

L'obiezione di coscienza come diritto

Francesco Viola*

L'obiezione di coscienza può essere in generale definita come la pretesa di chi rifiuta in nome della propria coscienza di obbedire ad un precetto giuridico, alla cui osservanza è tenuto in quanto destinatario delle norme di un determinato ordinamento giuridico. Ciò che è chiamato in causa è il principio generale dell'obbedienza al diritto. Non basta che questo principio sia stabilito per "legge", perché allora dovremmo chiederci su quali basi si deve obbedire a questa "legge". Il principio generale dell'obbedienza al diritto si evince dalla natura stessa del diritto, che porta in se stesso una pretesa legittima di obbedienza. L'obiezione di coscienza, a sua volta, pretende di paralizzare tale principio in determinati casi. Sorge così un conflitto tra un dovere, quello obbedire alla legge, e un diritto, quello di seguire la propria coscienza.

La prestazione personale rifiutata deve consistere in un obbligo giuridico¹, inteso nel senso più ampio, e proveniente da una pubblica autorità. Quest'ultimo è un requisito strutturale del diritto all'obiezione di coscienza². Ciò significa che tale diritto è fondamentalmente una tutela nei confronti della ingerenza del potere statale o, più in generale, politico nella sfera intima della persona. Si tratta di una difesa nei confronti dello Stato etico e delle leggi aventi un contenuto etico o connesso con l'etica. È, dunque, non appropriato invocare tale diritto anche nei confronti di altri poteri forti, da cui invece ci dovrebbe proteggere lo stesso potere pubblico. La logica del diritto

* Università di Palermo. viola@unipa.it

¹ Non si affronterà il problema se, oltre un'obiezione di coscienza negativa, si debba ammettere anche quella positiva, cioè nei confronti di un dovere giuridico di non fare. Cfr. P. Chiassoni, *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, di prossima pubblicazione. Le perplessità che suscita un'obiezione di coscienza positiva sono legate al suo carattere gravemente destabilizzante dell'ordinamento giuridico.

² Si discute se il diritto all'obiezione di coscienza si possa esercitare anche nei confronti di un onere posto come condizione per assumere una determinata posizione giuridica (ad esempio, un impiego). La risposta non è univoca, perché bisognerebbe distinguere se l'onere è posto da un'organizzazione privata o da un'autorità pubblica. Ad esempio, condizionare l'assunzione in un impiego sanitario all'impegno di non sollevare l'obiezione di coscienza nei confronti di pratiche interruttrive della gravidanza è accettabile solo nel caso che si tratti di una struttura ospedaliera privata.

all'obiezione di coscienza è quella di proteggere l'intimità della singola persona dalle agenzie di protezione a cui ha dato fiducia.

L'obiezione di coscienza ha per oggetto singole norme, e non l'ordinamento nel suo complesso. L'obietto manifesta, testimonia la propria aderenza a principi di moralità "individuale", oppone ragioni di coscienza al rispetto di una norma che si considera contraria alle proprie convinzioni, senza quindi ricorrere a principi di giustizia necessariamente condivisi in una società. Mentre l'obiezione di coscienza e l'obbedienza passiva sono normalmente comportamenti individuali, nel giustificare la disobbedienza civile, che è una prassi collettiva, pubblica e non violenta³, «non si fa appello ai principi della moralità personale o alle dottrine religiose [. . .], si fa invece appello alla concezione della giustizia pubblicamente condivisa che sottostà all'ordinamento politico. Si presuppone che in un regime democratico ragionevolmente giusto esista una concezione pubblica della giustizia in riferimento alla quale i cittadini regolano i propri affari politici e interpretano la costituzione»⁴.

Che l'obiezione di coscienza in riferimento a talune materie (e qui pensiamo ovviamente al servizio militare o alla pratica dell'aborto) sia diffusamente riconosciuto come un diritto positivo tutelato e garantito dalla stessa legge statale, è un dato di fatto. Ci si deve chiedere, tuttavia, quali siano le ragioni che giustificano tale diritto e quale sia il loro legame con le particolari materie in cui è riconosciuto. Il senso di tali interrogativi è quello di osservare se e in che misura queste ragioni abbiano una portata più generale, sì da prefigurare nello Stato costituzionale di diritto un diritto generalizzato all'obiezione di coscienza da annoverare tra i diritti fondamentali almeno implicitamente presenti in una carta costituzionale che si ispiri alla logica dei diritti umani e che, pertanto, preveda esplicitamente la libertà religiosa e quella di coscienza⁵.

Tali diritti sono esplicitamente previsti nell'art. 18 della *Dichiarazione universale dei diritti umani*, nell'art. 9 della CEDU e nell'art. 10 della *Carta fondamentale dei diritti*

³ Questa distinzione tra obiezione di coscienza e disobbedienza civile vale in linea di massima. Si possono dare casi in cui tali principi di moralità individuale siano condivisi da un ampio gruppo di persone, che possono meglio tutelare il loro diritto individuale attraverso azioni congiunte. Allo stesso modo vi possono essere singoli individui che esercitano forme di disobbedienza civile in quanto l'obiettivo della loro azione è quello di far cambiare una legge ingiusta e non già semplicemente di sottrarsi alla sua obbedienza. Cfr. M.J. Falcón y Tella, *Libertad ideológica y objeción de conciencia*, in "Persona y Derecho", 2001, n. 44, pp. 173-187.

⁴ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 2002, p. 304.

⁵ Trascureremo qui il problematico rapporto tra libertà religiosa e libertà di coscienza nella convinzione che la sua soluzione non abbia effetti diretti sulla trattazione dell'obiezione di coscienza come diritto.

dell'Unione Europea. Nella Dichiarazione *Dignitatis Humanae* del Concilio Vaticano II si dice che l'uomo è tenuto ad obbedire solo alla propria coscienza (n. 11).

