'onere probatorio nella prima istanza²⁴.

Il tentativo di addossare la propria responsabilità sulla carenza di allegazione della parte è inspiegabile. Non si comprende, infatti, cosa altro la istante avrebbe dovuto allegare, se non la propria volontà (che deve essere “solo” dichiarata), lo stato di gravidanza e la certificazione dell'appuntamento nel presidio ospedaliero che, se anche fosse stato mancante, avrebbe ben potuto essere richiesto dal giudicante e prontamente allegato. Qui pare di leggere, tra le righe, l'idea, che si assume largamente condivisa, che alla fine dei conti la scelta di una donna di abortire non sia davvero legittima e comunque necessiti di “ulteriori allegazioni”.

Successivamente, nuovamente sollecitato al compito dello *iurisdicere*, lo stesso magistrato cala la carta della vera ragione della precedente decisione: la propria coscienza che pare, invece, molto meno silenziosa. Non solo chiaramente rivendicando il fatto che il precedente provvedimento fosse volutamente sibillino, ma addirittura evocando la volontà di sollevare questione di legittimità costituzionale sulla possibilità di obiezione di coscienza dell'ordine giudiziario.

Non ricorda, forse, il magistrato che la Corte costituzionale si è pronunciata con giurisprudenza risalente, consolidata e particolarmente chiara sull'obiezione di coscienza della magistratura. In particolare, nella sentenza n. 196/1987, in un giudizio promosso dal giudice tutelare di Napoli che sollevava questione di legittimità costituzionale della legge 194/1978, nei limiti in cui non consente al giudice tutelare medesimo di esercitare obiezione di coscienza particolare in relazione al potere di autorizzare una minore a decidere l'interruzione della gravidanza.

Non pare un caso che la questione si ponga sempre nel quadro della vituperata legge n. 194/1978, una delle più ineffettive del nostro ordinamento²⁵.

²⁴ Cass. pen., S.U., cit., p. 6: «la difesa del ricorrente sostiene che il dott. [...] non avrebbe fatto altro che ribadire, all'atto pratico, l'esigenza delle indispensabili esigenze [*sic*] di vita deve essere corredata da idoneo supporto documentale che soltanto l'istante può fornire per il conseguente apprezzamento. La sentenza impugnata avrebbe dovuto considerare che la mancanza di prova a sostegno della istanza è compendiabile nella formula di rigetto per mancanza dei presupposti di cui all'art. 284, comma 3, cod. proc. pen. La decisione della Sezione disciplinare, inoltre, avrebbe errato nel ritenere il provvedimento adottato dal magistrato di sorveglianza idoneo ad “ingannare” la parte, **senza considerare che la donna ha poi provveduto ad assestare il tiro**, documentando i presupposti della richiesta» [grassetto mio].

²⁵ Come, purtroppo, confermato dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, caso *Internation Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy*, 10 settembre 2013, n. 87, [accessibile qui](#), il quale ha accertato la violazione dei diritti delle donne alla salute e all'accesso effettivo non discriminatorio all'IVG, a causa del crescente numero di medici e personale sanitario obiettori di coscienza. Per una riflessione del femminismo giuridico circa la bontà o meno della legge 194/1978 per le donne si rimanda altresì a T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, il Saggiatore, 1998. Sul punto vi sono anche alcuni autori che hanno parlato di un vero e proprio “sabotaggio” della legge. Tra questi: P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, 2007, p. 141 e M. Di Masi,

La Corte in quella decisione, dopo aver tracciato la marcata disomogeneità tra l'azione del personale sanitario e la potestà autorizzatoria dell'autorità giudiziaria – «intervenedo egli, come si è chiarito, nella sola generica sfera della capacità – o incapacità – del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie»²⁶ e non nella procedura di riscontro dei parametri previsti dal legislatore per procedere all'interruzione gravidica –, escludendo dunque un profilo di illegittimità costituzionale relativo al parametro di cui all'art. 3 Cost., interviene a chiarire i termini della «denunciata contrapposizione, nella coscienza del remittente, dei suoi convincimenti interni *virtutis et vitiorum* rispetto alla esistente doverosità di *satisfacere officio*»²⁷.

