

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA MAGISTRALE

DIRE "NO!" ALLA LEGGE

L'obiezione di coscienza: profili storici, teorici e giuridici

Il Candidato:

Fiorenza Chiara Villa

Il Relatore:

Chiar.mo Prof. Tommaso Greco

A.A. 2013/2014

Alla mia famiglia

«In un regime libero, la libertà della minoranza è limitata dal diritto di governare, che spetta alla maggioranza; ma la libertà della maggioranza è limitata dal diritto di resistenza e di opposizione, che spetta a tutte le minoranze e agli individui isolati»

(G. Salvemini, *Socialismo, resistenza, democrazia*)

«Vi sono disobbedienze che non sono puri atti d'arbitrio: che sono imposte dalla coscienza, che sono cioè obbedienze ad altre norme, altri principi, altre esigenze. Qui è proprio la coscienza che interviene, nel senso che la crisi è proprio nella coscienza, la quale è lacerata e divisa in sé stessa: obbedire all'ordinamento positivo è dovere, che la coscienza sente, ma la coscienza sente anche il dovere di obbedire ad altre leggi»

(Giuseppe Capograssi, *Obbedienza e coscienza*)

«Ma vedi Margaret – diceva Tommaso Moro alla figlia che cercava di persuaderlo a giurare, adducendo che molte stimate persone del Regno l'avevano fatto – per quanto riguarda le leggi dello Stato, se è vero che ognuno di quelli che vi sono nati e vi abitano è tenuto ad osservarle in ogni caso per non incorrere in qualche sanzione terrena, e in molti casi anche per non dispiacere a Dio, tuttavia nessuno è tenuto a giurare che ogni legge sia perfetta, né, per non dispiacere a Dio, è tenuto ad uniformarsi alla norma di una legge che fosse sicuramente illecita»

(R. W. Chambers, *Tommaso Moro*)

Indice

0.1	Introduzione	1
1	Definizioni	9
1.1	La varie attitudini nei confronti del diritto	10
1.1.1	<i>Disobbedienza civile</i>	13
1.1.2	<i>Obiezione di coscienza</i>	14
1.2	Gli elementi di distinzione tra le due figure	14
1.2.1	<i>Alcuni rilievi critici: spunti per una riflessione</i>	16
1.2.2	<i>La problematica relativa alla sanzione giuridica</i>	22
1.3	Una mappa concettuale per una definizione.	24
2	Una storia di resistenza: dalle origini alla democrazia	27
2.1	L'antinomia tra legge e coscienza nel mondo greco: Antigone e Socrate	28
2.2	Lo Stoicismo	35
2.3	La soluzione cristiana: " <i>essi abitano la propria patria, ma come stranieri</i> "	36
2.4	Il pensiero di San Tommaso e l'ordinamento feudale	38
2.5	Contrattualismo e giusnaturalismo	40
2.5.1	<i>La resistenza dall'età della Riforma alle teorie dei monarcomachi</i>	41
2.5.2	<i>Le rivoluzioni liberali del XVIII secolo e il pensiero di Locke</i>	44
2.6	Il diritto di resistenza nei suoi rapporti con il "positivismo giuridico". Il suo dissolvimento negli strumenti di garanzia e nel principio di sovranità popolare	49
2.7	Un tentativo di recupero del diritto di resistenza: la proposta di Dossetti	52

2.8	Il residuo della resistenza alla legge nella democrazia costituzionale	57
2.8.1	<i>Della giustificazione dell'obbligo di obbedire alle leggi</i>	60
2.8.2	<i>Il modello dell'autonomia di Hart. La svolta convenzionalista e le critiche. L'internal point of view oltre Hart. La configurazione di un'accettazione morale dell'obbligo politico.</i>	62
2.8.3	<i>I limiti della democrazia. L'esistenza di un residuo per la disobbedienza nei confronti delle norme poste democraticamente.</i>	68
2.9	Obbligo giuridico vs. obbligo di coscienza. La possibile soluzione dell'obiezione: la sfida delle democrazie contemporanee	75

3 Elementi di un diritto all'obiezione di coscienza: fondamento, struttura e limiti **78**

3.1	Brevi note sul concetto di coscienza	80
3.2	Obiezione di coscienza: da fatto a diritto	91
3.2.1	<i>La giuridicizzazione della coscienza e il suo conseguente riconoscimento come soggetto di diritto</i>	94
3.3	Il fondamento giuridico dell'obiezione di coscienza e il suo contenuto: la libertà di coscienza	98
3.3.1	<i>L'obiezione nella Costituzione e nella Carta di Nizza</i>	103
3.4	Il contenuto, la struttura e il funzionamento dell'obiezione	108
3.4.1	<i>Il bene giuridico tutelato</i>	108
3.4.2	<i>Obiezione secundum legem e contra legem: una scelta volontaria, non un'alternativa</i>	109
3.4.3	<i>Le modalità della condotta oggetto di obiezione: obiezione di coscienza negativa e positiva.</i>	115
3.4.3.1	<i>L'obiezione di coscienza negativa</i>	115
3.4.3.2	<i>L'obiezione di coscienza positiva</i>	116
3.4.4	<i>Il diritto all'obiezione di coscienza: interpositio legislatoris o categoria unitaria e generale</i>	119
3.4.5	<i>La previsione di un onere per l'obiettore</i>	128
3.5	I limiti dell'obiezione di coscienza	135

3.5.1	<i>I limiti derivanti dalla natura stessa dell'obiezione</i>	138
3.5.2	<i>I limiti costitutivi</i>	140
3.5.3	<i>I limiti dei "subditi legum" derivanti dai principi supremi dell'ordinamento e dai diritti inviolabili</i>	141
3.5.4	<i>(Segue)..e dai doveri costituzionali inderogabili</i>	144
3.5.4.1	<i>Il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi</i>	145
3.5.4.2	<i>I doveri inderogabili di solidarietà</i>	147
3.5.5	<i>Limiti derivanti dallo "status" del soggetto: uno sguardo particolare alla coscienza del giudice</i>	150
3.5.6	<i>I possibili elementi della condotta obiettante</i>	157
3.6	<i>Obiezione vs. obblighi professionali: è realmente un conflitto da azzerare?</i>	165

4 Fenomenologia dell'obiezione di coscienza 171

4.1	<i>L'obiezione di coscienza al servizio militare: dalla legge n. 772 del 1972 alla sospensione dell'obbligo di leva</i>	172
4.1.1	<i>Segue:..l'obiezione totale</i>	178
4.2	<i>La (falsa) pretesa di neutralità dello stato in campo bio-etico.</i>	178
4.3	<i>L'obiezione di coscienza all'interruzione della gravidanza</i>	180
4.3.1	<i>La legge 194 del 1978 e l'applicazione dell'art. 9</i>	180
4.3.2	<i>Alcune annotazioni sui dati e il problema dell'elevato numero di obiettori</i>	192
4.3.3	<i>Aborto farmacologico: il caso della Ru486</i>	199
4.3.4	<i>Segue:..la pillola del giorno dopo</i>	205
4.4	<i>La disputa attorno all'inizio della vita umana e al riconoscimento di chi "non è ancora nato"</i>	213
4.4.1	<i>La dignità umana e la tutela del concepito nel panorama giuridico</i>	213
4.4.2	<i>Le diverse ipotesi scientifiche sul «quando» dell'inizio della vita</i>	221
4.4.3	<i>L'inizio della persona umana: un problema filosofico, più che scientifico</i>	224
4.5	<i>La procreazione medicalmente assistita: le vicende giurisprudenziali della legge 40 del 2004</i>	227

4.5.1	<i>Segue:.. l'obiezione di coscienza: a che cosa si deve realmente obiettare?</i>	230
4.6	La sperimentazione animale; cenni	237
4.7	Le prospettive future dell'obiezione di coscienza	238
4.7.1	<i>L'obiezione ai trattamenti sanitari obbligatori</i>	239
4.7.2	<i>Segue:..i trattamenti non obbligatori</i>	240
4.8	Un'obiezione di scienza?	248
5	Conclusioni	250
	Bibliografia	254
	Appendice A - Riferimenti Normativi	268

0.1 Introduzione

Se e quando sia giusto, in coscienza, disobbedire alle leggi oppure sottomettersi ad esse è un dilemma che non ha mai una soluzione definitiva. È un dilemma classico e, come tutti i dilemmi classici, che toccano le corde più profonde dell'esistenza umana, da qualunque epoca ci parlino, pongono interrogativi che non possono essere mai risolti definitivamente e per questo sempre attuali.

Il secolo passato ha conosciuto un grande interesse per questa tematica, dovuto, sfortunatamente, alla tragedia delle due guerre mondiali, che hanno portato autorevoli studiosi ad interrogarsi sull'obbedienza alla legge e approfondire la struttura delle varie forme di resistenza al diritto.

Tra queste, ve n'è una che è sempre al centro dell'attenzione mediatica, contestata da alcuni, osannata da altri; tornata alla ribalta con l'intervento del Comitato Europeo dei diritti sociali, organismo del Consiglio d'Europa, che ha deciso, lo scorso marzo, il caso *Parenthood Federation European Network v. Italy*, ammonendo l'Italia per la presenza di un numero eccessivo di obiettori di coscienza, che renderebbero difficile alle donne l'accesso all'interruzione della gravidanza. Si è riaperto un dibattito mai sopito, alimentando lo scontro sull'obiezione di coscienza all'aborto, ma perdendo di vista la categoria nel suo complesso e il significato sotteso all'obiezione.

Il lavoro di ricerca svolto aspira a essere un modesto contributo al dibattito sul *diritto* di resistenza e sulla disobbedienza alla legge per motivi di coscienza. Lo studio si articola in quattro punti fondamentali, ognuno dei quali richiederebbe e meriterebbe ulteriori sviluppi.

La prima parte è dedicata all'inquadramento della tematica da un punto di vista definitorio. Il problema con cui, fin da subito, ci si deve confrontare attiene alla difficoltà nel definire l'obiezione di coscienza. Il punto da cui partire è la collocazione della disobbedienza all'interno degli ordinamenti costituzionali di diritto, ordinamenti che possono essere considerati quasi-giusti, ovvero caratterizzati da un certo grado di giustizia e da un'obbedienza diffusa. Il disobbediente non contesta l'intero assetto ordinamentale, ma solo una parte, riconoscendo l'ordinamento e la comunità politica in cui vive. È in questo contesto ordinamentale che si inserisce la classificazione elaborata dal filosofo politico Alessan-

dro Passerin d'Entrèves , al quale si deve lo sforzo di aver decostruito la categoria generale del diritto di resistenza, individuando un certo numero di casi tipici a cui può essere ricondotto il comportamento di coloro ai quali viene richiesto di ottemperare alle leggi dello Stato; tra questi vi sono anche l'obiezione di coscienza e la disobbedienza civile. La difficoltà maggiore consiste proprio nel distinguere tra queste due figure limitrofe. In particolare, la disobbedienza civile è stata oggetto di una profonda analisi da parte di un gruppo nutrito di studiosi americani e inglesi, che ne hanno delineato le caratteristiche, in modo tale da inquadrarla e delimitarla teoricamente, per evitare che qualunque violazione della legge potesse essere letta come disobbedienza civile. I caratteri distintivi, così individuati, permettono di distinguerla dalle altre forme di disobbedienza. Tuttavia, l'esperienza americana è sicuramente diversa da quella europea continentale: in Europa il fenomeno dell'obiezione di coscienza ha subito una profonda trasformazione, che ha determinato la sua estensione in vari settori del diritto e la progressiva assunzione delle caratteristiche tipiche della disobbedienza civile, cosicché da rendere complicata una netta separazione tra le due.

Gli elementi che, da sempre, sono indicati come determinanti la differenza tra le due figure riguardano: l'individualità della condotta, tipica dell'obietto, ma che oggi conosce anche forme collettive; la pubblicità, propria della disobbedienza civile, ma che appartiene anche all'obiezione; la politicità del gesto, e dei motivi, della disobbedienza, che, però, non sono assenti anche nell'obiezione, che, sempre più, si presenta come un gesto di contestazione della norma in nome di valori, che appartengono anche all'ordinamento. Infatti, la disobbedienza civile comporta il riferimento ad alcuni valori fondamentali, sia quelli che definiscono una tradizione culturale, quindi l'identità di appartenenza a quella comunità, sia quelli che vanno oltre la comunità e definiscono l'identità dell'uomo in quanto tale. L'obiezione di coscienza non si allontana da questi valori, ma, fatti propri dalla coscienza, essi vengono rivendicati su di un piano pubblico, non più solo di identità particolare, ma anche come fondamento dell'identità generale. La differenza principale consiste nella condivisione o meno di questi valori da parte della generalità dei consociati: la disobbedienza civile rivendica dei principi che appartengono alla comunità politica, mentre l'obiezione si fa testimone di principi che non sono ancora condivisi, in questo senso si

presenta come “profezia” di un ideale futuro di giustizia. A ben vedere, l’obiezione fa valere dei valori condivisi dalla maggioranza dei consociati (ad esempio la vita umana), ma secondo un’interpretazione che appartiene soltanto ad una parte di essi e non è accolta nell’ordinamento; così, allo stesso modo, la disobbedienza civile si rifà ad alcuni valori dei quali la maggioranza non si è ancora fatta carico. Sia la disobbedienza civile che l’obiezione di coscienza potrebbero essere funzionali all’instaurazione di un processo costituzionale, in cui i disobbedienti offrono un’interpretazione alternativa alle norme contestate. I principali punti di differenza si apprezzano nella finalità eminentemente politica della disobbedienza, mentre l’obiezione può avere *anche* una finalità politica, ma la coscienza è considerata *latu sensu*.

La trattazione prosegue con la ricostruzione storica del diritto di resistenza, prendendo come punto di partenza una tappa obbligata in ogni discorso sulla contrapposizione tra l’obbligo di obbedire alla legge e il dovere di coscienza: l’*Antigone* di Sofocle. La figura di questa giovane eroina è stata letta, da una parte della dottrina, come il prototipo dell’obiettrice di coscienza; in realtà, questa interpretazione decontestualizza la tragedia sofoclea, attribuendole un significato eccessivamente moderno. Al di là delle diverse letture che sono state date, dal testo emerge lo scontro tra Antigone e Creonte, tra le ragioni dell’una e quelle dell’altro; lo stesso conflitto che oggi si ripresenta tra le ragioni della coscienza e quelle della legge, democraticamente approvata. La figura, che dà una risposta (apparentemente) diversa al conflitto tra legge e coscienza, è quella di Socrate. Questi obbedisce alla sentenza che lo condanna a morte, nonostante fosse ingiusta: non era pensabile un gesto di disobbedienza come forma di dissenso, perché il patto, che intercorre tra Socrate e le leggi, non è riconducibile alla nostra idea di consenso: la *pòlis* ateniese era una democrazia partecipativa, e non rappresentativa, dove la disobbedienza avrebbe colpito gli altri concittadini, non lo stato. Inoltre, Socrate trasmette un insegnamento, che capovolge l’orizzonte politico-giuridico greco: non solo è illecito fare ingiustizia, ma è illecito anche renderla. Tuttavia, Socrate ha obbedito alla ‘sua’ legge; comincia ad affacciarsi l’idea che il meglio non sia necessariamente rappresentato dalle leggi, ma dall’uomo giusto. Ma se esiste un individuo fuori dalle Leggi, in grado di giudicare la conformità della legge alla giustizia ideale, si pongono inevitabilmente le basi per

una disobbedienza moralmente giustificata.