Come abbiamo già detto, l'obiezione di coscienza non contesta la legittimità del potere, ma il suo esercizio in specifici casi. Tuttavia ha anche una funzione di testimonianza volta a spingere il legislatore ad esercitare i suoi poteri secondo giustizia. Chi obietta ritiene che i propri principi non sono un suo capriccio, ma abbiano una portata universale e che tutti dovrebbero obiettare nei confronti della legge in questione, anche se è direttamente interessato ad agire in conformità alla propria coscienza. Pertanto, l'obiezione di coscienza non è in alternativa alla coscienza civile, ma s'insedia al suo interno per garantirne un'evoluzione in termini di giustizia⁶. Di conseguenza, l'obiezione di coscienza pone direttamente il problema dei limiti dell'obbligo giuridico, ma anche indirettamente – come ha notato Passerin d'Entrèves – quello dei limiti dell'obbligo politico. Questo secondo aspetto tende ad essere eliminato dalla logica della tolleranza, che *neutralizza* la dimensione di verità che la coscienza pretende di avere e si limita a non costringere l'obiettore all'osservanza, a volte con soluzioni surrogatorie che, se sono giustificate al fine di testare la sincerità dell'obiezione, depotenziano il valore di testimonianza della disobbedienza e riaffermano l'esercizio del potere coercitivo dello Stato⁷.

La discussione sulla natura, la struttura, la funzione, le garanzie e i limiti del diritto all'obiezione di coscienza deve tener conto del quadro generale proprio dello Stato costituzionale di diritto dei nostri tempi. Lo ricorderò solo per quel tanto che è necessario al nostro tema.

Una norma giuridica obbliga di per sé la coscienza dei cittadini a cui è rivolta? Rispondere nettamente di sì è altrettanto sbagliato quanto rispondere nettamente di no.

Innanzitutto, c'è da ricordare che l'obbligatorietà di una norma giuridica ha indubbiamente un carattere morale se vogliamo distiguerla da una causa esterna che produce un comportamento conforme, com'è la minaccia del bandito, e considerarla come una vera e propria guida del comportamento sociale. In generale, la domanda "perché obbedire al diritto?" ha un carattere morale.

⁶ Cfr. L. Lorenzetti, *La coscienza di fronte alla legge e allo stato*, in "Rivista di teologia morale", 15 (2), 1983, pp. 283-292.

⁷ Cfr. F. D'Agostino, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 1997, p. 223.

Quando una norma giuridica è emanata da un potere legittimo nelle forme procedurali costituzionalmente previste ed è rispettosa dei principi del *rule of law*, allora essa ha un'obbligatorietà *prima facie* in senso etico-politico, in quanto essa è espressione di un ordinamento di vita sociale che è stato nelle linee generali liberamente accettato dai consociati, i quali fruiscono dei vantaggi dell'ordine, della sicurezza e della protezione delle aspettative.

Può avvenire che il contenuto di una norma non sia condiviso dai cittadini, perché è ritenuto contrario ai valori costituzionali. In tal caso, in uno Stato costituzionale di diritto, v'è normalmente la possibilità di un ricorso ad un giudizio sulla costituzionalità dell'operato del legislatore, cioè sul contenuto della norma statale. Sappiamo che, dopo questo giudizio di chiusura dell'ordinamento giuridico, non resta che l'obbedienza, che avrà sempre un carattere morale in virtù dell'acclarata legittimità della norma, o la disobbedienza civile o altre forme di resistenza di cui si subiscono le conseguenze.

Può però darsi il caso che il contenuto della norma sia ritenuto contrario non già ai valori fondamentali così come sono interpretati dal legislatore, ma alla propria interpretazione di essi o alle proprie convinzioni di coscienza, di carattere religioso o laico. Questo è propriamente il problema dell'obiezione di coscienza.

È importante sottolineare che non è certamente questo l'unico luogo in cui la coscienza dei cittadini ha rilevanza per l'ordinamento giuridico, poiché – come abbiamo visto – tale coscienza è chiamata in causa sia nell'accettazione generale del sistema giuridico sia nei confronti dei valori fondamentali stabiliti dalla stessa costituzione. Si tratterebbe, allora, di distinguere tra una dimensione comunitaria della coscienza civica ed una dimensione eminentemente personale o intima, che impedisce di compiere atti o comportamenti ad essa difformi. Oggi è evidente che anche quest'aspetto della coscienza del cittadino ha una rilevanza costituzionale fino al punto di potersi affermare che in generale l'obbligatorietà in coscienza delle norme giuridiche è un ideale che l'ordinamento giuridico contemporaneo persegue, così come, per altro verso, lo era nella cultura medioevale per cui la legge umana conforme al diritto naturale era ritenuta obbligatoria in coscienza. Certamente il giuspositivismo ottocentesco è stato insensibile a quest'aspetto e si discute se lo sia quello contemporaneo. Quando si separa nettamente il diritto dalla morale sulla base della distinzione fra comportamenti esterni e convinzioni interiori, allora v'è ben poco spazio per una giustificazione del diritto all'obiezione di coscienza se non a prezzo di inevitabili contraddizioni.

Nel diritto costituzionale contemporaneo, sulla scia dei documenti internazionali sui diritti umani, la coscienza privata è stata costituzionalizzata nel diritto alla libertà di coscienza. Quindi è anch'essa un valore costituzionale, che deve ricevere attuazione nella legislazione statale insieme agli altri valori costituzionali.

Il diritto alla libertà di coscienza non è altro che una delle conseguenze necessarie del fatto centrale del diritto positivo contemporaneo, che consiste nella “costituzionalizzazione della dignità della persona”⁸.

