

Università degli Studi di Milano Bicocca



Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum in Filosofia del diritto

La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti

Michele Saporiti

Matr. 734593

XXV ciclo a.a. 2011/2012

Piazza dell'Ateneo Nuovo 1- 20126 Milano

«Perché la mia intelligenza doveva essere una, e forse anzi una sola ne esiste di cui tutti gli uomini sono coabitanti: un'intelligenza sulla quale ognuno, dall'intimo del suo corpo particolare, volge i propri sguardi, come a teatro, dove, se ognuno ha il suo posto, in compenso c'è un'unica scena»

(M. Prust, *All'ombra delle fanciulle in fiore*)

«Lo strumento intellettuale più astratto è anche il più potente: perché è quello che permette l'accostamento di più casi particolari, permette le previsioni di più lunga portata, determina molti campi operativi- proprio per la sua astrazione è anche il più duttile»

(G. Preti, *Praxis ed empirismo*)

INDICE

<i>Nota introduttiva</i>	9
--------------------------------	---

CAPITOLO I UNA COSCIENZA DISUBBIDIENTE

1.1 La nozione di ‘coscienza’	17
1.1.1 Dalla filosofia greca classica alla dottrina stoica.....	17
1.1.2 La sinderesi cristiana.....	23
1.1.3 Corsi e ricorsi della coscienza.....	30
1.2 Il sorgere di un contrasto.....	39
1.2.1 Gli inizi del dissenso.....	40
1.2.2 Verità, giustizia, libero esame.....	54
1.3 La giuridicizzazione della coscienza.....	64

CAPITOLO II OBIEZIONE DI COSCIENZA: RIFLESSIONI A CONFRONTO

2.1 Resistenza, disobbedienza, obiezione : le dinamiche interne alle dimensioni dell’etica.....	73
2.2 Hannah Arendt e la “ <i>coscienza apolitica</i> ”	92
2.3 John Rawls e il <i>conscientious refusal</i>	101
2.4 Joseph Raz and <i>the general right to conscientious objection</i>	114
2.5 Una mappa concettuale.....	128

2.6 “ <i>Quid est veritas</i> ”?	132
----------------------------------	-----

CAPITOLO III
PER UNA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO
ALL’OBIEZIONE DI COSCIENZA

3.1 Una prospettiva gius-filosofica: dall’obiezione di coscienza al <i>diritto</i> all’obiezione di coscienza.....	145
3.2 Il contrasto tra la legge dell’ordinamento e la coscienza del singolo.....	149
3.2.1 Obiezione <i>secundum legem</i> , obiezione <i>contra legem</i> : esiste un’obiezione “autentica”?.....	152
3.3 Diritto all’obiezione di coscienza e diritto alla libertà di coscienza: un rapporto strumentale.....	154
3.4 Logica e struttura del diritto all’obiezione di coscienza.....	165
3.4.1 Il bene giuridico tutelato.....	165
3.4.2 Le modalità deontiche della condotta oggetto di obiezione: obiezione di coscienza negativa e positiva.....	168
3.4.2.1 L’obiezione di coscienza negativa.....	169
3.4.2.2 L’obiezione di coscienza positiva.....	172
3.4.3 Il rapporto con l’obbligo giuridico a cui si vuole obiettare.....	178
3.4.4 La gravosità della scelta obiettoria.....	180
3.5 I limiti all’esercizio del diritto all’obiezione di coscienza.....	186
3.5.1 La fedeltà all’ordinamento giuridico.....	187
3.5.2 L’apporto materiale.....	190
3.5.3 Lo status.....	194

3.5.3.1 Lo status professionale e la clausola di coscienza.....	198
---	-----

CAPITOLO IV
DALLE CATEGORIE ALLE CONDOTTE: UN
APPROCCIO DIALETTICO AL CASO ITALIANO

4.1 Un inquadramento generale sull'obiezione di coscienza in Italia.....	203
4.2 L'interruzione volontaria della gravidanza.....	206
4.2.1 I nuovi scenari introdotti dalla RU486.....	216
4.2.2 Le istanze obiettorie dei farmacisti.....	220
4.3 La procreazione medicalmente assistita.....	229
4.4 La sperimentazione animale.....	240
4.5 Alcuni potenziali ambiti applicativi dell'obiezione di coscienza.....	250
4.5.1 Il disegno di legge Calabrò: un'ipotesi di obiezione di coscienza (positiva) d'emergenza?.....	251
4.5.2 L'obiezione di coscienza fiscale, rectius, la disobbedienza fiscale.....	257
4.5.3 Quale spazio per la tutela della coscienza nella sfera lavorativa? Il principio dell' <i>accomodamento ragionevole</i>	261
4.6 Se tutti fossero obiettori?.....	273
<i>Bibliografia</i>	285
<i>Riferimenti normativi</i>	305

Nota introduttiva

Affrontare il tema dell'obiezione di coscienza ha significato, per lungo tempo, confrontarsi unicamente con le questioni relative al rifiuto opposto, per ragioni *latu sensu* morali, alla prestazione del servizio militare obbligatorio. Nel corso di alcuni decenni, però, lo scenario è profondamente cambiato e si è assistito alla proliferazione degli ambiti e delle situazioni in cui, da un lato, le ragioni della coscienza reclamano specifica attenzione da parte del diritto, dall'altro, il diritto si trova nella non facile situazione di vagliare richieste di esenzione dall'adempimento di obblighi giuridici (positivi o negativi) per motivi di coscienza. Più in generale, il diritto all'obiezione di coscienza va ad incidere sul funzionamento stesso dello Stato costituzionale di diritto, implementandone la struttura pluralistica, se ben disciplinato, o al contrario, se riconosciuto in modo generalizzato o lasciato all'abuso degli aventi diritto, paralizzandone in parte il funzionamento.

Il lavoro di ricerca svolto ha seguito quattro direttrici principali, corrispondenti ognuna ad uno dei quattro capitoli in cui si articola la tesi: la ricostruzione della nascita e dello sviluppo della nozione di coscienza rilevante per lo studio dell'istituto; la distinzione tra l'obiezione di coscienza e figure ad essa tradizionalmente limitrofe, quali il diritto di resistenza e la disobbedienza civile; la proposta di una teoria generale del diritto all'obiezione di coscienza, intesa come categoria dogmatica unitaria; l'analisi del caso italiano, tra ipotesi obiettorie riconosciute ed altre rivendicate, riconsiderate alla luce della ricostruzione teorica proposta.

Il lavoro prende avvio dal presupposto che per accostarsi al tema dell'obiezione di coscienza sia utile, oltre che doveroso, interrogarsi preliminarmente sulla nozione di coscienza, andando ad individuare quali elementi siano funzionali a ridefinirne utilmente il significato. L'analisi si pone l'obiettivo di mostrare il progressivo affermarsi di una particolare "forma" della coscienza, ricostruita a partire dalla filosofia greca classica e sino a giungere alle intuizioni esistenzialiste, la quale circoscrive, all'interno della nozione generale di coscienza, un'accezione rilevante ai fini della ricostruzione proposta: la coscienza *morale*. L'attenzione viene successivamente spostata sulle dinamiche che hanno fatto emergere il contrasto tra differenti ordini normativi, individuando le origini del gesto di obiezione per motivi di coscienza alle leggi positive nel sorgere di un concetto soggettivizzato di giustizia e nell'affermazione dell'esistenza di un diritto meta-positivo, quale il diritto naturale. In questo modo, si pongono le basi affinché il foro interno di ogni individuo diventi collettore e catalizzatore delle istanze critiche rispetto alla sfera del diritto positivo e al potere umano in generale. Il lungo percorso delle coscienze dissenzienti vede il suo punto d'arrivo nel processo di *giuridicizzazione* della coscienza da parte dello stesso diritto statale contro il quale essa si gettava. L'emergere di un concetto giuridico di coscienza, dapprima nell'ambito delle solenni dichiarazioni dei diritti dell'uomo della fine del Settecento, pone le basi per l'inquadramento della coscienza come bene costituzionalmente rilevante e tutelato, che si avrà unicamente nella seconda metà del XX secolo. Nell'orizzonte politico e giuridico così delineato, l'obiezione *della* coscienza dissenziente transita da una dimensione meramente fattuale e metagiuridica ad una squisitamente giuridica, punto d'avvio per la

configurazione del diritto positivo all'obiezione di coscienza.

Prima di procedere ad una ricostruzione rigorosa della dimensione giuridica ormai assunta dall'istituto, il percorso d'analisi ripropone il contributo offerto dalla riflessione filosofico-politica del secolo scorso nell'inquadrare l'obiezione di coscienza e le figure ad essa tradizionalmente affini: la disobbedienza civile e il diritto di resistenza. Partendo da quest'ultimo, la seconda parte del lavoro prende le mosse dalle riflessioni filosofico-politiche proposte nel contesto italiano della seconda metà del Novecento in merito alla categoria generale del 'diritto di resistenza': da un lato decostruendola analiticamente, sulla base delle modalità della condotta disubbidiente (Bobbio), dall'altro proponendo una scala graduata in ordine di "resistenza crescente", sulla quale potessero trovare collocazione una pluralità di sue sottocategorie, tra le quali la disobbedienza civile e l'obiezione di coscienza (Passerin d'Entrèves). Il fulcro di tali riflessioni rimane il concetto di *obbligo politico*, ovvero il dovere di obbedire alle leggi, proprio di ogni individuo che sia soggetto ad un ordinamento giuridico. Dagli anni Settanta del secolo scorso, proprio il tema dell'obbligo politico è stato oggetto di viva attenzione da parte di tre esponenti di spicco del pensiero filosofico-politico, filosofico-morale e filosofico-giuridico, impegnati nello studio dell'obiezione di coscienza e, soprattutto, della disobbedienza civile: Hanna Arendt, John Rawls, e Joseph Raz. Se l'analisi della Arendt si colloca nell'ambito di una più complessa riflessione sulla democrazia e sui suoi meccanismi, principalmente facendo uso di categorie e strumenti propri della filosofia politica, il contributo di Rawls, in alcuni punti collimante con la lettura della Arendt della

disobbedienza civile, è un particolare del più complesso disegno della sua teoria della giustizia che, in un'ottica neo-contrattualistica, guarda ai comportamenti dissenzienti come ad atti di coscienza pubblici o personali nell'ambito di una società quasi-giusta. L'analisi di Raz, infine, seppur con alcune criticità, suggerisce una soluzione più strettamente giuridica al fenomeno obiettorio, giungendo a configurare un diritto generale all'obiezione di coscienza. L'ultimo profilo preso in considerazione in chiusura della seconda parte del lavoro di ricerca è quello relativo alla (possibile) dimensione veritativa dell'obiezione di coscienza, che investe l'obietto del ruolo militante di testimone di una (*rectius* della) Verità. L'aver posto in evidenza anche questa lettura ha consentito di mostrare come accanto ad un approccio tutto interno al diritto positivo, che vede l'obiezione di coscienza strumentale rispetto alla libertà di coscienza e alla tutela del pluralismo, vi sia anche un approccio veritativo, oggettivistico e militante, che colloca l'obiezione di coscienza nell'alveo del giusnaturalismo.

La terza parte del lavoro di ricerca, abbandonate le letture in chiave principalmente, anche se non esclusivamente, filosofico-politica espone in precedenza, si pone l'obiettivo di fornire gli elementi strutturali dell'istituto del diritto all'obiezione di coscienza, a prescindere dai suoi specifici campi di applicazione. In questo senso, si parla di una "teoria generale" del diritto in questione, presupponendo la sua unitarietà dogmatica e prescindendo dall'inevitabile discrezionalità legislativa relativa ai singoli ambiti applicativi disciplinati. Dopo aver esposto le ragioni per le quali non è corretto riferirsi al rapporto legge-coscienza in termini giuridicamente antinomici, l'attenzione viene portata sull'analisi della

struttura, della logica e del funzionamento del diritto *positivo* all'obiezione di coscienza. In particolare, esso viene ricollegato al diritto alla libertà di coscienza attraverso un rapporto di strumentalità, volto a garantire la dimensione positiva della libertà di coscienza, come libertà dinamica, operante *in foro externo*. In quest'accezione, la libertà di coscienza diviene il diritto a non essere costretti a tenere comportamenti in contrasto con i dettami della propria coscienza e il diritto all'obiezione di coscienza ne è efficace strumento di tutela, al punto da rendere necessaria la sua configurazione come diritto generale. Con 'diritto generale', e non 'diritto generalizzato', si vuole indicare quella posizione soggettiva il cui esercizio non è limitato ai soli ambiti riconosciuti esplicitamente dalle previsioni del legislatore. Il fatto che l'esercizio dell'obiezione di coscienza sia subordinato a limitazioni è legato al solo profilo operativo di tale diritto, non alla sua configurazione teorica. Con riferimento a quest'ultima, la ricerca prosegue analizzando il bene giuridico tutelato attraverso il diritto in oggetto (la libertà di coscienza degli individui); le modalità deontiche della condotta oggetto di obiezione (distinguendo tra obiezione di coscienza negativa e positiva); il rapporto rispetto all'obbligo giuridico a cui si vuole obiettare (con l'individuazione del limite della non completa compromissione gli interessi collettivi, alla cui tutela sono finalizzati gli obblighi cui si consente di derogare); la gravosità della scelta obiettorica (come meccanismo di tutela contro le c.d. obiezioni di comodo). Dopo aver ricostruito la logica e la struttura dell'istituto, l'analisi teorica proposta prende infine in esame la delicata questione dei limiti all'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza, proponendo una tripartizione: il limite della fedeltà all'ordinamento giuridico; il limite dell'apporto materiale; il limite dello

status del soggetto obiettante. Se con il limite della fedeltà all'ordinamento giuridico si ribadisce la necessità che l'obiezione non incida sull'assetto di interessi stabilito da una legge in modo tale da pregiudicare radicalmente il perseguimento degli interessi costituzionalmente tutelati attraverso l'imposizione dell'obbligo principale, con il limite dell'apporto materiale si individuano le possibili caratteristiche del nesso causale che lega la condotta richiesta al soggetto obiettante e il prodursi dell'atto che ripugna irriducibilmente alla sua coscienza: tale nesso dev'essere certo, diretto, necessario e specifico. Il terzo limite prende infine in considerazione la posizione di determinati individui (i pubblici funzionari, i giudici, i componenti delle forze armate o autorità di pubblica sicurezza, gli insegnanti del sistema scolastico pubblico) che ricoprono uffici, ruoli o cariche nelle quali diviene centrale individuare quale sia l'ordine assiologico fatto proprio da tali soggetti, non *in foro interno*, ma nell'esercizio delle rispettive funzioni. Il limite dello *status* porta anche a prendere in considerazione la posizione di altre particolari categorie di soggetti (operanti nell'ambito medico-sanitario) rispetto all'ordine professionale di appartenenza, con particolare riferimento al rapporto tra l'obiezione di coscienza e l'operatività delle clausole di coscienza previste nei codici deontologici.

Alla luce degli spunti e delle categorie concettuali evidenziate, l'ultima parte della ricerca propone un'analisi puntuale della disciplina normativa italiana prevista per le ipotesi tipiche di obiezione di coscienza e cerca di individuarne dialetticamente eventuali debolezze e incoerenze, prospettando interventi in una prospettiva *de jure condendo*. La disamina inizia con l'ipotesi obiettorica prevista dalla legge 194 del 1978, in materia di tutela

sociale della maternità ed interruzione volontaria della gravidanza, andando ad individuare i motivi e le possibili soluzioni della particolare situazione italiana, nella quale il personale sanitario obiettore ha ormai di fatto superato largamente quello non obiettore. Rimanendo nello stesso ambito tematico, il lavoro esamina anche le rivendicazioni obiettorie dei farmacisti, riguardo alla vendita sia dei contraccettivi d'emergenza, sia della pillola abortiva RU486. La seconda ipotesi tipica presa in considerazione è quella prevista dalla legge 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita: non soltanto l'impostazione della legge, ma la stessa possibilità di esercizio dell'obiezione di coscienza prevista al suo interno prestano il fianco a numerose obiezioni, confermate dai continui interventi demolitori ad opera della giurisprudenza sia interna, sia sovranazionale. Il terzo ed ultimo ambito in cui è prevista *ex lege* la possibilità di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza è quello della sperimentazione animale, con la legge 413 del 1993, espressione della mutata percezione sociale riguardo alla dignità degli animali non umani ed indice della rinnovata attenzione al loro *status* etico e giuridico. Una volta esaurita l'analisi delle ipotesi tipiche, il lavoro prende in considerazione altri tre ambiti di possibile operatività dell'istituto in una prospettiva *de jure condendo*: il fine vita, con particolare attenzione al dibattito suscitato dal c.d. disegno di legge Calabrò; la materia fiscale, con la rivendicazione di un'esenzione dal versamento di quella quota del prelievo fiscale destinato dallo Stato agli armamenti; il rapporto di lavoro subordinato, tra tutela della libertà di coscienza del lavoratore e della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore. Il lavoro di ricerca si conclude riflettendo sul pericolo dell'uso politico dell'obiezione di

coscienza e sugli effetti destabilizzanti che il suo abuso a fini ideologici, se non addirittura propagandistici, crea sulla tenuta dell'ordinamento democratico e sulla tutela dei diritti dei soggetti a vario titolo coinvolti.

CAPITOLO I

UNA COSCIENZA DISUBBIDIENTE

*“Ridotto a me solo mi nutro, è vero,
della mia sola sostanza,
che tuttavia non si esaurisce”¹*

1.1 La nozione di ‘coscienza’

Molte società hanno da sempre conosciuto individui che si sono opposti a regole socialmente o giuridicamente cogenti, al potere umano e ai suoi condizionamenti, facendo ogni volta appello ai dettami della propria coscienza. Nell'accostarsi al tema dell'obiezione di coscienza risulta utile, oltre che doveroso, interrogarsi preliminarmente sulla nozione stessa di 'coscienza', che ha accompagnato, e continua ad accompagnare, il pensiero filosofico occidentale.

1.1.1 Dalla filosofia greca classica alla dottrina stoica

L'uso filosofico di questo termine (in greco *siineidesis*; in latino *conscientia*; in inglese *consciousness*,

¹ J. J. Rousseau, *Les Rêveries du promeneur solitaire*, in J. J. Rousseau, *Œuvres complètes*, a cura di B. Gagnebin e M. Raymond, Gallimard, Paris, 1959-1995, p. 1075.

per la coscienza teorica, e *conscience*, per la coscienza morale; in francese *conscience*; in tedesco *Bewusstsein*, per la coscienza teorica, *Gewissen*, per la coscienza morale) ha ben poco a che fare con il significato comune di ‘consapevolezza’ che l’uomo avrebbe dei propri stati, percezioni, idee, sentimenti, volontà e via discorrendo. Il significato che questo termine ha assunto nella filosofia moderna e contemporanea, pur presupponendo in parte questa accezione più comune, è molto più complesso. Esso fa riferimento al rapporto dell’anima, nozione a sua volta assai controversa, con se stessa, ad una relazione «interiore» o «spirituale», grazie alla quale l’uomo può conoscersi in modo immediato e privilegiato e perciò giudicarsi in modo sicuro e infallibile.² Si tratta quindi di una nozione in cui l’aspetto *morale*, ovvero la possibilità di auto-giudizio, e l’aspetto *teoretico*, la possibilità di conoscenza di sé in modo diretto e infallibile, sono strettamente connessi. La determinazione storica del concetto di coscienza è perciò correlata all’individuazione di una “sfera dell’intimità”, come campo di specifica indagine o di ricerca che concerne l’ultima realtà dell’uomo e, assai spesso, ciò che in quest’ultima realtà si rivela, cioè Dio stesso o un principio divino. L’uso filosofico di questa nozione suppone quindi il riconoscimento dell’esistenza di questa sfera, come realtà privilegiata, cioè di natura superiore ovvero più accessibile e più certa per l’uomo: è in questo modo che la coscienza diviene uno strumento importante di conoscenza e di orientazione pratica dell’agire.

² Voce ‘Coscienza’, in N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia (III ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero)*, Utet, Torino, 1998, p. 225.

Non pare che la filosofia greca classica abbia conosciuto tale realtà privilegiata dell'interiorità spirituale. L'equivalente greco della parola latina *conscientia* è *siineidesis*, che, come quella latina, significa una conoscenza che ne accompagna un'altra (*syn-eidesis*, *cum-scientia*).³ Questo tipo di conoscenza nella filosofia antica classica è sempre accessoria, perché accompagna la conoscenza delle cose ed è la consapevolezza di quella conoscenza. Anche il motto tanto caro a Socrate, “conosci te stesso”, non implica affatto una teoria della conoscenza di sé in chiave modernamente introspettiva, ma esprime un richiamo a tener conto dei propri limiti⁴. Per Platone e Aristotele la conoscenza verte essenzialmente sulla *forma* delle cose, l'unico oggetto veramente stabile, rispetto alla quale la consapevolezza soggettiva ha un'esistenza quale ombratile. In particolare, per Aristotele le persone hanno consapevolezza di quello che fanno, ma questa consapevolezza ha un certo rilievo unicamente per la conoscenza sensibile: nella conoscenza intellettuale, l'intelletto si identifica completamente con la forma, la

³ C. A. Viano, *La coscienza: voci e mistificazioni*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101, 2011, p. 16.

⁴ In termini simili Foucault: «[...] l'esame di sé e la confessione, nella filosofia antica, possono essere considerati come un gioco di verità – un importante gioco di verità. Ma l'obiettivo di questo gioco di verità non è scoprire una realtà segreta all'interno dell'individuo; l'obiettivo è piuttosto di fare dell'individuo un luogo in cui la verità possa apparire e agire come una forza reale attraverso la presenza della memoria e l'efficacia del discorso» (M. Foucault, *Sull'origine dell'ermeneutica del sé*, Cronopio, Napoli, 2012, p. 53). Sul punto cfr. anche M. Foucault, *L'ermeneutica del soggetto*, Feltrinelli, Milano, 2011, pp. 3-21.

quale ne costituisce l'oggetto⁵. Solamente l'intelletto divino, che non potrebbe conoscere nulla di superiore a se stesso, è conoscenza di sé.⁶

La nozione che nella filosofia di Platone si avvicina maggiormente al rapporto dell'anima con se stessa, invece, è rappresentata dalla definizione che Platone dà dell'opinione (o pensiero in generale) come «dialogo interno dell'anima con se stessa»⁷. In questa definizione, il linguaggio viene utilizzato per definire il pensiero, e più precisamente, il linguaggio inteso come dialogo o comunicazione. Il fatto originario e privilegiato è comunque il linguaggio, non l'interiorità dell'anima. E anche quando Platone sostiene che alcuni procedimenti, in primo luogo il giudizio in quanto si avvale dell' «è» o del «non è», sono da attribuirsi all'anima e a nessun altro organo, la quale indaga di per sé sola su ciò che c'è di comune nelle sensazioni,⁸ non fa riferimento ad una sfera dell'interiorità, ma intende insistere sull'indipendenza dei procedimenti razionali dai dati sensibili. Non dissimile è la posizione di Aristotele. Se da un lato egli attribuisce la coscienza, come consapevolezza delle percezioni sensibili, ai sensi stessi, pena la necessità di postulare un'infinita

⁵ Cfr. sul punto anche S. Gozzano, *La coscienza*, Carocci, Roma, 2009, p. 16.

⁶ Secondo Viano, «Non tutti i filosofi antichi condividevano questa impostazione, perché stoici ed epicurei ricavavano la conoscenza intellettuale dalla sensibilità, quella nella quale, anche secondo Aristotele, la consapevolezza contava. Ma gli stoici parlavano più di una “consensazione” che di “coscienza”» (C.A. Viano, *op. cit.*, p. 16).

⁷ Platone, *Teeteto*, 189 e.

⁸ *Ibidem*, 185 e ss.

serie di ulteriori organi sensibili,⁹ dall'altro la nozione di «pensiero di pensiero», mediante la quale definisce la vita di Dio, non ha nulla a che fare con l'interiorità della coscienza: essa rappresenta solo l'esigenza che il pensiero abbia per oggetto, in Dio, unicamente la cosa più elevata ed eccellente, che è il pensiero stesso.¹⁰

Il riconoscimento di una realtà interiore privilegiata si ha soltanto nelle filosofie che assumono a loro tema il contrasto tra «interiorità» ed «esteriorità», proponendosi il compito di distogliere l'uomo dai rapporti con le cose e con gli altri uomini, allo scopo di farlo divenire un «saggio», al quale tali rapporti risultino indifferenti. Questo si verifica nella filosofia post-aristotelica, a cominciare dallo Stoicismo. Già Crisippo insiste sulla differenza tra pensiero e coscienza del pensiero. Tale distinzione, con la quale inizia anche l'uso della parola coscienza in senso specifico, diventa un luogo comune della predicazione morale stoica. Cicerone evoca il “morso della coscienza”, che trattiene dal fare il male¹¹, ma gli stoici insegnavano soprattutto a liberarsi da quei morsi, “a guardare dentro la buona coscienza”, come afferma Seneca¹², nonostante le possibili conseguenze. In seguito, essa diviene il tema dominante della filosofia neoplatonica, la quale accentua il distacco dell'uomo dal mondo ed elabora l'idea di una testimonianza interiore

⁹ Aristotele, *De anima*, III, 2, 425 b 12. Aristotele è spinto ad attribuire la consapevolezza delle percezioni sensibili ai sensi stessi, come il sentir di vedere alla vista o il sentir di udire al senso dell'udito, per evitare di postulare, in modo logicamente non sostenibile, una pluralità infinita di organi sensibili deputati al sentire di sentire di sentire, di vedere, di udire etc.

¹⁰ Aristotele, *Metafisica*, XII, 9, 1074 b 30 e ss.

¹¹ Cicerone, *Tuscolanae Disputationes*, IV, 45.

¹² Seneca, *De clementia*, I, 1.

privilegiata.¹³ L'elaborazione più completa della nozione di coscienza in seno al neoplatonismo è opera di Plotino. In lui appare chiaramente la diversità e talvolta la contrapposizione tra la consapevolezza, come qualità dai contenuti psichici, che Plotino chiama con-sensazione o con-seguenza, dal «ritorno a se stesso» o dal «ritorno all'interiorità» o dalla «riflessione su di sé».¹⁴ La coscienza per Plotino consiste proprio in questo raccogliersi in se stesso, nella condizione o atteggiamento del saggio che prescinde dall'esterno (dalle cose e dagli altri uomini) e guarda solo all'interno. In polemica con gli Stoici, che consigliavano di raccogliersi in se stessi, prendendo le cose esterne come oggetto di volontà, Plotino afferma che, dopo aver diretta a se stesso la propria volontà, il saggio non può cercare la felicità nelle manifestazioni esterne, né cercare nelle cose esterne l'oggetto della sua volontà. Ciò che il saggio deve fare è «guardare dentro». In cosa consiste questo «guardare dentro»? Plotino lo spiega a proposito della ricerca del Bello, inteso come Bello intellegibile, dietro il quale vi è il Bene stesso che è Dio: bisogna «ritornare a se stessi» e diventare ciò che si vuol guardare¹⁵. La coscienza in questo caso si identifica con la condizione stessa del saggio, il quale trae da se stesso ciò che rivela agli altri e guarda a se stesso giacché «non solamente tende a

¹³ Filone di Alessandria, nel *De virtutibus* (124), fa uso in senso morale della nozione di coscienza, analogamente a quanto si può leggere nell' *Ecclesiaste* (10,20) o nelle *Epistolae* di San Paolo (*Romani*, 2, 15; 13, 15; *II Corinti*, 4, 2; 5, 11).

¹⁴ Plotino, *Enneadi*, IV, 7, 10; V, 3,1.

¹⁵ *Ibidem*, I, 6, 9: «Mai un occhio vedrà il sole senza essere divenuto simile al sole, né un'anima vedrà il Bello senza essere bella. Dapprima perciò divenga simile a Dio e bello chi vuole contemplare Dio e il Bello».

unificarsi e a isolarsi dalle cose esterne, ma è rivolto a se stesso e trova in sé tutte le cose»¹⁶. Questo atteggiamento di auto-auscultazione interiore¹⁷, che nella filosofia pagana era unicamente prerogativa dell'uomo saggio, diventa accessibile ad ogni uomo in quanto tale e oggetto di costante richiamo con l'avvento del Cristianesimo.

1.1.2 La sinderesi cristiana

Quando deve affrontare la concorrenza di altri predicatori, Paolo di Tarso, di fronte ad una comunità ostica come quella di Corinto, si appella alla coscienza¹⁸, per rivendicare la sincerità e la purezza dei propri intenti, cose che possono sfuggire agli uomini, ma non a Dio, che Paolo invocava a testimone.¹⁹ È ancora la coscienza, come la intendeva la gente comune, quella a cui Paolo fa riferimento in circostanze avverse e a corto di prove, protestando la propria sincerità di fronte ai fraintendimenti. Egli usa richiamarsi alla coscienza anche in un'accezione diversa, per indicare la debolezza dei confratelli, verso i quali avere indulgenza, o una legge interiore che costituisce denominatore comune tra tutti gli uomini, indipendentemente dalla loro identità religiosa²⁰. Qui la

¹⁶ *Ibidem*, III, 8, 6.

¹⁷ N. Abbagnano, *op. cit.*, p. 227.

¹⁸ *II Corinzi*, 1, 12.

¹⁹ *Ibidem*, 5,11.

²⁰ Così S. Violi, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 213. La "testimonianza della coscienza" viene riferita da Paolo anche alla morale pagana: «Quando i pagani, che non hanno legge, *per natura* agiscono secondo la legge, essi, pur non avendo legge, sono legge a se stessi:

coscienza non è espressione del cuore rimodellato dallo spirito, ma diventa il fragile contenitore di vecchie convinzioni.²¹ Quando nel 393 Ambrogio ricorda all'imperatore Eugenio²² che, nonostante il potere di cui disponeva, il suo cuore, la sua "coscienza interna", non sfuggono a Dio, egli usa la sua coscienza come aveva fatto Paolo nella seconda epistola ai Corinzi, al fine di intimidire l'imperatore e vietargli di essere indulgente con i pagani. Quando, invece, cita l'indulgenza di Dio verso gli ebrei che avevano ingannato Antioco Epifane, Ambrogio richiama il secondo senso della coscienza paolina, quello che evoca l'esercizio dell'indulgenza. Ambrogio incarna la figura del vescovo che esercita un potere speciale sullo stesso imperatore, ora ricordandogli il dovere, cui la coscienza impedisce di sottrarsi, di reprimere il paganesimo, ora esortandolo a essere indulgente verso i confratelli che distruggono le sinagoghe.²³ È su questa scia che la chiesa medievale continuò a rivendicare la propria competenza giurisdizionale sulle coscienze. La conversione in termini universalistici dell'atteggiamento aristocratico del saggio di epoca pre-cristiana, però, avviene sul piano dell'elaborazione filosofica con Agostino. *L'uomo spirituale*, di cui parlava già Paolo di

essi dimostrano che quanto la legge esige è scritto nei loro cuori come risulta dalla testimonianza della loro coscienza e dai loro stessi ragionamenti che ora li accusano ora li difendono» (*II Romani*, 14-15).

²¹ A questo proposito Viano ricorda come, nella prima lettera ai Corinzi, S. Paolo utilizzi l'espressione "coscienza debole" con riferimento agli ebrei, restii ad abbandonare i vecchi tabù alimentari (*I Corinzi*, 8, 7).

²² Ambrogio, *Epistolae*, LVII, 4.

²³ C. A. Viano, *op. cit.*, p. 17.

Tarso nella Prima Lettera ai Corinzi,²⁴ diviene il centro della sua filosofia : «Non uscire da te, ritorna in te stesso, nell'interno dell'uomo abita la verità e se troverai mutevole la sua natura, trascendi anche te stesso»²⁵. Agostino insiste su un concetto di trascendenza non rivolto all'esterno (le cose e gli altri uomini), ma rivolta a Dio in quanto principio, norma e misura della realtà interiore dell'uomo. Dio si riflette nel carattere autoriflessivo dell'anima umana che nelle sue tre facoltà, la memoria, l'intelligenza e la volontà, rispecchia la Trinità Divina.²⁶ Non è solo l'anima nel suo complesso, ma anche ogni sua facoltà o aspetto che si definisce nel suo rapporto puramente intrinseco con l'anima stessa. Tale rapporto interiore dell'anima con se stessa diventa, per il suo carattere immediato e privilegiato, anche la conoscenza più certa. La certezza che l'anima, il pensiero, la ragione attingono dalla propria esistenza nella coscienza di sé, stante la struttura della coscienza come rapporto intrinseco, diretto e privilegiato e, in quanto tale, non falsificabile o annullabile, diventa uno dei temi più ripetuti della filosofia medievale e moderna. Rimaneva, tuttavia, un problema tutt'altro che risolto proprio con riferimento al rapporto tra anima²⁷ e coscienza: come conciliare quest'ultima con la tradizionale tripartizione filosofica dell'anima, di

²⁴ *I Corinzi*, 2, 16.

²⁵ Agostino, *De vera religione*, 39.

²⁶ Cfr. Agostino, *De Trinitate*, X, 18.

²⁷ Secondo P. Perconti, «i diversi elementi presenti nella nozione cristiana di «anima» sono riconducibili ad almeno due componenti. La prima riguarda le fusioni dell'intelletto, come la memoria, i desideri e il ragionamento, mentre la seconda l'esigenza di immaginarci immortali e non interamente riconducibili alla vita manifesta» (P. Perconti, *Coscienza*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 51).

derivazione classica, proposta dai filosofi? Per fornire una risposta il più possibile esaustiva occorre compiere qualche passo indietro.

Un suggerimento veniva dall'interpretazione che Origene di Alessandria aveva dato ad una complicata visione del profeta Ezechiele. In essa comparivano quattro animali: un uomo, un leone, un vitello e un'aquila. Per far corrispondere questa quadripartizione con le tre parti dell'anima (razionale, irascibile e concupiscibile)²⁸ proposte dai filosofi, Origene aveva fatto dell'aquila il simbolo dello *spiritus qui presidet ad auxiliandum*, come tradotto da Girolamo²⁹, uno spirito superiore alle altre parti dell'anima. Origene era stato ripreso da Ambrogio e da Girolamo. Quest'ultimo, dopo aver menzionato ragione e mente, ferinità e libidine, corrispondenti alle tre parti dell'anima individuate dai filosofi, illustrava come l'aquila veniva posta sopra queste tre e oltre queste tre, come quella che i Greci chiamano *siinteresin*, per indicare la *scintilla conscientiae*, che “non si era spenta neppure nel petto di Caino, quando era stato escluso dal Paradiso, e in virtù della quale noi ci accorgiamo di peccare anche quando siamo vinti dai piaceri o dal furore, tratti in inganno talvolta da qualcosa che somiglia alla ragione”³⁰. Per questo motivo, l'aquila stava a simboleggiare la parte che “non si mescola alle altre, ma le corregge quando sbagliano, quella che nelle Scritture vediamo chiamata talvolta spirito”. Gregorio di Nanziano, sempre a proposito di Ezechiele, aveva identificato l'aquila con la *siineidesis*, la coscienza, e si era richiamato, come Girolamo, allo spirito dell'uomo menzionato da Paolo. Poteva provenire

²⁸ Cfr. Platone, *Repubblica*, 439 a- 441 c.

²⁹ *Patrologia Latina*, vol. XXV, col. 707 A.

³⁰ *Ibidem*, *Commentarium in Ezechielem* I, col. 22 A-B.

da qui una confusione tra coscienza (*siineidesis*) e sinteresi (*siinteresis*)? Se erano stati i padri greci a introdurre la coscienza nei discorsi sulle parti dell'anima, recuperando spunti di Paolo che aveva associato la coscienza allo spirito, è con Girolamo che si individua la coscienza come quarta parte dell'anima, suggerendo l'accostamento tra *siineidesis* e *siinteresis*. Alla luce di ciò, quando Pietro Lombardo nel XII secolo immise nella letteratura filosofica il testo di Girolamo, non venne recuperata l'espressione greca, ma si parlò di *scintilla rationis*, probabilmente in ricordo di espressioni agostiniane come *dictamen rationis* o *ratio sublimior*. Per Pietro il termine "coscienza", però, continuava ad indicare scrupoli, intenzioni e non aveva lo stesso rango delle parti dell'anima distinte dai filosofi. Furono i canonisti della seconda metà del XII secolo a riprendere dal testo di Girolamo il termine *siinteresis*, trasformandolo in "sinderesi", coniato sulla parola greca inesistente *siinderesis*.

Come era nata la 'sinderesi' latina? Per semplice errore di un copista, che aveva trasformato la *t* in *d*? Oppure c'era stata un'attrazione tra *siinteresis* e *siineidesis*, equivalente greco del termine latino *coscientia*? I copisti che introducevano il commento di Girolamo nella *Glossa Ordinaria* della Bibbia, come commento al passo di Ezechiele, rendevano ormai la parola *siinteresis*, usata da Girolamo, con *siinderesis*. A questo si aggiunga che la *Glossa* veniva usata da coloro i quali commentavano le *Sentenze* di Pietro Lombardo. La questione era tutt'altro che semplicemente terminologica: in questo modo, infatti, si otteneva una terna di termini- sinderesi, ragione e coscienza- che andavano necessariamente messi in relazione. Si sapeva cosa fosse la coscienza, almeno nella sua modesta funzione di contenitore di scrupoli e

intuizioni, e anche cosa fosse la ragione, nella sua preminenza rispetto alle altre parti dell'anima. Occorreva, però, definire il ruolo della sinderesi: doveva implementare in qualche modo la coscienza, rispetto alla sua configurazione tradizionale? Oppure rappresentava una specifica funzione della ragione? Spettava ai filosofi dare uno statuto alla sinderesi e spiegare il suo rapporto con la nozione di coscienza. Un ruolo determinante venne giocato a questo proposito da Tommaso d'Aquino.

Il legame tra consapevolezza e coscienza morale è ben presente nel pensiero dell'Aquinate, il quale distingue tra *reflexio*, ossia la capacità umana di rivolgere verso se stessi il proprio intelletto, e *conscientia*, ovvero la coscienza morale propriamente detta.³¹ Nel *De Veritate* si legge: «Il nome «coscienza» significa l'applicazione della scienza a qualcosa, per cui «consapere» (*conscire*) significa quasi «sapere insieme». Ora, qualunque scienza può essere applicata a qualcosa, per cui la coscienza non può significare un qualche speciale abito, o qualche potenza, ma significa l'atto stesso, che è l'applicazione di un qualche abito o una qualunque notizia a qualche atto particolare».³² In un altro passo della *Summa Theologiae* diventa ancor più intellegibile come la coscienza, più che un atto, sia una facoltà: «Si dice infatti che la coscienza testimonia, lega o istiga, e anche che accusa o rimorde o rimprovera. E tutte queste cose conseguono l'applicazione di qualche nostra cognizione o scienza a ciò che facciamo. [...] In quanto riconosciamo di aver fatto o non fatto qualcosa; in quanto [...] giudichiamo che qualcosa deve essere fatto, o non deve essere fatto; [...] in quanto [...] giudichiamo che qualcosa che è stato fatto, è stato ben

³¹ P. Perconti, *op. cit.*, p. 52.

³² Tommaso, *De Veritate*, q.17, a.1.

fatto o mal fatto». ³³ L'essere coscienti, quindi, è primariamente collegato per Tommaso all'esercizio del *giudizio* morale e quest'ultimo alla nozione di *sinderesi*.³⁴ Mentre con Bonaventura e Alberto Magno³⁵ essa diventa la facoltà naturale del giudizio morale, che guida l'uomo al bene e gli dà il rimorso del male, Tommaso opera uno scarto fondamentale rispetto alla concezione precedente, trasformando la *sinderesi* da nozione mistica a nozione morale: egli cessa di considerarla come una luce proveniente dall'alto e ne fa un abito morale. «La *sinderesi*», afferma Tommaso nella *Summa*³⁶, «non è una speciale potenza più alta della ragione o della natura, ma è l'abito naturale dei principi pratici, come l'intelletto è l'abito dei principi speculativi». Infatti, secondo Tommaso, come l'intelletto coglie i principi ultimi che sono a fondamento della scienza, così la *sinderesi* coglie i principi che sono a fondamento della ragion pratica. La facoltà che contempla i principi su cui il giudizio morale ha luogo è quindi la *sinderesi*. Così intesa, la *sinderesi* accompagna sempre la coscienza e ne ispira il giudizio: «Tutta la forza della coscienza che esamina o consiglia dipende dal giudizio della *sinderesi*, come tutta la verità

³³ Tommaso, *Summa Theologiae*, q.79, a.13. Cfr anche G. Cavalcoli, *Autocoscienza e coscienza morale in S. Tommaso d'Aquino*, a cura di L. Gabbi e V. U. Petruio, Donzelli, Roma, 2000, pp. 45-72.

³⁴ P. Perconti, *op. cit.*, p. 53.

³⁵ Bonaventura da Bagnoregio, analogamente a quanto affemermerà in seguito Alberto Magno, la considera «apice della mente» (*Itinerarium mentis in Deum*, I, 6), ultimo grado dell'ascesa a Dio, che, attraverso la *sinderesi*, concede all'intelletto umano l'illuminazione nel dominio pratico corrispondente a quella che, nel dominio teorico, lo porta alla scienza.

³⁶ Tommaso, *Summa Theologiae*, I, q. 39, a. 12.

della ragione speculativa dipende dai primi principi. E pertanto dire coscienza vuol dire sinderesi, in quanto quella agisce in forza di questa». ³⁷ In questo modo Tommaso riesce nella delicata operazione di attribuire alla ragione pratica, come a quella speculativa, principi che avessero un'evidenza analoga a quella dei principi teorici. Già Guglielmo d'Occam avrebbe abbandonato la nozione di sinderesi e avrebbe riconosciuto alla coscienza la capacità piena di orientarsi nelle circostanze particolari, una capacità che diventa la condizione fondamentale per l'esecuzione del bene.

1.1.3 Corsi e ricorsi della coscienza

L'ascolto della propria coscienza, accessibile soltanto a Dio, come via mestra per il perseguimento del bene diviene un punto centrale nella predicazione luterana. Quando viene richiesto a Martin Lutero, durante la Dieta di Worms del 18 aprile 1521, di confermare o sconfessare quanto aveva scritto, egli risponde che «se non fosse stato vinto con testimonianze della Scrittura o evidenti fondamenti di ragione, sarebbe rimasto fedele alle cose che aveva scritto e la sua coscienza sarebbe rimasta convinta della parola di Dio [...] Non intendo affatto né posso ritrattare» aggiungeva «poiché non è né sicuro né saggio fare quacosa contro la propria coscienza». ³⁸ Lutero

³⁷ Tommaso, *De Veritate*, q. 17, a. 1.

³⁸ «Nisi convictus fuero testimoniis Scripturarum aut ratione evidente (nam neque Papae neque Conciliis solis credo, cum constet eos errare saepius et sibi ipsis contradixisse), victus sum Spiritus a me adductis captaque est conscientia in verbis Dei: revocare neque possum neque volo quidam, cum contra conscientiam agere neque tutum sit, neque integrum. Hier stehe

respinge così tutti gli strumenti di direzione spirituale che la Chiesa di Roma offriva per liberare la coscienza da colpe e rimorsi: preghiere, penitenze, oboli, astinenze sessuali ed alimentari non facevano che fiaccare e tormentare i fedeli. Come per Calvino, la coscienza era già il luogo dell'autentico tormento del peccato. La teologia protestante alla luce di ciò, mette in luce due nuovi profili nella configurazione della coscienza: essa appare come il luogo in cui si formano i convincimenti spontanei e, contemporaneamente, il teatro sul quale disperazione e sconforto si confrontano con la consolazione divina.

L'immagine che il protestantesimo aveva dato del diritto canonico entra nella cultura politica profana, tanto che gli scrittori politici coevi applicano tale visione al diritto naturale, sul quale ci si soffermerà nel paragrafo seguente, riducendolo ad efficace *instrumentum regni*, in ragione dell'efficacia che la credenza in esso poteva avere nel governo degli uomini. Macchiavelli, ad esempio, ricorda come non si possano formare stati senza religioni, ma che, contemporaneamente, queste ultime devono essere usate in modo strumentale. Montaigne si spinge oltre: tutto era diventato strumento di governo, dall'idea di giustizia alle stesse fedi religiose, comprese quelle protestanti. Esteriorizzati e strumentalizzati programmi politici, principi etici e giuridici, credenze religiose, nella coscienza rimaneva posto per la propria storia personale, le proprie esperienze e intenzioni, che darebbero senso alle proprie azioni. Tale risalente idea, ovvero che la coscienza sia il luogo in cui risiedono le intenzioni autentiche, insieme con l'idea dell'incoercibilità e spontaneità delle

ich. Ich Kan nicht anders. Gott helff mir. Amen» (cit. in P. Chiassoni, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, op. cit., p. 37).

proprie convinzioni, la ritroviamo confermata nel pensiero di Montaigne.

Parallelamente a questa operazione di parziale svuotamento della nozione di coscienza, si fa sempre più viva, nella riflessione filosofica, la necessità di fare chiarezza riguardo a tale nozione. Dalla compresenza in essa di convinzioni senza conseguenze pratiche dirette, dette anche “speculative”, da un lato, e di preferenze sul comportamento proprio o altrui, dall’altro, si cominciano ad introdurre, a livello concettuale, alcune differenziazioni. Si attribuisce tradizionalmente al filosofo inglese Ralph Cudworth, esponente della corrente nota come platonismo (o neoplatonismo) di Cambridge, la distinzione tra *conscience*, per la coscienza morale, e *consciousness*, per la coscienza teorica³⁹ (in tedesco *Bewusstsein*, per la coscienza teorica, *Gewissen*, per la coscienza morale). Questa intuizione, in parte già presente nel pensiero precedente (si pensi, ad esempio, alla distinzione tomistica tra *reflexio*, ossia la capacità umana di rivolgere verso se stessi il proprio intelletto, e *conscientia*, ovvero la coscienza morale propriamente detta), introduce la netta distinzione tra aspetti normativi e conoscitivi della coscienza, che diverrà costante nel pensiero filosofico successivo.⁴⁰ In termini generali, infatti, possiamo affermare che le teorie moderne della coscienza si sono proposte da un lato di promuovere la “purificazione delle nozioni contenute nella coscienza”⁴¹, intesa come consapevolezza, attraverso il progresso della conoscenza;

³⁹ Cfr. R. Cudworth, *The True Intellectual System of the Universe*, Londra, 1678.

⁴⁰ «In questo modo» precisa Viano «si sanciva la separazione della coscienza dalla teoria medievale della legge naturale» (C. A. Viano, *op. cit.*, p. 21).

⁴¹ *Ibidem*, p. 21.

dall'altro, di facilitare la composizione dei conflitti tra le preferenze che vertono sui comportamenti, permettendo a governanti e cittadini di rendere compatibili condotte ed interessi differenti. A tale scopo vennero teorizzate sul piano filosofico ed adottate sul piano politico pratiche di tolleranza⁴², consistenti nell'ammettere il libero mantenimento delle credenze arbitrarie con le loro conseguenze pratiche, entro i limiti imposti dal rispetto di comportamenti, interessi e credenze altrui, cui faceva da corollario l'idea che, proprio in nome della tolleranza, il rispetto della coscienza degli individui, anche nei suoi contenuti più particolari, fosse condizione per la conservazione della pace sociale e fosse, quindi, necessario che lo stato ne garantisse l'effettività.⁴³ Il soggettivismo moderno e il profilo psico-gnoseologico

⁴² Risulta imprescindibile a questo proposito il riferimento alla *Epistola de tolerantia* di J. Locke, a proposito della quale Marconi afferma che «egli contribuì a diffondere, in Inghilterra e nel resto d'Europa, una mentalità «tollerante» di cui fu largamente permeata la cultura (se non la storia) dei secoli successivi, e che trovò applicazione su un piano ben più vasto di quello dei rapporti tra il potere pubblico e le religioni». (Locke, *Scritti sulla tolleranza*, a cura di D. Marconi, Utet, Torino, 2005, p.71).

⁴³ Come precisa Viano, «queste formulazioni furono adoperate largamente nelle colonie inglesi in America, ma nel passaggio alla costituzione federale la menzione della coscienza scomparve, così come era scomparsa dal testo del Bill of rights inglese del 1688, pur nato da una cultura in cui la coscienza era stata largamente presente. Né la coscienza sarebbe stata menzionata nelle costituzioni francesi, salvo quella del 1814 e nel progetto di costituzione, elaborato nella Francia di Vichy sotto l'egida di Pétain. Dopo la seconda guerra mondiale la coscienza sembra ricomparsa nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nella Legge fondamentale della Germania» (C. A. Viano, *op. cit.*, p. 22).

della coscienza e dei suoi atti si accentua oltre misura con la filosofia cartesiana e con quella ad essa ispirata, che, soprattutto nella sua versione empiristica, avrebbe assorbito nella consapevolezza la nozione di conoscenza, interpretando come fenomeni della coscienza le funzioni logiche e costitutive della conoscenza, mentre avrebbe collegato la coscienza, intesa come facoltà morale, alle emozioni e ai sistemi di regole morali. L'attenzione sia alla dimensione teoretico-gnoseologica della coscienza, nella distinzione tra coscienza empirica e coscienza trascendentale⁴⁴, sia alla costruzione di una rigorosa teoria (della) morale, che non si confondesse con una moralistica volta ad affermare fini particolari e contingenti, ma che conducesse all'elaborazione di una filosofia della ragion pratica, si ritrova compiutamente nel pensiero di Immanuel Kant.

Sotto ques'ultimo profilo, Kant, decisamente influenzato dalla lettura di Rousseau nella costruzione della sua filosofia pratica,⁴⁵ utilizza la nozione di

⁴⁴ Afferma Lo Castro che «la distinzione kantiana tra coscienza empirica, o unità oggettiva della coscienza, mera e contingente organizzazione di conoscenza e di unificazione dei fenomeni, mediante le categorie *a priori* dello spazio e del tempo, e coscienza trascendentale o unità sintetica della coscienza, come possibilità di ogni conoscenza, di natura assolutamente formale, e quindi senza alcun contenuto, condizione oggettiva di ogni conoscenza, diventa la premessa per intendere la coscienza come essa stessa fonte della realtà, secondo i successivi sviluppi dell'idealismo tedesco» (G. Lo Castro, *Legge e coscienza*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 101). Hegel farà della coscienza il punto di partenza della sua filosofia: la *Fenomenologia dello Spirito* è infatti il percorso dalla coscienza allo spirito.

⁴⁵ Come afferma Bacin, «non è possibile affermare che Kant abbia ricavato dall' *Émile* e dai Discorsi nuovi strumenti concettuali,

‘coscienza’, fornendone contestualmente un’articolata ridefinizione nella *Metafisica dei costumi*. Citando proprio la seconda Epistola ai Romani di Paolo di Tarso, egli afferma che «La consapevolezza che nell’uomo esiste un *tribunale interno* («davanti al quale i suoi pensieri si accusano o si giustificano vicendevolmente») è la coscienza»⁴⁶. La coscienza come “giudice interno” è

bensi piuttosto l’interesse fondamentale per la ricerca morale. [...]La vicinanza di Kant a Rousseau fu profonda, ma non ebbe il carattere dell’adesione ad una teoria, che del resto non avrebbe potuto trovare nei termini che cercava» (S. Bacin, *Il senso dell’etica- Kant e la costruzione di una teoria morale*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 11). L’intero orizzonte della riflessione psicologica e morale di Rousseau, a ben vedere, è contenuto in una breve nota del *Discours sur l’inégalité*, nella quale appare la distinzioni tra due passioni, l’*amour de soi* e l’*amour propre*, che delimiterebbero la storia interiore di ognuno. Il primo è immediato e assoluto e, nello stadio dell’*amour de soi*, la coscienza si considera come unico giudice o spettatore di se stessa, concetto che ritroviamo in parte in Kant. Il secondo è, invece, mediato e, nella sua configurazione, Rousseau recupera dall’etica stoico-epicurea il ruolo della *doxa* (l’opinione degli uomini), che attribuisce alle cose un valore estraneo alla loro “vera utilità naturale”. Mentre l’*amour de soi* è autosufficiente per definizione, l’*amour propre* ha bisogno degli altri al punto da costituire la forma per eccellenza di schiavitù, l’archetipo dell’alienazione come perdita della libertà. Ecco che per Rousseau occorre liberare la coscienza dall’opinione e «recidere filo per filo quel reticolo di relazioni che, come un’enorme ragnatela, avvince l’io al mondo esterno, esasperandone la sensibilità e la debolezza» (B. Carnevali, *Romanticismo e riconoscimento, figure delle coscienza in Rousseau*, il Mulino, Bologna, 2004, p.26. Per un’approfondimento sulle riflessioni morali di Rousseau si rimanda a questo testo).

⁴⁶ I. Kant, *Metafisica dei costumi*, parte II (*Principi metafisici della dottrina della virtù*), libro I (*Dei doveri perfetti verso noi stessi*), §13.

inerente allo stesso essere dell'uomo e lo segue «come la sua ombra quando tenta di sfuggirle». Kant riconduce la coscienza ad una «disposizione originaria, intellettuale e morale insieme», che conduce l'uomo ad agire come per «l'ingiunzione di un'altra persona»: la vicenda, infatti, «si svolge come se fosse la conduzione di una causa giudiziaria davanti al tribunale». Chi è il giudice in questa controversia tutta interna all'uomo? Il giudice non può che essere una persona reale o una persona ideale, che la ragione si costruisce da se stessa⁴⁷. Tale persona ideale deve essere «scrutatore dei cuori» e universalmente obbligante, cioè deve essere o venir concepito come una persona tale che «in rapporto ad essa tutti i doveri siano considerati altrettanto suoi ordini». Tale essere morale, avente potenza su tutti si chiama Dio e quindi occorre concepire la coscienza come «principio soggettivo di una responsabilità che assumiamo davanti a Dio per le nostre azioni». Tuttavia, Kant si affretta a precisare la non obbligatorietà per l'uomo di ammettere come reale e al di fuori di lui un tale Essere supremo, perché esso non gli è dato oggettivamente dalla ragione teoretica, bensì «soggettivamente dalla ragione pratica». Quindi l'uomo acquisterebbe unicamente una mera tendenza a rappresentarsi la scrupolosità di coscienza, che Kant chiama *religio*, come responsabilità davanti ad un Essere santo distinto da noi stessi, ma intimamente presente in noi, e a sottomettere la volontà ad un altro concetto ricorrente e fondamentale: l'idea di *giustizia*.

⁴⁷ Kant, nello stesso passo, precisa che l'uomo come accusatore ed accusato ad un tempo di fronte a questo tribunale deve concepirsi come «soggetto della legislazione morale derivante dal concetto di libertà, dove l'uomo è sottomesso ad una legge data da lui stesso (*homo noumenon*), [...] tutt'altro essere dall'uomo sensibile dotato di ragione» (I. Kant, *op. cit.*, parte II, libro I, §13, nota).

I concetti di coscienza e dell'hegeliana *autocoscienza*, presente anche in Fichte, cioè un principio assoluto che, auto-creandosi, crea con ciò la realtà stessa nella sua totalità, diventano i protagonisti di buona parte della filosofia dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento. L'alternativa tra le due nozioni (coscienza e autocoscienza) diventa l'alternativa tra Spiritualismo e Idealismo, cioè tra chi vede nella coscienza, considerata come finita e propria dell'uomo, l'oggetto d'indagine per trovare la manifestazione, la rivelazione o almeno il segno dell'Infinito nell'uomo, e chi, invece, considera la coscienza infinita perché identica, mediatamente o immediatamente, con l'Infinito. L'intero movimento romantico del «ritorno alla tradizione», ad esempio, fa appello, come suo unico fondamento, alla coscienza, intesa come manifestazione o rivelazione immediata e infallibile della Verità all'uomo. Maine de Biran, Lamennais, Galuppi, Cousin, Martineau, Rosmini e Gioberti assumono tutti la coscienza come punto di partenza e fondamento della loro posizione filosofica, e la concepiscono, anch'essi, come manifestazione o rivelazione immediata all'uomo della verità e della volontà di Dio, riprendendo intuizioni già comparse nel pensiero filosofico precedente. Se Bergson, come successivamente Husserl nella sua fenomenologia, fa della coscienza, come atteggiamento di introspezione e auto-auscultazione interiore, il centro della propria filosofia, sarà Heidegger ad utilizzare e interpretare anche la nozione specifica di coscienza morale (*Gewissen*), come «voce della coscienza», intendendola come rapporto intrinseco dell'Esserci dell'uomo e, precisamente, come rapporto per cui l'uomo è richiamato indietro dall'esistenza anonima e banale del «si dice » e «si fa», al suo proprio e autentico «poter essere», ovvero alla possibilità. La coscienza, in cui Heidegger si sforza di

cogliere la voce dell'essere e con ciò la verità, si trova ad un «confine del sistema che essa guida, un confine [...] verso il non-essere dell'esistente»⁴⁸, cioè verso la sua possibilità costitutiva ultima, l'esserci-per-la- morte⁴⁹.

Possiamo affermare che da Cartesio in poi, la nozione di coscienza è servita per introdurre dubbi, impostare problemi, suscitare opposizioni o ribellioni a credenze o sistemi di credenze istituzionalmente stabiliti. L' «appello alla coscienza» è servito molto spesso a presentare ideali o regole morali non ancora accettate dalla morale corrente e tuttavia destinate a soppiantarla; a sostenere l'insurrezione e la lotta contro l'autorità costituita o, all'opposto, a facilitare la composizione dei conflitti tra le preferenze che vertono sui comportamenti, in nome del principio della tolleranza; a mostrare, nella sua accezione teoretica, il carattere incerto e problematico di molte credenze e costruzioni metafisiche. Che venga intesa come «la voce del gregge in noi», come sostenuto da Nietzsche, o come «frazione» di una realtà psichica prevalentemente inconscia, secondo l'insegnamento di Freud, la coscienza (in inglese *conscience*; in francese *conscience*; in tedesco *Gewissen*), forse costitutivamente disobbediente, fa sentire alta la propria voce quando è la legge positiva ad esigerne un'obbedienza coatta. Occorre, perciò, rivolgere

⁴⁸ N. Luhmann, *La libertà di coscienza e la coscienza*, in *La differenziazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1981, p. 279.

⁴⁹ «A che l'essere viene richiamato? Al suo proprio Se stesso. [...] L'Esserci rapportato a se stesso e agli altri nel quadro della mondanità viene oltrepassato in questo richiamo» e l'esserci che comprende questo richiamo « ubbidisce alla più propria possibilità della sua esistenza. Egli ha scelto se stesso» (*Essere e il tempo*, § 56 e § 58). Per approfondire questo punto specifico si rimanda all'analisi proposta in G. Vattimo, *Introduzione a Heidegger*, Laterza, Roma-Bari, 1991, pp. 45-55.

l'attenzione alle alterne vicende del rapporto tra legge e coscienza, per comprendere, se e in quali circostanze, la coscienza dei soggetti abbia cominciato a rivendicare un proprio spazio di espressione, dapprima nella sfera individuale di ognuno e, progressivamente, sulla scena della "cosa pubblica".

1.2 Il sorgere di un contrasto

Le origini del gesto di disobbedienza o di obiezione per motivi di coscienza alle leggi positive possono essere ricollegate al sorgere e al manifestarsi di un concetto soggettivizzato di *giustizia*, a sua volta connesso all'affermazione dell'esistenza di un diritto meta-positivo.⁵⁰ L'idea di giustizia non si individualizza, ovvero non è l'individuo che ne definisce o decide il contenuto, ma si soggettivizza, ovvero si apre alla possibile conoscenza di ciascuno un contenuto che è già dato. Essa si ancora progressivamente all'esistenza di una normatività meta-positiva, oggettiva e connaturata a tutti gli uomini, alla luce della quale definire i contorni stessi di tale idea.

Mentre in una società moderna, e ancor più in una società contemporanea, la sfera della legge e la sfera della morale (*rectius* delle morali) non sono coincidenti, né concentriche, ma possono sovrapporsi solo parzialmente in una più o meno estesa area comune, in una società tradizionale, come quella della Grecia arcaica, la sfera della legge è coincidente con quella della morale, o comunque totalmente inscrivibile in quest'ultima. Non è

⁵⁰ Cfr. G. Cosi, *Saggio sulla disobbedienza civile, storia e critica del dissenso in democrazia*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 104 e ss.

difficile comprendere come in una siffatta società tradizionale non fosse neppure pensabile il gesto di disobbedienza alla legge, moralmente motivato da ragioni di coscienza, perché ci si sarebbe posti *ipso facto* fuori dalla comunità e alla mercé della collera divina.

Il fenomeno della disobbedienza per motivi di coscienza, relativamente alla nostra cultura giuridica, si manifesta storicamente per la prima volta nella Grecia delle *pòleis*. Il punto d'avvio di quest'analisi dovrà necessariamente consistere in un'operazione di ricognizione intorno ad alcuni concetti, che hanno costituito dapprima un nucleo originario compatto e quasi indistinguibile nei suoi elementi, e che progressivamente sono andati allontanandosi, per entrare talvolta in contrasto. Il punto d'arrivo, invece, è rappresentato dal lento emergere di un concetto giuridico di coscienza nell'ambito degli ordinamenti giuridici statali e della positivizzazione dei *diritti della coscienza*⁵¹.

1.2.1 Gli inizi del dissenso

In principio, giustizia era *Themis*⁵², «che le *agorài* degli uomini scioglie e convoca»⁵³. I *themistes*, dalla radice *tithemi* che significa «porre», erano nel mondo omerico anche le leggi. Esse vanno identificate con massime orali, in qualche misura simili alle massime della giurisprudenza, da citarsi e applicarsi quando necessario.

⁵¹ S. Rodotà, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi (a cura di), *op. cit.*, p. 29.

⁵² In Eschilo *Themis* è considerata una dea simile, o addirittura coincidente, a Gea (*Eumenidi*, 2, vv. 209-210). Per Esiodo è una sorella della Terra (*Teogonia*, 135).

⁵³ Omero, *Odissea*, II, 69.

Themis non solo riunisce e scioglie le *agorài* degli uomini, ma anche quelle degli dei, al punto da essere descritta come la divinità principale in assenza di Zeus.⁵⁴ *Themis* era sorella di *Nemesis*: quest'ultima vendica le violazioni dell'ordine naturale, di cui *Themis* è custode. *Nòmoi*, all'epoca, sono ancora soltanto i costumi, gli usi popolari, le abitudini di un popolo consacrate dalla tradizione, e assimilabili perciò all'*ethos*.⁵⁵ *Dikai*, infine, erano le decisioni, anch'esse a fondamento sacrale, ovvero le procedure con cui si proteggevano e si applicavano le "formule" di *Themis*, atte a conservare o ripristinare i *nòmoi*. Da quanto emerge dal sistema rigidamente teocratico testimoniato dalle fonti arcaiche, *Themis* è sovraordinata a *Dike* nella sequenza gerarchica dell'ordinamento cosmico: *Dike*, quando viene personificata, attiene prevalentemente alla giustizia umana, al contrario di *Themis*.

In una situazione dominata da una simile "mitologia giuridica", il dissenso e l'obiezione non potevano essere ammessi, anzi, non erano nemmeno pensabili⁵⁶. La legislazione, intesa come volontà soprannaturale, come

⁵⁴ Così in *Iliade*, XV, 95.

⁵⁵ Cfr. sul punto E. A. Havelock, *Dike. La nascita della coscienza*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 32.

⁵⁶ In questo senso anche J.P. Cattelain: «Dans la cité antique, la notion de conscience morale individuelle était inconnu en tant que telle, dans la mesure où elle coïncidait avec la conscience civique: l'individu était totalement absorbé dans la cité, et il était impensable qu'il entrât en conflit avec elle pour des raisons de conscience, d'autant que les croyances civiques coïncidaient avec les croyances religieuses. Les lois de la cité étaient celles des dieux ; il n'y avait donc pas lieu pour le simple citoyen d'y opposer une exigence supérieure» (J. P. Cattelain, *L'objection de conscience*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973, p. 4).

decreto di carattere sacrale rivelato agli uomini, tramite i re, dagli dei, non poteva consentire per sua natura defezioni. Non è casuale che il principio maggioritario ai tempi dell'assemblea omerica non fosse conosciuto e che, in assenza di accordo unanime, l'assemblea si sciogliesse senza deliberare⁵⁷: un dio convoca l'*agorà* e vi assiste, perciò il dissenso è incompatibile con la presenza della volontà divina. È significativo che la Chiesa cristiana, per circa undici secoli, non abbia conosciuto quasi altra forma di manifestazione del consenso collettivo che l'unanimità⁵⁸.