Su questo tema, la Corte, oltre a rinvenire un contenuto di doverosità intrinseca della giurisdizione, di cui all'art. 54 secondo comma Cost.²⁸, costruisce un'argomentazione a partire dalla interpretazione sistematica di due norme della Costituzione, che assurgono a indici rimarchevoli del contenuto della giurisdizione stessa. Da una parte, infatti, vi è l'art. 98 Cost. relativo alle possibili limitazioni alla libertà di associazione dei magistrati, dall'altra vi è l'art. 107 Cost., l'inaffidabilità garantita al magistrato «che come lo pone al riparo da qualsivoglia interferenza *ab externo*, così comporta – salvi i casi ex artt. 51 e 52 c.p.c. di sopravvenuto difetto nella neutralità propria del decidere – l'indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia, interesse d'ordine generale il cui rilievo costituzionale questa Corte ha ripetutamente riconosciuto»²⁹.

Infine, la Corte costituzionale si addentra sul tema della coscienza del giudice e giunge l'eco dell'analisi giusrealista del diritto – e della differenza tra coscienza giuridica formale e materiale di Alf Ross –³⁰. Nella decisione giudiziale, afferma la Corte, «si ricompongono [...] 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*»³¹.

Insomma, la decisione è la direttrice tra due forze: l'una è la coscienza del singolo individuo – la coscienza giuridica materiale, la chiama Ross –³², l'altra, quella propria dei giudici, è la coscienza giuridica formale, ossia l'obbedienza al diritto radicata nella mentalità del giudice come atteggiamento professionale e morale.

La Corte ci dice, insomma, che se il disaccordo tra queste due forze supera certi limiti, il giudice non può semplicemente "cavarsela" con un diniego di giustizia. Deve

Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia, in *Questione Giustizia*, 19 giugno 2014, [accessibile qui](#).

²⁶ Corte Cost., 25 maggio 1987, n. 196, punto 2 del Considerato in diritto.

²⁷ *Idem*, punto 3 del Considerato in diritto.

²⁸ In particolare, il testo dell'art. 54 Cost. sancisce il dovere, per le persone a cui sono affidate funzioni pubbliche, «di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge».

²⁹ Corte cost., 25 maggio 1987 n. 196, punto 3 del Considerato in diritto.

³⁰ A. Ross, *Diritto e Giustizia*, Einaudi, 2001, pp. 54 ss.; 131.

³¹ Corte cost., 25 maggio 1987 n. 196, punto 3 del Considerato in diritto.

³² A. Ross, *Diritto e Giustizia*, cit., p. 131.

lavorare di più, attraverso una interpretazione costruttiva. Nel caso in esame, il magistrato avrebbe dovuto argomentare sulla non conformità della fattispecie concreta – richiesta di allontanamento dal domicilio per effettuare un intervento di interruzione gravidica – con i presupposti di legge, ossia con le «indispensabili esigenze di vita». Ricordandosi, però, come si è dovuto ricordare il giudice tutelare nel caso posto di fronte alla Corte Costituzionale – nel lontano 1987... abbiamo sempre memoria troppo corta –, che al magistrato di sorveglianza non tocca decidere se la persona possa o meno sottoporsi a tale intervento³³.