Questo fatto presenta due aspetti molto difficili da armonizzare ed è questa la sfida del costituzionalismo contemporaneo: da una parte vi sono comportamenti che sono in sé e di per sé una violazione della dignità della persona, sono cioè mali etico-giuridici assoluti; dall'altra il rispetto della coscienza delle persone introduce nell'ordinamento giuridico elementi di soggettività molto imprevedibili. La prima prospettiva può essere ricondotta in qualche modo all'ambito della tradizione del diritto naturale e dei valori oggettivi della persona. Ma la seconda prospettiva, cioè quella del rispetto della coscienza delle persone, può collidere con la prima e mettere la persona in conflitto con l'ethos della comunità com'esso si va definendo attraverso l'interpretazione dei valori fondamentali data dalla legislazione. Tuttavia non v'è dubbio che appartiene al rispetto costituzionale delle persone il dare loro la possibilità di essere pienamente se stessi in una società giusta.

Vorrei notare che queste due prospettive, congiuntamente considerate, spingono ad un'evoluzione sia della tradizione della legge naturale sia del liberalismo individualista. La prima deve prestare maggiore attenzione ai fatti di coscienza in cui ogni persona, a torto o a ragione, ripone il senso della propria vita (cfr., ad esempio, la problematica del diritto di fare le cose sbagliate⁹). Ma il liberalismo deve rendersi conto di quanto sia erronea l'identificazione della coscienza con le preferenze individuali. In questo, infatti, la persona differisce dall'individuo atomistico della tradizione liberale, nel fatto di avanzare concezioni che non difendono propri interessi particolari, ma visioni universali del bene comune. In questo la coscienza è ben diversa dalla preferenza. Del pari i futili motivi dovrebbero essere esclusi e le motivazioni della coscienza dovrebbero avere una certa dignità morale che tutti sarebbero in grado di apprezzare, anche senza condividerle. Va da sé che il diritto all'obiezione di coscienza è una valvola di protezione della persona che si attiva solo nei casi più gravi o estremi¹⁰. La persona in quanto tale

⁸ Per rendersi conto di quanto ardua sia stata la percezione di questa novità del costituzionalismo contemporaneo basta leggere alcune pagine di Giuseppe Capograssi, pensatore peraltro molto sensibile al valore della coscienza. Cfr. G. Capograssi, *Obbedienza e coscienza* (1950), in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 197-208. Queste perplessità nei confronti del diritto all'obiezione di coscienza sono in buona parte dettate dalla preoccupazione di avallare con ciò il concetto contemporaneo di coscienza. Cfr., ad esempio, F. D'Agostino, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in “Iustitia”, 62 (2), 2009, pp. 177-182.

⁹ Cfr., ad esempio, F. Biondo e B. Celano (a cura di), *Il diritto di sbagliare*, in “Ragion pratica”, 2005, n. 24, pp. 13-201.

¹⁰ Ciò significa che anche in uno Stato non etico si dovrebbe almeno concordare sulla distinzione generale tra motivi di coscienza gravi e futili.

non è volta in primo luogo al bene *per sé*, ma guarda al bene *in sé*. E tuttavia, spesso, proprio su questo piano le persone sono in disaccordo tra loro.

Come si può conciliare il rispetto delle coscienze individuali con le determinazioni di una comunità politica concernenti il bene comune?

Questa domanda ha un senso solo qualora si ammetta un diritto generale *prima facie* di disobbedire ad una legge dello Stato in nome della propria coscienza. Infatti, se questo diritto generale non si ammette e si ritiene che l'obiezione di coscienza è legittima solo quando espressamente prevista dalla legge (obiezione di coscienza *secundum legem*), allora l'armonizzazione è compiuta dallo stesso potere legislativo, che permette di sottrarsi all'obbligo giuridico in determinate situazioni giuridicamente previste, circoscrivendo gli effetti destabilizzanti della disobbedienza. In tal caso sarebbe improprio parlare di "disobbedienza". Il problema, invece, sorge nei confronti di un'obiezione di coscienza *contra legem*, cioè contro un atto di determinazione del bene comune compiuto dall'autorità politica.

Per affrontare questo problema bisogna rivisitare il concetto di comunità politica e di bene comune in un regime, qual è quello attuale, in cui la costituzione va assumendo una priorità nei confronti dello Stato, divenuto un prodotto interno al processo costituzionale. La costituzione (ora anche nei paesi con radicata tradizione statalistica) va acquistando una supremazia nei confronti dello Stato stesso ridotto puramente e semplicemente ad un apparato istituzionale e procedurale che dà forma giuridica al discorso costituzionale. La costituzione non è più un programma di vita comune, ma il linguaggio comune del disaccordo. La costituzione legittima il dissenso e, al contempo, cerca di amministrarlo nelle forme del ragionamento pratico.

In queste condizioni la comunità politica, cioè l'insieme dei valori costituzionali così come sono interpretati, praticati e realizzati attraverso gli atti legislativi (o più in generale normativi) e la loro implementazione, assume un'articolazione complessa che non è più possibile trascurare.

In modo molto approssimativo possiamo dire che l'assetto di una comunità politica concreta si compone di una parte fissa e di una parte mobile. La parte stabile è costituita dai valori fondamentali, così come sono espressi dai principi costituzionali. Questi principi devono essere formulati in forma vaga e altamente indeterminata, sia perché solo in tal modo una costituzione può ricevere quell'ampio consenso che le è necessario, sia perché solo così è possibile quella molteplicità d'interpretazioni che è una garanzia di pluralismo. La concretizzazione dei valori costituzionali è affidata al processo e al dibattito democratico, nei quali prendono forma le interpretazioni prevalenti dei valori costituzionali e si configurano le norme che guidano i comportamenti dei cittadini. Questa parte della comunità politica è insieme più specifica e mutevole, perché le

decisioni politiche democratiche sono sempre rivedibili, sempre possono essere rimesse in discussione. Questa è l'essenza stessa del regime democratico.