Se la figura di *Themis*, nella sua rigida trascendenza, non subisce evoluzioni e si eclissa con l'uscita dall'età arcaica, non altrettanto accade a *Dike*. Essa, che fino al IV secolo incarna per la cultura greca l'idea di diritto, concepito come entità insieme religiosa, politica e sociale, occupa nella mitologia un ruolo subordinato rispetto a *Themis* e *Zeus*, dei quali, insieme alle altre Ore è figlia⁵⁹. Il nome 'Dike' è molto probabilmente legato alla radice *deik*, che significa «mostrare», «indicare»⁶⁰: *Dike* mostra quindi a *Themis*, depositaria dell'ordine cosmico, le azioni degli uomini che con quell'ordine contrastano, ma al tempo stesso si può supporre che la sua funzione sia anche quella di indicare agli uomini l'ordine cosmico cui conformarsi. Può essere vista come una divinità messaggera, tramite tra il trascendente e l'umano, e, in quanto tale e a differenza di *Themis*, potenzialmente umanizzabile. *Dike* si occupa, ancor più specificamente, della *hybris* dell'uomo, ovvero

⁵⁷ Cfr. sul punto E. Ruffini, *La ragione dei più: ricerche sulla storia del principio maggioritario*, il Mulino, Bologna, 1977, p.25.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 44 e ss.

⁵⁹ Cfr. Esiodo, *Teogonia*, 902.

⁶⁰ Così G. Schrenk in G. Kittel, *Grande lessico del Nuovo Testamento*, Paideia, Brescia, 1966, vol. II, p. 1202 e ss.

della colpa di mancanza di senso del limite che pone l'uomo fuori dall'ordine cosmico voluto dalla divinità. Quando Solone, il primo greco che abbia legato il suo nome ad un'opera legislativa, produrrà quelle norme in cui gli Ateniesi vedranno il fondamento della loro democrazia, lo farà nel nome di *Dike*, che guarda silenziosa il passato e il futuro e a suo tempo arriva a far pagare interamente il fio⁶¹, non nel nome di *Themis*, figura scomparsa con l'aristocratica e arcaica società di cui incarnava la concezione giuridica. Tuttavia *Dike* viene calata nel diritto immanente non per umanizzarsi, ma per divinizzarlo, ovvero per renderlo legge indipendente dagli uomini, che sempre trionfa perchè divina.

Collegato a *Dike* è il concetto di *aidòs*, che si ritrova già in Omero ed Esiodo e che risulta di difficile traduzione: richiama l'idea che l'esistenza dell'uomo è vincolata ad una trama di rapporti superindividuali e ad un'autorità in ultima analisi divina; *aidòs* è l'osservanza di questi vincoli e di questa autorità e si pone, quindi, come termine antitetico rispetto a *hybris*. Nel *Protagora* di Platone, Zeus, preoccupato per le sorti degli uomini che si aggredivano reciprocamente con le *technai* date loro da Prometeo, incarica Ermes di portare a *tutti* gli uomini *aidòs e dike*, affinché servissero da ordinamento della *pòlis* e da vincoli che favorissero l'amicizia. Nel mito i due concetti vengono sempre riportati in forma endiadica: se *dike* scendendo sulla terra, seppur in forma divinizzata, ha portato con sé i germi della democrazia, così *aidòs* porta con sé quelli del dissenso⁶². Proprio la loro presentazione

⁶¹ Cfr. G. Cossi, *op. cit.*, p. 109, il quale rimanda a Solone, *Eunomia*, 14-16.

⁶² Sul punto cfr. F. D'Agostino, *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 31 e ss.

in forma endiadica permetterebbe una lettura che può andare oltre il fine immediato della preservazione dell'integrità della *polis*, intesa come “ grande persona”: nella misura in cui *aidòs e dike* pongono non solo dei limiti all'«io», ma anche agli «altri» (a *tutti* gli altri) nei confronti dell'«io», essi mettono potenzialmente un freno alle tendenze invasive della società chiusa nei confronti dei propri membri e, soprattutto, gettano le basi per la pensabilità dell'individuo come esistente indipendentemente dalla società politica in cui vive. In altre parole, i doni di Zeus sembrano rivelarsi un'arma a doppio taglio: nel momento in cui *aidòs e dike* vengono dati dagli uomini, sorge anche la possibilità del rispetto individuale, il quale potrà cercare sostanza e fondamento nelle norme di *Dike*, in una Giustizia anche non necessariamente coincidente con la *dike* della *pòlis*.

Se *aidòs* vale tra gli uomini, *eusébeia* (e il suo contrario *Asébeia*) indica prevalentemente il giusto comportamento degli uomini nei confronti della divinità. Essa può essere tradotta, in prima approssimazione, con «pietà», significato che *eusébeia* verrà ad assumere nel contesto cristiano delle origini. La radice *seb* significa «arretrare» davanti a qualcosa o a qualcuno, spesso per rispetto o per timore; *eu-sébeia* potrebbe quindi essere descritto come l'atteggiamento di colui che ha un “buon timore” di fronte alla potenza divina. Nella misura in cui la *pòlis* aveva consistenza e forza, l' *asébeia*, la mancata adorazione degli dei, significava la trasgressione dell'ordine della *pòlis* stessa. Quindi, la partecipazione al culto dello stato era *eusébeia*, il rifiuto *asébeia*; dove con «culto statale» si deve però intendere non solo il culto degli dei della *pòlis*, ma di fatto il culto della *pòlis* stessa,

tanto che «Dio, città e cittadini divennero una manifestazione compatta dell'io»⁶³.

L'ultimo concetto centrale su cui concentrare preliminarmente l'attenzione è quello di *nòmos*. Collegato etimologicamente a *némo*, «assegnare», il suo significato, specie nel periodo antico, ricomprende anche ogni tipo di norma esistente o vigente, ordine, costume, usanza, consuetudine: indica, sinteticamente, tutto ciò che è in vigore o in uso nel gruppo sociale. Anche questo concetto è di origine religiosa e ha importanza in riferimento al culto. Il nesso di *nòmos* con la venerazione degli dei si trova espresso chiaramente nella locuzione *nomizein theòs*⁶⁴, che significa venerare gli dei, seguendo il culto in uso nella *pòlis*, prendendo parte alle cerimonie religiose statali. Col passare del tempo, e col progressivo accrescersi della dimensione politica nel contesto culturale e sociale greco, *nòmos* comincia ad essere sempre più riferito al campo giuridico-statale: la norma di origine giudiziaria, l'usanza giuridica diventano *nòmos* vincolante coscientemente stabilito, ovvero *legge*, pur in assenza di una rigida divisione tra legge (politica) umana e legge (assoluta) divina⁶⁵. Con il V secolo il *nòmos* viene fissato (positivizzato) nei singoli *nòmoi* e si sviluppa il suo significato particolare di *legge scritta* dell'ordine giuridico della *pòlis*⁶⁶. Il *nòmos* diventa in questo modo una misura

⁶³ L. Mumford, *La città nella storia*, Bompiani, Milano, 1977, vol. I, p. 194-195.

⁶⁴ Cfr, ad esempio, Aristofane, *Le nubi*, 329, 423.

⁶⁵ *Nòmos* è infatti esteso fino a diventare legge del cosmo (cfr. Platone, *Leggi*, 4, 716 a), legge di natura (Platone, *Gorgia*, 483 e) o legge morale (Epitteto, *Dissertationes*, I, 26, 1).

⁶⁶ Senofonte ne dà la definizione secondo il diritto pubblico: «sono leggi quelle scritte dal popolo riunito e da esso approvate» (Senofonte, *Memorabilia Socratis*, 1, 2, 42 e ss).

coattiva, un comando dello stato, la cui trasgressione viene punita. Sarà quest'accezione di *nòmos*, inteso essenzialmente come mutevole disposizione umana, che i Sofisti contrapporranno alla *physis*, istituendo la dirompente separazione tra giusto 'per natura' (*physei*) e giusto 'per legge' (*nòmo*). Inoltre, sotto il concetto di *nòmos* cadono in particolare il culto dei morti e la loro sepoltura, ovvero i *nòmina* dei defunti, uno dei principali oggetti dell' *eusébeia*.

Se per il *nòmos* era inizialmente essenziale avere un autore (gli dei, un legislatore, un individuo capace di una conoscenza speciale), quando i *nòmoi* cominciano ad essere stabiliti da un mutuo accordo e da votazione di uomini, comincerà la loro decadenza. La vicenda dell'Antigone, da alcuni indubitabilmente vista come la prima manifestazione dell'obiezione di coscienza⁶⁷, si colloca proprio in un clima sociale e culturale, caratterizzato da questo processo di "progressiva degenerazione"⁶⁸ del *nòmos*.

L'Antigone di Sofocle costituisce il "luogo" in cui si manifesta, per la prima volta, l'esplicito conflitto tra

⁶⁷ In questi termini Turchi: «Comunque sia, a me pare indubitabile che il mito greco di Antigone possa essere letto come già espressivo, di per sé, del fenomeno obiettorio» (V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 5). Dello stesso avviso R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 1967, p. 137 e F. D'Agostino, *Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e postmoderno*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, (1989/2), p. 4. Non è mancato chi si è spinto ad identificare Antigone come prototipo del fenomeno obiettorio (cfr. C. Langlade-Demoyen, *L'objection de conscience dans les idées et les institutions*, Librairie Generale, Paris, 1958, pp. 28 e ss).

⁶⁸ G. Così, *op. cit.*, p. 118.

elementi che originariamente costituivano un nucleo dal significato univoco ed uniforme per la cultura greca: il contrasto si produce, in particolare, tra le diverse concezioni di *nòmos* e le diverse concezioni dell'*eusébeia*⁶⁹. Perché la vicenda venga correttamente interpretata, senza ricadere nel suggestivo, ma fuorviante tentativo di intravedervi improprie corrispondenze con fenomeni neppure configurabili nel contesto socio-culturale in cui si svolge (come la corrispondenza con il fenomeno obiettorio) occorre muovere cautamente dal rapporto tra il cittadino greco e la *pòlis*. Nel corso del VI secolo, si comincia ad attuare una modificazione del senso arcaico del *nòmos*, inteso come ancorato ad una presunta realtà divina: esso non viene ancora separato dalla divinità, ma ciò che prima era Zeus, ora diviene “principio divino”. In questo quadro la legge umana è soltanto un caso speciale della legge del cosmo e l'uomo non è in grado di esistere senza il *nòmos* della sua *pòlis* (*nòmos pòleos*) e ancora meno senza il *nòmos* del cosmo: vero cittadino e uomo libero è soltanto colui che partecipa alla vita della *pòlis*, con la conseguenza che per un uomo simile non esiste alcuna distinzione tra sfera privata e sfera pubblica della sua vita. Il cittadino greco percepisce quindi la *pòlis* come una “grande persona”, come organismo di cui egli è parte integrante. Il fatto stesso che l'esilio venisse considerato come punizione pari, se non superiore, alla pena capitale, sta a dimostrare la stretta dipendenza tra l'individuo e la città. L'esiliato perdeva, infatti, insieme alla cittadinanza, la sua stessa *personalità*, decretando la morte civile, politica e religiosa del cittadino greco, che era tutto nella *pòlis*, aveva tutto dalla *pòlis*, non era nulla senza la *pòlis*.

⁶⁹ *Ibidem*.

Nella tragedia di Sofocle, Creonte, decretando il divieto di seppellire il cadavere di Polinice, reo di aver violato, col tradimento e con l'aggressione armata a Tebe, le regole di *aidòs* e *Dike*, applica al fratello di Antigone la più terribile delle pene che un greco potesse concepire. La religione greca, come la maggior parte delle religioni dell'antichità, attribuiva enorme importanza alla sepoltura dei defunti, tanto che, come accennato sopra, il *nòmos* tutelava il culto dei morti e i *nòmina* dei defunti costituivano uno dei principali oggetti dell'*eusébeia*. Prive di sepoltura, le anime non potevano trovare pace, condannate ad errare in eterno, senza mai giungere alle loro dimore nell'Ade. Proprio contro questo editto si scaglia Antigone, in nome di un *nòmos* e di un' *eusèbeia* che non riesce a vedere più incarnati nella figura del sovrano. Infatti, se Creonte appare come difensore dei *nòmoi* della *pòlis* (non può consentire che venga sepolto onorevolmente chi li ha offesi con il tradimento), il suo editto, per il semplice fatto di essere stato emesso, lo rende colpevole di *hybris*, in quanto *asebés*: il sovrano non può decretare in contrasto con i *nomina* dei defunti posti dalla divinità, pena la sua degenerazione in tiranno e la sua perdita dei connotati sacrali.

In questo modo, si crea inevitabilmente un conflitto tra due diverse concezioni dell' *eusébeia*. Da una parte Antigone incarna l'ideale di una giustizia che s'identifica con una pietà fondata su un ordine eterno, immutabile e sacro, che l'uomo deve contemplare, visto che non gli è permesso comprenderlo; dall'altra, Creonte rappresenta un nuovo tipo di "pietà", che tende a manifestarsi attraverso un atto di valutazione morale e di giustizia giuridico-politica (della condotta di Polinice). Il confronto si attua anche tra due differenti concezioni del *nòmos*, che il genio tragico di Sofocle risolve mostrando il trionfo di entrambi,

e la conseguente rovina sia di Antigone che di Creonte. Alla legge scritta della *pòlis* si contrappone una legge divina non scritta: gli *àgrapta kasphalê theôn nòmina*, «le norme non scritte, e tuttavia ben sicure, degli dèi»⁷⁰. Le leggi non scritte degli dei, però, non possono essere intese come quelle leggi che gli stessi dei hanno decretato: la legge di Antigone è «degli dei» perché gli dei per primi vi obbediscono. Sofocle si riferisce alla Dike eterna e increata che sta nell'impenetrabile, nelle tenebre dell'Ade. Essa non viene toccata dalla luce flebile dell'intelligenza dell'uomo, ma neppure dal fulmine di Zeus.⁷¹ Ed è proprio nei confronti di questa Dike che sia Creonte che Antigone hanno urtato: il primo violando gli *àgrapta nòmina* degli dei; la seconda il *nòmos* della città. Antigone, tuttavia, non rivendica un nuovo diritto, né un nuovo ordine politico: essa esprime un'alterità radicale rispetto a tutte queste dimensioni del logos, uccidendo «il potere delle norme vigenti»⁷². Creonte, invece, rappresenta l'impotenza del potere politico di fronte a chi obbedisce ad una Legge originariamente slegata da ogni interesse pratico-politico. Quanto Antigone non è messaggera di un nuovo diritto⁷³, così Creonte non incarna semplicemente la legge, come mero artificio umano. Egli, piuttosto, sostiene che la salvezza si trova unicamente nella *pòlis* saldamente organizzata: essa è contemporaneamente manifestazione e

⁷⁰ Sofocle, *Antigone*, 452-454.

⁷¹ Così M. Cacciari, *La parola che uccide*, in Sofocle, *Antigone*, Einaudi, Torino, 2007, p. XI. Cfr. anche I. Berlin, *Libertà*, a cura di H. Hardy, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 304.

⁷² *Ibidem*, p. IX.

⁷³ Non va quindi sottoscritta la posizione di Fassò, secondo il quale quella di Antigone sarebbe stata una «disobbedienza legittima perché fondata sul diritto: il diritto più vero e più valido, quello naturale» (G. Fassò, *Il diritto naturale*, ERI, Torino, 1972, p. 11).

dono divino, fino a divenire essa stessa dio. In questo modo Creonte si macchia di peccato, risolvendo il divino nell'ordine politico, e pecca ancor più di *hybris* nel ritenere che la città possa essere salva in forza delle sue stesse leggi, del suo stesso ordine. Se lo Zeus di Creonte riduce il divino all' *arché* politica, così quello di Antigone abbandona per sempre i templi della città. Nella lotta tra i due principi sembra consumarsi l'immagine tragica dell'assenza del divino nello spazio della città, che sgomenta il Coro⁷⁴ e conduce alla *gnòme* (sentenza o massima) finale della tragedia, presagio di Sofocle dell'imminente e definitiva rottura dell'equilibrio su cui reggeva il nucleo unitario di giustizia religiosa, morale e politica.

Può risultare piuttosto forzato, se non addirittura improprio, parlare di "obiezione di coscienza", intesa modernamente come contrasto tra legge positiva e coscienza del singolo, nel caso di Antigone. Quella di Antigone è sì configurabile come "obiezione", ma nella misura in cui essa costituisce un "fatto puro e semplice"⁷⁵, che non ha forma di testimonianza, né presenta contenuti coscienziali che si contrappongano alle leggi positive della *pòlis*: Antigone avrebbe, in ogni caso, adempiuto al suo femminile ed affettuoso compito di seppellire il cadavere di Polinice, perché parte di quel complesso di doveri civili, che nel mondo romano si indicherà con il concetto di *Pietas*. Nel contesto socio-culturale di riferimento, quindi, come esisteva una connessione necessaria tra le leggi delle Città-Stato e la divinità, così non era minimamente concepibile una moralità personale distinta da quella della *pòlis* cui si apparteneva. Semmai, nel personaggio di

⁷⁴ M. Cacciari, *op. cit.*, p. XIII.

⁷⁵ G. Così, *op. cit.*, p. 123.

Antigone è forse possibile vedere una tensione di più alta portata, perché in essa si intravede, in potenza, quella rottura del monopolio politico-culturale della *pòlis* che verrà realizzato dallo stoicismo, e poi dal cristianesimo. All'armonia filosofica e politica in materia di giustizia, si sostituisce con Antigone un'esigenza soggettiva e insoddisfatta: all'obbedienza alle leggi e agli dei, si comincia ad affiancare la rivendicazione nel loro nome.

E' a partire dall'Antigone e dal contrasto tra differenti concezioni del *nòmos*, in essa contenuto, che comincia ad aumentare l'importanza delle "leggi non scritte". Esse vengono concepite in vari modi: come *éthos*, ovvero come costume risalente all'antica tradizione di una determinata *pòlis*, ma, soprattutto, come *legge naturale*, valida per tutti gli uomini. Nel V secolo sono i Sofisti a negare definitivamente, anche a livello teoretico, il senso unitario della legge. L'uomo per la Sofistica, che non si configura come scuola filosofica, ma come indirizzo filosofico, viene a trovarsi solo di fronte alla *physis*. Si apre in questo modo una spaccatura tra ciò che è giusto per natura (*physei*) e ciò che è giusto secondo la legge (*nòmo*)⁷⁶, perché le norme legali si considerano sorte per convenzione, e in quanto tali frutto dell'arbitrio umano. La natura ha, invece, una legge sua propria, sovraordinata rispetto alla legge positiva umana, anche in senso etico-politico: il *nòmos tês physeos*⁷⁷. Il *nòmos* rimane quindi legato ad una realtà superiore, non più divina, bensì ricondotta alla natura (*physis*). Con tale separazione tra giusto *per natura* e giusto *per legge* diviene, di fatto, pensabile l'idea di *diritto naturale*, con il quale sorge a livello teoretico la separazione tra sfera legale e sfera etica e la conseguente

⁷⁶ Cfr. Platone, *Gorgia*, 483 a e ss; e *Leggi*, 10, 889 e.

⁷⁷ Così Callicle nel *Gorgia*, 483 e.

configurabilità e pensabilità di conflitti tra legalità e moralità.

Il concetto sofista di natura è spogliato dal divino e ancor più dalla religione, parte integrante dell'antico *nòmos* statale. Quindi la crisi del *nòmos* nasce e culmina nel ripudio della concezione deistica del mondo. Platone si oppone radicalmente allo smantellamento sofistico del *nòmos*: esso, in quanto prodotto del *noûs*, è imparentato con l'anima e perciò, al pari di questa, esiste per natura⁷⁸. Anche Socrate, in contrasto con i Sofisti, considera il *nòmos* contenuto fondamentale della *pòlis*. Esso è la norma della sua vita, al punto che egli non solo si astiene dall'agire contro le leggi, ma giunge a morire perché sono le leggi stesse a comandarlo, anche quando mal applicate dagli uomini. Sarà Platone ad esprimere questo atteggiamento fideistico nei confronti delle leggi da parte di Socrate con il *Critone*, nel quale, in una sorta di epifania, compagno a Socrate, in carcere in attesa dell'esecuzione della condanna capitale, i venerandi *Nòmoi* di Atene. Ne nasce un dialogo centrato sul diritto dell'individuo di violare la legge, nel quale i *nòmoi* dimostrano che sarebbe in definitiva *asébeia* tentare la fuga proposta da Critone.

Alcuni elementi del *Critone* risultano di notevole importanza nella polemica tra Platone e i Sofisti, che avevano distrutto il presupposto della morale corrente. Platone opera nel *Critone* due stravolgimenti rispetto alla dottrina sofista, sotto il profilo etico e giuridico: al principio che far ingiustizia non è lecito, ma è lecito rendere ingiustizia⁷⁹, Platone contrappone il più alto

⁷⁸ Cfr. Platone, *Espistole*, 8, 354 e.

⁷⁹ Nella *pòlis* greca esisteva il concetto di *giustizia ritorsiva* (l'*antadikeîn* di Platone). Essa esorbitava dai limiti del lecito e si

principio che non è lecito, in nessun caso, fare o rendere ingiustizia; alla tesi che riduce la Legge a contratto e convenzione tra individui (principio su cui si basano i Sofisti nell'irridere alla legge, contrapponendo il giusto *per natura* al giusto *per legge*) Platone oppone lo spostamento dei termini del contratto⁸⁰. La Legge non è più frutto di contratto o di convenzione, ma diviene essa stessa contraente: soggetti del rapporto giuridico non sono soltanto individui, ma le leggi stesse, da un lato, e i cittadini, dall'altro.⁸¹ Dall'atteggiamento di Socrate verso le leggi dello stato, soprattutto, si evince esemplarmente il significato del *nòmos* per l'etica greca: Socrate non distingue tra la sua coscienza e la morale dello stato e in questo conferma un atteggiamento culturale tipico della grecoità classica, che passa in secondo piano (o ignora del tutto) l'esistenza di una coscienza morale personale, per evidenziare la conoscenza oggettiva del giusto e dell'ingiusto, la quale trova forma nella legge⁸².

configurava nella legge greca come un illecito non punibile. Nel diritto attico, infatti, alla nostra *legittima difesa* corrispondeva l'istituto della *consentita reazione*, cioè della reazione non punita dalla legge: «chi apre la via dell'ingiustizia è responsabile della concatenata serie d'ingiustizie a cui quella prima ingiustizia ha dato luogo, e deve essere perciò doppiamente colpito dalla legge, la quale gli imputa l'infrazione prima dell'ordine giuridico e si rifiuta di tutelare nei suoi riguardi il diritto che il provocato eventualmente violi per ritorsione» (U. E. Paoli, *Problemi di diritto pubblico nel «Critone» platonico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 4-5/1932, p. 613-614).

⁸⁰ Cfr. sul punto anche H. Arendt, *La disobbedienza civile*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 39-40.

⁸¹ Così G. Reale, *Introduzione*, in Platone, *Critone*, La Scuola, Brescia, 1970, XLII.

⁸² Per dirla con le parole di Aristotele, «giusto sarà colui che osserva la legge ed è equo. Giusto è infatti ciò che è legittimo ed

Intanto, sempre in Platone, *giustizia* non è più soltanto *dike*, ma anche *dikaiosyne*, ovvero una virtù⁸³. La giustizia comincia, cioè, ad abbandonare l'esterno del principio di armonia, per trovare il proprio posto nel foro interno dell'anima: la coscienza, il mondo "giusto", cui l'uomo deve uniformarsi per non commettere *hybris* o *asébeia*, cede il passo all'individuo giusto perché virtuoso. Accanto a queste trasformazioni, come visto in precedenza, compare l'idea sofista dell'esistenza di un diritto di natura, contrapposto al diritto positivo degli uomini. Sarà con lo Stoicismo che la dottrina del diritto naturale avrà la sua prima formulazione organica: la concezione panteistica della razionalità immanente all'Essere, l'identificazione del vivere secondo natura con l'obbedienza alla retta ragione, principio metafisico ed etico dell'universo, danno la possibilità agli Stoici di stabilire un saldo e unitario fondamento all'idea più volte conosciuta nel pensiero greco di un *giusto per natura*. È attraverso lo Stoicismo che i concetti di diritto naturale e di giustizia passano al mondo romano e attendono l'impatto dell' *evangelium* cristiano.

1.2.2 Verità, giustizia, libero esame

La scuola stoica nasce con Zenone da radici ciniche, presenti ancora in Crisippo. Nel corso di ben cinque secoli, lo Stoicismo diviene filosofia ufficiale della cultura

equo, ingiusto ciò che è illegittimo ed iniquo» (Aristotele, *Etica Nicomachea*, 5,1)

⁸³ A questa accezione si fa chiaramente riferimento nel dialogo platonico tra Socrate e Trisimaco ne *La Repubblica*: sul punto cfr. S. Maffettone, S. Veca (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 5-38.

romana repubblicana e imperiale, da Cicerone a Seneca, fino a Marco Aurelio. Non desta stupore il fatto che nel corso di un così vasto volgere di tempo, grazie al contatto con situazioni sociali ed ideologiche tanto diverse, esso abbia notevolmente smorzato la radicalità degli originali spunti cinici di protesta contro le istituzioni pubbliche: nelle fonti romane intorno al problema della validità della legge e dei fondamenti del potere, si incontra uno stoicismo più conciliante di quello delle origini. Qual è, dunque, l'idea di *legge* elaborata dalla Stoa, ultima evoluzione del *nòmos* greco, che si doveva trapiantare nel mondo romano-cristiano? Il *nòmos* degli Stoici è cosmico-universale, e non più quello *politikòs* di epoca classica, che testimoniava la simbiosi tra stato e cittadino. Nemmeno le leggi dello stato vengono più designate con l'espressione *nòmos* e spesso vengono considerate alla stregua di opinioni fallaci. Gli individui sono divenuti *polìtes* del *kòsmos*, nel quale esiste l'unica vera legge: la legge naturale divina (*theōs nòmos*), che viene a coincidere con la legge morale della filosofia.

Il *nòmos* ha quindi assunto dimensioni cosmiche, ma allo stesso tempo ha subito un processo di interiorizzazione: diventa una presenza sottile e pervasiva, che fa sentire distintamente la sua voce soltanto nel foro interiore dell'individuo che si dimostri in grado di ascoltarla. La "vera" legge (legge divina del cosmo) la si incontra inscritta all'interno dell'uomo, nell'anima. Come l'idea di giustizia si era evoluta da principio ordinatore del cosmo a virtù personale e principio regolatore delle esperienze di rapporto, così il concetto di *nòmos* risultante dallo Stoicismo può essere pienamente ricettivo della fonte divina della legge rivelata dal messaggio cristiano. Ed è proprio nel mondo romano-cristiano che, alla luce di queste nuove concezioni di legge e di giustizia, si pone il

problema del dissenso. Il cristianesimo, infatti, irrompendo sulla scena dell'impero, spezza definitivamente i residui culturali della città antica: il messaggio salvifico di cui si fa portatore è rivolto a *tutti* gli uomini e la nuova religione non costituisce più un dovere pubblico, ma si configura come una precisa obbligazione personale. Sotto il profilo più strettamente politico e giuridico, poi, il suo messaggio insegna che l'uomo non si esaurisce per intero nell'ordine statale, perché al di sopra dell'ordine terreno ne esiste uno divino. Una simile concezione non può che aprire la possibilità del contrasto tra istituzioni umane e coscienza individuale, di fatto negando il totale assoggettamento dell'individuo al potere politico.

I primi cristiani adottarono nei confronti delle leggi positive umane un atteggiamento non dissimile a quello tenuto verso la legge dell'Antico Testamento: rispetto di principio per le norme che regolano il vivere civile, sia perché le *potestates*, come affermava Paolo, non derivano *nisi a Deo*, sia perché il vero Regno non è di questo mondo e non vale quindi la pena di trascorrere il proprio passaggio terreno in un eccessivo coinvolgimento con le troppe umane cose della politica; consapevolezza, fino a giungere alla trasgressione, che *obedire oportet Deo magis quam hominibus*, e che Cesare non potrà mai avanzare legittimamente pretese sui diritti di Dio. Il cristiano è dunque rispettoso delle leggi della città dell'uomo, finché queste non entrino in contrasto con i suoi doveri verso la città celeste di Dio. Il contrasto esplode drammaticamente con i primi editti imperiali che, come quello neroniano «*Non licet esse Christianos*», violano la libertà di culto e danno inizio alle persecuzioni. Una certa parte della dottrina giunge a considerare il (proto)martirio cristiano come la testimonianza per eccellenza dell'obiezione di coscienza, nella sua manifestazione più alta, perché giunge

al sacrificio pieno e totale di sé⁸⁴. Considerazioni di questo tipo possono dirsi condivisibili o non condivisibili solo sulla base di un chiaro inquadramento teorico dell'obiezione di coscienza, altrimenti si incorre nell'allettante rischio di ricondurre fattispecie concrete, appartenenti a periodi storici molto eterogenei, a precisi istituti giuridici, più per una forma di assonanza ideologica del mero fatto alla *ratio* di un determinato istituto (come il caso dell'obiezione di coscienza), che per la concreta presenza di elementi sussumibili nella fattispecie astratta. Così, rimandando al proseguo del presente lavoro tale operazione chiarificatrice, ci si può limitare ad osservare che, se da un lato comincia a verificarsi il fenomeno del martirio, dall'altro si comincia a riflettere sulla critica all'autorità delle leggi. E' il caso di soffermarsi brevemente su quanto sostenuto, a tale proposito, da Tertulliano e Lattanzio. Seppur le loro riflessioni non si pongano su un piano giuridico o sociale, ma siano da collocare nell'ambito di una riflessione religiosa dal fondamento esclusivamente teologico, in esse ritroviamo il richiamo a due concetti che sono stati spesso ripresi in materia di coscienza individuale e di obiezione di coscienza nella riflessione contemporanea: il concetto di verità e, ancora una volta, il concetto di giustizia⁸⁵.

⁸⁴ Così V. Turchi, *op. cit.*, pp. 20-21: «il martire è – ontologicamente, esistenzialmente ed etimologicamente- il *testimone* (della verità) del diritto contro la legge ingiusta. Per ciò egli rappresenta l'obiezione di coscienza per eccellenza, nella manifestazione più elevata, che giunge fino al sacrificio di sé».

⁸⁵ Così B. Montanari: «L'obiezione si manifesta in definitiva, come il simbolo di una umanità matapolitica, che si ritrova unita nell'amore: è il segno di una radicale *giustizia* che riporterebbe i soggetti alla *verità*, alla pienezza della loro esistenza» (B.

Tertulliano sostiene che non è sufficiente né ammissibile che la legge trovi solo in sé stessa i propri fondamenti di giustizia: occorre che nella coscienza dei destinatari dei suoi comandi, la legge acquisti universalità ed autorità⁸⁶. Quest'affermazione, che costituisce un evidente richiamo all'idea stoica di legge naturale interiorizzata, permette anche a Tertulliano di schierarsi apertamente contro ogni dogmatismo giuridico che rifiuti di rendere conto dei motivi su cui si fonda la legge. Ma è soprattutto la *verità* il contenuto di valore che caratterizza ogni legge in cui l'autorità non opprime la giustizia. Quando la legge si rende sorda alla verità, allora scade in un dogmatismo che porta con sé due gravi conseguenze: la prima è che al cittadino non resta più alcun spazio di discussione, dopo che le leggi sono state promulgate; e poiché al cittadino non resta possibilità di discussione, la necessità di obbedire viene posta sopra la verità. La verità, per parte sua, invece, chiede soltanto di non venire condannata prima di essere conosciuta e le leggi subiranno una diminuzione se la *veritas* sarà condannata *inaudita*. Questo principio di adeguamento della legge alla verità conduce Tertulliano a chiarire i motivi della fallibilità delle leggi umane: la possibilità dell'errore è insita nella generale capacità umana di errare contrapposta all'infalibilità divina. Come occorre comportarsi, quindi, quando la legge umana è fallibile? Anticipando in parte quanto affermerà Tommaso d'Aquino, Tertulliano afferma che la vera *dignitas legum* non dipende né dalla durata della vigenza della legge, né dall'autorevolezza dei fondatori. Essa dipende esclusivamente dall'*aequitas*,

Montanari, *Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 39).

⁸⁶ Tertulliano, *Apologetico*, IV, 10-13.

sinonimo di *justitia*. Da questo discende che le leggi inique (cioè non conformi alla *aequitas*) vanno condannate.

Se Tertulliano imposta la sua critica all'autorità delle leggi sui concetti di verità ed equità⁸⁷, Lattanzio insiste, invece, sul principio di *giustizia*, come fondamento del diritto, che distinguerebbe la concezione cristiana dalla concezione pagana della legge. Non basta, per Lattanzio, il richiamo formale alla legge, perché essa sia giusta. A tal fine occorre che vengano rispettati due principi: il rispetto della dignità della persona e il rispetto dell'uguaglianza delle persone. Per questo Lattanzio attacca duramente gli spettacoli circensi, la pena di morte, giungendo fino a toccare tipici ambiti d'applicazione del moderno istituto dell'istituto dell'obiezione di coscienza: le pratiche abortive e gli obblighi militari a cui i cittadini sono tenuti⁸⁸. Al concetto romano di giustizia come *unicuique*

⁸⁷Un terzo concetto centrale e di forte modernità in Tertulliano è quello di *tolleranza*: «Il suo principio di tolleranza» afferma Così «si basa sulla rivendicazione della libertà di coscienza: essendo i valori religiosi dei valori interiori, non possono subire dall'esterno coazione o violenza, perché hanno per loro stessa natura il carattere della spontaneità e della libertà. Al magistrato romano che tenta, anche con la forza, di costringere il cristiano al culto degli dei imperiali, Tertulliano fa notare come il suo comportamento svilisca quella stessa religione che vorrebbe 'difendere' in quanto nega la libertà dell'ossequio, presupposto della vera religiosità» (G. Così, *op. cit.*, p. 145) Questo non deve indurre a vedere in Tertulliano un precursore della libertà di culto: egli afferma in questo modo l'esistenza di una "vera religione". Tuttavia, gli spunti da lui forniti sul tema della tolleranza, nel cui orizzonte si collocano le moderne teorie politiche sulla coscienza vanno tenute in considerazione.

⁸⁸ Con il Sinodo di Arles del 314, la Chiesa si pronuncia ufficialmente per il rifiuto al servizio militare. Basta ricordare S. Martino, che verso il 350 si rifiuterà di portare ancora le armi, definendosi "soldato di Cristo". Solo un secolo dopo il Sinodo di

suum tribuere, Lattanzio sostituisce un concetto cristiano di giustizia dalla duplice forma: quella di *pietas* verso Dio e quella di *humanitas* verso gli uomini. Dato il fondamento religioso della giustizia, il nesso tra religione e diritto si fa molto stretto, perché le relazioni tra gli uomini vengono ricondotte al loro rapporto con Dio. Dalla *pietas* discende l'*humanitas* e solo la *pietas* fa accedere all'unica vera giustizia (quella divina e assoluta) che può davvero permettere di distinguere giusto dall'ingiusto. E solo dalla *pietas* può discendere l'*humanitas*, che è una forma di *aequitas*, di uguaglianza di tutti gli uomini davanti al Creatore.

Il fondamento teologico della dottrina della giustizia di Lattanzio lo porta ad ipotizzare un'età del cristianesimo positivizzato, nella quale la religione non sarà solo un culto, ma un modo di vivere consistente nell'attuazione pratica e permanente della giustizia⁸⁹. Conseguenza diretta dell'applicazione integrale della legge divina, che obbliga a fare sempre il bene e mai il male, sarebbe l'eliminazione della necessità di ricorrere all'uso della forza legittima, dal quale deriverebbe una sorta di "ascetismo politico", in cui potrebbe giungere a dissolversi l'intera vita statale.

La recezione quasi acritica dell'idea di diritto naturale, mutuata dalla precedente dottrina stoica, da parte dei primi Padri della Chiesa poneva un problema di non poco conto: nel momento in cui si ritiene che gli uomini possiedono già *per natura* un criterio che consente loro di distinguere il

Arles, Teodosio II, con un decreto del 416, prevede l'esenzione dall'esercito per i cittadini cristiani. Dopo il 416 la Chiesa tenterà di conservare per i suoi chierici tale privilegio (Cfr. sul punto J. P. Cattelain, *op. cit.*, p. 13 e ss).

⁸⁹ «Ad regendos homines non opus esset tam multis et tam variis legibus, cum ad perfectam innocentiam Dei lex una sufficeret» (Lattanzio, *Divinae Institutiones*, V, 14).

bene dal male, si rischia di far apparire superflua la redenzione e inutile la grazia, vanificando così due punti fondamentali del Cristianesimo. Origene, massimo esponente della patristica greca, parlava nei suoi scritti di una «legge della natura, cioè di Dio»⁹⁰, presente nella mente di tutti gli uomini, la quale è anche «forza della ragione»⁹¹. Egli esorta ad osservare solo questa legge, anziché quelle poste dalla volontà dei legislatori umani. La reazione di Agostino a questa tendenza sarà evidente nel suo passaggio da un'originaria posizione giusnaturalistica ad un atteggiamento maggiormente volontaristico, in conseguenza, soprattutto, della polemica nei confronti delle dottrine pelagiane, condannate come eretiche nel Concilio di Efeso del 431. Anche la sua critica dell'autorità statale che operi in assenza di giustizia (il suo «*remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?*»⁹²) dev'essere interpretata alla luce dell'idea agostiniana di "giustizia": condizione di perfezione religiosa che si risolve nell'obbedienza alla *volontà divina*⁹³. In ogni caso, il cristianesimo aveva recepito nella propria struttura, attraverso la dottrina stoica del diritto naturale, un elemento razionalistico e quindi potenzialmente laico, che avrebbe portato la morale cristiana a giuridicizzarsi e ad abbandonare in gran parte le proprie origini mistiche e volontaristiche. Proprio grazie al cristianesimo, il razionalismo e il giusnaturalismo stoici riusciranno a giungere, attraverso il medioevo, fino alla morale e al diritto moderni. Il cristianesimo, quindi, non

⁹⁰ Origene, *Contra Celsum*, V, 37.

⁹¹ Origene, *Commentarium in Epistolam ad Romanos*, III, 6.

⁹² Agostino, *De civitate dei*, IV, 4.

⁹³ *Ibidem*, II, 21 : «La vera giustizia non si trova che in quello stato di cui è fondatore e reggitore il Cristo».

solo porta con sé l'idea che l'individuo non si esaurisce nello stato, ma, attraverso il richiamo al diritto naturale divino, fissa anche la non riducibilità integrale dell'individuo alla comunità politica in cui vive. Si è spesso osservato che le dichiarazioni illuministiche dei diritti dell'uomo non sarebbero potute nascere se non da una situazione culturale diffusamente segnata, sia pure in forme marcatamente secolarizzate, dalla presenza del messaggio cristiano: non è di difficile individuazione, al loro interno, una matrice cristiana ed una giusnaturalistica, nella versione razionalistica. Ben prima di tali dichiarazioni, però, l'idea che l'individuo non si esaurisca nello stato aveva portato a riflettere sui limiti dell'obbedienza dovuta all'autorità secolare, sino a rinvenire nella coscienza personale un limite (forse più formale che sostanziale) al potere del principe.

Al 1523 risale lo scritto di Martin Lutero *Sull'autorità secolare. Fino a dove le si deve obbedienza*. Ritornando all'Epistola di Paolo ai Romani, egli osserva che, se il mondo intero fosse composto da soli veri cristiani, e quindi da uomini giusti e credenti, non sarebbe nemmeno necessario avere un principe, un re o un signore. Poiché è ben diversa la realtà sociale, esistono per i deboli e per gli ingiusti le norme e le istituzioni, che devono essere onorate, in quanto create da Dio. Solo Dio è il giudice supremo e, ogni invasione della coscienza individuale, lascia la possibilità al soggetto di divenire "obiettore", nel significato etimologico di colui che si getta contro (*ob jacere*) un'imposizione: «se si tratta di abbandonare la mia fede e i miei libri, io non voglio più obbedire, poiché voi siete un tiranno ed oltrepassate i

vostrî diritti»⁹⁴. Il potere del *princeps* avrebbe dovuto arrestarsi davanti alla frontiera della coscienza individuale, almeno in linea teorica, ma queste posizioni vennero ben presto smentite dall'atteggiamento tenuto dallo stesso Lutero nei confronti del potere. Egli, di fronte al perdurare e al moltiplicarsi delle rivolte, si schierò sempre più a sostegno del potere temporale: ben si comprende, allora, il carattere nazionalistico peculiare del luteranesimo, di cui si trova già una traccia evidente nel principio emerso dalla pace di Augusta del 1555: *cuis regio, eius religio*. Tuttavia, anche se respinta nei fatti sul piano politico, l'obiezione religiosa di Lutero rimane viva, almeno in potenza, nella teoria del *libero esame*, l'unica destinata a perpetuarsi, seppur in forme differenti, nelle innumerevoli frantumazioni dell'universo protestante. L'idea del libero esame e dell'interpretazione delle Sacre Scritture lasciata all'iniziativa privata, senza la mediazione pastorale del magistero della Chiesa, se da un lato apre la via ad un radicale soggettivismo filosofico-religioso, dall'altro rappresenta culturalmente un potente strumento di educazione dell'individuo alla formazione e all'uso della propria coscienza: ponendosi da solo e con il proprio libro sacro di fronte a Dio, senza l'intermediazione e la guida di una qualche *auctoritas* umana, il soggetto acquista sempre più fiducia nelle proprie capacità morali e di coscienza, arrivando ad ipotizzare di farle valere contro i dettami di qualunque autorità, che con esse contrastino. Sarà soprattutto il puritanesimo inglese del XVII secolo a ricevere in eredità la parte più liberale della riforma protestante e a valorizzarne i contenuti culturali e le implicazioni politiche. Dall'interiorizzazione del rapporto

⁹⁴ M. Lutero, *Sull'autorità secolare*, in M. Lutero, *Ausgewählte Werke*, Müller, München, 1923, p. 177.

uomo-Dio deriva l'interiorizzazione del comando etico, perché l'unica possibile prova dell'ottenimento del perdono divino consisteva nella capacità di vivere una vita moralmente corretta, nel coerente adempimento dei doveri mondani.

1.3 La giuridicizzazione della coscienza

Con l'affermarsi di un concetto sempre più soggettivizzato, ma non ancora individualistico, di coscienza (che contemporaneamente affranca il singolo dal risalente rapporto organicistico rispetto al contesto socio-politico di appartenenza, ma lo ancora ad una visione religiosa ed escatologica del mondo), e con la teorizzazione dell'esistenza di un diritto metapositivo, la *lex naturalis* (come porzione della *lex aeterna* accessibile alla ragione umana⁹⁵, o come fonte dei precetti razionali in funzione dei quali esistono i diritti individuali di «life, health, liberty or possessions»⁹⁶), si pongono le premesse affinché il foro interno di ogni individuo divenga collettore e catalizzatore delle istanze critiche rispetto alla sfera del diritto (positivo) e al potere umano in generale. Dal XVIII secolo in poi, *èthos* della coscienza e diritto si sviluppano dividendosi l'uno dall'altro: «la coscienza si è interiorizzata, il diritto si è esteriorizzato»⁹⁷. La separazione tra diritto e morale, da una parte, e la separazione di questi ordini normativi dall'«ambito di

⁹⁵ Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, 1.2, q.91, a.2.

⁹⁶ J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, cap. II, sez. 6.

⁹⁷ N. Luhmann, *op. cit.*, p. 268.

verità”⁹⁸ elaborato delle scienze empiriche, dall'altra, hanno progressivamente contribuito a rimodellare il ruolo della coscienza. Sul piano politico, ciò avviene soprattutto grazie all'applicazione del principio di tolleranza, operante come principio di separazione tra pubblico e privato: esso non solo crea una barriera di protezione contro l'intervento dell'autorità in questioni di coscienza, ma circoscrive la coscienza stessa all'interno di un'area politicamente invisibile e spolicizzata, ovvero privata. Una volta circoscritta alla sfera privata, la coscienza non può e non deve interferire con le scelte politiche, che faranno valere le *ragioni* della coscienza esclusivamente per ragioni politiche e non per semplici ragioni di coscienza⁹⁹.

Il lungo percorso delle coscienze dissenzienti, però, vede il suo punto d'arrivo in quello che potremmo definire il processo di *giuridicizzazione della coscienza* da parte del diritto positivo statale. Se il diritto canonico di tradizione latina ed orientale riconosceva da tempo alla coscienza natura giuridica¹⁰⁰, l'emergere di un concetto giuridico di coscienza nei singoli ordinamenti nazionali è in massima

⁹⁸ *Ibidem*, p. 269.

⁹⁹ Cfr. R. Sala, *La libertà di seguire la propria coscienza, tra obbligo politico e richiesta di tolleranza*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi (a cura di), *op. cit.*, p. 64. Per usare le parole di Kelsen, «La democrazia moderna non può essere separata dal liberalismo politico. Il suo principio è che il governo non deve interferire in certe sfere d'interessi proprie dell'individuo, che devono venir protette dalla legge come i diritti fondamentali o diritti di libertà; rispettando i quali le minoranze sono salvaguardate dal dominio arbitrario delle maggioranze» (H. Kelsen, *Democrazia e Filosofia*, in H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, il Mulino, Bologna, 1998, pp. 245-246).

¹⁰⁰ Cfr. R. Mazzola, *Coscienza come soggetto di diritto. L'uso del "foro interno" nei rapporti tra Stato e confessioni religiose*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi (a cura di), *op. cit.*, p. 84.

parte legato al processo di secolarizzazione del diritto e al definitivo abbandono dei suoi fondamenti religiosi¹⁰¹. La secolarizzazione, che costituisce uno dei tratti salienti degli ordinamenti occidentali, ha prodotto l'abbandono di comportamenti attuativi di principi e doveri legati al sacro ed ha affievolito progressivamente il richiamo del diritto positivo ad imperativi morali religiosamente connotati¹⁰².

Lo Stato liberale aveva cercato di comporre i conflitti che potevano instaurarsi tra individuo e Stato autolimitando l'intervento statale nella società e nella coscienza collettiva: il potere politico non invadeva la sfera privata degli individui (*privacy*), nella quale erano ricompresi tutti gli aspetti della coscienza¹⁰³. Tale sistema aveva cercato di mantenere un rapporto ed un equilibrio tra coscienza ed ordinamento, tra morale e diritto, in termini di sola libertà degli individui e laicità dell'ordinamento, intendendo quest'ultima come «sistematica separazione tra oggettività sociale e soggettività delle coscienze»¹⁰⁴. Se nel Medioevo e nella prima Età Moderna l'autorità politica aveva cercato di esercitare un profondo controllo sulla vita culturale della collettività, imponendo l'adesione dei singoli ad un determinato credo religioso, visione filosofica o politica, il sistema liberale rendeva invece possibile all'individuo la scelta libera della propria fede, la pratica del culto e la diffusione pacifica dei relativi dogmi, affermando con ciò la libertà di discussione e di critica in

¹⁰¹ Cfr. R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994 p. 43.

¹⁰² Cfr. A. Bomprezzi, *Libertà di coscienza e poteri pubblici. Tendenze e prospettive nella società contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 23 e ss.

¹⁰³ Cfr. R. Bertolino, *op. cit.*, p. 41.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

ogni campo, sempre nel rispetto delle esigenze dell'ordine pubblico¹⁰⁵. Il riconoscimento, seppur formale, di una sfera di libertà per la coscienza degli individui partiva dal forte presupposto che la libertà individuale si sostanziasse proprio attraverso la formazione della coscienza: riconoscere la libera formazione della coscienza significava per l'ordinamento riconoscere e rispettare il pluralismo ideologico esistente all'interno della società¹⁰⁶.

Con il tramonto dello Stato liberale e l'avvento dello Stato sociale, molte libertà formalmente garantite sono divenute libertà sostanziali, ovvero libertà in relazione alle quali lo Stato ha il preciso compito di porre in essere misure atte a renderle concrete ed effettive. Il contesto politico in cui si realizza un ulteriore e decisivo scarto è quello dello Stato costituzionale di diritto formatosi successivamente al secondo conflitto mondiale, nel quale al paradigma del "diritto per regole" tipico dello Stato ottocentesco si sostituisce quello del "diritto per principi"¹⁰⁷, trasfusi e cristallizzati in Carte costituzionali rigide. Se per lungo tempo la dimensione coscienziale era stata difficilmente concepibile per chi non aderisse ad un

¹⁰⁵ Cfr. A. Bompreszi, *op. cit.*, p. 35 e ss.

¹⁰⁶ A proposito dell'esperienza ottocentesca liberale in Italia, Ferrari sottolinea il «primato della coscienza individuale sulle istanze religiose comunitarie». Più precisamente, «[...]questa focalizzazione sull'individuo, visto nel suo diretto e immediato legame con lo Stato, costituiva il vero punto di rottura del nuovo giurisdizionalismo rispetto alla precedente tradizione confessionista». Da questo «primato della coscienza individuale veniva poi fatto discendere il progressivo superamento del vecchio regime di tolleranza» (A. Ferrari, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Carocci, Roma, 2012, pp. 21-22).

¹⁰⁷ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 151.

credo religioso o confessionale di qualche tipo¹⁰⁸, ora la coscienza si laicizza¹⁰⁹ e progressivamente riesce a guadagnare, insieme ad una sempre più definita sfera di

¹⁰⁸ Basta ricordare, a questo proposito, l'esclusione dalla tolleranza che Locke riservava agli atei: «[...] non devono essere tollerati coloro che negano che esista una divinità. Per un ateo, infatti, né la parola data, né i patti, né i giuramenti, che sono i vincoli della società umana, possono essere stabili o sacri; eliminando Dio anche solo col pensiero, tutte queste cose cadono. Inoltre, *chi elimina dalle fondamenta la religione per mezzo dell'ateismo, non può in nome della religione rivendicare a se stesso il privilegio della tolleranza*» (J. Lock, Locke, *Scritti sulla tolleranza*, op. cit., p. 172). In realtà, per Locke, la fede in Dio, oltre ad essere «fondamento di ogni moralità», è, in particolare, fondamento della *moralità commerciale*. Solo nel 1677 una legge inglese avrebbe imposto contratti scritti e firmati da entrambi i contraenti nelle transazioni di importo superiore alle dieci sterline, mentre fino ad allora i contratti commerciali erano convalidati soltanto da accordi verbali giurati.

¹⁰⁹ L'espressione "coscienza laica" ricorre nel pensiero di A. C. Jemolo (cfr. sul punto L. Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 179). Tuttavia, occorre chiarire che «Jemolo non dice nulla [...] sulle *fedi negative*, vale a dire sulla liceità di orientamenti atei o agnostici. La libertà di coscienza in Jemolo non sembra quella di credere o non credere a ciò che più piace, come aveva indicato Ruffini; al contrario, Jemolo pare richiamare implicitamente la tesi lockiana, che legittimava la presenza nella comunità di tutti e soli coloro che avessero una fede in una Divinità, e che riteneva pericoloso per la pace sociale la presenza di coloro che negassero Dio, anche solo nel pensiero» (*Ibidem*, p. 172). Nella letteratura inglese sull'argomento si parla anche di "secolarizzazione della coscienza" (sul punto cfr. C. C. Moskos, J. W. Chambers, *The secularization of conscience*, in *The new consciencious objection*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 3-15).

libertà sostanziale (distinta dalla libertà religiosa¹¹⁰), uno spazio giuridico positivizzato e pubblico in cui obiettare¹¹¹.

È solo a partire dalla fine degli anni Ottanta del XX secolo che è venuta gradualmente maturando, tanto nei sistemi di Common Law, quanto nei sistemi di Civil Law, l'idea che la coscienza costituisca a pieno titolo un "bene costituzionalmente rilevante"¹¹², autonomo e disgiunto

¹¹⁰ Afferma Chiassoni che «il diritto alla libertà di religione infatti, nella dottrina dei diritti umani sviluppatasi dopo il secondo conflitto mondiale, è un diritto distinto, assiologicamente meno importante, e di portata più circoscritta, rispetto al diritto alla libertà di coscienza» (P. Chiassoni, *op. cit.*, p. 41).

¹¹¹ Il primo caso riconducibile alle pratiche obiettorie risale ad un periodo anteriore alla nascita degli Stati costituzionali di diritto della seconda metà del XX secolo. Il 5 agosto 1898 la Camera dei Comuni inglese approvò, con 129 voti contro 34, una norma che consentiva ai genitori di rifiutare la vaccinazione dei loro figli contro il vaiolo, prevista dalle leggi del 1853, 1867 e 1871. Il diritto a far valere le proprie "coscienziose convinzioni" venne rivendicato con il richiamo ai diritti civili, quelli in nome dei quali i Quaccheri erano stati esonerati dal pagare tasse e dal contribuire ad attività militari. La maggior parte degli antivaccinazionisti non fece perno sull'affinità con alcuni movimenti religiosi, ma scelse una base marcatamente secolare. Considerando il rifiuto della vaccinazione come un diritto civile, gli antivaccinazionisti ritenevano che la loro scelta, come la libertà di parola, o di stampa, non abbisognasse di autorizzazione alcuna. Poiché il controllo "oggettivo" delle ragioni dell'obiettore risultava assai difficile, le pubbliche autorità optarono per la dichiarazione, davanti ai magistrati, del genitore che riteneva dannosa la vaccinazione per il proprio bambino. Il caso delle vaccinazioni introduce una novità di non poco conto: una motivazione laica (e non religiosamente connotata) viene opposta ad un obbligo sancito a livello giuridico positivo (Cfr. C. A. Viano, *op. cit.*, p. 22 e J. Le Goff, J.C. Sournia, *Per una storia delle malattie*, Dedalo, Bari, 1985, p. 368)

¹¹² Corte Cost., sent. 409/1989. La Consulta ha anche definito la coscienza come «principio creativo funzionale alle libertà

rispetto alla persona fisica o giuridica cui si riferisce. La coscienza sembra vivere di vita propria in costante tensione dialettica, tanto nei confronti della persona fisica o giuridica di riferimento, quanto rispetto alle istituzioni. In tal senso, come il concetto di persona è kelsenianamente un concetto normativo, che solo in via mediata rimanda all'individuo singolo inteso in senso bio-psicologico o ad un complesso di individui, e costituisce pertanto un' espressione unitaria personificante¹¹³, così sembrerebbe lecito sostenere che la coscienza, nella sua accezione giuridica contemporanea, vada concepita, in quanto centro di imputazioni giuridiche, come vero e proprio *soggetto di diritto*¹¹⁴. La coscienza, nel suo porsi in qualità di "soggetto" giuridico autonomo, è in grado di introdurre nell'ordinamento e nella comunità politica una maggiore dinamicità nei rapporti sociali ed istituzionali e, contemporaneamente, di amplificare il confronto tra diversi punti di vista sulle medesime questioni. Questo conduce ad aumentare, inevitabilmente, il grado di conflittualità degli stessi processi democratici di decisione. Nella misura in cui la coscienza risulta essere un vero e proprio "soggetto di diritto" autonomo, il c.d. *foro interno* di ogni individuo viene a rappresentare uno spazio altro rispetto sia allo Stato, sia ad una qualunque confessione religiosa, sia (e questa è l'implicazione più sorprendente)

fondamentali» oltreché «regno della virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella sua vita di relazione» (sent. 467/1991).

¹¹³ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 87.

¹¹⁴ Così R. Mazzola, *op. cit.*, p.81. Mazzola ricorda come Falzea, nel saggio *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici* del 1939, suggeriva di considerare come soggetto titolare di una posizione giuridica chiunque ne avesse ottenuto l'attribuzione.

alla stessa persona fisica o giuridica cui si riferisce.¹¹⁵ Rimane comunque il dato che la deflagrante novità apportata da questa *terzietà* della coscienza si accompagna, nella cultura giuridica contemporanea, all'affrancamento dell'individuo dai legami con una pretesa natura cosmica, o potremmo dire con una pretesa e oggettiva *natura*, non solo a vantaggio del pieno riconoscimento della propria come dell'altrui libertà individuale, ma soprattutto a tutela dell'insieme di valori su cui si basano le carte fondamentali degli odierni Stati costituzionali di diritto. La coscienza viene concepita come "suprema e ultima istanza della personalità"¹¹⁶, capace di fornire essa stessa le leggi dell'agire all'individuo, convinta che non sussista nessuna istanza più alta al di sopra di sé¹¹⁷. In questo senso la coscienza non è più semplicemente soggettivizzata, propria cioè di un soggetto che si colloca in una definita cornice sociale o valoriale, ma individualizzata, ovvero nel suo essere propria di ogni individuo, aperta a contenuti anche profondamente differenti e meritevoli di uguale attenzione, ma, come si vedrà, non di uguale tutela.

¹¹⁵ A ben vedere, tale esito non è affatto sconosciuto alla storia del pensiero. Come ricorda Mazzola, i *Soliloqui* di Agostino o la tradizione "*menippea*" latina dove l'uomo, distaccandosi dalla propria coscienza, dialoga con essa cessando di coincidere con se stesso (si pensi, in via esemplificativa, ai *Dialoghi* di Seneca), rappresentano autorevoli precedenti di questo approccio alla coscienza.

¹¹⁶ R. Mazzola, *op. cit.*, p.85.

¹¹⁷ Cfr. S. Voli, *op. cit.*, p. 233 e ss. L'autore richiama un passo del *Sistema della dottrina* di Fichte, nel quale si afferma che la coscienza « [...] non può venir esaminata e corretta da nessun'altra coscienza; essa stessa è il giudice di ogni convinzione, ma non riconosce nessun giudice più alto al di sopra di sé » (J. Fichte, *Sistema della dottrina*, III, §15).

Nell'orizzonte politico e giuridico così delineato, l'obiezione *della* coscienza dissenziente transita da una dimensione meramente fattuale e metagiuridica ad una dimensione squisitamente giuridica, sia a livello interno, sia, soprattutto, a livello sovranazionale. In questo modo si pongono le premesse perché si possa configurare un diritto positivo per le coscienze disobbedienti, il diritto all'obiezione *di* coscienza, distinto anche se necessariamente collegato al diritto alla libertà di coscienza. Come si vedrà nel corso del terzo capitolo, esso viene ricompreso nel novero dei diritti fondamentali degli individui ¹¹⁸ attraverso il suo riconoscimento formale, secondo un approccio che ricorda quello del liberalismo ottocentesco, mentre si rimette al legislatore interno la disciplina concreta del suo esercizio. In quanto istituto giuridico, l'obiezione di coscienza entra a pieno titolo nell'articolata architettura giuridica dell'ordinamento e le ragioni della coscienza valicano in questo modo la sfera privata e si impongono come ragioni che chiedono pubblico riconoscimento e pubblica tutela.

¹¹⁸ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, emanata a Nizza il 7 dicembre del 2000, riconosce pienamente il *diritto all'obiezione di coscienza*, sancendo all'art. 10, II comma che «il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

CAPITOLO II

OBIEZIONE DI COSCIENZA: RIFLESSIONI A CONFRONTO

“Una persona non ha il diritto di fare qualunque cosa la sua coscienza le chieda, ma può avere il diritto di fare qualunque cosa anche se la sua coscienza non glielo chiede¹¹⁹”

2.1 Resistenza, disobbedienza, obiezione : le dinamiche interne alle dimensioni dell’etica

La morale, la politica e il diritto possono essere raccolti insieme sotto il nome di etica¹²⁰. Essi costituiscono i tre assi cartesiani rispetto ai quali tentare la non agevole ricostruzione delle « coordinate » etiche di ogni individuo all’interno di una struttura sociale. Ma sul piano etico, a differenza della pacifica tridimensionalità del piano cartesiano, possono sorgere non pochi contrasti quando ciascun soggetto si trova a dover stabilire una linea d’azione, che sia contemporaneamente coerente alla propria dimensione morale, giuridica e politica. Questa tridimensionalità etica dei soggetti è quindi potenzialmente

¹¹⁹ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 277.

¹²⁰ U. Scarpelli, *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico*, in *L’etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 171.

conflittuale e può diventare fonte di laceranti conflitti e del prevalere di una componente rispetto alle altre.

Con una terminologia piuttosto suggestiva e di chiara derivazione esistenzialistica, si potrebbe affermare che il conflitto tra la dimensione morale, politica e giuridica inerisce alla struttura stessa dell'esistenza umana. Come esistenza nel *presente*, ogni soggetto sarebbe chiamato ad adempiere i valori che riconosce e quindi ad agire conformemente ad un dovere morale ; ma come esistenza aperta al *futuro*, ognuno sarebbe anche chiamato ad operare perché quei valori vengano adempiuti più pienamente nel tempo a venire, rispondendo quindi ad un impegno politico. Come esistenza *individuale*, poi, ogni soggetto dovrebbe cercare la sua via per essere fedele ai suoi valori, in coerenza ai doveri morali e all'impegno politico; ma come esistenza *collettiva*, ognuno non può non partecipare all'esigenza di un ordine oggettivo che garantisca la coesistenza e la cooperazione, ottemperando ad un preciso obbligo giuridico¹²¹. Senza cedere a lusinghe esistenzialistiche, è ugualmente possibile affermare che le

¹²¹ *Ibidem*, p. 173. Come precisa Scarpelli, «Il nome di «dovere» è appropriato per la qualificazione dei comportamenti richiesti da direttive morali basate, come si è visto, su principi materiali: asserire un dovere è dunque, in questa prospettiva, formulare (riprendendo un'espressione di Hart) una «conclusione normativa», affermando una relazione fra un comportamento di un soggetto e una direttiva morale riconducibile a principi materiali. Il nome di «obbligo» è invece più adatto per la qualificazione di comportamenti richiesti da direttive giuridiche: il significato emotivo e le risonanze di tale nome convengono ad una qualifica derivante da norme che traggono la loro giustificazione dalla autorità e sono generalmente rafforzate da sanzioni. Con il nome di «impegno politico», infine, indichiamo un atteggiamento ed una linea di comportamento di un soggetto conformi alle direttive di una politica» (p. 167).

compresenti dimensioni morale, politica e giuridica di ciascuno generano inevitabilmente dinamiche contrastanti, atteggiamenti contestativi sia individuali che collettivi, conflitti aspri e delicati, che possono essere ricondotti a tre diversi atteggiamenti o comportamenti : la resistenza, la disobbedienza e l'obiezione . A ben vedere , i tre termini sono molto vicini da un punto di vista semantico, tanto da essere talvolta usati in modo sinonimico. Essi individuano possibili condotte dissenzienti, e tanto la disobbedienza quanto l'obiezione presuppongono logicamente una forma di resistenza ad una qualche imposizione . Ciò che maggiormente rileva è che ognuno di questi comportamenti ha storicamente assunto una specifica valenza sul piano politico e giuridico, andando a delineare tre differenti "categorie": il diritto di resistenza, la disobbedienza civile e l'obiezione di coscienza.

Nella riflessione filosofico politica italiana della seconda metà del Novecento non sono mancati tentativi di ricondurre tanto la disobbedienza civile quanto l'obiezione di coscienza alla categoria generale del diritto di resistenza, a seconda che l'azione di disobbedienza sia a) *omissiva o commissiva*, consista cioè nel non fare quello che è comandato, o nel fare quel che è proibito ; b) *individuale o collettiva*, a seconda che sia compiuta da un individuo isolato o da un gruppo i cui individui condividono gli stessi ideali ; c) *clandestina o pubblica*, ovvero preparata e compiuta in segreto, oppure proclamata prima del compimento ; d) *pacifica o violenta*, cioè compiuta con mezzi non violenti o con armi proprie o improprie ; e) volta al mutamento di *una norma* o di un gruppo di norme o dell'*intero ordinamento* ; f) *passiva o attiva*, a seconda che la disobbedienza sia rivolta alla parte precettiva della legge e non alla parte punitiva (e quindi colui che la effettua si sottopone alla pena prevista),

oppure rivolta sia alla parte precettiva che a quella punitiva della legge (e quindi il disobbediente non si limita a violare la norma, ma tenta anche di sottrarsi alla pena).¹²² Dalla combinazione dei differenti caratteri di ogni singolo criterio con gli altri sarebbe possibile ottenere un notevole numero di situazioni, tra le quali figura anche l'obiezione di coscienza (come condotta omissiva, individuale, pubblica, pacifica, parziale e passiva) e la disobbedienza civile (come condotta omissiva, collettiva, pubblica, pacifica, non necessariamente parziale e non necessariamente passiva). Nel tentativo di inquadrare analiticamente il comportamento dei destinatari di una richiesta di ottemperare alle leggi dello Stato, è stata anche proposta una distinzione in ordine di 'resistenza crescente' tra: a) *obbedienza consenziente*, qualora i soggetti obbediscano con piena convinzione alle richieste che vengono loro rivolte; b) *obbedienza formale*, propria di chi aderisce solo esteriormente, per abitudine o meccanicità, alle leggi e non necessariamente per timore di una sanzione; c) *evasione occulta*, si verifica quando il soggetto non obbedisce regolarmente alle leggi, e quando lo fa è mosso unicamente dalla volontà di evitare le sanzioni previste in caso di inadempienza: egli disubbidisce quando è ragionevolmente sicuro di farla franca; d) *obbedienza passiva*, è la condotta di chi, per ragioni di principio, disattende consapevolmente a una o più norme, accettando la conseguente sanzione¹²³; e)

¹²² Così N. Bobbio, *Disobbedienza civile*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 2004, p. 274.