L'*excursus* storico prosegue attraverso una breve analisi dello stoicismo, arrivando ad un punto nevralgico che influenzerà la successiva dottrina del diritto di resistenza: il cristianesimo innesca un notevole cambiamento nel rapporto tra l'individuo e l'autorità. Siamo di fronte ad un'obbedienza alla legge con 'riserva': alla legge si deve obbedienza, ma si deve tenere conto del rapporto con Dio; se le leggi non si confanno alla Verità per il cristiano si realizza un vero e proprio dovere di resistere.

L'idea della resistenza alla legge viene delineata da San Tommaso d'Aquino, il quale riprende la figura classica medioevale del tiranno. Quest'ultimo, governando non in conformità al diritto naturale, da ministro di Dio si trasforma in ministro del diavolo, sicché non vi può essere altra reazione se non la resistenza: qualora il monarca violi la legge, il popolo ha il dovere di opporsi, anche uccidendolo.

L'epoca medioevale e, in particolare, l'esperienza feudale permetteranno lo sviluppo della teoria contrattuale dell'obbligo politico, a partire dalla generalizzazione del modello contrattualistico feudale. Con l'emersione della teoria contrattuale dello Stato, la dottrina del diritto di resistenza trova spazio nel costituzionalismo. In questo contesto si inseriscono le attente riflessioni dei monarcomachi sulla resistenza all'autorità, ispirate dalle esigenze di tolleranza in un periodo storico travagliato dalle sanguinose guerre di religione.

In linea di continuità con il pensiero dei monarcomachi e all'interno del filone del giusnaturalismo contrattualistico, si inserisce la teoria lockiana del patto sociale, attraverso il quale i singoli individui cedono la loro sovranità, ma senza alienarla completamente; infatti gli uomini hanno conservato la decisione ultima, l'«*Appeal to Heaven*», qualora il governo non rispetti i contenuti del contratto sociale. Il pensiero di Locke ha influenzato la rivoluzione americana: se lo stato viola i diritti inalienabili dell'uomo può essere sostituito dal popolo, che si riappropria della sua libertà.

Successivamente, la creazione dello Stato di diritto e di quello democratico, insieme all'avvento del positivismo giuridico, portano al dissolvimento del diritto di resistenza, il quale viene assorbito negli strumenti di garanzia contro l'abuso di potere ed il difetto di legittimazione. L'ondata costituzionale del secondo dopoguerra porta con sé delle no-

vità importanti: nella gerarchia delle fonti fa il suo ingresso una fonte superiore alla legge: la Costituzione. Gli strumenti di garanzia e di tutela sono perfezionati, infatti, tra questi, si prevede il sindacato di legittimità costituzionale.

A fronte di tutte le garanzie a tutela della persona si può affermare che si è raggiunto il nuovo punto di equilibrio nel rapporto tra l'individuo e l'autorità? Vi è ancora uno spazio per le forme di resistenza all'interno di un sistema democratico? L'ultima parte del secondo capitolo si concentra su questi interrogativi, di una certa rilevanza all'interno di questo lavoro.

Dopo aver tracciato la storia del diritto-dovere di resistenza, nella terza parte del lavoro il percorso di analisi si pone l'obiettivo di studiare la figura dell'obiezione di coscienza. Prima si espongono alcune concise considerazioni sulla nozione di coscienza, poi si passa allo studio degli elementi strutturali dell'istituto giuridico, mettendo in luce l'attuale caratteristica di questa forma di resistenza: essa aspira ad essere riconosciuta come diritto, divenendo un istituto giuridico all'interno dell'ordinamento positivo. Questa svolta è stata resa possibile dal recente riconoscimento della coscienza, luogo privilegiato della persona umana da salvaguardare, come un vero e proprio soggetto di diritto.

Il terzo capitolo è incentrato sul riconoscimento della libertà di coscienza come fondamento dell'obiezione, la quale si presenta come manifestazione di questa libertà, in quanto consente di agire conformemente ai propri convincimenti interiori, e come strumento di tutela del *foro interno*. Riconoscendo all'obiezione la posizione di diritto costituzionale *strumentale*, si pone la spinosa questione del funzionamento di questo diritto, che ha visto contrapposte diverse posizioni dottrinali: da quella negazionista a quella che configura l'obiezione come un diritto generale direttamente azionabile. Se emerge l'esigenza, da un lato, di costruire un diritto generale unitario all'obiezione di coscienza, che prescindendo dalla discrezionalità legislativa, dall'altro si sente il bisogno dell'intervento di un soggetto (sia esso il legislatore oppure la Corte costituzionale) che operi un bilanciamento valido *erga omnes* tra i vari beni in gioco. Da un punto di vista della configurazione teorica dell'obiezione di coscienza, si cerca di analizzare il bene giuridico tutelato, le modalità della condotta obiettorica ed, infine, il delicato tema della sua gravosità, molto discusso in dottrina.

L'ultima parte è dedicata ai limiti dell'obiezione, necessari affinché questa possa essere legittima e possa trovare uno spazio nell'ordinamento. Si passano in rassegna i limiti costitutivi, quelli legati alla natura dell'obiezione fino ad arrivare all'analisi di quelli derivanti dai diritti inviolabili e dai doveri inderogabili. Non si tralasciano le considerazioni inerenti allo *status* del soggetto che obietta, che permette di approfondire il tema degli obblighi professionali e alla presunta incompatibilità tra l'obiezione e alcune professioni. Una parte della riflessione è rivolta alla sfera morale nella cooperazione al male e al difficile equilibrio tra le esigenze di una coscienza realmente coerente e dei servizi che lo Stato deve fornire.

Nell'ultimo capitolo si analizza la fenomenologia dell'obiezione di coscienza, cercando di catalogare alcune delle obiezioni presenti nell'ordinamento, e non solo; si privilegia un criterio per materia, anziché un metodo storico-cronologico o quantitativo, (accorpando le obiezioni in materia militare, bioetica, animale-ambientalistica e così via), accompagnato dalla distinzione tra quelle riconosciute e quelle rivendicate.

Passando ad osservare le varie ipotesi tipiche, il primo intervento del legislatore riguarda la legge 772 del 1972 in materia di obiezione di coscienza alla leva obbligatoria. L'ambito militare è stato il primo in cui l'obiezione è stata riconosciuta ed ha avuto la capacità di incidere sull'ordinamento determinando la sospensione dell'obbligo di leva.

La previsione più discussa è quella in materia di interruzione volontaria della gravidanza. La norma oggetto di maggiori critiche è l'art. 9 della legge 194 del 1978, perché suscita molte perplessità interpretative in ordine ai soggetti ai quali dovrebbe essere applicata e alle attività in essa ricomprese. Un dibattito mai sopito e che si è riproposto con l'introduzione, anche nell'ordinamento italiano, di forme di aborto chimico. All'interno di queste ultime tipologie, l'obiezione viene invocata da medici e farmacisti con riferimento alla cd. "contraccezione d'emergenza", ma, affinché sia possibile invocare la legge 194 per questa specifica fattispecie, è necessario guardare al dibattito scientifico attorno alle due pillole, del giorno dopo e dei cinque giorni dopo, per capire se ogni effetto abortivo sia escluso. Inoltre, occupandosi del vasto ambito bioetico, in particolare di aborto (ma legate ad esso vi sono anche le diatribe sull'uso scientifico degli embrioni umani e sugli embrioni soprannumerari) non si può prescindere da un breve accenno alle

questioni "di fondo": l'inizio della vita umana e chi sia la persona. Lasciate sempre in un angolo nelle trattazioni sull'argomento, dovrebbero essere le vere protagoniste quando si ha a che fare con la vita umana.

La ricerca prosegue con uno sguardo al fenomeno della procreazione medicalmente assistita, seguendo lo sviluppo giurisprudenziale che ha portato numerose modifiche alla legge in materia (legge 40 del 2004). In questo ambito l'obiezione ha creato un paradosso: è passata dall'essere poco giustificata, nell'iniziale impianto della legge, a rivestire un ruolo importante, e che si prospetta sempre più rilevante in futuro, a fronte dello sviluppo dei metodi artificiali di procreazione medicalmente assistita, che hanno conseguenze significative sia sull'embrione, per la presenza degli embrioni soprannumerari e della ricerca sulle cellule staminali, sia per le problematiche relative alla selezione eugenetica e alle inedite situazioni giuridiche che connotano la maternità. L'intervento della bioetica e del diritto è essenziale per tentare di inquadrare questi fenomeni e per porre dei limiti alla manipolazione dei corpi; in questo senso l'obiezione può ricoprire un ruolo testimoniale a favore di una scienza che promuova la dignità umana e di una maternità non ridotta a mera riproduzione.

Un cenno è riservato alla terza ipotesi di obiezione legalizzata relativa alla sperimentazione animale, contenuta nella legge n. 413 del 1993; l'intervento legislativo ha recepito le richieste avanzate da parte dei sostenitori degli *animal rights*.

L'obiezione di coscienza, però, è un fenomeno sociale, quindi non rimane limitata e cristallizzata nelle sole previsioni del legislatore, ma potrebbero darsi casi di disobbedienza alla legge non riconosciuti in norme giuridiche: è il fenomeno dell'obiezione *contra legem* o rivendicata. Questa potrebbe verificarsi per una serie di ipotesi non prevedibili, ma, rimanendo nella sfera della bioetica e della biomedicina, un possibile futuro settore di applicazione di questo gesto può essere quello dei trattamenti sanitari non obbligatori, con riferimento alle questioni relative al fine vita (eutanasia, suicidio assistito..). Attualmente, in presenza di un divieto di pratiche eutanasiche le violazioni hanno ad oggetto questo divieto, anche se bisogna indagare circa l'opportunità di configurare questo gesto come vera obiezione, nel suo significato più profondo. Sicuramente, un'ipotesi di obiezione che potrà essere rivendicata, qualora non venga prevista dal legislatore, è quella del medico sul quale gravi

un obbligo di porre fine alla vita del paziente che lo richieda.

Capitolo 1

Definizioni

L'atto di disobbedienza, in quanto atto di libertà, è l'inizio della ragione

(E. Fromm, *Fuga dalla libertà*)

Il presente lavoro intende analizzare la tematica della “disobbedienza” alla legge, specificamente, nella sua forma dell’obiezione di coscienza. Un fenomeno sempre attuale e discusso, che presenta particolari criticità, dovute anche alla sua collocazione in un territorio di confine, rappresentato dall’intreccio di politica, diritto e morale.

Se, in generale, la questione della disobbedienza alla legge rinvia all’antitesi tra diritto e morale, tra obbligo politico e dovere di coscienza e richiama il problema del potere e della sua legittimità, come comportamento “antigiuridico”, che permette di passare ad un ambito metagiuridico e di confronto con la filosofia politica e morale¹.

Nello specifico, l’obiezione di coscienza desta un certo interesse esplicitamente giuridico, perché è un concetto oggi “positivizzato”, perciò oggetto di studio della dogmatica dei vari settori del diritto.

Un primo approccio ad una tematica tanto complessa è quello definitorio, con lo scopo di provare ad inquadrare l’obiezione di coscienza e di differenziarla dalle altre figure limitrofe, in particolare dalla disobbedienza civile. Riprendiamo questa distinzione, presentandone alcuni aspetti problematici, anche alla luce della metamorfosi subita dall’obie-

¹ 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, p. 1.

zione, a seguito del suo riconoscimento giuridico ed alla sua espansione in diversi settori dell'ordinamento.

1.1 La varie attitudini nei confronti del diritto

Per poter parlare delle forme di “disobbedienza alla legge” partiamo dal presupposto che ciascuna persona, sottoposta ad un ordinamento giuridico, ha il dovere di obbedire alle leggi: quello che si chiama *obbligo giuridico*, ma più in generale *obbligo politico*², oggetto di studio della

² Alessandro Passerin d'Entrèves attribuisce all'obbligo politico il significato di un dovere in capo agli individui di comportarsi in un determinato modo, che non è altro che la richiesta di ottemperare alle leggi dello Stato. Mettendo in relazione l'obbligo politico con la resistenza emerge la classificazione da lui elaborata, che evidenzia il diverso comportamento degli individui di fronte alla richiesta di obbedienza alle leggi.

La distinzione tra obbligo politico ed obbligo giuridico è poco netta, e sembra essere confermato da quanto si legge nelle pagine di questo autore, che dell'obbligo politico ha fatto il centro di gran parte del suo lavoro di studioso. Quando questi parla dell'obbligo politico come di «un dovere di sottomettersi al potere o di obbedire alle leggi» (A. Passerin d'Entrèves, *Sulla natura dell'obbligo politico*, in *Obbedienza e resistenza in una società democratica e altri saggi*, Edizioni di comunità, Milano, 1970, p. 72), sembra utilizzare alternativamente l'espressione, sia con riferimento all'autorità sia al rispetto delle norme. L'obbligo politico presuppone la legittimità dell'autorità, si tratta del dovere di appartenere ad uno Stato, che si traduce concretamente nel rispetto della legge.

Normalmente le due tipologie di obbligo vengono distinte definendo l'obbligo politico come l'obbligo generico di obbedire all'autorità, riconoscendole il crisma della legittimità; mentre per obbligo giuridico si intende specificamente il dovere di obbedire alle leggi, con «la consapevolezza del fatto che la validità delle regole che disciplinano la vita della comunità non può essere subordinata al proprio personale gradimento delle conseguenze che di volta in volta esse possono avere nei singoli casi» (E. Rippepe, *Torah e Dike: una preistoria dell'obbligo giuridico?*, in *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Eugenio Rippepe (a cura di), Plus – Università di Pisa, 2001, p. 45).

È evidente che i due concetti, se non coincidono totalmente, sono strettamente legati, e del resto la definizione di obbligo politico data da Bobbio è quella di un «dovere di obbedire alle leggi» (Bobbio N., Matteucci N., Pasquino G., *Il Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 1983, p. 338).