Il pluralismo costituzionale ha dei limiti nel senso che non tutte le interpretazioni dei valori fondamentali sono corrette o ammissibili. Infatti, le corti costituzionali esistono per giudicare della correttezza delle interpretazioni legislative o, più in generale, normative dei valori fondamentali, ma ciò non significa che altre interpretazioni possibili siano a priori escluse.

Questa è in generale l'ottica in cui considerare una comunità politica concreta nel regime attuale della democrazia costituzionale. A differenza del passato, in cui le determinazioni dell'autorità politica poggiavano su una consolidata base etico-sociale prepolitica ampiamente condivisa, oggi, in ragione del pluralismo, acquistano un carattere di provvisorietà che deve essere rispettato. Si deve cioè evitare di considerarle come fornite di quella stabilità che è propria solo dei valori fondamentali e dei principi costituzionali.

Questa premessa è funzionale alla trattazione dell'obiezione di coscienza come diritto costituzionale, poiché il rispetto del principio della libertà di coscienza delle singole persone conferisce una rilevanza pubblica ai giudizi di coscienza dei cittadini, cioè alla loro interpretazione dei valori fondamentali, accanto a quella ufficiale della comunità politica. A questo proposito è emblematico il caso del servizio militare: il rifiuto di prestarlo da parte dell'obietto si può oggi in alcuni casi appellare al principio costituzionale del ripudio della guerra e non soltanto ai propri orientamenti personali pacifisti¹¹. Insomma, una società politica pluralista deve essere ospitale nei confronti di tutti i modi di declinare i valori fondamentali e non solo di quelli ufficiali. La centralità del valore della persona, mentre indebolisce la stabilità dell'ordine costituito, al contempo attiva una ricerca di nuovi e più adeguati ordinamenti pubblici dei valori.

Conseguentemente, uno Stato costituzionale che metta al centro la persona non può che avere un carattere pluralistico e conflittuale. Ogni forma di confessionalismo o di Stato etico è già superata in radice e, prima o poi, lo sarà anche nei fatti. Le persone, infatti, hanno due caratteristiche: da una parte una struttura relazionale, per cui il rapportarsi agli altri è necessario per la stessa costituzione del sé, e, dall'altra, ognuna di essa è irripetibile e manifesta un'individualità unica non riconducibile all'*imprinting* di una specie. Per la prima caratteristica le persone vivono di valori comuni, ma per la seconda spesso hanno o possono avere visioni diverse dei valori comuni. Il conflitto

¹¹ Del pari, ad esempio, nell'attuale controversia spagnola sulla legge riguardante l'educazione alla cittadinanza l'obietto può invocare un fondamento costituzionale, cioè il diritto dei genitori all'educazione dei figli, che si aggiunge e rafforza il diritto di libertà di coscienza.

interno ai valori comuni è proprio di un mondo abitato da persone. Per questo la comunanza, che è richiesta dall'essere delle persone, è al tempo stesso la sede del conflitto più profondo e la composizione di esso è sempre provvisoria. Ma ciò significa anche che alla radice è escluso anche lo Stato neutrale che eviti in linea di principio ogni ricerca dei valori fondamentali della persona, perché anch'esso viola – come lo Stato confessionale – la dignità di questa, non riconoscendo quella comunanza che è la premessa necessaria del conflitto. Sia lo Stato etico sia lo Stato neutrale vedono il conflitto come un male sociale e si adoperano di evitarlo anche se in modo diverso, o con l'imposizione di una determinata visione dei valori fondamentali o con la rinuncia ad ogni concezione di essi. Lo Stato personalistico è insieme comunitario e conflittuale. Ma, se uno Stato non deve essere "etico", una costituzione non può non esserlo, anche se a suo modo, cioè non nella forma di una determinata concezione etica bensì – si potrebbe dire – di una metaetica¹².

In tal modo l'ordine sociale è aperto ad una pluralità di alternative di azione e con ciò stesso reso più ospitale nei confronti della varietà delle coscienze individuali¹³ e, tuttavia, nel processo di determinazione di un assetto della comunità politica questa molteplicità di alternative necessariamente si restringe e sorgono conflitti interni tra l'essere persona e l'essere cittadino¹⁴.

«Nessun ordinamento giuridico può garantire se stesso in modo definitivo, in quanto l'elemento comune, che in esso prende forma, è anche il contenuto di coscienza di ogni singolo membro di quest'ordinamento, cosicché ogni membro può metterne in questione la forma, potendo fare, delle regole di composizione dei conflitti, una materia di conflitto. [. . .] Le persone sono e restano pericolose»¹⁵.

In questa luce vorrei enunciare e discutere le seguenti tesi riguardanti la giustificazione e la configurazione dell'obiezione di coscienza come diritto costituzionale.

Per assumere la maggiore imparzialità possibile, bisogna liberarsi della tendenza diffusa a difendere il diritto all'obiezione di coscienza quando le decisioni politiche sono contrarie ai propri orientamenti ideologici e a contrastarlo quando sono conformi.

¹² Cfr. A. Spadaro, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Giappichelli, Torino 2008.

¹³ È ciò che acutamente nota N. Luhmann, *La libertà di coscienza e la coscienza*, in Id., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e teoria del diritto*, trad. it. di R. De Giorgi e M. Silbernagl, Il Mulino, Bologna 1990, p. 283.

¹⁴ Cfr. F. Viola, *Persone e cittadini nella società del pluralismo*, in P. Donati (a cura di), *Laicità: la ricerca dell'universale nelle differenze*, Il Mulino, Bologna 2008, pp. 339-364.

¹⁵ R. Spaemann, *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"* (1998), trad. it. di L. Allodi, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 184.

I tesi: In linea di principio nessuna norma legislativa vincola per il suo contenuto la coscienza dei cittadini.