¹²³ Precisa l'autore: «è il caso dell'inadempienza meditata e specifica, del rifiuto di obbedienza ad una o più singole norme considerate inaccettabili per ragioni di principio, rifiuto cui si accompagna peraltro l'accettazione rassegnata della conseguente

obiezione di coscienza, si distingue dall'obbedienza passiva per il carattere premeditato e manifesto del rifiuto, per la valenza testimoniale della condotta disubbidiente e per le forme pubbliche e dimostrative con cui si manifesta, al fine di proclamare i principi ai quali si vuole restare coerenti ; f) *disobbedienza civile*, quando le ragioni per rifiutare di comportarsi secondo una norma positiva, che sostengono obbedienza passiva e obiezione di coscienza, assumono il carattere collettivo e organizzato di una protesta illegale e non violenta, con lo scopo strategico di non sovvertire l'ordinamento, ma di migliorare l'ordine costituito ; g) *resistenza passiva*, che si distingue dalla disobbedienza civile per il fatto che, sempre in modo non violento, essa mirerebbe ad un radicale mutamento politico, o la liberazione di un potere considerato « straniero e nemico » (rientrerebbe pienamente in questa sottocategoria la forma di resistenza predicata da Gandhi) ; h) *resistenza attiva*, si distingue dalla resistenza passiva per la scelta del metodo violento, sia individuale che collettivo, al fine di giungere alla sovversione rivoluzionaria dell'ordinamento¹²⁴. Queste ricostruzioni, se

sanzione». Si tratta di una «obbedienza che appunto può comportare anche la disobbedienza, ma che è da dirsi passiva per il fatto di sopportare senza opposizione la pena comminata al trasgressore» (A. Passerin d'Entrèves, *Potere e libertà politica in una società aperta*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 258). In altre parole, l'obbedienza a cui si fa riferimento, con una terminologia piuttosto fraintendibile, altro non è che la passiva accettazione delle conseguenze della propria disobbedienza. L'esempio dell'autore è quello del martirio dei primi cristiani.

¹²⁴ Questa l'analisi proposta da A. Passerin d'Entrèves, *Legittimità e resistenza*, in AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 35 e ss. Si segnala anche la lettura filosofico politica proposta dello stesso autore in *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità,

da un lato compiono l'utile tentativo di fornire una griglia per analizzare la condotta di un soggetto a fronte di un obbligo giuridico, dall'altro mancano necessariamente di delineare le diversità storiche e strutturali dei tre istituti.

Tra il diritto di resistenza, la disobbedienza civile e l'obiezione di coscienza esiste innanzitutto una priorità cronologica, ovvero storica. Mentre la disobbedienza civile è figlia della democrazia formale e liberale, restando «per sua natura ed origine, prettamente americana»¹²⁵, e l'obiezione di coscienza è figlia dello stato democratico sociale, che va sempre più a regolare materie eticamente sensibili, il diritto di resistenza è figlio della tirannide. Più precisamente, esso fu teorizzato dalla tradizione giusnaturalistica: da quella classica, rappresentata secondo

Milano, 1970, p.215 e ss. . Per un'analisi comparativa delle letture del diritto di resistenza proposte da N. Bobbio e A. Passerin d'Entrèves si rimanda al contributo di E. Vitale, *Limiti del potere e diritto di resistenza*, in E. Vitale (a cura di), *Norberto Bobbio e Alessandro Passerin d'Entrèves: profili intellettuali a confronto*, Giappichelli, Torino, 2010. Come scrive Vitale, «[...] il diritto di resistenza non era né per l'uno né per l'altro un tema di riflessione costante, una parola chiave del loro lessico politico. [...] Ma è altrettanto vero che- come dichiarano quasi con le stesse parole entrambi gli autori- la resistenza è «l'aspetto negativo, o per meglio dire il rovescio della medaglia dell'obbligo politico, problema che- affermerà d'Entrèves- considero l'argomento centrale della filosofia politica»» (pp. 109-110). È solo il caso di precisare, riprendendo la definizione bobbiana, che «[...] il dovere fondamentale di ogni persona soggetta ad un ordinamento giuridico è il dovere di obbedire alle leggi. Questo dovere è chiamato obbligo politico» (N. Bobbio, *Disobbedienza civile*, op. cit., p. 273).

¹²⁵ H. Arendt, *La disobbedienza civile*, in H. Arendt, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 1985, p.68.

alcuni dalla figura di Antigone¹²⁶, a quella paleo-cristiana e alle dottrine alto-medievali del tirannicidio; dalla dottrina tomistica della disobbedienza alle leggi ingiuste fino alla teorizzazioni del giusnaturalismo contrattualista e razionalista¹²⁷. Entro questa tradizione, il diritto di resistenza fu configurato come un diritto naturale restituito al popolo allorquando il sovrano rompa il patto sociale con

¹²⁶ Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 109.

¹²⁷ Nello specifico si fa riferimento a J. Althusius (*Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata*, 1603, cap. XXXVIII, ove è prevista, come presupposto dello «jus resistentiae et exactionis» del monarca in capo al popolo, una dettagliata procedura affidata agli Efori e volta ad accertare la degenerazione del potere regio in tirannide «nota et obfirmata»), J. Locke (*Two Treaties of Government*, come si illustrerà successivamente nel corso del paragrafo), D. Hume (*Political Discourses*, 1752, cap. 13, ove Hume, dopo aver affermato che «la resistenza è ammessa in circostanze straordinarie», afferma che «il problema riguarda solo [...] il grado di necessità che può giustificare la resistenza e renderla legittima e raccomandabile»), C. A. Helvétius (*De l'homme de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, 1772, sez IX, cap. 9, ove l'autore afferma che «ogni atto di governo dispotico è ingiusto . Il potere acquisito e conservato con la forza è un potere che la forza ha il diritto di abbattere»), J.J. Rousseau (*Du contract social*, lib. III, cap. X, nel quale si afferma che «dal momento in cui il governo usurpi la sovranità, il patto sociale è rotto, e tutti i semplici cittadini, rientrati di diritto nella loro libertà naturale, sono forzati, ma non obbligati a ubbidire»), G. Romagnosi (*Della costituzione di una monarchia rappresentativa (La scienza delle costituzioni)*, 1815, nel quale si parla di un diritto di resistenza della «nazione armata», di cui ne disciplina minutamente l'esercizio, affidandolo ad una guardia civica non gerarchizzata, suddivisa in corpi comunali e dipendente non dal principe ma dal senato).

esso stipulato e l'esercizio del suo potere degeneri in forme dispotiche.

Senza alcuna pretesa di fornirne una dettagliata storia¹²⁸, esiste un'ampia dottrina sul diritto di resistenza già nella letteratura pubblicistica medievale¹²⁹, che trova la sua più completa espressione nelle teorie dei monarcomachi¹³⁰, che attingono dalla stessa letteratura politica medievale e si pongono come svolgimento storico di quanto i secoli precedenti avevano elaborato. Il diritto di resistenza costituisce il coronamento di tutta la costruzione politica dei monarcomachi: una volta asserita la derivazione dell'autorità del sovrano immediatamente dalla volontà popolare, che ne fissa i limiti e il contenuto (è al popolo che viene riconosciuto lo *ius maiestatis*, il cui attributo massimo è lo *ius vitae ac necis* che può essere esercitato nei confronti del principe), il diritto di resistenza al sovrano che non adempie i compiti inerenti al suo

¹²⁸ Per una dettagliata storia del diritto di resistenza si rimanda a G. Garancini, *Diritto di resistenza, disobbedienza civile, obiezione di coscienza: profili storici*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza: i conflitti degli ordinamenti*, Atti del Seminario nazionale di studio, Milano, 9-11 aprile 1992, Giuffrè, Milano, p. 74 e ss.. e a E. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positive*, L.G.D.J., Paris, 1999.

¹²⁹ A solo scopo esemplificativo, basta ricordare la produzione di Bartolo da Sassoferrato (1313-1357) e di Coluccio Salutati (1330-1406).

¹³⁰ Il termine significa etimologicamente «coloro che combattono i monarchi» e venne usato per la prima volta dal giurista scozzese William Barclay, nell'opera *De regno et regali potestate adversus Buchananum, Brutum et reliquos Monarchomacos* del 1600. Secondo Garancini, la prima esposizione organica della tematica dell'assassinio del principe *iniustus* si ha nel *De principatu* del giurista romano Marco Salomonio degli Alberteschi del 1544.

ufficio è un semplice corollario, dedotto logicamente dai principi precedentemente posti.¹³¹ La ricerca della giustificazione *giuridica* al diritto di resistenza, e la ricerca di tale giustificazione nelle ragioni che hanno dato origine allo stato, ha visto impegnati gli scrittori politici medievali e moderni sul fronte pubblicistico, nel tentativo di fondare un « diritto originario » del popolo alla sovranità e al controllo conseguente sull'attività dei governanti. L'esercizio prevalente, se non esclusivo, di tale diritto è affidato però al soggetto collettivo, il popolo, lasciando per lungo tempo presoché impregiudicata la questione della resistenza individuale. Sono le esperienze rivoluzionarie, e nello specifico quella americana e francese, a dare nuovamente vigore al problema della resistenza. Tuttavia, non è possibile pensare che una rivoluzione abbia potuto verificarsi senza la mediazione di un pensiero *forte*, capace di trasformare le istanze e le rivendicazioni individuali in consapevoli linee politiche. Gli storici hanno così cercato di ricostruire questo "pensiero", ricercandone le origini : la parte preponderante è stata assegnata, in tal senso, alle teorie inglesi della prima rivoluzione e al pensiero di John Locke, che non solo vide le proprie idee trovare grande accoglienza e sviluppo nell'America del Nord, ma che

¹³¹ Cfr. G. Garancini, *op. cit.*, p.115. Interessante la ricostruzione di Michel Foucault, secondo il quale esisteva «[...] la teoria del contratto stipulato tra gli individui per costituire un sovrano: contratto che comporta un certo numero di clausole alle quali anche il sovrano sarebbe tenuto a sottostare, poiché è solo dopo aver sottoscritto tale contratto, e in base alle clausole in esso formulate, che il sovrano diventa tale.» (M. Foucault, *Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 20; sul punto cfr. anche M. Foucault, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France, 1975-1976*, Gallimard-Seuil, Parigi, 1997).

ebbe egli stesso la ventura di stilare personalmente la prima costituzione della Carolina, commissionatagli dagli otto nobiluomini che Carlo II aveva investito della proprietà di quel territorio nel 1663¹³². Le teorie Lockiane si sviluppano ampiamente in America, fino a diventare il principio intorno al quale si costruisce tutta l'elaborazione politico-sociale delle "colonie".

Nel quadro della concezione che Locke ha dell'origine, della funzione e della giustificazione dello stato si comprende il riconoscimento che egli accorda alla validità del diritto di resistenza.¹³³ Se il potere dello stato

¹³² *Ibidem*, p. 121.

¹³³ Locke muove da un'idea di stato di natura sostanzialmente opposta a quella hobbesiana : esso è anteriore allo stato sociale, come in Hobbes, ma non si caratterizza per violenza e brutalità, ma per uguaglianza e benessere. Nello stato di natura gli uomini sono liberi, ma la loro libertà non degenera in sfrenata esplosione delle forze individuali, perché essa è contenuta e limitata dalla legge di natura che in Locke si identifica con la legge della ragione : « Lo stato di natura ha una legge di natura che lo governa, la quale obbliga tutti : e la ragione, che è questa legge, insegna ad ogni uomo che soltanto la interroghi che, tutti essendo uguali ed indipendenti, nessuno deve ledere un altro nella sua vita, salute, libertà e proprietà » (*Secondo trattato sul governo*, II, 6). Tuttavia lo stato di natura non è che uno stato precario (quello che Kant chiamerà, nella *Metafisica dei Costumi*, stato provvisorio, contrapponendolo allo stato civile come stato perentorio), poiché esso difetta di una legge stabilita e conosciuta, un giudice imparziale che non si faccia trascinare dalle passioni e dalla vendetta, ed un esecutivo definito. Si rende in questo modo necessaria un'organizzazione politica della società, ma tale organizzazione deve essere tale da non annullare, ma anzi da assicurare e garantire i diritti posseduti dall'individuo nello stato di natura. Dalla iniziale condizione di uguaglianza e libertà che degli uomini deriva per Locke che essi non possono in alcun modo essere assoggettati al potere politico senza il loro volontario

nasce ed è giustificato dal consenso del popolo, il popolo può sempre modificare o rimuovere il potere stesso, qualora questo non sia impegnato in conformità allo scopo

consenso : « L'unico modo in cui ciascuno si spoglia della sua libertà naturale e si addossa i vincoli della società civile è l'accordarsi con gli altri uomini per congiungersi ed unirsi in una comunità al fine di vivere comodamente, sicuramente e pacificamente, l'uno tra gli altri » (*ivi*, II, 95). La teoria lockiana si iscrive pienamente nelle teorie c.d. contrattualistiche. Nell'ambito del contratto sociale, diritti e libertà sono conservati integri dagli uomini, i quali nella nuova condizione di società assegnano allo stato l'autorità per il perseguimento del bene pubblico. Come osserva Hanna Arendt, nel XVII secolo si conoscevano tre tipi totalmente differenti di "convenzioni primitive", che venivano denominate con l'espressione *contratto sociale*: « Il primo esempio era quello del patto biblico, concluso tra un popolo intero e il suo Dio, in virtù del quale il popolo consentiva di obbedire a tutte le leggi che la divinità onnipotente decidesse di rivelargli.[...] C'era poi la forma concepita da Hobbes, secondo cui ogni individuo conclude un accordo con le autorità puramente secolari al fine di garantire la propria sicurezza, in cambio di che si spoglia in loro favore di tutti i suoi diritti e poteri»; questa è quella che la Arendt chiama *concezione verticale* del contratto sociale, incompatibile con un sistema come quello americano che si basa sull'idea del potere del popolo, che viene delegato alle autorità, ma che può sempre essere revocato. Esiste, poi, il « contratto sociale primitivo di Locke, che dava origine alla costituzione, non di un governo, ma di una società-termina che bisogna intendere nel senso latino di *societas*: una "alleanza" conclusa tra tutti gli individui che, dopo aver convenuto che tra di loro esistesse un mutuo legame, si sono accordati sulla scelta di un governo»: questa è quella che l'autrice definisce come *concezione orizzontale* del contratto sociale. Il grande vantaggio di questa terza versione è che « ogni individuo resta legato agli altri da questo legame di reciprocità. [...] Secondo Locke, ciò voleva dire che la società resta intatta anche quando il governo è disciolto o quando questo, rompendo il patto concluso, si trasforma in tirannia» (H. Arendt, *op. cit.*, pp. 71-72).

che deve raggiungere. Ciò significa anche che quando i cittadini si trovano oppressi da un governo che non gode, o non gode più, del loro consenso, si verifica un ritorno a quello stato di natura, dal quale poi avrà origine l'istituzione di una nuova società politica. Questa "resistenza" civica è definita da Locke con l'espressione « *appeal to Heaven* », appello al cielo: gli uomini possono appellarsi al Cielo, ovvero rivendicare il loro diritto innato (*rectius* naturale) di essere governati da un potere basato sul consenso¹³⁴. Locke distingue quattro differenti ipotesi di appello al cielo : 1) quando il popolo viene sottomesso, a seguito di una guerra ingiusta, da un conquistatore che non ha nessun diritto ; 2) in caso di usurpazione, ovvero dell'impadronimento del potere da parte del membro della comunità senza il consenso dei cittadini ; 3) se si ha una tirannide da parte di chi governa, abusando della legge ed esorbitando dai limiti del potere concessogli ; 4) quando il potere legislativo tenta di violare i diritti innati dei cittadini o quando il potere esecutivo usurpa le funzioni del legislativo. Grazie all'influenza di Locke, il diritto alla resistenza viene accolto e riconosciuto nelle Dichiarazioni della Pennsylvania e del Delaware come assoluta necessità e diritto irrinunciabile, e anche in quella sede il diritto di resistenza si giustifica con la rottura del patto iniziale. Ricompreso dalla riflessione filosofica e politica coeva nel novero dei diritti naturali dell'uomo, il diritto di resistenza si configura come lo strumento estremo di cui il popolo può servirsi per conservare il proprio governo ordinato dell'ambito costituzionale. La logica del diritto di resistenza-*extrema ratio*, come si vedrà, appartiene anche

¹³⁴ Cfr anche la Prima lettera sulla tolleranza di J. Locke in D. Marconi, *Introduzione*, in D. Marconi (a cura di), *Scritti sulla tolleranza*, UTET, Torino, 2005, p. 51.

alle teorizzazioni che hanno ad oggetto la disobbedienza civile. A ben vedere, lo sforzo dei pensatori americani è consistito, sulla scia dell'impostazione filosofico politica lockiana, nel tentativo di positivizzare o "legalizzare"¹³⁵ il diritto di resistenza, come diritto che non è mai individuale nelle sue espressioni materiali, ma è proprio della maggioranza predominante di una collettività; come diritto il cui esercizio può avvenire solo dopo un lungo seguito di abusi, e unicamente dopo aver esperito tutti gli altri mezzi legali a disposizione per contrastare leggi ingiuste o illegittime; infine, come diritto la cui entità è proporzionale all'entità dell'oppressione, sino ad arrivare alla totale eliminazione del governo illegittimo¹³⁶.

In Francia sono la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789¹³⁷ e quella del 1793¹³⁸ ad affermare

¹³⁵ Questa l'espressione usata da C. Rossister in *L'alba della repubblica. Le origini della tradizione Americana della libertà.*, Nischi-Lischi, Pisa, 1963.

¹³⁶ Cfr. Garancini, *op. cit.*, p. 127.

¹³⁷ Art. 2 : « Le but de toute association est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la **résistance** à l'oppression ».

¹³⁸ Art. 33 : « La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme » e art. 35 «[...] quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple, et pour chaque portion du peuple, la plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ». Le due dichiarazioni del 1789 e del 1793 rappresentano due versioni o due anime della rivoluzione francese: fino al 1792 si ha il momento maggiormente liberale della rivoluzione, in cui l'accento viene posto innanzitutto sui diritti (naturali) dei soggetti, inquanto individui. Dal 1792 trova maggior espressione l'anima repubblicana e giacobina della rivoluzione: ogni soggetto è innanzitutto parte di un corpo politico e ciò ne definisce l'identità. Il cittadino non può vantare unicamente diritti, ma ha anche precisi doveri nei confronti degli altri cittadini e della

specificamente il diritto di resistenza (all'oppressione) dapprima come diritto, nel novero dei diritti naturali e fondamentali dell'individuo, e poi come «il più sacro dei diritti e il più indispensabile dei doveri» nel 1793. Questa configurazione marcatamente giusnaturalistica del diritto di resistenza contenuta nelle *Dichiarazioni* è in linea con lo spirito che le informa: il riconoscimento di diritti ritenuti fondamentali per l'uomo, propri di ogni individuo in quanto "persona" e quindi insopprimibili e inviolabili da parte dello Stato, pena la violazione della stessa "personalità" umana. L'inserimento di tali prerogative proprie dell'uomo in quanto tale in un testo normativo produce, a livello giuridico la trasformazione di tali diritti da naturali a civili, seppur soltanto proclamati formalmente. Il dualismo individuo/stato viene così risolto in una sostanziale prevalenza e anteriorità dei diritti del primo sull'attività del secondo e nel riconoscimento formale di tale priorità, attraverso le espressioni contenute nella Dichiarazione. Tuttavia, la "legalizzazione" del diritto di resistenza è solo apparentemente compiuta. Già

collettività di cui fa parte. La dimensione dei diritti diventa inscindibilmente collegata alla dimensione dei doveri. Per un'analisi approfondita sul diritto di resistenza nelle esperienze rivoluzionarie si rimanda a E. Desmons, *Le formulations du droit de résistance dans les déclarations révolutionnaires*, in *Droit et devoir de résistance en droit interne*, op. cit., pp. 58-66. Secondo l'autore, «Sur la question du droit de résistance, les révolutionnaires sont héritiers des jurisconsultes de l'Ecole moderne du droit naturel, mais aussie de Locke dont la philosophie a fortement inspiré la Déclaration d'indipendance des Etats-Unis d'Amérique. Cette declaration offre il est vrai une des reconnaissances du droit de résistance à l'oppression les plus achevées. [...] Au-delà de l'exemple américain, l'affirmation d'un droit de résistance à l'oppression répondait à des revendications concrètes dans la France de 1789» (p. 59-60).

dalla costituzione del 1795 il diritto di resistenza scompare dai testi costituzionali francesi e, dalla fine del Settecento, la resistenza diventa fondamentalmente, nella letteratura pubblicistica europea, un'ipotesi teorica. È con l'avvento, verso la metà dell'Ottocento, del positivismo giuridico che si giunge ad escluderne totalmente la possibilità e la percorribilità.

Se per positivismo giuridico si intende quella corrente filosofico-giuridica che non ammette la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo, ma afferma che non esiste altro diritto che quello positivo¹³⁹, ne consegue l'impossibilità del riconoscimento di una dimensione strettamente giuridica a tutte quelle posizioni individuali non derivanti da un'espressa norma del diritto positivo e, ancor meno, da una qualche nebulosa rivendicazione giusnaturalistica di una priorità dei diritti individuali rispetto a quelli stabiliti dallo Stato. Quest'idea di diritto, così concepita in seno al positivismo giuridico, viene fatta propria dalla dottrina tedesca del *Rechtsstaat*, ovvero dello stato che «si fonda sul diritto, si limita e limita in base al e sulla base del diritto»¹⁴⁰. Uno stato che non ammette alcuna limitazione che esso stesso non ponga, non può prevedere una limitazione estrema dell'attività statale qual è la resistenza come diritto-dovere riconosciuto e assegnato al singolo e alla comunità. Se il diritto di resistenza costituisce l'*extrema ratio* per la protezione dell'individuo nei confronti dello stato, tale diritto non può che contrastare con uno stato che vuole esso stesso

¹³⁹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 145. Per una recente raccolta di saggi di autori italiani e stranieri sul tema del positivismo giuridico cfr. A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo contemporaneo. Un'antologia*, Giappichelli, Torino, 2011.

¹⁴⁰ G. Garancini, *op. cit.*, p. 133.

essere un sistema per la protezione dell'individuo. La previsione di un eventuale diritto-dovere di resistenza equivarrebbe ad ammettere anticipatamente l'incapacità di un ordinamento ad assolvere ai propri compiti. Tuttavia, dopo il secondo conflitto mondiale e l'esperienza europea degli stati (di diritto) totalitari, che si sono rivelati del tutto inidonei a tutelare le libertà individuali, non sono comunque mancate proposte di inserimento del diritto di resistenza nell'architettura del nuovo paradigma dello stato costituzionale di diritto. A questo proposito risulta assai significativo il caso dell'Italia, teatro, all'indomani del secondo conflitto mondiale, di un ampio dibattito in seno alla cultura giuridica sulla crisi del diritto e limiti del diritto positivo.¹⁴¹ Il democristiano Giuseppe Dossetti, proponendo all'assemblea Costituente il suo schema "sui rapporti dello stato con altri ordinamenti", premesso che (art 2) "la sovranità dello stato si esplica nei limiti dell'ordinamento giuridico costituito dalla presente costituzione e dalle altre leggi ad essa conformi", afferma che (art 3) "la resistenza individuale e collettiva nei confronti degli atti dei pubblici poteri che violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla presente costituzione, è diritto e dovere di ciascun cittadino ". Questo diritto di resistenza, inteso come diritto alla limitazione d'iniziativa personale allo Stato e di reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale, fu cassato dalla redazione finale della Costituzione, pur figurando nel progetto fornito dalla Commissione dei Settantacinque (art.50).¹⁴²

¹⁴¹ Per una riflessione critica sulla crisi del diritto successiva al secondo conflitto mondiale si rimanda alle pagine di Uberto Scarpelli, *Diritto Naturale Vigente?*, in Occidente, Roma, 1953, pp. 99-123.

¹⁴² In questa sede occorre anche ricordare la proposta di riconoscimento dell'obiezione di coscienza al solo servizio militare

Si è sostenuto inizialmente che la categoria propria della filosofia politica del *diritto di resistenza* si presenta in un rapporto di priorità cronologica, sia rispetto alla *disobbedienza civile*, sia all' *obiezione di coscienza* e che quindi fosse necessario delinearne le specificità prima di tutto sul piano storico¹⁴³. A livello teorico, invece, si sono

da parte di Giovanni Ernesto Caporali (Partito Socialista Italiano di Unità Proletaria), nel corso della discussione di quello che poi sarebbe diventato l'art. 52 della Costituzione italiana. Il suo emendamento recitava: «Sono esentati dal portare le armi coloro i quali vi obbiettono per ragioni filosofiche e religiose di coscienza». Il proponente esprimeva l'auspicio che «fosse accordato almeno agli obiettori di coscienza, agli avversari tenaci e irriducibili di sempre della violenza che è arida ed infeconda, bestiale e selvaggia, sia essa individuale o collettiva, la possibilità di cooperare nella difesa del suolo della Patria nei settori dell'assistenza e della solidarietà che hanno comuni i rischi e i dolori, ma senza il triste onere di portare le armi fratricide. La guerra si combatte negandola e disonorandola. Gli obiettori di coscienza costituiscono la pattuglia avanzata della nuova umanità che si ostina a credere nella maestà della vita contro tutte le forze che tendono a degradarla» (Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, III, Roma, 1970, p. 1827, seduta del 20 maggio 1947). L'emendamento fu oggetto di pochissima considerazione e unicamente l'onorevole Rossi, in sede di votazione, prese la parola per esprimere il proprio favore in merito.

¹⁴³ A questo proposito può risultare utile ricordare la ricostruzione proposta da Rawls: «Una differenza tra il costituzionalismo medievale e quello moderno è che nel primo la supremazia del diritto non era garantita da controlli istituzionali stabiliti. Il controllo nei confronti dei governanti, che con i loro giudizi e i loro editti si opponevano al senso di giustizia della comunità, era limitato, nella maggioranza dei casi, al diritto di resistenza da parte dell'intera società o di una sua parte. [...] Nel Medioevo, infatti, mancavano le idee fondamentali del governo costituzionale moderno: l'idea del popolo sovrano che possiede l'autorità

esposte le analisi approntate nella riflessione filosofico politica italiana del secondo Novecento, volte ad affermarne anche l'importanza epistemologica: da un lato decostruendo analiticamente la categoria generale del diritto di resistenza sulla base delle modalità della condotta disubbidiente (Bobbio), dall'altro proponendo una scala graduata in ordine di "resistenza crescente", sulla quale potessero trovare collocazione una pluralità di sue sottocategorie, tra le quali la disobbedienza civile e l'obiezione di coscienza (Passerin d'Entrèves). Il fulcro di tali riflessioni rimane il concetto di *obbligo politico*, ovvero il dovere di obbedire alle leggi, proprio di ogni individuo che sia soggetto ad un ordinamento giuridico; tutta la conseguente fenomenologia della resistenza veniva, in questo modo, ricondotta ad esso e alla categoria generale del diritto di resistenza, con tutte le criticità da un punto di vista strettamente giuridico che essa presenta.¹⁴⁴ Dagli anni

inappellabile e l'istituzionalizzazione di questa autorità per mezzo di elezioni e parlamenti, nonché di altre forme costituzionali. Ora, quasi allo stesso modo in cui la concezione moderna del governo costituzionale si basa su quella medievale, così la teoria della disobbedienza civile arricchisce una concezione puramente legalista della democrazia costituzionale» (J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 367).

¹⁴⁴ La prima criticità è relativa al concetto stesso di 'diritto' riferito alla resistenza e riferito, come lo sarà nello specifico, all'obiezione di coscienza. Nelle due espressioni, *diritto di resistenza* e *diritto all'obiezione di coscienza*, il termine diritto non ha lo stesso significato. Se nella seconda espressione il termine 'diritto' indica una posizione giuridica riconosciuta ai soggetti attraverso norme di diritto positivo, nel primo caso essa prescinde da un espresso riconoscimento a livello giuridico e finisce per assumere in tal senso una dimensione pre-giuridica o meta-giuridica, assimilabile all'impostazione giusnaturalistica dei diritti naturali. Soprattutto il diritto di resistenza si pone esso stesso fuori o sopra

Settanta del secolo scorso, il tema dell'obbligo politico è stato oggetto di ampia riflessione soprattutto nella letteratura anglo-americana impegnata nello studio di quelle che, avvalendoci delle analisi concettuali sopra esposte, potremmo definire "sottocategorie" del diritto di resistenza: l'obiezione di coscienza e, soprattutto, la disobbedienza civile. Essendo la prima oggetto specifico di questo studio, si cercherà ora di ricostruirne l'analisi proposta da parte di tre illustri esponenti del pensiero filosofico politico, morale e giuridico della seconda metà del secolo scorso: Hanna Arendt, John Rawls, e Joseph Raz¹⁴⁵. Le riflessioni elaborate da tali autori, ed è bene

all'ordinamento, tanto da poter divenire un mero esercizio di forza nei confronti di un potere illegittimo o illegale e da riuscire a rovesciare ed eliminare un determinato assetto di potere. In altri termini, il diritto di resistenza è il prodotto o il corollario di una costruzione *politica* del potere, della sua legittimità e del suo fondamento, e si pone come una rivendicazione del popolo nei confronti del *princeps*: la sua giuridicizzazione decreterebbe necessariamente il fallimento del sistema rispetto al quale esso viene esercitato. Il diritto all'obiezione di coscienza, invece, è il prodotto di un'attività *giuridica* del legislatore, all'interno di un sistema dinamico formale nel quale sono definiti i criteri di validità delle norme prodotte. Parlare di diritto con riferimento alla resistenza e all'obiezione di coscienza equivale a utilizzare uno stesso termine in due contesti differenti e da non confondere.

¹⁴⁵ In questa sede ci limiteremo a considerare la posizione di questi tre autori sull'obiezione di coscienza, in ragione dell'importante distinzione concettuale da essi introdotta tra questa e la disobbedienza civile. Ci si limiterà a considerare solo incidentalmente la posizione di un altro eminente esponente della letteratura filosofico giuridica e filosofico politica anglosassone, Ronald Dworkin, in nota al paragrafo dedicato a John Rawls: l'analisi da lui proposta nell'opera *I diritti presi sul serio* è incentrata quasi esclusivamente sulla disobbedienza civile e non

precisarlo fin da subito, sono incentrate non tanto sull'obiezione di coscienza, ma sulla disobbedienza civile, e sono accomunate dall'attenzione prestata alla distinzione a livello concettuale tra le due. Esula dall'economia di questo lavoro proporre un'analisi puntuale di entrambi gli istituti. Tuttavia, i contributi forniti, se da un lato permettono di comprendere le specificità dell'obiezione di coscienza rispetto alla disobbedienza civile e forniscono utili spunti di analisi, dall'altro non approntano una ricostruzione rigorosa della dimensione giuridica ormai assunta dall'obiezione di coscienza. A questo obiettivo sarà dedicato il terzo capitolo del presente lavoro che, nell'ottica della filosofia del diritto di indirizzo analitico e più precisamente di una teoria generale del diritto (positivo), cercherà di delineare struttura, logica e funzionamento del *diritto* all'obiezione di coscienza.

2.2 Hannah Arendt e la “*coscienza apolitica*”

«Ogni volta che i giuristi si sforzano di giustificare sul piano morale o giuridico coloro che praticano la disobbedienza civile, assimilano il loro caso a quello dell'obietto di coscienza». ¹⁴⁶ Questo è il punto di partenza con il quale Arendt denuncia i frequenti fraintendimenti ad opera dei giuristi e la necessità di ridefinire concettualmente i due istituti. La prima caratteristica che distingue l'obiezione di coscienza dalla disobbedienza civile è l'individualità della condotta

viene condotta sulla base di una rigorosa distinzione teorica tra disobbedienza e obiezione.

¹⁴⁶ H. Arendt, *op. cit.*, p. 35.

disobbediente: mentre quest'ultima si caratterizza per essere un'azione *di gruppo* che riguarda minoranze organizzate, «unite da decisioni comuni piuttosto che da una comunanza di interessi»¹⁴⁷, l'obiezione di coscienza è un'atto *individuale* che si giustifica sulla base di imperativi morali e di riferimenti ad un «diritto superiore», sia esso di natura trascendente o profana.¹⁴⁸ Alla volontà comune di «opporsi alla politica governativa anche quando si ritenga che essa goda dell'appoggio della maggioranza»¹⁴⁹ che guida i disobbedienti civili, Arendt oppone l'*apoliticità della coscienza*, in quanto «essa non si interessa prioritariamente del mondo in cui esistono abusi o delle conseguenze che questi possono avere sul futuro del mondo»¹⁵⁰. In questo modo l'autrice distingue due dimensioni dell'etica evidenziate all'inizio di questo capitolo: l'impegno politico da una parte, che spinge il disobbediente, e il dovere morale dall'altra che spinge l'obiettore. Anche il celebre saggio di Henry David Thoreau, che introduce l'espressione «disobbedienza civile» nel nostro vocabolario politico, viene riletto alla luce di questa distinzione e viene collocato più sul terreno della coscienza individuale e dei doveri morali della coscienza che su quello dell'impegno politico¹⁵¹. La

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 36. Arendt arriverà in seguito a definirla come «la forma nuova più recente dell'associazione volontaria» (p. 81).

¹⁴⁸ Tale differenza è così determinante per Arendt che arriva ad affermare: «Diversamente dall'obiettore di coscienza, colui che pratica la disobbedienza civile fa parte di un gruppo e questo gruppo, lo si voglia o no, è formato e animato dallo stesso spirito che ha informato le associazioni volontarie» (p. 84).

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹⁵¹ La posizione dell'autrice non è molto condivisibile. Come si vedrà nel corso del quarto capitolo, è vero che Thoreau

riflessione del filosofo americano viene ricondotta più alla logica che informa l'obiezione di coscienza che a quella della disobbedienza civile¹⁵². Per comprendere perché Arendt definisca apolitica la coscienza occorre prima comprendere cosa indichi il concetto di 'politico' nel suo pensiero. Esso può essere riferibile essenzialmente: ad un sistema (il sistema politico) caratterizzato dal pluralismo e contrapposto, in questo senso, alla tirannia; alla possibilità di discussione: 'politico' è lo spazio del 'discorso libero', del confronto e della confutazione; al concetto di tradizione e al necessario radicamento ad una determinate visione della storia¹⁵³.

La coscienza di chi obietta non è soltanto apolitica, ma anche soggettiva: «le regole della coscienza si rapportano all'interesse per sé stessi. Esse dicono: attento a non compiere un atto in compagnia del quale non potresti vivere. [...] Ciò che non permette a me di vivere potrebbe non disturbare la coscienza di un altro»¹⁵⁴. L'obiettore non porta avanti cause politiche, volte a «mutamenti

ampiamente argomenta riferendosi a principi morali prima di invitare ad un'azione politica contro le politiche militariste del governo americano, ma quella che pone in essere è una vera e propria chiamata alla disobbedienza fiscale per le spese militari. L'azione di Thoreau è quella del *civis* che chiama a raccolta altri *cives* per opporsi ad una linea politica che giudica scorretta e ha come scopo ultimo il cambiamento radicale di tale linea.

¹⁵² Dello stesso avviso anche J. Rawls, che riconduce all'obiezione di coscienza il caso di Thoreau, ovvero «il rifiuto di pagare un'imposta per il motivo che il farlo renderebbe responsabili di una grave ingiustizia nei confronti di un altro» (J. Rawls, *op. cit.*, p. 352).

¹⁵³ Per questa ricostruzione cfr. P. Portier, *L'Autorité*, in Ph. Raynaud e S. Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, P.U.F., Paris, 2003, p. 75 et ss.

¹⁵⁴ H. Arendt, *op. cit.*, p. 45.

desiderabili e necessari» o alla «preservazione o restaurazione necessaria o desiderabile dello *status quo*»¹⁵⁵, ma si occupa individualmente della coerenza delle proprie azioni rispetto ai propri doveri morali. Ma obiettore di coscienza può essere unicamente un soggetto credente e portatore di una qualche visione escatologica o finalistica dell'esistenza? Alla domanda Arendt risponde affrontando la questione dell'idea di coscienza, e della sua possibile definizione in termini laici. Per l'autrice essa presuppone non solo che l'uomo possieda la «capacità innata di distinguere il bene dal male, ma che si interessi di se stesso, perché l'obbligo nasce solo da questo interesse che difficilmente potrebbe darsi per scontato».¹⁵⁶ L'intero problema politico del peso da accordare alle decisioni morali, prese in *foro conscientiae*, si è aggravato, secondo l'autrice, da quando la nozione di coscienza ha assunto, accanto a quelle religiose già ben consolidate, connotazioni specificamente laiche. Il riconoscimento da parte di un ordinamento giuridico dell'obiezione di

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 58.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 46. La Arendt prosegue sottolineando che «la sola cosa che possiamo dire è che l'abitudine di pensare, di riflettere su ciò che si fa, non dipende affatto dalla posizione sociale, dall'educazione o dal valore intellettuale dell'individuo». Questa sottolineatura del carattere egualitario della coscienza come innata capacità di "auto auscultazione", in tempi ben più recenti, viene sottolineato anche da un'altra autrice americana, Martha Nussbaum: «[...]ciascun essere umano (*possiede*) una preziosa facoltà interiore (che possiamo chiamare capacità interna !) di ricercare la base etica della vita e il suo significato ultimo. I fondatori di questa tradizione chiamano tale facoltà « coscienza ». [...] La coscienza è presente in ogni essere umano, ed è presente in maniera eguale in tutti, ricchi e poveri, schiavi e liberi, protestanti e cattolici » (M. Nussbaum, *Libertà di coscienza e religione*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 27) .

coscienza è partito dalla valorizzazione delle istanze religiose dei singoli a fronte dell'adempimento di un dovere giuridico, ma solo nel caso in cui tale rivendicazione «facesse riferimento ad una Legge divina di un qualche gruppo religioso riconosciuto, che non potesse essere ignorato da nessuna Comunità cristiana. La crisi profonda, attraversata oggi dalle Chiese, e il numero crescente di obiettori di coscienza che non fanno appello a nessuna istituzione religiosa, intendano o meno giustificare i loro scrupoli con l'osservanza di una legge divina, hanno (quindi) creato grosse difficoltà». Da qui il tentativo di distinguere la “coscienza del credente” dalla “coscienza prettamente laica”: la prima ascolta la voce di Dio o i comandi del *lumen naturale*, mentre la seconda va concepita come conoscenza e dialogo con se stesso, capace di dare testimonianza a fatti che altrimenti rimarrebbero per sempre ignoti. Tra le due conoscenze Arendt non fissa alcun tipo di gerarchia, ma sembra, piuttosto, voler chiarire le loro differenze *latu sensu* epistemologiche. Entrambe le “coscienze”, a ben vedere, presuppongono una capacità di conoscenza e di dialogo con se stessi, ma soltanto la “coscienza del credente” ritrova e ascolta la voce di una dimensione trascendente.

Che l'obiezione fondata sulla coscienza sia dotata di una così radicale impermeabilità rispetto alla dimensione politica e sia relegata alla pura soggettività dell'autoanalisi è un'affermazione che presta facilmente il fianco a non poche obiezioni, perché sembra non considerare minimamente l'eco pubblica e (oggi diremmo anche) mediatica dei cosiddetti movimenti obiettori e la loro capacità di assumere un preciso ruolo a livello politico. L'autrice si accorge prontamente di ciò e precisa la sua analisi, affermando che «non c'è dubbio che anche una (tale) obiezione fondata sulla coscienza possa assumere un

significato politico quando questi scrupoli si trovino in un certo numero di coscienze e quando questi obiettori decidano di far ascoltare le loro voci sulla pubblica piazza. Ma allora non si tratta più di individui [...] La decisione presa *in foro conscientiae* fa ormai parte della pubblica opinione e se coloro che fanno parte di questo gruppo specifico che proclama la disobbedienza civile possono ancora utilizzare questa giustificazione iniziale- la voce della coscienza- di fatto non fanno più affidamento soltanto su questa forza»¹⁵⁷. L'obiezione di coscienza come fenomeno individuale può trasformarsi, quindi, quando "un certo numero di coscienze" si fa portatore delle medesime ragioni nello spazio pubblico; viene così meno l'individualità della condotta, che insieme alla "coscienziosità" della motivazioni della disobbedienza, sembra costituirne un requisito costitutivo, e si ha un'ipotesi di disobbedienza civile. Quest'ultima ha inizio «quando un certo numero di cittadini ha acquisito la convinzione che i normali meccanismi del cambiamento non funzionano più o che le loro richieste non sarebbero ascoltate o non avrebbero alcun effetto o, ancora, proprio al contrario, quando essi credono che sia possibile far mutar rotta a un governo impegnato in qualche azione, ma la cui legittimità e la cui costituzionalità siano fortemente in discussione»¹⁵⁸. La disobbedienza civile sembrerebbe nascere, secondo Arendt, o per gemmazione, a seguito dell'accumularsi di ipotesi individuali di obiezioni di coscienza, o, come ipotesi principale, da un' «azione extragiuridica»¹⁵⁹, pubblica¹⁶⁰ e non violenta, dettata dalla

¹⁵⁷ H. Arendt, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 57.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 63.

necessità di un cambiamento ormai non più attuabile con strumenti legali. E in modo ancora più esplicito, «diversamente dall'obiezione di coscienza, colui che pratica la disobbedienza civile fa parte di un gruppo e questo gruppo, lo si voglia o no, è formato e animato dallo stesso spirito che ha informato le associazioni volontarie»¹⁶¹ e l'obietto è «il solo trasgressore che il tribunale non consideri come un criminale»¹⁶². La coscienza dell'obietto è una coscienza *individuale*, e quindi soggettiva e apolitica. Quando tale coscienza individuale trova corrispondenza in altre coscienze individuali e si fa coscienza collettiva, e quindi politica, si opera uno scarto e l'obiezione sfocia, o sarebbe più corretto dire si trasforma, in disobbedienza.

L'importanza accordata dalla Arendt alla dimensione laica della coscienza e la lettura critica dell'esistenza di un «diritto superiore profano» che la ispira sono tra i profili di maggiore originalità della riflessione di Hannah Arendt sull'obiezione di coscienza. È infatti significativo che l'autrice esprima il proprio scetticismo sulle ipotesi, individuate dall'autore americano Norman Cousin, in cui sarebbe auspicabile la concezione di un «diritto superiore puramente laico», dicendosi restia a convincersi «della validità di questa interpretazione del diritto superiore «in termini di principi prioritari» che risulta da questa enumerazione».¹⁶³ L'affermazione della priorità di un

¹⁶⁰ Il requisito della pubblicità serve all'autrice per distinguere la fattispecie della disobbedienza da quella della *cospirazione*, nella quale vi è comunanza di ispirazione tra i soggetti che vi prendono parte, ma l'impresa ha necessariamente carattere segreto.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 84.

¹⁶² *Ibidem*, p. 85.

¹⁶³ Nello specifico, le ipotesi di Cousin riportate dalla Arendt sono le seguenti:

principio, infatti, non può che condurre a chiedersi dove risieda il fondamento di tale priorità, e se essa viene ancorata all'esistenza di un *diritto superiore laico*, il riferimento al diritto naturale e alle relative criticità che esso si porta con sé è immediato. Più precisamente, se da una lato una legge superiore divina non permetterebbe in alcun modo una società pluralista e uno spazio politico comune di confronto, nel quale costruire insieme una "parola nuova" o originale, dall'altro nemmeno postulare un diritto superiore laico che regoli la società umana nel suo complesso garantirebbe alcunché: certamente influenzata dalla sua personale esperienza di migrante, Arendt sostiene con forza l'idea che soltanto le nazioni possono proteggere i propri cittadini e garantire loro alcuni diritti. Se l'individuo non ha alle spalle una nazione che li garantisca non ha sostanzialmente diritti e risulta quindi un'operazione inutile postulare un diritto superiore a quello delle singole comunità politiche.

« In caso di conflitto tra la sicurezza di uno Stato sovrano e quella della comunità umana presa nel suo insieme, la salvaguardia di quest'ultima ha la precedenza.

In caso di conflitto tra il benessere dell'umanità e il benessere della nazione, il benessere dell'umanità deve essere prioritario.

In caso di conflitto tra i bisogni della generazione presente e quelli delle generazioni future, questi ultimi devono avere la priorità.

In caso di conflitto tra i diritti dello Stato e i diritti dell'uomo, questi ultimi hanno la priorità. L'esistenza di uno Stato non potrebbe giustificarsi se non perché esso serve a garantire l'esercizio dei diritti dell'uomo.

In caso di conflitto tra una decisione pubblica e la coscienza privata, è quest'ultima con la sua valutazione ad avere la priorità.

In caso di incompatibilità tra il perseguimento del benessere e la prova imposta dalla preservazione della pace, la pace rappresenta un imperativo prioritario» (N. Cousins, *A Matter of Life*, 1963, pp 83-85, in *Rutgers Law Review*, Newark, p. 26).

L'analisi dell'obiezione di coscienza si inserisce nel quadro della più ampia lettura critica proposta da Arendt sul tema dell'obbligazione morale di rispettare le leggi, obbligazione «che spetta ad ogni cittadino» e «si giustifica tradizionalmente in base all'idea che egli ha acconsentito a sottomettersi, o che egli stesso ha fatto opera di legislatore, o in base all'idea che, sotto il regno del diritto, gli uomini non sono sottomessi ad una volontà estranea, ma obbediscono solo a se stessi». Da questo consegue «che ciascuno è contemporaneamente padrone e schiavo di se stesso e che il conflitto originario tra cittadino, preoccupato del bene pubblico, e il privato, che ricerca la propria felicità, è interiorizzato».¹⁶⁴ Quella esposta è la soluzione rousseauiana e kantiana del problema dell'obbligazione, in precedenza già criticata da Hegel¹⁶⁵, che viene dichiaratamente ripresa da Arendt «dal punto di vista della scienza politica moderna», mettendo in evidenza sia le difficoltà nascenti dall'origine fittizia del consenso che esse presuppongono, sia il tentativo di ridurre ogni questione ad un problema di coscienza, «riguardante un rapporto intimo tra me e me stesso». L'idea di consenso ricostruita dall'autrice, invece, implica il diritto di dissenso, o più precisamente il «diritto di esprimere il proprio disaccordo». Riprendendo «l'accordo tacito, quella sorta di *consensus universalis*» di cui parlava Tocqueville, Arendt afferma la necessità di distinguerlo nettamente rispetto al consenso a leggi specifiche o ad una politica determinata: non solo il consenso implicito dato alla Costituzione non implica il consenso alle leggi votate

¹⁶⁴ H. Arendt, *op. cit.*, p. 69.

¹⁶⁵ Cfr. G. W. F. Hegel, *Differenz des Fichtes'schen und Schelling'schen System der Philosophie*, Meiner, Hamburg, 1801, p. 70.

in un sistema democratico e rappresentativo, ma il sistema di governo rappresentativo ha perduto col tempo «tutte le istituzioni che potevano permettere una reale partecipazione dei cittadini»¹⁶⁶. È in questo quadro che si iscrive l'analisi degli strumenti del dissenso proposta dall'autrice, nel tentativo di rinvenire un significato istituzionale a tali fenomeni.

2.3 John Rawls e il *conscientious refusal*

Fra i primi autori che se ne sono occupati, John Rawls distingue abbastanza nettamente a livello teorico il concetto di disobbedienza civile da quello di obiezione di coscienza, o, per usare l'espressione di Rawls, da quello del *rifiuto per ragioni di coscienza*. «Bisogna tuttavia riconoscere che separare queste due idee significa dare una definizione di disobbedienza civile più ristretta di quella tradizionale; è infatti normale considerare la disobbedienza civile in un senso più ampio, come una qualsiasi mancata osservanza alla legge per ragioni di coscienza, perlomeno quando non è segreta e non implica l'uso della forza»¹⁶⁷. L'analisi si inserisce nel più ampio e complesso disegno teorico che il filosofo americano cerca di delineare nella sua teoria della giustizia, e, più precisamente, la trattazione distinta della disobbedienza civile e dell'obiezione di coscienza rappresenta una parte importante del capitolo dedicato ai concetti di dovere e obbligo. Tale analisi viene condotta distinguendo due profili per entrambe le forme di dissenso: la loro definizione e la loro giustificazione.

¹⁶⁶ H. Arendt, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶⁷ J. Rawls, *op. cit.*, p. 352.

Il problema della disobbedienza civile e quello dell'obiezione di coscienza, così come li interpreta Rawls, sorgono solo nel contesto di uno stato democratico relativamente giusto, per quei cittadini che ne accettano e riconoscono la costituzione¹⁶⁸. Esse non mettono in discussione l'obbligo politico, ma una determinata legge da diversi punti di vista ed in entrambi i casi si tratta di forme civili di resistenza, dal momento che non si mette in discussione la 'giustizia' o 'quasi-giustizia' dell'ordinamento, bensì si vuole adeguare al senso di giustizia singole leggi considerate ingiuste. Mentre la disobbedienza civile è «un atto di coscienza pubblica, non violento, e tuttavia politico, contrario alla legge, in genere compiuto con lo scopo di produrre un cambiamento nelle

¹⁶⁸ «[...]assumerò che il contesto sia quello di uno stato di quasi-giustizia, vale a dire uno stato in cui la struttura base della società sia quasi-giusta» (*ibidem*, p. 337). Cosa si intende per società *quasi giusta* (nearly just society)? Può risultare utile riportare la definizione che Rawls fornisce in lingua originale: si tratta di una società «well-ordered for the most part but in which some serious violations of justice nevertheless do occur» (J. Rawls, *A theory of Justice*, Oxford, 1972, p. 363). Cosa intende Rawls per 'giusto'? «[...] il concetto di (qualcosa come) giusto è identico, o meglio può essere sostituito, da quello di essere in accordo con i principi che nella posizione originaria sarebbero riconosciuti come appropriati alle cose di quel genere. Non interpreto questo concetto di giusto come un'analisi del significato del termine "giusto", qual viene comunemente usato nei contesti morali. Esso non va inteso come un'analisi del concetto di giusto in senso tradizionale. È piuttosto la nozione più ampia di giustizia come equità che va intesa come un sostituto delle concezioni esistenti. [...]Secondo questa interpretazione si potrebbero considerare la giustizia come equità e la giustizia [*rightness*] come equità come mezzi per fornire una definizione o una spiegazione dei concetti di giustizia e di giusto[*right*] » (J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, p. 119-120).

leggi o nelle politiche del governo»¹⁶⁹, l'obiezione di coscienza viene definita come «la mancata osservanza a un'ingiunzione giuridica o a un provvedimento amministrativo più o meno diretti. Si tratta di un'obiezione nel senso che ci viene rivolto un ordine e, data la natura della situazione, il nostro acconsentirvi o meno è noto all'autorità»¹⁷⁰. Da Thoreau in poi si è teso a considerare comunemente come disobbedienza civile qualsiasi atto di non accondiscendenza con la legge per motivi di coscienza, comunque fondati, almeno quando non sia nascosto e non implichi l'uso della forza. Per Rawls, invece, come la nonviolenza del metodo e la fedeltà dell'ordinamento separano la disobbedienza civile dall'azione del rivoluzionario, così il carattere della politicità delle motivazioni e della pubblicità del gesto servono a distinguerla dalla obiezione di coscienza.¹⁷¹ Occorre, però, che l'azione dell'obiettore sia *nota* alle autorità, per quanto possa in alcuni casi desiderare occultarla. Nell'ipotesi in cui sia segreta, non si tratterebbe più di obiezione di coscienza, ma di «evasione colpevole» o «evasione di coscienza» (*conscientious evasion*).¹⁷² Gli esempi tipici di obiezioni di coscienza adottati dall'autore sono quelli del rifiuto dei primi cristiani di compiere atti di devozione prescritti dallo stato pagano o dei testimoni di Geova di salutare la bandiera. Altri esempi sono rappresentati dalla volontà di un pacifista di non entrare nelle forze armate, o da quella di un soldato di non

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 348.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 352.

¹⁷¹ Cfr. sul punto G. Cosi, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷² Rawls ricorda a questo proposito le violazioni segrete di una legge sugli schiavi fuggitivi come esempio di evasione colpevole.

obbedire a un ordine che egli considera chiaramente contrario alla legge morale che si applica in guerra.

Nel tentativo di fornirne un'articolata definizione, Rawls illustra dialetticamente le caratteristiche che distinguerebbero l'obiezione di coscienza dalla disobbedienza civile. «In primo luogo, l'obiezione di coscienza non è una forma di appello che si richiama al senso di giustizia della maggioranza»¹⁷³: mentre il disobbediente civile fa appello alla concezione della giustizia pubblicamente condivisa e sottostante all'ordinamento *politico*¹⁷⁴, l'obietto si rifiuta di obbedire ad un ordine o di osservare un'ingiunzione

¹⁷³ J. Rawls, *op. cit.*, p. 353.

¹⁷⁴ La posizione di Rawls diverge fortemente rispetto a quella di Dworkin. Quest'ultimo distingue nettamente tra i diritti della maggioranza o di un gruppo sociale in quanto tali, dai diritti degli individui-cittadini, annoverando tra questi i *rights against the Government* (diritti morali resi legali dalla Costituzione americana). Tali diritti contro il Governo non si appellano ad alcun senso di giustizia della maggioranza: «un diritto contro il governo deve essere il diritto di compiere una certa azione anche quando la maggioranza ritiene che sarebbe sbagliato compierla, anche quando la maggioranza subirebbe dei danni se fosse compiuta» (R. Dworkin, *op. cit.*, p. 282). In altri termini, i diritti contro il Governo, sono anche diritti contro la maggioranza ed è a partire da questa nozione che Dworkin sostiene che «nella nostra società un soggetto ha talvolta il diritto, in senso forte, di disobbedire alla legge [...] ogniqualvolta la legge limiti in modo ingiusto i suoi diritti contro il governo» (p. 279). Nel quadro così delineato trovano posto la disobbedienza civile e l'obiezione di coscienza, che Dworkin non analizza separatamente, riconducendo entrambe a quel *diritto di disobbedire*, il quale non si configura come «un diritto separato che ha a che fare con la coscienza», ma «è semplicemente una caratteristica di questi diritti contro il governo, e non può essere negato, in linea di principio, senza negare l'esistenza di questi diritti» (*Ibidem*).

giuridica semplicemente per ragioni di coscienza, senza richiamarsi alle convinzioni della comunità e mettendo in conto che «può non esistere alcuna base per la comprensione reciproca», ovvero sapendo che il suo motivo di coscienza potrebbe essere irrilevante o addirittura non condiviso. In questo senso, l'obiezione di coscienza non è un atto compiuto in pubblico o tanto meno un pubblico appello e l'elemento della pubblicità dell'atto, di quelli individuati da Rawls, è forse il carattere discriminante più significativo tra le due figure. Nella disobbedienza essa è costitutiva e desiderata, nell'obiezione è accessoria e, al limite, accidentale. A questo si aggiunge che gli obiettori possono anche non avere alcuna aspettativa per il cambiamento di leggi e di politiche, tanto che può non esistere alcuna probabilità che la maggioranza recepisca le loro pretese. Espresso in altri termini, l'obiettore chiede un'esenzione individuale nei confronti di una legge che è genericamente giusta, in quanto conforme ai principi morali di base dell'ordinamento, e quindi al senso di giustizia condiviso della maggioranza. Nel richiedere ciò, infatti, l'obiettore si richiama ad una convinzione morale personale, ovvero a ragioni non necessariamente pubbliche e non necessariamente condivise.

Quali principi possono essere alla base dei motivi di coscienza? «L'obiezione di coscienza non è necessariamente basata su principi politici»¹⁷⁵. Essa può essere fondata su principi religiosi o di altro genere e, per chiarire meglio, Rawls porta l'esempio dei primi cristiani. Se essi avessero giustificato il loro rifiuto di osservare i riti religiosi dell'impero per ragioni di giustizia (come ad esempio uguale libertà di culto *et similia*) e non perché

¹⁷⁵ J. Rawls, *op. cit.*, p. 353.

erano contrari alle loro convinzioni religiose, la loro pretesa sarebbe stata politica e quindi avrebbe esulato dall'ambito dell'obiezione. Tuttavia, «l'obiezione di coscienza può essere basata su principi politici»: ci si può rifiutare di rispettare una legge se si pensa che essa è tanto ingiusta che osservarla sarebbe del tutto fuori questione. Sempre per esemplificare, Rawls riporta il caso in cui la legge comandasse di ridurre qualcuno in schiavitù o richiedesse di sottometterci ad un destino simile; esse costituirebbero patenti violazioni di «principi politici riconosciuti». Questa precisazione, a ben vedere, rende la posizione di Rawls sull'obiezione di coscienza alquanto sfuggente. Se si ha un'ipotesi di obiezione di coscienza nel caso in cui una legge sia a tal punto ingiusta da diventare inosservabile in base a principi politici, in base a che cosa potremmo ricavare questi «principi politici riconosciuti»? Se l'ingiustizia della legge viene dedotta dalla visione morale, sia essa religiosa o non, di ciascuno, viene a cadere la politicità in senso stretto dei motivi: si tratterebbe infatti di un'ingiustizia valutata individualmente. Ma se quei principi politici di cui si rileva la violazione sono quelli riconosciuti da tutti, perché dedotti dal rawlsiano “senso di giustizia della maggioranza”, il ragionamento finisce per diventare teoricamente improduttivo, perché scompare l'obiezione di coscienza e si ha una tipica ipotesi di disobbedienza civile. Rawls stesso precisa che «nelle situazioni reali, non c'è alcuna distinzione netta tra la disobbedienza civile e l'obiezione di coscienza» e che «la stessa azione (o sequenza di azioni) può possedere rilevanti elementi di entrambe»¹⁷⁶. Semmai occorrerebbe chiedersi in cosa consista la politicità di un principio secondo Rawls, e se per distinguere tra disobbedienza

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 354.

civile e obiezione di coscienza sia davvero necessario richiamarsi ai motivi del disobbediente e non, più semplicemente, alla distinzione tra *atto di coscienza pubblico per soli motivi politici* (disobbedienza civile) e *atto di coscienza personale (anche) per motivi politici* (obiezione di coscienza).

Nel secondo dei due profili nei quali si articola la sua analisi, ovvero la giustificazione dell'obiezione di coscienza, Rawls prende solamente in considerazione l'obiezione a partecipare a determinati atti di guerra o ad adempiere al servizio militare obbligatorio¹⁷⁷, assumendo

¹⁷⁷ L'obiezione per motivi di coscienza al servizio militare viene considerata anche da Dworkin nell'ambito della sua analisi sulla disobbedienza civile. In particolare il riconoscimento di questa ipotesi di obiezione di coscienza risponderebbe alla logica della "tolleranza selettiva": «una società non può sopravvivere se tollera qualsiasi disobbedienza, ma da ciò non segue, né vi è alcuna prova in merito, che essa si disinteressi se ne tollera alcuni. Negli Stati Uniti i pubblici ministeri hanno in alcuni casi discrezionalità nell'applicare la legge penale. [...] Questa discrezionalità non è una licenza – ci si aspetta che i pubblici ministeri abbiano buoni motivi per esercitarla- ma vi sono, almeno *prima facie*, buone ragioni per non perseguire coloro che disobbediscono alle leggi sul servizio di leva obbligatorio per ragioni di coscienza. [...] Se le motivazioni possono valere per distinguere tra tipi di ladri, perché non possono valere per distinguere tra tipi di trasgressori alle leggi sulla leva obbligatoria?» (R. Dworkin, *op. cit.*, p. 300). Simmetrica a questa tolleranza selettiva dovrebbe essere prevista una obiezione selettiva, simile alla posizione rawlsiana dell'obiezione politicamente motivata, ma non necessariamente fondata su motivi morali a base religiosa: «La legge sul servizio di leva obbligatorio garantisce l'esenzione agli obiettori di coscienza, ma questa esenzione è stata limitata dagli uffici di leva soltanto a coloro che per motivi *religiosi* sono contrari a *tutte* le guerre. [...] La violazione della personalità che si compie costringendo le persone a uccidere quando esse ritengono che uccidere sia immorale, è

che tale obiezione «sia basata su principi politici e non religiosi o di altro genere», ovvero che i principi adottati a giustificazione siano quelli della «concezione di giustizia sottostanti alla costituzione»¹⁷⁸. Nell'originale lettura rawlsiana si tenta una giustificazione dell'obiezione di coscienza partendo dall'applicazione della sua teoria della giustizia al diritto internazionale: «si può estendere l'interpretazione della posizione originaria e considerare le parti come rappresentanti di nazioni differenti che devono scegliere insieme i principi fondamentali per regolare le pretese conflittuali degli stati»¹⁷⁹. Tale posizione originaria

grave nella stessa misura sia quando le loro convinzioni sono basate su motivazioni di tipo laico sia quando tali convinzioni sono abbastanza articolate da permettere di distinguere dal punto di vista morale anche tra guerre diverse. [...] Uno Stato laico per principio non può preferire una morale religiosa a una morale non religiosa. Vi sono argomenti utilitaristici per limitare l'esenzione alle obiezioni di coscienza assolute o a quelle di tipo religioso: infatti, riconoscere simili esenzioni ha un costo minore e permette di distinguere più facilmente tra obiettori sinceri e obiettori insinceri. Ma queste ragioni utilitaristiche sono irrilevanti, perché non possono essere annoverate tra le motivazioni per limitare un diritto» (*Ibidem*, p. 291).

¹⁷⁸ J. Rawls, *op. cit.*, p. 360. Sarebbe la mancanza di pubblicità delle ipotesi considerate a distinguerle dalla disobbedienza civile.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 361. Il concetto di *original position* è alla base di tutta la teoria della giustizia rawlsiana e rappresenta contemporaneamente il presupposto epistemologico per comprenderne il neocontrattualismo. Il filosofo americano immagina individui razionali, reciprocamente disinteressati, che s'incontrano in una certa situazione, oppure che sono staccati dalle altre caratteristiche non previste in questa situazione. In tale ipotetica condizione di scelta, definita *posizione originaria*, tali individui scelgono i principi primi di una concezione della giustizia che deve regolare tutte le successive critiche e riforme delle loro istituzioni. Mentre compie questa scelta, nessuno conosce il suo

annullerebbe «le contingenze e i pregiudizi del destino storico» e la giustizia tra gli stati verrebbe determinata da principi politici, «poiché governano le politiche pubbliche nei confronti di altre nazioni», scelti in seno alla posizione originaria così interpretata. Quali sono i principi che verrebbero riconosciuti e che, se non rispettati, renderebbero ingiusto un conflitto e legittima l'opposizione per motivi di coscienza? Il principio fondamentale di uguaglianza, ovvero «popoli indipendenti, organizzati in stati, possiedono certi eguali diritti fondamentali». Conseguenza dell'uguaglianza tra le

posto nella società, né la sua posizione o il suo *status* sociale, né le sue qualità o abilità naturali, né la sua forza e la sua intelligenza, e via discorrendo. I principi su cui i soggetti nella posizione originaria si metterebbero d'accordo sono quello dell'uguaglianza nell'assegnazione dei diritti e dei doveri fondamentali, e quello secondo cui le disuguaglianze sociali ed economiche sono giuste solo se si risolvano in benefici che compensano tutti, e in particolare i membri delle società meno avvantaggiati (cfr. J. Rawls, *op. cit.*, pp. 38 e ss.). Con riferimento all'applicazione di tale ipotesi teorica iniziale al diritto internazionale, Rawls assume che i rappresentanti delle nazioni siano « privi di vari tipi di informazione. Pur sapendo di rappresentare differenti nazioni, ciascuna delle quali si trova nelle normali circostanze della vita umana, essi non fanno nulla riguardo alle particolari circostanze della propria società, alla sua potenza e forza paragonata a quella di altre nazioni, e non fanno inoltre qual è la loro posizione all'interno della propria società. Ancora una volta, viene concessa alle parti contraenti, in questo caso i rappresentanti degli stati, soltanto la conoscenza sufficiente a compiere una scelta razionale che protegga i propri interessi, e non quella che permetterebbe ai più fortunati tra loro di trarre vantaggio dalla loro particolare situazione. Questa posizione originaria è equa riguardo alle nazioni» (*Ibidem*, pp. 360-361). Per una rilettura critica della teoria rawlsiana della posizione originaria cfr. R. Dworkin, *op. cit.*, pp. 223 e ss.

nazioni è il principio di autodeterminazione, cioè «il diritto di un popolo a risolvere i propri problemi senza che intervengano potenze straniere», da cui deriva sia il diritto di autodifesa contro l'attacco, sia il diritto di stipulare alleanze difensive per proteggere tale diritto. L'ultimo principio può essere sintetizzato con il brocardo latino *pacta sunt servanda*, ovvero il principio che impone che i trattati vengano rispettati, se compatibili con gli altri principi che regolano i rapporti tra gli stati. Nel complesso tali principi definiscono quando «una nazione ha una giusta causa per la guerra» ovvero il suo *ius ad bellum*; ma esistono anche principi che regolano i mezzi che una nazione può utilizzare nel fare guerra, ovvero il suo *ius in bello*. Nel caso di una guerra giusta, ad esempio, certe forme di violenza rimangono assolutamente inammissibili. Se i principi sopra enunciati non vengono rispettati, la guerra è *ingiusta* ed è legittimo il rifiuto politicamente motivato di partecipare ad essa (anche se il rifiuto stesso può (o forse deve) non essere un atto politico, «poiché non ha luogo in pubblico»¹⁸⁰).