L'obbligo politico sarebbe quindi un elemento più generale, una sorta di «fedeltà all'ordinamento», piuttosto che di un'accettazione particolareggiata di ogni singola norma che l'ordinamento contiene» (A. Passerin d'Entrèves, *op.cit.*, p. 80), indicando nel consenso la legittimazione dello stato ad imporre la sua volontà e la volontà dei cittadini ad obbedire al diritto dell'ordinamento giuridico. Viceversa, l'obbligo giuridico indicherebbe il vincolo con riferimento ad ogni singola norma; purtuttavia presuppone l'obbligo politico, che, all'interno della nostra tematica, viene riconosciuto nel suo complesso.

filosofia politica. L'aspetto che a noi interessa è il suo rovescio, l'altra faccia della medaglia: il diritto-dovere di resistenza.

A questo proposito sembra opportuno riprendere la classificazione elaborata da Alessandro Passerin d'Entrèves³, che muove dalla considerazione che elemento centrale della resistenza sia la questione della sua legittimità. L'autore ha individuato otto diversi modi di conformarsi (o meno) alle norme, distinti in ordine di 'resistenza crescente':

- a) L'obbedienza consenziente: il soggetto conforma il suo comportamento al contenuto della norma perché riconosce l'obbligatorietà anche da un punto di vista morale, quindi si tratta di un'accettazione consapevole.
- b) l'obbedienza formale: il soggetto conforma il suo comportamento non per adesione consapevole alla norma, ma per conformismo, apatia, ignavia, non necessariamente per la paura della sanzione (sono tutti quei casi in cui i soggetti si conformano senza un'accettazione convinta, ma seguono le norme poste dall'ordinamento cosicché questo è efficace).
- c) l'evasione occulta: il destinatario della norma si conforma alla stessa solo per paura della sanzione, e laddove non ritenga di essere sanzionato pone in essere la violazione.
- d) l'obbedienza passiva: è il caso di inadempienza per ragioni di principio e di contemporanea accettazione della sanzione.
- e) l'obiezione di coscienza: si tratta di una violazione che ha ad oggetto singole norme e non l'intero ordinamento; il carattere del rifiuto è manifesto e propaganda principi ai quali si vuole restare coerenti.
- f) la disobbedienza civile: anche qui non si mette in discussione un intero ordinamento, ma l'obiettivo è quello di migliorarlo, la protesta assume un carattere collettivo, illegale e non violento.
- g) la resistenza passiva: che punta ad un mutamento politico radicale attraverso azioni non violente, o la liberazione di un potere considerato «straniero e nemico» .

³ A. Passerin d'Entrèves, *Legittimità e resistenza*, ristampato in id. *Potere e libertà in una società aperta*, il Mulino, Bologna (2005).

h) la resistenza attiva, che mira ad un mutamento radicale attraverso l'uso della violenza; si ha a che fare qui con un fenomeno che deve essere meglio definito rivoluzione, in cui si vuole perseguire il mutamento dell'ordinamento con ogni mezzo.

Se questa classificazione permette di inquadrare le varie condotte di inottemperanza alla luce dell'obbligo politico, tuttavia non mette chiarezza tra le varie figure, anzi crea anche una certa confusione, portando a sovrapporre i due concetti di "resistenza" e "rivoluzione", che in realtà vanno tenuti distinti, in quanto, se si osserva con attenzione, i veri e propri comportamenti di "resistenza" sono l'obbedienza passiva, l'obiezione di coscienza e la disobbedienza civile, che non rifiutano il sistema, ma «si pongono all'interno di questo, accettandone in complesso le norme, e fra queste anche quelle che comminano pene per l'inadempienza e le violazioni deliberatamente compiute»: le prime due vengono solitamente definite come comportamenti individuali, mentre la disobbedienza è collettiva⁴.

Al contrario, le due forme indicate come 'resistenza' sono atti rivoluzionari in cui sotto attacco è l'intero sistema, considerato illegittimo: difatti «non si può neppur più parlare in questi casi di inadempimento di un obbligo politico: l'esistenza stessa di questo è negata»⁵. E non è facile neppure distinguere tra disobbedienza civile e resistenza passiva, entrambe caratterizzate da una pubblicità dell'azione e dalla non violenza, però, la seconda ha l'obiettivo di mettere in discussione le istituzioni e modificarle, in quanto non ne riconosce la legittimità⁶. La problematicità nel distinguere in maniera chiara le varie categorie di resistenza è dimostrato dal fatto che i vari autori catalogano i casi concreti in modo differente: ad esempio, il movimento di Gandhi e quello di Martin Luther King vengono abitualmente ricondotti alla disobbedienza civile, ma altri autori li inseriscono all'interno della resistenza

⁴ A. Passerin d'Entrèves, *ult.op.cit.*, p. 263.

⁵ *Ibidem*

⁶ Una precisazione: va tenuta distinta da questi comportamenti la protesta legale, qualificabile come azione pubblica e non violenta, con fini di comunicazione, mirata a promuovere e realizzare un cambiamento nella società, all'interno dei limiti consentiti dalla legge (un esempio potrebbe essere una manifestazione di piazza).

passiva, poiché perseguono il cambiamento dell'ordinamento in cui si collocano⁷.

In questa ricostruzione è possibile notare la vicinanza tra due condotte - disobbedienza civile e obiezione di coscienza - e osservare che si tratta di due *species* di un più ampio *genus*, rappresentato dal *diritto di resistenza*.

Queste due figure sono state tenute ben distinte da numerosi autori, soprattutto nella letteratura americana e anglosassone, dove si riscontrano i maggiori sforzi nell'elaborazione di una teoria della disobbedienza civile, che risente di quel particolare contesto politico e sociale⁸.

Tuttavia, è sempre più difficile distinguere gli elementi che le differenziano, alla luce della trasformazione subita dall'obiezione, la quale ha via via assunto i caratteri dell'altra forma di disobbedienza⁹.

Vediamo quali sono i caratteri strutturali, le differenze che vengono evidenziate da questi autori e che vengono tenute ferme nello studio di queste condotte.

1.1.1 *Disobbedienza civile*

La disobbedienza civile può essere definita come quella particolare forma di resistenza, posta in essere *pubblicamente* da gruppi di persone, secondo modalità *non violente* (quantomeno verso le persone), allo scopo di denunciare l'*ingiustizia* di una o più norme giuridiche, in nome di principi che fanno parte dell'ordinamento, per esercitare una pressione sulle autorità politiche, a cui si chiede di modificare la/e norma/e ritenute ingiuste, *senza* mettere in discussione l'*intero* ordinamento.

⁷ Vedi F. Biondo, *Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio*, Giappicchelli, 2012, p. 98

⁸ Hannah Arendt, per esempio, nel ricostruire questo fenomeno si è riferita alle peculiarità delle istituzioni e del sistema sociale statunitense, con un rinvio anche a Tocqueville ed alla sua concezione della democrazia.

⁹ L. Guerzoni, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, in R. Botta (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, p. 186, nt. 22.

1.1.2 *Obiezione di coscienza*

L'obiezione di coscienza è un comportamento disobbediente, posto in essere da un singolo individuo nei confronti di una norma, secondo modalità *non violente* e sulla base di convinzioni morali, intime e personali. Si presenta come un conflitto di doveri: tra l'imperativo di coscienza e la norma giuridica esterna¹⁰.

1.2 Gli elementi di distinzione tra le due figure

Molti pensatori evidenziano le diversità delle due categorie, denunciando i fraintendimenti dei giuristi che nello sforzo «di giustificare sul piano morale o giuridico coloro che praticano la disobbedienza civile, assimilano il loro caso a quello dell'obietto di coscienza»¹¹.

Una caratteristica che distingue l'obiezione di coscienza dalla disobbedienza civile è l'*individualità* della condotta: la prima è l'atto del singolo che agisce in nome della coscienza; la seconda si apprezza come azione di gruppo e, qualora vi sia un'iniziativa individuale, *per sua natura* tende a coinvolgere il maggior numero di persone.

Un altro aspetto è la *pubblicità*, infatti nel caso della disobbedienza i soggetti rendono pubblica la loro condotta e sono disposti a subire la sanzione (uno degli elementi importanti che contraddistinguono questa forma di disobbedienza rispetto alla delinquenza comune, in cui l'autore sa di agire *contra legem*, con una volontà specifica di delinquere, spesso nell'ottica di raggiungere i propri interessi egoistici, consapevole

¹⁰ Non è per nulla semplice dare una definizione chiara e corretta dell'obiezione di coscienza, a causa delle molte indeterminatezze. Nel lessico della dogmatica troviamo diverse accezioni: una più ristretta che si riferisce al fenomeno che più di tutti simboleggia l'obiezione: il rifiuto di prestare il servizio militare; ma anche un'accezione intermedia che si caratterizza per una maggiore tecnicità, rispetto alla prima, e per una maggiore varietà, rispetto alla seconda, estendendosi ad altre ipotesi individuate dal legislatore. Ma le difficoltà non sono finite. È opinione diffusa riconoscere da un lato un'obiezione *secundum legem* e dall'altro un'obiezione *contra legem*. La prima si scontra con il concetto di opzione di coscienza, che per molti autori sarebbe più adeguato alle ipotesi riconosciute dal legislatore; la seconda si confronta necessariamente con il fenomeno della disobbedienza civile (G. Danesi, *op.cit.*, p. 2).

¹¹ H. Arendt, *La disobbedienza civile e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 35.

che ciò che ha fatto è male e, per questo, fugge la sanzione)¹²; mentre nel caso dell'obiezione si tratta di un atto privato, e non è necessario che ne sia resa pubblica la paternità: l'atto, in teoria, potrebbe essere compiuto in segreto. Per Rawls l'obiezione di coscienza non è un atto compiuto in pubblico o un pubblico appello¹³ ed è proprio questo elemento della pubblicità dell'atto forse il carattere discriminante più significativo tra le due figure. Nella disobbedienza è costitutiva e desiderata, nell'obiezione è accessoria.

Merita un approfondimento il carattere *politico* della condotta. Sia la disobbedienza che l'obiezione sono atti di resistenza e non rivoluzionari: non mettono in discussione l'intero ordinamento, ma disobbediscono ad alcune norme, di cui si denuncia l'ingiustizia. Tuttavia, molti ritengono che la disobbedienza sia un atto politico, che mira a riformare parte dell'ordinamento sulla base di valori che siano condivisi dalla maggior parte della popolazione e sono insiti nell'ordinamento stesso. È un atto, quindi, che vuole essere d'esempio per altri e si rivolge alla pubblica autorità.

Diversamente, l'obiezione non vuole modificare la società, semplicemente non accetta alcuni obblighi sulla base di motivazioni personali, che non necessariamente devono essere condivise dal resto della società. Anche nel caso in cui non sia riconosciuta una forma di obiezione, il soggetto si ritiene autorizzato a violare la norma in quanto contrastante con la sua coscienza, non importa se questo è condiviso dalla società.

In questo senso, la Arendt alla "volontà comune" dei disobbedienti contrappone l'apoliticità della coscienza dell'obietto; perciò i disobbedienti sono mossi dall'impegno politico, mentre l'obietto da un dovere morale, disinteressandosi, almeno inizialmente, del mondo e degli abusi che in esso avvengono. Non a caso la filosofa legge la "Disobbedienza Civile" di Thoreau ("il padre fondatore" del termine) alla luce di questa distinzione, ricollegando la riflessione di questo nell'ambito dell'obiezione. Per Arendt l'obietto si contraddistingue per una coscienza

¹² L'obiezione deve essere ben distinta anche dall'evasione occulta teorizzata da A. Passerin d'Entrèves, in cui si ha un rifiuto del potere che si traduce nella disobbedienza ai suoi comandi, ma è compiuto segretamente per ragioni opportunistiche, quindi privo del valore morale che caratterizza queste altre forme di resistenza. (A. Passerin d'Entrèves, *Legittimità e resistenza*, in AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, Studi Sassaesi, Serie III, Giuffrè, Torino, 1970, p. 39.

¹³ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 315.

“apolitica” – dove politico nella sua riflessione è il luogo, lo spazio del confronto e della confutazione – e soggettiva: non si pone come obiettivo il cambiamento *in melius* della società, inteso anche come preservazione o restaurazione dello *status quo*, ma ha a cuore la coerenza delle proprie azioni con la propria coscienza, le cui regole dicono di evitare 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»¹⁴.

Simile è la posizione di John Rawls che per entrambe le forme di dissenso cerca di individuare la definizione e la giustificazione. Le definisce come gesti di coscienza, ma distinti per la politicità dei motivi e la pubblicità dell'atto. Entrambe non mettono in discussione l'obbligo politico e si inseriscono in uno stato democratico quasi-giusto, ma i disobbedienti fanno appello ad un'idea di giustizia e a dei valori condivisi dalla società, con lo scopo di «produrre un cambiamento nelle leggi o nelle politiche del governo»¹⁵, mentre l'obiettore non si richiama alle convinzioni della comunità, anzi sa che il suo gesto potrebbe non essere compreso. Del resto l'obiettore chiede un'esenzione nei confronti di una legge che è genericamente giusta, senza pretendere che la sua azione apporti una modifica a quella legge o all'interno dell'ordinamento, ma richiede l'immunizzazione dalla sanzione.

La distinzione abbraccia quindi le motivazioni che spingono il soggetto ad agire. Nel caso della disobbedienza sono motivazioni politiche o giuridiche, che si rifanno ad ideali di giustizia condivisi dall'opinione pubblica, mentre «l'obiezione di coscienza non è una forma di appello che si richiama al senso di giustizia della maggioranza»¹⁶, ma primariamente è fondata su principi religiosi o morali.

1.2.1 *Alcuni rilievi critici: spunti per una riflessione*

Si è constatato come disobbedienza civile ed obiezione di coscienza vengano normalmente tenute ben distinte. Tuttavia, se si guarda alla prassi, soprattutto italiana, è osservabile una commistione tra i vari

¹⁴ H. Arendt, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵ J. Rawls, *op. cit.*, p. 348.

¹⁶ *Ivi*, p. 353.

elementi, che rendono evanescente la distinzione tra le due: abbiamo casi di obiezione di coscienza realizzati in gruppo e pubblicamente.

La difficoltà a distinguere nettamente tra le due è riscontrabile anche in quegli autori precedentemente citati: lo stesso Rawls ammetteva 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»¹⁷; perciò non negava che i due fenomeni fossero molto simili e che per distinguerli fosse necessario fornire una definizione precisa di disobbedienza civile.