Questa è una decisione personalissima, espressione di un diritto personalissimo, tutelata dal nostro ordinamento a seguito di una lotta antica, politica e pubblica. Una decisione che può essere vagliata, solo per la corrispondenza rispetto ai parametri di legge, unicamente dal personale sanitario. Il magistrato di sorveglianza si muove entro «circoscritti e non cospicui margini di intervento»³⁴ per vagliare la mera corrispondenza tra quanto deciso dalla persona e i requisiti previsti dal legislatore. Dicevamo, il magistrato di sorveglianza avrebbe dovuto lavorare di più per argomentare sul fatto che la tutela di un diritto personalissimo, che non tollera limitazioni a causa dello stato di detenzione e che incarna il concetto stesso di urgenza in senso giuridico e corporeo, come la decisione di interruzione di gravidanza di una donna, non rientri tra «le indispensabili esigenze di vita» che consentono a una persona, già ammessa alla misura alternativa della detenzione domiciliare, di allontanarsi temporaneamente dal domicilio.

Questo avrebbe provocato quel meccanismo che è alla base della tutela giurisdizionale: il controllo della decisione da parte della comunità degli interpreti. Il magistrato avrebbe, insomma, dovuto rendere sottoponibile il proprio provvedimento al vaglio del superiore grado di giudizio, il Tribunale di sorveglianza.

Possiamo certamente discutere dell'urgenza della decisione e possiamo anche ipotizzare che la soluzione dell'astensione sia la migliore – o meglio, sarebbe stata la migliore, se fosse stata presa immediatamente –.

Rispondo con le parole della Corte costituzionale, nella pronuncia sopra presentata: in casi estremi, per evitare “abnormi distorsioni”, alla strutturazione giudiziaria, infatti, «pure compete – nei casi di particolare difficoltà – la possibile adozione di adeguate misure organizzative»³⁵.

Insomma, l'astensione per puri motivi di coscienza non appare ammessa dall'Ordinamento che reca la tassonomia delle ipotesi di astensione all'interno dell'art. 36 c.p.p. Alla strutturazione giudiziaria, come dice la Corte – in un *obiter dictum* e con una sorta di invito... – residua solo la possibilità di non assegnare magistrati “obiettivi” a ruoli che comportino l'esposizione al dilemma di coscienza. Qui la biologia ci viene pietosamente in aiuto: all'interno di un Tribunale di sorveglianza ciò potrebbe dire, infatti, non assegnare al magistrato di sorveglianza contrario a una legge dello stato, quella che garantisce il diritto di aborto per le donne, alle sezioni femminili. Un *escamotage*, però, che,

³³ Corte cost., 25 maggio 1987 n. 196, nel punto 2 del Considerato in diritto lo afferma con grande chiarezza.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

se da una parte tutela le donne private della libertà personale – oltre a “far da palo” alle inadeguatezze di chi esercita una funzione giudicante –, temo contenga, dall'altra, non pochi rischi³⁶.

4. Epilogo. «Il delitto è maschio, il peccato è femmina»³⁷.

Un'ultima notazione: non è una pena per donne. Come dimostra il fatto che la tutela dei diritti connessi all'autodeterminazione e alla dignità, in particolare sul versante dell'affermazione dei diritti riproduttivi in carcere, era già stata al centro di una annosa riflessione che ha portato all'ammissione alla fecondazione artificiale di un detenuto (maschio) in regime di 41 *bis* o.p.³⁸ e che, ancor prima, aveva condotto per ben due volte il Ministero della Giustizia a rilasciare autorizzazione alla fecondazione artificiale per due detenuti (maschi), sempre in regime di 41 *bis* o.p., nel 2001 e nel 2002.

A dire il vero, la questione è anche all'origine della importantissima sentenza, *Dickson v. UK*³⁹, che afferma che il rifiuto da parte dell'amministrazione penitenziaria di consentire l'accesso all'inseminazione artificiale a una persona detenuta (nuovamente un uomo detenuto), viola l'art. 8 della Convenzione e in particolare il diritto alla vita privata e familiare del ricorrente, nozione che comprende il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore. La persona detenuta, infatti, conserva intatti ed effettivi i diritti convenzionalmente riconosciuti, quando essi non siano assolutamente incompatibili con lo *status detentionis*. Ogni restrizione a tali diritti deve essere giustificata e non può essere basata unicamente sulla presunta offesa all'opinione pubblica⁴⁰ (tantomeno all'opinione privata, diremmo qua).