Poiché «la condotta e gli scopi degli stati, e in particolari delle grandi potenze, quando muovono guerra, [...] hanno tali probabilità di essere ingiusti»¹⁸¹, è necessario ipotizzare un'obiezione di coscienza, o un rifiuto di coscienza, differenziato e politicamente motivato a partecipare ad atti di guerra *solo* in determinate circostanze. Per Rawls, ciò che serve realmente al fine di mantenere nei limiti della giustizia il rapporto tra le nazioni, non è un pacifismo indiscriminato e generalizzato, perché «il rifiuto di prendere parte a tutte le guerre in qualunque condizione è frutto di posizioni mistiche

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 362.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 364.

destinate a restare una dottrina settaria». Espressa in altri termini, quella sostenuta da Rawls è un'«obiezione di coscienza basata sui principi di giustizia dei popoli che si applicano a conflitti particolari». Anche la posizione dell'autore sulla coscrizione obbligatoria rispecchia questa impostazione: se da un lato egli riconosce che la coscrizione obbligatoria «è una drastica interferenza con le libertà fondamentali dell'eguale cittadinanza», dall'altra «essa non può essere giustificata da alcuna necessità meno impellente di quella della sicurezza nazionale». La coscrizione è quindi permessa solo se richiesta dalla difesa stessa della libertà, che «comprende non soltanto la libertà dei cittadini della società in questione, ma anche quelle delle persone che fanno parte di altre società». In una società democratica in cui esiste la coscrizione, una persona può rifiutarsi in coscienza di attenersi al dovere giuridico di entrare nelle forze armate in una certa guerra, solo se gli scopi del conflitto sono ingiusti e non in base all'adesione personale ad un determinato credo pacifista.

La ricostruzione della giustificazione dell'obiezione di coscienza a partire dall'applicazione della teoria della giustizia al diritto internazionale è uno dei tratti di maggiore originalità dell'analisi proposta e di coerenza rispetto al più ampio e complesso impianto teorico nel quale si inserisce. Tanto l'obiezione di coscienza quanto la disobbedienza civile sono considerate «meccanismi di stabilizzazione di un sistema costituzionale»¹⁸² (sebbene, a

¹⁸² *Ibidem*, p. 365. Questo concetto viene ben sintetizzato da A. Ogien e S. Laugier: «Bref, ce qui est déterminant pour Rawls n'est donc pas la résolution individuelle de celui qui désobéit pour être en accord avec son sens de la justice, mais le travail collectif et incessant accompli pour préserver et accroître le caractère juste des institutions de base de la société» (A. Ogien e S. Laugier, *Pourquoi désobéir en démocratie?*, La Découverte, Paris, 2011, p. 59).

detta dell'autore, essi siano per definizione illegali), volti a mantenere e rafforzare le istituzioni giuste. Inquadrate in questo modo, esse entrano a far parte della teoria dell'ordinamento democratico ed hanno la capacità di incidervi significativamente¹⁸³. Nonostante l'opacità di alcune distinzioni relative ai motivi che spingerebbero il soggetto a disobbedire, opacità ricondotta ad una non completa distinguibilità fenomenologica tra le fattispecie considerate, l'idea che suscita maggiori perplessità è il rawlsiano «senso di giustizia della maggioranza»¹⁸⁴, il cui appello è presente nel disobbediente civile e assente nell'obietto di coscienza. Tale idea è una finzione intellettualistica, sul piano del kantiano dover essere, e quindi ha valore come ipotesi teorica (al pari della posizione originaria come base di partenza della teoria neocontrattualistica rawlsiana), oppure il «senso di giustizia della maggioranza» opera sul piano descrittivo, registrando la concreta esistenza nel tessuto sociale di una sensibilità maggioritaria e collimante in materia giustizia?

¹⁸³ Tanto la posizione di Arendt, quanto le analisi di Rawls e Dworkin mettono in luce come la disobbedienza civile (in primo luogo) e l'obiezione di coscienza rappresentino un fenomeno omogeneo, se non addirittura funzionale, al modo anglosassone di intendere la dinamica giuridica, e in particolare ad alcune peculiarità proprie dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti, quali il sindacato diffuso di legittimità costituzionale delle leggi e la presenza nella costituzione statunitense di principi morali 'positivizzati'.

¹⁸⁴ Il modo di intendere la giustizia è un punto di forte divergenza tra Arendt e Rawls. Se il secondo riconduce la disobbedienza civile ad una forma di appello alla concezione della giustizia condivisa dalla comunità, per la prima essa è il riconoscimento di una funzione costitutiva della comunità propria dell'uomo che vive e si costituisce in rapporto con l'altro, in riferimento a un concetto di giustizia e di vero che si forma attraverso l'incontro di opinioni.

Rawls sembra propendere per la seconda soluzione: «alcuni potrebbero obiettare che questa teoria della disobbedienza civile non è realistica. Essa presuppone che la maggioranza possieda un senso di giustizia, e vi si potrebbe obiettare che i sentimenti morali non costituiscono una forza politica.[...] In primo luogo ho sempre assunto di avere a che fare con una società quasi-giusta. Ciò implica l'esistenza di un regime costituzionale e di una concezione della giustizia riconosciuta pubblicamente»¹⁸⁵. Il comune senso di giustizia costituirebbe un'«importante dote collettiva», capace di influire sull'interpretazione della vita politica, sulla percezione dei possibili corsi d'azione, sulla volontà di opporsi alle giustificate proteste di altri e così di seguito. Tuttavia, l'autore ammette che vi possono essere «considerevoli differenze tra le concezioni della giustizia dei cittadini, a condizione che esse conducano a giudizi politici simili»¹⁸⁶. In una società quasi-giusta, quindi, il comune senso di giustizia della maggioranza non si traduce in una completa omogeneità morale della maggioranza dei consociati, ma nella capacità di giungere da premesse morali differenti alle medesime conclusioni (politiche).¹⁸⁷ Del senso di giustizia della maggioranza occorre quindi fornire una lettura *latu sensu* politica per comprendere perché esso sarebbe presente nel disobbediente civile, ma non nell'obiettore di coscienza.

¹⁸⁵ J. Rawls, *op. cit.*, p. 370.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 369.

¹⁸⁷ Questo sarebbe possibile grazie all'*overlapping consensus* o consenso per sovrapposizione: «la sovrapposizione delle concezioni di giustizia professate è sufficiente affinché la disobbedienza civile sia una forma ragionevole e prudente di dissenso politico» (p. 369).

Rimane un profilo dell'obiezione di coscienza che non viene affatto toccato dall'analisi di Rawls, forse più interessato a collocare la disobbedienza e l'obiezione nella complessa architettura della sua teoria della giustizia; un profilo che diventa determinante nell'individuazione dei suoi possibili profili di specificità rispetto alla disobbedienza civile: la potenziale (e ormai effettiva) configurabilità di un diritto "positivo" all'obiezione di coscienza, garanzia della pluralità di visioni morali esistenti nella società. Alla sua individuazione e contestualizzazione sarà dedicato il contributo offerto da Joseph Raz.

2.4 Joseph Raz and *the general right to conscientious objection*

Come Rawls, Raz analizza separatamente la disobbedienza civile e l'obiezione di coscienza, distinguendole nettamente e cercando di individuare se e a quali condizioni esista un diritto morale¹⁸⁸ a violare la legge per motivi politici o morali. L'accertamento di tale esistenza è condizione allo stesso tempo necessaria e sufficiente per fornirne un riconoscimento legale, rispetto al quale individuare le possibili forme che esso può assumere. Mentre Rawls o Dworkin presuppongono

¹⁸⁸ Allo stesso modo di Dworkin, Raz utilizza l'espressione «moral right» (J. Raz, *A right to dissent? I. Civil Disobedience*, in *The authority of law, Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 262), andando ad indicare, in modo piuttosto vago, «qualsiasi comportamento giuridicamente rilevante, moralmente fondato e strettamente legato all'iniziativa individuale» (G. Così, *op. cit.* p. 47, nota 106).

l'esistenza di un'obbligazione ad obbedire alla legge, Raz non premette alla sua trattazione il postulato di tale obbligo politico e si muove maggiormente in un'ottica utilitaristica connessa al concetto di danno sociale: non è tanto il tipo di azione e i suoi motivi che contano, quanto piuttosto i risultati che ne conseguono. L'indagine prende le mosse dalla classificazione delle tre principali categorie di comportamenti disobbedienti moralmente o politicamente motivati, comportamenti rispetto ai quali l'agente nega di aver agito ingiustamente:

1. «La *disobbedienza rivoluzionaria* è una violazione della legge politicamente motivata allo scopo di cambiare o di contribuire direttamente ad un cambiamento del governo o di un assetto costituzionale (il sistema di governo).

2. La *disobbedienza civile* è una violazione della legge motivata politicamente o per contribuire direttamente ad un cambiamento della legge o di una politica pubblica, o per esprimere la propria protesta contro, e la propria disociazione da, una legge o una politica pubblica.

3. L'*obiezione di coscienza* è una violazione della legge compiuta perché all'agente è moralmente proibito obbedirvi, o per la materia generale di cui si occupa (es. la coscrizione obbligatoria per i pacifisti assoluti) o perché essa copre determinati casi che non dovrebbero neppure essere disciplinati da una legge»¹⁸⁹.

Le caratterizzazioni della disobbedienza civile e dell'obiezione di coscienza sono praticamente coincidenti

¹⁸⁹ J. Raz, *op. cit.*, p. 263. Non essendo presente una traduzione integrale in italiano dell'opera *The Authority of law*, nel testo viene riportata la traduzione da me realizzata e in nota il riferimento alla parte del testo originale inglese oggetto di traduzione.

con quelle fornite da Rawls: si tratta di un gesto pubblico, politicamente motivato e volto al cambiamento della legge nel caso della disobbedienza, e di un rifiuto individuale per motivi morali di obbedire a un comando legale senza immediati obiettivi di mutamento normativo nel caso dell'obiezione. Tuttavia, la definizione di disobbedienza civile è la più ampia tra quelle incontrate fin ora ed è connessa esclusivamente ai motivi del comportamento disobbediente (non si prevede alcun requisito formale come la pubblicità e la non violenza, come prevedeva anche Harendt), caratterizzato nei termini di un'azione politica finalizzata al mutamento normativo tramite violazione, diversamente dalla condotta del rivoluzionario che usa la violazione della legge come mezzo per la sovversione dell'ordinamento. Su indicazione dello stesso autore, tale classificazione non deve essere intesa in modo rigido perché le categorie individuate possono spesso sovrapporsi per singole fattispecie reali. Anche questo è un punto di consonanza con Rawls, il quale ravvisava una non completa distinguibilità tra l'obiezione di coscienza e la disobbedienza civile in alcuni casi concreti.¹⁹⁰ Ciò che distingue nettamente i due autori riguardo alla lettura proposta della disobbedienza civile è il convinto rifiuto di Raz di ogni tentativo di normalizzarla: la pretesa che la disobbedienza civile sia giustificata solo quando tutti gli altri mezzi legali sono falliti o destinati a fallire (posizione rawlsiana¹⁹¹) rappresenterebbe in realtà un tentativo di

¹⁹⁰ Cfr. 2.2, p. 18.

¹⁹¹ Nella parte della sua teoria dedicata alla giustificazione della disobbedienza civile, Rawls afferma che «Un'altra condizione per la disobbedienza civile è la seguente: si può supporre che i normali appelli alla maggioranza politica siano già stati fatti in buona fede, ma siano falliti. I mezzi legali di riparazione non si sono dimostrati utili» (J. Rawls, *op. cit.*, p. 356).

normalizzarla e di renderla una forma di azione politica cui tutti hanno diritto¹⁹². Invece, per Raz, «il suo carattere eccezionale consiste precisamente [...] nel fatto che (negli stati liberali) essa rappresenta un tipo di azione politica a cui nessuno ha diritto»¹⁹³ e in questo modo egli nega di fatto l'esistenza di un diritto generale a disobbedire alla legge e propende per una valutazione da effettuarsi caso per caso, sulla base dei risultati del gesto di dissenso. È sua opinione che, se in un determinato stato dovesse nascere un diritto alla disobbedienza civile, questo dovrebbe essere interpretato solo come il riflesso dell'inadeguatezza delle leggi a porre limiti all'attività politica legittima. La sua conclusione è che non esiste un diritto morale alla disobbedienza civile negli stati liberali, mentre "normalmente" un tale diritto sussiste negli stati illiberali. Poiché in uno stato illiberale esercitare un diritto può implicare la violazione di una legge, i membri di tale tipo di stato avranno un diritto alla disobbedienza civile, si potrebbe dire, direttamente proporzionale a quella parte del diritto alla partecipazione politica che non viene loro riconosciuto dalla legge. La situazione si rovescia nello stato liberale. Ecco perché la disobbedienza civile va considerata negli stati liberali un'azione politica *eccezionale* che travalica il diritto generale all'azione politica. In tutt'altra direzione vanno le sue conclusioni per quanto riguarda l'obiezione di coscienza.

L'analisi dell'obiezione di coscienza presentata nelle pagine di *The Authority of law* si distingue sia per

¹⁹² Anche Arendt ricade nel tentativo di normalizzare la disobbedienza civile, infatti «[...] elle propose de «régulariser» la désobéissance civile en assimilant à une expression du droit d'association garanti par la Constitution américaine» (A. Ogien e S. Laugier, *op. cit.*, p. 59).

¹⁹³ J. Raz, *op. cit.*, p. 275.

l'ampiezza dell'approfondimento teorico, sia per il tentativo di inquadrare l'istituto dell'obiezione di coscienza in un'ottica non più unicamente e squisitamente filosofico politica, ma come *diritto positivo* all'obiezione di coscienza in un'ottica altresì giuridica¹⁹⁴. Mentre con la disobbedienza civile abbiamo un «atto politico», con il quale «un individuo entra nello spazio pubblico in nome del diritto di partecipazione alle decisioni collettive», con l'obiezione di coscienza si ha un «atto privato», con il quale un soggetto «afferma la sua immunità dall'interferenza pubblica in materie che egli considera private»¹⁹⁵. L'idea dell'obiezione di coscienza come strumento per garantire la *privacy* morale di ogni individuo contro la possibile invadenza legale fa parte a pieno titolo del liberalismo per Raz: uno stato potrà dirsi veramente liberale solo se a fianco del diritto di partecipazione politica porrà delle norme volte ad escludere la responsabilità individuale per violazione di un obbligo legale, quando il soggetto ritiene la legge moralmente eccepibile in tutto o in parte e quindi moralmente errato obbedirle¹⁹⁶. La posizione è estremamente forte e

¹⁹⁴ Nonostante Raz affermi che « the purpose of this essay is to examine the principal moral arguments for a general right to conscientious objection, a right to be recognized even in the good state» (p. 278), gli argomenti esposti sono *anche*, ma non solo morali: in particolare la capacità dell'autore di collegare l'obiezione di coscienza da un lato con la libertà di coscienza e dall'altro con il concetto di pluralismo rivelano il tentativo di fondare un diritto all'obiezione di coscienza nell'ambito di un ordinamento di diritto positivo e quindi in un'ottica anche, ma non solo, giuridica.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 276.

¹⁹⁶ «[...] a state is liberal only if it includes laws to the effect that no man shall be liable for breach of duty if his breach is committed because he thinks that it is morally wrong for him to obey the law

porterebbe ad un riconoscimento generalizzato di un diritto all'obiezione di coscienza, dagli effetti prevedibilmente dirompenti. Tale radicalità è ben avvertita dall'autore che sceglie di limitare la sua analisi all'esame di alcune considerazioni contro e a favore del riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza, nel tentativo di condurre a soluzioni legali il più possibili appropriate e soddisfacenti.

Contrariamente agli altri autori considerati, Raz si accorge subito della portata generale che può assumere il riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza. Nonostante «oggi si discute di obiezione di coscienza soprattutto in relazione al servizio militare»¹⁹⁷, se è possibile riconoscere alle persone un simile diritto, non si capisce perché esso non dovrebbe applicarsi anche a materie diverse dal servizio militare. Il nucleo del principio di obiezione di coscienza risiede nel fatto che esistono persone disposte a pagare un prezzo elevato per tenere determinati comportamenti, anche non giustamente motivati da un punto di vista morale, di fronte ad un obbligo giuridico, in genere non condivisi dalla maggioranza dei cittadini¹⁹⁸. Questo rivelerebbe «profondità del loro convincimento»¹⁹⁹. Raz analizza e contrappone due approcci differenti al diritto all'obiezione di coscienza: il primo è l'approccio utilitarista, il secondo è l'approccio umanista o del 'rispetto delle persone'.

on the ground that it is morally bad or wrong totally or in part» (*ibidem*).

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 278.

¹⁹⁸ «[...] it is normally right to expect the conscientious objector to bear the cost to others of his adherence to his principles and therefore there will be little reason in a humanistic state for exemption in normal cases from liability for damages» (p. 284).

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 278.

Se si seguisse un'impostazione strettamente utilitaristica, la via per il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza sarebbe agevole: poiché ogni desiderio soggettivo di agire consequenzialmente rispetto alle proprie convinzioni morali deve avere pieno riconoscimento²⁰⁰, l'utilitarista «esenta l'obiettore non per il suo credo morale, ma per il suo desiderio di agire conformemente ad esso»²⁰¹. In via di principio, quindi, ogni tipo di desiderio (un cappotto di visone, un matrimonio poligamico etc.) darebbe origine alle stesse considerazioni e unicamente le difficoltà nel soddisfare il desiderio dell'obiettore in rapporto ai desideri altrui può far sorgere limitazioni. Tralasciando le criticità logiche e morali di tale impostazione, quello che distingue l'obiettore dagli altri è che egli «desidera conformarsi alle proprie convinzioni, ma [...] tali desideri riflettono una convinzione morale, che li distingue dagli altri desideri che può avere e li connota con uno speciale richiamo al nostro rispetto»²⁰². È quindi la convinzione morale riflessa in tale desiderio e non il desiderio in sé a differenziare la posizione dell'obiettore da quella di altri soggetti e una lettura strettamente utilitaristica risulterebbe quindi assai riduttiva e semplicistica.

L'approccio umanista o, come i filosofi contemporanei preferiscono chiamarlo, di "rispetto della persona", è collegato al principio di autonomia²⁰³ di

²⁰⁰ «[...]this, like any other utilitarian argument, presupposes that every desire which any person may conceive is a reason for action for any other person (provide he can do something about it)» (*Ibidem*, p. 280).

²⁰¹ *Ibidem*, p. 279.

²⁰² *Ibidem*, p. 279-280.

²⁰³ Il concetto di autonomia messo in campo da Raz nell'ambito della sua analisi sull'obiezione di coscienza differisce

ciscuno, ovvero al «diritto e alla capacità di sviluppare le proprie capacità e i propri desideri e di essere in grado di

sensibilmente rispetto a quello utilizzato dallo stesso autore per spiegare il concetto autorità. Quest'ultima richiede agli individui che essi 'svuotino' i loro giudizi: ciò che realmente conta è cioè che nell'obbedire all'autorità i soggetti rinuncino alla loro *autonomia*, ovvero alla loro facoltà di giudicare le singole direttive dell'autorità stessa, bilanciando, per esempio, le rispettive ragioni. Perché gli individui sarebbero tenuti a fare ciò? Per due ragioni principali: in primo luogo l'autorità è giustificata in base alle funzioni che è chiamata ad assolvere e quindi obbedire all'autorità equivale ad accettare di essere governati, laddove essere governati rappresenta un bisogno della comunità; in secondo luogo l'autorità poggia sulla speciale competenza di assicurare il coordinamento sociale, laddove il coordinamento risulta necessario, perché induce le persone ad agire in modo che i benefici attesi siano maggiori di quelli ottenuti dall'agire senza coordinamento. I cittadini, quindi, seguono le direttive dell'autorità avendo rinunciato alla propria autonomia di giudizio, ovvero avendo rinunciato a valutare singolarmente in prima persona. La legittimità che viene riconosciuta all'autorità è legata alla sua essenziale funzione di coordinamento delle azioni dei singoli e dei loro singoli ed eterogenei giudizi su che cosa valga come regola della loro convivenza pacifica. Dal riconoscimento della comune appartenenza ad una comunità da cui ci si aspetta dei benefici e dal riconoscimento del pluralismo delle visioni del mondo nasce il concetto di obbligo politico. Esso può dirsi, a ben vedere, in parte morale e in parte legale, poiché interpella comunque la coscienza dei singoli, sapendo che il mero affidarsi alla coscienza non basterebbe per ottenere l'omogeneità delle singole condotte: a tale scopo occorre affidarsi anche allo strumento legale, dotato di generalità ed astrattezza. In una comunità in cui gli individui hanno idee diverse e sono portatori di visioni diverse, l'ordine politico non può prodursi per spontanea convergenza delle condotte: l'obbligo politico deve agire, per Raz, come la ragione che esclude le altre, ragione superiore a quelle individuali (cfr. sul punto R. Sala, *op. cit.*, pp. 58-59).

condurre un tipo di vita conforme ad essi (to be committed to)». I progetti e gli spazi della vita di una persona che gli altri sono tenuti a rispettare sono quelli «centrali per la propria immagine di persona che si è e costituiscono il fondamento del proprio rispetto per se stessi»²⁰⁴. Sembrerebbe che l'idea centrale di questa visione umanista del rispetto personale sia quella di *dignità* individuale di ogni soggetto. Tuttavia, Raz istituisce immediatamente un collegamento tra il concetto di rispetto per l'autonomia personale così delineato e il concetto di *pluralismo*: «nella misura in cui il concetto di rispetto per le persone conduce a valorizzare l'autonomia personale, esso conduce anche a valorizzare il pluralismo»²⁰⁵. Il concetto di pluralismo cui Raz fa riferimento si manifesta in due forme fondamentali: la creazione e la protezione di condizioni per lo sviluppo delle capacità e dei desideri delle persone in accordo con la loro natura, in modo da aprire ad esse la possibilità di vite soddisfacenti, pur nei limiti imposti dalla necessità della cooperazione sociale e dell'assicurazione di simili opportunità a tutti; creando un ambiente che favorisca le persone a perseguirli nel modo che preferiscono, ferme restando le stesse limitazioni. È da questo secondo aspetto del pluralismo che, secondo Raz, può trovare forza l'argomento a favore del riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza. Questo, riguardando soggetti che sono (o si presumono) dotati di concezioni morali mature e che proclamano il loro diritto a rispettarle, può essere letto come uno strumento messo a disposizione dell'ordinamento per favorire la possibilità di uno sviluppo personale più completo. Riassunto in una frase,

²⁰⁴ J. Raz, *op. cit.*, p. 280.

²⁰⁵ *Ibidem.*

«l'umanesimo conduce all'idea dell'autonomia individuale e questa al pluralismo»²⁰⁶.

Il diritto a non subire coercizioni nella propria coscienza rimane comunque un diritto *prima facie* per Raz e, in quanto tale, esso può essere soggetto a limitazioni al fine di proteggere altri valori ed ideali. Conferirgli importanza assoluta significherebbe preferire il moralmente sbagliato al moralmente giusto ogni volta che l'agente abbia idee morali errate: in questo modo «un numero sufficiente e sufficientemente malvagio di persone sarebbe in grado di creare, anche se rappresentasse una semplice minoranza, il più iniquo degli stati, soltanto ricorrendo al diritto all'obiezione di coscienza. Sicuramente nessuno desidererebbe che Hitler perpetrasse le sue atrocità per il semplice fatto che egli senta il dovere morale di fare così»²⁰⁷. Vi sono quindi fondati motivi per ritenere necessarie determinate limitazioni al riconoscimento giuridico di un tale diritto individuale. In particolare, una società umanistica permetterà in generale l'imposizione di doveri in capo ai soggetti solo se giustificati o nell'interesse della persona stessa soggetta al dovere, o nell'interesse di altri individui identificabili, o, infine, nell'interesse pubblico (ovvero nell'interesse di un insieme di individui non identificabili). Una volta fatta questa precisazione, quale forma legale potrebbe assumere il riconoscimento del diritto a non agire contro la propria coscienza? Una soluzione semplice e radicale sarebbe quella di introdurre una normativa speciale ed unificata che garantisca un diritto all'obiezione di coscienza, applicabile per ottenere l'esenzione dalle responsabilità per la violazione di un complesso prestabilito di leggi. Raz

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 281.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 281-282.

ipotizza alcune soluzioni a riguardo: rispetto ad alcune leggi, si potrebbe far carico all'obietto di ottenere un certificato di esenzione emesso da un'apposita autorità giudiziaria, mentre per altre si potrebbe lasciare la possibilità di scelta tra la richiesta anticipata di esenzione dall'obbligo giuridico e la normale difesa in giudizio della condotta obiettorica, nel caso in cui intervenga una citazione per la violazione della legge.

Queste possibili soluzioni, che rappresentano un modo per tutelare contemporaneamente il diritto all'obiezione di coscienza e il diritto alla libertà di coscienza (parte del rispetto dell'autonomia personale), sono davvero appropriate? Raz manifesta tre principali perplessità a riguardo. La prima consiste nell'ampia possibilità di abuso di tale diritto. Se la sua titolarità viene fatta dipendere da motivi che si fondano sulle convinzioni morali personali, non risulta di fatto possibile fissare dei criteri di valutazione autonomi e validi in ogni caso: la parola di una persona che invocasse tale diritto sarebbe inevitabilmente l'unica evidenza diretta. In secondo luogo, l'esistenza di tale diritto potrebbe incoraggiare l'esitazione e l'auto-inganno, e in generale forme indesiderabili di introspezione: l'esatta natura dei propri motivi è cosa che lo stesso agente può non conoscere troppo bene, soprattutto nei numerosi casi in cui agisca in base a motivi sovrapposti, e, afferma Raz, in genere le decisioni importanti avvengono esattamente in questo modo. Perciò, facendo dipendere l'applicazione della legge che riconosce il diritto all'obiezione dai motivi personali che hanno spinto il soggetto ad agire, si fomenta il dubbio in se stessi e la *morbid introspection*²⁰⁸, l'introspezione morbosa. La

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 287. Come giustamente osserva Così, «qui Raz [...] manifesta quel pudore (e quel timore) tipicamente razionalista e

terza e ultima perplessità avanzata dall'autore si fonda sul fatto che, a meno che il diritto non venga applicato sulla base di una semplice dichiarazione dell'obiettore, l'istituzione di esso implica il riconoscimento in qualche misura dell'intrusione del pubblico negli affari privati degli individui. La polizia o altre agenzie investigative saranno investite di appropriati poteri di indagine e lo stesso soggetto dovrà rendere conto della propria condotta morale davanti ai pubblici ufficiali, e presumibilmente in pubblico. In ogni caso la libertà di coscienza risulta compromessa se l'unico modo per garantirla è, a sua volta, compromettere altri aspetti della propria autonomia personale, del proprio rispetto per se stessi ²⁰⁹, della propria *privacy* e della propria dignità.

Alla luce di queste osservazioni, quale strada seguire per il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza? «Il diritto all'obiezione di coscienza dovrebbe essere introdotto con molta moderazione e soltanto in assenza di un modo migliore per proteggere la libertà di coscienza. Il modo migliore per proteggere la libertà di coscienza consiste e deve consistere in ogni caso

‘umanista’ per i versanti ‘non razionali’ dell’agire umano che pure tanto peso hanno nell’assunzione di qualsiasi decisione: è (anche) per essi che si obietta e si dissente, oppure si obbedisce; è (anche) di essi che si chiede riconoscimento quando si obietta e si dissente. All’opposto, la «morbid introspection» di Raz potrebbe ben essere letta come primo indispensabile passo nel tentativo di esplicitare a sé e di comunicare agli altri le ragioni, anche non-razionali, del gesto di dissenso» (G. Cusi, *op. cit.*, p. 62).

²⁰⁹ Sembra richiamarsi a questa impostazione la posizione di Ceva, che definisce l’obiezione di coscienza come «una rivendicazione di rispetto, vale a dire di spazi per l’esercizio della propria capacità di auto-legislazione» (E. Ceva, *L’obiezione di coscienza contra legem come una rivendicazione di rispetto*, in P. Borsellino, L. Forni e S. Salardi, *op. cit.*, p. 117).

nell'evitare leggi che possono essere oggetto di obiezione di coscienza»²¹⁰. In altri termini, individuando tempestivamente le norme più probabilmente obiettabili si può prevenire l'insorgenza di fenomeni obiettori diffusi e istituzionalmente pericolosi. Un diritto generale all'obiezione di coscienza dovrebbe essere, per quanto possibile, evitato in favore della previsione di un'esenzione *ex lege* per categorie di persone individuate indipendentemente dalle proprie visioni morali: piuttosto di concedere ai lavoratori di religione musulmana di non lavorare il venerdì, sarebbe meglio lasciare ai lavoratori stessi la scelta del proprio giorno festivo; tutti i medici dovrebbero avere il diritto di rifiutare di praticare aborti senza l'obbligo di addurre alcuna motivazione e via di seguito²¹¹.

Raz, plausibilmente spinto da considerazioni di ordine utilitaristico, se da un lato sembra stabilire meritoriamente un diritto diffuso e in senso forte (quindi un diritto positivo) all'obiezione di coscienza, fondato in riferimento ai concetti di pluralismo e di rispetto per l'autonomia personale, dall'altro vanifica il suo slancio iniziale nel momento in cui indica una precisa strada da seguire per il legislatore. Quest'ultimo non può certamente arrestare la sua attività normativa evitando leggi che potrebbero essere possibile oggetto di obiezione di coscienza, sulla base del presupposto assai intuitivo che ogni legge e ogni disposizione normativa può essere oggetto di una possibile obiezione, e, *a fortiori*, non può nemmeno issare una bandiera bianca nelle materie

²¹⁰ J. Raz, *op. cit.*, p. 288.

²¹¹ Sulle ricadute della riduzione dell'obiezione di coscienza a semplice opzione di coscienza negli ambiti eticamente sensibili si rimanda all'analisi proposta nel quarto capitolo del presente lavoro.

eticamente sensibili. La soluzione proposta da Raz di fatto svuota l'obiezione di coscienza come strumento per garantire il pluralismo morale e la traduce in una semplice facoltizzazione di condotte scomode, senza alcun vincolo motivazionale né realmente coscienziale (e in questo senso Raz segue la strada da lui stesso criticata per la fondazione utilitaristica del diritto all'obiezione di coscienza, perché lega la sua operatività al semplice desiderio immotivato dell'agente e quindi anche al suo possibile capriccio: non più la convinzione morale riflessa in tale desiderio, ma il desiderio in sé) e senza prevedere meccanismi che salvaguardino il funzionamento di una legge con il pesante e intollerabile rischio della paralisi. L'esempio è facilmente immaginabile: se tutti i medici si rifiutassero di praticare aborti non in base a motivi morali, ma per la sgradevolezza della pratica o per le prospettive di crescita professionale legate al proprio rifiuto nel contesto lavorativo d'appartenenza, in che modo si garantirebbe il diritto del soggetto coinvolto nella pratica abortiva, ovvero la salute della donna? Raz sembra troppo concentrato sulla posizione dell'obiettore potenziale e sul rispetto della sua autonomia personale, scordandosi che la valutazione non può che consistere in un giudizio di bilanciamento, compiuto tenendo presente gli interessi concorrenti dei soggetti coinvolti. Soprattutto Raz sembra dimentico del punto d'avvio della sua riflessione, quello che egli stesso definisce «il nucleo del principio di obiezione di coscienza»: la disposizione degli obiettori al pagamento di un prezzo più o meno elevato per tenere determinati comportamenti. Se obiettare diventa semplicemente scegliere tra condotte tra loro facoltative senza addurre alcun motivo della scelta e senza pagare di persona alcun prezzo, in quale modo si previene una delle criticità che Raz stesso individua, ovvero dell'abuso del suo ricorso? In

che modo, poi, si potrebbe escludere il fenomeno dell'obiezione di comodo? A queste domande Raz sembra non rispondere. La portata maggiore della sua analisi consiste nell'aver operato uno scarto di prospettiva rispetto alle altre analisi proposte: egli sposta l'attenzione sulla configurabilità di una dimensione giuridica positiva dell'obiezione di coscienza, affermando l'importanza del riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza, che risulti strumentale rispetto alla tutela del diritto alla libertà di coscienza. Non più semplicemente il problema dell'obbligo politico del cittadino di fronte alle leggi, ma l'opportunità che le leggi stesse si facciano carico di garantire il più possibile il pluralismo e l'autonomia personale dei cittadini.

2.5 Una mappa concettuale

Le riflessioni proposte sull'obiezione di coscienza muovono, come abbiamo già avuto modo di dire sopra, dal considerare primariamente il fenomeno della disobbedienza civile, e prima ancora, dall'interrogarsi sul concetto di obbligo politico e sul conflitto tra doveri. L'analisi della Arendt si colloca nell'ambito di una più complessa riflessione sulla democrazia e sui suoi meccanismi, principalmente facendo uso di categorie e strumenti propri della filosofia politica. Il contributo di Rawls, in alcuni punti collimante con la lettura della Arendt della disobbedienza civile, è un particolare del più complesso disegno della sua teoria della giustizia che, in un'ottica neo-contrattualistica, guarda ai comportamenti dissenzianti come ad atti di coscienza pubblici o personali nell'ambito di una società quasi-giusta. L'analisi di Raz,

infine, seppur con le criticità evidenziate, suggerisce una soluzione più strettamente giuridica al fenomeno obiettorio, affermando la configurabilità di un diritto all'obiezione di coscienza, non collegata all'esistenza di un diritto alla disobbedienza in capo ai cittadini, ma al concetto di *privacy* morale. Se si lascia da parte la categoria generale del diritto alla resistenza, della quale si è cercato di evidenziare le peculiarità prima di tutto storiche rispetto alle altre due figure, tanto l'obiezione di coscienza quanto la disobbedienza civile partono dall'accettazione dell'ordinamento giuridico da parte del soggetto, che, nel considerare le norme giuridiche prodotte come guida della propria condotta, giunge a non potersi conformare per motivi politici o morali, o, si potrebbe anche ralsianamente azzardare, in risposta alle richieste della propria coscienza civica (pubblica) o della propria coscienza morale (individuale)²¹². Com'è stato evidenziato anche da Raz, ciò distingue nettamente tali condotte dall'atteggiamento del rivoluzionario o del resistente, che si pone in una posizione sovversiva e di completa non accettazione dell'ordinamento, al punto che scopo della sua azione non è modificarne o migliorarne una parte, ma sovvertirlo interamente. A ben vedere, la maggiore problematicità che si incontra nella lettura delle ricostruzioni proposte riguarda il grado di determinatezza della nozione di obiezione di coscienza che se ne può ricavare, tanto che una parte della dottrina italiana ha

²¹² Quanto poi sia o meno tacciabile di semplicismo manicheo questa distinzione è un discorso differente. Ci limitiamo in questa sede a richiamare la distinzione ralsiana tra atto di coscienza pubblico e atto di coscienza personale.

avanzato precise perplessità sulla loro applicabilità al contesto italiano²¹³.

Se già negli anni Settanta si rilevava il crescente numero di obiettori di coscienza che non facevano più appello a nessuna istituzione religiosa e di come la decisione presa in *foro conscientiae* entrasse ormai a far parte della pubblica opinione, oggi è possibile constatare che l'obiezione di coscienza è stata oggetto di un doppio processo di metamorfosi. Da un lato, tale fenomeno, che si connotava storicamente e socialmente come essenzialmente religioso o etico, ha ormai assunto una dimensione squisitamente politica. La pubblicità del rifiuto di obbedienza, la progressiva applicazione a campi nuovi e differenti, il superamento sostanziale dell'individualità del comportamento obiettorio unito alla capacità di aggregare gruppi omogenei, concorrono a delineare questo primo tipo di metamorfosi: da gesto deciso essenzialmente in «foro interno» dall'individuo singolo coerente con la propria visione morale, a scelta pubblicamente propagandata e organizzata, ovvero a «fatto di opinione»²¹⁴ e quindi eminentemente politico. Chi obietta non si accontenta di poter proclamare l'adesione alle proprie ragioni di coscienza nel proprio privato, bensì pretende di poter agire in disaccordo rispetto alla legge in una dimensione pubblica. Dall'altro, la metamorfosi giuridica dell'obiezione di coscienza, che non viene più

²¹³ Sul punto è molto chiara la posizione di Guerzoni, il quale nega che siano «trasferibili al contesto italiano ed europeo le distinzioni elaborate dalla letteratura nordamericana e, in genere, anglosassone tra obiezione di coscienza e disobbedienza civile» (L. Guerzoni, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, op. cit., p. 182 nota 20).

²¹⁴ *Ibidem*, p. 183.

proclamata come semplice *dovere* morale, ma viene rivendicata e riconosciuta come *diritto* positivo da parte dell'ordinamento ad intere categorie di cittadini. Infatti, il riconoscimento dell'obiezione come «diritto dell'uomo» rappresenta il portato storico più recente di quel «rovesciamento radicale di prospettiva, caratteristico della formazione dello stato moderno, nella rappresentazione del rapporto politico, cioè nel rapporto stato-cittadini o sovrano-cittadini: rapporto che viene sempre più guardato dal punto di vista dei cittadini, anziché dal punto di vista dei poteri del sovrano»²¹⁵, da cui deriverebbe l'intero processo di affermazione dei diritti dell'uomo nell'era moderna e contemporanea²¹⁶.

²¹⁵ Cfr. N. Bobbio, *Introduzione*, in *L'età dei diritti*, Einaudi, Milano, 2005, XI.

²¹⁶ Accanto a queste due differenti metamorfosi, l'obiezione di coscienza ha progressivamente manifestato la propria capacità espansiva in tre orizzonti, secondo Ruiz Miguel: «[...] innanzitutto espansione storica e *geografica*, dal rifiuto dei primi cristiani a partecipare all'esercito romano, a quello di certe sette protestanti che ottennero l'esonero negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei nel Settecento e Ottocento, fino all'attuale riconoscimento ampio dell'obiezione al servizio militare nei paesi democratici; inoltre, espansione *nei motivi* accettati, dalle originarie e strette ragioni religiose fino a più estesi motivi etici ed ideologici; ed, infine, molto recentemente, espansione *nel contenuto*, o nella portata dell'obiezione, che è invocata (almeno in Spagna) non soltanto davanti all'imperativo “ non uccidere” nella guerra, ma anche – detto come questione di fatto- dai medici e dal personale sanitario di fronte all'aborto e ad altre pratiche e sperimentazioni mediche, dai farmacisti di fronte alla vendita di contraccettivi, dagli studenti alla sperimentazione su animali, dai pacifisti di fronte alla prestazione sostitutiva del servizio militare ed all'imposta sul reddito personale, [...] da giudici a celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso, e, infine, dai genitori di fronte all'insegnamento obbligatorio di materie come “Educazione per la cittadinanza” (o

Si potrebbe, allora, tentare una non facile sintesi. L'obiezione di coscienza nasce come istanza morale individuale, che si traduce nel prevalere del *dovere morale* a fronte di un *obbligo giuridico*. La capacità di tale istanza morale di assumere progressivamente una dimensione pubblica e diffusa nella società per determinate categorie di comportamenti e di soggetti apre la strada ad un *impegno politico* volto ad ottenerne il riconoscimento sul piano giuridico in termini di *diritto positivo*. Sulla struttura, il funzionamento e i limiti del *diritto all'obiezione di coscienza* sarà dedicato il prossimo capitolo del presente lavoro. Prima di lasciare spazio a tale analisi, però, è il caso di interrogarsi su un ulteriore profilo dell'obiezione di coscienza, che ne conferma l'importanza come crocevia di quelle che abbiamo definito «coordinate» etiche di ogni individuo: la (possibile) dimensione veritativa dell'obiezione di coscienza.

2.6 “*Quid est veritas*”?

Il desiderio di contribuire al cambiamento dell'ordinamento, come evidenziato da Rawls e in parte anche dalla Arendt, è davvero alieno all'obiettore di coscienza? La risposta non è affatto pacifica, tanto che una parte della letteratura sull'argomento tende a parlare di vocazione testimoniale e profetica del soggetto che

su biologia darwinista, musica religiosa, etc.)» (A. Ruiz Miguel, *L'obiezione di coscienza in Spagna*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi, *op. cit.*, p. 72-73).

obietta.²¹⁷ L'obiettore di coscienza non si limiterebbe a dire, come sostenuto dalla Harendt, «ciò che non permette a me di vivere potrebbe non disturbare la coscienza di un altro», ma, «ciò che non permette a me di vivere, non vedo come potrebbe non disturbare la coscienza di un altro»²¹⁸. L'obiettore è pronto a farsi carico degli oneri connessi alla sua disobbedienza e diviene strumento per la riaffermazione di un ordine naturale, etico e pratico e quindi testimone della *verità*²¹⁹. Quale *verità*? La *Verità*

²¹⁷ Emblematica a riguardo è quanto scrive Prisco: «In definitiva, queste osservazioni convergono nel far ritenere in ogni caso decisivo per l'obiezione di coscienza il suo carattere esemplare e testimoniale. Se chi la esercita accetta un onere [...], egli si assume in modo aperto e responsabile la funzione di far lievitare e diffondere la sua personale consapevolezza che l'ordinamento richiede in quel punto un mutamento, procura cioè in favore di tale dinamica un allargamento della discussione e un potenziale di maggior consenso al mutamento da lui sperato» (S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, <http://www.rivistaaic.it>, ottobre 2007).

²¹⁸ Sulla vocazione universalistica della testimonianza obiettorica cfr. F. Viola, secondo il quale essa ha «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 capriccio, ma abbiano una portata universale e che tutti dovrebbero obiettare nei confronti della legge in questione [...]. 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 giustizia» (F. Viola, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, <http://www.dirittoeququestionipubbliche.org> 9, 2009, p. 171).

²¹⁹ Cfr. F. D'Agostino, *Dinamiche postmoderne dell'obiezione di coscienza*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza: i conflitti degli ordinamenti*, op. cit., pp. 245 e ss. .

alla base del modello prescrittivo di giustificazione cristiano cattolico, che si potrebbe definire a pieno titolo un modello metafisico-assiologico²²⁰. Non si tratta, quindi, della *propria* verità, storica e soggettiva, ma di una verità atemporale e obiettiva, accessibile attraverso il corretto uso delle facoltà razionali, al contempo pregiuridica e sovraordinata rispetto all'autorità del legislatore: *Veritas non auctoritas facit ius* sembra essere la logica dell'obiezione così ricostruita²²¹. È di tale verità che l'obietto si farebbe testimone e profeta²²²: in quanto testimonianza, l'obiezione starebbe ad indicare «una vigorosa, integrale e vivente manifestazione del principio supremo»²²³; in quanto profezia, l'obiezione

²²⁰ Se per 'metafisica' deve intendersi «una dottrina che ritenga consentite e contenga proposizioni cognitive sopra un oggetto, trascendenti la pura e semplice registrazione e organizzazione concettuale di fenomeni osservabili», per metafisica assiologia intendiamo «una metafisica che ritenga consentite e contenga proposizioni, trascendenti la pura e semplice registrazione e organizzazione concettuale dei fenomeni osservabili, cognitive e insieme direttive, in quanto concernenti, come oggetti della conoscenza metafisica, i valori di certi stati o eventi e i disvalori di altri stati o eventi» (cfr. U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio, E. Le caldano (a cura di), *Etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 27-28).

²²¹ F. D'Agostino, *op. cit.*, p. 249.

²²² A questo proposito scrive Cattelain: «Beaucoup considèrent en effet l'objection de conscience comme une attitude exclusivement prophétique, celle des «purs», des «fous de Dieu», témoins peut-être nécessaires de l'absolu du commandement divin, ou de la sagesse laïque, mais décidément coupés de tout réalisme. [...] Leur rôle se réduirait à un appel, au rappel de l'impossible absolu.» (J. P. Cattelain, *op. cit.*, pp. 41-42).

²²³ B. Montanari, *op. cit.*, p. 32. L'autore aggiunge poi che «l'obiezione di coscienza, nella misura in cui è «testimonianza» [...] è un *atto d'amore per il prossimo*» (p. 32) e l'amore sarebbe

prefigurerebbe la società del futuro, «basata su valori e principi nuovi rispetto a scelte e pratiche arretrate o negative»²²⁴.

Ancorandosi alla verità, infatti, l'obiettore viene investito di un ruolo di precisa militanza: egli è *costitutivamente* «testimone del diritto contro la legge»²²⁵. Ma di quale diritto? Di quel diritto nel quale la *verità* è contenuta e indisponibile: lo *ius naturale*. Se l'obiezione rinuncia a fare appello alla verità e si radica solo nella prassi, ovvero nelle proprie scelte, come si sostiene essere accaduto nell'epoca moderna, essa perde di senso ed è destinata al fallimento, perché non riesce realmente a stigmatizzare il potere, ma vi si asserva. Quale ruolo, allora, per un obiettore «post-moderno»²²⁶? Egli deve «in

«la «Verità» nel suo concetto» (p.87). L'autore arriva a concludere che «l'obiezione di coscienza [...] può essere interpretata come giudizio assoluto del soggetto sulle cose del mondo, che si manifesta come simbolo di speranza legata alla rivoluzione, per una testimonianza della verità dell'esistenza» (p. 91).

²²⁴ C. Cardia, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoeChiese.it), maggio 2009, p. 5. Osserva l'autore: «C'è del vero in questa considerazione, e lo si constaterà in tante circostanze specifiche, ma occorre anche fare attenzione a non assolutizzarla, individuando negli obiettori di coscienza degli eroi, o dei costruttori di futuro, perché la discussione sui valori è molto più sfaccettata di quanto appaia a prima vista».

²²⁵ F. D'Agostino, op. cit., p. 246.

²²⁶ Sulla relazione tra post-modernità e obiezione di coscienza anche Guerzoni, per il quale «[...] l'odierna fenomenologia dell'obiezione di coscienza altro non farebbe che recuperare e riproporre – ancorché in termini e forme rinnovate- nel cuore stesso della «post-modernità», una delle più «classiche» fonti teoriche e storiche di giustificazione del rifiuto di obbedienza e del diritto di resistenza in genere: l'idea, d'origine giusnaturalistica, della priorità dell'individuo, con i suoi diritti originari e inalienabili,

primo luogo spogliarsi da ogni compromissione con il potere: da prassi, deve ritornare a essere testimonianza, deve cioè riuscire a ribadire che la verità è un *presupposto* e non una *conseguenza* dell'esercizio del potere (o, se si preferisce, il diritto è un presupposto della politica e non uno strumento al suo servizio). Deve mostrare al legislatore come egli sia chiamato (e *debba*) orientare la prassi sociale *nel rispetto della verità* e come la legge [...] non possa pretendere di dettare quale sia la verità, non possa cioè sostituire la verità con un'opzione *ideologica* »²²⁷. In sostanza, l'obiezione post-moderna può essere veramente tale solo se *meta-ideologica*, solo cioè se risponde ad un richiamo alla verità. Né la verità dovrebbe costituire un'opzione ideologica, né, tanto meno, la tolleranza sbandierata dalla società contemporanea dovrebbe essere una *tolleranza ideologica*, ovvero una tolleranza incapace di supportare l'esistenza di una verità universale. Tale forma di tolleranza conduce (paradossalmente!) ad un pensiero unico: il relativismo²²⁸.

rispetto allo stato, alle sua autorità e alle sue leggi» (L. Guerzoni, *op. cit.*, p. 183).

²²⁷ F. D'Agostino, *op. cit.*, p. 251.

²²⁸ A questo proposito la posizione di Jean Laffitte sulla *tolérance idéologique* è emblematica: « Le paradox du *tolérant idéologique* n'est pas un exercice rhétorique. [...]En particulier: elle ne tolère pas l'idée qu'il y ait une vérité à chercher; elle né tolère pas qu'une telle vérité puisse avoir un caractère universel; [...]dans la société *idéologiquement tolérant*, on évacue la question de la recherche de la vérité et, ce faisant, on transforme le débat de fond en échange d'idées relatives» (Jean Laffitte, *Tolérance intolérante? Petite histoire de l'objection de conscience*, Éditions de l'Emmanuel, Paris, 2011, p.15) . Dello stesso avviso S. Cotta: «L' O. C. moderna rivendica invece il *diritto di non rispettare il principio di legalità* in base ad un *giudizio personale*, poiché nella «modernità»: a) si è (sempre più) *negata l'oggettività della verità*,

Mentre l'obiezione fondata su una verità oggettiva è in grado di fungere da richiamo al legislatore ad esercitare correttamente il potere *secundum jus*, l'obiezione soggettivistica altro non fa che opporre una propria opzione politica a quella privilegiata del legislatore, in un mero rapporto di forze.

In un'ottica di questo tipo, può trovare posto il riconoscimento giuridico del diritto all'obiezione di coscienza? Sembrerebbe di no, perché riconoscere determinate forme di obiezione di coscienza equivale a manifestare «la cattiva coscienza della modernità»²²⁹, che

persino nel campo scientifico; b) *di conseguenza*, non essendovi verità oggettive fuorché quelle meramente fattuali dei costumi facilmente criticabili come esteriori, si è imposto in morale il *principio non-cognitivista*, secondo il quale la decisione morale è una *scelta del tutto personale*» (S. Cotta, *Coscienza e obiezione di coscienza (di fronte all'antropologia filosofica)*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza: i conflitti degli ordinamenti*, op. cit., p. 209). Il portato di questa impostazione sull'obiezione di coscienza è chiaramente espresso (oltre che sottoscritto) da Cardia: «Bisogna allora essere consapevoli che le obiezioni di coscienza nei confronti di una serie di ipotesi (sperimentazione sugli embrioni, clonazione, maternità surrogata, eutanasia, suicidio assistito, adozione per coppie non eterosessuali, e via di seguito) sono certamente da considerare, ed esaminare, ciascuna nella propria specificità. Tuttavia, come altre forme di obiezione, esse costituiscono non di rado espressione del rifiuto complessivo di un indirizzo culturale e sociale relativista che tende a declassare valori come quelli della vita, del diritto alla genitorialità naturale, o addirittura all'equilibrio derivante dalla doppia figura genitoriale, del diritto all'assistenza nei momenti di maggiore difficoltà dell'esistenza, e via di seguito». (C. Cardia, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, <http://www.statoeChiese.it>, maggio 2009, p. 24).

²²⁹ *Ibidem*, p.248.

non riuscendo a fronteggiarla, anestetizza la condotta dell'obiettore legalizzandola.²³⁰ L'obiezione si traduce, quindi, in una mera autoesenzione da un obbligo legale e ciò toglie all'obiettore ogni titolo di testimone della verità, o meglio, «da *custode della verità* (atemporale e obiettiva) l'obiettore «moderno» si pone come il *creatore di una verità futura* (storica e soggettiva), che è egli stesso con la sua azione a creare e a plasmare». In altre parole, è il permanere stesso dell'obiezione di coscienza a manifestare che la modernità si sta muovendo nella direzione sbagliata, incurante della verità: se la legge si conformasse al *diritto*,

²³⁰ Di orientamento diametralmente opposto, Lalli si pronuncia con evidente disfavore per il riconoscimento legale dell'obiezione di coscienza: «l'obiezione di coscienza non dovrebbe essere ammessa per legge», questo perché «se l'*obiezione* fosse autorizzata da una legge, smetterebbe di essere obiezione di coscienza e diventerebbe un'espressione della libertà individuale» (C. Lalli, *C'è chi dice no? Dalla leva all'aborto come cambia*, il Saggiatore, Milano, 2011, p. 180 e p. 12). La posizione della Lalli non parte da una lettura in chiave veritativa dell'obiezione di coscienza, ma tuttavia la considera non come «un diritto positivo, ma un modo per «sottrarsi» -in via eccezionale- a una qualche norma. Anteporre un dovere morale a una legge comporta però un prezzo da pagare, spesso molto alto» (*Ibidem*, p. 12). La sua posizione è soprattutto preoccupata dell'abuso del diritto all'obiezione di coscienza *a costo zero*, come mezzo per contrapporsi a diritti individuali previsti dalla legge, come nel caso dei medici abortisti in relazione al diritto delle donne di interrompere la loro gravidanza. Questione più sottile e delicata è valutare se tale soluzione profilata non sia affetta da un certo semplicismo manicheo, dettato in primo luogo dalla paura del suo abuso: «Abolire la possibilità di fare per legge obiezione di coscienza sarebbe un gesto troppo brutale? Forse. Ma sarebbe ingiusto e illegittimo? Forse no, se il dominio su cui si vuole esercitarla è disegnato dalle nostre scelte e non è un dovere che vale per tutti» (*Ibidem*, p. 204).

l'obiezione non avrebbe motivo di esistere. L'obiettore moderno, invece, avrebbe frainteso il suo ruolo, dimanticando che la verità non è questione contingente, né tanto meno personale. Alla luce di queste posizioni, occorre chiedersi quale sia l'idea di coscienza che vi sta alla base e quali siano i limiti di tali considerazioni.

Usando un'immagine, potremmo dire che la coscienza dell'obiettore militante e profeta parla con voce veritativa: i suoi dettami sono *oggettivi* (non soggettivi), *assoluti* (non relativi), *vincolanti* (non dispositivi) e quindi conformi ad una pretesa *Verità*. Questo è il portato di una concezione *eteronoma e autoritaria* della coscienza, in cui essa è l'organo di eterodirezione dell'individuo, o più precisamente, di eterodirezione autoritaria dell'individuo, perché i suoi precetti (la sua voce) non giunge direttamente e personalmente al singolo, ma per opera di un'intermediario istituzionale, ovvero la Chiesa. È l'istituzione-Chiesa che stabilisce in ultima istanza quali siano tali dettami e cosa debba dire la *vera* voce della coscienza²³¹. Assecondando la voce della coscienza, seguendone i dettami, l'individuo osserva norme non prodotte da sé, né da alcun altro essere umano, norme immanenti nella natura delle cose e norme trascendenti riconducibili alla ragione o alla volontà di un essere a sua volta trascendente. La modernità tanto criticata, che porta alla scissione tra morale-diritto e politica, si ha, invece, con il passaggio da tale concezione all'idea di una coscienza *autonoma*, come potere normativo morale di ciascun individuo: i precetti e le convinzioni morali fondamentali costituenti la coscienza di un soggetto valgono per il soggetto, «*se e solo se*, costui, esercitando la

²³¹ Cfr. P. Chiassoni, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi, *op. cit.*, p. 38 e ss.

propria autonomia, se li sia posti: li abbia accettati, con libera scelta, quali precetti e convinzioni morali fondamentali, quali stelle polari nella notte del mare noumenico»²³². Non stupisce, quindi, che le coscienze eteronome autoritarie siano tendenzialmente imperialistiche, ovvero anche *contra nolentes* (caratteristica rispondente all' universalità della verità), e anti-individualistiche, ovvero non riconoscano al singolo alcuna capacità morale normativa. In quest'ottica, la figura dell'obiettore di coscienza non avrebbe motivo di esistere soltanto in presenza di un legislatore etico che trasponesse (*tutte*) le istanze morali cui si ispirano le coscienze eteronome autoritarie nelle norme positive prodotte²³³. È

²³² *Ibidem*. In questo senso la ricostruzione proposta da Luhmann della libertà di coscienza, che «[...] dichiara come suo scopo quello di soccorrere la coscienza tormentata e di permettere che l'uomo possa vivere secondo coscienza. [...] Questa considerazione del diritto fondamentale della libertà di coscienza corrisponde alla problematica della verità [...] e alla funzione della coscienza definita indipendentemente dalla verità» (N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, op. cit., p. 286 e p. 290). Più precisamente, come ricordato nel primo capitolo del presente lavoro, «dal XVIII secolo, *ethos* della coscienza e diritto si sono sviluppati separandosi l'uno dall'altro. La coscienza si è interiorizzata, il diritto si è esteriorizzato. [...] La coscienza è diventata strettamente personale e obbliga per questo solo personalmente. Da essa non si esige alcuna verità (intersoggettiva). Essa non pronuncia alcuna sentenza» (*Ibidem*, p. 269).

²³³ Turchi lo definisce come «il “paradosso” dell'obiezione di coscienza», che consiste «nel dover scomparire nel momento stesso della sua vittoria, del suo trionfo.» Secondo l'autore non avrebbero più ragion d'essere «molte delle obiezioni di coscienza in campo bioetico, in una società che rispettasse integralmente la vita: ogni vita e tutta la vita. Ma intanto, finché nella società e nel suo ordinamento giuridico persistono legislazioni che contrastano con valori finali ed ultimi, l'obiezione di coscienza continuerà a

dal riconoscimento giuridico di specifiche forme di obiezione di coscienza da parte del legislatore dello Stato costituzionale di diritto che nasce, secondo alcuni, la distinzione tra obiezione di coscienza *secundum legem* e obiezione di coscienza *contra legem*. Alla base di questa distinzione starebbe un principio di (tassativa) tipicità per le ipotesi obiettorie riconosciute dal diritto positivo. Allora, ben si comprende perché, secondo alcune posizioni dottrinali²³⁴, l'unica vera e autentica obiezione di coscienza consisterebbe in quella *contra legem*: il riconoscimento legale, come anticipato sopra, non farebbe altro che mantenere in vigore leggi ingiuste, perché contrarie alla verità, e si limiterebbe a dare la possibilità all'obietto testimone profetico della verità di esimersi da un obbligo legale, mentre quello a cui mira l'obietto è un cambiamento profondo della legge ingiusta e dell'ordinamento in modo conforme a quella verità di cui la coscienza è voce.

rivelarsi uno strumento – se si vuole uno strumento “povero”, ma ciononostante non meno necessario- per additare soluzioni alternative, per promuovere un dialogo serio e costruttivo attorno a problemi che si rivelano spesso assai seri e gravi, di primaria importanza» (V. Turchi, *op. cit.*, pp. 47-48).

²³⁴ Cfr. G. Lo Castro, *Legge e coscienza*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, *op. cit.*, pp. 63 e ss.; D. Tettamanzi, *Aspetti etici della fecondazione extra-corporea*, in *Fecondazione artificiale embryotransfer. Problemi biologici, clinici, giuridici, etici*, a cura di G. F. Zuanazzi, Cortina International, Verona, 1986, p.118 (nel quale l'autore ritiene che l'obiezione *contra legem* sia quella «specificamente morale, quella più genuina e dotata di maggior valore testimoniale»); F. D'Agostino, *Giustizia. Elementi per una teoria*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2006, pp. 50-51 e F. D'Agostino, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Iustitia*, LXII (2009), p. 180.

Si possono distinguere almeno due logiche dell'obiezione di coscienza: la prima *dualistica*, la seconda *monistica*. La logica *dualistica* sta alla base della lettura veritativa²³⁵, oggettivistica e militante dell'obiezione di coscienza e si colloca nell'alveo del giusnaturalismo. Esiste un diritto naturale indisponibile e sovraordinato al diritto positivo umano; quando ha luogo un contrasto tra i due, la coscienza dell'obietto si fa testimone del “*diritto* contro la *legge*” ingiusta e rivendica la priorità del primo sulle ragioni contingenti e perfettibili della seconda. In base alla logica dualistica, l'obiezione di coscienza prescinde da qualsiasi riconoscimento o legittimazione a livello legislativo: non solo non ne ha bisogno, ma un suo riconoscimento ne sminuisce la natura genuinamente morale. La logica *monistica*, invece, considera l'obiezione di coscienza in un'ottica tutta interna al diritto positivo, e quindi, oltre che come *fatto*, come specifico *istituto giuridico* strumentale alla libertà di coscienza, riconosciuta costituzionalmente, e alla tutela del pluralismo. Tale logica non si poggia su una «concezione della coscienza capace di cogliere una verità superiore a quella legale»²³⁶, ma su un processo di giuridicizzazione

²³⁵ Cfr F. D'Agostino, *Dinamiche postmoderne dell'obiezione di coscienza*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, op. cit., p. 245.

²³⁶ R. Bertolino, *op. cit.*, p. 45. Occorre chiedersi cosa s'intenda per “verità legale”, e se e come questa espressione può essere legittimamente utilizzata. Come modalità della logica aletica, la verità può essere predicata solo in relazione ad un metadiscorso giuridico (ovvero ad un discorso *sul* diritto) o sul piano dell'argomentazione giuridica che viene utilizzata. In questo senso è senz'altro condivisibile quanto affermato da Patterson: «[...] nel diritto, la verità riguarda l'uso della forme dell'argomentazione giuridica, e non le condizioni in base alle quali le proposizioni

della coscienza stessa che diventa autentico soggetto di diritto.

A ben vedere, la verità fatta propria dalla logica dualistica dell'obiezione non è affatto, come si pretenderebbe, meta-ideologica, ma è squisitamente ideologica perché si rifà ad un insieme più o meno ordinato o sistematico di giudizi di valore, espressione di posizioni etiche sostanziali. Una lettura di questo tipo non solo impedirebbe all'obiezione di coscienza di diventare un efficace strumento per la convivenza di individui portatori di orizzonti veritativi differenti, ma condurrebbe a negare la tutela stessa del pluralismo, che non avrebbe logica ragione di esistere se la verità fosse una sola. Questo non significa negare il possibile valore testimoniale dell'obiezione di coscienza, ma riconoscerlo nella misura in cui dietro ad esso non vi sia un'operazione militante di imperialismo ideologico o di assolutismo etico, che finirebbe per travisare la logica necessariamente pluralistica²³⁷ e conciliativa dell'obiezione di coscienza,

giuridiche sono vere» (D. Patterson, *Diritto e verità*, a cura di M. Manzin, Giuffrè, Milano, 2010, p.239). In altri termini, affermare l'esistenza di una "verità legale", senza affrontare la questione dello statuto logico delle proposizioni giuridiche, equivale ad utilizzare un'espressione ad effetto. Essa sembra presupporre che le proposizioni giuridiche siano dotate di un fondamento, e che esso sia a sua volta di carattere veritativo. A questo punto, però, siamo usciti dalla logica e ci stiamo muovendo verso un'operazione di fondazione ideologica del diritto. Ma allora, in quale accezione è intesa la verità?

²³⁷ Cfr. S. Rodotà, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1993, p. 59, nel quale l'autore parla dell'obiezione di coscienza come «tecnica indispensabile alla società pluralista», che sola «può consentire la contemporanea permanenza di valori che, altrimenti, sarebbero destinati a essere in perpetuo conflitto».

ma la manifestazione coerente e personale del proprio sistema di valori.

CAPITOLO III

PER UNA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO ALL'OBIEZIONE DI COSCIENZA

«Dovete adunque sapere
come sono dua generazione
di combattere:l'uno con le
leggi, l'altro con la forza»²³⁸

3.1 Una prospettiva gius-filosofica: dall'obiezione di coscienza al *diritto* all'obiezione di coscienza

Le letture dell'obiezione di coscienza presentate nel precedente capitolo hanno fornito spunti di analisi in una chiave principalmente, anche se non esclusivamente, filosofico-politica. Al centro dell'analisi il concetto di obbligo politico, la fenomenologia dell'obiezione di coscienza rispetto a quella della disobbedienza civile, la sua giustificazione. A questo punto si può cercare di fornire una ridefinizione di obiezione di coscienza che tenga presente i numerosi elementi evidenziati.

L'obiezione di coscienza, come *istanza*, si traduce in una forma di resistenza individuale, condivisibile o già condivisa da altri soggetti, non violenta ed apolitica²³⁹,

²³⁸ N. Macchiavelli, *Il principe*, cap. XVIII, Einaudi, Torino, 1961, p. 64.