Oggi la linea di demarcazione che le separa è sempre più sottile soprattutto a causa delle mutazioni che ha subito l'obiezione. Quest'ultima possiede «una vocazione di espansione»¹⁸ che si può apprezzare su tre piani: un'espansione storica e geografica, che ha portato ad un riconoscimento e ad una richiesta di obiezione in tutti i paesi democratici; un'espansione nei motivi, che sono passati dall'essere prevalentemente religiosi a motivi etici e ideologici; un'espansione nel contenuto perché la stessa viene invocata nelle materie più disparate, dall'ambito militare a quello medico, della sperimentazione animale e così via. Questa ampia casistica dell'obiezione sfuma i confini, le motivazioni e gli obiettivi tradizionali fino a farne un fenomeno quasi sovrapponibile alla disobbedienza civile, di cui ha fatto propri i caratteri, soprattutto all'interno del contesto italiano ed europeo continentale¹⁹. Basti pensare a casi quale quello dell' "obiezione fiscale di coscienza alle spese militari" che ha assunto le forme considerate tradizionali della disobbedienza civile, *in primis* la pubblicità (attraverso i banchetti sulle strade pubbliche) e che ha visto assolvere questi obiettori, imputati del reato di istigazione alla disobbedienza a leggi di ordine pubblico. Diventa sempre più difficile distinguere tra la prassi di chi disobbedisce ad una legge perché contraria ai principi politici e la condotta di chi rifiuta un obbligo giuridico per motivi di coscienza. Le ragioni dell'espansione sono

¹⁷ *Ivi*, p. 352.

¹⁸ A. Ruiz Miguel, *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, p. 71.

¹⁹ L. Guerzoni, *op.cit.*, p. 186 nt 22.

sicuramente individuabili nella perdita di alcuni valori tradizionali, in particolare in materia di bioetica, dove lo stato in maniera sempre più massiccia legifera, rendendo la legge intollerabile a coscienze orientate verso il rispetto di questi valori. Dall'altro lato, può essere vero che l'obiezione soffre della stessa 'patologia'²⁰ dei diritti umani: in un'epoca in cui questi assumono sempre più importanza e vengono interpretati in modo «così estensivo e parcellizzato da farne impallidire e sfumare il significato originario, altrettanto l'obiezione di coscienza si è venuta parcellizzando fino a chiedere dignità di resistenza per opinioni e orientamenti di carattere secondario o chiaramente politico»²¹.

Questo dimostra come sia difficile l'operazione definitoria, alla luce soprattutto della realtà fattuale, che in questo ambito fatica ad essere ricondotta a definizioni cristallizzate.

Proprio a partire dal dato empirico si possono individuare i punti di debolezza della distinzione classica, anche se, per quanto ci si renda conto della difficoltà di inquadrare queste pratiche, siamo ben lungi dal negare l'importanza di una definizione, che si vuole tentare di ricostruire a partire dalla realtà e dal confronto con la pratica della disobbedienza civile.

Partiamo intanto da un aspetto condiviso da tutti gli autori: entrambe le condotte di resistenza si inseriscono nell'ordinamento, non sono volte a sovvertirlo, bensì ne riconoscono la complessiva giustizia ed i valori su cui si erge. In altre parole, non mettono in dubbio l'intero obbligo politico. Questo ci permette di fare una premessa: il nostro lavoro viene circoscritto ad ordinamenti quasi-giusti, in particolare ad ordinamenti democratici costituzionali, in cui vi è una condivisione dei principi fondamentali, possiamo dire dei contenuti del "contratto sociale" e nei quali i "disobbedienti" riconoscono l'autorità e i doveri derivanti dall'appartenenza a quella società, e la loro azione si inserisce in questo contesto in cui una denuncia dell'ingiustizia di singole norme.

Soffermiamoci sull'assunto che l'obiezione sia un atteggiamento necessariamente *individuale* e la disobbedienza *collettivo*. Partendo dal dato di fatto, una quantità sempre più numerosa di soggetti praticano

²⁰ Termine utilizzato da C. Cardia, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», maggio 2009, p. 2, consultabile online in www.statoechiese.it

²¹ *Ivi*, pp. 2-3.

obiezione di coscienza nei confronti di una legge, tanto da poter parlare di obiezione “di gruppo”²². L’obiezione di coscienza viene riconosciuta anche ad “istituzioni di tendenza”²³. Questo elemento viene portato a giustificazione del carattere individuale e non collettivo dell’obiezione: l’ente è costituito da persone ognuna delle quali è titolare della sua obiezione di coscienza, in quanto sono gli uomini a qualificare le istituzioni e non il contrario. Perciò si deve ribadire il carattere personalissimo dell’obiezione di coscienza e, anche qualora si possa parlare di un’estensione dei motivi a convincimenti politici, questi devono essere fatti propri dall’obiettore, il quale agisce singolarmente e non si può mai parlare di atto collettivo. Tuttavia, se riconoscere un diritto all’obiezione in capo ad enti e gruppi non significa che l’obiezione sia una condotta collettiva, pare che questo discorso si possa estendere alla disobbedienza civile: questa si manifesta tendenzialmente “in gruppo”, ma questo è formato da singoli individui, ognuno dei quali è titolare personalmente di “un’istanza” a disobbedire.

I caratteri della collettività e individualità attengono più alle modalità in cui può essere realizzata l’obiezione o la disobbedienza, più che ad una qualità ontologica delle stesse. Anche la Arendt sosteneva che la disobbedienza civile possa nascere per gemmazione, dalla somma di tante obiezioni, perché si era resa conto che talvolta le obiezioni sono attribuibili ad un gruppo e risolve questa difficoltà affermando che «non si tratta più di individui [...] la decisione presa *in foro conscientiae* fa ormai parte della pubblica opinione»²⁴ e non possono più richiamarsi alla sola coscienza. Questo il suo tentativo di rispondere alle critiche a cui si prestava il suo pensiero che negava la politicità della coscienza dell’obiettore.

Tutto questo significa che anche le motivazioni dell’obiettore sono politiche nel momento in cui diventano motivazioni che accomunano più soggetti; la politicità di un motivo infatti non dipende dal numero di coloro che lo condividono, bensì dalla sua capacità di assumere rilevanza

²² Allo stesso modo la disobbedienza civile non è mai stata solo collettiva, viene ricondotto ad essa il caso di Rosa Parks che nel 1955 rispose con un diniego alla richiesta di cedere il posto in autobus ad un bianco, il conducente chiamò la polizia e la donna fu messa in prigione.

²³ V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell’esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 68.

²⁴ H. Arendt, *op. cit.*, p. 49.

nel dibattito politico, come principio dell'ordinamento. E questo oggi non può essere escluso per l'obiezione che si realizza sia individualmente, nella quotidianità dei singoli individui, sia collettivamente (si pensi ai Movimenti *prolife* che permanentemente rivendicano il bene della vita che si vuole tutelare indirettamente con l'obiezione).

Inoltre (per quanto attiene alla *pubblicità*, considerato vero e proprio discrimine) l'obietto-re rivendica sempre più pubblicamente la sua azione; anzi, secondo alcuni, la pubblicità è un carattere classico dell'obiezione²⁵. Non si può negare che sia un gesto pubblico: l'obietto-re rende pubblica la sua scelta, altrimenti si avrebbero altre forme di disobbedienza, come l'evasione occulta, ma l'obietto-re propaga la sua scelta, perché sia riconosciuta la possibilità di obiettare, ma anche per denunciare l'ingiustizia della scelta del legislatore. Ecco che qui si richiama il carattere della politicità dell'atto.

L'affermazione secondo cui il disobbediente auspica un cambiamento nell'ordinamento, mentre l'obietto-re è mosso da un interesse personale, disinteressandosi a ciò che succede nel "resto del mondo" è tutt'altro che pacifica, infatti una parte della letteratura²⁶ ha evidenziato che non si può trascurare il carattere testimoniale e profetico dell'obiezione. L'obietto-re denuncia l'immoralità di una legge, sulla base, è vero, di profonde convinzioni personali, ma che ritiene possano essere valide per la costruzione di una società giusta, quindi, in ultima analisi, denuncia l'ingiustizia della norma, per esercitare quella pressione necessaria a spingere il legislatore ad esercitare i suoi poteri secondo giustizia²⁷.

²⁵ *Ivi*, p. 71.

²⁶ Cfr. 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), il quale afferma: «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»

²⁷ 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*

L'obiezione di coscienza non è soltanto una richiesta di "essere lasciati in pace", in modo tale da non dover essere costretti ad agire in modo ripugnante per la propria coscienza (non si nega questo scopo privato), ma vuole essere una forma di partecipazione al dibattito pubblico, come la disobbedienza civile ; quindi l'obietto di coscienza non direbbe semplicemente, come sostenuto dalla Harendt, «ciò che non permette a me di vivere potrebbe non disturbare la coscienza di un altro», ma affermerebbe dei valori che anche le altre coscienze potrebbero accogliere. L'obiezione ha tra i suoi obiettivi sicuramente quello di manifestare il contrasto tra la propria coscienza e la legge, in modo tale da evitare un comportamento contrario alla prima; ma vi è anche «la volontà di modificare l'imperativo contenuto nella legge, che l'obietto intende combattere non perché in contrasto solamente con la propria coscienza, ma con i valori etici da esso ritenuti inaccettabili e pericolosi per la società tutta»²⁸ . Non è una forma di diritto alla privacy²⁹, ovvero una particolare declinazione di esso da intendersi come tutela dell'intimità morale (anche perché altrimenti non richiederebbe di avere una rilevanza pubblica). La scelta obietto è (o dovrebbe essere) una scelta spesso drammatica, che non può essere banalizzata a semplice gesto egoistico, ma si apre all'altro; è personale, ma non in quanto privata, «ma in quanto rapporto tra due persone, fondato sul riconoscimento esclusivo della loro comune identità di natura», che non si pone in un'ottica neutrale rispetto ai valori e ai principi della comunità, ma ne afferma altri, ritenuti compatibili con la Costituzione. Allo stesso modo, la disobbedienza civile rivendica dei principi di giustizia che non è detto siano accolti nella comunità politica o che siano condivisi dalla maggioranza delle persone: entrambe sono espressione di un gruppo, quindi incarnano delle appartenenze 'parziali' della comunità politica³⁰. Senza contare che, se non si vuole guardare al valore tutelato con l'obiezione, la rivendicazione degli obietto viene comunque sempre fatta in nome di un principio cardine dell'ordinamento: quello della libertà

di coscienza come diritto, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2009, n. 9, p. 171).

²⁸ E. Rossi, *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Cedam, Padova, 1989, p. 79.

²⁹ Vedi F. Biondo, *op.cit.*, p. 117. Richiama il suggerimento fornito da C. Sartea., p. 117 nt. 64.

³⁰ *Ivi.* p. 110.

di coscienza e dell'incoercibilità da parte dello Stato.

In conclusione, le pratiche di violazione di alcune norme giuridiche per ragioni morali possono essere considerate, contemporaneamente, obiezione di coscienza e disobbedienza civile.

1.2.2 *La problematica relativa alla sanzione giuridica*

Si ritiene che una caratteristica della disobbedienza sia l'inevitabile sanzione e l'accettazione da parte del disobbediente, mentre nell'obiezione la sanzione verrebbe esclusa dalla pretesa dell'obietto di esserne immunizzato³¹.

La sanzionabilità degli atti disobbedienti è uno dei punti più controversi, soprattutto se si considera la disobbedienza civile come un'espressione di un dissenso nei confronti delle istituzioni. Un primo problema riguarda la considerazione del disobbediente alla stregua di un comune delinquente. Negli Stati Uniti vi sono stati ampi dibattiti su tale questione: secondo alcuni il disobbediente non è perseguibile in virtù del Primo Emendamento della Costituzione Americana, quando non violi diritti altrui, quindi la disobbedienza sia pacifica. Per altri, come Dworkin, si rimanda ad un potere discrezionale dei giudici.

L'altro aspetto attiene all'accettazione della sanzione, se sia un dovere logico o morale.

L'accettazione della punizione permette di risolvere quel paradosso intrinseco alla disobbedienza civile, ovvero quello di essere un atto necessario e lecito, ma inserito in un contesto in cui i cittadini sono titolari di un obbligo giuridico nei confronti delle leggi, a cui in qualche modo contribuiscono, all'interno di uno stato democratico, attraverso elezioni. Poiché il disobbediente agisce pubblicamente e non rifiuta il sistema, allora un carattere fondamentale della disobbedienza è l'assoggettarsi volontariamente alla punizione dell'ordinamento. Tuttavia, l'accettazione della sanzione non è un elemento costitutivo e necessario della disobbedienza. Intanto la sottomissione alla sanzione non implica la sua accettazione, non significa che il soggetto riconosca la legittimità della sanzione, anzi è piuttosto probabile che la contesti, facendo appel-

³¹ Si riprende la questione come sviluppata da F. Biondo, *op.cit.*, pp. 118 ss.

lo ai principi (costituzionali) rivendicati dalla sua azione, contestando l'ingiustizia della legge. La sottomissione alla sanzione potrebbe essere una strategia volta a rendere l'atto ancora più pubblico, perciò il disobbediente considera le conseguenze sanzionatorie ingiuste, ma non si sottrae ad esse per ricevere un maggior consenso nell'opinione pubblica presentandosi come testimone di valori di giustizia, disposto a sacrificare anche la sua libertà.

Inoltre, l'idea di un disobbediente spinto fino al totale sacrificio personale è poco realistica, nonché talvolta dannosa: ci sono situazioni di norme talmente ingiuste, ad esempio le numerose legislazioni in materia di immigrazione ispirate ad una logica sempre più restrittiva e discriminatoria, che una sottomissione addirittura spontanea alla sanzione non permetterebbe di realizzare alcun aiuto per coloro che subiscono la legge. La disobbedienza, talvolta, potrebbe essere segreta: in questo caso l'opinione più diffusa ritiene che non si debba parlare di disobbedienza civile; in realtà, quando la disobbedienza viene realizzata anche segretamente, ma con il fine di rendere poi pubblica l'ingiustizia della legge, si è sempre nell'ambito della disobbedienza civile (un esempio ne è il caso di Daniel Ellsberg, analista militare del ministero della difesa, che fece filtrare all'esterno documenti classificati come segreti, in modo tale da creare le condizioni per un dibattito trasparente ed informato. L'accettazione della sanzione e la sottomissione volontaria non sono elementi necessari per poter dire che si è in presenza di un atto di disobbedienza civile; questo non significa che la sanzione non sia un elemento essenziale nella caratterizzazione di queste condotte: secondo la teoria più autorevole della disobbedienza civile non si può rifiutare la possibilità di subire conseguenze giuridiche.

Per quel che riguarda l'obiettore, egli non rifiuta necessariamente le conseguenze derivanti dalla sua azione. Di fronte ad un'obiezione *secundum legem* l'obiettore è immunizzato da conseguenze penali, ma non è esclusa la possibilità di un onere a suo carico, e di fronte a quella *contra legem* (o sarebbe meglio dire, come vedremo, *sine lege*) non si sottrae alle conseguenze, anzi auspica l'avvio di un procedimento giurisdizionale per il riconoscimento del suo diritto ad obiettare.