La questione centrale in *Dickson*, dunque, «era stabilire se fosse stato raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in competizione»⁴¹. La Corte EDU conclude che il sistema inglese non aveva garantito tale equilibrio, in particolare in considerazione del fatto che la questione appare, secondo la Corte EDU, «di vitale importanza per i ricorrenti»⁴². E qui giunge l'eco di quelle bistrattate esigenze di vita di cui all'art. 284 c.p.p. che, se affrontate in ottica convenzionale (e si ricorda che non è un vezzo, ma un obbligo giuridico cogente per il giudice ordinario interpretare in senso convenzionalmente orientato) avrebbero dovuto ricomprendere, senza tema di smentita,

³⁶ *In primis* la fatale incrinatura di quel meccanismo, tipico dello *iusdicere*, di ricomposizione «nella realtà oggettiva della pronuncia» dei «convincimenti personali» del/la giudice della «norma obiettiva da applicare» di cui parla la Corte costituzionale nella citata sent. 196/1987 e che è alla base “antropologica” del processo decisorio e argomentativo del/la giudice.

³⁷ Il riferimento è a F. Nietzsche, *La nascita della tragedia*, Einaudi, 2009, Cap. IX, p. 80.

³⁸ Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 2008, n. 7791.

³⁹ *Dickson v. UK*, ricorso n. 44362/04, 4/12/2007. La sentenza è all'origine dell'affermazione della preminenza della funzione di reinserimento sociale della pena nell'ambito del Consiglio d'Europa. Ci sia consentito di rinviare a: S. Ciuffoletti, *Spunti per una lettura dialogica dell'ergastolo ostativo in Italia*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 4, 2020, pp. 84 ss.

⁴⁰ *Dickson v. UK*, cit., § 68.

⁴¹ *Idem*, § 71.

⁴² *Idem*, § 72 e 85.

l'autorizzazione ad allontanarsi dal domicilio per sottoporsi all'intervento di interruzione di gravidanza.

Spiace davvero constatare che questo patrimonio giuridico e argomentativo legato al tema precipuo dell'autodeterminazione e della salute in relazione ai diritti riproduttivi delle persone private della libertà personale, tra cui rientra – tocca ricordarlo – la libertà negativa di non diventare madri⁴³ – mediante l'accesso a un aborto legale e sicuro –, non sia ancora entrato nell'**ideologia normativa** comune e nella **coscienza giuridica** della magistratura di sorveglianza italiana.

Bibliografia.

S. Ciuffoletti, *Spunti per una lettura dialogica dell'ergastolo ostativo in Italia*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 4, 2020, pp. 84 ss.

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1978.

European Prison Litigation Network, *White Paper, Bringin Justice into Prison: for a Common European Approach*, 2019.

L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Vol. I, Ambito e fonti del Biodiritto*, Giuffrè, 2010, pp. 231 ss.

A. Lorenzetti, *Le donne*, in P. Cendon, S. Rossi (a cura di), *I nuovi danni alla persona, Vol. I, I soggetti deboli*, Aracne, 2013, pp. 509 ss.

F. Nietzsche, *La nascita della tragedia*, Einaudi, 2009.

M. Niro, M. Signorini, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, CEDAM, 2010.

T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, 1998.

A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, X, 1995.

⁴³ Come afferma L. Ferrajoli, in *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Vol. I, Ambito e fonti del Biodiritto*, Giuffrè, 2010, p. 248, l'aborto è «ben prima che una *facultas agendi*, un'immunità, un *habeas corpus*, ossia la "libertà personale" sancita come inviolabile dall'art. 13 della nostra Costituzione, che è una libertà da "restrizioni", quali sono appunto la costrizione o la coercizione giuridica a divenire madre».

P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, 2007.

A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens and Sons, 1958.

E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, 2004.