²³⁹ L'apoliticità dell'obiezione consiste nell'assenza di richiami ai concetti di bene comune, di interesse pubblico, ai principi di

rivolta nei confronti di una specifica norma giuridica positiva ritenuta ingiusta dal soggetto sulla base di un giudizio di coscienza, ovvero ingiusta perché incompatibile con l'insieme delle convinzioni morali fondamentali alle quali il soggetto ha aderito²⁴⁰. Il meccanismo che ha condotto l'obiezione di coscienza ad assumere una dimensione non più semplicemente morale, ma specificamente giuridica è invece politico. Nel momento in cui alcune delle istanze morali degli obiettori ricevono specifica attenzione da parte di soggetti politici investiti di pubbliche funzioni e vengono ritenute meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, si apre la strada per una nuova configurazione dell'obiezione di coscienza: si passa dall'obiezione come mera istanza

giustizia su cui si assume che la società si fondi o ai principi di giustizia su cui la società dovrebbe fondarsi (cfr. sul punto P. Chiassoni, *op. cit.*, p. 45). In realtà, per quelle coscienze che nel capitolo precedente abbiamo definito, secondo l'espressione dell'autore citato, eteronome-autoritarie, c'è la tendenza all'ampio utilizzo dei concetti sopra richiamati come politici in una chiave specificamente morale (per un'analisi critica del concetto di 'bene comune' cfr. M. Saporiti, *Riconoscere le unioni omosessuali? Argomenti alla prova*, in *Notizie di Politeia*, anno XXVI, n. 100, 2010, p. 149 e ss.). Difficilmente negabile è la stretta contiguità esistente tra sfera morale dei singoli e la sfera politica della comunità negli Stati costituzionali di diritto contemporanei, tanto che spesso sono nate forze politiche che si sono fatte portatrici di visioni morali particolari, facendo dell'affermazione di tali valori nella sfera pubblica il compito specifico della propria azione politica. L'apoliticità associata all'obiezione si riferisce, però, ai suoi presupposti, che, se accolti, si tradurranno in un'esenzione per l'obiettore e non nel venir meno dell'intera legge ritenuta ingiusta.

²⁴⁰ Cfr. anche A. Passerin D'Entrèves, *Legittimità e resistenza*, in *Studi Saresani*, vol. III, 1970-71, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 33-45.

all'obiezione come diritto. La giuridicizzabilità dell'obiezione di coscienza, soprattutto rispetto alla disobbedienza civile, è infatti tra i caratteri peculiari di questa forma di resistenza. Si può allora tentare di fornire una ridefinizione giuridica dell'obiezione di coscienza: come *istituto* essa è oggetto di uno specifico diritto soggettivo fondamentale, il diritto all'obiezione di coscienza, strumentalmente collegato al diritto alla libertà di coscienza, all'interno di quel modello di organizzazione politica rappresentata dallo Stato costituzionale di diritto, nato all'indomani del secondo conflitto mondiale. In questo modo essa cessa di essere una forma di resistenza illecita rispetto all'ordinamento costituito, ma viene ad esso ricondotta, quale espressione di un pluralismo giuridico gerarchizzato, al vertice del quale vi è la legge dello Stato²⁴¹.

Quali sono il fondamento, la logica e il funzionamento del diritto all'obiezione di coscienza? Si può ipotizzare e giustificare un'azionabilità di tale diritto e quindi un sindacato giurisdizionale sulle istanze morali degli obiettori? Quali limiti sono configurabili per l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza? Questo capitolo è volto a chiarire e ad approfondire questi aspetti, nel tentativo di

²⁴¹ Questo significa che l'individuo è e continua ad essere crocevia di una pluralità di dimensioni giuridiche in questo modello di Stato: si pensi soltanto per il cittadino credente al diritto delle religioni, congruente e tutt'altro che paragiuridico per la comunità di fedeli. Tuttavia, se si assume il punto di vista interno dell'ordinamento giuridico di uno Stato costituzionale di diritto, tale pluralismo viene ricondotto ad una struttura gerarchica, in cui è il diritto di produzione statale (o degli organismi sovranazionali o internazionali a cui lo Stato aderisce) a decidere dell'operatività interna di altre dimensioni giuridiche non statali, ma personali (come le norme di un ordinamento religioso).

fornire gli elementi strutturali dell'istituto a prescindere dai suoi specifici campi di applicazione, cui sarà invece dedicato il quarto capitolo del presente lavoro. In questo senso si è ritenuto corretto parlare di "teoria generale", presupponendo una sua unitarietà dogmatica e prescindendo dall'inevitabile discrezionalità legislativa relativa ai singoli ambiti applicativi disciplinati. Il problema attuale dell'obiezione di coscienza non è di legittimità²⁴², ma piuttosto di individuazione di quei

²⁴² La mancanza della previsione di un diritto all'obiezione di coscienza all'intero della Costituzione italiana (al contrario della *Grundgesetz* tedesca, art. 4.III) ha dato luogo a tre posizioni differenti nella cultura giuridica italiana:

1) una iniziale posizione negazionista, a sostegno del disconoscimento assoluto di tale diritto, sia in quanto fattore di disgregazione dell'ordinamento giuridico (la certezza del diritto e l'efficacia cogente dei comandi legislativi sarebbero stati rimessi alla soggettiva accettazione degli individui), sia in quanto fattore di scardinamento degli obblighi di solidarietà civile e politica, necessari per la convivenza sociale.

2) Una seconda posizione di relativa apertura, cioè di riconoscimento all'obiezione di coscienza di un aggancio costituzionale (individuato a seconda degli Autori negli artt. 2, 19 o 21 Cost), ma non di tutela quale diritto soggettivo, costituzionalmente protetto ed immediatamente azionabile innanzi al giudice. L'obiezione di coscienza era quindi oggetto di una tutela "riflessa", essendo sempre necessarie per la legittimità dell'obiezione e per il suo legittimo esercizio la c.d. *interpositio legis*.

3) Una terza posizione liberalizzatrice (alla quale questo studio vuole fornire un contributo e una focalizzazione), sostenitrice del riconoscimento di un diritto costituzionalmente tutelato, immediatamente azionabile innanzi al giudice, senza necessità di interposizione legislativa per legittimare certi comportamenti obiettanti, e fondato sulla *libertà di coscienza*, nell'accezione di libertà di tenere comportamenti esterni conformi ai dettami della

meccanismi che gli garantiscano effettiva operatività, a prescindere da specifiche interposizioni legislative. Soltanto capendone il funzionamento è possibile avallare o rigettare alcune specifiche (e tuttora pendenti) richieste di riconoscimento di singole ipotesi di obiezione, all'interno di un ordinamento democratico.

3.2 Il contrasto tra la legge dell'ordinamento e la coscienza del singolo.

È stato autorevolmente affermato che il rapporto tra legge (positiva) e coscienza sia da ricondurre al fenomeno dell'antinomia²⁴³. La coscienza non sarebbe unicamente il luogo ove vigono norme altre rispetto a quelle positive, ma anche la fonte delle stesse. Tali norme promananti dalla coscienza - come soggetto nomopoietico autodiretto o eterodiretto - e la legge - genericamente intesa come prodotto di un'attività normativa ordinamentale ed esterna al soggetto- possono entrare in conflitto. Questo è del tutto condivisibile, poiché l'antinomia si configura, in termini del tutto generali, come una relazione di incompatibilità, nella quale i termini del rapporto sono costituiti da norme²⁴⁴. Ciò è ugualmente vero nel caso in cui le norme

propria coscienza. (Cfr. il contributo di F. Mantovani in S. Canestrari, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 173 e ss.).

²⁴³ G. Lo Castro, ad esempio, parla esplicitamente e ripetutamente di «antinomia tra legge e coscienza» (G. Lo Castro, *op. cit.*, p. 64 e ss.).

²⁴⁴ Cfr. G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959, pp. 51 e ss.. Sul ragionamento antinomico kantiano si veda il

confliggenti siano anche di tipo differente, come, ad esempio, una norma morale e una sociale o di costume. Se il punto di vista dal quale si considera il contrasto, però, è quello giuridico e non quello semplicemente e genericamente normativo, l'impostazione del problema finisce per perdere l'iniziale condivisibilità. Occorre chiedersi, quando è possibile avere un'antinomia da un punto di vista giuridico?

In prima battuta per aversi un'antinomia occorre che entrambe le norme siano *giuridiche*. Questa è una condizione necessaria, ma non sufficiente, visto che potrebbe ben darsi un'antinomia tra due norme giuridiche appartenenti a due epoche storiche differenti, come le norme del codice civile italiano del 1942 e quelle del *Corpus iuris* giustiniano. Oltre ad essere giuridiche occorre anche che le norme appartengano allo stesso *ordinamento giuridico in senso formale*, come «pluralità di norme, ricondotte ad unità [...] da una norma fondamentale, la quale stabilisce i criteri di appartenenza delle norme all'ordinamento»²⁴⁵. Il richiamo al requisito ordinamentale spiega perché non basta che le norme

capitolo secondo del libro secondo della *Dialettica trascendentale* all'intero della *Critica alla ragione pura*.

²⁴⁵ G. Gavazzi, *op. cit.*, p. 54. A questo proposito va ricordato quanto affermato da Scarpelli a proposito della norma fondamentale: «la posizione di una norma fondamentale può essere un atto di libera scelta: noi possiamo liberamente fissare i criteri di appartenenza delle norme ad un sistema di norme che si voglia costruire. Oppure, ponendo una norma fondamentale, si porta in luce un criterio regolante l'appartenenza delle norme ad un sistema, effettivamente applicato, in un sistema di norme operante in un gruppo sociale» (U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Memoria dell'Accademia delle scienze di Torino, 1959, p. 151).

incompatibili siano dirette agli stessi soggetti, ovvero abbiano lo stesso ambito soggettivo di applicazione. L'ordinamento canonico costituisce un ordinamento giuridico a se stante, come pure l'ordinamento giuridico italiano. I rispettivi destinatari, in quanto cristiani cattolici e cittadini italiani possono evidentemente coincidere. Tuttavia, ciascun ordinamento considerato concorre a definire il concetto di ordinamento giuridico formale in concreto rilevante ai fini dell'insorgere di un'ipotesi di antinomia, solo nella misura in cui viene richiamato dall'altro, o, espresso in altri termini, «solo se si pensa che uno dei due ordinamenti «deleghi» l'altro»²⁴⁶. Se questo non accade, si crea una sorta di impermeabilità tra gli ordinamenti e quindi nei confronti di uno stesso soggetto e della stessa condotta il conflitto che può venirsi a creare è soltanto apparente.

Se si assume il punto di vista dell'ordinamento giuridico statale, quindi, l'obiezione di coscienza, come prevalenza del dovere morale rispetto all'obbligo giuridico, non integra un'ipotesi di antinomia in senso giuridico, perché i termini della relazione di incompatibilità, seppur entrambi normativi, non sono

²⁴⁶ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959, p. 380. Kelsen prosegue: «Il diritto positivo si riferisce frequentemente a un dato sistema di morale, per lo meno allo scopo di regolare taluni rapporti umani; e molti sistemi morali riconoscono – con riserve più o meno estese – il diritto positivo esistente. La parte delegata della morale fa parte del diritto positivo, e la parte delegata del diritto sta nello stesso rapporto con la morale. Considerare il diritto e la morale da uno stesso punto di vista come ordinamenti validi, o, ciò che equivale alla stessa cosa, accettare il diritto e la morale come sistemi validi simultaneamente, significa presupporre l'esistenza di un unico sistema che li comprenda entrambi».

entrambi giuridici. Anche nel caso in cui il dovere morale (eteronomo) rispondesse ad una specifica norma giuridica (si veda il caso in cui il dovere morale sentito da un soggetto trovi la sua fonte in una norma specifica dell'ordinamento canonico), le norme generatrici del rapporto di incompatibilità sarebbero seppur entrambe giuridiche, non entrambi appartenenti allo stesso ordinamento²⁴⁷. Ecco perché è possibile parlare solo di antinomia impropria a riguardo. Risulta utile ricordare quanto affermato da Kelsen, per il quale «il concetto di un cosiddetto conflitto di norme o doveri indica il fatto psicologico che un individuo è sotto l'influenza di due idee che lo spingono in direzioni opposte ; ma non indica la validità simultanea di due norme che si contraddicono reciprocamente»²⁴⁸. L'ottica kelseniana è chiaramente intraordinamentale e parte dal presupposto che il diritto, come ordinamento dinamico formale, e la morale, come ordinamento statico materiale, vanno necessariamente tenuti distinti e non possono essere validi simultaneamente e per la medesima fattispecie.

3.2.1 *Obiezione secundum legem, obiezione contra legem: esiste un'obiezione "autentica"?*

Al contrasto tra "legge e coscienza", al determinarsi di tale antinomia impropria, è collegata la nota distinzione tra obiezione *contra legem* e obiezione *secundum legem*. L'obiezione di coscienza *contra legem* indicherebbe il «fatto di qualifica illecita [...] attribuita dall'ordinamento

²⁴⁷ Turchi parla a questo proposito di «diverse giuridicità corrispondenti a diversi ordinamenti» (V. Turchi, *op. cit.*, p. 15).

²⁴⁸ H. Kelsen, *op. ult. cit.*, p. 381.

al comportamento dell'obietto», mentre l'obiezione di coscienza *secundum legem* indicherebbe l'«istituto riconosciuto dal diritto», nell'ipotesi in cui «l'istanza coscienziale dell'obietto è avvertita come meritevole di tutela giuridica»²⁴⁹. Tale distinzione risulta problematica sotto almeno due profili: il primo di ordine logico e il secondo di ordine giuridico.

Sotto il primo profilo, parlare di obiezione *secundum legem* può essere oltremodo contraddittorio: l'obiezione di coscienza è necessariamente e in ogni ipotesi *contra legem*, altrimenti contro cosa si getterebbe la coscienza? Occorre premettere, per evitare fraintendimenti, che questo non significa affatto sottoscrivere la posizione di coloro i quali ritengono che «l'unica vera forma di obiezione di coscienza risulterebbe quella *contra legem*»²⁵⁰, perché il riconoscimento legale di alcune ipotesi obiettorie ne comprometterebbe il carattere testimoniale e profetico. Tutt'altro: come si vedrà nel corso del presente capitolo, quando la legge riconosce determinate ipotesi di obiezione di coscienza non elimina il contrasto tra la sfera morale dell'obietto e l'obbligo giuridico *erga omnes* fissato *ex lege*, ma immunizza le conseguenze giuridiche della condotta obiettorica, che altrimenti risulterebbe illecita, perché la ritiene meritevole di una tutela speciale da parte dell'ordinamento. Inoltre, la posizione dei fautori della sola obiezione *contra legem* parte dalla sottoscrizione di una lettura dualistica della sfera giuridica, secondo la distinzione giusnaturalistica tra *lex* e *ius*. Quindi l'obiezione *contra legem* è contemporaneamente obiezione *secundum ius*, e questo finisce per ingenerare ulteriore

²⁴⁹ V. Turchi, *op. cit.*, pp. 15-16.

²⁵⁰ Posizione ricordata da V. Turchi, *op. cit.*, p. 7.

confusione²⁵¹, se ci si muove in una prospettiva tutta interna al diritto positivo di uno Stato.

Concettualmente, la prima fonte di vaghezza e di scivolosità di questa dicotomia è quella relativa alla portata e al significato del termine 'lex': sta ad indicare unicamente norme di diritto positivo? Oppure si riferisce anche alle pronunce giurisdizionali, e, nel caso, a quali di esse? Per avere un'ipotesi di obiezione *secundum legem* è necessaria un'*interpositio legislatoris*, oppure esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza e singole ipotesi previste o non previste dal legislatore? Come si può intuire, le questioni aperte e lasciate irrisolte dall'utilizzo di queste espressioni sono molteplici. Tutto ciò è ben comprensibile, se si parte dal presupposto che prima di procedere con delle distinzioni occorre far chiarezza sulla *species* di partenza.

3.3 Diritto all'obiezione di coscienza e diritto alla libertà di coscienza: un rapporto strumentale.

Da un punto di vista teorico, non è possibile comprendere la struttura del diritto all'obiezione di coscienza senza averne prima individuato il fondamento giuridico e il relativo contenuto: il diritto alla libertà di coscienza. Infatti, si può ammettere che un soggetto si sottragga al rispetto di una norma dell'ordinamento giuridico, adducendo la contrarietà della stessa ai dettami della propria coscienza, nella misura in cui l'ordinamento

²⁵¹ Cfr. G. Danesi, *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, 1998, pp. 80-85.

medesimo riconosca la coscienza individuale come un bene giuridicamente rilevante e quindi meritevole di tutela. Di fronte alla libertà di coscienza, la maggiore difficoltà consiste nel definirne in qualche misura il contenuto e cercare di chiarirne il rapporto rispetto alla libertà di religione²⁵². Il diritto alla libertà di religione, nella dottrina dei diritti umani successiva al secondo conflitto mondiale, è venuto a configurarsi come un diritto distinto e assiologicamente meno importante, perché di portata più circoscritta, rispetto al diritto alla libertà di coscienza: essa ne costituisce in qualche misura il presupposto e rappresenta la *conditio sine qua non* per la sopravvivenza di ogni struttura politica che si ponga come fine la promozione della libertà dei cittadini²⁵³.

Nella nostra carta costituzionale il principio della libertà di coscienza non si trova espressamente affermato²⁵⁴ (a differenza del principio di libertà di religione sancito dall'art. 19) e non sono mancati in

²⁵² È solo il caso di sottolineare che in merito al rapporto tra le due libertà, anche tra gli specialisti, non vi è totale chiarezza, né uniformità di vedute.

²⁵³ Basta richiamare nuovamente l'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che espressamente distingue libertà di pensiero, coscienza e religione.

²⁵⁴ A livello internazionale e sovranazionale lo si trova espressamente all'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti umani, all'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art.9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A livello nazionale, a puro titolo di esempio, si ricorda la costituzione spagnola che al suo art. 16, I co. sancisce la libertà di coscienza : *"Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin mas limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden publico protegido por la Ley"* (cfr. sul punto A. R. Miguel, *op. cit.*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi, *op. cit.* p. 69).

dottrina i tentativi di ricondurne il riconoscimento a precisi parametri costituzionali²⁵⁵. Oltralpe, la dottrina francese ha messo in evidenza come sono riscontrabili almeno tre diversi approcci alla nozione di libertà di coscienza²⁵⁶. Il primo, più restrittivo e ben poco condivisibile, considera la libertà di coscienza come componente della libertà di religione, ovvero come diritto per l'individuo di credere o non credere in materia religiosa. Il secondo la intende in modo estensivo, come libertà di aderire alle opinioni, quali esse siano. In questo modo la libertà di coscienza finisce

²⁵⁵ Il fondamento della libertà di coscienza è stata per lo più riconosciuto nell'art. 2 Cost (cfr. F. C. Palazzo, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Giuffrè Editore, Varese, 1979 o R. Bertolino, *Obiezione di coscienza. I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990), di frequente letto in connessione con gli artt. 19 e 21 (cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il mulino, Bologna, 1984 o G. Di Cosimo, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano, 2000). Si allontana da questa ricostruzione chi riconduce la libertà di coscienza nell'alveo dell'art. 13 (cfr. F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995) e chi l'ha ricollegata all'art. 23 (cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992). Sul punto è necessario citare due sentenze della Corte costituzionale: la n. 43 del 1997 e la n. 271 del 2000. Nella seconda, in particolare, la Consulta afferma che il fondamento costituzionale della tutela della coscienza deve essere individuato nell'«univoco convergere degli artt. 2, 3, 19, e 21 primo comma della Costituzione» (punto 4 del *Considerato*), che concorrono a configurare, come afferma invece nella sent. n. 43, «un principio di protezione dei cosiddetti diritti della coscienza» (punto 5 del *Considerato*). Sul punto cfr. la ricostruzione proposta da N. Colaianni, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Cacucci Editore, Bari, 2000, pp. 25- 30.

²⁵⁶ Cfr. F. Messner, P.H. Prélôt, J.M. Woehrling, *Traité de droit français des religions*, Litec, Parigi, 2003, pp. 42 e ss.

per ricomprendere al tempo stesso la libertà di credenza religiosa e la libertà di opinioni filosofiche, politiche e sociali. Secondo il terzo approccio, infine, la libertà di coscienza presenta un carattere autonomo sia in rapporto alla libertà d'opinione che alla libertà religiosa: essa consiste, cioè, nella libertà di credenza, ovvero, per utilizzare le parole di un insigne giurista italiano, essa consiste nella «facoltà spettante all'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla»²⁵⁷.

Da un punto di vista analitico, è possibile distinguere due dimensioni della libertà, e quindi della libertà di coscienza: la libertà di coscienza negativa (*liberty from*) e libertà di coscienza positiva (*liberty of*)²⁵⁸. La prima è la

²⁵⁷ F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, 1967, p. 11. Tale definizione sarebbe valida per la c.d. libertà religiosa *negativa*, ovvero non libertà di, bensì libertà dalla religione, introdotta nell'ordinamento italiano con la sent 117 del 1979 della Consulta in materia di giuramento.

²⁵⁸ Cfr. tra gli altri L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, pp. 157 e ss.) e I. Berlin, *Due concetti di libertà*, in *Libertà*, Feltrinelli, Milano, 2010, p. 169 e ss. Per usare le parole di Passerin D'Entrèves, la libertà di coscienza si traduce nella «rinuncia, da parte dello Stato, al monopolio di tutti i valori che determinano, o possono determinare, l'agire dell'uomo nel contesto politico». Essa implica sia il «riconoscimento da parte dello Stato, di un limite invalicabile alle proprie competenze», sia l'adozione di un criterio di rigorosa "neutralità" nei riguardi delle convinzioni professate dai cittadini, sia, da ultimo, lo scrupoloso rispetto di queste ultime, «non soltanto nel loro insieme», ma nei singoli casi, perché «la coscienza dell'uno è altrettanto «sacra» di quella di tutti» (A. Passerin D'Entrèves, *Obbligo politico e libertà di coscienza*, in *Potere e libertà politica in una società aperta*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 244-245).

libertà-immunità, quale non impedimento o non costrizione, assicurata dal divieto in capo ad altri di violare la coscienza altrui. La seconda è *libertà-facoltà*, come autodeterminazione o autonomia consistente nell'assenza di obblighi o divieti che vincolino l'azione delle coscienze in *foro esterno*²⁵⁹. L'istituto dell'obiezione di coscienza è immediatamente strumentale a garantire la dimensione positiva della libertà di coscienza, come *libertà* operante in *foro esterno*. Non solo lo Stato non può imporre un qualunque atto connotato religiosamente²⁶⁰, ma deve altresì prevedere per i cittadini la possibilità di sottrarsi da quegli atti non qualificabili come religiosi, ma che tuttavia coinvolgono la coscienza individuale ad un livello tale di profondità da non risultare tollerabili al singolo nemmeno

²⁵⁹ Altra distinzione analiticamente utile a comprendere la struttura della libertà di coscienza è quella tra libertà statica e libertà dinamica. Come *libertà statica* (alla tutela della propria coscienza), la libertà di coscienza esclude ogni tipo di ingerenza o discriminazione, ed è garantita dall'irrilevanza giuridica associata a credenze o non credenze religiose e, per altro verso, dal divieto di intromissione nella coscienza della persona (si pensi, ad esempio, al divieto per il datore di lavoro di effettuare indagini, ai fini delle assunzioni, sulle opinioni religiose, oltre che politiche o sindacali dei lavoratori). Come *libertà dinamica* (alla formazione e allo sviluppo della propria coscienza), la libertà di coscienza equivale all'autonomia o autodeterminazione della coscienza, cioè alla libertà di formare in concreto entro di sé proprie personali convinzioni, a cui necessariamente segue, come previsto dall'art. 3 della Costituzione italiana, la materiale rimozione di quegli ostacoli che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (per tale ricostruzione cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2. *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, p. 319).

²⁶⁰ Cfr. la già citata sentenza 117 del 1979 delle Corti costituzionali, al punto 4 del considerato in diritto.

nei termini di una mera obbedienza esterna non sorretta da alcuna adesione in *foro interno*. In quest'accezione, la libertà di coscienza diviene il «diritto a non essere costretti a tenere comportamenti in contrasto con i dettami della propria coscienza»²⁶¹, ovvero con le proprie personali convinzioni²⁶², e il diritto all'obiezione di coscienza, ad essa strumentale, rappresenta un meccanismo di garanzia attraverso il quale assicurarne l'effettività.

In particolare, in cosa consiste tale rapporto di strumentalità? Il diritto alla libertà di coscienza delimita in favore di ciascun individuo, e non del semplice cittadino, quello che la dottrina spagnola ha designato con l'espressione *coto vedado* (terreno proibito), ovvero una sfera riservata dell'inviolabilità, della riservatezza, dell'autonomia di ogni soggetto. Esso può essere definito, in termini generali, come «quella sfera costituzionale che comprende principi e valori il cui rispetto e/o la cui implementazione permette di assicurare un funzionamento corretto della democrazia rappresentativa»²⁶³. Esso assolve

²⁶¹ L. Musselli, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1994, p. 216.

²⁶² In altri termini, nell'ambito della vita di relazione rilevante giuridicamente essa consisterebbe nella «libertà [...] di agire secondo i dettami della propria coscienza» (R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza moderna*, op. cit., p. 48).

²⁶³ E. G. Valdés, *Alcune considerazioni sulla possibilità di garantire la validità del coto vedado a livello internazionale*, in *Teoria politica*, Franco Angeli, Milano, fascicolo 2-3, 2003, p.3. Come precisa l'autore, il *coto vedado*, nell'evitare la tirannia della maggioranza, stabilisce che «non tutto può essere oggetto di decisione maggioritaria, né da parte dei legislatori, né da parte dei cittadini che col loro voto contribuiscono ad eleggerli». Descritto in questi termini, la sfera del *coto vedado* richiama la ferrajoliana *sfera dell'indecidibile*, che ancor meglio precisa, come si vedrà,

ad una duplice funzione giuridica: stabilisce restrizioni *ablative* (e non semplicemente abilitative)²⁶⁴ a livello costituzionale all'esercizio delle decisioni prese dalla maggioranza; istituisce un ambito «spoliticizzato»²⁶⁵, nel duplice significato di ambito sottratto alle decisioni della politica ordinaria e di ambito dedicato all'esercizio dell'autonomia del singolo, senza interferenze da parte dello Stato.

Il diritto all'obiezione di coscienza è pertanto strumento per la tutela di questa sfera riservata dell'inviolabilità e va configurato come «manifestazione della libertà di coscienza»²⁶⁶. Come tale, è anch'esso da collocarsi nel novero dei diritti fondamentali, come sfera

cosa non può essere oggetto di decisione in uno Stato costituzionale di diritto e cosa non può non esserlo.

²⁶⁴ Per restrizione *ablative* deve intendersi ogni restrizione che non introduce meri limiti procedurali all'esercizio di un diritto o di una facoltà (c.d. restrizione *abilitativa*), ma limiti sostanziali volti a restringere, ridurre o paralizzare del tutto tale esercizio (in questa accezione cfr P. Chiassoni, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, <http://www.dirittoeququestionipubbliche.org>, 9, 2009, p. 66).

²⁶⁵ Una precisazione si rende necessaria: «[...] i due aspetti del *coto vedado* indicano direzioni che potrebbero essere considerate opposte: la proibizione di «politicizzare» ciò che non è negoziabile e l'esigenza di assicurare politicamente la realizzazione effettiva dei diritti che lo stesso *coto vedado* mira a proteggere. Tale apparente contraddizione normativa si risolve se si tiene conto che la proibizione si riferisce alla distruzione dei principi e dei valori contenuti nel *coto vedado* e che l'obbligazione riguarda la realizzazione effettiva di quei principi e di quei valori. Se si contravviene alla proibizione, la democrazia si trasforma in una versione moralmente inaccettabile della dittatura del maggior numero» (E.G. Valdés, *op. cit.*, p. 4).

²⁶⁶ S. Rodotà, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi (a cura di), *op. cit.*, p. 29.

dell'*indecidibile che*²⁶⁷ e legge del più debole in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe in sua assenza²⁶⁸. Non a caso, la prima libertà fondamentale affermata in Europa è stata la libertà di coscienza, allora come sola libertà di religione, che si è configurata sin dall'inizio come diritto alla tutela della propria identità e differenza culturale²⁶⁹. Ecco perché non solo l'uguaglianza nei diritti fondamentali rappresenta la sostanza del costituzionalismo

²⁶⁷ «[...] La sfera dell'*«indecidibile che»*, cioè di ciò che non è permesso (o è vietato) decidere» è costituita «dall'insieme dei *diritti individuali* i quali precludono, in quanto aspettative negative, decisioni che possano lederli o ridurli»; accanto ad essa possiamo individuare «la sfera dell'*«indecidibile che non»*, cioè di ciò che non è permesso non (o è obbligatorio) decidere, determinata dall'insieme dei *diritti sociali* i quali impongono, in quanto aspettative positive, decisioni idonee a soddisfarli» (L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2. *Teoria della democrazia*, op. cit., p. 19).

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 57

²⁶⁹ L'affermazione di Ferrajoli che la prima libertà fondamentale ad affermarsi in Europa è quella di coscienza non è del tutto corretta, o, quanto meno, dev'essere adeguatamente precisata. Se la libertà di coscienza è senz'altro il presupposto logico perché un soggetto possa esercitare la propria libertà di religione, è proprio la libertà di religione ad essersi affermata per prima in Europa. Basta ricordare la lockiana esclusione dalla tolleranza degli atei nella sua *Espistola* per comprendere che la connotazione religiosa della coscienza era l'unica possibile ed ammissibile per lo Stato. La religione garantiva un assetto valoriale e dogmatico piuttosto stabile e conoscibile con il quale dover fare i conti. La libertà di coscienza era la libertà di religione e non aveva alcuna autonomia rispetto ad essa. Oggi, invece, si è arrivati a concepire la libertà di coscienza come il tutto, e la libertà di religione come una sua parte. Questo sembra o può sembrare un enorme passo in avanti e per certi versi lo rappresenta: tuttavia, tutelando la libertà di coscienza, lo Stato non finisce anche per impadronirsi dei contenuti accettabili della coscienza?

democratico e la fonte di legittimazione delle democrazie costituzionali, ma il loro universalismo, come quantificazione universale dei soggetti cui i diritti fondamentali sono imputati, è specifica tecnica di tutela del pluralismo culturale. Nello specifico, l'obiezione di coscienza va certamente intesa come *diritto fondamentale strumentale*²⁷⁰; tuttavia la questione che maggiormente interessa al giurista pratico è se esso rappresenti o meno un diritto generale e illimitato.

Occorre premettere che, in assenza della previsione di specifici ambiti applicativi nei quali è nominalmente riconosciuto il suo esercizio da parte del legislatore (servizio militare, interruzione della gravidanza, fecondazione medicalmente assistita etc.), o di meccanismi giudiziali, volti a garantirne l'azionabilità e a vagliare le richieste di tutela al di fuori delle ipotesi tipiche, un diritto genericamente permissivo all'obiezione di coscienza finirebbe per condurre ad una sostanziale paralisi dell'ordinamento²⁷¹ e a sostituire, ai diritti della coscienza

²⁷⁰ In questo senso anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, secondo il quale «il diritto all'odc può essere configurato costituzionalmente come diritto fondamentale della persona» (Comitato Nazionale per la Bioetica, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 2012, p. 12).

²⁷¹ La stretta correlazione esistente tra dimensione interna della coscienza e comportamenti richiesti dalla legge è ben presente, nel contesto italiano, nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. La coscienza individuale non solo ha rilievo costituzionale, «quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione», ma gode «di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di

impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima» (Corte cost., sent. n.467 del 1991, punto 4 del *Considerato*. Come ricorda Paris, la stessa Corte nella sentenza 271 del 2000 ha precisato che il fondamento costituzionale della tutela della coscienza deve essere individuato non soltanto nell'art.2 Cost, bensì nell'«univoco convergere degli artt. 2, 3, 19 e 21, primo comma, della Costituzione», che concorrono a configurare, come si può leggere nella sent. n.43 del 1997, «un principio di protezione dei cosiddetti diritti della coscienza»). Questa necessaria protezione dei diritti della coscienza si spinge fino alla possibilità di «giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)» (Corte cost., sent. n. 467 del 1991, punto 4 del *Considerato*). A fronte del persistere di un rifiuto di adempiere ad un obbligo previsto *ex lege* per motivi di coscienza, infatti, «la comminazione di plurime pene e condanne [...] può condurre a una permanente pressione morale in vista di un mutamento coatto dei contenuti della coscienza individuale», incompatibile con il «riconoscimento della signoria individuale sulla propria coscienza» (Corte cost., sent. n.43 del 1997, punto 1 e punto 5 del *Considerato*). Se da un lato esiste quindi un *limes*, oltre il quale la pressione esercitata dalla sanzione penale si risolve in un attacco alla libertà della coscienza stessa, volto a coartarne l'invulnerabilità dei contenuti (Cfr. sul punto G. Galante, *Coartazione della coscienza individuale e sanzione penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 2737 e ss.), dall'altro la Consulta sottolinea il carattere puntuale ed eccezionale dell'istituto dell'obiezione di coscienza. Infatti, di fronte all'esistenza di un principio costituzionale di protezione dei diritti della coscienza, «tale protezione [...] non può ritenersi illimitata e incondizionata» (Corte cost., sent. n. 43 del 1997). Partendo dall'assunto che non v'è norma che sfugga ad una valutazione della coscienza, si può facilmente comprendere come, agli occhi della Corte costituzionale, un riconoscimento illimitato e generalizzato di un diritto all'obiezione di coscienza porterebbe ad una sostanziale paralisi di un ordinamento giuridico.

rispetto al diritto positivo, la semplice coscienza. Ma in questo caso, non si tratterebbe di un diritto generale, bensì, cosa ben diversa, di un diritto generalizzato o assoluto²⁷² all'obiezione di coscienza. Con 'diritto generale' si vuole indicare quella posizione soggettiva il cui esercizio non è limitato ai soli ambiti riconosciuti esplicitamente dalle previsioni del legislatore²⁷³ e il diritto all'obiezione di coscienza ricade pienamente in questa categoria. L'esistenza di restrizioni abilitative è infatti legata al solo profilo operativo di tale diritto, non alla sua configurazione teorica.

Concettualmente, tale generalità si giustifica in relazione all'illogicità cui condurrebbe il collegamento tra un diritto fondamentale e incompressibile (la libertà di coscienza), e la previsione di uno strumento di tutela limitato ai soli casi espressamente previsti dal legislatore. In altri termini, non sarebbe possibile applicare tale diritto a nuove ipotesi se non vi fosse un diritto generale presupposto. Ipotizzare un diritto generale latente all'interno dell'ordinamento giuridico, e funzionale a garantire risposte efficaci di fronte all'emergere di nuovi ambiti di problematicità, permette di ripensare l'istituto dell'obiezione di coscienza, di precisarne meglio la logica sottesa e i limiti.

²⁷² Della stessa posizione il CNB, secondo il quale «la stessa esigenza di bilanciamento tra valori costituzionali che soggiace al diritto all'odc impedisce di configurarlo come un diritto assoluto» (Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. ult. cit.*, p. 11).

²⁷³ Cfr. I. Trujillo, *Il disaccordo nello stato costituzionale di diritto. A proposito di alcune sentenze recenti del Tribunal Supremo spagnolo sul diritto generale all'obiezione di coscienza*, in *Diritto & questioni pubbliche*, <http://www.dirittoequestionipubbliche.org>, 9, 2009, p. 152.

3.4 Logica e struttura del diritto all'obiezione di coscienza

3.4.1 *Il bene giuridico tutelato*

Una volta individuato il suo carattere strumentale, la prima delicata questione da affrontare è la natura del bene giuridico tutelato attraverso il diritto dell'obiezione di coscienza.

Sono state autorevolmente evidenziate due teorie relative all'obiezione di coscienza, rispondenti ognuna ad una differente *ratio* in merito al suo riconoscimento giuridico: la teoria contenutistica e la teoria coscienzialistica²⁷⁴. Secondo la prima teoria, l'obiezione di coscienza tutela in modo eccezionale un bene giuridico di altissimo valore (come la vita del nemico, del concepito o la non sofferenza degli animali) che entra in conflitto con un bene di pari valore protetto dalla norma che funge da regola (la difesa militare della patria, la vita o la salute della gestante, la ricerca scientifica). Secondo la teoria

²⁷⁴ La distinzione si trova in 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*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 273. Precisa l'autore: «Propongo di chiamare “contenutista” la teoria dell' odc come concessione eccezionale, riservata volta per volta al legislatore ordinario, senza la cui esplicita “interposizione” costituirebbe un illecito in molti casi penale; concessione che per la sua eccezionalità non potrebbe essere motivata che in base all'eccezionale rilevanza dei contenuti (beni, valori) protetti appunto, in contrasto con la legge “regola”, mediante odc. E propongo di chiamare “coscienzialista” la teoria dell'odc come diritto soggettivo di rango costituzionale, spettante, in base al principio personalistico della libertà di coscienza, nei confronti di ogni legge, senza bisogno di esplicita, singola concessione legislativa» (p. 273).

coscienzialistica, invece, oggetto della protezione offerta dalla previsione dell'obiezione di coscienza sarebbe non il bene giuridico che l'obiettore si prefigge di rispettare, bensì la coscienza dell'obiettore stesso. L'alternativa che si pone nel sottoscrivere una delle due teorie incide nell'individuazione stessa delle finalità dell'obiezione di coscienza: il suo riconoscimento è finalizzato alla protezione dei diversi beni giuridici cui si richiama la scelta obiettorica, oppure unicamente alla protezione della libertà di coscienza dell'obiettore?

Entrambi le teorie presentano profili di incompletezza in merito alla comprensione del riconoscimento giuridico dell'obiezione. La teoria contenutistica è inaccettabile, perché l'obiezione di coscienza non è una forma di tutela dei beni giuridici mediati perseguiti dall'obiettore. Il bilanciamento tra tali beni e altri beni giuridici costituzionalmente rilevanti e con essi confliggenti viene compiuto dal legislatore in via generale una sola volta durante la sua attività normativa e viene poi cristallizzato nella legge. L'equilibrio così raggiunto e ritenuto accettabile diviene un punto fermo su cui l'eventuale previsione di ipotesi di obiezione di coscienza non deve influire²⁷⁵. Nel riconoscimento della possibilità di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza non entrano più in gioco considerazioni relative ai beni giuridici oggetto del bilanciamento principale (si pensi alla vita del concepito e alla vita o alla salute della gestante), la cui tutela ha assunto un assetto definito attraverso la legge. La questione diventa piuttosto quella di valutare se e in che misura l'assetto così raggiunto tolleri o meno l'obiezione di coscienza e quindi bilanciare i diritti della coscienza con

²⁷⁵ Cfr. D. Paris, *op. cit.*, pp. 174-175.

le difficoltà applicative che il loro riconoscimento comporterebbe nell'attuazione della legge.

La teoria coscienzialista, se da un lato coglie puntualmente che il bene giuridico tutelato attraverso il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza è la libertà di coscienza, rispetto alla quale svolge una funzione strumentale, dall'altro risulta carente se non si pone l'accento sui contenuti della coscienza rilevanti sul piano giuridico. I contenuti della coscienza sono tutt'altro che indifferenti ai fini del riconoscimento da parte dell'ordinamento di un'ipotesi di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza: essi possono determinare una sua maggiore doverosità nel caso in cui i contenuti coscienziali si ispirino o addirittura coincidano con valori di primario livello costituzionale (in questo caso si potrebbe ripensare la categoria del *secundum legem*, come segnale di un'assonanza tra le istanze obiettive e lo "spirito della Legge", cioè dei valori su cui si fonda un ordinamento, più che per il suo riconoscimento legale), oppure ne possono causare una totale preclusione nel caso di una loro completa incompatibilità rispetto a quest'ultimi. Come affermato nel corso del primo capitolo, occorre tenere presente che accanto ad una dimensione morale o gnoseologica di coscienza, nello Stato costituzionale di diritto è andata affermandosi una nozione di coscienza specificamente rilevante sul piano giuridico: non la coscienza comunque intesa viene tutelata, ma quella coscienza i cui contenuti si ispirano a valori altri, che sono quelli che un ordinamento giuridico ritiene meritevoli di tutela, o quantomeno nella misura in cui tali contenuti delle coscienze non siano in un contrasto irriducibile rispetto a determinati assunti valoriali sui quali un ordinamento si fonda. All'approccio coscienzialista va comunque riconosciuto il merito di aver compreso come

non siano beni mediati rilevanti soltanto in seconda battuta (e relativamente alle motivazione dell'obiettore) ad essere oggetto di tutela, bensì il diritto fondamentale alla libertà di coscienza.

3.4.2 *Le modalità deontiche della condotta oggetto di obiezione: obiezione di coscienza negativa e positiva.*

Abbiamo sin ora parlato in termini generali di diritto all'obiezione di coscienza. Riprendendo la distinzione fatta da Bobbio in merito alle varie forme che può assumere la disobbedienza civile ²⁷⁶, si possono distinguere concettualmente due *species* di tale diritto: l'obiezione di coscienza negativa e l'obiezione di coscienza positiva.

Il diritto di *obiezione di coscienza negativa* consiste nella *facoltà* attribuita al singolo, che sia destinatario di un obbligo giuridico *positivo* (ovvero del *dovere* di tenere un comportamento, rendere un servizio, fornire una

²⁷⁶ «Occorre prima di tutto fare una distinzione tra la inosservanza di una legge proibitiva che consiste in una azione positiva, in un fare (come il *sit-in* dei neri nei ristoranti o negli autobus che sono loro preclusi o il riunirsi di un corteo quando è proibito e ad onta della proibizione), e l'inesecuzione di una legge imperativa che consiste in un'omissione o in un'astensione (tipico esempio il non pagare le tasse, il non prestare il servizio militare)» (N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione oggi*, in *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 211). Le considerazioni svolte da Bobbio sono incentrate sul tema della resistenza e della disobbedienza civile, mentre l'obiezione di coscienza non viene pressoché approfondita, limitandosi l'autore ad affermare assai poco condivisibilmente che «[...] è rimasta come fenomeno tipico di resistenza individuale l'obiezione di coscienza, ma essa è manifestamente un residuo di atteggiamenti religiosi risalenti in gran parte alle sette non conformiste» (*ibidem*, p. 207).

prestazione, ecc.) di sottrarsi dall'adempimento di tale obbligo, omettendo la condotta prescritta, per ragioni di coscienza.

Il diritto di *obiezione di coscienza positiva* consiste, secondo i casi:

(a) nella *facoltà* (permesso, diritto, libertà) attribuita al singolo, che sia destinatario di un obbligo giuridico *negativo* (ovvero del *divieto* di tenere un comportamento, rendere un servizio, fornire una prestazione, ecc.), di sottrarsi all'osservanza di tale obbligo, ponendo in essere la condotta vietata, per ragioni di coscienza;

(b) nel *potere* (capacità, autorizzazione, abilitazione) attribuito al singolo, che sia destinatario di una norma generale *d'inabilitazione* (negativa o privativa della capacità di compiere certi atti giuridici), di formare validamente gli atti giuridici preclusi, per ragioni di coscienza²⁷⁷.

3.4.2.1 *L'obiezione di coscienza negativa.*

Ognuna di queste due varianti presenta profili strutturali differenti. Nel diritto all'obiezione di coscienza *negativa*, (i cui tipici ambiti di applicazione sono quella del medico e del personale sanitario di fronte agli interventi di interruzione della gravidanza, oppure del

²⁷⁷ Cfr. P. Chiassoni, *op. cit.*, p. 83. In questa sede si è preferita all'espressione "dovere giuridico" utilizzata dall'autore, l'espressione "obbligo giuridico" (nelle due varianti positiva e negativa) per una ragione di coerenza rispetto all'impianto complessivo del presente lavoro, nel quale, in linea con la terminologia scarpelliana, si è preferito utilizzare il concetto di obbligo per l'ambito giuridico, di dovere per l'ambito morale e di impegno per il contesto politico.

giovane abile alle armi in ipotesi di coscrizione obbligatoria) è possibile individuare:

- un obbligo giuridico *positivo* e perfetto (un dovere sanzionato) di prestare un servizio o fornire una prestazione personale (sia in abito lavorativo pubblico o privato, sia in forza della titolarità di uno *status* come quello di cittadino);
- un dovere morale *negativo* in capo al soggetto destinatario dell'obbligo giuridico positivo perfetto, che si tradurrebbe in una condotta astensiva rispetto all'obbligo;
- l'insorgenza di una situazione di *conflitto* tra obbligo giuridico positivo e dovere morale negativo;
- il configurarsi di una *lesione* del diritto fondamentale della libertà di coscienza in caso di preminenza dell'obbligo giuridico sul dovere morale;
- il configurarsi della contemporanea *lesione* di altri principi o diritti fondamentali, alla cui tutela è funzionale l'obbligo giuridico positivo perfetto (la difesa della patria nel caso della coscrizione obbligatoria; il diritto alla salute psico-fisica della donna, nell'ipotesi in cui la richiesta di ottenere l'interruzione della gravidanza vada incontro a fenomeni obiettori quantitativamente significativi e grandemente ostativi alla soddisfazione di tale richiesta) nell'ammettere un'ipotesi di esercizio del diritto di obiezione;
- la considerazione dei costi *oggettivi* (come un rilevante indebolimento della capacità difensiva delle forze armate) e *soggettivi* (disagi e difficoltà per le donne che intendano esercitare il loro diritto ad interrompere la gravidanza) connessi all'obiezione ;

- un giudizio di *bilanciamento* che assegna la preminenza alla tutela del diritto alla libertà di coscienza (e in via mediata al dovere morale dei singoli) rispetto agli altri diritti e principi che giustificano l'imposizione dell'obbligo giuridico positivo perfetto.

Mentre il diritto all'obiezione di coscienza negativa è istituito da tempo conosciuto in numerosi ordinamenti costituzionali, il diritto all'obiezione di coscienza positiva non risulta al momento nominalmente destinatario di specifiche previsioni di legge. Tuttavia, nell'ordinamento italiano la legge 101 del 1989, dedicato al rapporto tra Stato e Comunità ebraiche italiane, prevede all'articolo 6 una disposizione che si può ricondurre ad un'ipotesi legalizzata di obiezione negativa: il diritto per gli ebrei che lo richiedano di prestare il giuramento previsto dalle leggi dello Stato a capo coperto, mentre vige un divieto generale di sedere in tribunale a capo coperto. A parte l'eccezione segnalata, il motivo di quest'asimmetria può essere comprensibile se si considera l'atteggiamento di maggior favore da parte dell'ordinamento nel tollerare la trasgressione di un ordine di fare piuttosto che di un divieto. Il comportamento omissivo presenterebbe un minor grado di pericolosità per la società rispetto ad un comportamento illecito attivo²⁷⁸. Queste considerazioni sono certamente sostenibili da un punto di vista sociologico o più genericamente descrittivo; tuttavia, occorre comprendere e vagliare nello specifico anche la struttura del diritto all'obiezione di coscienza positiva, per

²⁷⁸ Cfr. V. Onida, *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Diritto ecclesiastico*, 1982, I, p. 230. Dello stesso avviso Luhmann, *op. cit.*, p. 294.

verificare se l'assenza di ipotesi relative al suo riconoscimento giuridico incontri problematicità non solo applicative, ma prima di tutto teoriche²⁷⁹.

3.4.2.2 *L'obiezione di coscienza positiva*

Prima di ricostruirne la struttura occorre prendere le mosse da alcune considerazioni preliminari. Il diritto all'obiezione di coscienza si inserisce in quella logica pluralistica propria dello Stato costituzionale di diritto a garanzia del diritto fondamentale della libertà di coscienza. Tuttavia, le dinamiche democratiche possono produrre sia maggioranze con coscienze eteronome ed autoritarie²⁸⁰ (votate quindi ad imporre o a precludere determinate scelte morali secondo il tipico *modus operandi* del legislatore etico), sia maggioranze radicalmente neutrali sotto il profilo etico (votate a impedire determinate espressioni della libertà di coscienza in *foro externo*). Come esempio di legge approvata dal primo tipo di maggioranza, si immagina una normativa che vieti a qualunque individuo di stabilire quali trattamenti possano essere compiuti sul proprio corpo dal personale medico-sanitario per il

²⁷⁹ Poco condivisibile, a tal proposito, la posizione espressa dal CNB: «Mentre l'astensione permette che altri possa sostituirsi all'obiettore e fare ciò che lui non è disposto a fare, un comportamento attivo *contra legem* non dà spazio ad una sostituzione che salvaguardi l'applicazione della legge stessa. Ne deriva che se si vuole concepire l'odc come compatibile con il principio di legalità, l'odc agli obblighi di non fare deve essere esclusa proprio perché l'inadempimento dell'obbligo coincide con la definitiva violazione del precetto legale senza possibilità di organizzare un servizio sostitutivo che permetta di salvaguardare il principio di legalità» (Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. ult. cit.*, p16).

²⁸⁰ Cfr. il capitolo II del presente lavoro, paragrafo 2.6.

momento in cui divenga privo di capacità naturale²⁸¹ (divieto di direttive anticipate di trattamento)²⁸², in nome del rispetto assoluto del diritto (o sarebbe più appropriato *dovere*) alla vita. Per il secondo tipo di maggioranza, invece, si immagini una disciplina legislativa che faccia divieto assoluto di indossare nei luoghi pubblici qualsiasi simbolo che si richiami alle intime convinzioni (religiose, filosofiche etc.) della propria coscienza, in nome del principio supremo di laicità dello stato²⁸³.

In entrambi i casi assistiamo a forme di imperialismo ideologico, ovvero tentativi di imporre per via legislativa o una determinata visione morale o di azzerare nello spazio pubblico specifiche manifestazioni di tutte le possibili visioni morali. Come anticipato sopra, alla base della tutela del diritto fondamentale della libertà di coscienza vi è una

²⁸¹ Con capacità naturale o di fatto si intende la «condizione dei soggetti che, anche minorenni o oggetto di un provvedimento di interdizione, dispongono di una facoltà di intendere e di volere sufficiente per compiere scelte e assumere decisioni relative a trattamenti sanitari» (P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Cortina, Milano, 2009, p. 137, nota 1).

²⁸² Ipotesi simile anche in P. Chiassoni, *op. cit.*, p. 86.

²⁸³ In Francia, con riferimento al contesto scolastico, si consideri il caso della legge 228 del 15 marzo 2004, "encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics" (cfr. <http://www.legifrance.gouv.fr>). Per un recente dibattito italiano sul concetto di laicità procedurale si rimanda ai contributi di P. Donatelli, G. Fornero, E. Lecaldano, C. Luzzati, D. Pulitanò, M. Reichlin, P. Borsellino, raccolti in *Diritto, bioetica, laicità. Commenti a Bioetica tra "moralì" e diritto di Patrizia Borsellino*, in *Notizie di Politeia*, anno XXVI, n. 97, 2010, pp. 100-144 e a P. Borsellino, *Le ragioni della laicità "procedurale" non fraintesa*, in D'Orazio E., *La laicità vista dai laici*, Università Bocconi Editore, Milano, 2009, pp. 75-82.

sfera dell'inviolabilità che deve essere necessariamente sottratta all'intervento legiferante di qualunque maggioranza politica (il c.d. *coto vedado*). Entrambe le ipotesi sopra riportate costituiscono quindi potenziali ambiti di applicazione dell'istituto dell'obiezione di coscienza *positiva*, che va tenuta nettamente distinta rispetto alla fattispecie penalistica dei reati culturalmente motivati²⁸⁴. In essa si può distinguere:

- un obbligo giuridico negativo perfetto (divieto sanzionato) di formare validamente determinate atti giuridici (dichiarazioni anticipate di trattamento per ipotesi di incapacità) o di tenere una determinata condotta (indossare simboli legati alle proprie convinzioni in coscienza, ad esempio, nel contesto scolastico);

- un dovere morale *positivo* in capo al soggetto destinatario dell'obbligo giuridico negativo, che si tradurrebbe in una condotta illecita rispetto all'obbligo giuridico negativo (poter disporre sempre del proprio corpo, anche in ipotesi di assenza di capacità naturale,

²⁸⁴ La fattispecie dei *reati culturalmente motivati* si determina nell'ipotesi in cui si ha, da un lato, una norma penale nazionale che prevede un determinato comportamento come penalmente rilevante, e dall'altro, la persistenza negli immigrati di un codice comportamentale derivante dalla cultura del Paese di appartenenza che quella condotta approva, addirittura impone o, quanto meno, facoltizza. Per un approfondimento sul punto cfr. F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010; A. Bernardi, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010; C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Ets, Pisa, 2010; A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006.

e utilizzare simboli che testimonino una determinata visione del mondo);

- l'insorgenza di una situazione di *conflitto* tra obbligo giuridico negativo e dovere morale positivo ;

- il configurarsi di una *lesione* del diritto fondamentale della libertà di coscienza in caso di preminenza dell'obbligo giuridico sul dovere morale;

- il configurarsi della contemporanea *lesione* (o pretesa tale) di altri principi o diritti fondamentali, alla cui tutela è funzionale l'obbligo giuridico negativo, nel caso in cui si ammettessero un'ipotesi di esercizio del diritto di obiezione positiva (diritto alla vita e principio supremo di laicità dello stato);

- a fronte di un giudizio di *bilanciamento* che assegna la preminenza alla tutela del diritto alla libertà di coscienza nonostante i costi oggettivi e soggettivi connessi, il configurarsi del diritto all'obiezione di coscienza positiva come *facoltà* di sottrarsi all'osservanza di un obbligo giuridico negativo (indossare i simboli) e *potere* di formare validamente atti giuridici altrimenti preclusi (dichiarazioni anticipate di trattamento).

Questa è la struttura teorica del diritto all'obiezione di coscienza positiva. Tuttavia, in entrambi i casi è altamente improbabile, sul piano fattuale, che le maggioranze politiche autrici di simili leggi prevedano contestualmente ipotesi di obiezioni di coscienza positiva nel testo licenziato. In altre parole, l'ultima cosa a cui penserebbe il legislatore etico o quello laico (*rectius* laicista) ad oltranza è di prevedere "esenzioni privilegiate" per le coscienze minoritarie e dissenzienti. Com'è possibile, allora, tutelare anche in questi casi la libertà di coscienza minoritaria dei cittadini, in assenza di una volontà in tal senso del

legislatore? L'unico modo per rimediare all'incuranza di un legislatore non pluralista è quello di prevedere un meccanismo giudiziale d'emergenza. Occorre concepire il diritto all'obiezione di coscienza non solo come diritto soggettivo, bensì anche come diritto soggettivo *azionabile*²⁸⁵, recuperando (almeno in parte) la lettura kelseniana del concetto di diritto soggettivo come autorizzazione²⁸⁶ in presenza della lesione di un diritto. L'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza (positiva) davanti agli organi giurisdizionali di merito permetterebbe sia il vaglio della reale esistenza di una lesione, con la conseguente tutela del diritto alla libertà di coscienza da parte dell'autorità giudiziaria, a seguito dell'esito positivo del giudizio di bilanciamento a cui si accennava sopra; sia

²⁸⁵ In questo senso cfr. F. Viola, *op. cit.*, p. 184, nel quale si parla di obiezione di coscienza come di un «diritto umano costituzionalmente garantito e direttamente azionabile». 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*, ed anche M.E. Olmos Ortega, *La objecion 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.

²⁸⁶ L'ottica riduzionistica kelseniana prevede che si abbia un'autorizzazione «quando tra le condizioni della conseguenza dell'illecito si include una manifestazione di volontà da parte di chi è leso nei suoi interessi; manifestazione di volontà che deve presentarsi nella forma dell'azione privata o pubblica» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, *op. cit.*, p. 84). Nel caso dell'obiezione di coscienza non si ha la commissione di un vero e proprio illecito da parte di un soggetto privato, bensì si assiste alla lesione di una libertà fondamentale (la libertà di coscienza) da parte di un atto normativo dello Stato, attraverso la mancata previsione espressa di un'ipotesi obiettorica. Il soggetto, quindi, non è leso nei suoi interessi, ma nei suoi diritti e ricorre al meccanismo giudiziale per garantirsi una forma di tutela.

il contestuale vaglio di costituzionalità della legge che impone l'obbligo giuridico negativo (davanti ai tribunali costituzionali, nei sistemi a sindacato accentrato, o davanti agli stessi giudici di merito, nei sistemi a sindacato diffuso) nella parte in cui non prevede un'ipotesi (o una clausola) di obiezione di coscienza²⁸⁷. In particolare, nei sistemi a sindacato di costituzionalità accentrato il giudice di merito potrebbe riconoscere un provvedimento d'urgenza a favore dell'obiettore, nelle more del giudizio di costituzionalità²⁸⁸. In altri termini, all'autorità

²⁸⁷ In un ordinamento come quello italiano, la Corte costituzionale si pronuncerebbe con una sentenza additiva che riconosca, rispetto all'obbligo di legge oggetto del suo sindacato, un'ipotesi specifica di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza. L'ipotesi è tutt'altro che teorica. Con la sentenza n. 196 del 1987, la Corte costituzionale italiana si è pronunciata sull'obiezione di coscienza del giudice tutelare, caso nel quale viene messa in discussione la costituzionalità di una legge proprio per la mancata previsione di un'ipotesi obiettorie. In quell'occasione la Consulta non ha affermato che la discrezionalità del legislatore riguardo alla scelta di introdurre o meno l'obiezione di coscienza è sottratta al sindacato di legittimità costituzionale, bensì ha dichiarato l'infondatezza della questione: ciò equivale ad un'ammissione implicita del potere additivo della Corte, ovvero del potere di trasformare un'obiezione di coscienza *sine lege* in obiezione *secundum legem*. La Corte non esclude, quindi, la possibilità di pronunciarsi con una sentenza additiva che riconosca l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza; semplicemente, riguardo alla fattispecie concreta considerata (l'obiezione del giudice tutelare), rileva l'assenza dei presupposti per farlo (sul punto cfr. E. Rossi, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro italiano*, 1988, II, pp. 759- 769).

²⁸⁸ Questa la condivisibilissima soluzione prospettata da P. Chiassoni, *op. cit.*, p. 88. In un'ottica *de jure condendo*, nei sistemi a sindacato accentrato è prospettabile la creazione di una corsia privilegiata per i ricorsi incidentali davanti alla Corte

giudiziaria viene rimesso il vaglio delle richieste di obiezione di coscienza non espressamente previste dal legislatore, ma ad una condizione: esso deve eseguirsi alla luce degli stessi principi giuridici seguiti dal legislatore per le ipotesi di riconoscimento espresso²⁸⁹. Tale meccanismo processuale sarebbe pienamente funzionante anche per l'obiezione di coscienza negativa e garantirebbe maggiore elasticità all'istituto, non lasciando l'ultima parola ad ondivaghe maggioranze politiche in materia di tutela dei diritti fondamentali.

3.4.3 Il rapporto con l'obbligo giuridico a cui si vuole obiettare

Esiste un rapporto di reciproca esclusione tra esercizio del diritto all'obiezione di coscienza e adempimento dell'obbligo principale stabilito *ex lege*: o si adempie a quest'ultimo o si accede all'obiezione di coscienza. Essa si traduce in un regime derogatorio rivolto esclusivamente a quei soggetti per i quali l'adempimento di un determinato obbligo risulti intollerabile in coscienza. Questo non toglie che permane nel legislatore una netta preferenza per la

Costituzionale per le "questioni di coscienza": essa risulterebbe funzionale a garantire tempi più brevi e risposte più celeri alle richieste di tutela avanzate.

²⁸⁹ Così facendo si affianca al meccanismo dell'*interpositio legis* quello dell'*interpositio iudicum*, affiancamento che potrebbe far nascere problemi di connotabilità politica della decisione del giudice: il giudice non può operare in base a decisioni di opportunità politica, come invece potrebbe farebbe il legislatore. Da qui la necessità che le sue valutazioni si basino su criteri non differenti rispetto a quelli utilizzati dal legislatore stesso per il riconoscimento delle ipotesi tipiche.

modalità ordinaria di adempimento: tale preferenza costituisce proprio il presupposto logico dell'obiezione, che altrimenti verrebbe meno come condotta derogatoria ad un obbligo.

Di conseguenza, la condotta principale e quella scelta dall'obietto non possono considerarsi pienamente pariordinate, altrimenti si esulerebbe dall'ambito dell'obiezione di coscienza e si finirebbe nello schema dell'*obbligazione alternativa*, consistente nella possibilità di scelta, accordata al cittadino, circa le modalità di adempimento di un obbligo tra una pluralità di condotte alternativamente consentite, nella pacifica indifferenza del legislatore. Nel nostro specifico ambito di analisi, questa possibilità di scelta in relazione a motivi coscienziali non costituirebbe più un'ipotesi di obiezione, bensì di *opzione di coscienza*²⁹⁰. Sebbene la scelta obiettorica venga sempre più percepita come semplice esercizio di una facoltà prevista dalla legge, il funzionamento dell'istituto dell'obiezione di coscienza rimane ben diverso. Per garantirne l'esercizio occorre, infatti, un'*attivazione* diretta del soggetto in base a motivi di coscienza ed in riferimento ad un obbligo generale al cui adempimento egli sarebbe altrimenti tenuto. Quindi non una semplice scelta, ma una specifica manifestazione di volontà oggetto di una disciplina *ad hoc*.

²⁹⁰ Cfr. V. Turchi, *op. cit.*, pp. 55-59. Si segnala a questo proposito l'uso differente dell'espressione *opzione di coscienza* di Conforti: con tale espressione «si fa riferimento alla facoltà di scelta che il diritto accorda a quanti vogliano, adducendo personali motivi di coscienza, non adempiere ad una norma generale, invocando il rispetto di altra norma positiva che deroga a quella generale» (P. Consorti, *Obiezione, opzione di coscienza e motivi religiosi*, in R. Botta (a cura di), *op. cit.*, p. 252). L'autore indica con opzioni di coscienza le ipotesi di «*obiezione garantite dalla legge*» (p. 254).

Se per l'obiettore dev'essere intollerabile seguire l'obbligo previsto dalla legge, è il diritto che deve tollerare l'obiezione. Come si vedrà, esiste un limite imprescindibile per l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza: occorre che essa «non comprometta del tutto gli interessi collettivi, alla cui tutela sono finalizzati gli obblighi cui si consente di derogare»²⁹¹. In altri termini, la previsione di ipotesi specifiche di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza non può che basarsi su un giudizio prognostico del numero delle coscienze obiettanti, il quale non può essere così elevato da impedire il perseguimento delle finalità previste *ex lege* e un sostanziale svuotamento della stessa. L'obiezione rimane uno strumento accordato dall'ordinamento per la tutela della libertà di coscienza di una minoranza, costituita anche da un unico soggetto, e, in via mediata, dell'assetto pluralistico cui tale ordinamento è improntato.

3.4.4 *La gravosità della scelta obiettorica*

Se è vero che tale giudizio prognostico introduce un ineliminabile elemento di dinamicità nella fenomenologia dell'obiezione di coscienza, una dinamicità che in alcuni casi (come quello italiano della coscrizione obbligatoria) ha portato al venir meno dell'obbligo stesso a cui si obiettava²⁹², è altrettanto vero che è il legislatore stesso a

²⁹¹ V. Onida, *L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 368.

²⁹² Le cifre fornite dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri italiano descrivono la crescita esponenziale del fenomeno obiettorio: si passa da 16.000 domande nel 1990, a 30.000

dover stabilire dei presidi o meccanismi funzionali da un lato a prevenire lo svuotamento della legge che prevede un'ipotesi obiettorica, e dall'altro ad evitare il fenomeno delle cosiddette "obiezioni di comodo". Per usare un'espressione della Consulta, la legge può prevedere delle "esenzioni privilegiate" a determinati obblighi, ma tali esenzioni non possono mai tradursi in privilegi che risulterebbero incompatibili con il principio di uguaglianza. L'obiezione deve configurarsi infatti come una *modulazione*, e non un'esclusione, della prestazione richiesta sulla base delle esigenze della coscienza. Come evitare il verificarsi di obiezioni di comodo, nelle quali pretestuosamente ci si richiama all'insopportabilità *in foro interno* di un obbligo legale?

Sono prospettabili una pluralità di meccanismi volti a distinguere l'autenticità dell'obiezione, ma i principali ipotizzabili sono tre²⁹³: un esame introspettivo della coscienza, attraverso una sorta di interrogatorio dell'aspirante obiettore²⁹⁴; la verifica della coerenza *in*

domande nel 1994, a 70.000 nel 1998 (<http://www.serviziocivile.gov.it/Contenuti/?PageID=45>). Ancora più netta la posizione espressa dal Ministero della Difesa: «Il primo fenomeno che ha inciso progressivamente ed in senso negativo sulle possibilità di reclutamento è stato quello dell'obiezione di coscienza che ha raggiunto la punta massima di 108.000 domande alla fine degli anni '90» (http://www.difesa.it/Approfondimenti/ArchivioApprofondimenti/Libro_Bianco/Pagine/Parte_V.aspx).

²⁹³ Cfr. D. Paris, *op. cit.*, p. 209.