Questa tesi discende necessariamente dal rifiuto dello Stato etico e dall'uso del principio di maggioranza, che di per sé non è un metodo per la ricerca della verità. Il consenso dei più non prevale sulla coscienza personale, anche se questa deve tenerne conto perché si forma attraverso le relazioni sociali e il discorso comune (*cum-scientia*). La coscienza personale non è solipsistica e tuttavia è indipendente dal conteggio dei voti. Ciò però non significa che la norma giuridica sia spoglia di un'obbligatorietà etico-politica quando appartiene ad un ordinamento giuridico legittimo ed è emanata nel rispetto delle procedure democratiche. Tommaso d'Aquino, ad esempio, ha ripetutamente notato che una norma ingiusta può essere ritenuta ciononostante moralmente obbligatoria in ragione del danno all'ordine sociale provocato dalla disobbedienza. In tal caso si configura un conflitto tra la fedeltà e lealtà nei confronti della comunità politica a cui si appartiene e la coscienza personale. Ora il diritto all'obiezione di coscienza conferisce un rilievo costituzionale alla coscienza personale, trasferendo in una certa qual misura questo conflitto all'interno dell'ordinamento giuridico. Il principio che il giudice è soggetto solo alla legge deve intendersi in uno Stato costituzionale di diritto come soggezione all'ordinamento giuridico nel suo complesso.

II tesi: L'obiezione di coscienza ha un fondamento costituzionale nel diritto generale alla libertà religiosa e alla libertà di coscienza.

Se la libertà di religione e la libertà di coscienza sono diritti fondamentali, allora ciò necessariamente implica che vi debba essere in linea di principio un diritto – *prima facie* e limitato – a disobbedire alle norme giuridiche laddove vi siano seri motivi basati sulle convinzioni personali¹⁶. Non si tratta affatto di un *nuovo* diritto, ma della logica estrinsecazione della stessa libertà di coscienza¹⁷. Questa si esercita mediante l'obiezione di coscienza, che si serve del diritto fondamentale di libertà di coscienza come di un argomento *prima facie* legittimo per rifiutare l'obbedienza alla legge. D'altronde, se una legge statale riconosce questo diritto in taluni casi (tra i casi più noti e diffusi, servizio militare e aborto), ciò vuol dire che c'è un fondamento costituzionale di

¹⁶ Cfr. M. Gascón Abellán, *Lineamenti di un diritto generale alla disobbedienza*, in "Analisi e diritto 1996", a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino 1996, pp. 77-89 e, più in generale, Ead., *Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990; ma v. anche J.M. Rojo Sanz, *La objeción de conciencia como derecho fundamental*, in "Cuadernos de la Facultad de Derecho" (Universitat de les Illes Balears), 14-1986, pp. 151-159.

¹⁷ Con ciò si mostra anche che è priva di senso la tesi che riconosce l'obiezione di coscienza come diritto autonomo, ma non fondamentale. Se la libertà di coscienza è un diritto fondamentale, allora lo è in tutti i gradi del suo sviluppo e del suo esercizio.

esso, altrimenti si tratterebbe di una graziosa concessione dell'autorità politica. Parlare di "esenzione", e non già di un diritto vero e proprio, non risolve il problema, perché questa o è una generosa dispensa o è il risultato dell'esercizio di un diritto. Né vale obiettare che solo tramite l'interposizione della legge statale sorge il diritto all'obiezione di coscienza, perché da questo punto di vista non v'è differenza fra questo diritto e gli altri diritti o beni fondamentali. La previsione costituzionale fa sorgere in astratto diritti, ma quali sono quelli che effettivamente si hanno e si possono esercitare dipende da complessi fattori legati alle particolari circostanze, al possibile conflitto con altri diritti o doveri fondamentali e al loro bilanciamento. Ogni diritto fondamentale esige di essere concretizzato per quanto riguarda il suo esercizio nei casi determinati. Proprio di questo si occupano i legislatori e i giudici. Nessun diritto fondamentale è di per sé assoluto ed illimitato, né è un'istanza valoriale isolata, poiché il compito del processo democratico è quello di realizzare la globalità dei diritti. Quindi, l'affermazione dell'esistenza di un diritto generale costituzionale all'obiezione di coscienza non aggiunge nulla alla previsione costituzionale della libertà di coscienza e non risolve il problema della sua concretizzazione, cioè della sua costruzione come diritto effettivamente azionabile nei confronti di una legge statale¹⁸. Resta il problema della sua struttura, delle sue condizioni di esercizio e dei suoi limiti.

III tesi: La coscienza ha un carattere complesso che presenta due profili principali: la formazione della coscienza e il giudizio pratico sulla conformità del comportamento esteriore. La libertà di coscienza riguarda entrambi.

Bisogna premettere che la nozione costituzionale di "coscienza" non ha un carattere filosofico, né si appoggia ad una concezione specifica che non sarebbe compatibile con il pluralismo. Anche la nozione costituzionale di coscienza è e deve essere pluralistica¹⁹. Spesso i dibattiti intorno all'estensione o ai limiti della libertà di coscienza sono lo scontro tra modi differenti d'intendere la coscienza. In questi termini sono irrisolvibili sul piano giuridico e politico. Tuttavia, per la praticabilità giuridica di questo concetto, si esige una convergenza su alcuni elementi comuni a tutte le concezioni possibili della

¹⁸ Con ciò si risponde anche alla critica sollevata da Paine nei confronti di un diritto generale alla libertà di coscienza, che porrebbe in ombra il significato eminentemente personale ed eccezionale dell'obiezione di coscienza. T. Paine, *The Rights of Man. Part I* (1791), in B. Kuklick (a cura di), *Political Writings*, Cambridge U.P., Cambridge 1989, p. 94.