Allo stesso modo il disobbediente civile che disobbedisce "in nome

del diritto³², quindi con lo scopo di mantenere l'ordinamento denunciando la contrarietà della norma ai principi dell'ordinamento stesso, può non incorrere in una sanzione perché il suo gesto è finalizzato alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che vieta quel comportamento. Questo non può essere più qualificato come illecito, perché la norma che lo vietava è dichiarata incostituzionale³³. Certo prima del giudizio di costituzionalità, l'illegittimità è presunta, per cui il disobbediente rischia l'applicazione della sanzione, qualora non venga dichiarata incostituzionale la legge violata.

Non solo, l'atto di disobbedienza può rientrare nell'applicazione dell'art. 51, quindi qualificarsi come esercizio di un diritto o come causa di esclusione della colpevolezza³⁴.

1.3 Una mappa concettuale per una definizione.

Sia l'obiezione di coscienza che la disobbedienza civile partono dall'accettazione dell'ordinamento giuridico da parte del soggetto. Questo ci permette di distinguere queste condotte da quella del resistente-rivoluzionario che intende modificare l'ordine costituito, con metodi violenti o pacifici. Inoltre, possiamo circoscrivere il discorso agli ordinamenti quasi-giusti, in cui il soggetto riconosce la legittimità delle istituzioni.

Se guardiamo alla possibile opposizione del soggetto all'ordinamento, questa può essere motivata da principi religiosi, morali o politici che passano attraverso l'analisi della coscienza dell'individuo³⁵. Quindi il punto di partenza è la coscienza, che nell'obiezione si pone *latu sensu*, mentre nella disobbedienza civile è una coscienza specificamente 'politica', che guarda ai principi superiori dell'ordinamento, in parti-

³² F. Biondo, *op.cit.*, p. 88.

³³ Ivi, p. 144.

³⁴ Nel primo caso la condotta è giustificata giuridicamente perché la disobbedienza può essere considerata come un caso di esercizio di un diritto fondamentale che viola una norma, che si pone come limite però a questo diritto fondamentale. Nell'altro caso il soggetto disobbediente compie un atto tipico ed antigiuridico, ma non gli si può muovere alcun rimprovero.

³⁵ 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, 1991, p. 69.

colare quelli affermati in Costituzione. La disobbedienza interviene nel momento in cui gli strumenti di controllo interni non sono bastati, denunciando l'ingiustizia e spesso l'invalidità materiale della legge in nome di principi già condivisi. È una partita che si gioca tutta all'interno dell'ordinamento, tra principi riconducibili a quelli dell'ordinamento giuridico. L'obiettore rifiuta una legge che si pone in "alterità netta"³⁶ rispetto a valori, principi che risiedono nella sua sfera più intima, che spesso ritiene parte dell'ordinamento (come ad esempio la vita), ma o non sono ancora condivisi dalla maggioranza oppure propone un'interpretazione differente della legge o della stessa Costituzione rispetto a quella che comunemente viene data.

Il fenomeno ha infatti acquisito una dimensione politica: il rifiuto di obbedienza è pubblico, il comportamento non è solo individuale ma è in grado di creare gruppi omogenei, la scelta è pubblicamente propagandata e organizzata, è divenuto un «fatto di opinione»³⁷. Il che significa che il soggetto non solo pretende di poter agire in disaccordo alla legge in una dimensione pubblica, ma con questo gesto rivendica una partecipazione politica alle scelte del legislatore attraverso una critica "concreta" alla legge.

Un cambiamento dell'obiezione che è riconducibile all'emersione di una coscienza 'laica', per cui non è più dettata da soli motivi religiosi; le obiezioni dettate da motivi prettamente religiosi sono una minoranza, perché i motivi sono considerati comuni all'uomo, indipendentemente dall'essere credente o meno.

Tuttavia, bisogna riconoscere che nell'obiezione, agli occhi dell'ordinamento, la finalità principale rimane quella di tutelare la coscienza, che è rivendicata anche dall'obiettore, il quale, però, non prescinde dal valore che intende salvaguardare con il suo gesto.

Concludendo, entrambe queste forme di resistenza hanno come punto di partenza la coscienza, sono entrambe forme di disobbedienza dettate da ragione che nascono nella coscienza dell'individuo. L'obiezione è, però, una disobbedienza per motivi di coscienza ad ampio spettro che può assumere *anche* una finalità politica, chiedendo una tutela al bene che indirettamente viene salvaguardato, ma *primariamente* si pone

³⁶ C. Cardia, *op.cit.*, p. 3.

³⁷ L. Guerzoni, *op.cit.*, p. 183.

come strumento di tutela dell'interiorità del singolo di fronte allo Stato. Non richiede un cambiamento immediato, ma un rispetto per quel valore professato e l'auspicio che la sua azione possa provocare delle conseguenze, in attesa di sostituire al "presente della norma, il futuro della profezia"³⁸. La disobbedienza civile si pone come «meccanismo di stabilizzazione di un sistema democratico»³⁹ con una finalità *eminente* politica: l'obiettivo è quello di promuovere valori condivisi dal senso comune di giustizia, che appartengono già all'ordinamento (che vi risiedono magari implicitamente) e si agisce perché questo cambiamento avvenga.

Le figure sono sempre più difficilmente distinguibili, tanto che qualcuno ha ipotizzato la possibilità di creare un *tertium genus*⁴⁰. Seppur non è facile qualificare le singole condotte entro le categorie fissate, permane l'importanza di una costruzione di alcuni idealtipi in cui si possano riassumere le diverse attitudini dei soggetti nei confronti della legge, senza che le singole fattispecie concrete possano essere sempre ricondotte alle specifiche categorie astratte. Lo studio intende focalizzare l'attenzione sulla figura dell'obiezione di coscienza. Per procedere è importante capire, *in primis*, l'evoluzione del diritto di resistenza e se vi è la possibilità all'interno di un ordinamento democratico di riconoscere uno spazio alla disobbedienza, quindi se la disobbedienza sia legittima e giustificata moralmente. Successivamente, sarà necessario individuare la giustificazione e il fondamento dell'obiezione di coscienza anche su di un piano giuridico, ovvero se l'obiezione da *istanza* può effettivamente essere riconosciuta come *diritto*.

³⁸ R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994.

³⁹ J. Rawls, *op. cit.*, p. 365.

⁴⁰ L. Guerzoni, *op. cit.*, p. 186, nt 20.

Capitolo 2

Una storia di resistenza: dalle origini alla democrazia

Tengo per fermo che senza disobbedienza l'umanità non avrebbe mai fatto alcun cammino.

(A. Passerin d'Entrèves, *Quando disobbedire è un dovere*)

Non si può negare che, nel corso della storia, vi siano stati individui che si sono opposti alle regole dettate dall'autorità o ai comportamenti in cui si sono espresse le opinioni 'altrui', obbedendo alle ragioni della propria coscienza. È il tema del potere, il centro della teoria politica, a cui qui si guarda *ex parte populi*¹, ponendo l'accento sull'individuo che si relaziona con l'autorità, dal cui confronto può scaturire, talvolta, il gesto di resistenza (ovvero dell'opposto dell'obbedienza: non si tratta di una semplice critica all'ordine costituito – questa sarebbe la contestazione – ma di una sua messa in crisi, parziale o totale, a seconda del contesto sociale in cui si viene a concretizzare).

Storicamente la disobbedienza si è manifestata in modi e con finalità diverse – che hanno giustificato, a livello teorico, la necessità di una classificazione² – ma la sua essenza è *sempre* lo scontro tra il dominio autonomo della coscienza individuale e la decisione dell'autorità. È una dialettica tra il singolo ed il potere che ha permesso lo sviluppo dell'umanità. La civiltà è nata con un gesto di disobbedienza: il rifiuto di

¹ N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione, oggi*, in *Autonomia e diritto di resistenza*, Studi Sassaesi, Serie III, Giuffrè, Milano, 1970, p. 15.

² È lo sforzo realizzato, fra tutti, da A. Passerin d'Entrèves, *Legittimità e resistenza, op.cit.*, pp. 35-36-37.

Adamo ed Eva di obbedire al comando divino di non mangiare dell'albero della conoscenza³. La storia è ricca di fenomeni di opposizione, a volte violenta, ed è anche grazie a questa che lo Stato ha conosciuto la sua evoluzione (molti stati costituzionali sono nati dalla resistenza alle grandi dittature del XX secolo). Nel corso della storia la resistenza alla legge è stata prevalentemente intesa come categoria unitaria. È dalla seconda metà del Novecento che si è cominciato a considerarla più attentamente procedendo ad una sua 'decostruzione' analitica e classificazione delle varie sottocategorie⁴; a partire dall'elaborazione concettuale del diritto di resistenza si è avuto il maggiore contributo alla teorizzazione della "moderna" obiezione di coscienza.⁵

2.1 L'antinomia tra legge e coscienza nel mondo greco: Antigone e Socrate

In ogni discorso sulla contrapposizione tra obbligo politico e dovere di coscienza, l'analisi non può che avere come punto di partenza l'emblematico gesto di disobbedienza di *Antigone*, nell'omonima tragedia greca di Sofocle, e l'opposto gesto di ubbidienza di Socrate, nel *Critone* di Platone.

Taluni affermano che sia «indubitabile che il mito greco di Antigone possa essere letto come già espressivo, di per sé, del fenomeno obiettorio»⁶, vedendo in Antigone il prototipo dell'obietto.

In realtà, considerare la fragile eroina come obiettrice appare eccessivo, perché si corre il rischio di attribuire un'interpretazione smodata-

³ Per quanto il gesto di Adamo ed Eva rappresenti una «caduta» e la perdita di quella condizione di equilibrio del Paradiso terrestre; tuttavia solo così l'uomo ha acquistato la sua condizione umana, costituita da miseria, ma anche da quella grande possibilità che è il libero arbitrio.

Allo stesso modo, nella tradizione greca, il progresso umano è reso possibile dalla disobbedienza di Prometeo, che rifiuta di essere il servo obbediente degli dei.

⁴ Ora la riflessione merita un ulteriore sviluppo alla luce dei cambiamenti intervenuti nell'obiezione di coscienza e della sua rivendicazione come diritto, che offre spunti per riflettere su un riconoscimento della resistenza *motivata*.

⁵ 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, 1992, p. 75.

⁶V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone, op.cit.*, p.5.

mente moderna della tragedia, ovvero un'interpretazione decontestualizzata dal periodo storico in cui nasce.

Polinice, fratello di Antigone, cadde durante lo scontro presso Tebe, insieme ad Eteocle, che difendeva la città dall'assedio. Creonte proibì la sepoltura del cadavere di Polinice all'interno dei confini di Tebe, secondo un'antica norma in uso presso i greci. La religione greca, però, attribuiva grande importanza alla sepoltura dei defunti, in quanto le anime, prive di sepoltura, non trovavano pace ed erravano in eterno.

Antigone preferì obbedire alle leggi divine e disobbedire all'ordine di Creonte, così prese il cadavere del fratello e tentò di seppellirlo, senza riuscirci perché fu fermata dalle sentinelle di Creonte.

Quando si trovò al cospetto del re, il quale le chiese come avesse potuto violare le norme da lui poste, Antigone rispose:

«Ero convinta: gli ordini (kerigmata) che tu gridi non hanno tanto nerbo da far violare a chi ha morte in sé regole (nòmima) sovrumane, non mai scritte senza cedimenti. Regole non d'un'ora, non d'un giorno fa. Hanno vita misteriosamente eterna. Nessuno sa radice della loro luce. E in nome d'esse non volevo colpe, io, nel tribunale degli dèi, intimidita da ragioni umane»⁷.

Varie sono le letture che sono state fornite del testo: la tragedia in cui si afferma, per eccellenza, l'antitesi tra diritto naturale e diritto positivo oppure tra i valori della legge divina iscritta nei rituali della famiglia e le ragioni della *pòlis*. Senza Dubbio l'*Antigone* descrive un conflitto, fondamentale per la nostra ricerca: quello tra l'individuo e gli ordini dell'autorità politica. L'interpretazione tradizionale legge questo contrasto come il diritto di resistenza in nome del diritto naturale che si scontra con la legge emanata dall'autorità. Tuttavia, una diversa chiave di lettura, che tiene conto del contesto politico in cui nasce la tragedia, critica e supera quella hegeliana: il conflitto che si manifesta è quello tra due codici normativi differenti: le norme non scritte ed il diritto positivo, proclamato da Creonte ⁸. Questa lettura è riassunta da Zagrebelsky, che definisce la tensione tra il diritto di Antigone e la

⁷ Sofocle, *Edipo Re-Edipo a Colono-Antigone*, tr.it. Di E. Savino, Garzanti, Milano, 2000.

⁸ Cit. G. Cerri, in A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Università di Teramo – Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè, 2006, p. 29.

legge di Creonte come «un conflitto tra resistenze arcaizzanti e tensioni modernizzanti nel governo della città»⁹; la contesa tra Antigone e Creonte è la contesa tra le famiglie aristocratiche - e i loro valori - e le spinte verso una *pòlis* democratica. Le prime erano portatrici di leggi di tradizione orale e divina, si opponevano al processo di democratizzazione e di trascrizione del diritto¹⁰. Non si può parlare, quindi, di una ribellione di Antigone rivolta a contestare la sovranità di Creonte e ad opporre la coscienza individuale in senso moderno all'autorità¹¹, poiché questa sarebbe una visione troppo moderna del testo.

Ma, se questa lettura è illuminante per inquadrare in modo opportuno il conflitto e non va trascurata, resta il fatto che nella tragedia si scontrano due visioni opposte, portatrici di due valori altrettanto antagonisti. Da ciò deriva un elemento centrale per la nostra riflessione, che incarna il significato e la logica del moderno scontro tra la legge appartenente ad un sistema democratico e la disobbedienza ad essa. Il conflitto tra Antigone e Creonte non raffigura la banale contrapposizione tra il Bene e il Male, tra le ragioni dell'una e i torti dell'altro; questo significherebbe renderli dei personaggi asettici e astorici. È il conflitto tra due principi, tra due "sistemi di valori"¹², tra un dovere che è avvertito come sacro di seppellire il fratello (o, se si preferisce, il dovere di mantenere i valori e la tradizione orale delle famiglie aristocratiche) e una legge che è bandita pubblicamente e legittima. A pensarci bene, non è questo il conflitto che si ripresenta oggi tra la legge democraticamente approvata, che segue dei valori, e la coscienza che ne oppone altri? E il conflitto è ancora più drammatico, o proprio per questo lo è, se si considera che entrambe le figure personificano dei valori ed entrambe hanno una loro giustificazione¹³. L'alternativa non si pone tra chi ha completamente ragione e chi ha tutti i torti, ma le ragioni sono più bilanciate ed è il Coro stesso a riconoscerlo: «questa è

⁹ G. Zagrebelsky, *Antigone e la legge che smarrisce il diritto*, cit., p.1.