²⁹⁴ Esempio di questa modalità di controllo delle obiezioni di comodo era contenuto nella legge 772 del 1972, che condizionava l'ammissione al servizio civile sostitutivo all'accettazione della domanda obiettorica da parte del Ministero della difesa, previo parere di una commissione costituita appositamente. L'istituto, che non trovò affatto un'accoglienza positiva nella dottrina italiana,

foro externo della condotta dell'obiettore rispetto ai suoi asseriti convincimenti interiori²⁹⁵; la previsione di un regime derogatorio in termini oggettivamente più gravosi o sfavorevoli per l'obiettore, rispetto all'obbligazione principale obiettata²⁹⁶. Ognuno di questi metodi di accertamento non è in rapporto di reciproca esclusione rispetto agli altri, ma, come si vedrà, sono prospettabili meccanismi di interazione costruttiva tra essi.

Il primo meccanismo, come già anticipato da alcune osservazioni di Raz a proposito del concetto di *privacy* morale²⁹⁷, presta maggiormente il fianco ad obiezioni. Oltre ad essere di dubbia efficacia, si tradurrebbe in una sorta di inquisizione introspettiva di una sfera inviolabile, il cui contenuto è sottratto a qualsivolgia ingerenza sia del pubblico, sia del privato. Ciò che può essere oggetto di analisi o di vaglio sono, semmai, evidenze oggettive ed estrinseche, collegate causalmente ai convincimenti

venne anche ribattezzato come “tribunale della coscienza” o “palombaro dell'anima”. In Inghilterra, erano previsti fino agli anni Sessanta organi con un compito analogo chiamati “Conscientious Objectors Tribunals”.

²⁹⁵ Sempre in materia di servizio militare, le cause ostative all'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza al servizio militare sono enumerate all'art. 2 lettere a), b), c) e d) della legge 230 del 1998. In materia di interruzione volontaria della gravidanza, l'art. 9 della legge 194 del 1978 prevede espressamente che «l'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto, immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente».

²⁹⁶ Nel testo originario della legge 772 del 1972 si prevedeva una durata del servizio civile superiore di otto mesi rispetto al servizio militare obbligatorio.

²⁹⁷ Cfr. quanto affermato nel cap. II, paragrafo 2.4 del presente lavoro.

contenuti nella propria coscienza. In questa linea, propria del secondo meccanismo, sarà la coerenza tra la condotta precedente dell'obiettore e le sue convinzioni ad avere un peso determinante, non senza il suo temperamento con due principi: il principio di mutabilità (e non di assoluta mutevolezza) delle convinzioni interiori, che deriva dalla necessità di non vincolare la libertà del soggetto alle sue scelte pregresse e di garantire la necessaria elasticità o dinamicità rispetto alle posizioni precedentemente assunte; il principio di responsabilizzazione, che deriva dall'assunzione delle responsabilità derivanti dalle conseguenze connesse alle scelte compiute: proprio l'accettazione delle conseguenze che derivano da una decisione è un indicatore assai attendibile della serietà e sincerità della decisione stessa e, quindi, può legittimare limitate restrizioni di diritti, quale la negazione dell'esercizio dell'obiezione in relazione ad un'ipotesi specifica²⁹⁸. Sia le condotte che presentano un evidente disvalore giuridico rispetto alla scelta obiettorica²⁹⁹, sia quelle che si dimostrano con essa patentemente incoerenti vanno valutate, in ogni caso, alla luce di quello che si potrebbe definire come principio di ravvedimento della

²⁹⁸ In tal senso Paris parla di principio della non mutabilità delle convinzioni interiori e di principio di responsabilità dell'individuo rispetto alle proprie scelte.

²⁹⁹ E' il caso delle ipotesi previste dalla lettera c) e d) dell'art. 2 della legge 230 del 1998, laddove si nega l'obiezione di coscienza a coloro che « c) siano stati condannati con sentenza di primo grado per detenzione, uso, porto, trasporto, importazione o esportazione abusivi di armi e materiali esplosivi; d) siano stati condannati con sentenza di primo grado per delitti non colposi commessi mediante violenza contro persone o per delitti riguardanti l'appartenenza a gruppi eversivi o di criminalità organizzata».

coscienza (specificazione del c.d. *jus poenitendi*), un principio non elastico al punto da giustificare il susseguirsi di posizioni radicali e di altre che vanno improvvisamente in direzione diametralmente opposta, ma neppure dotato di una rigidità tale da ingessare la libertà di coscienza positiva dei soggetti. In questo caso, per quanto non risolutorio, dovrebbe essere la legge stessa, in un'ottica *de iure condendum*, a prevedere una procedura di attenta analisi del caso singolo e, in termini generali, a stabilire un arco temporale in concreto rilevante per tali valutazioni, al fine di evitare che eventi troppo risalenti nella vita di un individuo possano precludergli l'accesso ad un diritto fondamentale.

Questo secondo meccanismo ben funzionerebbe in sinergia con il terzo, con le debite e opportune precisazioni. L'obiezione di coscienza, come precisato sopra, non può e soprattutto non deve mai tradursi in una situazione di privilegio³⁰⁰ per l'obietto e questo non solo formalmente, ma anche sotto un profilo sostanziale. In altri termini, non è sufficiente che la legge preveda, *laddove possibile*, una qualche prestazione alternativa per l'obietto rispetto a chi non si dichiara tale, ma occorre anche la previsione di una prestazione alternativa più gravosa e disincentivante, coerente con la propria scelta obietto, senza che divenga punitiva o sproporzionata. Ci si può spingere oltre: anche bypassando la verifica della coerenza rispetto alle scelte precedenti, la previsione automatica di tale meccanismo per chi volesse obiettare produrrebbe l'auspicabile effetto di scoraggiare i soggetti non autenticamente convinti delle proprie scelte e

³⁰⁰ Cfr. anche D. Ramsey, *Conscientious Objection: A Right or a Privilege?*, in J. W. Johnson (a cura di), *Historic US Court Cases: An Encyclopedia*, Garland, New York, 1992, pp. 972-974.

costituirebbe uno strumento funzionale a non pregiudicare la *ratio* della legge contenente l'obbligo principale. In particolare, la prestazione alternativa più gravosa va intesa non solo in senso positivo (come *facere*), ma anche in senso negativo ovvero come divieto o preclusione totale, dotata di effettiva e non solo formale gravosità, di compiere determinate attività o di svolgere determinate funzioni incompatibili con la propria scelta.

La verifica della coerenza *in foro externo* della condotta dell'obiettole rispetto ai suoi convincimenti interiori, da un lato, e la previsione di un regime derogatorio in termini oggettivamente più gravosi o sfavorevoli, dall'altro, possono essere meccanismi impiegabili tanto in sede giudiziale, quanto in una prospettiva *de jure condendum* per evitare il fenomeno delle obiezioni di comodo e per impedire la vanificazione delle finalità perseguite attraverso l'imposizione dell'obbligo principale. In particolare, se il primo meccanismo ben si presta al vaglio in sede processuale di una richiesta obiettole, il secondo permetterebbe al legislatore, in ultima analisi, di far ricadere i costi della decisione interamente sull'obiettole. Tuttavia, la previsione dettagliata di una prestazione alternativa più gravosa può essere fatta solo per ipotesi tipiche dal legislatore, a meno che la legge non consenta al giudice stesso di poterla stabilire in base a criteri di riferimento, nel momento in cui la richiesta di tutela del diritto all'obiezione di coscienza venga accolta e ci sia un'ipotesi suscettibile di prestazione alternativa³⁰¹.

³⁰¹ E' questo il caso dell'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie. Per un approfondimento sul punto cfr. F. Zuolo, *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo*

Una precisazione conclusiva si rende indispensabile. Quello che si potrebbe definire “il prezzo da pagare” per l’obiettore non costituisce in alcun modo un elemento costitutivo del diritto all’obiezione di coscienza. In una società ideale, nella quale la scelta dei consociati di obiettare fosse mossa *unicamente* dall’irrinunciabile coerenza delle proprie convinzioni etiche, l’esercizio del diritto in oggetto non avrebbe alcun motivo di essere oneroso. Nel momento in cui sia il calcolo opportunistico o la semplice convenienza, invece, a muovere le scelte dell’obiettore, l’ordinamento giuridico ha il dovere di prevedere un meccanismo di protezione per impedire lo svuotamento della legge cui si obietta. La previsione di una prestazione alternativa, gravosa e disincentivante va ricollegata ai problemi emersi dall’analisi della fenomenologia dell’obiezione di coscienza: si potrebbe riassumere l’idea affermando che essa è fenomenologicamente e non teoricamente necessitata³⁰².

3.5 I limiti all’esercizio del diritto all’obiezione di coscienza

In quali casi possono essere riconosciute ipotesi specifiche di esercizio del diritto all’obiezione di coscienza, sia in via legislativa che giudiziale? Quali

legislativo e concettuale, in *Forum sul bio-diritto*, Trento, 28-29 maggio 2008, <http://www.unitn.it>.

³⁰² Se si configura in capo ai giudici il moderato potere d’intervento sopra descritto, emerge il problema della possibilità di imporre in sede giudiziale una prestazione alternativa e gravosa per l’obiettore e, prima ancora, dell’individuazione dei criteri in base ai quali compierla.

criteri adottare per compiere tali operazioni? A questo scopo occorre prevedere limiti, strettamente correlati gli uni agli altri, riconducibili essenzialmente a tre dimensioni:

1. la *fedeltà* all'ordinamento giuridico;
2. l'apporto materiale;
3. lo *status*.

3.5.1 *La fedeltà all'ordinamento giuridico*

Nel tentativo di contribuire a delineare una teoria generale del diritto all'obiezione di coscienza tutta interna al diritto positivo, l'attenzione va posta innanzitutto al rapporto tra l'obiezione di coscienza e la struttura stessa dell'ordinamento. A tal fine occorre individuare quali siano i principi e i doveri che possono entrare potenzialmente in conflitto con il riconoscimento del diritto in questione: essi vanno a costituire un primo insieme di limiti funzionali a garantire l'autotutela dell'ordinamento, rispetto al quale un diritto all'obiezione di coscienza mal disciplinato o indiscriminatamente permesso avrebbe effetti distorsivi o addirittura destabilizzanti.

L'obiezione di coscienza crea una situazione di disparità di trattamento in ragione delle convinzioni di coscienza di un soggetto: il primo principio che viene in rilievo, quindi, è certamente il principio di uguaglianza, che impone, come limite negativo, l'impossibilità di creare situazioni di privilegio o di favore rispetto ad un obbligo giuridico (positivo o negativo) rivolto indistintamente ad una generalità di soggetti. Una volta individuato un obbligo generale e modalità alternative di adempimento compatibili con la propria coscienza, risulterà non tollerabile sia una posizione che si traduca nel rifiuto di

svolgere una qualsiasi attività (*c.d.* obiezione totale) da parte del singolo cittadino, sia la creazione di esenzioni privilegiate per alcune categorie di soggetti ad opera del legislatore. La prima rappresenterebbe una condotta illecita con tutte le conseguenze che ne derivano, e la seconda darebbe origine a norme di dubbia costituzionalità. Il principio di uguaglianza opera anche ad un livello differente.

All'interno di un ordinamento è possibile individuare alcuni doveri considerati come inderogabili. Tale inderogabilità può essere espressamente prevista, come nel caso dell'art. 2 della Carta costituzionale italiana (per i doveri di solidarietà politica, economica e sociale), oppure può essere implicita e ricavata o logicamente o attraverso una lettura sistematica dei principi generali dell'ordinamento stesso. Se riconsideriamo il caso italiano, il dovere di fedeltà alla repubblica previsto dall'art. 54 della Costituzione non è espressamente qualificato come inderogabile, ma difficilmente potrebbe non considerarsi tale, quantomeno per garantire la coerenza interna del sistema. Per tali doveri sarà il legislatore a dover garantire, *se possibile*, modalità di adempimento alternative ed accettabili *in foro interno*, ma non potrà in alcun caso stabilire esenzioni totali che farebbero venire meno tanto l'inderogabilità della previsione, quanto la necessaria uguaglianza richiesta nell'adempimento, che ne è logico corollario. In termini ancora più generali, cosa presuppongono questi doveri inderogabili richiesti a cittadini tutti uguali di fronte alla legge? Nel loro complesso essi sono lo strumento attraverso il quale un ordinamento costituzionale cerca di dare tutela e attuazione a quegli assunti valoriali sui quali si fonda. Al contempo, essi stabiliscono che, per riprendere una disposizione sopra richiamata, la fedeltà a quei valori è

condizione di appartenenza a tale ordinamento³⁰³. Se, infatti, la coscienza chiede fedeltà ai propri intimi convincimenti, l'ordinamento la chiede per i valori su cui si fonda e ai quali il cittadino deve aderire. La tutela delle intime convinzioni è garantita, quindi, nella misura in cui è compatibile con tali valori. Ancora una volta viene in rilievo la dimensione giuridica della coscienza più volte richiamata.

Il principio di uguaglianza e l'individuazione dei doveri inderogabili per un ordinamento costituiscono un limite superiore per le ipotesi di obiezione. Tuttavia, con riferimento a specifici ambiti applicativi, è possibile individuare anche un limite inferiore: l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza non può compromettere del tutto gli interessi collettivi, alla cui tutela sono finalizzati gli obblighi cui si consente di derogare³⁰⁴. In altre parole, l'obiezione non può incidere sull'assetto d'interessi stabilito da una legge in modo tale da pregiudicare radicalmente il perseguimento di tali interessi (costituzionalmente tutelati), attraverso l'imposizione dell'obbligo principale. La valutazione in questione non

³⁰³ In termini simili il Comitato Nazionale per la Bioetica: «[...] la sfida sta nel riuscire a coniugare il rispetto della libertà personale, specie quando questa faccia appello a convincimenti intimi e profondi, avvertiti come ineludibili, con il rispetto dei diritti altrui e dei vincoli di solidarietà derivanti dalla comune appartenenza al corpo sociale. In tal senso, il rifiuto di obbedire, per ragioni di coscienza, a una norma particolare richiede contestualmente un'adesione di fondo all'ordinamento giuridico nel suo insieme, e in particolare a quei principi e valori, costituzionalmente stabiliti, che sembrano porsi felicemente come possibile *trait d'union* tra intime convinzioni personali, di carattere morale, e le norme giuridiche positive» (Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. ult. cit.*, pp. 8-9).

³⁰⁴ Cfr. V. Onida, *op. cit.*, p. 368.

dev'essere solo preventiva, ovvero durante la discussione e approvazione parlamentare di una legge, ma deve accompagnare anche la vigenza della legge. Una volta prevista un'ipotesi di esercizio dell'obiezione di coscienza, non è possibile disinteressarsene perché essa continua ad incidere su interessi collettivi non compromissibili. Essa va monitorata, disciplinandone inizialmente le modalità di esercizio, soprattutto quando va ad incidere su specifiche situazioni giuridiche soggettive diverse da quelle dell'obiettore.

3.5.2 L'apporto materiale

Il vaglio di una specifica ipotesi di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza deve muovere da questa ulteriore domanda: qual è il grado di partecipazione del soggetto al prodursi dell'atto contrario alla sua coscienza? In altri termini, occorre chiedersi quale sia il nesso causale tra la condotta richiesta al soggetto obiettante e il prodursi dell'atto che ripugna irriducibilmente alla sua coscienza. A tal fine è possibile individuare quattro caratteristiche del nesso causale, che dev'essere cumulativamente:

- *certo*, ovvero la condotta dell'agente deve contribuire a produrre lo stato di cose contrario ai convincimenti dell'agente stesso, non in modo potenziale, cioè tale da favorire o rendere anche solo possibile tale stato di cose, ma con un apporto determinante;

- *diretto*, ovvero occorre un coinvolgimento personale dell'agente nella causazione dell'evento,

non mediato o vanificabile attraverso manifestazioni di volontà di altri soggetti a vario titolo coinvolti³⁰⁵;

- *necessario*, ovvero la condotta dell'agente non dev'essere eliminabile all'interno della catena causale che produce l'evento indesiderato;

- *specifico*, ovvero la condotta dev'essere teleologicamente diretta alla causazione dell'evento a cui l'agente non vuole contribuire³⁰⁶.

Si può affermare dialetticamente che tale rapporto non può essere eziologicamente indiretto e potenziale, accessorio e generico. Il pericolo sarebbe quello della totale paralisi di fronte al riconoscimento generalizzato di "obiezioni a cascata", in relazione a condotte riconducibili solo indirettamente al prodursi dell'evento. Se fosse consentito indistintamente a tutti i soggetti direttamente o anche solo potenzialmente inseriti nella catena causale che porta al realizzarsi dell'evento problematico, l'obiezione di coscienza finirebbe per avere effetti dirompenti nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento dei doveri previsti dalle leggi che contengono l'obbligo giuridico (positivo o negativo) principale³⁰⁷.

³⁰⁵ In modo simile cfr. C. Del Bò, *L'obiezione di coscienza e la pillola del giorno dopo*, in *Bioetica*, 3, 2009, p. 489 e ss.

³⁰⁶ I due aggettivi si rifanno specificamente ai requisiti richiesti dall'art.9 della legge 194 del 1978 sull'obiezione del personale sanitario ed esercente attività ausiliarie.

³⁰⁷ A poco varrebbe la previsione di ipotesi di obiezione a fronte dell'obbligo di accompagnare il proprio rifiuto con precise indicazioni su come accedere in tempi adeguati alla prescrizione o all'acquisto del farmaco (tesi delineata da D. Paris, *op. cit.*, p. 296 nota 60). Se ci si mette nei panni del farmacista obiettore, il suo ragionamento difficilmente potrebbe suonare in questi termini: «non intendo darti la pillola che impedirà ad un uovo fecondato di annidarsi, poiché per me questo è un aborto e l'aborto è un omicidio: ti possono però suggerire un'altra farmacia dove sono

Una volta ridefinito il nesso causale, va meglio delineato anche un requisito della prestazione dell'obiettore, posto a garanzia del raggiungimento delle finalità della legge che contiene l'obbligo principale: la *fungibilità*. Questa, nello specifico, sta ad indicare che, in caso di esercizio del diritto di obiezione di coscienza, l'adempimento dell'obbligo giuridico positivo o negativo gravante su un soggetto viene comunque garantito da prestazioni qualitativamente e quantitativamente analoghe di soggetti non obiettanti: il personale medico e sanitario non obiettore per le ipotesi di interruzione volontaria della gravidanza o di fecondazione medicalmente assistita; in

disposti a farlo». Quel che il farmacista obiettore rivendica è ottenere l'esonero dal partecipare a un progetto abortivo, non dal consegnare in prima persona la PGD alla donna; se no, basterebbe installare in farmacia un distributore automatico di PGD» (C. Del Bò, *op. cit.*, p. 512). Com'è stato condivisibilmente affermato, «c'è qualcosa di moralmente stonato nell'affermazione «io non intendo uccidere nessuno, ma posso indicarti un tizio che è disponibile a farlo». Il vaglio delle richieste di obiezione di coscienza dei farmacisti, in relazione alla vendita di determinati farmaci, come la c.d. pillola del giorno dopo è infatti emblematico. Di fronte ad una richiesta di questo genere occorre chiedersi: in che misura esiste un nesso causale diretto e certo, necessario e specifico tra la vendita di un medicinale e la causazione di effetti sull'ovulo fecondato? Tra la condotta materiale "vendita di un medicinale" e l'evento "mancato annidamento dell'ovulo fecondato" (prodotto dall'assunzione della pillola in questione) esiste un salto logico, in cui l'elemento mancante e ineliminabile è costituito dalla volontaria assunzione della pillola da parte della donna che ne fa richiesta. E' in ultima istanza l'autodeterminazione della donna nell'assumere il farmaco, e non la sua semplice somministrazione o vendita, a causare l'evento: il nesso causale non sarebbe diretto in questo caso, perché l'apporto materiale della condotta dipenderebbe in modo determinante e in ultima istanza dall'effettiva assunzione della pillola da parte della donna.

passato, i militari di leva a fronte dei soggetti che optavano per il servizio civile. Gli esempi che precedono, però, non sono omogenei. Essi si riferiscono a due ipotesi che vanno tenute distinte: l'obiezione di coscienza che incide direttamente sui diritti di altre persone e l'obiezione di coscienza che non incide direttamente su tali diritti³⁰⁸. Nella prima ipotesi menzionata, infatti, si va ad influire sull'esercizio di una pluralità di diritti dei soggetti coinvolti, come il diritto alla salute o all'autodeterminazione in materia procreativa. Nel secondo caso, invece, si è in presenza di un dovere ad adempimento finale collettivo o non individualizzato, come il dovere di difesa della patria, previsto dall'art. 52 della Costituzione italiana. Come affermato nel corso di questo capitolo, il riconoscimento di ipotesi di esercizio dell'obiezione di coscienza si basa su un giudizio prognostico del numero minoritario di soggetti che vi faranno ricorso, a fronte di una maggioranza di altri soggetti che invece adempiranno all'obbligazione principale. Se questa valutazione non fosse positiva, non sarebbe nemmeno configurabile un'ipotesi di obiezione. Fatta questa premessa, il giudizio prognostico e la fungibilità della condotta richiesta è questione tanto più delicata quanto più l'obiezione stessa incide direttamente su diritti altrui. Alla luce di ciò, la fungibilità deve essere intesa in senso procedurale: non semplice non-assenza di soggetti che adempiano ad un obbligo a fronte di un'obiezione, ma presenza di un *meccanismo di fungibilità*, ovvero di garanzia circa tempi e modalità certe nella soddisfazione di un diritto³⁰⁹. In

³⁰⁸ Cfr. S. Rodotà, *op. cit.*, p. 32.

³⁰⁹ L'importanza di garantire l'effettività di tale meccanismo è di estrema attualità con riferimento all'interruzione volontaria della gravidanza. In Italia, nonostante le garanzie approntate a livello

altri termini, soprattutto quando sono in gioco diritti di soggetti altri rispetto all'obiettore, occorre prestare la massima attenzione ad evitare che l'obiezione diventi uno strumento che nel garantire la propria libertà di coscienza finisca per bloccare di fatto le scelte delle coscienze altrui.

3.5.3 *Lo status*

Esistono individui che ricoprono uffici, ruoli o cariche nelle quali è più immediato il collegamento con una sfera altra rispetto alla propria individualità: a puro titolo esplicativo, i pubblici funzionari, i giudici, i componenti delle forze armate o autorità di pubblica sicurezza, e via dicendo. Tutti questi soggetti possono esercitare il diritto generale all'obiezione di coscienza nell'esercizio delle proprie funzioni, oppure il loro *status* rappresenta un ostacolo? E' il caso del giudice che nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale si trovi davanti all'impossibilità di decidere per ragioni di coscienza; del pubblico ufficiale incaricato della registrazione di un'unione civile eterosessuale o omosessuale, per lui moralmente inaccettabile; o ancora, dell'insegnante nel settore pubblico che reputi determinati contenuti didattici previsti dal programma ministeriale, completamente incompatibili con le proprie convinzioni morali ed educative³¹⁰.

legislativo dalla legge 194 del 1978, la difficoltà di accesso a strutture sanitarie nelle quali si effettuino interruzioni di gravidanza è oltremodo preoccupante,

³¹⁰ L'ipotesi qui prospettata è uguale e contraria a quella posta all'attenzione del Tribunal Supremo spagnolo nel 2009 a proposito della pretesa da parte di alcuni genitori, per conto dei figli minori in età scolare, di poter esercitare il diritto all'obiezione di coscienza

Per poter stabilire se tali soggetti possano o meno obiettare occorre porre un'altra questione: qual è l'ordine assiologico fatto proprio da tali soggetti, non *in foro interno*, ma nell'esercizio delle rispettive funzioni? Non si tratta dell'ordine assiologico o valoriale individuale, bensì di quello dell'ordinamento giuridico al cui servizio il loro ufficio è preordinato: rispetto al semplice punto di vista interno³¹¹ come cittadini nei confronti dell'ordinamento, prevale il punto di vista dell'ordinamento stesso in virtù della funzione svolta. Questo riguarda emblematicamente il giudice che esercita volontariamente la sua funzione giurisdizionale (mentre caso diverso e più delicato è quello della cooptazione del giudice popolare³¹²). Il giudice è

contro l'obbligo di partecipare ad un nucleo di discipline introdotte nei diversi livelli scolastici con la riforma derivante dalla Legge Organica 2/2006 sull'educazione, sommariamente definita "educazione alla cittadinanza". Il Tribunale supremo, non senza una certa ambiguità nella sua argomentazione, ha negato l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza per gli obblighi imposti dalla legge organica sull'educazione (LOE): è sui modi e contenuti del suo insegnamento che i genitori, secondo il tribunale, dovranno esercitare un controllo per evitare l'indottrinamento. Come è stato giustamente osservato, l'argomentazione della corte manca di coerenza: «o è ammesso che lo Stato su alcuni punti essenziali possa anche addottrinare, perché deve fare aderire ad alcuni valori di base; [...] oppure i contenuti della LOE, che sono già concretizzazione minuziosa dei valori costituzionali, non sono addottrinamento e non si comprende come lo possano diventare a contatto con il progetto educativo dei centri scolastici» (I. Truijlo, *op. cit.*, p. 159).

³¹¹ Cfr. H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, p. 106 e ss.

³¹² L'unico caso di rifiuto dell'ufficio di giudice popolare per ragioni di coscienza che si registra nel contesto italiano risale al 1981 e riguarda, nello specifico, una pronuncia pretorile, nella quale si assolve dall'accusa di rifiuto di uffici legalmente dovuti

chiamato a svolgere la sua attività di *iuris dicere* secondo un assetto valoriale potenzialmente, e anche concretamente, differente rispetto a quello della propria coscienza: è la coscienza del legislatore e non quella del giudice a dover prevalere, sempre nel rispetto dei principi costituzionali³¹³. In base al rispetto di tali principi e non della propria idea di giustizia, il giudice potrà semmai mettere in discussione l'assetto valoriale di una legge³¹⁴. Ad essere garantite saranno comunque le condizioni nello svolgimento della sua attività giurisdizionale, come la neutralità, non, invece, il potenziale turbamento della sua

(art. 366 c.p.) una testimone di Genova che si era rifiutata di assumere tale ufficio a seguito di procedura di estrazione. Nella pronuncia il pretore riconosce la causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto prevista dall'art. 51 c.p. (Pretura di Torino, 16 gennaio 1981, imputato Gavotto).

³¹³ È solo il caso di ribadire il modello di Stato nel quale si inserisce il ruolo giudiziale: lo Stato costituzionale di diritto ad impronta personalista, nato dopo il secondo conflitto mondiale. E se, invece, si fosse in presenza di un regime criminale e totalitario? L'asservimento all'assetto valoriale contenuto in una legge, criminale come il regime che l'ha espressa, certamente non solleva il giudice da alcuna forma di responsabilità (cfr. la ricostruzione del processo di Norimberga proposta da C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 15-23). Anche in queste circostanze il soggetto conserva un incompressibile margine di libertà: egli può rassegnare le dimissioni dal suo ufficio. Semmai, la questione che ci si può porre è se le dimissioni siano realmente la miglior soluzione, oppure se mantenendo il suo ufficio egli possa impegnarsi al meglio a mitigare le ingiustizie e le crudeltà che seguirebbero ad un'applicazione rigida di determinate leggi (cfr. anche A. Sciarba, *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in *Diritto & questioni pubbliche*, <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>, 9, 2009, pp. 701-742).

³¹⁴ Cfr. V. Onida, *op. cit.*, p. 369.

coscienza individuale, a seguito dell'ufficio che ha volontariamente assunto. Anche in queste situazioni residua un margine di scelta ineliminabile: rassegnare le proprie dimissioni o, in alternativa, assumersi le responsabilità sul piano giuridico e disciplinare che una condotta difforme comporterebbe, divenendo un atto di pubblica disobbedienza e non di disobbedienza civile, essendo i soggetti coinvolti non semplici *cives* di fronte allo Stato³¹⁵.

Una questione è poter adempiere ad un incarico pubblico in conformità alle proprie convinzioni, istanza non pregiudizialmente inaccoglibile; questione ben differente è il pretendere che la conformità alle proprie convinzioni si traduca nella negazione di un diritto garantito dall'ordinamento da parte di soggetti che svolgono il proprio ufficio al servizio dell'ordinamento stesso. Questo è quanto accadrebbe nel caso del pubblico ufficiale per la registrazione di unioni di fatto eterosessuali o omosessuali (presupponendo l'esistenza di una norma giuridica che permetta tale registrazione). In questo caso specifico, al pubblico ufficiale coinvolto non può essere riconosciuto un qualche margine di discrezionalità, verificata la presenza dei requisiti formali richiesti. Non è unicamente lo status del soggetto, ma nel caso specifico

³¹⁵ Per ritornare ancora all'ambito specifico dell'interruzione volontaria della gravidanza, come ricorda Borsellino, «[...] non pochi giudici [...] hanno rivendicato il loro diritto all'obiezione di coscienza, sollevando eccezioni di incostituzionalità alla legge 194, nella parte in cui coinvolge nella procedura relativa all'interruzione volontaria di gravidanza delle minorenni il giudice tutelare (art.12), senza prevedere che possa essere esonerato dell'incarico, qualora l'aborto contrasti con i suoi più profondi convincimenti morali» (P. Borsellino, *Introduzione*, in *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, op. cit., p. 4).

viene in rilievo anche il limite dell'apporto materiale alla situazione che ripugna alla sua coscienza. Il pubblico ufficiale svolgerebbe una mera opera di certificazione di una volontà che l'ordinamento considera meritevole di tutela, la quale, nel caso in cui il rifiuto riguardasse unicamente coppie omosessuali, sarebbe ulteriormente tacciabile di essere discriminatoria.

Lo status del soggetto rende quindi necessariamente più delicato il vaglio delle richieste di obiezione di coscienza, come più delicata negli equilibri complessivi dell'ordinamento risulta la funzione da essi svolta. Questo non significa, come accenato sopra, un rifiuto pregiudiziale ed automatico delle loro richieste di obiezione, ma un vaglio assai attento e uno scrupoloso giudizio di bilanciamento dei costi che un eventuale riconoscimento comporterebbe per la tutela dei diritti dei cittadini coinvolti.

3.5.3.1 Lo status professionale e la clausola di coscienza

Oltre agli individui che ricoprono uffici, ruoli o cariche pubbliche esistono soggetti che appartengono ad ordini professionali, nell'ambito dei quali è previsto un codice deontologico, ovvero un *corpus* di regole di autodisciplina predeterminate dall'ordine di appartenenza e vincolanti per gli iscritti all'ordine. In alcuni di essi è contenuta una clausola di coscienza, che intende preservare i principi di "scienza e coscienza" del singolo professionista in specifiche e particolari situazioni³¹⁶. Si pone a questo punto la questione di quale sia il rapporto tra

³¹⁶ È il caso dell'art. 22 del Codice di deontologia medica del 16 dicembre 2006 nel quale si prevede che «Il medico al quale

obiezione e clausola (o opzione) di coscienza. In particolare sono state sostenute due tesi opposte: per la prima, l'obiezione di coscienza riconosciuta dalla legge avrebbe un carattere più generale ed astratto dell'opzione di coscienza, in quanto essa consegue ad una dichiarazione del soggetto di volersi astenere per il futuro da certe prestazioni, senza attendere di trovarsi attualmente nella particolare situazione di conflitto di coscienza³¹⁷; per la seconda, l'opzione di coscienza si palesa, nel nostro ordinamento, come un diritto molto più ampio e flessibile rispetto all'obiezione di coscienza, che viene invece circoscritta ad alcune ipotesi tipiche: si porta a tal fine ad esempio il codice di deontologia medica che pone l'opzione di coscienza a fondamento dell'autonomia professionale³¹⁸. A distinguere le due ipotesi sono innanzitutto le fonti giuridiche che le legittimano: se

vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona assistita e deve fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento.» Ancora, è il caso dell'art.8 del Codice deontologico dell'infermiere del 2009, nel quale si legge: « L'infermiere, nel caso di conflitti determinati da diverse visioni etiche, si impegna a trovare la soluzione attraverso il dialogo. Qualora vi fosse e persistesse una richiesta di attività in contrasto con i principi etici della professione e con i propri valori, si avvale della clausola di coscienza, facendosi garante delle prestazioni necessarie per l'incolumità e la vita dell'assistito».

³¹⁷ In questi termini il Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. ult. cit.*, p.6.

³¹⁸ In questi termini C. Casonato, F. Cembrani, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. Lenti, E. Palermo, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, pp. 76-77.

l'obiezione di coscienza trova la sua fonte nel diritto fondamentale (e costituzionalmente garantito) di libertà di coscienza, tanto per le ipotesi tipiche quanto come diritto generale all'obiezione, l'opzione o clausola di coscienza trova la sua legittimazione in una fonte paragiuridica, ovvero la deontologia, che nel disciplinarla ben si ispira ad una logica analoga a quella dell'obiezione. Il problema diventa particolarmente delicato nell'ambito sanitario, qualora si ricollegli allo *status* professionale di un soggetto, proprio in virtù della clausola di coscienza, la possibilità generalizzata di rifiutare qualunque prestazione richiesta perché contrastante con i propri convincimenti. Il rischio, quindi, è quello di porre nel nulla la logica dell'obiezione di coscienza esposta nel corso del capitolo o, in modo analogo, di iperpotenziarne l'operatività, sin a far dipendere dalla coscienza del professionista l'adempimento delle sue prestazioni. Stante la grande importanza della deontologia, che testimonia quanto il diritto sia chiamato anche a lasciar posto alle regole proprie delle categorie professionali interessate, vi sono ambiti nei quali la deontologia può essere solo chiamata *ad adiuvandum*, ovvero ad integrare una disciplina giuridica univoca nel suo contenuto permissivo o precludente e non, invece, a sostituirsi ad essa³¹⁹. L'obiezione di coscienza rappresenta il principale di tali ambiti.

C'è da domandarsi in che misura l'*èthos* personale del professionista debba fare i conti con l'*èthos* professionale fissato nelle regole deontologiche, sino ad imporre un vero e proprio giudizio di compatibilità rispetto ad esse. Chi vuole esercitare una determinata professione è chiamato ad anteporre alla propria visione morale l'*èthos* professionale della categoria cui appartiene, e a testimoniare nello

³¹⁹ Cfr. D. Paris, *op. cit.*, p. 297.

svolgimento della propria attività. È possibile essere ancora più netti: la disponibilità ad accettare tale anteposizione non è, forse, la preconditione richiesta per lo svolgimento di una determinata professione? Riletta in questo modo, la clausola di coscienza è soggetta ad un duplice ordine di limiti: da una parte il rispetto dell'*èthos* professionale dell'ordine di appartenenza che impone un netto *aut aut* verso chi non si allinea con esso; dall'altro un limite di natura più strettamente giuridica, che non consente alla deontologia di sostituirsi né di ampliare gli ambiti applicativi dell'obiezione in nome della coscienza.

CAPITOLO IV

DALLE CATEGORIE ALLE CONDOTTE: UN APPROCCIO DIALETTICO AL CASO ITALIANO

*“Deve sempre il cittadino -seppure
per un istante e in minimo grado-
abbandonare la propria coscienza
nelle mani del legislatore?
E allora perché ha una coscienza?”³²⁰”*

4.1 Un inquadramento generale sull’obiezione di coscienza in Italia

Nel corso del terzo capitolo è stata prospettata una ricostruzione dell’istituto del diritto all’obiezione di coscienza, funzionale a delineare una teoria generale capace di coglierne gli elementi strutturali, a prescindere da specifici campi di applicazione. Saranno proprio quest’ultimi, con riferimento al contesto italiano, a costituire oggetto di studio del presente capitolo.

Nell’ordinamento giuridico italiano è possibile distinguere tre materie, nelle quali sono espressamente e nominalmente previste *ex lege* ipotesi di esercizio del diritto all’obiezione di coscienza: l’interruzione volontaria

³²⁰ H. D. Thoreau, *La disobbedienza civile*, RCS, Milano, 2010, p. 18.

della gravidanza (legge n.194 del 1978), la sperimentazione animale (legge n. 413 del 1993) e la procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 2004). Con riferimento al servizio militare obbligatorio, il Parlamento italiano ha provveduto all'istituzione del servizio militare professionale con la legge n. 331 del 2000, sospendendo, almeno temporaneamente, l'obbligo di leva e la relativa possibilità di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza, previsto dapprima dalla legge n. 772 del 1972, poi sostituita dalla legge n. 230 del 1998³²¹. Tuttavia, accanto a tali ipotesi obiettorie, definite spesso obiezioni di coscienza *secundum legem*, esistono ulteriori ambiti in grado di mettere alla prova la potenziale capacità espansiva dell'istituto e di imporre particolare

³²¹ Non è corretto parlare di abolizione del servizio militare obbligatorio, ma di sua *sospensione*, con potenziale riviviscenza anche dell'ipotesi di obiezione di coscienza ad esso relativa. L'art. 2 lett. f della legge n.331 del 2000 prevede infatti il reclutamento su base obbligatoria, *salvo quanto previsto dalla legge in materia di obiezione di coscienza*, "nel caso in cui il personale in servizio sia insufficiente e non sia possibile colmare le vacanze di organico mediante il richiamo in servizio di personale militare volontario cessato dal servizio da non più di cinque anni, nei seguenti casi: 1) qualora sia deliberato lo stato di guerra ai sensi dell'articolo 78 della Costituzione; 2) qualora una grave crisi internazionale nella quale l'Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza ad una organizzazione internazionale giustifichi un aumento della consistenza numerica delle Forze armate". Pertanto, lo studio di questa ipotesi obiettorica conserva un suo potenziale interesse, almeno nelle modalità in cui è stata disciplinata (come più volte richiamato nel capitolo precedente). Tuttavia, proprio alla luce delle risalenti vicende dell'obiezione al servizio militare è possibile guardare alle questioni contingenti in cui trova o può trovare applicazione tale diritto e concentrare la presente analisi su di esse.

cautela nel vagliarne il possibile riconoscimento: si fa riferimento all'ambito fiscale, ai rapporti di lavoro subordinato, al rifiuto di ricevere determinati trattamenti sanitari. Nel complesso essi vanno a costituire il campo delle c.d. obiezioni di coscienza *contra* o, a seconda dei casi, *sine lege*. Ognuna di essi ha visto confrontarsi scuole di pensiero spesso contrapposte, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, le cui posizioni sono andate dalla più aperta condanna alla loro strenua difesa.

Alla luce degli spunti e delle categorie concettuali evidenziate in precedenza, si partirà da un'analisi puntuale della disciplina normativa italiana prevista per le ipotesi tipiche di obiezione di coscienza e si cercherà di individuarne dialetticamente eventuali debolezze e incoerenze, prospettando interventi in una prospettiva *de jure condendo*. Solo in seguito si concentrerà l'attenzione sui potenziali campi di applicazione dell'istituto sopra richiamati, valutando se e in che misura determinate richieste di tutela e di riconoscimento siano sostenibili all'interno di un ordinamento giuridico pluralista. Consapevolmente si è ritenuto opportuno utilizzare ambiti applicativi dell'obiezione già consolidati, e altri meritevoli di attenta valutazione come banco di prova per l'applicazione della ricostruzione teorica prospettata nel capitolo precedente. L'incontestabile eterogeneità delle materie in cui trova o può trovare spazio l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza non ne inficia l'unitarietà dogmatica, ovvero la riconducibilità ad una medesima logica e ad una medesima impostazione concettuale, ma, al contrario, ne dimostra la malleabilità e la strumentalità rispetto alla garanzia di un efficace funzionamento dell'ordinamento stesso.

4.2 L'interruzione volontaria della gravidanza

In Italia l'attuale disciplina legislativa in materia di aborto è contenuta nella legge n. 194 del 1978, confermata con il referendum del 17-18 maggio 1981, recante il titolo "*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*". Essa vede la luce in un delicato periodo storico per il nostro paese, segnato sia da forti tensioni sul piano sociale e politico, sia da importanti spinte riformatrici a livello legislativo, che hanno profondamente inciso sulla tutela dei diritti individuali e su nodi nevralgici per la vita sociale, quali la famiglia e l'assistenza sanitaria³²².

³²² A questo proposito si ricorda: la legge n. 898 del 1970, che ha introdotto il divorzio; la legge n. 151 del 1975, che ha riformato il diritto di famiglia; in ambito sanitario la legge n. 180 del 1978, che ha riformato la disciplina degli accertamenti e dei trattamenti in ambito psichiatrico, e la legge 833 del 1978, che ha istituito il Sistema Sanitario Nazionale. In una prospettiva di ricostruzione storica, il dibattito sull'obiezione di coscienza sanitaria è iniziato in Italia già negli anni '40, a seguito del rifiuto di alcuni medici di prendere parte alla pratica del c.d. "aborto terapeutico". Tale esigenza viene recepita nel 1948 nel Codice di Deontologia medica della provincia di Torino, che all'art. 62 recita: «Se il medico, in ragione delle proprie convinzioni, ritiene che gli sia proibito consigliare l'aborto, egli può ritirarsi, lasciando ad altro collega la continuità della cura». Nel corso del dopoguerra, a seguito delle maggiori conoscenze in ambito ostetrico- ginecologico, il ricorso al c.d. "aborto terapeutico" comincia a diminuire ed il dibattito scema gradualmente, tanto che il primo Codice di Deontologia medica italiano del 1954 non prende più in considerazione la possibilità per il medico di sollevare obiezione di coscienza all'aborto. Come ricordato sopra, il dibattito riprende piede negli anni '60 e '70 a seguito delle richieste di liberalizzare l'aborto volontario. Il tema diventa a tal punto centrale che il Codice di Deontologia medica del 1978 ne fa esplicito riferimento al suo art. 47: «Il medico, che

La finalità che si pone la legge n. 194 è quella di garantire «il diritto alla procreazione cosciente e responsabile» (art 1), sottolineando il valore sociale della maternità e la tutela della «vita umana sin dal suo inizio». Essa non soltanto appronta un'articolata disciplina volta a regolare modalità, tempi e soggetti professionali ed istituzionali coinvolti nelle procedure di interruzione volontaria della gravidanza³²³, ma, con riferimento al profilo in esame, risulta di particolare interesse la previsione esplicita di una ipotesi di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza contenuta all'art. 9 della stessa legge. In esso si prevedono precise condizioni, cui l'esercizio dell'obiezione di coscienza è subordinato: deve trattarsi di una scelta compiuta in via generale e dichiarata in anticipo; deve riguardare soltanto le attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, con esclusione delle attività di tipo sia diagnostico, sia assistenziale, precedenti e successive all'intervento. Soltanto nel caso in cui l'intervento si renda indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo di vita l'obiezione di coscienza non può essere invocata. Altresì essa si ritiene

per le proprie convinzioni ritiene in ogni caso illecita l'interruzione di gravidanza, può rifiutarsi di praticarla lasciando ad altro collega l'assistenza della gestante. Circa l'opportunità di procurare o meno l'interruzione della gravidanza, il medico non è tenuto ad esprimere giudizi su circostanze che esulano dalla necessità della salute psico-fisica della donna» (cfr. M.L. Di Pietro, M. Pennacchini, M. Casini, *Evoluzione storica dell'istituto dell'obiezione di coscienza in Italia*, in *Medicina e Morale*, 2001, 6, pp. 1093-1151; G.A. Norelli, G. Dell'Orso, *Codice deontologico e deontologia medica*, Giuffrè, Milano, 1980).

³²³ Per un'attenta ed approfondita analisi di tali profili si rimanda a P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, op. cit., pp. 239-252.

revocata, con effetto immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla stessa legge, al di fuori del caso poc' anzi richiamato di pericolo per la vita della donna. Infine, a livello istituzionale, la legge prevede che gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure d'interruzione della gravidanza, escludendo di conseguenza che possano darsi casi di obiezione della struttura oltre a quella dei singoli soggetti.

Fin qui il dato meramente normativo, che mostra come la 194 si sia fatta carico «anche del diritto degli operatori sanitari a esercitare la loro professione in conformità con le proprie convinzioni morali e, quindi, nel rispetto della loro autonomia»³²⁴. Inoltre, attraverso il limite materiale dello svolgimento di attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, la legge appronta un primo meccanismo di filtro per le condotte pretestuose, volto a vietare qualsivoglia manovra ostativa all'esercizio del diritto nella donna, tanto nella fase antecedente, quanto in quella conseguente all'intervento³²⁵. A più di trent'anni dall'entrata in vigore della legge, però, la percentuale di personale medico e sanitario che esercita tale diritto è a tal punto elevata da mettere seriamente in difficoltà il raggiungimento delle finalità che la stessa 194 si proponeva di realizzare³²⁶. In particolare, com'è stato

³²⁴ P. Borsellino, *op. ult. cit.*, p. 249.

³²⁵ In altri termini, essa non può riguardare né l'attività certificativa prevista come condizione per accedere all'intervento, né l'attività diagnostica a cui la donna deve essere sottoposta prima dell'ivg e dopo di essa.

³²⁶ A tal proposito, i dati presentati il 9 ottobre 2012 nella *Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge*

osservato, se la legge in questione si preoccupa di tutelare le coscienze di medici e personale sanitario dall'effettuazione di interventi eticamente critici, essa non si preoccupa in eguale misura di tutelare se stessa da una possibile paralisi derivante da un esercizio troppo diffuso,

contenente norme per la tutela della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/78) rivelano «che nel nostro Paese prosegue la tendenza alla diminuzione del numero di IVG e quindi del tasso di abortività e che nella grande maggioranza dei casi il ricorso a questo intervento rappresenta l'ultima scelta, essendo stati tentati prima metodi per evitare gravidanze indesiderate» (www.salute.gov.it). Dalla *Tabella 28* della relazione, si può leggere che a livello nazionale risulta obiettore di coscienza il 69,3% dei ginecologi, il 50,8% degli anestesisti e il 44,7% del personale non medico, con punte tra gli anestesisti del 76,7% in Veneto, 79,8% nel Lazio, 78,5% in Abruzzo, 85,7% nel Molise, 85,2% in Basilicata, 69,7% in Puglia, 80,6% in Sicilia e 81,3% nella provincia autonoma di Bolzano. Nel novembre 2012 il Comitato europeo per i diritti sociali del consiglio d'Europa ha dichiarato ricevibile il ricorso presentato contro l'Italia dalla ong International Planned Parenthood Federation European Network (Ippf En), cui ha collaborato la Laiga (Libera associazione ginecologi per l'applicazione della legge 194). Per la ong la legge 194 non garantisce, come invece dovrebbe, il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, violando il diritto della donna alla salute e quello a non essere discriminate, sancito dalla Carta sociale europea. La censura dell' Ippf En riguarda, in particolare, l'assenza nell'art.9 della 194 di misure concrete che ospedali e Regioni devono attuare per garantire un'adeguata presenza di personale non obiettore in tutte le strutture sanitarie pubbliche, in modo da garantire l'accesso alle procedure di ivg. Il Comitato europeo per i diritti sociali ha inoltre rigettato la richiesta del Governo italiano di dichiarare irricevibile il ricorso, sulla scorta del fatto che uno Stato non può limitare il numero di medici o di altri operatori sanitari che decidono di ricorrere all'obiezione di coscienza. Si attende che il Comitato si pronunci sul ricorso entro la primavera del 2013.

capillare e pretestuoso dell'obiezione. Bisogna prestare attenzione, infatti, alla previsione di meccanismi che in qualche modo anestetizzino, se non addirittura neutralizzino, gli effetti dell'esercizio dell'obiezione di coscienza sul raggiungimento delle finalità che la legge si pone. Come dimostrano le vicende della 194, invece, il rischio è quello di ridurre l'obiezione di coscienza ad una semplice opzione di coscienza che va ad incidere sui diritti dei soggetti coinvolti, in primo luogo la salute della donna³²⁷.

³²⁷ Osserva a questo proposito M. Riccio: «In molte realtà ospedaliere, a causa dell'elevato numero di obiettori, i tempi di attesa per poter essere sottoposti ad una interruzione volontaria della gravidanza sono talmente lunghi da rischiare che venga superato il numero massimo delle 12 settimane di gestazione, limite di legge oltre il quale l'aborto è consentito solo in circostanze molto particolari. Addirittura vi sono ospedali che dichiarano di non poter erogare del tutto la prestazione per l'assoluta mancanza di personale sanitario non obiettore» (M. Riccio, *Aspetti clinici e pratici dell'obiezione di coscienza*, in P. Borsellino *et. al.* (a cura di), *op. cit.*, p. 142). In senso contrario A. Morresi: «Dall'esame dei dati disponibili, a tutt'oggi, è evidente che non esistono correlazioni fra il numero di obiettori di coscienza e tempi di attesa delle donne che accedono all'ivg, ma che le modalità di accesso dipendono dall'organizzazioni delle singole regioni. [...] sulla base dei dati disponibili si vede come in alcune regioni all'aumentare degli obiettori di coscienza diminuiscano i tempi di attesa delle donne, e, viceversa, in altre regioni al diminuire del numero di obiettori aumentino i tempi di attesa, contrariamente a quanto si potrebbe immaginare. In altre parole, non è il numero di obiettori di per sé a determinare l'accesso all'ivg, ma il modo in cui le strutture sanitarie si organizzano nell'applicazione della legge 194/78» (A. Morresi, *Postilla*, in *Obiezione di coscienza e bioetica*, approvato dal CNB il 12 luglio 2012). La criticità che l'Autrice manca di cogliere è proprio il vuoto della legge circa le modalità di organizzazione delle singole

In quest'ottica, quali sono i profili maggiormente censurabili nell'impostazione della legge? In primo luogo, l'assenza di quel meccanismo di garanzia delle prestazioni che nel capitolo precedente è stato definito *meccanismo di fungibilità*. Accanto all'affermazione di principio, contenuta sempre nell'art. 9, che le regioni sono i soggetti chiamati a garantire l'attuazione della legge anche attraverso procedure di mobilità, null'altro più si dice sulle modalità con cui le regioni sono chiamate a fare ciò. La semplice previsione della mobilità, infatti, non è di per sé risolutiva, soprattutto se si considera che in alcune regioni l'obiezione di coscienza alle pratiche abortive non riguarda singole realtà ospedaliere, ma è diffusa con omogeneità su tutto il territorio regionale.

In secondo luogo, e in continuità con l'osservazione precedente, la mancata previsione di un numero minimo di personale non obiettore per ogni struttura sanitaria ha portato e continua a portare, di fatto, a vere e proprie obiezioni di struttura, vietate dalla 194³²⁸, nella totale inerzia tanto dell'esecutivo, quanto del Parlamento.

regioni nel garantire il servizio e, in secondo luogo, la completa disparità di condizioni tra il medico obiettore che si limita a non eseguire aborti e quello non obiettore che svolge quasi unicamente aborti: tale disparità è legata a parametri unicamente numerici non organizzativi.

³²⁸ L'ultimo caso in ordine di tempo è quello del settembre 2012 e riguarda l'ospedale marchigiano di Jesi. All'interno della struttura tutti e dieci i ginecologi si sono dichiarati obiettori, causando la sospensione, denunciata dalla CGIL, del servizio di interruzione volontaria della gravidanza. Sulla questione è intervenuto l'assessore regionale alla sanità, che ha garantito in breve tempo la presenza nella struttura di un medico non obiettore proveniente dall'ospedale di Fabriano.

In terzo luogo, l'assenza di una prestazione sostitutiva e più gravosa o sfavorevole per il personale medico e sanitario obiettore produce una situazione di squilibrio, se non addirittura di ingiustificato privilegio, tra chi obietta e chi non obietta, favorendo il fenomeno delle obiezioni di comodo. Al giovane ginecolo, anestesista o operatore sanitario che inizia la sua professione, si profilano queste due opzioni: la scelta di non dichiararsi obiettore e quindi di dedicare un'alta percentuale (se non addirittura la totalità, stante la scarsità di personale non obiettore) della propria attività professionale allo svolgimento di interruzioni di gravidanza; dall'altra parte, la scelta di dichiararsi obiettore, evitando qualsiasi aggravio nell'erogazione delle sue prestazioni professionali, e, contemporaneamente, la garanzia di svolgere attività senza dubbio più gratificanti e molto meno gravose in senso ampio, rispetto all'interruzione della gravidanza³²⁹. Questa terza censura all'impostazione della legge rappresenta probabilmente la questione dirimente, perché permette di comprendere il motivo della costante crescita della percentuale di medici obiettori registrata nel corso degli ultimi decenni.

Le soluzioni già approntate si sono rivelate non pienamente soddisfacenti e non esenti da

³²⁹ Concorrono, quindi, nella decisione di obiettare considerazioni legate alla realizzazione professionale, se non addirittura all'avanzamento di carriera, in quelle realtà, non particolarmente rare nel contesto italiano, in cui è l'orientamento confessionale della classe politica a decidere le posizioni apicali dell'apparato sanitario regionale. Paradossale e piuttosto noto è il caso della ginecologa obiettrice, che decise comunque di interrompere la propria gravidanza, scatenando l'inutile reazione legale del compagno (cfr. Pretura di Bari, 7 maggio 1990, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 2, p. 548 e ss).

controindicazioni. L'ampio ricorso a convenzioni stipulate con le case di cura autorizzate non può essere una soluzione né soddisfacente, né definitiva, perché contraddice l'impianto chiaramente pubblicistico della legge 194, delegando al privato, anche se convenzionato con il sistema sanitario nazionale, l'erogazione di prestazioni che il servizio pubblico, con continuità assistenziale³³⁰, dovrebbe garantire. La diversa soluzione cui si accennava sopra, ovvero l'organizzazione di concorsi per i posti di ginecologo e anestesista, nei quali il non esercizio dell'obiezione di coscienza fosse la condizione richiesta per la partecipazione, ha visto dividersi tanto la giurisprudenza amministrativa quanto la dottrina³³¹. Anche prevedendo eventuali concorsi *ad hoc*, non si potrebbe in alcun modo negare ad un soggetto assunto a tempo indeterminato il diritto di cambiare in seguito idea e di diventare obiettore, e se ciò si verificasse ci si troverebbe ancora al punto di partenza. Ciò accade perché tutte le soluzioni prospettate e già sperimentate sono chiaramente parziali e non risolutive, agendo come una sorta di sintomatico sui problemi creati da un ricorso

³³⁰ A questo proposito è stato rilevato come «le strutture ospedaliere ricorrono a personale esterno non obiettore, che periodicamente si reca nell'ospedale per la sola effettuazione degli interventi abortivi, soluzione certamente idonea a garantire l'applicazione della legge, ma che presenta evidenti limiti sotto il profilo della continuità assistenziale» (D. Paris, *op. cit.*, p. 191).

³³¹ Cfr. nel senso della legittimità di tali clausole Tar Emilia Romagna, sez. Parma, 13 dicembre 1982, n. 289; *contra* Tar Liguria, 3 luglio 1980, n. 396. In dottrina, tra gli altri, emblematiche e inconciliabili le posizioni a favore di S. Rodotà, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993/1, p. 64; contro V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone*, *op. cit.*, p. 109.

troppo disinvolto all'obiezione, senza agire sulle cause che portano a tale situazione critica. Intervenire sulla causa equivale, in questo caso, a mettere mano alla disciplina dell'esercizio stesso dell'obiezione. Anche se ammettessimo l'efficacia della previsione del meccanismo di fungibilità o del numero minimo obbligatorio di obiettori per ogni struttura ospedaliera, questo lascerebbe del tutto impregiudicata la situazione di privilegio del non obiettore, causa principale dell'anomalia italiana: 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. Quello che spesso si dimentica è che l'interruzione di gravidanza rappresenta anche per chi non si professa obiettore un intervento ad elevato impatto emotivo, a causa del suo apporto oggettivamente più distruttivo che costruttivo sul corpo della donna. Questo implica anche la necessità di prestare la massima cura a garantire che tale attività sia una delle possibili cui il soggetto può essere chiamato e non la sola.

A ben poco serve anche la c.d. *prova di coerenza* richiesta dall'art. 9 all'obiettore³³². Essa non solo non

³³² In particolare art. 9, VI co. : «*L'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente*». L'espressione "prova di coerenza" è utilizzata nel già citato documento del Comitato nazionale per la Bioetica, approvato 12 luglio 2012, dal titolo "*Obiezione di coscienza e bioetica*" (p. 15). Nel testo si fa riferimento a tale prova come «cautela giuridica funzionale a escludere odc ragionevolmente (fondatamente) dubbie». E' ancora il caso di sottolineare come tale verifica non può essere ragionevolmente e

produce un completo e definitivo accertamento della volontà interiore degli individui (in alcun modo oggettivamente raggiungibile), ma soprattutto non si pone come valida alternativa al meccanismo preventivo preferibile in relazione alle obiezioni di comodo: la previsione di una prestazione sostitutiva e disincentivante per chi intenda obiettare. Se la legge non prevedesse semplicemente che chi obietta non compie aborti, ma imponesse a sua volta un prezzo per la scelta in coscienza, le obiezioni di comodo verrebbero significativamente arginate. Invece di proporre un'indennità economica per i medici non obiettori³³³, in ragione del carico di lavoro aggiuntivo gravante su di essi, la quale finirebbe per pesare comunque sulle casse spesso in profondo rosso della sanità pubblica, si potrebbe prevedere una soluzione a costo zero per lo Stato, ma non per i non obiettori: la previsione dello svolgimento *pro bono* di un determinato (elevato ma non al punto di divenire vessatorio) numero di ore extra, a favore del servizio sanitario nazionale, dedicato allo svolgimento di attività professionali eticamente non problematiche e semmai coerenti con la scelta obiettorica. Davanti ad una soluzione di questo tipo, nella valutazione della scelta obiettorica il soggetto dovrà mettere in conto anche i relativi costi materiali della sua scelta, che gli impedirà, ad esempio, di avere una piena disponibilità di tempo per compiere la sua professione in studio o in altri contesti non pubblici, con conseguente lucro cessante.

unicamente lasciata a tale prova: non è un caso che essa sia richiesta dalla 194 e che in nessun modo prevenga forme di obiezione di comodo.

³³³ Cfr. S. Rossi, *L'obiezione di coscienza e il sabotaggio della 194*, in P. Cendon (a cura di), *Persona e danno*, <http://www.personaedanno.it>, 8/9/2012.

4.2.1 I nuovi scenari introdotti dalla RU486

Gli sviluppi della scienza farmacologica hanno portato all'introduzione di nuovi farmaci sicuramente abortivi, adottabili in alternativa all'intervento chirurgico. È il caso della pillola RU486, la cui diffusione ha avuto inevitabili ricadute sul modo d'intendere e di praticare l'interruzione della gravidanza.

Ideata all'inizio degli anni Ottanta del XX secolo, la RU486 è oggi disponibile in quasi tutti i paesi dell'Unione europea. L'iter che ha portato alla sua introduzione nel nostro Paese è stato, come è facile immaginare, piuttosto travagliato³³⁴, ma si è concluso positivamente il 30 luglio 2009, con la sua approvazione da parte dell'Agenzia italiana del farmaco. Dal 9 dicembre 2009, con la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* dell'autorizzazione all'immissione in commercio del farmaco, la RU486 è entrata nel novero dei farmaci che possono essere dispensati in regime ospedaliero e dall'aprile 2010 ha iniziato ad essere utilizzata in sostituzione dell'aborto chirurgico³³⁵. Tutto ciò non può

³³⁴ A questo proposito risulta utile il raffronto con quanto successo in Francia. La RU486 venne messa in commercio dai Laboratori Roussel-Uclaf, dopo aver ottenuto l'autorizzazione ministeriale agli inizi degli anni Ottanta, e fu successivamente ritirata dal mercato. Nel 1988 il Ministero della Sanità diffidava la Roussel-Uclaf dal rimettere in distribuzione la pillola abortiva. Passati appena due anni, nel 1990 il Ministero della Sanità stabiliva che la RU 486 poteva essere distribuita esclusivamente sotto controllo medico nei 793 centri che, in Francia, erano autorizzati a praticare interruzioni volontarie di gravidanza (sul punto cfr. L. Renzoni Governatori, *Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza nell'ordinamento giuridico francese*, in R. Botta (a cura di), *op. cit.*, pp. 297- 317).

³³⁵ Cfr. C. Del Bò, *L'obiezione di coscienza e la Ru-486*, in P. Borsellino *et al.* (a cura di), *op. cit.*, pp. 134-138. Come precisa

che avere ricadute significative anche sull'annosa questione dell'esercizio dell'obiezione di coscienza.

Uno dei punti più delicati della disciplina introdotta dalla 194 è la distinzione che l'art. 9, III comma fa tra «attività *specificamente e necessariamente* dirette a determinare l'interruzione della gravidanza» e «l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento», non coperta da obiezione. Tale distinzione non si presta facilmente ad essere applicata al metodo abortivo introdotto dalle RU486, che si sostanzia nell'assunzione da parte della donna di due pillole, a distanza di due giorni una dall'altra, e che prevede l'assistenza medica e paramedica durante, più che prima o dopo il processo abortivo. La questione centrale diventa allora la portata dei due avverbi utilizzati dall'articolo 9 e, più in generale, la definizione del nesso causale rilevante ai fini dell'applicazione dell'obiezione di coscienza. Il fatto che ad oggi siano disponibili metodi diversi da quelli chirurgici per compiere un'interruzione volontaria della gravidanza, non incide minimamente sull'eventuale "disvalore" morale dell'aborto; semmai la previsione di

condivisibilmente l'autore, «in Italia il ricorso alla Ru-486 è tuttavia consentito entro la settima settimana (49 giorni), anziché entro la nona (63 giorni) come nel resto d'Europa. Questa restrizione [...] è scientificamente discutibile, non essendosi manifestati fatti nuovi rispetto all'ultima revisione operata in sede comunitaria del profilo beneficio-rischio del farmaco, ed è giuridicamente dubbia, trattandosi di una procedura di mutuo riconoscimento. Se però questo è vero, aggiungerei allora che si tratta di una scelta politicamente poco assennata, considerando che in Italia (stando ai dati del 2007) le interruzioni volontarie di gravidanza entro la settima settimana sono il 16% del totale, mentre entro la nona sono il 60% ed è dunque prevedibile che questa restrizione potrebbe incidere in misura non trascurabile sull'utilizzo del farmaco» (p. 134).

una modalità meccanicamente (ma non psico-fisicamente) meno invasiva potrebbe peggiorarne addirittura la valutazione.

Nel corso del precedente capitolo sono state individuate quattro caratteristiche del nesso causale, cumulativamente necessarie per giustificare l'esonero obiettorio: esso dev'essere certo, diretto, necessario e specifico. Per la RU486 questo porta a limitare drasticamente l'ambito delle condotte coperte dall'obiezione alla sola somministrazione della pillola, alla relativa assistenza durante il processo abortivo e al controllo dell'avvenuta espulsione; non, invece, alla prescrizione della stessa, che si pone come condizione ostativa all'esercizio del relativo diritto da parte della donna. La prescrizione della pillola abortiva presenta un nesso causale necessario e specifico, non, invece, diretto e certo, essendo l'apporto materiale del medico che prescrive la pillola solo indiretto e potenziale rispetto alla causazione dell'evento 'interruzione della gravidanza'. Se si riconoscesse, come auspicato da una certa parte, la possibilità di esercitare l'obiezione di coscienza a *tutti* i soggetti coinvolti in ogni anello della catena causale che porta al verificarsi di un determinato evento si condannerebbe la situazione alla totale paralisi. In particolare, se *in assenza di controindicazioni di carattere sanitario* (ovvero accertato che le condizioni di salute della donna permettano l'assunzione del farmaco) si permettesse al medico di non prescrivere la RU486, invocando l'esercizio del diritto all'obiezione, si rispetterebbe certamente la coscienza del medico, ma al contempo si calpesterebbe il diritto all'autodeterminazione in materia riproduttiva della donna che avanzi tale richiesta, nonché la sua autonomia decisionale sulle questioni che riguardano la propria salute

psico-fisica³³⁶. Una volta rispettata ed evasa la richiesta sarà in ogni caso la donna ad avere ancora la possibilità di non far seguire alcun atto abortivo alla prescrizione ottenuta (motivo per cui l'apporto medico sarebbe in questo caso solo indiretto e potenziale)³³⁷, ed è solo nelle procedure attuative di tale volontà che può essere riconosciuta un'ipotesi obiettorica.

³³⁶ In questo caso la prescrizione del medico non è una determinazione in scienza, ma soprattutto in coscienza della terapia più appropriata per la paziente: essa rappresenta la condizione ostativa all'esercizio del diritto ad interrompere volontariamente una gravidanza per la donna che ne faccia richiesta. Non si ritiene quindi possa trovare attuazione in questo caso l'art. 19 del codice di deontologia medica, in base al quale *“Il medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita”*. L'unico vaglio del medico ha ad oggetto le condizioni di salute della donna, che devono essere tali da permettere l'assunzione del farmaco.