¹⁹ Per questo non condivido l'impianto del pur pregevole articolo di Chiassoni, citato nella n. 1. Il tentativo di determinare la "vera" concezione della coscienza in un'ottica libertaria come giustificazione appropriata del diritto costituzionale alla libertà di coscienza, indipendentemente dalla sua validità etica, non si accorda con il principio del pluralismo e potrebbe avallare atteggiamenti intolleranti non dissimili a quelli che, a volte a ragione, si rimproverano agli avversari.

coscienza umana. La coscienza personale in quanto bene giuridico costituzionalmente tutelato dovrà essere identificato sulla base di questi elementi comuni.

Dobbiamo escludere da questi elementi comuni sia l'affermazione dell'esistenza di una verità oggettiva a cui la coscienza è obbligata a conformarsi, sia la negazione dell'esistenza di una verità oggettiva. Entrambe le tesi sono compatibili con la libertà di coscienza: la prima se sostiene che tale verità debba al più essere proposta e mai imposta; la seconda se non riduce le scelte personali al mero capriccio o ad un fatto emotivo irrazionale. Pertanto, possiamo ritenere che la coscienza, così come l'intende la costituzione, sia l'insieme delle convinzioni e delle credenze personali riguardanti una visione del mondo e della vita o il proprio piano di vita o i valori che si ritengono più rilevanti e significativi in se stessi o come caratterizzanti la propria identità. Non è un caso se la libertà di coscienza non è che un'espansione laica della libertà religiosa, che in ogni caso ne ha rappresentato il centro propulsore. Il carattere sacrale delle convinzioni religiose si comunica a tutte quelle che sono vissute con un senso simile di obbligatorietà e di imprensindibilità. Si tratta, dunque, in generale di contenuti etici la cui pratica è percepita come un aspetto necessario della propria dignità e dell'autostima (*self-respect*).

Propriamente parlando, l'atto di coscienza è un giudizio pratico riguardante la conformità o meno di un'azione da compiere a queste profonde e radicate convinzioni personali. Infatti – come s'è già detto – l'obiezione di coscienza riguarda il conflitto tra l'azione richiesta dalla legge e quella esigita dalla propria coscienza. Non riguarda ciò che si deve credere, ma ciò che si deve fare o non fare. Allo Stato non interessano (o non dovrebbero interessare) i pensieri dei cittadini, ma solo le loro azioni. Tuttavia è ovvio che mediante il controllo delle azioni esteriori si possono indirettamente controllare i pensieri e le credenze²⁰. Quindi, il bene costituzionalmente protetto con il diritto all'obiezione di coscienza è nella sostanza la sfera intima della persona nei confronti del potere statale.

Nel giudizio pratico di coscienza vi sono due aspetti essenziali: l'affermazione di un valore e il giudizio di conformità o meno di un'azione esteriore ad esso. Per quanto l'obiezione di coscienza riguardi direttamente il secondo aspetto, tuttavia in una certa misura interessa anche il primo, poiché la libertà di coscienza comprende anche la libera formazione di essa. Vi possono essere leggi statali (o altre forme di condizionamento provenienti da poteri non statali), specie nel campo dell'istruzione, che impediscono tale

²⁰ Sembra che nelle sentenze spagnole riguardanti l'obiezione di coscienza sollevata nei confronti della recente legge che prescrive l'educazione alla cittadinanza si tenda a separare troppo l'azione esterna dalla convinzione personale, orientamento questo – come s'è già notato – tipicamente giuspositivistico.

libertà nella formazione della coscienza, che è essa stessa un suo carattere necessario. Pertanto, l'obiezione di coscienza può essere sollevata anche nei confronti di azioni esteriori che impediscono la libera formazione della coscienza, ad esempio quando si prescrive per legge l'insegnamento pubblico di determinati contenuti etici o si limita la pluralità delle agenzie educative.

A questo proposito c'è da chiedersi quali siano i limiti della libera formazione della coscienza. Credo che in uno Stato costituzionale di diritto questi limiti siano dettati dagli stessi valori fondamentali nel senso che non è ammissibile un riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza motivato da una convinzione personale che sia contraria a questi valori quando questi siano formulati in modo molto generale, sì da consentire una pluralità d'interpretazioni. Con ciò non voglio dire che le costituzioni siano per definizione "giuste" e non possano contenere principi molto discutibili. Ben sappiamo che possono introdurre l'apartheid, la discriminazione delle donne ed altre forme di disuguaglianza per non parlare d'altro. Ogni forma di diritto positivo è per definizione esposta al rischio dell'ingiustizia. L'importante è che i principi costituzionali traccino un quadro molto generale, ma condiviso, della convivenza sociale all'interno del quali sono possibili interpretazioni e applicazioni molto controverse. La libera formazione delle coscienze da un punto di vista giuridico e istituzionale dovrebbe iscriversi all'interno di questo quadro. Resta il fatto che nei confronti degli stessi principi costituzionali sono sempre possibili varie forme di resistenza o di disobbedienza civile, ma non si può invocare il diritto costituzionale all'obiezione di coscienza, che d'altronde spesso fa appello al rispetto degli stessi valori costituzionali da parte della legge statale.

Se ora guardiamo più direttamente al giudizio pratico di una coscienza già formata, che è l'aspetto tipico dell'obiezione di coscienza, c'è da chiedersi anche qui se non vi siano dei limiti da rispettare. Nel giudizio pratico una convinzione di carattere generale viene applicata ad un caso concreto e in tal modo interpretata e articolata. Fermo restando che dovrebbero essere evitate tutte quelle forme d'indagine sulla "sincerità" del giudizio che consentirebbero di penetrare nell'intimità della persona, tuttavia nel momento in cui si invoca il diritto di disobbedire ad una legge dello Stato bisogna esibire un giudizio di coscienza che sia dotato di ragionevolezza, cioè di una ragionevole congruenza tra il valore proclamato e le sue applicazioni pratiche. Questo è un punto molto delicato.