¹⁰ A. Buratti, *op.cit.*, p. 41.

¹¹ G. Zagrebelsky, *Antigone fra diritto e politica*, intervento all'inaugurazione del seminario "Centro Studi Parlamentari Silvano Tosi" di Firenze, 2002, p. 15.

¹²E. Rippepe, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani: omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Giappichelli, 2002, p. 685.

¹³ *Ivi*, p. 684.

la tragedia dell'Antigone, che si aggiunge alla tragedia di Antigone»¹⁴. A sostegno di ciò, e al di là delle letture conformiste che dell'opera sono state offerte, ci sono dei punti che non sono per nulla marginali e che sono stati chiariti dalla lettura hegeliana: Creonte viene chiamato tiranno da Sofocle, ma nel senso di *signore* di Tebe, non nel senso attuale di despota; per cui la sua legge non è un'imposizione arbitraria, bensì una norma legittima¹⁵.

Se Sofocle non intendeva fare di Antigone un'obiettrice di coscienza, quantomeno nel senso moderno di una coscienza come capacità critica in grado di attribuire degli specifici valori ai propri atti in relazione alla legge morale, in altre parole, di discernere tra bene e male¹⁶, senza dubbio nella sua figura ritroviamo quel dilemma che oggi lacera interiormente il soggetto che obietta: Antigone ha le sue ragioni, dettate dai vincoli di sangue, dalle tradizioni delle famiglie aristocratiche, ma è pur sempre inserita nella *pòlis*, da lei riconosciuta e a cui, infondo, non si sottrae andando incontro alla punizione (la morte): ecco l'individuo scisso tra due doveri di lealtà, che gli derivano dall'appartenenza a comunità diverse, e che sente come vincolanti. Non è questa la realtà che vive, o dovrebbe vivere, l'obiettore la cui coscienza è divisa perché «obbedire all'ordinamento positivo è dovere, che la coscienza sente, ma la coscienza sente anche il dovere di obbedire ad altre leggi»¹⁷?

E il conflitto non deve essere ridotto, non deve essere aggirato, come questi due personaggi forse fanno avvolgendosi in una serie di semplificazioni per cui, nell'una un valore è diventato l'unico fine, nell'altro un dovere ha eliminato tutti gli altri¹⁸; ma è necessaria una reciproca comprensione delle ragioni dell'uno e dell'altro che porta inevitabilmente a confrontarsi con il conflitto e con la sua difficile composizione. Non è

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ivi*, p. 686.

¹⁶ G. Lo Castro, *op.cit.*, pp. 82 – 83. Come sottolinea l'autore la cultura greca conosceva bene l'antinomia tra legge e coscienza, ma non come un contrasto tra l'oggettività e la soggettività, che è proprio della contemporaneità, ma tra norma e norma, tra due leggi oggettive (p. 80).

¹⁷ G. Capograssi, *Obbedienza e coscienza*, in *Opere*, vol. V, p. 200.

¹⁸ Questa è la lettura data da M. Nussbaum, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 156. La filosofa critica la lettura hegeliana per aver giudicato insufficienti i protagonisti soltanto perché limitati e unidirezionali e non perché si pongono l'obiettivo di evitare il conflitto.

forse la sfida che spetta alle democrazie contemporanee?

Dalle parole di Creonte, inoltre, emerge che la questione dell'obbligo politico doveva essere ben presente ai greci, si potrebbe azzardare che questo tema, caro alla filosofia politica, nasca proprio con l'*Antigone*¹⁹. E si potrebbe aumentare ulteriormente la posta in gioco affermando che doveva essere chiara la distinzione tra obbligo politico e obbligo giuridico dove Creonte distingue tra chi viola le leggi (obbligo giuridico) e chi pretende di imporsi ai governanti (obbligo politico)²⁰. Una distinzione che, per quanto non così pacifica, è però importante per comprendere lo scontro – al di là di interpretazioni che contestualizzino maggiormente l'opera e il reale intento di Sofocle, uomo appartenente all'aristocrazia e avversario del processo di democratizzazione in corso nell'età di Pericle – tra le leggi non scritte e il diritto positivo, che, non a torto, ha fatto attribuire alla tragedia il primo caso di dicotomia tra diritto naturale e diritto positivo. Questo contrasto, riportato in termini attuali oltre le categorie classiche della filosofia del diritto di giusnaturalismo e positivismo, percorre tutto questo lavoro: la tensione tra la norma positivamente posta e il “senso” di giustizia che in ognuno di noi si ritrova e che si può richiamare alle “leggi non scritte degli dei” o, più semplicemente, ad un senso di umanità.

Se Antigone, da un lato, risolve il conflitto tra le ragioni “altre” rispetto alla legge e la legge dell'autorità, disobbedendo al precetto di Creonte, ma poi sottoponendosi alla punizione che l'ordinamento predispone; dall'altro lato, Socrate offre una risposta (apparentemente) contraria, ma non meno efficace, infatti entrambi ci comunicano un forte sentimento di empatia, perché i due protagonisti hanno sacrificato la loro stessa esistenza per un valore.

Nel *Critone* di Platone Socrate, condannato a morte ingiustamente con l'accusa calunniosa di rompere le antiche tradizioni atenesi, è l'em-

¹⁹ E. Rippepe, *op.cit.*, p. 700. *Contra* A. Buratti (*op.cit.*, p. 41) che, in una logica di contestazione della lettura hegeliana, riducendo il conflitto della tragedia tra il processo di democratizzazione della *pòlis*, che si stava realizzando con la trascrizione del diritto, e le famiglie aristocratiche che rivendicavano il privilegio della custodia e dell'amministrazione di un codice giuridico di tradizione orale, esclude che si possa parlare di obbligo politico in senso moderno, perché non si tratta di un conflitto contro il tiranno e l'oppressione né dell'invasione da parte di Creonte dello spazio intimo dell'individuo.

²⁰ *Ibidem*.

blema di una risposta razionale al problema del contrasto tra giusto ed ingiusto. Illuminante il dialogo con le Leggi, che ribadiscono a Socrate che fuggendo commetterebbe ingiustizia contro di loro in tre modi: «in quanto non obbedisce a noi che lo abbiamo messo al mondo, e poi a noi che lo abbiamo allevato, e in quanto non lo fa dopo aver accettato di obbedirci, né d'altronde cerca di persuaderci se stiamo commettendo un errore»²¹.

Socrate fa emergere tutto il dramma del contrasto tra la propria coscienza e dignità e l'importanza di dover obbedire alle leggi²², nella difficoltà – se non impossibilità – di risolverlo. Socrate è ispirato, nella sua azione, dalla giustizia e, poiché le leggi sono lo strumento attraverso cui questa si realizza in città, non può non obbedire. Certo si potrebbe obiettare che, essendo ingiusto punire un comportamento giusto, non è ingiusto sottrarsi alle sentenze che puniscono quella violazione²³.

Ma la considerazione di Socrate parte dal *nòmos* che è il contenuto fondamentale della *pòlis*: non può fuggire perché sarebbe come rispondere ad un'ingiustizia con un'altra ingiustizia e non vi sarebbe differenza tra un'ingiustizia iniziale ed una ritorsiva, entrambe sono da condannare²⁴. Se la *pòlis* è stata ingiusta con lui, non è giustificato ad essere ingiusto nei confronti della *pòlis*, violando le sue leggi attraverso la fuga, come gli era consigliato dagli amici stessi. Riesce, così, a non trasgredire alcuna delle due norme, mettendo le leggi al riparo da ogni giudizio di valore, creando un paradosso: per rispettare entrambe, deve sottomettersi alla punizione, non essendo realizzabile la perfetta obbedienza e non essendo possibile eticamente la disobbedienza²⁵. La distinzione con Antigone non è così netta: entrambi si sottomettono alla punizione, accettano le conseguenze che la legge dell'autorità di-

²¹ *Critone*, 51 e, trad. it. Di Maria Michela Sassi, in Platone, *Apologia di Socrate – Critone*, RCS Libri, Milano, 2012.

²² Durante il dialogo con le leggi emergono i vari argomenti a sostegno dell'obbligo di obbedire al diritto, che avranno un ruolo fondamentale nel dibattito attorno a questo nodo problematico. In particolare si allude ad un patto tra Socrate e le leggi, che richiama il patto tra i cittadini e le leggi, e che fu perfezionato quando Socrate raggiunse la maggiore età e scelse di rimanere nella *pòlis*. È un richiamo all'argomento del contratto sociale, tanto che alcuni hanno parlato di un'anticipazione della teoria di Locke sul tacito consenso.

²³ H. Zinn, *Disobbedienza e democrazia. Lo spirito della ribellione*, Il Saggiatore, Milano, 2003, p. 236.

²⁴ G. Così, *op.cit.*, p. 130.

²⁵ G. Lo Castro, *op.cit.*, p. 88.

sponde in caso di violazione delle sue norme, il che significa non negare la legittimità dell'autorità e rispettare l'obbligo giuridico in senso stretto, se inteso quest'ultimo come l'obbligo di obbedire alle leggi, anche se si violano ma non se ne rifiuta la punizione. Si verrebbe a creare una sorta di conciliazione tra l'obbligo politico e quello giuridico.

In Socrate non sarebbe stato ipotizzabile, infatti, un gesto di disobbedienza come forma di dissenso, perché l'idea del patto tra Socrate e le leggi, e di una loro accettazione, non è riconducibile alla nostra idea di consenso: nella *pòlis* ateniese tutti i cittadini maschi, adulti e liberi, partecipavano alla decisione politica: si trattava di una democrazia partecipativa e non rappresentativa, per cui la disobbedienza avrebbe colpito gli altri concittadini, non lo stato²⁶.

Nell'orizzonte greco classico non è pensabile il conflitto tra legge e coscienza morale personale; vi è solo una conoscenza oggettiva del giusto e dell'ingiusto che trova forma nella legge, senza la quale non esisterebbe la città. L'obbedienza alla legge è giustizia, di conseguenza disobbedirle creerebbe un'ingiustizia, anche nel caso in cui le leggi stesse fossero inique. Socrate realizza un capovolgimento nel pensiero giuridico-politico dell'epoca: non solo è illecito compiere ingiustizia, ma è illecito anche renderla. Tuttavia, come è stato opportunamente osservato²⁷, nel dialogo Critone esce dalla scena molto presto e Socrate si trova a discutere da solo con le Leggi, ma di fatto dialoga con se stesso. Ha cercato di rafforzare un *nòmos* che ha perso ormai la sua regalità, ma è a questo che ha obbedito, alla "sua" legge, non alle decisioni dei suoi concittadini. Si affaccia l'idea che il meglio non sia necessariamente rappresentato dalle leggi, ma dall'uomo giusto. Ma se esiste un individuo in grado di giudicare la conformità della legge alla giustizia ideale, si pongono inevitabilmente le basi per una disobbedienza moralmente giustificata.

Per Platone la giustizia non è più solo *dike*, ma anche una virtù, che comincia a trovare il suo luogo nella coscienza dell'uomo virtuoso e si affaccia l'idea di un diritto di natura, che troverà con lo stoicismo una prima formulazione organica.

²⁶ G. Così, *op.cit.*, p. 128.

²⁷ *Ivi*, p. 132-133.

2.2 Lo Stoicismo

Lo stoicismo rappresenta sicuramente uno dei filoni più importanti della filosofia antica, il cui merito consiste anche nell'aver messo in comunicazione il mondo greco con il mondo romano. Con esso comincia a nascere l'idea di un diritto naturale superiore alle leggi umane: la vera Legge può essere in contrasto con quelle umane che da essa si discostano, l'individuo che percepisce questo contrasto tutelerà la prima con la sua disobbedienza.

Questo accade perché il *nòmos* secondo gli Stoici è cosmico – universale²⁸, mentre le leggi spesso decadono non adeguandosi all'unica vera Legge del cosmo, a cui l'uomo obbedisce perché ad essa è orientata la sua natura e il suo destino, quindi non obbedisce ad un'imposizione esterna, ma si adegua alla legge che è «ragione vivente nell'uomo, sempre in lui coabitante e vigilante, che non lascia mai l'anima priva di guida»²⁹. Duplice è il processo che subisce la legge: da un lato si è estesa a livello di cosmo, dall'altro è stata interiorizzata, si trova nell'anima dell'uomo, che le deve dare ascolto.

Questo concetto è sviluppato da uno dei massimi esponenti del pensiero stoico, Cicerone, per il quale la legge naturale, rappresentata dalla ragione, è conoscibile da ciascun essere umano attraverso l'uso delle proprie facoltà intellettuali³⁰. La giustizia, in questo modo, diventa un ideale universale ed all'ordinamento giuridico si riconosce un'origine divina e razionale³¹.

La concezione stoico-politica di Cicerone, in cui si trova, da un lato, il diritto naturale sovraordinato e, dall'altro, il governo misto, rappresenta una sorta di “costituzionalismo degli antichi”³² che cerca di limitare il potere politico, ma non mette in discussione l'obbligo politico: senza il potere «né la famiglia né lo Stato né la nazione né il genere umano né la natura tutta, né il mondo stesso potrebbero sussistere»³³. Ma nell'affermazione di questo costituzionalismo, ed in particolare del-

²⁸ G. Così, *op. cit.*, p. 138

²⁹ Plutarco, *Ad principem ineruditum* (ed. Bibliotheca Teubneriana), II, 780 c.

³⁰ A. Buratti, *op.cit.*, p. 60.

³¹ Cicerone, *Le leggi*, in Id., *Opere politiche e filosofiche*, UTET, Torino, 2010.

³² *Ivi*, p. 66.

³³ Cicerone, *op. cit.*, cit., p. 319.

la *potestas* del tribunato, si è creato un antecedente, che sarà in grado di svilupparsi in un diritto del popolo ad agire, che non poteva essere apprezzato dal repubblicanesimo romano, dando forma alla resistenza.

2.3 La soluzione cristiana: "*essi abitano la propria patria, ma come stranieri*"

Il cristianesimo ha innescato un grande cambiamento nel rapporto tra l'individuo e l'autorità. Il suo avvento ha realizzato una vera e propria rivoluzione, perché si « sottrae l'anima dell'individuo allo Stato e quindi alla politica »³⁴. Inoltre, non solo la religione non è più un dovere pubblico (diventa un'obbligazione personale), ma il messaggio di salvezza è rivolto a tutti gli uomini³⁵. La dimensione dell'uomo non si esaurisce in questo mondo, nell'ordine statale, ma vi è un ordine superiore a cui si deve prima di tutto guardare. Questo crea un'inevitabile scissione tra l'autorità e la coscienza individuale.