³³⁷ Di quest'avviso anche C. Del Bò. Meno condivisibile, invece, che «il medico potrebbe, esercitando effettivamente l'obiezione, causare omissivamente la prosecuzione della gravidanza[...]» (*op. ult. cit.*, p. 136). L'apporto materiale del dottore che non prescrivesse la pillola RU486 è indiretto rispetto all'evento 'prosecuzione della gravidanza', quanto è indiretto l'effetto dell'avvenuta prescrizione sull'evento 'interruzione della gravidanza': come affermato, quello su cui indebitamente e direttamente incide il medico non è uno stato biofisico, bensì un diritto: il diritto all'autodeterminazione in materia riproduttiva della donna.

4.2.2 *Le istanze obiettorie dei farmacisti*

Nel contesto italiano, e non solo, esistono altri soggetti a vario titolo coinvolti nella pratica sanitaria, dai quali arrivano precise richieste di riconoscimento del diritto ad esercitare l'obiezione di coscienza: i farmacisti. In particolare, oggetto della richiesta obiettorica è la vendita di quei prodotti farmaceutici di contraccezione d'emergenza, noti con il nome di *pillola del giorno dopo*, farmaco completamente differente rispetto alla RU486³³⁸.

³³⁸ In Italia la farmacia ospedaliera è l'unica autorizzata a dispensare tale prodotto. Per il farmacista che si trovasse a voler invocare il diritto all'obiezione di coscienza di fronte alla richiesta medica della RU486 valgono esattamente le stesse considerazioni svolte sulla prescrizione da parte del medico. Secondo alcuni autori (D. Paris, *op. cit.*, p. 295, M. Riccio, *op. cit.*, p. 143), il rispetto della propria coscienza può essere garantito attraverso la "sostituibilità del sanitario", ovvero in una farmacia ospedaliera in cui siano impiegati più farmacisti, le esigenze di funzionalità ed efficienza del servizio non verrebbero messe in discussione se si dispensassero dall'obbligo di procurare e fornire la pillola alcuni farmacisti che ne facciano richiesta. E' questa una strada realmente percorribile? Vengono in rilievo due considerazioni: a) in assenza di altri meccanismi di garanzia, si potrebbe incorrere nel (non improbabile) pericolo di avere farmacisti tutti obiettori, con conseguente paralisi del servizio e serio nocimento all'esercizio dei diritti della donna; b) se anche si prevedesse un meccanismo reperibilità che consenta la somministrazione del farmaco, ciò che il farmacista obietttore rivendica è il suo esonero dal partecipare al progetto abortivo, non semplicemente dal consegnare in prima persona la pillola. In altre parole, è la stessa detenzione nella farmacia ospedaliera della RU486 e non la sua semplice consegna che è moralmente problematica. La reperibilità in questo senso non sarebbe in alcun modo risolutiva perché metterebbe il farmacista nella condizione moralmente stonata di dire «non intendo consegnarti la RU486 perché abortiva e sono contrario all'aborto, ma ti posso chiamare un collega disposto a farlo».

La questione è stata oggetto di un parere del Consiglio Nazionale per la Bioetica, su sollecitazione dell'On. Luisa Capitanio Santolini, dal titolo “*Nota in merito alla obiezione di coscienza del farmacista alla vendita di contraccettivi d'emergenza*” del 25 febbraio 2011³³⁹. Il documento è seguito alla presentazione alle Camere di alcuni disegni di legge, di diversa provenienza politica, volti a regolamentare l'introduzione dell'istituto dell'obiezione di coscienza per il farmacista, proprio in considerazione dell'introduzione e commercializzazione dei contraccettivi d'emergenza. A tal proposito è opportuno richiamare le posizioni della maggioranza e della minoranza dei componenti del comitato sulla questione, nelle cui argomentazioni sono riscontrabili utili spunti di analisi per affrontare la questione. Prima di fare ciò, vengono di seguito riportate due considerazioni di carattere più strettamente normativo che il CNB ha premesso alle sue valutazioni:

- in forza dell'art. 38 del *Regolamento per il servizio farmaceutico* (R.d. 30 settembre 1938, n. 1706) ogni titolare di farmacia, farmacista o ausiliario di farmacia, in quanto operante nel quadro di un servizio pubblico, ha l'obbligo di consegnare a chi glielo richieda, esibendo la relativa prescrizione medica, il prodotto medicinale, e –non avendone la disponibilità- di procurarselo nel più breve tempo possibile;

- gli obblighi previsti da tale normativa sono presidiati da sanzioni penali e valgono nei confronti di farmacisti e di ausiliari che svolgono la loro

³³⁹ Il testo completo del documento è reperibile all'indirizzo: <http://www.governo.it/bioetica/http://www.governo.it/bioetica/>.

prestazione in farmacie comunali, ospedaliere, private e nei distretti sanitari.

Fatte queste premesse, la maggioranza del CNB³⁴⁰ riconosce che si possa estendere al farmacista il diritto all'obiezione di coscienza relativamente alla vendita dei contraccettivi d'emergenza secondo le seguenti argomentazioni:

a) i dati sperimentali non escluderebbero in maniera definitiva e condivisa l'effetto abortivo del farmaco;

b) il farmacista, non come operatore sanitario, ma in qualità di cittadino di una società democratica caratterizzata dal pluralismo etico ha il diritto di non compiere un'azione, indicata come scientificamente capace in determinate circostanze fisiologiche di impedire lo sviluppo di un embrione umano, quando questa confligga con i propri convincimenti morali: l'obiezione di coscienza si rende necessaria non solo per l'importanza del rispetto della libertà di coscienza, ma della vita umana;

c) il fatto che il farmacista svolga un ruolo meno diretto rispetto a chi pratica clinicamente l'aborto non è da ritenersi ragione sufficiente per escluderlo dall'esercizio dell'obiezione: in particolare, anche il ruolo meno diretto è pur sempre un anello decisivo della catena di scelte che porterà, a seguito dell'assunzione del prodotto, alla possibile eliminazione farmacologica del prodotto. A questo segue che l'astenersi dal favorire tali pratiche rappresenta sia tanto per il medico, quanto per il farmacista un *dovere morale e deontologico* nei confronti della tutela e promozione della vita umana;

³⁴⁰ Bompiani, Caporale, Colombo, D'Agostino, Dallapiccola, Da Re, d'Avak, Di Pietro, Gensabella, Isidori, Morresi, Nicolussi, Palazzani, Possenti, Proietti.

d) la ricetta del medico non costituisce un'indicazione terapeutica vera e propria: il medico, consultato a distanza di breve tempo dal rapporto sessuale, non è in grado di diagnosticare un pericolo concreto per la salute della donna derivante dall'eventualità di una ipotetica gravidanza, ma solo di stabilire se nelle condizioni di salute in cui la donna si presenta vi siano controindicazioni obiettive all'assunzione del farmaco;

e) la possibilità che la donna, una volta acquistato il farmaco, non ne faccia un uso immediato e personale, non è rilevante come argomento contro l'obiezione di coscienza.

La minoranza del CNB ritiene che la proposta di riconoscere al farmacista sul piano legislativo un diritto all'obiezione di coscienza in merito alla vendita della c.d. pillola del giorno dopo non sia condivisibile per le seguenti argomentazioni:

a) l'effetto abortivo del Norlevo è stata autorevolmente contestata;

b) il ruolo del farmacista è ben diverso da quello del medico, unico responsabile sia della prescrizione del farmaco, sia delle condizioni personali e di salute di chi lo richiede;

c) se si riconoscesse al farmacista il diritto all'obiezione di coscienza gli si conferirebbe una duplice facoltà: censurare l'operato del medico cui risale la prescrizione e interferire nella sfera privata e più intima della donna impedendone di fatto l'autodeterminazione. In questo modo il farmacista finirebbe per assumere un ruolo decisionale e di supervisione sia della valutazione medica, sia delle scelte della donna;

d) presupposto necessario e indispensabile per un eventuale riconoscimento legislativo di tale diritto è la garanzia dell'assoluta certezza circa la consegna del

farmaco prescritto dal medico. Il pericolo è che riconoscendo il diritto all'obiezione al farmacista si dia luogo all'inaccettabile obiezione di coscienza della farmacia, che svolge sempre e comunque un servizio pubblico;

e) un eventuale riconoscimento di tale ipotesi obiettorica potrebbe determinare, come effetti a catena, le obiezioni a catena di altri addetti al ciclo della sintesi, preparazione, distribuzione del farmaco, determinandone al limite l'insonnibilità;

f) l'esercizio dell'obiezione da parte del farmacista potrebbe condurre ad un inammissibile atto impeditivo dell'iter che conduce alla libera risoluzione della paziente, alla sua successiva opzione (anche revocabile) di assumere la c.d. pillola del giorno dopo, sotto l'esclusiva responsabilità giuridica del medico.

All'unanimità il Comitato ha comunque affermato «il diritto di ognuno ad ottenere le prestazioni dovute per legge»³⁴¹.

Nel caso della *pillola del giorno dopo* siamo in presenza di due convincimenti in conflitto: quello della donna che non desidera la gravidanza e quello del farmacista, contrario a favorire in qualsiasi modo l'aborto, o dovremmo più correttamente dire, contrario a favorire qualunque pratica che impedisca lo sviluppo di una vita umana e la prosecuzione di una gravidanza. Le argomentazioni che maggiormente non convincono sono quelle fatte proprie dalla maggioranza del CNB.

Quest'ultima afferma la necessità dell'obiezione di coscienza del farmacista non solo per il rispetto della

³⁴¹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Nota in merito alla obiezione di coscienza del farmacista alla vendita di contraccettivi d'emergenza*, 2011, p. 11.

sua libertà di coscienza, ma della vita umana. Sostenendo questa posizione si può ricadere in un errore piuttosto diffuso, che porta ad una scorretta valutazione della funzione dell'obiezione di coscienza. Come esposto in precedenza, la *ratio* del diritto all'obiezione di coscienza non è da ricondurre alla tutela dei valori meritevoli di protezione dal punto di vista dell'obiettore, bensì esso è e rimane strumentale rispetto alla garanzia della libertà di coscienza di un soggetto. La distinzione è sottile, ma dalle conseguenze molto rilevanti. Se non si tiene presente il bene giuridico protetto attraverso questo diritto, si può fraintendere l'obiezione di coscienza, facendola apparire come lo strumento che l'ordinamento mette a disposizione per consentire l'affermazione militante dei valori dell'obiettore (es. la difesa dell'intangibilità della vita sin dal suo inizio, della naturalità nel concepimento, la pari dignità della vita animale). Intesa in questo modo l'obiezione di coscienza non diventa più funzionale alla protezione del pluralismo, ma alle battaglie ideologiche di chi obietta, senza prestare attenzione, soprattutto in ipotesi come quella in esame, ai diritti in gioco di soggetti terzi. Senza dubbio, nel momento in cui il legislatore riconosce come meritevole di tutela una coscienza che si ispira ad un bilanciamento di valori differente rispetto a quello espresso dalla legge (come nel caso in cui si opti per la difesa ad oltranza del diritto alla vita del concepito rispetto al diritto alla salute psico-fisica della donna), finisce per attribuire una qualche forma di legittimazione a tale differente bilanciamento, il quale, a sua volta, trova la legittimazione ultima nella sua compatibilità rispetto a determinati valori costituzionali. Ma la legittimazione del differente bilanciamento obiettorio è tale perché esso rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale, e non può tradursi in una generalizzazione dell'eccezione,

che altrimenti finirebbe per sostituirsi alla regola generale: in altri termini, se il legislatore riconosce il diritto all'obiezione nel caso dell'interruzione volontaria della gravidanza non è certo perché l'intangibilità della vita umana sin dal suo concepimento (propria dell'obietto) è, allo stesso tempo e sullo stesso piano, del diritto all'autodeterminazione procreativa e alla salute della donna, altrimenti la 194 sarebbe una legge incoerente e schizofrenica. Sostenere la necessità del riconoscimento dell'obiezione del farmacista richiamandosi anche al rispetto della vita umana equivale a veicolare un messaggio piuttosto discutibile, ovvero che l'unica scelta che tutela la vita umana è quella obiettorica. Questo non è affatto sostenibile, prevedendo l'art. 1 della stessa legge che lo Stato tutela della vita umana dal suo inizio. In questo caso, la maggioranza del CNB *minus dixit quam voluit*: non è la semplice tutela della vita umana (primo valore costituzionale fondamentale) che rende necessaria l'obiezione del farmacista, ma la tutela dell'intangibilità della vita umana dal suo concepimento, cosa ben diversa e ideologicamente ben connotata.

Le perplessità di questa prima argomentazione vengono confermate dall'ulteriore considerazione formulata da questa parte del CNB: l'obiezione è *dovere* morale e deontologico verso la promozione e la tutela della vita umana. Due punti lasciano piuttosto perplessi: il primo di carattere morale, il secondo di carattere giuridico. In particolare, rifacendosi, non dichiaratamente, a quell'idea eteronoma-autoritaria di coscienza a cui si è fatto riferimento nei capitoli precedenti, l'obiezione transita dalla dimensione del 'diritto' a quella del 'dovere', ovvero del comportamento obbligatorio per tutti quei soggetti che abbiano a cuore il perseguimento di un determinato valore (in questo caso la tutela della vita). In

questo modo, le affermazioni del CNB suonano più come un monito paternalistico e ideologicamente connotato che come un parere, e l'aspetto centrale del diritto all'obiezione di coscienza viene del tutto calpestato. In secondo luogo, è piuttosto curioso che nelle premesse del documento si menzioni espressamente il dovere giuridico perfetto (sorretto da sanzione penale) del farmacista di consegnare il medicinale, a fronte di prescrizione medica, e contemporaneamente si affermi la doverosità deontologica dell'obiezione. Come è possibile accettare che una condotta sia qualificata come illecita da un punto di vista giuridico e corretta e doverosa da un punto di vista deontologico, senza ricadere in un'ipotesi antinomica?

Non meno scivoloso è l'argomento della "catena di scelte" che porta immotivatamente a valutare come rilevante il ruolo indiretto del farmacista nella decisione della donna, ma non la decisione della donna che in un secondo tempo potrebbe anche non assumere la pillola. Come sottolineato dalla minoranza del CNB, il riconoscimento di tale ipotesi obiettorica al farmacista potrebbe dar luogo ad una vera e propria *slippery slope*, con obiezioni a catena di tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nella catena causale che porta la pillola nella disponibilità della donna, ovvero con l'evidente ed ennesimo rischio di paralisi all'esercizio di un diritto. Ancora una volta, si ripropone l'esigenza di limitare il ricorso ad una catena causale dall'infinito numero di anelli, che altrimenti porterebbe alla paralisi. Se si adotta, invece, la tecnica del nesso causale certo, diretto, necessario e specifico, la questione si ribalta completamente. Con esso si attribuisce rilevanza al potenziale mancato utilizzo della pillola da parte della donna e si rimarca l'irrilevanza dell'apporto indiretto e incerto dell'opera professionale del farmacista. Anche

ammettendo la tesi di cui alla lettera a) delle argomentazioni della maggioranza del CNB, ovvero che allo stato attuale delle conoscenze non è possibile escludere che l'assunzione della pillola del giorno dopo impedisca l'annidamento dell'ovulo fecondato e dunque per il farmacista obiettore- provochi un aborto, la semplice vendita del farmaco in questione ad una donna che ne faccia richiesta, come anche la richiesta di prescrizione per un medico, non causa un aborto, e neppure la mancata vendita (o prescrizione) lo impedisce, a meno di non inibire la donna si rivolga ad altre farmacie per reperirlo o ad altro medico per farselo prescrivere. A questo si aggiunga che le condotte della donna e del farmacista sono causalmente differenti sotto un profilo morale: mentre la donna non impone a nessun altro, tranne che a se stessa, le conseguenze del suo convincimento, il farmacista, negandole la pillola, impone le conseguenze del proprio alla donna³⁴².

Le argomentazioni esposte dalla minoranza del CNB sono in gran parte condivisibili per le ragioni sopra esposte. In particolare risulta molto opportuna la censura dell'indebito e duplice ruolo decisionale che il farmacista obiettore si troverebbe ad assumere, sia nei confronti del medico, sia della donna. Meno condivisibile, invece, è l'individuazione di quello che viene presentato come *il* presupposto necessario e indispensabile per un eventuale riconoscimento legislativo di tale diritto: l'assoluta garanzia di certezza per la donna nella consegna del farmaco prescritto. La scarsa condivisibilità non è tanto dettata da considerazioni riguardanti l'efficacia del presupposto in questione, ma dalla sua coerenza logica

³⁴²Cfr. C. Del Bò, *L'obiezione di coscienza e la pillola del giorno dopo*, op. cit., p 513.

rispetto al rimanente impianto argomentativo: in che modo la minoranza del CNB, dopo aver efficacemente smontato alcune delle posizioni della maggioranza, può affermare che esiste una possibilità di riconoscimento? In che modo si concilia il meccanismo di garanzia individuato e i pericoli cui si fa riferimento dei punti d), e) e f) (obiezione della farmacia, obiezioni a catena, intromissione indebita nella libera risoluzione della paziente)? Se tali e tante censure vengono con forza segnalate, la posizione più netta da assumere va nella direzione di una chiara esclusione di una simile ipotesi obiettorica.

4.3 La procreazione medicalmente assistita

La seconda ipotesi tipica e legislativamente riconosciuta di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza è contenuta nella legge n. 40 del 2004, "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*", che, con notevole ritardo rispetto al resto dei Paesi dell'area culturale occidentale, è maldestramente intervenuta andando a colmare un vuoto normativo con un "pieno ideologico". Questa legge ha infatti segnato il ritorno ad un diritto ideologicizzato, volto, cioè, alla promozione di specifici modelli di comportamento, improntati ad una ben determinata visione morale³⁴³. L'ampia censurabilità

³⁴³ Cfr. P. Borsellino, *Le regole per la procreazione: modelli a confronto*, in *Bioetica tra "moralì" e diritto*, op. cit., p. 252 e ss. In termini simili S. Rodotà, *Ora siamo più liberi dalle ideologie*, in *La Repubblica* del 29/8/2012, che definisce la 40 come la legge «più ideologica tra quelle approvate durante la sciagurata stagione politica che abbiamo alle spalle».

della disciplina così approntata ha fatto sì che la legge 40 sia stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, sia a livello nazionale che sovranazionale³⁴⁴, che ne hanno quasi completamente smantellato l'assetto originario.

L'art. 16 della legge 40 disciplina l'esercizio dell'obiezione di coscienza con modalità molto simili a quelle previste per l'interruzione volontaria della gravidanza e con corrispondenze anche letterali rispetto all'art. 9 della legge 194. In particolare, si richiede una dichiarazione preventiva del personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie³⁴⁵ che intenda obiettare. Tale dichiarazione esonera dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita, e non, invece, dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento. Il termine previsto per la dichiarazione obiettorica è quello

³⁴⁴ L'ultima in ordine di tempo è la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo dell'agosto 2012, con la quale viene sancita la liceità della diagnosi preimpianto per le coppie portatrici di malattie genetiche, anche se fertili. Nel contesto italiano, invece, la 40 è finita cinque volte sui banchi della Corte Costituzionale (nel 2005, due volte nel 2009, una nel 2010 e una nel 2012), e 17 in tutto se si aggiungono anche le pronunce dei tribunali di merito. Per un'analisi specifica delle maggiori criticità della disciplina in oggetto cfr. P.Borsellino, *op. ult. cit.*, pp. 257- 263. Per un'analisi aggiornata degli interventi della giurisprudenza alla legge 40 cfr. F. Buzzi, G. Tassi, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico-legali*, Giuffrè, Milano, 2011.

³⁴⁵ Va rilevato che tra i titolari del diritto all'obiezione di coscienza non figura, come avveniva nell'ipotesi dell'interruzione volontaria della gravidanza, il generico riferimento al *personale ausiliario*, bensì a quello *sanitario ausiliario*, limitando di fatto i soggetti che possono esercitare il diritto in questione.

di tre mesi dall'entrata in vigore della legge: essa può essere revocata o anche proposta al di fuori del suddetto termine e produce effetto dopo un mese dalla presentazione agli organismi competenti.

L'art. 16 della legge 40 è inserito in una legge dalla struttura e dalle finalità ben differenti rispetto all'art. 9 della legge 194. Come sostenuto in precedenza, ciò che dovrebbe spingere il legislatore a riconoscere *ex lege* un'ipotesi di obiezione è la tutela di una coscienza che si ispira ad un bilanciamento di valori differente rispetto a quello espresso dalla legge, ma comunque compatibile con i valori propri dell'intero ordinamento costituzionale. Nel caso dell'interruzione volontaria della gravidanza, la difformità tra il bilanciamento espresso nella legge e quello fatto proprio dall'obiettore è piuttosto evidente: mentre la 194 opta per la prevalenza del diritto alla salute psico-fisica e all'autodeterminazione della donna rispetto al diritto alla vita del concepito, le convinzioni della coscienza impongono all'obiettore una valutazione uguale e contraria dei diritti in gioco. Ma nel caso ben differente della procreazione medicalmente assistita, in che modo i valori dell'obiettore rappresentano un'alternativa rispetto a quelli che hanno ispirato la legge 40, nella sua originaria formulazione? In particolare: la lunga sequela di divieti sanzionati previsti; la rigida limitazione sia della tipologia di procreazione medicalmente assistita consentita (ovvero solo quella omologa), sia dei requisiti soggettivi per accedervi; il numero di embrioni originariamente creabili (tre), soggetti tutti all'obbligo di contemporaneo impianto portano ad individuare un nucleo ispiratore unitario della disciplina prevista. In essa si fa riferimento a principi e valori ascrivibili alla morale di impronta personalista, prevalente, anche se non esclusiva, nella cultura cattolica, che, «per un verso, considera la difesa assoluta e

incondizionata della vita dell'embrione come la conseguenza necessaria della natura personale dell'embrione, inteso come entità che si produce già al momento del primo contatto tra oocita e spermatozoo; per altro verso, individua nella famiglia come unione stabile (preferibilmente assistita da vincolo di matrimonio) tra un uomo e una donna l'unico contesto per una procreazione capace di assicurare il bene del nascituro, sul presupposto di una pretesa natura ontologica, pertinente agli esseri umani, che predefinisce le modalità legittime del loro entrare in relazione»³⁴⁶.

Vi è da chiedersi se l'obietto sia portatore di una visione morale, se non antitetica, almeno diversa rispetto a quella appena descritta. Occorre premettere che tanto è ideologico l'impianto della legge, quanto la previsione dell'obiezione in essa contenuta, che ne rappresenta nient'altro che una specificazione. L'obietto, a differenza di quanto si può addurre a proposito della legge 194, non si propone la difesa incondizionata di un bene giuridico di sicuro fondamento costituzionale, come il diritto alla vita (che, in questo caso specifico, diventerebbe la difesa del diritto alla vita dell'embrione). La legge 40 è a tal punto garantista verso i diritti del concepito, da aver non solo posto, fino dall'art. 1³⁴⁷, su un piano di assoluta parità tutti i diritti dei soggetti coinvolti, ma da essersi spinta a sancire, di fatto, la prevalenza dei diritti dell'embrione su quelli degli altri soggetti coinvolti,

³⁴⁶ P. Borsellino, *op. ult. cit.*, pp. 262-263.

³⁴⁷ Prevede il primo comma dell'art. 1 ("Finalità") della legge 40: *"Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito"*.

ed in particolare sul diritto alla salute della donna³⁴⁸. Occorre quindi individuare un *quid pluris* che caratterizzi la scelta obiettorica rispetto all'impianto della legge. Tale esigenza ha spinto alcuni autori ad individuare nel valore della «“dignità della procreazione”, strettamente legato alla dignità umana e al mistero creaturale dell'inizio della vita»³⁴⁹ la *ratio* dell'introduzione di questa fattispecie

³⁴⁸ Viene in rilievo l'obbligo originariamente previsto dall'art. 14 della legge 40 di creazione di un numero non superiore a tre embrioni, soggetti ad unico e contemporaneo impianto nell'utero della donna. Come rilevato da illustri esperti di medicina della riproduzione di diverso orientamento ideologico (tra questi il laico C. Flamigni e il cattolico G. Benagiano; riguardo a quest'ultimo si rimanda a G. Benagiano, *La legge 40/2004: le critiche di un conservatore*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2, 2004, pp. 220-227), si tratta di disposizione insensate da un punto di vista clinico: da un lato poiché il numero di tre embrioni comporta la diminuzione delle probabilità di successo dei trattamenti per le donne di quarant'anni e più e l'aumento del rischio di gravidanze plurime per le donne giovani; dall'altro il divieto di crioconservazione degli embrioni, nell'ipotesi non infrequente in cui gli impianti non vadano a buon fine, si traduce nella necessità di sottoporre nuovamente la donna alle pesanti stimolazioni ormonali e alle invasive pratiche di prelievo dell'ovocita, e questo nella completa incuranza del principio etico e deontologico che impone al medico di preservare il paziente da inutili sofferenze psicofisiche.

³⁴⁹ C. Casini, M. Casini, M. L. Di Pietro, *Le legge 19 febbraio 2004, n. 40 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*. *Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 260. Gli autori ricordano in nota, a sostegno di questa tesi, quanto indicato nell'*Istruzione Donum vitae, il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione* della Congregazione per la dottrina della fede (22 febbraio 1987). Al par.4 della parte introduttiva (*Criteri fondamentali per un giudizio morale*) si può leggere «I valori fondamentali connessi con le tecniche di procreazione artificiale umana sono due: la vita dell'essere umano chiamato

obiettoria. L'obietto testimonia con la sua condotta la difesa della naturalità del concepimento e della procreazione e, di conseguenza, il disvalore morale della scelta di modalità artificiali di riproduzione. Nell'impianto assiologico costituzionale, però, tali considerazioni possono trovare posto? La risposta è risolutamente negativa: da un lato la procreazione medicalmente assistita non ha dignità inferiore rispetto a quella ordinariamente praticata, dall'altro una differente considerazione morale della prima introdurrebbe un'indebita ed ingiustificata discriminazione nei confronti dei soggetti che decidessero di ricorrervi. L'ipotesi di

all'esistenza e l'originalità della trasmissione della vita». [...] Da qui deriva il rifiuto di ogni PMA extracorporea, anche «quando tutto sia messo in atto per evitare la morte degli embrioni umani» (II.5): «la Chiesa rimane contraria, dal punto di vista morale, alla fecondazione omologa *in vitro*; questa è in se stessa illecita e contrastante con la dignità della procreazione e dell'unione coniugale» (II.5). Il documento contiene anche un monito riguardo ai diritti fondamentali che il legislatore è chiamato a conoscere e rispettare: «a) il diritto alla vita e all'integrità fisica di ogni essere umano dal momento del concepimento alla morte; b) i diritti della famiglia e del matrimonio come istituzione, e, in questo ambito, il diritto per il figlio di essere concepito, messo al mondo ed educato dai suoi genitori»(III). In termini molto simili V. Turchi, che nel distinguere i tre livelli etici di coinvolgimento della coscienza personale nelle pratiche di procreazione medicalmente assistita, individua il terzo e ultimo livello nella fecondazione omologa, che incrina «segnatamente se praticata *in vivo* o *in vitro*, quel principio etico concernente il significato inscindibilmente unitivo e procreativo della sessualità umana, che è insegnato dal magistero della Chiesa cattolica. Donde il profilarsi, anche in questo caso, di una possibile fattispecie di obiezione di coscienza, per quanto si tratti di un principio morale certamente meno cogente di quello dell'invulnerabilità della vita umana, e pure di quello dell'unità matrimoniale» (V. Turchi, *op. cit.*, p. 125-126).

obiezione di coscienza negativa così configurata nella versione originaria della legge 40 non è giustificabile, perché non risponde ad una logica pluralistica, bensì si atteggia a strumento di tutela di posizioni ideologicamente ben connotate e completamente in linea con la stessa posizione assiologica del legislatore che l'ha espressa.

Lo scenario è in parte mutato con due pronunce assai significative: la sentenza della Corte Costituzionale italiana dell'8 aprile 2009, n. 151, e la sentenza della XII sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 28 agosto 2012, n. 54270/10. Con la sentenza 151, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge 40, nella parte in cui l'art. 14 limita a tre il numero massimo di embrioni producibili e obbliga ad un unico e contemporaneo impianto. Pur mantenendosi il principio secondo cui non è possibile creare un numero di embrioni in numero superiore a quello strettamente necessario, si introduce la possibilità di creare alcuni embrioni, senza che sia loro assicurata la possibilità di dar luogo ad una gravidanza. Ciò che la Corte arriva ad affermare è che «la previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso»³⁵⁰. In questo modo, la Consulta riporta l'attenzione sulla mancata considerazione della

³⁵⁰ Punto 6.1 del *Considerato*.

salute della donna nel disciplinare le modalità di attuazione della tecnica, riconfermando (indirettamente) la totale prevalenza dei diritti dell'embrione su quelli degli altri soggetti coinvolti.

La sentenza n. 54270/10 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo interviene, invece, sull'art. 4 e sull'art. 13 della legge 40, ancora una volta ad emendare l'«irragionevolezza di un impedimento posto dalla legge italiana all'accesso a una tecnica che è frutto del progresso medico»³⁵¹. I due ricorrenti, Rosetta Costa e Walter Pavan, avevano generato una figlia malata di mucoviscidosi³⁵². Fu così che essi appresero di essere entrambi portatori sani di quella malattia. Nel corso di una successiva gravidanza, la diagnosi prenatale rivelò che il feto era anch'esso malato e, ricorrendo alla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, essi procedettero all'aborto. Poiché desideravano ugualmente un secondo figlio e volevano evitare che fosse malato, richiesero di procedere alla fecondazione artificiale, per conoscere lo stato di salute dell'embrione prima di impiantarli, escludere quello malato e utilizzare quello sano. Tuttavia, la legge 40 limita il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita al solo caso in cui la coppia è sterile o infertile. Le linee guida ministeriali del 2008 hanno ritenuto che sia assimilabile al caso d'infertilità maschile quello in cui l'uomo sia portatore delle malattie sessualmente trasmissibili derivanti da infezione da Hiv o da Epatite B e C, ma non prendono in considerazione altre situazioni di genitori malati. In questo modo alla coppia restò negata la possibilità di superare l'infermità e dar corso, con la

³⁵¹ V. Zagrebelsky, *Una legge incompatibile con i diritti*, in *La Stampa* del 28 agosto 2012.

³⁵² La mucoviscidosi è detta, più comunemente, fibrosi cistica.

fecondazione medicalmente assistita, a una gravidanza che si sarebbe conclusa con la nascita di un bimbo non affetto da mucoviscidiosi. Con la sentenza non ancora definitiva dello scorso agosto, i giudici di Strasburgo non solo hanno rilevato una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare dell'art. 8 dedicato alla tutela della vita privata e familiare), ma hanno altresì constatato l'esistenza di una stridente contraddizione interna al sistema giuridico italiano³⁵³, che permette l'aborto proprio in quei casi in cui la diagnosi preimpianto avrebbe potuto evitare quel concepimento³⁵⁴. La corte sottolinea altresì il rischio per la salute della madre, che viene obbligata ad affrontare una gravidanza con il timore che al nascituro potrà essere trasmessa una malattia genetica. Per questi motivi, la Corte ha condannato *all'unanimità* il nostro Paese per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.³⁵⁵

³⁵³ § 64 della pronuncia: «le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un fœtus affecté par cette même pathologie».

³⁵⁴ Commenta a tal proposito Stefano Rodotà: «Quando si parla del rispetto della vita privata e familiare, si vuol dire che in materie come questa la competenza a decidere spetta alle persone interessate. Quando si sottolineano contraddizioni e forzature normative, si fa emergere la realtà di un contesto nel quale le persone sono obbligate a compiere scelte rischiose proprio là dove dovrebbe essere massima la certezza, come accade tutte le volte che si affrontano le questioni della vita» (S. Rodotà, *op. ult. cit.*).

³⁵⁵ È solo il caso di rilevare che le obiezioni sollevate dalla Corte erano state ripetutamente avanzate già nel contesto italiano, prima che la legge 40 venisse approvata. Il totale disinteresse manifestato a tale riguardo dalla classe politica ha sostanzialmente condannato

Se un margine di plausibilità alla previsione di un'ipotesi obiettorica alla PMA può essere individuato durante la vigenza di questa legge, esso è sopravvenuto grazie alle pronunce a cui poc'anzi si è fatto riferimento, che di fatto mettono fine alla tutela assoluta dell'embrione (sebbene tale assolutezza non sia rinvenuta nell'impianto originario della legge 40 dalla Corte costituzionale italiana³⁵⁶), prospettando la concreta possibilità di crearne alcuni che non daranno mai luogo ad una gravidanza. In

tale legge al suo progressivo smantellamento. Per un'analisi della sentenza della Corte di Strasburgo, delle sue censurabilità e dei motivi di ricorso presentati dal Governo Italiano cfr. E. Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, <http://www.rivistaaic.it>, 3, 2012. Il Governo italiano ha impugnato la sentenza della Corte di Strasburgo il 22 novembre 2012.

³⁵⁶ *Incipit* del punto 6.1 del *Considerato*: «Va premesso che la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei rimettenti – un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione». L'assolutezza della tutela riguarda la potenzialità procreativa dell'embrione impiantato, non tanto la circostanza concreta che l'embrione dia effettivamente luogo ad una gravidanza: tale tutela non è ipotizzabile nemmeno nelle modalità c.d. naturali di concepimento.

questo senso è possibile rinvenire una logica non completamente dissimile, ma neppure del tutto coincidente rispetto all'ipotesi contemplata nella legge 194. L'obiezione negativa alla legge 40 verrebbe infatti riconosciuta a tutela della libertà di coscienza dell'obiettore, che esprime con la sua richiesta un bilanciamento di valori ormai parzialmente differente rispetto a quello espresso dal nuovo assetto della legge (o di quello che di essa rimane) risultante dagli interventi giurisprudenziali: l'obiettore attribuisce prevalenza assoluta alla difesa del diritto alla vita (dell'embrione) rispetto a quello della salute della donna. Tuttavia, rimangono impregiudicate tutte le criticità ideologiche di una simile posizione evidenziate sopra, che in modo poco convincente veicola con la tutela del diritto alla vita (di sicura rilevanza costituzionale) ad ogni costo, la naturalità della procreazione e il mistero creaturale del concepimento.

Rebus sic stantibus e con l'auspicio che il legislatore non perda l'occasione per rimettere mano radicalmente e anti-ideologicamente a questa materia, sono due i profili a cui dedicare maggiore attenzione: la necessità di evitare obiezioni di comodo e la necessità di ridefinire con maggior precisione le attività coperte da obiezione. Riguardo al primo profilo si delinea una soluzione non dissimile a quella prospettata per l'interruzione volontaria della gravidanza, evitando che la scelta obiettorica si traduca in un privilegio o in uno sgravio rispetto alle prestazioni professionalmente dovute. Questo si concretizza nella previsione di una prestazione sostitutiva e disincentivante per chi intenda obiettare, con modalità analoghe a quelle prospettate riguardo all'interruzione volontaria della gravidanza. Riguardo al secondo profilo, l'art. 16 prevede che l'obiezione copre unicamente le

procedure e le attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non l'assistenza antecedente e conseguente l'intervento. Ciò significa che per scongiurare i non infrequenti casi di abuso dell'obiezione alla PMA, occorre che, in una prospettiva *de jure condendum*, il legislatore precisi l'inoperatività della clausola di coscienza contenuta nei codici deontologici per tutte quelle prestazioni in cui l'apporto del medico è condizione ostativa per l'esercizio di un diritto del paziente (come spesso accaduto per i medici di base che si rifiutano di prescrivere i farmaci necessari per le procedure in oggetto oppure le analisi che i centri richiedono prima di effettuare la terapia³⁵⁷).

4.4 La sperimentazione animale

Occorre arrivare al 1700, in particolare in Inghilterra, per assistere ad un profondo cambiamento nell'atteggiamento filosofico di guardare al rapporto uomo-animale. L'empirismo si affiancò al razionalismo, dando nuova importanza all'osservazione della realtà fattuale. Senza dubbio l'uomo mantenne la sua indiscussa posizione di centralità, ma era un uomo che tendeva a limitarsi al proprio orizzonte spazio-temporale, mentre la dimensione metafisica e sovrasensibile restava sempre più

³⁵⁷ A titolo di esempio si rinvia all'articolo di Monica Ricci Sargentini apparso sul *Corriere della Sera* del 15 marzo 2008, dal titolo : “*Fecondazione, obiettori tra i medici di base*”.

sullo sfondo³⁵⁸. Questo permise di volgere l'attenzione anche sulla somiglianza tra l'uomo e gli altri animali, come fece Hume nel suo *Trattato sulla natura umana*³⁵⁹, di coglierne i punti di contatto e valorizzarne le somiglianze. Con l'andare del tempo si moltiplicarono le affermazioni di filosofi e letterati, in Inghilterra come in Francia, in Italia e in altri Paesi dell'Europa occidentale, sulla necessità morale di avere considerazione per i *bruta*, gradualmente non più visti come tali, ma come creature senzienti, sensibili e capaci di soffrire³⁶⁰. Nei decenni, quella che molto più avanti verrà denominata «questione animale» andò progressivamente affermandosi e pose le premesse per la nascita di quel vasto fenomeno proprio della seconda metà del XX secolo che porta il nome di *animalismo*, ovvero «quell'insieme di movimenti, ideologie, prospettive filosofiche e politiche, associazioni che in vario modo si propongono di tutelare gli animali»³⁶¹. La stessa bioetica, come riflessione morale

³⁵⁸ Cfr. S. Castignone, *La «questione animale»*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, I, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 17-35. Per un'articolata ricostruzione storico-filosofica del rapporto uomo-animale si rimanda alle pagine dell'autrice.

³⁵⁹ Fu proprio Hume nel II e III libro del *Trattato sulla natura umana* a parlare esplicitamente della ragione degli animali, della loro capacità di imparare dall'esperienza, di compiere associazioni del tutto simili a quelle della mente umana, sia pure con complessità minore.

³⁶⁰ Si ricorda a questo proposito la frase del fondatore dell'utilitarismo, Jeremy Bentham, molto cara agli animalisti: «l'importante non è chiedersi se essi sappiano ragionare, e neppure se sappiano parlare, bensì se sappiano soffrire» (J. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bowring, Londra, 1962, p. 143).

³⁶¹ S. Castignone, *op. cit.*, p. 25. A questo proposito, riferimento obbligato nella ricostruzione del cammino che portò alla nascita del

sul vivente, ha visto con crescente interesse le questioni legate agli animali non umani, tanto che oggi è possibile parlare di bioetica animale, ad indicare quella branca della bioetica che studia l'insieme dei problemi, dei valori e delle norme che riguardano i rapporti tra l'uomo e gli animali non umani³⁶². La legge italiana n. 413 del 1993, "Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale", si colloca sulla linea dell'accresciuta sensibilità contemporanea riguardo alla questione animale.

Alla fine del 1989, ventisette tecnici di Radiologia medica dell'Istituto Rizzoli di Bologna, in previsione dell'apertura all'interno dell'ospedale di un laboratorio in cui sarebbero stati usati conigli, suini, ovini, cavie e ratti, si dichiararono obiettori di coscienza a questo tipo di sperimentazione. Nello stesso periodo si verificò un caso analogo nella USL n.4 di Chieti. Dopo alterne vicende, nell'aprile 1992 il Consiglio di Amministrazione dell'ospedale bolognese riconobbe come legittima la richiesta dei medici di radiologia. In quei due anni e mezzo vi furono molte iniziative di solidarietà con i tecnici bolognesi e da più parti venne sostenuta l'opportunità di una legge a sostegno dell'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale. Questa fu l'occasione per la presentazione in Parlamento, su iniziativa dell'on. Gianni Tamino, membro del Comitato Scientifico Antivivisezionista, del disegno di legge volto a riconoscere l'obiezione di coscienza alla vivisezione

movimento è l'opera del filosofo australiano Peter Singer, *Animal Liberation* del 1975, nella quale l'autore, riproponendo l'argomento benthamiano dell'uguale capacità di soffrire tra umani e altri animali, invoca il principio morale dell'eguale considerazione degli interessi

³⁶² Cfr. di recente ripubblicazione B. De Mori, *Che cos'è la bioetica animale*, Carocci, Roma, 2011.

animale (espressione impropriamente sinonimica rispetto a ‘sperimentazione’). La proposta venne ufficialmente presentata il 20 dicembre 1991, al termine della legislatura. Questa circostanza rese necessaria la sua ripresentazione all’indomani delle elezioni politiche del 1992, su iniziativa dal gruppo verde del Senato (prima firmataria senatrice Anna Maria Procacci). Grazie all’azione di Carla Rocchi, relatrice in Commissione del progetto di legge, il testo venne approvato in Senato e, dopo alcune difficoltà, in via definitiva e quasi all’unanimità alla Camera dei Deputati nel 1993, promulgato il 12 ottobre dello stesso anno dal Presidente della Repubblica Scalfaro.³⁶³

La formulazione dell’art. 1 della legge³⁶⁴ conferma appieno l’impostazione teorica sostenuta nel capitolo precedente: è l’obbedienza dei cittadini alla coscienza, nell’esercizio del diritto alla libertà di coscienza (nel testo ricompresa con più ampia formulazione accanto alla libertà di pensiero e di religione), a fondare il diritto all’obiezione di coscienza. La coscienza che l’ordinamento ritiene in concreto meritevole di tutela è

³⁶³ Cfr. M. Tettamanti, *L’obiezione di coscienza alla sperimentazione animale in Italia*, contributo per il secondo convegno internazionale *Scienza e Democrazia* (Napoli 12-14 giugno 2003), reperibile all’indirizzo: <http://www.dmi.unipg.it/~mamone/sci-dem/scidem.htm>, consultato nell’ottobre 2012.

³⁶⁴ Art. 1: «I cittadini che, per obbedienza alla coscienza, nell’esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione riconosciute dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, si oppongono alla violenza su tutti gli esseri viventi, possono dichiarare la propria obiezione di coscienza ad ogni atto connesso con la sperimentazione animale».

quella che si oppone alla violenza sugli esseri viventi e, in particolare, a quella sugli animali a scopo scientifico. Non è solamente per una questione tattica, come sostenuto³⁶⁵, che il testo non fa espresso riferimento al bene animale e alla sua bilanciabilità rispetto a quello umano; a ben vedere dietro a tale scelta si cela una questione teorica di più ampia portata. Implicitamente la 413 conferma la rilevanza che il bene *non-dolore/integrità/vita* degli animali non umani ha per l'ordinamento, nell'ambito di una rinnovata sensibilità normativa iniziata con il d.lgs. 116 del 1992³⁶⁶ e riconfermata dalla legge 189 del 2004³⁶⁷, in base al

³⁶⁵L. Lombardi Vallauri, *op. cit.*, p. 276.

³⁶⁶Il d.lgs. 116 del 1992, in attuazione della direttiva (CEE) n. 609/86 in materia di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici, si preoccupa di regolamentare la sperimentazione animale in modo che sia effettuata da personale qualificato, che vengano minimizzate le sofferenze e che gli animali stessi siano allevati e stabulati in condizioni adeguate. La sperimentazione è sottoposta a procedure che includono l'obbligo di notifica al Ministero, per tutte le sperimentazioni. In alcuni casi, quando gli esperimenti riguardano cani, gatti e primati non umani (art.8), è necessario il parere tecnico dell'Istituto Superiore di Sanità. Prima di questo intervento legislativo, la sperimentazione animale nelle Università era regolata dalla legge n.615 del 1941, la quale conferiva ai direttori degli istituti e dei laboratori di ricerca la diretta responsabilità degli esperimenti che si svolgevano sugli animali al loro interno. In sostanza, ai direttori era data la totale libertà di autorizzare sia esperimenti su qualunque specie di animale, sia le prove a semplice scopo didattico. Con il d.lgs. 116 del 1992, il legislatore introduce, invece, un criterio completamente differente: la sperimentazione animale è ammessa nei soli limiti previsti dalla legge.

³⁶⁷La legge 189 del 2004 ha titolo " Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non

principio generale del “non far soffrire, non danneggiare inutilmente gli animali”³⁶⁸. In particolare, il d.lgs. 116 prevede al suo articolo 4 che gli esperimenti possono essere eseguiti soltanto quando, per ottenere il risultato ricercato, non sia possibile utilizzare altro metodo scientificamente valido, ragionevolmente e praticamente applicabile, che non implichi l'impiego di animali. È nell'ambito di tale sistema, la cui logica ispiratrice è sintetizzabile con l'acronimo 3R³⁶⁹, che si inserisce la legge 413: non solo la sperimentazione animale è possibile unicamente a certe ristrette condizioni, ma anche nel caso in cui tali condizioni venissero soddisfatte è sempre prevista la possibilità di non partecipare ad un atto intollerabile per la propria coscienza per i soggetti chiamati a farlo. La 413 dà cittadinanza e tutela nell'ordinamento a quelle coscienze nel cui perimetro il bene animale diventi legittimamente bilanciabile rispetto a beni fondamentali, quali la salute e la vita umana cui la

autorizzate”: essa va ad introdurre il Titolo IX *bis*, Dei delitti contro il sentimento per gli animali.

³⁶⁸ Così il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Metodologie alternative, comitati etici e obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*, 18 dicembre 2009, p. 13.

³⁶⁹ Il sistema delle 3R (*replacement, reduction, refinement*-sostituzione, riduzione, perfezionamento) è stato formulato da William Russel e Rex Burch nel libro *The Principles of Human Experimental Technique*, Methuen, Londra, 1959. In particolare l'acronimo sta ad indicare: 1) la ‘sostituzione’ degli animali impiegati nella sperimentazione con metodiche alternative oppure, ove non fosse possibile, l'impiego di animali con il più basso sviluppo neurologico, 2) la ‘riduzione’ del numero di animali alla quantità minima necessaria per ottenere dati scientificamente attendibili, 3) il ‘perfezionamento’, ovvero il raffinamento di procedure che consentano di ridurre al minimo sofferenza, stress e danni per gli animali.

sperimentazione animale è funzionale, ma nel bilanciamento principale compiuto dal legislatore il secondo termine è e rimane la libertà di coscienza dei soggetti, e non un generico richiamo ai diritti degli animali, che aprirebbe questioni di ben più ampia portata. A riconferma di ciò, si pensi alla caccia o, in particolare, alla macellazione senza stordimento degli animali secondo i riti ebraico ed islamico, autorizzata in Italia con il decreto ministeriale dell'11 giugno 1980: configurare precise posizioni giuridiche anche in capo agli animali significherebbe introdurre “nuovi” diritti bilanciabili in qualche misura con diritti fondamentali come la libertà di religione e di culto e rivedere completamente l'intera configurazione dei rapporti tra uomo e altri soggetti non umani titolari di posizioni giuridiche qualificabili in termini di diritto.

Nell'art. 2 si definiscono le attività coperte dall'esenzione obiettoria, con espressioni analoghe rispetto a quelle utilizzate nei casi già esaminati di obiezioni di coscienza *ex lege*: si tratta delle attività e degli interventi *specificamente e necessariamente* diretti alla sperimentazione animale, ovvero, parafrasando con l'ausilio delle categorie proposte, si tratterà di quegli interventi che prevedono l'apporto certo, diretto, necessario e specifico del soggetto alle pratiche di sperimentazione animale. Non a caso nel novero di tali soggetti vengono ricompresi anche gli studenti universitari, che possono dichiarare la propria obiezione di coscienza al docente del corso, nel cui ambito si svolgono attività o interventi di sperimentazione animale. Si fissa anche un obbligo informativo circa la possibilità di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza a carico delle strutture pubbliche o private legittimate a svolgere sperimentazione animale, ma non viene in alcun modo

prevista una qualche conseguenza alla facile inottemperanza di tale obbligo.

La norma più singolare rispetto agli altri casi considerati è quella di cui all'art. 4, rubricato "Divieto di discriminazione". In esso si prevede quello che può essere definito come meccanismo di *fungibilità inversa*: la legge non si preoccupa di garantire che l'obbligo principale oggetto di obiezione (condurre esperimenti su animali) venga garantito attraverso procedure come la mobilità del personale, bensì si occupa di garantire la condizione dei soggetti che obiettano, anestetizzando le conseguenze della scelta obiettorica. Si stabilisce che gli obiettori hanno diritto, come lavoratori dipendenti pubblici o privati, ad essere destinati, nell'ambito delle dotazioni organiche esistenti, ad attività che non prevedano la sperimentazione animale, conservando medesima qualifica e medesimo trattamento economico. La norma si presenta piuttosto debole in due direzioni opposte. Com'è stato rilevato in dottrina³⁷⁰, il problema non è solo quello relativo alla conservazione del proprio posto di lavoro a seguito della dichiarazione obiettorica, bensì di cosa può accadere al momento dell'assunzione. Dovendo l'obietto dichiarare la sua scelta al momento della domanda di assunzione o di partecipazione ad un concorso, il datore di lavoro difficilmente non considererà anche tale dichiarazione nel caso in cui cerchi lavoratori da destinare a mansioni che comportano la sperimentazione animale o, anche soltanto, nel caso in cui non voglia precludersi del tutto in futuro tale attività: questo in un certo senso vanifica la previsione del divieto di discriminazione contenuto nella norma, soprattutto per quanto concerne il rapporto lavorativo nel

³⁷⁰Cfr. R. Benigni, *L'identità religiosa nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2008, p. 75 e ss.

privato. Dall'altra parte, però, la previsione stessa di un meccanismo di non discriminazione per il ricercatore obiettore già assunto pone problemi di non poco respiro rispetto ad una libertà costituzionalmente garantita e centrale nel nostro ordinamento: la libertà di iniziativa economica. Pensiamo al caso in cui un imprenditore privato decida di convertire l'intera attività del suo laboratorio di ricerca, conducendo unicamente esperimenti per i quali non esistono al momento metodologie alternative alla sperimentazione animale. La garanzia di questa fungibilità inversa non risulta praticabile, perché nell'ambito delle dotazioni organiche esistenti, per usare i termini della legge, non vi sono attività che non prevedano la sperimentazione animale: è condivisibile che l'intero costo dell'obiezione ricada sul datore di lavoro³⁷¹? Oppure, se il modello animale non è al momento sostituibile con altre metodiche sperimentali, relativamente a specifiche ricerche, occorrerebbe ripensare questa previsione di obiezione?

Questa ipotesi obiettorica ben si colloca in quella tendenza non solo italiana, bensì europea, di sensibilizzazione ai problemi etici e scientifici relativi alla sperimentazione animale, che impone di ricercare nuove prospettive meno invasive, più attente a trovare un giusto equilibrio tra le esigenze della conoscenza scientifica e il rispetto della vita animale. Rispetto alle altre due ipotesi

³⁷¹ In dottrina è stata anche sostenuta la tesi opposta, ovvero l'irrazionalità di questa norma, che tutela la coscienza del lavoratore animalista addossandone l'intero costo sul datore di lavoro, rispetto alla libertà d'impresa (cfr. E. Rossi, *Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale: alcune riflessioni*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 274 e ss. ; D. Paris, *op. cit.*, p. 205).

obiettorie analizzate in precedenza, essa presenta una struttura radicalmente differente. Tanto nell'interruzione volontaria della gravidanza, quanto nella fecondazione medicalmente assistita, la possibilità di sottrarsi dall'adempimento di una prestazione dovuta per gli operatori medico-sanitari va ad incidere sull'esercizio di diritti fondamentali degli altri soggetti coinvolti, in qualche misura limitandoli. Nel caso della sperimentazione animale, invece, abbiamo da una parte il ricercatore o lo studente e dall'altra l'animale-cavia: il rifiuto di partecipare alla sperimentazione non incide antagonisticamente, bensì va a tutelare la posizione degli animali coinvolti, attraverso l'astensione da una pratica che li andrebbe grandemente a danneggiare, se non, in alcuni casi, ad uccidere. L'attività oggetto di obiezione (la sperimentazione sulle cavie) non è fine a se stessa, bensì è strumentale rispetto alla ricerca scientifica, la quale, a sua volta, è funzionale alla tutela di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito: il diritto alla salute. È su questo diritto che in modo mediato ed indiretto va ad incidere l'astensione dell'obiettore-ricercatore.

Nel quadro così delineato, si profila una scelta a costo zero per chi obietta, senza che l'ordinamento richieda, per quanto assai poco efficace possa dimostrarsi, anche soltanto una prova di coerenza rispetto alla propria scelta. Sotto quest'ultimo profilo, occorre chiedersi se esista una qualche aporia, in termini di coerenza morale, tra il non contribuire alla causazione di un fatto e approfittare delle conseguenze positive dell'opera immorale compiuta da altri. Ovvero, gli obiettori sono poi disposti a non beneficiare dei risultati della sperimentazione condotta su animali da altri soggetti? Si fa riferimento ai farmaci per i quali la sperimentazione su animali rappresenta una tappa

obbligata nel percorso che ha condotto alla messa a punto di trattamenti efficaci sull'uomo. La battaglia condotta per ridurre al minimo le sofferenze animali e il loro impiego nella sperimentazione è sicuramente condivisibile, ma, essendo le ipotesi in cui è possibile ricorrere alla sperimentazione animale già assai rigidamente circoscritte e disciplinate, il problema è anche quello di stabilire dei requisiti di coerenza rispetto alla scelta obiettoria considerata, per ora numericamente innocua, ancora una volta cercando di prevenire ed evitare gli abusi connessi alle obiezioni di comodo.

4.5 Alcuni potenziali ambiti applicativi dell'obiezione di coscienza

Fin qui è stata proposta l'analisi delle ipotesi tipiche di obiezione di coscienza, riconosciute all'interno del quadro normativo italiano. Esistono altri ambiti di potenziale applicazione dell'istituto, già rivendicati in passato o rivendicabili nel futuro³⁷². L'esame di tre di essi può essere di particolare utilità nell'economia del presente lavoro: le direttive anticipate di trattamento, i doveri tributari, le prestazioni di lavoro subordinato.

³⁷² Si fa riferimento, a scopo esemplificativo, all'eutanasia, agli interventi di modificazione del sesso, all'astensione dal voto, al giuramento, ai trattamenti sanitari obbligatori, all'obiezione ecologica e ai consumi.

4.5.1 *Il disegno di legge Calabrò: un'ipotesi di obiezione di coscienza (positiva) d'emergenza?*

La materia delle direttive anticipate di trattamento rappresenta nel nostro Paese un ennesimo terreno di confronto tra posizioni assai differenti. Come strumento per estendere il potere decisionale dei soggetti in grado di compiere scelte e di valutarne le conseguenze in ipotesi di incapacità, le direttive anticipate rappresentano una modalità di attuazione del principio di autonomia, nel quale trovano il fondamento teorico e la giustificazione etica³⁷³. Esse rappresentano la logica conseguenza di un altro strumento di garanzia dell'autodeterminazione dei soggetti riguardo ai trattamenti sanitari: il consenso informato. Lo stato di incapacità non può privare i soggetti dei loro diritti fondamentali e le direttive sono strumentali a garantirne il pieno esercizio.

Forse a causa della profonda lacerazione interna o per l'inerzia legislativa nelle materie c.d. eticamente sensibili, l'Italia³⁷⁴ non ha, ad oggi, una disciplina specifica sulla

³⁷³ Cfr. P. Borsellino, *op. ult. cit.*, p. 139.

³⁷⁴ L'Italia condivide questo primato non lusinghiero con Grecia e Portogallo. In Europa sono presenti differenti modelli sia in riferimento al contenuto delle direttive anticipate, sia in riferimento alla loro efficacia. Le differenze sono legate soprattutto al grado di vincolatività per il medico e all'ampiezza del loro contenuto. Accanto a paesi in cui le direttive anticipate sono vincolanti (come Olanda, Danimarca, Austria, Regno Unito, Germania), vi sono Paesi in cui esse hanno un valore orientativo, che non esclude la possibilità per il medico di discostarsene (come la Francia). In Spagna la volontà esprimibile attraverso le direttive trova un limite nel rispetto dell'ordinamento giuridico e delle regole dell'arte. Nella maggior parte degli Stati il paziente può esprimere unicamente il rifiuto o la sospensione di terapie, in altri (Olanda e Belgio) la richiesta può essere diretta ad attuare una vera e propria volontà eutanasi (per un'analisi puntuale dei provvedimenti

materia approvata in via definitiva dal Parlamento. Tuttavia, esiste un disegno di legge dal titolo “Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento”, approvato durante la presente XVI legislatura dal Senato della Repubblica il 26 marzo 2009 e modificato dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011. Tale disegno rappresenta complessivamente un poderoso passo indietro rispetto alla libertà della persona nelle proprie scelte terapeutiche e investe nuovamente il medico di un ruolo decisionale determinante.

L’affermazione contenuta nell’art. 1, lettera a) della legge ne rappresenta la matrice assiologica: la vita umana è considerata come diritto inviolabile e soprattutto *indisponibile*, anche nella fase terminale dell’esistenza. Quella che la legge fa è una chiara scelta di campo dal punto di vista valoriale, che non difficilmente rivela in filigrana un rimando alle teorie sulla sacralità della vita. Non c’è da stupirsi che le disposizioni sulle dichiarazioni anticipate di volontà (DAT) che seguono siano piuttosto coerenti con questa forte presa di posizione ideologica. In particolare, una volta precisato che le dichiarazioni esprimono «orientamenti e informazioni utili per il medico» (art. 3.1), si prevede non solo che la rinuncia ai trattamenti sanitari può valere unicamente per quelli sproporzionati e sperimentali (precisazione piuttosto superflua), ma che essa non può mai riguardare né l’alimentazione, né l’idratazione artificiale (art. 3.4).

normativi dei singoli paesi citati si rimanda a G. Ferrando, *Il diritto di scegliere la propria fine: il dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in D. Carusi, S. Castignone, G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 79-81.

Poiché idratazione e alimentazione artificiali non sono considerate terapie, bensì semplici “forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze sino alla fine della vita”³⁷⁵, esse non possono essere oggetto di dichiarazione anticipata. In questo modo esse diventano «forme di sostegno “obbligatorie per legge”»³⁷⁶, nonostante non siano sorrette da alcun interesse generale come vorrebbe l’art. 32 della nostra Costituzione. A ciò si aggiunga che, secondo l’art. 4 del disegno Calabrò, le DAT non si applicano proprio nelle circostanze in cui maggiormente potrebbero servire: situazioni di urgenza e di pericolo di vita. Il testo del progetto di legge prevede, infatti, che le DAT siano efficaci unicamente quando il soggetto si trovi nell’incapacità *permanente* di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze, per accertata assenza di attività celebrale integrativa cortico-sottocorticale. Questo significa limitare l’operatività delle dichiarazioni ai soli stati vegetativi persistenti, mentre a nulla servirebbero le volontà precedentemente espresse da un soggetto che si trovi in

³⁷⁵ Questa espressione era contenuta nel testo approvato in prima lettura al Senato. Seppur sia stata poi espunta dal testo approvato alla Camera, essa rimane una presa di posizione implicita nella disciplina così delineata. Come ricorda Pelissero, «la Società italiana di nutrizione parentale ed enterale, in conformità alle posizioni espresse dalle maggiori società scientifiche internazionali, si è chiaramente espressa nel senso che la nutrizione artificiale “è da considerarsi, a tutti gli effetti, un trattamento medico fornito a scopo terapeutico o preventivo. La nutrizione artificiale non è una misura ordinaria di assistenza”» (M. Pelissero, *La legge in itinere in Parlamento e i suoi aspetti penalistici, in Rifiuto di cure e direttive anticipate*, op. cit., p. 176).

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 82.

stato temporaneo di incapacità: sarebbe ancora una volta il medico a decidere a riguardo. Quanto all'efficacia, coerentemente con il loro valore orientativo affermato all'art. 3, il medico si limita a prendere in considerazione le DAT, e, dopo aver sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica del paziente i motivi per i quali ritiene di seguirle o meno (art.7.1). Ulteriore precisazione assai immaginabile, date le premesse sull'indisponibilità del diritto alla vita, il medico non può prendere in considerazione orientamenti volti a cagionare comunque la morte del paziente (art. 7.3).

Dal quadro così ricostruito emerge un progetto di legge che da un lato impedisce l'esercizio del diritto all'autodeterminazione in condizioni di incapacità, e dall'altro sminuisce tanto la funzione del fiduciario, quanto quella del medico, ridotti a "sentinelle del diritto alla vita"³⁷⁷. Sotto un profilo teorico più generale, tutto ciò si traduce in un passaggio assai pericoloso: dalla tutela dell'autonomia decisionale del soggetto titolare del bene (vita), alla tutela del bene nella sua dimensione oggettiva e indisponibile. Una disciplina così delineata si colloca in quella chiara strategia di imperialismo ideologico, che non favorisce e nemmeno desidera favorire la convivenza tra visioni morali differenti, ma ne impone una ben determinata, utilizzando la generalità e l'astrattezza del mezzo legale per imporla a tutti i consociati

Il disegno di legge Calabrò è stato approvato unicamente dal Senato della Repubblica; la fine dell'attuale legislatura ne ha segnato irrimediabilmente la decadenza. Nonostante ciò, si consideri l'ipotesi che tale disegno venga integralmente riproposto e divenga definitivamente (e malauguratamente) legge nel corso

³⁷⁷ G. Ferrando, *op. cit.*, p. 83.

delle prossime legislature. Premesso che un simile provvedimento, tacciabile di notevoli profili di incostituzionalità, avrebbe un destino non differente da quello della legge 40 del 2004, smantellata pezzo dopo pezzo ad opera della giurisdizione italiana e sovranazionale, potrebbe comunque configurarsi uno strumento d'emergenza per le coscienze dissenzienti con l'impianto valoriale della legge? Configurare un'ipotesi di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza *positiva* davanti agli organi giurisdizionali potrebbe rappresentare una possibile strategia d'azione. In questo caso avremmo infatti non la richiesta di esenzione da un obbligo positivo, come nelle ipotesi tipiche sopra esaminate, ma da un divieto: il divieto di disporre la sospensione di determinati trattamenti (alimentazione e nutrizione forzata) in ipotesi di incapacità per il paziente, e il divieto di dare seguito a tali volontà per il medico. La condotta che l'obiettore chiederebbe di porre in atto sarebbe quindi commissiva. Come delineato nel corso del III capitolo, occorre concepire il diritto all'obiezione di coscienza anche come diritto soggettivo azionabile. Si immagini l'ipotesi di un medico che di fronte ad una chiara volontà espressa dal paziente circa la sospensione dell'idratazione e alimentazione artificiali non ritenesse accettabile in coscienza conformarsi alla previsione di una legge che impedisse di tenere conto di tali volontà e volesse, invece, darvi seguito: egli potrebbe adire l'autorità giudiziaria, sia per il vaglio della reale esistenza di una lesione del diritto alla libertà di coscienza, sia per il contestuale vaglio di costituzionalità della legge che impone l'obbligo giuridico negativo (rimettendo la questione alla Corte costituzionale) nella parte in cui *non* prevede un'ipotesi di obiezione di coscienza. Il giudice di merito potrebbe riconoscere un provvedimento d'urgenza a favore

dell'obiettore, nelle more del giudizio di costituzionalità, che per le "questioni di coscienza" preveda una corsia preferenziale. Il riconoscimento giudiziale dell'obiezione di coscienza potrebbe rappresentare il primo passo per mettere in discussione democraticamente l'impostazione della legge, al punto da cambiarne totalmente la fisionomia.

Il disegno di legge Calabrò dimostra quali sono le pesanti ricadute di un ben preciso modo di intendere il rapporto tra diritto e morale, che vede il primo in funzione dell'affermazione di una precisa visione della seconda. Nella cornice dello Stato costituzionale di diritto, strategie assiologico-legislative come quella in esame, ben poco diversa da quella posta in essere con la legge 40 del 2004, sono destinate ad implodere a colpi di interventi giurisprudenziali: il contesto valoriale con cui raffrontarsi non è più unicamente quello costituzionale italiano, che solo basterebbe a scoraggiare determinate crociate, ma è quello europeo ed internazionale, che amplia la cornice assiologica di riferimento e riduce ulteriormente i margini di manipolazione ideologica in simili materie. Il diritto all'obiezione di coscienza positiva non solo può rappresentare lo strumento democratico per evitare che il singolo subisca le decisioni di una maggioranza monocolore, ma è anche il meccanismo propulsivo per rimettere mano in senso laico e pluralista ad una legge, in modo tale che il singolo non debba essere costretto ad esercitare un suo diritto per difendere una sua libertà fondamentale.

4.5.2 *L'obiezione di coscienza fiscale, rectius, la disobbedienza fiscale*

Nel 1846 Henry David Thoreau, decisamente contrario alle politiche aggressive e schiaviste del governo statunitense, impegnato dal 1845 al 1848 in una guerra contro il Messico (che finirà con l'annessione del Texas, della California e del Nuovo Messico), rifiuta di pagare le tasse e viene condotto in carcere, dove trascorrà una sola notte, poiché una zia, a sua insaputa, aveva provveduto personalmente al pagamento delle imposte non versate. Il gesto disobbediente di Thoreau, che introduce l'espressione "disobbedienza civile" nel vocabolario politico, costituisce il prototipo di una delle rivendicazioni obiettorie più risalenti e frequenti: l'obiezione fiscale.