Il diritto all'obiezione di coscienza richiede necessariamente non solo – come abbiamo visto – che si dichiari il valore che s'intende rispettare, sia per il carattere di testimonianza che esso implica, sia per mostrare che non si tratta di un'istanza futile o anticostituzionale, ma anche che si dimostri il conflitto tra l'azione richiesta dalla legge e il rispetto delle proprie convinzioni personali. Il giudizio su tale conflitto potrebbe essere palesemente irragionevole o infondato. Avremmo così un caso di giudizio di coscienza "erroneo". Si può ammettere in tali casi un diritto all'obiezione di coscienza e al suo esercizio? Non lo credo, perché altrimenti le convinzioni e i comportamenti dei cittadini

sarebbero sottratti a quel giudizio di ragionevolezza a cui sono sottomessi tutti gli atti delle istituzioni costituzionali. Tuttavia è bene ribadire che tale irragionevolezza dovrebbe essere palese e chiaramente evidente per evitare forme più o meno occulte di restrizione della libertà di coscienza.

Da questo punto di vista possiamo constatare che nei confronti di una coscienza sinceramente “erronea” il diritto appare più restrittivo della stessa morale. Mentre dal punto di vista morale – com’è convinzione diffusa – si è tenuti a seguire la propria coscienza, anche se erronea, dal punto di vista giuridico il diritto all’obiezione di coscienza esiste solo a condizione che non sia ispirato da principi palesemente anticonstituzionali e non sia palesemente irragionevole l’asserito conflitto tra l’azione prescritta dalla legge e le proprie convinzioni personali²¹. A questo bisognerebbe aggiungere che nel processo di concretizzazione del diritto all’obiezione di coscienza altre restrizioni potrebbero provenire dalla necessità di un bilanciamento con altri valori costituzionali di uguale rango e dalla tutela di diritti altrui.

Se a questo punto posso consentirmi una digressione filosofica, debbo notare che questa configurazione del diritto all’obiezione di coscienza è compatibile sia con il concetto cattolico di coscienza sia con quello laico. Il primo difende l’esistenza di una verità morale oggettiva a cui la coscienza dovrebbe conformarsi, mentre il secondo si appella soltanto a credenze soggettive in valori o principi da cui l’individuo non ritiene di potersi discostare senza andare in primo luogo contro se stesso, contro la propria autenticità e identità.

A partire dalla tradizione filosofica medioevale, da cui ha preso le mosse la concezione occidentale di coscienza, sulla scia di s. Agostino, si distingueva tra *sinderesi* e *conscientia*. La *sinderesi* è il senso del bene e del male che nessuno può perdere, anche se si tratta dell’uomo più malvagio. È il luogo dei principi morali evidenti e, quindi, non può mai sbagliare. La coscienza, invece, è il luogo dei giudizi morali pratici, che possono essere veri o falsi, corretti o meno. Quindi, la coscienza può sbagliare, può essere “erronea” in buona fede e richiede di essere ben formata. Nel pensiero moderno e contemporaneo la *sinderesi* è scomparsa e, conseguentemente, la coscienza è divenuta luogo di scelta insindacabile e non già di giudizio vero o falso²². Il pluralismo

²¹ Per un orientamento simile cfr. A.E. Galeotti, *Tolleranza, neutralità e obiezione di coscienza*, in G. Paganini e E. Tortarolo, *Pluralismo e religione civile*, Bruno Mondadori, Milano 2004, pp. 230-240.

²² La trattazione cattolica del concetto di coscienza che si trova nell’Enciclica *Veritatis Splendor* (n. 54 ss.) è emblematica di questa differenza tra la coscienza come giudizio e come scelta. Cfr. anche L. Elders, *La doctrine de la conscience de saint Thomas d’Aquin*, in “Revue thomiste”, 83, 1983, pp. 533-557 e S. Pinckaers, *La conception chrétienne de la conscience morale*, in “Nova et Vetera”, 66 (2), 1991, pp. 81-99.

contemporaneo ha ulteriormente aggravato la distanza fra queste due nozioni di coscienza. Esso mostra non solo che vi sono di fatto differenti e contrastanti principi morali, ma anche differenti modi d'intendere e di praticare gli stessi principi.

Affinché, da un punto di vista giuridico e politico, queste due nozioni di coscienza divengano compatibili, è necessario che, da una parte, si abbandoni l'idea che la *sinderesi* venga intesa come un insieme di leggi naturali già strutturate in regole morali determinate e, dall'altra, si riconosca la presenza di orizzonti generali del bene umano posti alla base della convivenza umana. Si può affermare, in modo forse un po' fantasioso e certamente ardito, che è in atto un processo di costituzionalizzazione della *sinderesi*, cioè di un linguaggio comune della vita politica che permetta una comunicazione discorsiva tra le differenti concezioni del bene. Se non fosse così, il primato della Costituzione sullo Stato renderebbe del tutto impossibile la stabilità di una comunità politica.

IV tesi: Il diritto all'obiezione di coscienza non può esclusivamente dipendere dall'interposizione di una legge statale.

Nell'ambito costituzionalistico sono presenti tre orientamenti teorici riguardanti il diritto all'obiezione di coscienza²³.

Secondo la prima concezione tale diritto, specie in una società multiculturale, dovrebbe essere negato in quanto potenzialmente distruttivo della stabilità dell'ordinamento giuridico, che si basa sul principio generale dell'obbligatorietà della norma giuridica. Se si ammettesse la prevalenza di un imperativo interiore rispetto all'obbligo giuridico, allora la funzionalità del sistema giuridico sarebbe paralizzata in modo grave.