Tre sono le fasi che contribuiscono a delineare il comportamento del cristiano nei confronti dello Stato.³⁶ Inizialmente, si fissa l'autonomia della sfera politica da quella strettamente religiosa, famosa è la frase che Gesù utilizza nel Vangelo, e che sarà riutilizzata per indicare la corretta separazione tra le due sfere: "Date a Cesare quel che è di Cesare, date a Dio quel che è di Dio"³⁷. San Paolo, in un secondo momento, afferma l'importanza della sottomissione all'autorità costituita³⁸, « Ognuno sia soggetto alle autorità superiori, poiché non v'è autorità che non venga da Dio »³⁹, con cui si stabilisce il dovere di obbedienza al potere politico. Nonostante l'apparente incongruenza, i due testi non sono in contraddizione, infatti entrambi riconoscono l'importanza di obbedire al governo degli uomini, senza tralasciare la dimensione intima dell'uomo che appartiene a Dio.

³⁴ M. D'Addio, *Storia delle dottrine politiche*, Ecig, Genova, 1996, cit. in A. Buratti, *op.cit.*, p. 67.

³⁵ G. Così, *op. cit.*, p. 140.

³⁶ A. Marranzini, *Cristianesimo e diritto alla resistenza*, in AA.VV., "Autonomia e diritto di resistenza", *op. cit.*, p. 173.

³⁷ *Matteo*, 22, 21.

³⁸ *Atti*, 5, 29.

³⁹ *Lettera ai Romani*, 13,1.

Ma è degno di nota il terzo passaggio, in cui si stabilisce che, qualora si venga a creare un contrasto tra i due doveri, quando Cesare pretende che gli sia riconosciuto ciò che spetta a Dio, vi è l'obbligo di resistere poiché «*obedire oportet Deo magis quam hominibus*»⁴⁰, l'ultima istanza morale è la chiamata di Dio.

Il limite del potere politico risiede proprio nella coscienza dell'individuo. Siamo di fronte ad un riconoscimento della legge 'con riserva'⁴¹, per cui la legge deve essere obbedita, ma si deve tenere conto del rapporto con Dio. Il buon cristiano è anche buon cittadino: rispetta le leggi, l'ordine costituito e finalizzato a realizzare il bene comune, ma è disposto a sottrarsi ad esse quando intaccano il rapporto con Dio.

Il cristianesimo permise l'avvio di alcune riflessioni attorno alla legittimità delle leggi, molto significative per le teorie successive inerenti all'obbligo politico. Tertulliano, in particolare, ritiene che non basta che la legge trovi in se stessa il proprio fondamento, perché è necessario che si radichi nella coscienza dei destinatari del suo comando⁴². La legge deve trovare il suo fondamento nella verità, ed il male ed il bene, che sono oggetto del comando devono essere: il primo, proibito, il secondo no, perciò se con la ragione si ritiene che quello che proibisce la legge è bene, non ho più il dovere di seguirla. Si è in presenza di una rivoluzione rispetto al passato: le leggi non devono essere obbedite sempre e comunque, ma esiste una sorta di loro sindacato di legittimità il cui parametro è il precetto divino⁴³. Se questo sindacato ha esito negativo, si giustifica necessariamente il gesto di disobbedienza.

I cristiani non rifiutavano affatto l'autorità pubblica, anzi pregavano per il sovrano, ma ripudiavano le leggi provenienti da un abuso del potere da parte dell'autorità, la cui conseguenza non poteva che essere la resistenza.

Si noti come il cristianesimo anticipi, all'interno del discorso sulla resistenza, l'idea che questa sia un *dovere*, piuttosto che un *diritto*, perché di fronte ad una legge ingiusta si pone un vero e proprio obbligo di disobbedire.

⁴⁰ *Atti*, 5, 29.

⁴¹ G. Cossi, *op. cit.*, p. 143.

⁴² *Ivi*, p. 144.

⁴³ *Ivi*, p. 147.

2.4 Il pensiero di San Tommaso e l'ordinamento feudale

Mentre Sant'Agostino esclude del tutto la partecipazione dell'uomo alla costruzione della "città terrena" ed enfatizza l'idea paolina dell'origine divina dell'autorità, che, anche quando ingiusta e corrotta, deve essere rispettata, poiché rappresenta la punizione inflitta da Dio agli uomini per le loro colpe; San Tommaso d'Aquino ha rivalutato la "città politica" e il libero arbitrio dell'uomo, per quanto non si distacchi considerevolmente dall'idea di Agostino: la grazia è necessaria alla salvezza dell'uomo, il quale con le sole opere buone non può aspirare ad ottenere il "premio" della vita eterna. Nella sua filosofia politica e giuridica ritroviamo gran parte dei temi del pensiero medioevale, tra cui la legge ingiusta, il tiranno e la resistenza.

Quanto al primo aspetto, l'aquinata sostiene che le leggi positive umane sono leggi quando conformi alla legge di natura, altrimenti sono solo «corruzione di questa»⁴⁴. Questo è un punto cruciale: se la legge difforme al diritto naturale non è più legge, quindi inesistente come tale, allora non sarà più valida e, perciò, non vincolante. Questa è la lettura che, per molto tempo, è stata data per giustificare l'invalidità della legge positiva contraria al diritto naturale.

In realtà, il pensiero di Tommaso è molto più complesso e meno lineare. Per poter comprendere la sua dottrina della resistenza non si deve perdere di vista l'antropologia tomista, che fa perno sull'idea di un uomo essere razionale, sociale e politico, che ha bisogno della società⁴⁵ per potersi sviluppare pienamente e condurre una vita virtuosa⁴⁶ in funzione del fine ultimo della beatitudine eterna. Dalla necessità di questo fine deriva il ruolo decisivo attribuito allo Stato e l'indispensabilità del potere sovrano che deve essere orientato al bene comune. Per

⁴⁴ Tommaso D'Aquino, *Summa Theologiae*, I e II, 95, 2. Il suo pensiero prende avvio dall'idea della legge naturale come parte della *lex aeterna* conoscibile alla ragione umana, mentre la *lex divina* è la legge positiva di Dio rivelata all'uomo e che deve far fronte alle imperfezioni delle leggi umane.

⁴⁵ Lo stato è il risultato dell'insieme di tre società: la famiglia, la *civitas* ed il *regnum*, ognuna delle quali ha un fine particolare. Lo Stato fa da collante a tutte queste "società", costituendo un corpo unico ed evitando che queste diventino elementi di disgregazione.

⁴⁶ G. Garancini, *op.cit.*, p. 97.

questo motivo non esclude la validità giuridica delle norme ingiuste, che possono anche obbligare in coscienza, qualora dalla disobbedienza possa derivare un danno maggiore per i consociati; mentre, sicuramente, è doveroso disobbedire alle leggi positive che contrastano con quella divina. Ad ogni modo, il fine ultimo è quello della beatitudine eterna a cui è chiamato ciascun individuo, il quale prevale sugli altri fini dello Stato, il che significa che qualora lo Stato pretenda dall'individuo delle azioni che mettono in pericolo la salvezza umana, si giustifica l'obiezione di coscienza del singolo. Qui si inserisce il diritto di resistenza di Tommaso, quale garanzia di conformità della *voluntas* alla *ratio*⁴⁷.

Per quel che riguarda il tiranno, in Tommaso si intravede la teoria 'democratica': la sovranità deriva da Dio⁴⁸, ma al principe passa *tramite* il popolo ed è orientata al bene comune; quindi il popolo innalza alla sua carica il monarca, conseguentemente, lo può anche destituire⁴⁹. Non è altro che il cambiamento di contenuto della teoria dell'origine divina del potere (afferzata con il cristianesimo) attraverso il concetto di 'partecipazione' democratica, reso possibile anche grazie all'apporto proveniente dall'incontro con la tradizione barbarica⁵⁰, in cui il re viene 'eletto' dagli altri uomini liberi e, come tutti, è soggetto alla legge.

Da ciò deriva una problematizzazione del dovere di obbedire alle leggi: non è più un obbligo assoluto come affermava Sant'Agostino. Tommaso, a questo proposito, riprende la figura del tiranno⁵¹ (tipica del discorso politico medioevale): è il re che, governando non in conformità al diritto naturale ed alla legge, da ministro di Dio si trasforma in ministro del diavolo⁵². Qualora il monarca violi la legge, ovvero

⁴⁷ A. Buratti, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁸ Non manca di riconoscere la derivazione del potere da Dio, causa prima di tutte le cose ed ultimo fine. E quanto più è "alto" il fine di una cosa (come è quello del potere ordinato al *bonum commune*) tanto più partecipa dell'azione divina.

⁴⁹ A. Buratti, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁰ G. Garancini, *op. cit.*, p. 86.

⁵¹ Figura classica delle teorie politiche medioevali, si distingue tra tiranno *ex defectu tituli* e tiranno *quoad exercitium*. Il primo è il tiranno che ha ottenuto illegittimamente il potere; il secondo è legittimato a governare, ma abusa del suo potere. Per Tommaso la società ha un fine ben preciso: realizzare il bene comune, in modo tale da permettere all'uomo di vivere una vita virtuosa. Da questo nasce la sua visione del regime tirannico che non è ordinato al bene comune, ma al bene egoistico del tiranno, che comanda cose ingiuste. Di fronte a questo uso ingiusto del potere non si può che resistere.

⁵² G. Garancini, *op.cit.*, p. 88.

divenga tiranno, il popolo ha il dovere di opporsi, anche uccidendolo. Bisogna però precisare che si potrà resistere solo in due casi: quando egli imponga leggi contrarie alla *lex divina*; ma anche quando imponga delle leggi ingiuste contrarie a quella naturale, se dalla disobbedienza non deriva un danno maggiore rispetto a quello che si ha obbedendo a quella legge, oppure se ai sudditi non derivi un male peggiore della tirannide.

La distinzione netta tra la figura del principe e quella del tiranno è presente anche in Giovanni di Salisbury: il primo è colui che, in virtù della legge, ha diritto ad esercitare il potere, ed è legittimo se rispetta le leggi e lotta per la libertà dei sudditi, mentre è tiranno se le sopprime.

La storia medioevale del diritto di resistenza, poi, prende le mosse dagli svolgimenti storici delle lotte tra Impero e Papato, riprendendo gli aspetti caratteristici del diritto naturale, ma iniziando a formulare il principio contrattualistico della sovranità popolare, quello che la dottrina successiva chiamerà *pactum subiectionis*, da cui il re deriva il diritto di punire i trasgressori, e il popolo quello di deporre il sovrano e di resistere. Questo principio si svilupperà grazie all'esperienza feudale: il rapporto tra il popolo e il monarca è riconducibile al rapporto sinallagmatico del contratto feudale, per cui il vassallo era ovviamente subordinato al dominus, ma nel caso in cui questo non rispettasse i suoi obblighi, si aveva la rescissione del contratto⁵³. La disobbedienza al sovrano (*dominus*), che, da quando si diffuse la teoria della investitura divina del potere temporale, derivava la sua potestà da Dio, sarà considerata non tanto reato quanto un peccato; ma anche in questo contesto la resistenza non sarà mai messa da parte, perché il sovrano nel momento in cui non rispetti i principi di giustizia sarà destituibile.

2.5 Contrattualismo e giusnaturalismo

Alla generalizzazione del modello contrattualistico feudale segue la teorizzazione del carattere contrattualistico dell'obbligo politico⁵⁴.

Dal giusnaturalismo prende quindi forma la teoria contrattualistica, ovvero l'idea contrattuale della nascita dello Stato, che, accanto all'e-

⁵³ *Ivi*, p. 80.

⁵⁴ A. Buratti, *op.cit.*, p. 86.

mersione del concetto di sovranità popolare⁵⁵, permette alla dottrina della resistenza di trovare il suo posto nel costituzionalismo⁵⁶, il quale è figlio del contrattualismo. Quest'ultimo si presenta come una dottrina idonea a fornire dei limiti al monarca anche in contesti molto eterogenei, come furono quelli successivi alla riforma protestante ed alla diaspora confessionale del XVI secolo.

2.5.1 *La resistenza dall'età della Riforma alle teorie dei monarcomachi*

Il problema della resistenza si propone con forza durante il periodo delle lotte di religione che seguono alla Riforma protestante. Si sente l'esigenza di fissare un limite invalicabile al potere dello stato: la coscienza degli individui; qui intesa come coscienza religiosa, che, in un momento successivo, assumerà un significato neutrale, nel senso di una coscienza non necessariamente credente.

Mentre lo stato cerca di imporre l'unità religiosa con l'adesione di tutti i sudditi alla religione ufficiale (secondo il principio *cuius regio eius et religio* affermato dalla dieta di Augusta nel 1555); pensatori sia protestanti che calvinisti e cattolici elaborano delle teorie organiche della resistenza⁵⁷. Sono quelle dei monarcomachi⁵⁸ in cui il diritto di resistenza assume un carattere di completezza, a partire dal riconoscimento della centralità della coscienza dell'individuo e del fondamento del potere politico nella volontà popolare.

È lapidario il riconoscimento del primato della coscienza da parte di Martin Lutero, che, quando il 18 aprile 1521 alla dieta di Worms venne richiesto di sconfessare ciò che aveva scritto, rispose che «se non fosse stato vinto con testimonianze della Scrittura o evidenti fondamenti di

⁵⁵ G. Garancini, *op.cit.*, p. 115.

⁵⁶ La genesi della dottrina del diritto di resistenza si è avuta nella teoria del diritto naturale, centro del pensiero giuridico e politico antico e medioevale. In questo contesto, il diritto di resistenza rappresenta uno strumento con cui legare l'innovazione del diritto da parte del potere politico, che è teleologicamente orientato al perseguimento del bene comune.

⁵⁷ G. Garancini, *op. cit.*, p. 110

⁵⁸ Il significato etimologico del termine significa: “coloro che combattono i monarchi”. Per la prima volta fu utilizzato da William Barclay nell'opera *De regno et regali potestate adversus Buchananum, Brutum; Boucherium et reliquos Monarchomacos* del 1600 (Rif. G. Garancini, *op. cit.*, p. 110).

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 poiché non è né sicuro né saggio fare qualcosa contro la propria coscienza»⁵⁹. Nonostante la fermezza di questa risposta, sul piano dell'obbedienza all'autorità, il suo pensiero oscilla tra due estremi: da un lato, conformemente all'esaltazione della coscienza, riconosce un *dovere* di disobbedienza al sovrano, quando questo pretenda di interferire nelle questioni riguardanti la coscienza stessa; dall'altro, dopo che le rivolte dei contadini anabattisti guidati dal Muntzer assumono la forma di una vera e propria sedizione politica, attribuisce all'autorità politica la titolarità di un diritto di repressione⁶⁰.