Con obiezione fiscale si indica il rifiuto di pagare quella quota delle imposte dovute allo Stato, che verrà destinata ad attività considerate intollerabili dalla propria coscienza. Essa non ha mai ottenuto alcun riconoscimento sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale. Sotto il primo profilo, nel corso della X legislatura venne depositata la proposta di legge n. 3935, presentata alla Camera l'11 maggio 1989, dal titolo "*Norme per l'esercizio dell'opzione fiscale in materia di spese per la difesa militare, contenimento della spesa per armamenti e istituzione del Dipartimento per la difesa civile non armata*". Tale proposta prevedeva la possibilità per il contribuente di effettuare una scelta sulla destinazione della quota dovuta ai fini Irpef, pari all'incidenza percentuale delle spese militari sul totale degli stanziamenti di competenza del bilancio di previsione

dello Stato³⁷⁸. Anche nelle pronunce maggiormente favorevoli alle rivendicazioni obiettorie non è mai stata in questione l'illiceità dell'obiezione fiscale in quanto tale; semmai i procedimenti penali a carico degli obiettori, in alcuni casi estesi ai membri dei consigli comunali con essi solidali, hanno affrontato la configurabilità del reato di istigazione alla disobbedienza a leggi di ordine pubblico, con una netta prevalenza di assoluzioni in relazione al reato contestato.

Le questioni centrali a livello teorico sono due: se sia o meno legittimamente configurabile l'obiezione fiscale in sé; se l'obiezione fiscale abbia realmente presupposti morali. Per quanto attiene la prima questione, si consideri l'ipotesi di obiezione fiscale oggetto del suddetto progetto di legge, ovvero l'obiezione fiscale alle spese militari: esiste una somiglianza rilevante, tale da rendere necessario un trattamento analogico, rispetto all'obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio? Lo scenario che si potrebbe configurare è il seguente: da una parte si ha la possibilità accordata dall'ordinamento di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza in relazione all'esecuzione di determinate prestazioni; dall'altra si ha l'obbligo in capo ai soggetti di versare le imposte, di cui una quota andrà a finanziare proprio le attività che in seguito ci si potrà legittimamente rifiutare di compiere. Se ci si attestasse al comune "buon senso", ammettendo che sia comune e soprattutto buono, si potrebbe affermare l'esistenza di una evidente somiglianza tra le due situazioni, per cui risulterebbe del tutto irragionevole andare a finanziare un'attività che successivamente si può

³⁷⁸ Sul punto cfr. E. Martinelli, *Aspetti penalistici dell'obiezione di coscienza fiscale alle spese militari nell'interpretazione della recente giurisprudenza*, in R. Botta (a cura di), *op. cit.*, p. 343 e ss.

lecitamente boicottare. In realtà la questione è più sottile: in questo caso non si può parlare di somiglianza rilevante, bensì di differenza rilevante tra le due ipotesi. Richiamandoci ad uno dei limiti proposti nel corso del precedente capitolo, l'obiezione di coscienza fiscale alle spese militari risulta carente sotto il profilo dell'apporto materiale del soggetto rispetto all'atto intollerabile in coscienza. L'atto che impone la coscienza e che l'ordinamento già tutela attraverso l'ipotesi riconosciuta di obiezione al servizio militare è 'non uccidere'. Rispetto ad esso non esiste un nesso di causalità certo, diretto, necessario e specifico con la condotta 'versamento delle imposte'. Versare una somma di denaro a titolo d'imposta contribuisce solo potenzialmente all'evento 'uccidere', il quale non implica un coinvolgimento personale del contribuente ed è condotta eliminabile nella catena causale che lo produce. Anche se lo Stato, con le modalità del progetto di legge sopra richiamato, permettesse al cittadino di scegliere la destinazione di una quota delle risorse pubbliche, la maggioranza di governo ben potrebbe perseguire una politica militare scellerata con la rimanente parte delle imposte, rendendo ininfluenza il gesto obiettorio del contribuente rispetto all'evento che si vuole evitare: uccidere. Questo funzionamento del sistema di prelievo fiscale è sintetizzabile con il principio dell'assenza del vincolo di destinazione delle somme riscosse: i prelievi a titolo d'imposta non sono di regola accompagnati dall'obbligo di destinazione al soddisfacimento di singoli e specifici scopi. Per usare le parole della Consulta, «tutte le entrate, da qualunque fonte provengano» costituiscono «una massa inscindibile da destinarsi a tutte le spese iscritte in bilancio»³⁷⁹ Questa

³⁷⁹ Corte costituzionale, ord. n. 65 del 1993.

osservazione porta l'attenzione sul secondo profilo teorico individuato.

Si consideri la situazione opposta a quella sopra delineata: si immagini l'esistenza di un preciso vincolo di destinazione delle somme riscosse a titolo di imposte, cioè che il cittadino sappia con esattezza che fine farà ogni singola quota delle tasse versate. L'obiettore fiscale, opponendosi alla destinazione di una parte predeterminata delle risorse pubbliche agli armamenti, avanza una rivendicazione di più ampia portata, ovvero non morale, bensì politica. Egli contesta quella regola dell'ordinamento democratico di uno Stato, in base alla quale è al Parlamento democraticamente eletto che spetta la decisione discrezionale circa la destinazione delle risorse pubbliche. Egli contesta la prerogativa di un organo politico, e quindi mette in discussione una parte rilevante del funzionamento complessivo dell'ordinamento³⁸⁰. All'apoliticità harendtiana delle coscienze che obiettano si sostituisce in questo caso la politicità della battaglia dell'obiettore fiscale, che obiettore non è. Il rifiuto di versare una quota delle imposte, portato, come già accaduto, davanti al giudizio dei tribunali è da configurarsi non come condotta obiettorica, bensì come una forma di disobbedienza civile. Il *civis* muove una censura in primo luogo alla comunità politica di cui fa parte, contestando attraverso la sua disobbedienza ad un obbligo positivo una regola democraticamente fissata, e disobbedendo ne subisce le conseguenze. È facile immaginare la ricaduta più

³⁸⁰ Questo risulta particolarmente evidente nell'ordinamento costituzionale italiano, nel quale esiste una specifica precisazione a livello costituzionale circa l'impossibilità di referendum abrogativo per le leggi tributarie e di bilancio (art.75, II comma).

immediata che l'introduzione della possibilità di *disobbedienza fiscale* avrebbe sulla gestione del bilancio statale: l'ingestibilità. Come immediatamente politiche sono le ragioni che muovono il disobbediente, e solo indirettamente morali le ricadute della disobbedienza, così politici devono essere i meccanismi grazie ai quali questa condotta dissenziente può trovare spazio nel dibattito pubblico e produrre effetti sul piano istituzionale e giuridico. Per acquistare peso politico, la disobbedienza fiscale necessita di una forza numerica all'interno di un ordinamento democratico; questo rivela la sua necessaria dimensione collettiva³⁸¹ e non individuale, che altrimenti voterebbe le battaglie del disobbediente al sicuro fallimento, a differenza dell'obiettore che rivendica per sé un'esenzione, ma non un mutamento profondo dell'ordinamento.

4.5.3 Quale spazio per la tutela della coscienza nella sfera lavorativa? Il principio dell'accomodamento ragionevole

Vi sono casi nei quali, tanto la sfera del lavoratore subordinato o autonomo, quanto la sfera del datore di lavoro, ente, associazione, o genericamente persona giuridica, possono essere interessate da questioni di coscienza. In particolare, può accadere che l'obiettore si confronti non già con la pubblica amministrazione, bensì

³⁸¹ La necessità di questa dimensione collettiva è presente nelle parole di Thoreau: «Se quest'anno un migliaio di persone non pagassero le tasse non si tratterebbe di un'azione violenta o sanguinosa come sarebbe invece pagarle e così permettere allo Stato di commettere violenze e versare sangue innocente» (H. D. Thoreau, *op. cit.*, p. 34).

con un datore di lavoro privato. Questo cambia radicalmente i termini della questione. Una rivendicazione obiettorica di questo tipo va ad incidere su una libertà cardine di un ordinamento repubblicano fondato sul lavoro, come l'Italia: la libertà di iniziativa economica privata, prevista all'art. 41 della Carta costituzionale.

Non è soltanto un caso di scuola quello del lavoratore dipendente di una società di produzione di materiale meccanico che, a seguito del rifiuto di eseguire alcune prestazioni contrattualmente dovute, perché *ritenute* finalizzate alla fabbricazione di materiale bellico, era stato sottoposto a sanzioni disciplinari. Sul caso si sono avuti due gradi di giudizio che, unanimi nel negare che nella fattispecie concreta fosse configurabile un diritto per il lavoratore ad essere adibito a funzioni non incompatibili con le sue convinzioni morali ed ideologiche, hanno però valutato in modo sensibilmente differente la configurabilità in termini generali di un diritto ad esercitare l'obiezione di coscienza da parte del lavoratore³⁸². Il giudice di primo grado afferma in modo non fraintendibile che, non esistendo una legge che riconosca la possibilità per un lavoratore di rifiutare la prestazione a cui è obbligato per contratto, nell'ipotesi in cui contrasti con le sue convinzioni, spetta al legislatore e al legislatore soltanto bilanciare la libertà di coscienza dell'uno con la libertà d'iniziativa economica privata dell'altro, che potrebbe uscire assai compressa da una simile valutazione. Il giudice di secondo grado diverge sul punto, e introduce un criterio che risponde alla stessa *ratio* della garanzia di non discriminazione che verrà inserita,

³⁸² In particolare si fa riferimento a Pretura di Milano, 25 febbraio 1982, Saggiatore contro Metalli pressati Rinaldi s.a.s. e per il secondo grado di giudizio Tribunale di Milano, 12 gennaio 1983.

dieci anni più tardi, all'art. 4 della legge 413 del 1993 sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale. L'obiezione di coscienza del lavoratore potrà trovare considerazione giuridica nel caso in cui egli svolga la sua attività all'interno di un'azienda dalla *produzione diversificata*, in cui si producano sia oggetti bellici, che oggetti per un uso pacifico³⁸³. In particolare, il rifiuto di produzione di materiale bellico, secondo il giudice, «attiene ai valori fondamentali dell'uomo, al suo patrimonio morale più intimo, conseguente alla sua dignità di cittadino-lavoratore». Visto che il rispetto di tale dignità non si tradurrebbe in un pregiudizio radicale per l'iniziativa economica dell'imprenditore, trattandosi di una struttura complessa e diversificata, può configurarsi un preciso obbligo per l'imprenditore di «utilizzare il dipendente obiettore in modo da consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa, ed insieme di non arrecare pregiudizio alla sua dignità e al suo patrimonio di convinzioni morali». In questo modo il giudice dell'appello sottolinea l'esistenza di un preciso limite costituzionale all'iniziativa economica privata (*ex art. 41 Cost.*), il principio di dignità umana (che si approfondirà nel corso del prossimo paragrafo), da molte parti ritenuto

³⁸³ Tale criterio non sembra essere altro che un'applicazione del principio di fungibilità della prestazione che è stato esposto nel corso del presente lavoro. In questo caso la fungibilità che giustifica l'esonero è ancorata alla presenza di differenti attività svolte dall'azienda, che impedisce alla condotta obiettorica del lavoratore di risolversi in un profondo pregiudizio per la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro, e a quest'ultimo di adibire ad altra mansione il dipendente, garantendo lo svolgimento dell'attività rifiutata per motivi di coscienza attraverso una procedura di mobilità del personale.

il fondamento stesso della tutela alla libertà di coscienza, se non dell'intero ordinamento personalista.

Da un lato la necessità della presenza di una diversificazione nell'attività produttiva, a tutela della libertà di iniziativa economica, dall'altro l'incalpestabilità non solo di principio, ma in senso giuridicamente cogente della dignità umana del cittadino-lavoratore, a tutela della sua libertà di coscienza, rappresentano i due estremi rispetto ai quali l'obiezione di coscienza può rivelarsi nuovamente come diritto soggettivo giurisdizionalmente tutelabile, anche nel silenzio del legislatore. Come l'assenza di un pregiudizio per il raggiungimento degli interessi tutelati da una legge è presupposto non superabile perché operi l'obiezione, così la mancanza di un pregiudizio significativo per l'attività imprenditoriale è il presupposto da accertare quando emergano nuove richieste di tutela, ipotesi tutt'altro che remota data la profonda multieticità³⁸⁴ della società contemporanea. A questo proposito, è opportuno fare un riferimento all'ordinamento canadese, nel quale, su un fronte parzialmente distinto da quello della libertà di coscienza, l'istituto del *reasonable accomodation o accommodement raisonnable* (accomodamento ragionevole) sta esplorando

³⁸⁴ È significativo come la Corte di Cassazione italiana si sia espressa, con specifico riferimento al vestiario del dipendente, affermando che «in assenza di apposite disposizioni legali o contrattuali correlate alla morale corrente o a prescrizioni igieniche ovvero di specifiche direttive che rendano obbligatorie particolari forme di vestiario in relazione a prassi aziendali recepite dal codice disciplinare improntare ad esigenze produttive o di immagine» (Corte di Cassazione, sent. 9 aprile 1993), il datore di lavoro non può impedire al dipendente l'uso di un particolare vestiario (cfr. T. Vettor, *Obiezione di coscienza e rapporto di lavoro*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salaroli (a cura di), *op. cit.*, p. 156).

nuove strade per la risoluzione dei conflitti multiculturali e la garanzia del diritto fondamentale alla libertà di religione, proprio a partire dall'ambito giuslavoristico.

Il Canada è da tempo risalente terra di immigrazione e l'apertura verso la diversità ne ha fatto uno Stato multinazionale, impegnato attivamente in politiche di multiculturalismo³⁸⁵. Tale configurazione ha reso necessario sperimentare interessanti applicazioni del principio di uguaglianza per quelle minoranze rispetto alle quali norme apparentemente neutre, ove uniformemente applicate, avrebbero finito per produrre effetti pregiudizievoli. Questo vale soprattutto per i gruppi etnici di recente installazione, dai quali provengono richieste di esonero o di esenzione dall'applicazione di una legge o di un regolamento validi *erga omnes*. Derogare alla generalità della norma consente un adattamento alle loro esigenze specifiche, permettendo di adempiere a pratiche religiose altrimenti ostacolate. È in tale contesto che trae origine il c.d. "obbligo di accomodamento ragionevole" (il Canada è il solo paese in cui tale concetto ha acquisito lo status di obbligazione giuridica), strumento giurisprudenziale volto al mantenimento "des identités particulières et de gestion de la diversité ethnoculturelle"; esso in alcuni casi obbliga Stato, imprese e privati a "modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de

³⁸⁵ Cfr. D. Loprieno, S. Gambino, *L'obbligo di "accomodamento ragionevole" nel sistema multicultural canadese*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 217-239. L'art. 27 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, entrata in vigore nel 1982, sancisce che "Toute interprétation de la présente Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens".

certaines minorités”³⁸⁶. I singoli devono quindi essere garantiti affinché, a seguito delle loro opzioni in materia di religione e verso la religione, non subiscano pregiudizi, discriminazioni e disparità di trattamento di ogni sorta; nell’ordinamento canadese ciò avviene attraverso la configurazione in capo ai singoli soggetti di pretese di diritto, cui corrispondono obblighi giuridicamente azionabili di fronte ai pubblici poteri.

L’obbligo di *reasonable accomodation* è stato inizialmente elaborato a partire dal principio di uguaglianza e dal correlato divieto di operare discriminazioni soprattutto in materia di rapporti di lavoro (e di fornitura di beni e servizi), a opera dei Tribunali canadesi specializzati nell’applicazione delle normative in materia di diritti e di libertà. I principi elaborati da quest’ultimi sono stati fatti propri dalla Corte suprema canadese³⁸⁷. Ne è derivata una giurisprudenza molto

³⁸⁶ J. Woehrling, *L’obligation d’accomodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse*, in *Revue de droit de McGill*, 1998, vol. 43, p.328 Cfr. anche M. Milot, *Modus co-vivendi: Religious diversity in Canada*, in P. Bramadat, M. Koenig (a cura di), *International migration and the governance of religious diversity*, McGill-Queen’s University Press, Montreal e Kingston, Canada, 2009, p. 105 e ss.

³⁸⁷ Un chiarissimo esempio è il caso *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* del 2006. La Corte viene chiamata a pronunciarsi sulla configurazione di una lesione della libertà di religione di un giovane sikh ortodosso, Gurbaj Singh Multani, che nel novembre 2001, allora dodicenne, si era visto imporre dalla Commissione scolastica ‘Marguerite-Bourgeoys’, della provincia canadese del Quebec, il divieto di portare a scuola il proprio *kirpan* (un pugnale di metallo con lama a doppio taglio, generalmente di piccole dimensioni (20 cm), che i sikh battezzati sono obbligati a portare in qualunque momento, all’altezza della cintola e generalmente in una custodia), accidentalmente lasciato cadere nel

innovativa, improntata al “caso per caso”, e capace di correggere le concrete disuguaglianze operanti in ragione di una discriminazione indiretta³⁸⁸ fondata sull'appartenenza religiosa. Tuttavia, lo spostamento di tale principio, compiuto proprio dalla Corte suprema, dall'ambito giuslavoristico all'attività legislativa e regolamentare in genere comporta non poche difficoltà.

cortile della scuola. Per la Corte suprema, che ribalta la decisione della Corte d'appello del Quebec, adottare una misura di accomodamento ragionevole in favore dello studente, consentendogli (a ben precise condizioni) di portare il suo *kirpam* a scuola dimostra l'importanza che la società canadese accorda alla protezione della libertà di religione e al rispetto delle minoranze che la compongono: esiste “une obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur des individus qui subissent les effets préjudiciables d'une politique ou d'un règle neutre en apparence, et ce jusqu'au point où le respect de cette obligation entraîne des contraintes excessives pour la partie qui est tenue d'instaurer les mesures d'accommodement” (par. 53 della sentenza). La Corte Suprema ha riconosciuto per la prima volta l'esistenza di un obbligo di accomodamento ragionevole nella decisione *Simpsons c. Sears* del 1985, dove è arrivata alla conclusione che la ricorrente, signora O'Malley, non potendo lavorare il sabato a causa del dovere impostole dalla propria fede di osservare il riposo nel giorno di *sabbath* (dal tramonto del venerdì al tramonto del giorno successivo), era vittima di una discriminazione indiretta fondata sulla religione.

³⁸⁸ Per ‘discriminazione indiretta’ può intendersi quella forma di discriminazione che consegue a misure apparentemente inoffensive, ma capaci di categorizzare e discriminare i soggetti in ragione di una caratteristica peculiare della loro identità personale. Nell'ambito religioso le discriminazioni sono generalmente indirette, potendo una regola di diritto imporre (o vietare) condotte vietate (o imposte) dai precetti della propria religione, oppure, senza giungere al divieto, potrebbe renderli oltremodo onerosi o difficoltosi.

Se il primo ambito ben si presta a misure personalizzate, personalizzabili e negoziabili tra le parti, quando il discorso si trasporta sul piano legislativo o regolamentare *tout court*, e quindi con riferimento a norme applicabili ad un numero indeterminato di destinatari, il rischio maggiore è che l'accomodamento venga percepito dai consociati come un privilegio ed una rottura del principio di uguaglianza tra i cittadini³⁸⁹. Tale critica non tiene conto che l'accomodamento ragionevole agisce proprio come strumento di tutela del principio di uguaglianza per quelle minoranze che riceverebbero effetti pregiudizievoli da un'applicazione uniforme della legge, in un contesto culturale caratterizzato dalla compresenza di culture assai differenti le une dalle altre. Si crea in questo modo uno statuto distinto, non imposto ai membri delle minoranze (che potrebbero benissimo scegliere di sottostare alle leggi generali), secondo una logica inclusiva che consentirebbe, con un investimento a medio-lungo termine, la loro integrazione nel tessuto sociale. Tale accomodamento non è però un meccanismo automatico. Occorre ricostruirne brevemente condizioni e limiti che, come si vedrà, si dimostreranno in gran parte collimanti con molte considerazioni proposte in merito dell'istituto dell'obiezione di coscienza.

Per provare l'esistenza di un'offesa alla propria libertà religiosa, e dunque sottrarsi a una regola discriminatoria per *motivi religiosi*, chi fa richiesta di un accomodamento deve dimostrare che vengono soddisfatte tre condizioni³⁹⁰, le quali concorrono a definire un vero e

³⁸⁹ Cfr. D. Loprieno, S. Gambino, *op. cit.*, p. 234.

³⁹⁰ Si fa qui riferimento alla ricostruzione proposta da F. Astengo, *Libertà di religione e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, reperibile sul sito

proprio onere della prova gravante sul richiedente. La prima consiste nella prova di un legame tra una certa pratica o credenza con la religione fonte di una particolare condotta, tanto perché quest'ultima è oggettivamente obbligatoria o consuetudinaria, quanto perché soggettivamente essa crea un legame personale con il divino o con l'oggetto della propria fede spirituale. D'altro canto, non è necessario che tale pratica sia richiesta da un dogma religioso ufficiale o conforme alla posizione autorevole di rappresentanti religiosi. La seconda condizione consiste nella sincerità di tale credenza, che deve essere provata e avanzata in buona fede, senza che possa essere fittizia, arbitraria o

dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo: http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/religione_canada/index.html. A conferma della forte contiguità tra accomodamento ragionevole e obiezione di coscienza, l'autrice sottolinea che «il diritto di reclamare un adattamento per ragioni religiose, che nelle decisioni della Corte viene spesso chiamato “esenzione costituzionale” è anche conosciuto come diritto all'obiezione di coscienza. In sostanza, riconoscendo al credente un diritto di obiezione di coscienza, gli si riconosce il diritto di ricorrere alla giustizia per ottenere la rimozione degli ostacoli all'espressione della propria religione. Nella causa *R. c. Jones*, per esempio, la Corte Suprema ha accolto la richiesta di verificare la compatibilità di una legge provinciale dell'Alberta sull'obbligo di frequenza della scuola pubblica con l'art.2 a) della Carta canadese e ha riconosciuto l'esistenza di un diritto di obiezione di coscienza per un padre che rifiutava di mandare i figli a scuola, invocando la propria libertà religiosa e adducendo la ragione che Dio, non il governo, deteneva l'autorità ultima sull'educazione dei propri figli.»

artificiosa. Infine, la terza condizione è data dall'effettiva introduzione, da parte di una legge o di un obbligo contrattuale, di un ostacolo "più che trascurabile" o "più che insignificante" alla capacità di agire conformemente alla propria fede e, quindi, all'espressione della libertà di religione. Quando tali elementi sono cumulativamente presenti, il giudice può dunque considerare che il diritto di libertà religiosa del credente è esposto ad una lesione e che la conseguente richiesta di un accomodamento ragionevole è legittima.

I limiti di applicazione di un accomodamento ragionevole discendono dalla logica sopra descritta, prestando la massima attenzione a fatti e circostanze propri di ciascuna fattispecie concreta esaminata. L'accomodamento, come anticipato sopra, non può essere accordato in maniera automatica e deve, per l'appunto, essere improntato a criteri di ragionevolezza, ovvero deve necessariamente sottostare a limiti. Dal momento che l'obbligo di accomodamento non è assoluto, l'autore di una discriminazione può dunque invocare alcuni strumenti di difesa per sfuggirvi. Nell'ambito dei rapporti d'impiego o dell'esecuzione di un contratto, l'autore della discriminazione indiretta (il datore di lavoro o il fornitore di beni e servizi) può dimostrare che la condizione indirettamente discriminatoria ha un legame funzionale con l'esercizio delle funzioni in oggetto e che vi è stato da parte sua uno sforzo di intesa con le persone penalizzate, al fine di trovare un accordo che tenesse conto delle loro legittime esigenze, nella misura in cui ciò non comporti oneri eccessivi. Il concetto di "oneri eccessivi" include i costi eccessivamente elevati che implicherebbe un accomodamento (per esempio se il datore di lavoro deve assumere altre persone per garantire il proprio servizio), il danno per il buon funzionamento dell'attività (se la

modifica o l'abbandono della politica contestata mette in gioco le fondamenta stesse dell'esercizio), gli effetti negativi sui diritti altrui (ad esempio se la domanda di accomodamento fondata sulla libertà di religione per rifiutare trattamenti medici o vaccinazione confligge con il prevalente diritto alla vita o alla salute pubblica), o, infine, l'effetto paralizzante del moltiplicarsi di richieste simili (si parla di "effetto valanga"), che renderebbe insostenibile il riconoscimento di un accomodamento nella particolare situazione esaminata. La Corte suprema ha precisato che è compito dell'autore della discriminazione dimostrare che questa è ragionevole e giustificabile nell'ambito di una società libera e democratica, stabilendo anche a suo carico l'onere della prova appena descritto. In termini generali e al di fuori dell'ambito lavorativo, occorre dimostrare che l'applicazione *in toto* della norma neutra, ma indirettamente discriminante, costituisca un mezzo razionale per raggiungere un obiettivo legislativo di interesse generale; che non esistono mezzi alternativi che pregiudichino i diritti in questione in maniera minore (criterio del minimo danno); e infine, che vi sia proporzionalità tra gli effetti benefici e gli effetti restrittivi della misura che comporta una limitazione del diritto costituzionale alla libertà di coscienza³⁹¹.

L'accomodamento ragionevole si configura come una pretesa di diritto, e non di mero fatto, azionabile di fronte all'autorità giudiziaria e si traduce in un meccanismo di dialettica processuale, nel quale l'onere probatorio della ragionevolezza (rispettivamente dell'accomodamento o della discriminazione) viene assegnato a ciascuna parte, il discriminato e il discriminante, lasciando all'autorità

³⁹¹ Cfr. J. Woehrling, *op. cit.*, p. 360.

giudiziaria il ruolo decisivo circa il riconoscimento delle pretese avanzate. È opportuno, a questo punto, evidenziare alcuni dei caratteri peculiari, che valgono a distinguere tale istituto dall'obiezione di coscienza, come configurata nel corso del presente studio: l'obiezione viene prevista in via legislativa e tipizzata per intere categorie di soggetti (la c.d. obiezione *secundum legem*), mentre l'accomodamento ragionevole, vero e proprio principio generale dell'ordinamento canadese, viene riconosciuto "caso per caso" dall'autorità giudiziaria; l'esercizio dell'obiezione di coscienza non è, nelle ipotesi tipiche, subordinato ad alcun sindacato giudiziale dei presupposti che la rendono esercitabile, ma a precisi vincoli di forma stabiliti in via legislativa, soddisfatti i quali i soggetti possono liberamente obiettare; se l'obiezione di coscienza null'altro è se non un diritto alla tutela della propria libertà di coscienza positiva, in un'ampia accezione comprensiva della stessa libertà di religione, l'accomodamento favorevole è quasi esclusivamente volto alla tutela della sola libertà di religione, in un contesto nel quale il multiculturalismo è il collante del tessuto sociale e rappresenta specifico oggetto di tutela per l'ordinamento. Il meccanismo di azionabilità imposto dalla Corte suprema canadese ben si concilierebbe con la configurazione, che si è sostenuta nel corso del precedente capitolo, di un diritto generale latente nell'ordinamento italiano per il diritto all'obiezione di coscienza: non soltanto quindi riconosciuto o riconoscibile *ex littera legis*, ma aprendo al sindacato giudiziale. Il potere giudiziario si presta, infatti, ad un duplice ruolo di garanzia: come garanzia antimaggioritaria, rispetto ad un potere politico eventualmente disinteressato a determinate istanze della coscienza; come garanzia dell'applicazione del diritto, alla luce di tutti gli apporti delle fonti

internazionali e sovranazionali che vincolano l'ordinamento interno. Esso, in sostanza, sottrarrebbe alla discrezionalità del potere politico scelte in materia di tutela di diritti fondamentali e garantirebbe un elevato grado di risposta alle richieste di tutela.

4.6 Se tutti fossero obiettori?

L'analisi della situazione italiana, tra ipotesi riconosciute dalla legge e altre rivendicate o rivendicabili è stata condotta come raffronto dialettico tra la fenomenologia dell'obiezione di coscienza e la ricostruzione teorica di un modello del diritto all'obiezione di coscienza, nella cornice di quella particolare tipologia di Stato rappresentata dallo Stato costituzionale di diritto, formatosi in Europa nella seconda metà del XX secolo.

La previsione di una prestazione alternativa, gravosa e disincentivante per l'obietto è stata prospettata nel corso del terzo capitolo come il meccanismo meno invasivo e più efficace per tentare di arginare il fenomeno delle c.d. obiezioni di comodo, veri e propri abusi del diritto in oggetto. Non è teoricamente necessario, ben potendosi concepire, in una società ideale nella quale il cittadino non risponde a logiche opportunistiche nell'esercizio dei suoi diritti, un diritto all'obiezione di coscienza che preveda soltanto la necessità di una modalità alternativa di adempimento all'obbligo principale, in modo da non creare situazioni di privilegio in capo agli obiettori, senza che alcun aggravio ulteriore sia imposto. In ogni caso, si immagini che, nonostante i meccanismi disincentivanti approntati, *tutti* i destinatari dell'obbligo giuridico principale esercitino il diritto all'obiezione di coscienza,

sobbarcandosi i relativi e gravosi costi. Cosa avverrebbe? Sulla base della ricostruzione prospettata, in questo modo verrebbero meno i presupposti per il riconoscimento di un'ipotesi obiettorica:

- l'esistenza di una pluralità di posizioni morali tra i destinatari dell'obbligo giuridico principale;
- il carattere minoritario delle posizioni degli obiettori, cui è collegata la relativa esigenza di tutela della libertà di coscienza;
- la possibilità di garantire quegli interessi alla cui tutela è finalizzata la legge oggetto di obiezione (es. diritto alla salute della donna, diritto all'autodeterminazione in materia procreativa, la promozione della ricerca scientifica) .

In un'ipotesi di questo tipo, l'obietto sta ancora reclamando uno spazio di rispetto per la propria coscienza, o sta rivendicando su un piano altro un cambiamento specifico all'interno dell'ordinamento? Quando la dimensione individuale e minoritaria viene sostituita dalla dimensione collettiva e maggioritaria del gruppo (come insieme di tante coscienze moralmente collimanti), ogni individuo finisce con il prendere parte ad un soggetto politico *di fatto*, consistendo tale 'politicalità' nella capacità e volontà del gruppo stesso di incidere con la propria condotta sulla vita della *polis*. Quali conseguenze può produrre l'agire politico di un gruppo maggioritario di obiettori? Il peggiore pericolo consiste nella paralisi del funzionamento di una determinata legge: con la sua scelta, infatti, l'obietto concorre a bloccare quella piccola parte dell'ordinamento, il cui permanere è incompatibile con le posizioni etiche a cui si richiama. Quando le condotte dissenzienti finiscono con l'acquistare una dimensione politica e diventano movimento, anche senza dichiararsi tale (in questo senso si è parlato di "soggetto politico di

fatto”), l’obiezione di coscienza degenera in qualcosa di diverso, in una forma legalizzata di disobbedienza civile. È proprio quest’ultima ad esercitare una specifica funzione di propulsione al cambiamento, mettendo in discussione, al di fuori dei metodi democraticamente permessi, scelte politiche degli organi democratici. La disobbedienza, a differenza dell’obiezione, è condotta che si pone nell’antigiuridico: essa non solo contesta apertamente, ad esempio, una legge, ma, indirettamente, anche i beni giuridici che l’ordinamento stesso garantisce attraverso quella legge. La disobbedienza civile mascherata da obiezione è un lupo camuffato da agnello: usando strumenti democratici, tutti i dissenzienti, in quanto obiettori, si limitano inoffensivamente ad esercitare un loro diritto, esentati da qualsiasi conseguenza sanzionatoria; l’effetto dell’esercizio in blocco di tale prerogativa giuridica, però, è l’annichilimento degli interessi collettivi perseguiti proprio da quella legge che consente loro di obiettare. È prospettabile una soluzione che impedisca l’innescarsi di questo meccanismo?

La questione è probabilmente mal posta. Non si tratta tanto di trovare soluzioni nell’ipotesi in cui tutti diventassero obiettori, ennesima applicazione dell’argomento della c.d. *slippery slope*, ma occorre chiedersi se tale situazione di paralisi sia evitabile negando l’esercizio dell’obiezione di coscienza e imponendo senza eccezioni l’adempimento di un obbligo. Se così si facesse, si calpesterebbe il diritto fondamentale alla libertà di coscienza dei destinatari dell’obbligo stesso, in ipotesi in cui, invece, potrebbe trovare tutela da parte dell’ordinamento; al contempo, si darebbe a quegli stessi soggetti non tutelati un motivo politico ben preciso per bloccare la legge *costi quel che costi*: opporsi alle decisioni di quelle istituzioni che non rispettano un loro

diritto fondamentale. Si consideri il caso più prossimo al paradosso avanzato: l'obiezione di coscienza all'interruzione di gravidanza in Italia. Nel momento in cui tutti diventassero obiettori, la tutela del diritto fondamentale alla salute della donna verrebbe schiacciato sotto il peso della tutela esclusiva del diritto alla libertà di coscienza degli obiettori. La soluzione più radicale consisterebbe allora nella totale negazione della possibilità di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza. In questo modo, però, si viene a creare una situazione uguale e contraria: la tutela assoluta del diritto alla salute della donna non lascerebbe alcun margine di spazio per la tutela della libertà di coscienza di chi è chiamato a garantirla. Entrambi gli scenari introdurrebbero un meccanismo assai perverso, che si potrebbe definire come logica dei diritti fondamentali mutuamente escludenti, in base alla quale non si può garantire pienamente uno (nell'esempio il diritto fondamentale alla salute) senza annullare l'altro (il diritto alla libertà di coscienza). L'errore concettuale nel quale si sta incorrendo è quello di investire di absolutezza la tutela di un diritto fondamentale o di un interesse considerato tale dall'ordinamento, in base alla scorretta idea che esista un'implicazione logica tra l'absolutezza e il carattere fondamentale di un diritto.

Lo Stato costituzionale di diritto nasce innanzitutto come meccanismo di tutela dei diritti fondamentali. Oltre alla loro tutela, compito dello Stato costituzionale di diritto è quello di delimitare uno spazio politico all'interno del quale garantire il loro contemperamento attraverso procedure di natura democratica. Parlare di libertà di coscienza nella sfera pubblica implica, quindi, scenari di potenziale ed attuale conflittualità con altri diritti fondamentali. Se realmente si giungesse alla paralisi di una legge a causa della previsione di un'ipotesi di obiezione di

coscienza il discorso dovrebbe farsi eziologico, senza cedere a tentazioni manichee: occorrerebbe, cioè, andare ad indagare le cause che hanno portato al prodursi di tale squilibrio, senza escludere che una legge democraticamente approvata possa essere messa in discussione con le medesime procedure democratiche che l'hanno prodotta. Non si tratta né di una questione di validità, né di efficacia, né di giustizia del diritto prodotto, bensì di efficienza di quella politica del diritto che ha espresso la legge controversa. Si tratta di vagliare l'appropriatezza di una disciplina legislativa rispetto agli obiettivi che si prefigge di realizzare. Il punto centrale diventa allora quello di stabilire quali siano le condizioni attraverso le quali una legge può disciplinare una certa fattispecie, garantendo *tutti* i diritti fondamentali coinvolti, come vero e proprio vincolo procedurale. Questo comporta che nessuna disciplina legislativa può risolversi in una tutela assoluta ed incondizionata di un singolo diritto fondamentale, a totale discapito di altri. È nel loro complesso che essi rappresentano la *sfera dell'indecidibile*, ovvero la sfera di ciò che è vietato decidere (determinata dai diritti individuali, i quali precludono, in quanto aspettative negative, decisioni che possano lederli o ridurli) e la sfera di ciò che è obbligatorio decidere (determinata dall'insieme dei diritti sociali, i quali impongono, in quanto aspettative positive, decisioni atte a soddisfarli)³⁹². In quell' "isomorfismo che sempre sussiste fra diritto e sistema politico"³⁹³ deve essere trovata la chiave di volta per garantire il bilanciamento tra diritti fondamentali.

³⁹² Cfr. L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 18 e ss.

³⁹³ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 10.

La necessaria protezione della sfera più intima della coscienza individuale, come diritto *di libertà* e come diritto *di obiezione*, è il “riflesso giuridico” di un principio che ha assunto importanza centrale dopo la fine del secondo conflitto mondiale³⁹⁴: il principio della dignità umana³⁹⁵. Esso rappresenta il punto d’incontro delle tre dimensioni dell’etica evidenziate nel corso del secondo capitolo. Il principio *etico* (ovvero insieme morale³⁹⁶, politico e giuridico) di dignità umana rappresenta contemporaneamente: il *valore* fondante di ogni

³⁹⁴ Cfr. U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 151.

³⁹⁵ Netta e non fraintendibile la posizione espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza 467 del 1991: « la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana. Sotto tale profilo, se pure a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)» (punto 4 del considerato).

³⁹⁶ L’osservatorio di partenza è sempre quello ordinamentale, quindi in questo contesto ‘morale’ indica sempre morale pubblica, costituita da quel complesso di valori su cui si fonda uno stato costituzionale di diritto.

ordinamento costituzionale ad impronta personalista; un *criterio* vincolante dell'azione politica per i soggetti investiti di pubbliche funzioni; un *limite* cogente per il legislatore chiamato a tutelarne la dimensione soggettiva e sociale³⁹⁷. Sotto quest'ultimo profilo, il principio di dignità opera in riferimento al soggetto nella sua vita di relazione, oppure, per utilizzare un'espressione contenuta nell'art. 2 della Costituzione italiana, nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità³⁹⁸. Tuttavia, dignità soggettiva e dignità sociale non sono espressioni, né concetti fungibili: se la dignità sociale ha una dimensione relazionale, a presidio dell'eguaglianza socio-economica del cittadino *in societate*, perché nessuna carica, ruolo o posizione (le antiche *dignitates*) attribuiscono alla persona del detentore una qualità di primazia rispetto agli altri, la dignità umana ha una connotazione ben più ampia. Essa assicura l'uguaglianza di trattamento dei soggetti nelle

³⁹⁷ A questo proposito risulta illuminante quanto affermato dall'art. 1 della *Grundgesetz* tedesca:

(I) La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla.

(II) Il popolo tedesco riconosce quindi gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo.

(III) I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente valido.

³⁹⁸ Per un'articolata disamina del principio di dignità come principio costituzionale si rimanda a M. Bellocci, P. Passaglia (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Roma, 30 settembre- 1 ottobre 2007 (reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it).

vicende della vita privata³⁹⁹, e quindi il principio del rispetto della dignità umana in qualunque situazione si impone come strumento di tutela del singolo individuo nella sfera delle sue scelte più intime e delle convinzioni profonde in base alle quali tale scelte vengono compiute⁴⁰⁰. Questo rappresenta un ribaltamento storico dell'ideologia totalitaria pre-costituzionale, nella quale la persona veniva funzionalizzata al benessere della collettività e all'azione dei pubblici poteri. Quando sono invece i pubblici poteri e la loro organizzazione ad essere funzionalizzati alla tutela e allo sviluppo della persona, ecco che il principio di dignità diventa un principio costituzionale⁴⁰¹ e quindi giuridico in senso stretto. Volendo individuare le origini filosofiche di questa dimensione propriamente giuridica del principio di dignità con la quale la contemporaneità si confronta occorre ritornare nuovamente a Kant⁴⁰².

³⁹⁹ Cfr. U. Vincenti, *op. cit.*, pp. 120-121. In particolare, a titolo esemplificativo, l'Autore fa discendere dal principio di dignità l'uguale accesso a tutti, a prescindere dal sesso, al matrimonio o ad altre forme di convivenza giuridicamente riconosciute, o alla fecondazione assistita; l'eguaglianza tra coniugi nel rapporto matrimoniale; l'eguaglianza di trattamento tra figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio.

⁴⁰⁰ Sulla stretta correlazione tra pluralismo, tolleranza e tutela della dignità umana cfr. M.C. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia*, il Mulino, Bologna, 2006, pp. 314-316.

⁴⁰¹ Con riferimento alla Carta costituzionale italiana, l'art. 3 parla di «pari dignità sociale», in collegamento al principio di libertà formale; l'art. 41 stabilisce che la libertà di iniziativa economica non può mai arrecare danno alla «dignità umana»; l'art. 36 prevede che la retribuzione del lavoratore debba assicurare a lui e alla sua famiglia «un'esistenza libera e dignitosa».

⁴⁰² Cfr. U. Vincenti, *op. cit.*, pp. 28-40.

Nella sua *Metafisica dei costumi*⁴⁰³ Kant censisce le possibili forme di dignità, senza volerne proporre una ricostruzione storica, ma facendo riferimento allo *status quo* della sua contemporaneità. Vi è così una dignità che deriva dalla funzione di comando che compete al superiore gerarchico sui suoi sottoposti, derivante dall'onore acquistato elevandosi dai ranghi inferiori. Vi è poi una dignità sociale, che coincide con la prerogativa di ceto, che riguarda soprattutto le prerogative appannaggio della nobiltà. A queste due forme di dignità Kant ne aggiunge una nuova (o quasi), dipendente dallo *status* di cittadino, spiegando che «non può esservi nello Stato nessun uomo che sia privo di dignità, a condizione di non averla perduta per un suo proprio crimine»⁴⁰⁴. Se si considera che lo *status* di cittadino era condizione, dai tempi del diritto romano, per la titolarità e il godimento dei diritti civili e politici, si comprende la portata dell'affermazione kantiana: un soggetto per il solo fatto di essere cittadino di uno Stato acquista una precisa condizione giuridica che lo rende titolare di diritti non comprimibili dallo Stato, se non in risposta a condotte illecite tenute dal soggetto stesso. In questo modo, si gettano le basi affinché il concetto di dignità assuma una precisa valenza giuridica e non più, soltanto, una dimensione morale o sociale.

Nel quadro così delineato, il diritto fondamentale alla libertà di coscienza e, ad esso strumentale, all'obiezione di coscienza riposano in primo luogo su quel binomio inscindibile di principi costituiti dal principio di dignità

⁴⁰³ Cfr. I. Kant, *La metafisica dei costumi*, Parte II, sez. I, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, 2.1.49 D.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 162.

umana⁴⁰⁵ (intesa come dignità soggettiva e dignità sociale) e dal principio personalista su cui si fonda l'intera struttura giuridica dello Stato costituzionale di diritto contemporaneo. Nella misura in cui essi non vengono utilizzati come vuoti *topoi* argomentativi, ma ridefiniti nei contenuti e presidiati nell'attuazione, il diritto generale all'obiezione di coscienza può costituire ulteriore strumento di garanzia per quelle coscienze disubbidienti, che hanno piena cittadinanza in ogni sistema giuridico che si ponga come primario obiettivo lo sviluppo della personalità di ciascuno.

Non è impedendo rigidamente di obiettare alle leggi che un ordinamento si assicura maggiore obbedienza: l'unica cosa che in questo modo si garantirebbe è il più alto grado di fragilità, conseguente alla sua eccessiva intransigenza. Ciò che il diritto può e deve fare è intervenire su *come*, ovvero riguardo alle condizioni, e su *cosa*, ovvero riguardo alle materie, è possibile sollevare obiezione. Se la democrazia può essere vista come un meccanismo dialettico di formazione di una volontà comune, tanto il dissenso è parte integrante di tale meccanismo, quanto la tutela del dissenso, soprattutto quando è legata a quella sfera incompressibile e personalissima che è la coscienza di ognuno. Ciò che quella stessa democrazia che tutela il dissenso e protegge alcune forme di disobbedienza alla legge non può tollerare, però, è che la coscienza venga presa a pretesto quale mezzo per scopi o obiettivi politici, perché se

⁴⁰⁵ Così Marta Nussbaum: «A questa coscienza sono dovuti un profondo rispetto e una sincera riverenza. Anche quando sbaglia è comunque una delle fonti principali della nostra dignità nel mondo, e deve essere rispettata dagli individui, dalle leggi e dalle istituzioni» (M. Nussbaum, *Libertà di coscienza e religione*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 27).

politico è l'obiettivo, apertamente politico dev'essere lo strumento con il quale raggiungerlo. In questo senso, l'(ab)uso politico dell'obiezione di coscienza è inaccettabile in ogni circostanza, tanto nel momento in cui l'obiezione va ad incidere sull'esercizio di diritti di terzi, bloccandoli, quanto nel momento in cui è in gioco un interesse collettivo. La condizione che permette alla coscienza di disubbidire è la stessa che la coscienza politicamente abusata cerca di eliminare: la tutela del pluralismo delle posizioni morali nei destinatari di un obbligo giuridico. La progressiva democratizzazione del dissenso e della disobbedienza, nel rispetto delle condizioni che presiedono all'esistenza stessa di qualsivoglia sistema giuridico o sociale, rappresenta un'ambiziosa sfida per lo Stato di diritto contemporaneo. Al contempo, la tavola dei valori costituzionali sulla quale quello stesso Stato di diritto si fonda rappresenta un limite non negoziabile, né comprimibile. La coscienza disubbidiente è allora quella che espone senza pretestuosità le proprie ragioni, avanzando precise richieste di tutela, ma obbedisce ad un principio che si presta da limite verso ogni uso distorto e politico del diritto di obiettare: «Ciò che non permette a me di vivere potrebbe non disturbare la coscienza di un altro»⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ H. Arendt, *op. cit.*, p. 45.

Bibliografia

- Abbagnano N., *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1998.
- Agostino A., *La Città di Dio*, Bompiani, Milano, 2001.
- Agostino A., *La Trinità*, Bompiani, Milano 2012.
- Agostino A., *De vera religione. La vera religione*, Mursia, Milano, 2012.
- Althusius J., *La politica : elaborata organicamente con metodo, e illustrata con esempi sacri e profani*, Claudiana, Torino, 2009.
- Ambrogio, *Lettere*, vol. XX, tomo 2 (36-69), Città Nuova, Roma, 1988.
- Arendt H., *La disobbedienza civile e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1985.
- Aristofane, *Le nuvole*, Mondadori, Milano, 1996.
- Aristotele, *L'anima*, Bompiani, Milano, 2001.
- Aristotele, *Metafisica*, Rizzoli, Milano, 2009.
- Aristotele, *Etica Nicomachea*, Laterza, Roma-Bari, 2010.
- Astengo F., *Libertà di religione e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/religione_canada/index.html.

Bacin S., *Il senso dell'etica. Kant e la costruzione di una teoria morale*, il Mulino, Bologna, 2004.

Basile F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.

Benigni R., *L'identità religiosa nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2008.

Bentham J., *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bowring, Londra, 1962.

Berlin I., *Libertà*, a cura di H. Hardy, Feltrinelli, Milano, 2005.

Bernardi A., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006.

Bernardi A., *Il fattore culturale nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

Bertolino R., *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 1967.

Bertolino R., *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994.

Bobbio N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965.

Bobbio N., Matteucci N., Pasquino G., *Il Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 2004.

Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Milano, 2005.

Bomprezzi A., *Libertà di coscienza e poteri pubblici. Tendenze e prospettive nella società contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2008,

Bonaventura da Bagnoregio, *Itinerario dell'anima a Dio*, Bompiani, 2002.

Borsellino P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Cortina, Milano, 2009.

Borsellino P., *Le ragioni della laicità "procedurale" non fraintesa*, in D'Orazio E. (a cura di), *La laicità vista dai laici*, Università Bocconi Editore, Milano, 2009.

Borsellino P., Forni L., Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *Notizie di Politeia*, Anno XXVII, n. 101, 2011.

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*, Giuffrè, Milano, 1991.

Brock P., *Against the Draft: Essays on Conscientious Objection from the Radical Reformation to the Second World War*, University of Toronto Press, Toronto, 2006.

Brownlee K., *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Cacciari M., *La parola che uccide*, in Sofocle, *Antigone*, Einaudi, Torino, 2007.

Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970.

Canestrari S., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, Torino, 2012.

Cardia C., *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, <http://www.statoechiese.it>, maggio 2009.

Carnevali B., *Romanticismo e riconoscimento, figure della coscienza in Rousseau*, il Mulino, Bologna, 2004.

Casonato C., Cembrani F., *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. Lenti, E. Palermo, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano.

Castignone S., *La «questione animale»*, in Castignone S., Lombardi Vallauri L. (a cura di), *Trattato di biodiritto. La questione animale*, Giuffrè, Milano, 2012.

Cattelain J. P., *L'objection de conscience*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973.

Cavalcoli G., *Autocoscienza e coscienza morale in S. Tommaso d'Aquino*, a cura di Gabbi L. e Petruio V. U., Donzelli, Roma, 2000

Ceva E., *L'obiezione di coscienza contra legem come una rivendicazione di rispetto*, in Borsellino P., Forni L., Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *Notizie di Politeia*, Anno XXVII, n. 101, 2011.

Chiassoni P., *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, <http://www.dirittoeququestionipublche.org>, 9, 2009.

Chiassoni P., *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. Borsellino, L. Forni e S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101, 2011.

Cicerone M. T., *Opere politiche e filosofiche*, II, Utet, Torino, 2010.

Comitato Nazionale per la Bioetica, *Metodologie alternative, comitati etici e obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*, 2009.

Comitato Nazionale per la Bioetica, *Nota in merito alla obiezione di coscienza del farmacista alla vendita di contraccettivi d'emergenza*, 2011.

Comitato Nazionale per la Bioetica, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 2012.

Consorti P., *Obiezione, opzione di coscienza e motivi religiosi*, 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*, Giuffrè, Milano, 1991

Così G., *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, Giuffrè, Milano, 1984.

Cotta S., *Coscienza e obiezione di coscienza (di fronte all'antropologia filosofica)*, in Perrone B. (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti: atti del Seminario nazionale di studio, Milano, 9-11 aprile 1992*, Giuffrè, Milano, 1992.

Cousins N., *A Matter of Life*, in *Rutgers Law Review*, 1963.

Cudworth R., *The True Intellectual System of the Universe*, Garland, New York, 1978.

D'Agostino F., *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Giuffrè, Milano, 1979.

D'Agostino F., *Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e postmoderno*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 2, 1989.

D'Agostino F., *Dinamiche postmoderne dell'obiezione di coscienza*, in Perrone B. (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti: atti del Seminario nazionale di studio, Milano, 9-11 aprile 1992*, Giuffrè, Milano, 1992.

D'Agostino F., *Giustizia. Elementi per una teoria*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2006.

Danesi G., *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, 1998.

De Maglie C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Ets, Pisa, 2010.

Del Bò C., *L'obiezione di coscienza e la pillola del giorno dopo*, in *Bioetica*, 3, 2009.

Del Bò C., *L'obiezione di coscienza e la Ru-486*, in Borsellino P., Forni L., Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101, 2011.

Dennet D.C., *Coscienza. Che cosa è*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

Desmons E., *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positive*, L.G.D.J., Paris, 1999.

Di Francesco M., *La coscienza*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
Di Pietro M.L., Pennacchini M., Casini M., *Evoluzione storica dell'istituto dell'obiezione di coscienza in Italia*, in *Medicina e Morale*, 6, 2001.

Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

Epitteto, *Discourses, Book 1-2*, Harvard University Press, Londra, 1961.

Eschilo, *Eumenidi*, Rizzoli, Milano, 2000.

Esiodo, *Opere*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1977.

Fassò G., *Il diritto naturale*, ERI, Torino, 1972.

Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma- Bari, 2001.

Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2007.

Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2007.

Ferrajoli L., *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

Ferrando G., *Il diritto di scegliere la propria fine: il dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in Carusi D., Castignone S., Ferrando G. (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, Torino, 2012.

Ferrari A., *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Carocci, Roma, 2012.

Feuillet-Liger B., Portier P., *Droit, éthique et religion: de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

Filone di Alessandria, *De virtutibus*, Editions du Cerf, Paris, 1962.

Forni L., *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Giuffrè, Milano, 2010.

Foucault M., *Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2004.

Foucault M., *L'ermeneutica del soggetto, Corso al Collège de France (1981-1982)*, Feltrinelli, Milano, 2011.

Foucault M., *Sull'origine dell'ermeneutica del sé*, Cronopio, Napoli, 2012

Garancini G., *Diritto di resistenza, disobbedienza civile, obiezione di coscienza : profili storici*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza : i conflitti degli ordinamenti, Atti del Seminario nazionale di studio, Milano, 9-11 aprile 1992*, Giuffrè, Milano, 1992.

Gavazzi G., *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959.

Gozzano S., *La coscienza*, Carocci, Roma, 2009.

Guerzoni L., *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, 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*, Giuffrè, Milano, 1991.

Hart H. L. A., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002

Havelock E. A., *Dike. La nascita della coscienza*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

Helvétius C. A., *De l'homme*, Fayard, Parigi, 1989.

Hume D., *Discorsi politici*, Boringhieri, Torino, 1959.

Kant I., *Critica della ragione pura*, Adelphi, Milano, 1995.

Kant I., *Metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

Kant I., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di Gonnelli F., Laterza, Roma-Bari, 2004.

Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959.

Kelsen H., *Democrazia* a cura di M. Barberis, il Mulino, Bologna, 1998.

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000.

Kittel G., *Grande lessico del Nuovo Testamento*, Paideia, Brescia, 1966.

Laffitte J., *Tolérane intolérante? Petite histoire de l'objection de conscience*, Éditions de l'Emmanuel, Paris, 2011.

Lalli C., *C'è chi dice no? Dalla leva all'aborto come cambia*, il Saggiatore, Milano, 2011.

Langlade-Demoyen C., *L'objection de conscience dans les idées et les institutions*, Librairie Generale, Paris, 1958.

Lattanzio, *Divinae Institutiones*, Les éditions du Cerf, Parigi, 1973.

Le Goff J., Sournia J.C., *Per una storia delle malattie*, Dedalo, Bari, 1985.

Lo Castro G., *Legge e coscienza*, 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, Giuffrè, Milano, 1991.

Locke J., *Scritti sulla tolleranza*, a cura di D. Marconi, Utet, Torino, 2005

Locke J., *Il Secondo Trattato sul Governo*, BUR, Milano, 1998.

Lombardi Vallauri L., *L'obiezione di coscienza legata alla sperimentazione, ex-vivisezione (legge 12 ottobre 1993 n.413)*, in Mannucci A., Tallacchini M.C. (a cura di), *Per un codice degli animali*, Giuffrè, Milano, 2001.

Loprieno D., Gambino S., *L'obbligo di "accomodamento ragionevole" nel sistema multiculturale canadese*, in Rolla G., *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Giuffrè, Milano, 2008.

Luhmann N., *La libertà di coscienza e la coscienza*, in *La differenziazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1981

Macchiavelli N., *Il principe*, Einaudi, Torino, 1961.

Maffettone S., Veca S. (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

Martinelli E., *Aspetti penalistici dell'obiezione di coscienza fiscale alle spese militari nell'interpretazione della recente giurisprudenza*, 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*, Giuffrè, Milano, 1991.

Mazzola R., *Coscienza come soggetto di diritto. L'uso del "foro interno" nei rapporti tra Stato e confessioni religiose*, in Borsellino P., Forni L. e Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101, 2011.

Messner F., Prélôt P.H., Woehrling J.M., *Traité de droit français des religions*, Litec, Parigi, 2003.

Milot M., *Modus co-vivendi: Religious diversity in Canada*, in Bramadat P., Koenig M. (a cura di), *International migration and the governance of religious diversity*, McGill-Queen's University Press, Montreal e Kingston, Canada, 2009.

Montanari B., *Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici*, Giuffrè, Milano, 1976

Moskos C.C., Chambers J.W., *The New Conscientious Objection. From sacred to secular resistance*, Oxford University Press, Oxford, 1993.

Mumford L., *La città nella storia*, Bompiani, Milano, 1977

Musselli L., *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1994

Navarro-Valls R., Martinez-Torron J. (con la colaboracion de Palomino R. P. y Turchi V.), *Las objeciones de conciencia en el derecho espanol y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Nino C., *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

Norelli G.A., Dell'Orso G., *Codice deontologico e deontologia medica*, Giuffrè, Milano, 1980.

Nussbaum M.C., *Le nuove frontiere della giustizia*, (edizione italiana a cura di Faralli C.), il Mulino, Bologna, 2006.

Nussbaum M., *Libertà di coscienza e religione*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Ogien A., Laugier S., *Pourquoi désobéir en démocratie?*, La Découverte, Paris, 2011.

Omero, *Iliade*, Unione tipografico-editrice torinese, 1998.

Omero, *Odissea*, UTET, Torino, 2005.

Onida V., *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Diritto ecclesiastico*, 1982, I.

Onida V., *L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in Perrone B. (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti: atti del Seminario nazionale di studio, Milano, 9-11 aprile 1992*, Giuffrè, Milano, 1992.

Origene, *Contro Celso*, UTET, Torino, 1971.

Origene, *Commento alla Lettera ai Romani I, Libri I-VII*, Marietti, Torino, 2000.

Paoli U. E., *Problemi di diritto pubblico nel «Critone» platonico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 4-5/1932.

Paris D., *L'obiezione di coscienza: studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011.

Passerin d'Entrèves A., *Legittimità e resistenza*, in AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, Giuffrè, Milano, 1973.

Passerin D'Entrèves A., *Studi Sassaresi*, Giuffrè, Milano, 1973.

Passerin d'Entrèves A., *Potere e libertà politica in una società aperta*, il Mulino, Bologna, 2005.

Patterson D., *Diritto e verità*, a cura di Manzin M., Giuffrè, Milano, 2010.

Pelissero M., *La legge in itinere in Parlamento e i suoi aspetti penalistici*, in Carusi D., Castignone S., Ferrando G., *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Giappichelli, Torino, 2012.

Perconti P., *Coscienza*, il Mulino, Bologna, 2011.

Perrone B. (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti: atti del Seminario nazionale di studio, Milano, 9-11 aprile 1992*, Giuffrè, Milano, 1992.

Platone, *Leggi; Epinomide; Minosse; Clitofonte; Menesseno; Lettere*, a cura di Adorno F., UTET, Torino, 1970.

Platone, *Gorgia*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

Platone, *Teeteto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

- Platone, *Repubblica*, Feltrinelli, Milano, 2008.
- Plotino, *Enneadi*, Bompiani, Milano, 2000.
- Popper K. R., Eccles J. C., *L'io e il suo cervello. Materia, coscienza e cultura*, Armando Editore, 2001.
- Portier P., *L'Autorité*, in Raynaud Ph. e Rials S., *Dictionnaire de philosophie politique*, P.U.F., Paris, 2003.
- Prisco S., *Fedeltà alla repubblica e obiezione di coscienza: una riflessione sullo Stato laico*, Iovene, Napoli, 1986.
- Prisco S., *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, <http://www.rivistaaic.it>, 2007.
- Ramsey D., *Conscientious Objection: A Right or a Privilege?*, in J. W. Johnson (a cura di), *Historic US Court Cases: An Encyclopedia*, Garland, New York, 1992.
- Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2009.
- Raz J., *The authority of law, Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- Reale G., *Introduzione*, in Platone, *Critone*, La Scuola, Brescia, 1970.
- Renzoni Governatori L., *Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza nell'ordinamento giuridico francese*, 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, Giuffrè, Milano, 1991

Riccio M., *Aspetti clinici e pratici dell'obiezione di coscienza*, in Borsellino P., Forni L. e Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101.

Rodotà S., *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 1993.

Rodotà S., *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in Borsellino P., Forni L. e Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101.

Rodotà S., *Ora siamo più liberi dalle ideologie*, in *La Repubblica* del 29/8/2012

Romagnosi G., *Della costituzione di una monarchia rappresentativa (La scienza delle costituzioni)*, Reale Accademia d'Italia, Roman, 1937.

Rossi E., *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro italiano*, 1988.

Rossi S., *L'obiezione di coscienza e il sabotaggio della 194*, in Cendon P. (a cura di), *Persona e danno*, <http://www.personaedanno.it>, 2012.

Rossister C., *L'alba della repubblica. Le origini della tradizione Americana della libertà.*, Nischi-Lischi, Pisa, 1963

Rousseau J.J., *Les Rêveries du promeneur solitaire*, in J.J. Rousseau, *Œuvres complètes*, a cura di Gagnebin B. e Raymond M., Gallimard, Paris, 1959-1995.

Rousseau J.J., *Du contract social*, Gallimard, Parigi, 1964.

Ruffini E., *La ragione dei più: ricerche sulla storia del principio maggioritario*, il Mulino, Bologna, 1977.

Ruffini F., *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, 1967.

Ruiz Miguel A., *L'obiezione di coscienza in Spagna*, in Borsellino P., Forni L. e Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101.

Russel W., Burch R., *The Principles of Human Experimental Technique*, Methuen, Londra, 1959.

Sala R., *La libertà di seguire la propria coscienza, tra obbligo politico e richiesta di tolleranza*, in Borsellino P., Forni L. e Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101.

Saporiti M., *Riconoscere le unioni omosessuali? Argomenti alla prova*, in *Notizie di Politeia*, anno XXVI, n. 100, 2010.

Scarpelli U., *Diritto Naturale Vigente?*, in *Occidente*, Roma, 1953.

Scarpelli U., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.

Scarpelli U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, a cura di Pintore A., Giuffrè, 1985.

Scarpelli U., *Gli orizzonti della giustificazione*, in Gianformaggio L., Le caldano E. (a cura di), *Etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1986.

Schiavello A., Velluzzi V., *Il positivismo contemporaneo. Un'antologia*, Giappichelli, Torino, 2011.

Searle J. R., *Il mistero della coscienza*, Cortina, Milano, 1998.

Seneca L.A., *De clementia*, Mondadori, 2004.

Senofonte, *Memorabili*, Rizzoli, Milano, 1989.

Sofocle, *Antigone*, Einaudi, Torino, 2007.

Tertulliano, *Apologetico*, a cura di Resta Barrile A., Mondadori, Milano, 1994.

Tettamanzi D., *Aspetti etici della fecondazione extra-corporea*, in Zuanazzi G. F. (a cura di), *Fecondazione artificiale embryotransfer. Problemi biologici, clinici, giuridici, etici*, Cortina International, Verona, 1986.

Thoreau H. D., *La disobbedienza civile*, RCS, Milano, 2010.

Tommaso d'Aquino, *Sulla verità*, Bompiani, 2005.

Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, a cura di De Bertolis O. e Todescan F., CEDAM, Padova, 2003.

Trujillo I., *Il disaccordo nello stato costituzionale di diritto. A proposito di alcune sentenze recenti del Tribunal Supremo spagnolo sul diritto generale all'obezione di coscienza*, in *Diritto & questioni pubbliche*, <http://www.dirittoequestionipubbliche.org>, 9, 2009.

Turchi V., *I nuovi volti di Antigone*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

Valdés E. G., *Alcune considerazioni sulla possibilità di garantire la validità del coto vadano a livello internazionale*, in *Teoria politica*, Franco Angeli, Milano, fascicolo 2-3, 2003.

Vanzago L., *Coscienza e alterità. La soggettività fenomenologica nelle Meditazioni cartesiane e nei manoscritti di ricerca di Husserl*, Mimesis, Milano 2008.

Vattimo G., *Introduzione a Heidegger*, Laterza, Roma-Bari, 1991.

Viano C. A., *La coscienza: voci e mistificazioni*, in Borsellino P., Forni L. e Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101.

Vincenti U., *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

Viola F., *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, <http://www.dirittoequestionipubbliche.org>, n.9/2009.

Violi S., *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2009

Vitale E., *Norberto Bobbio e Alessandro Passerin d'Entrèves : profili intellettuali a confronto*, Giappichelli, Torino, 2010.

Woehrling J., *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, in *Revue de droit de McGill*, 43, 1998.

Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

Zagrebelsky V., *Una legge incompatibile con i diritti*, in *La Stampa* del 28/08/2012.

Riferimenti normativi

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789;1793.

Costituzione della Repubblica italiana, 1 gennaio 1948.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 23 maggio 1949.

Legge 15 dicembre 1972, n. 772: *Norme per il riconoscimento della obiezione di coscienza.*

Legge 22 maggio 1978, n. 194: *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.*

Canadian Charter of rights and freedoms, 1982.

Legge 12 ottobre 1993, n. 413: *Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale.*

Legge 8 luglio 1998, n. 230: *Nuove norme in materia di obiezione di coscienza.*

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 2000.

Legge 19 febbraio 2004, n. 40: *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.*

Ringraziamenti - Remerciements

Un ringraziamento particolare va alla prof.ssa Patrizia Borsellino, per la cura con cui ha seguito questo lavoro, per la stima e il supporto che ha dimostrato in ogni occasione al Suo giovane allievo durante questi anni.

Je voudrais aussi remercier prof. Philippe Portier, directeur du GSRL (CNRS- EPHE) et directeur d'études à l'École pratique des hautes études (Paris-Sorbonne), pour la possibilité que j'ai eu de passer cinq mois de recherche près de son laboratoire et pour les occasions de discuter ensemble sur mon sujet de thèse.