Questa tesi è inaccettabile sotto differenti profili. Il principale tra questi consiste nel notare che uno degli obiettivi primari delle costituzioni contemporanee è quello di difendere le libertà e i diritti delle persone dai poteri forti e, soprattutto, dalla dittatura della maggioranza.

Il secondo orientamento riconosce l'obiezione di coscienza come un elemento essenziale della dialettica democratica. Questa mira nella sostanza al consenso dei cittadini sul contenuto della legge e, per questo, deve ammettere la possibilità del

²³ Cfr. A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in "Digesto delle discipline pubblicistiche", X, Utet, Torino 1991, pp. 240-261.

dissenso, che tra l'altro potrebbe avere la funzione di un'evoluzione dell'ordinamento. Tuttavia spetterà pur sempre al legislatore di volta in volta valutare la legittimità del diritto all'obiezione di coscienza, poiché il legislatore stesso deve tutelare la stabilità dell'ordinamento giuridico. Se la nega, allora l'obiezione di coscienza diventa *contra legem*. Se la riconosce, diventa *secundum legem*. Il legislatore potrebbe anche riconoscerne la fondatezza e modificare la legge in una forma tale da recepire le ragioni dell'obiettore. Di fatto è ciò che avviene in differenti materie, come nel servizio militare, nella partecipazione agli interventi di interruzione della gravidanza, nel giuramento, nelle prestazioni di lavoro e trattamenti sanitari obbligatori, nella difesa penale, nell'obbligo tributario per il corrispettivo devoluto alle spese militari, nella sperimentazione sugli animali e altre ancora.

Questa tesi, che è quella prevalente in dottrina, non è convincente, poiché lascia ad un legislatore per definizione non imparziale il giudizio sull'ammissibilità o meno dell'obiezione di coscienza. Poiché tale obiezione è proprio contro l'operato del legislatore, l'obiettore non è sufficientemente tutelato se spetta al legislatore, o soltanto ad esso, valutare la ragionevolezza dell'obiezione.

La terza concezione riconosce l'obiezione di coscienza come un diritto umano costituzionalmente garantito e direttamente azionabile, poiché la libertà di coscienza persegue l'obiettivo di riconoscere la libertà di vivere e di operare secondo i propri convincimenti interiori. In tale logica vi sarebbe "un'inversione dell'onere della prova", cioè ciò che dovrebbe essere giustificato non è il diritto di obiettare, ma la sua restrizione caso per caso in considerazione del bilanciamento tra valori costituzionali e della tutela dei diritti altrui.

Questa tesi è in linea di massima accettabile, ma con una precisazione e alcune correzioni. Bisogna precisare – come già notato – che non siamo di fronte ad un diritto diverso da quello della libertà di coscienza. Inoltre, sostenere che il diritto all'obiezione di coscienza abbia già di per sé una prevalenza costituzionale rispetto alle previsioni del legislatore significa capovolgere le priorità proprie della seconda tesi e avvalorare la tesi opposta della precedenza della coscienza individuale sulle determinazioni della comunità politica. Al comunitarismo subentrerebbe l'individualismo. Ma di per sé la costituzione non sottoscrive né l'uno né l'altro, tant'è che accanto ai diritti umani pone i doveri di solidarietà e di cooperazione. Di conseguenza, possiamo dire che il diritto costituzionale all'obiezione di coscienza è solo *prima facie* e non illimitato. Pertanto, l'ordinamento giuridico nel suo complesso dovrà saggiarne la fondatezza caso per caso. Se si condividono le cose già dette, questa giustificazione dovrà riguardare sia i principi invocati sia la congruenza con essi del rifiuto ad ottemperare un obbligo di legge. Ciò

dovrà avvenire normalmente in sede giurisdizionale²⁴. Spetta, infatti, al giudice decidere dei casi singoli e non v'è niente di più singolare e irripetibile della coscienza personale. Resta ovviamente legittima l'interposizione della legge, ma non strettamente necessaria né strettamente richiesta. Essa è opportuna soprattutto nei casi in cui una determinata obiezione di coscienza abbia un ampio spettro di diffusione e quando tale obiezione interessa persone che ricoprono funzioni pubbliche e sono, pertanto, in linea di principio legati da doveri di ruolo, poiché in tali casi bisogna assicurare non solo la tutela della coscienza individuale ma anche che ciò non si risolva in un danno nei confronti di terzi²⁵. Ma la ratio del diritto all'obiezione di coscienza è quello di difendere la possibilità di vivere e di agire secondo le proprie convinzioni personali quand'esse non sono in contrasto con i valori costituzionali e lo sono solo con le loro particolari e contingenti concretizzazioni politiche.

12 luglio 2009

²⁴ Per l'applicazione al diritto all'obiezione di coscienza della distinzione tra diritto soggettivo sostanziale o procedurale cfr. Cfr. M.J. Falcón y Tella, *Libertad ideológica y objeción de conciencia*, cit., pp. 213-217 ed anche M.E. Olmos Ortega, *La objeción de conciencia al servicio militar ¿es un derecho fundamental?*, in J. Ballesteros et al. (a cura di), *Justicia, Solidaridad, Paz*, vol. II, Valencia 1995, pp. 815-825.

²⁵ Quando si afferma che «nelle società liberali potrebbero convivere persone che ritengono l'aborto lecito e persone che lo ritengono illecito, ma gli obiettori di coscienza vorrebbero impedire che i primi realizzassero il proprio modo di vita», evidentemente si sposa senza rendersene conto una morale oggettivistica o legalistica per cui la coscienza dei primi dovrebbe prevalere su quella dei secondi e al contempo non si riconosce lo stretto legame tra la coscienza e l'azione esterna. Per quest'orientamento cfr. C.A. Viano, *L'obiezione di coscienza*, lezione al Master di Bioetica, Roma, 18 ottobre 2008, p. 10.