I più importanti autori protestanti, partendo dagli scritti di Lutero e avvicinandosi al pensiero di Sant'Agostino che considerava il tiranno come strumento di Dio per punire i peccati degli uomini, negarono la possibilità di un diritto di resistenza.

Tuttavia, i Principi protestanti cominciarono a fare pressioni su Lutero perché riformasse la sua posizione, in modo tale da consentire di sciogliere il legame con l'Imperatore. Fu così che si passò dal rifiuto della resistenza ad un vero e proprio dovere e si delineò una teoria costituzionale del diritto di resistenza, a cui la riflessione luterana, seguita da quella calvinista, ha dato un contributo notevole.

Il calvinismo, da parte sua, riprende la teoria di Martino Bucero che riteneva che l'autorità fosse conferita da Dio non solo alle magistrature superiori, ma anche inferiori che potevano opporsi al 'cattivo sovrano' e destituirlo, e teorizza l'idea dei "poteri eforali", ossia magistrature inferiori che rispondevano al popolo ed avevano il potere di resistere al monarca nelle assemblee elettive rappresentative degli stati della nazione.

Sotto Caterina de Medici in Francia venne emanato nel 1562 l'Editto di tolleranza: ci si rese conto che erano di primaria importanza l'ordine e la pace pubblica rispetto al tentativo di realizzare l'omogeneità confessionale. Per quanto questa tolleranza avesse un carattere strumentale⁶¹ al perseguimento degli obiettivi politici, è a partire da

⁵⁹ Cit. in C.A. Viano, *La coscienza: voci e mistificazioni*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. op.cit.*, p. 20.

⁶⁰ A. Buratti, *op. cit.*, p. 87.

⁶¹ Se la tolleranza era perseguita in nome della «ragion di Stato» da parte

questa e da un iniziale affacciarsi della libertà di coscienza che prende corpo la teorizzazione di un diritto di resistenza. I semi più maturi provengono proprio da chi sentiva maggiormente il bisogno di rispetto, ovvero da quelle correnti ereticali perseguitate dalla Chiesa cattolica e dalle Chiese riformate⁶². Tra queste un ruolo rilevante nella lotta per la libertà di coscienza è ricoperto dai sociniani, il cui credo si riduceva a poche verità deducibili razionalmente dalla scrittura ed all'esaltazione del libero arbitrio, della volontà dell'uomo nel fare il bene e il male e, quindi, nel cooperare attivamente alla salvezza della propria anima.

Una tolleranza che ha avuto vita breve, perché il dramma delle guerre di religione ha conosciuto un momento cruento con il massacro degli ugonotti, in seguito al quale la riflessione calvinista sulla legittimità della resistenza al tiranno prese nuovo vigore e si indirizzò in maniera radicale, a causa dell'esigenza di giustificare l'opposizione non solo per motivi di coscienza, ma anche per trovare un fondamento più ampio possibile, "più costituzionale". L'obiettivo era quello di smuovere l'opposizione della nobiltà francese, soprattutto dei nobili legati al cattolicesimo più moderato, nei confronti dell'assolutismo della famiglia reale. A questo scopo, molti intellettuali francesi elaborarono una dottrina riguardo ai limiti della sovranità monarchica, recuperando le vecchie teorie sul governo misto. Ed è paradossalmente all'interno del filone del repubblicanesimo che si può scorgere una lettura del costituzionalismo moderno oppositivo ed emancipativo, ma soprattutto fonte dell'idea contrattualistica dell'obbligo politico⁶³. L'elaborazione della teoria del contratto sociale si deve anche ad un filone del pensiero calvinista francese, che superò l'idea agostiniana della sottomissione politica al potere come riparazione dei peccati, sostenendo, invece, che la condizione originale del popolo dovesse essere di libertà naturale⁶⁴. Questo pensiero portò ad una progressiva laicizzazione del diritto di resistenza, svincolando la giustificazione della sua legittimità dal motivo religioso.

Il risultato di questa operazione fu una teoria politica della rivolu-

di Caterina de' Medici, figura molto discussa, a cui una parte della storiografia ha attribuito la strage della notte di San Bartolomeo, è anche vero che in questo periodo hanno cominciato a fiorire opere in cui si scorgono quei principi di tolleranza, religiosità e di libertà di coscienza che assumeranno una rilevanza decisiva.

⁶² *Ivi*, p. 92.

⁶³ *Ivi*, p.97.

⁶⁴ *Ivi*, p.100.

zione moderna e secolare, fondata sul contratto sociale in cui il diritto di resistenza emerge come presupposto logico ed estrema sanzione giuridica.

Non fu prerogativa esclusiva del pensiero calvinista rielaborare la dottrina della resistenza. Lo stesso avvenne in epoca di controriforma in ambienti cattolici, in particolare, ad opera dei Gesuiti, che posero dei freni al potere politico, partendo dalle teorie della sovranità popolare. Secondo Juan de Mariana, il più noto monarcomaco cattolico, partendo dal pensiero di Suarez sulla sovranità popolare, sosteneva che gli uomini vivessero inizialmente in uno stato di natura secondo gli istinti, quegli stessi istinti che li portarono ad unirsi e a dare origine alla famiglia. È a causa delle debolezze umane che si rende necessaria la creazione della società che permette agli uomini di raggiungere i loro fini e tutelare la sicurezza. Nel creare la società affidano ad un sovrano il potere senza cederlo definitivamente, infatti l'autorità è limitata dalle leggi positive e dal volere di Dio e della pubblica opinione. Il potere del sovrano deriva dal consenso del popolo che è al di sopra del monarca⁶⁵.

In tutti gli scrittori monarcomachi ritroviamo l'idea del contratto come momento originario dello Stato. Attraverso questo *pactum subiectionis* nasce la società civile che sostituisce lo stato di natura: il popolo cede al sovrano la sua sovranità, ma non in modo irreversibile (in questo si distinguono dai teorici dell'assolutismo monarchico), per cui rimane padrone di se stesso e del proprio governo.

2.5.2 *Le rivoluzioni liberali del XVIII secolo e il pensiero di Locke*

Fino a questo momento gli scrittori hanno tentato di individuare la giustificazione politica del diritto di resistenza, cercandola soprattutto nelle ragioni che hanno dato origine allo stato, in particolare in quella sovranità popolare che non viene alienata e che permette di controllare i governanti. Ma limitando il diritto di resistenza ad un elemento di controllo affidato ad un soggetto collettivo⁶⁶, si tralascia la resistenza individuale. Saranno le esperienze rivoluzionarie, quella americana e

⁶⁵ G. Garancini, *op.cit.*, p. 118.

⁶⁶ G. Garancini, *op. cit.*, p. 119.

la francese, a far emergere l'importanza dell'obiezione e della disobbedienza individuale, elevando la volontà del singolo a «<rango di dogma giuridico>>⁶⁷, non solo per il diritto privato ma anche per quello costituzionale. Queste rivoluzioni liberali hanno anche messo in luce alcune problematiche e debolezze di un riconoscimento giuridico della resistenza, che si ripresenteranno all'indomani della seconda guerra mondiale.

In Francia la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789⁶⁸ e quella del 1793⁶⁹ riconoscono la resistenza all'oppressione come vero e proprio diritto, nel 1793 si definisce come «<il più sacro dei diritti e indispensabile dei doveri>>⁷⁰. Si riconoscono, quindi, i diritti fondamentali dell'uomo, propri di ogni individuo in quanto "persona" e, di conseguenza, insopprimibili ed inviolabili. La dicotomia individuo/stato vede la prevalenza e l'antiorità dei diritti del primo sull'attività del secondo ed il riconoscimento formale di tale priorità.

Tuttavia, il diritto di resistenza non rimarrà "positivizzato" a lungo: nella Costituzione del 1795 scompare ogni riferimento. Significativo, a questo proposito, l'intervento di Boissy d'Anglas, in cui emergono le preoccupazioni riguardo alla possibilità di riconoscere in Costituzione un vero e proprio diritto alla resistenza:

*"voi converrete che è immorale, impolitico ed eccessivamente pericoloso stabilire, in una costituzione, un principio di disorganizzazione tanto funesto come quello che provoca l'insurrezione contro gli atti dell'intero governo."*⁷¹

Era stato recepito nella Dichiarazione in modo acritico e solenne, venne accolto per ragioni ideali, ma fu notevolmente ridimensionato circoscrivendolo nei limiti della legge, a garanzia dei diritti individuali. Nel 1793 si tentò di svincolarlo maggiormente dai limiti legali, ma

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ Art. 2: "Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione".

⁶⁹ Art. 33: "La resistenza all'oppressione è la conseguenza degli altri diritti dell'uomo".

⁷⁰ Art. 35: "Quando il governo viola i diritti del popolo, l'insurrezione è per il popolo e per ciascuna parte del popolo *il più sacro dei diritti e il più indispensabile dei doveri*".

⁷¹ A. Buratti, *op. cit.*, cit., p. 142.

la delegalizzazione portò ad un'identificazione della resistenza con la rivoluzione, facendo perdere alla prima la sua funzione restauratrice.

Differenziare e allontanare queste due manifestazioni dell'opposizione è stato proprio l'impegno dei pensatori americani, che non dubitavano certo dell'esistenza di questo diritto. La rivoluzione americana ha trovato nel contrattualismo di Locke un contributo che le ha permesso di darle unità e coerenza, «trasformando gli istinti di rivolta in consapevoli linee politiche»⁷². A questo punto è necessario soffermarci sul suo pensiero, che mostra una forte sintonia con quello dei monarca-machi, anzi possiamo dire che si ponga in linea di continuità con questo, caratterizzandosi, però, per un individualismo maggiore che permetterà alla coscienza personale di farsi criterio di giudizio dell'obbedienza o della disobbedienza alle leggi.

Il tema della resistenza è affrontato nel *Secondo trattato sul governo*. Locke muove da una rappresentazione dello stato di natura diversa da quella di Hobbes: lo stato di natura non è una condizione di *bellum omnium contra omnia*, ma una condizione tendenzialmente pacifica che è retta dalla legge di natura, ovvero dalla legge di ragione⁷³, dove gli uomini sono liberi ed eguali. La libertà, però, non è un illimitato diritto su tutto, ma vuole che si rispettino i limiti previsti dalla legge di natura e che si rispettino i diritti degli individui, garantiti solo da una forma di autotutela. L'eguaglianza, invece, è un'eguaglianza giuridica, come eguale ripartizione del potere. Nonostante questo non sia uno stato di guerra, il suo equilibrio è precario, infatti le leggi naturali possono essere violate, le violazioni devono essere punite da parte di un giudice imparziale, assente in uno stato di natura. Da qui deriva la necessità del contratto tra gli individui allo scopo di tutelare i loro diritti individuali e la *property*. Nasce la società civile e, successivamente, si istituirà il potere politico vincolato al mandato che il popolo gli conferisce mediante un *trust*⁷⁴. Nel testo si confondono due tipologie di resistenza: l'una consiste nella rimozione del potere esecutivo da parte

⁷² *Ivi*, p. 121.

⁷³ «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» (J.Locke, *Il secondo trattato sul governo*, cap.II, sez. 6).

⁷⁴ *Ivi*, pp. 103 – 104.

del legislativo; l'altra riguarda una forma di resistenza ad opera del popolo nei confronti del potere legislativo, che abbia violato le clausole del patto stipulato con il popolo stesso.

Tra queste, la più estrema è sicuramente quella del popolo nei confronti del potere legislativo, il quale non può andare oltre ciò che il popolo gli ha delegato, in virtù proprio di quel *trust*. Ma il popolo può opporsi anche all'esecutivo, qualora il legislativo non intervenga in maniera efficace. La titolarità di un diritto–dovere di resistenza in capo al popolo ed ai suoi rappresentanti si esplica in Locke nella possibilità della rimozione dell'esecutivo, anticipando l'istituto della fiducia parlamentare, che procedimentalizza la resistenza.

In questi due aspetti – resistenza al legislativo e rimozione dell'esecutivo – la dottrina moderna procede verso l'individuazione di strumenti che evitino il realizzarsi di un potere arbitrario. L'elemento centrale nella riflessione lockiana, che la distingue da quella di altri autori moderni che sostengono l'identificazione tra governati e governanti (Hobbes, Kant, Rousseau) e che in questo contributo risulta di grande rilevanza teorica, è proprio la scissione tra i due, per cui il legislatore rimane un mandatario del popolo ⁷⁵. In quest'ottica si apprezza la permanenza del diritto di resistenza come garanzia della sovranità popolare che è *delegata* non alienata; il potere politico trae la sua legittimazione da una vera e propria fiducia (*trust*) più che dal consenso.

Locke si sofferma anche sulla giustificazione del principio maggioritario, come miglior strumento deliberativo perché il confronto degli interessi permette di arrivare ad una deliberazione il più possibile vicina al proprio interesse, considerando anche quello di ognuno di tutelare i propri diritti, per cui è l'unico rimedio per evitare la dissoluzione della società. Tuttavia, ne individua anche i limiti per impedire derive tiranniche, dal momento che, come sottolineato poco sopra, Locke è lontano dalla concezione di Rousseau secondo cui la volontà della maggioranza è quella di tutti ⁷⁶. La delimitazione del principio maggioritario verrà ripresa dal costituzionalismo moderno, ad ulteriore giustificazione della teoria della sua diretta derivazione dal contrattualismo. Si evince come

⁷⁵ *Ivi*, p. 109.

⁷⁶ Per Rousseau l'obbligazione morale è liberamente assunta e auto-imposta, per cui il singolo obbedisce alla sua volontà perché questa coincide con quella della maggioranza. (G. Così, *op.cit.*, p. 192).

il diritto di resistenza, in una teoria di tal genere, sia una conseguenza del contrattualismo, rappresentando una vera e propria *clausola di rescissione* del contratto. Difatti, attraverso il patto si instaura una serie di garanzie, volte a tutelare i diritti individuali e, all'interno di queste garanzie, la più estrema e fondamentale è rappresentata proprio dal diritto-dovere di resistenza. Questo rappresenta la sanzione giuridica che deve tutelare i contenuti del contratto tra gli individui, quindi una garanzia per i loro diritti⁷⁷, nel momento in cui questi vengano violati. Ma chi si farà giudice dell'oppressione? Locke risponde che è il singolo individuo, o il popolo stesso, il quale ha la possibilità di «appellarsi al cielo, ogniqualevolta ritiene che vi sia motivo sufficiente»⁷⁸. Gli uomini hanno conservato, in base ad una legge superiore alle leggi positive, la decisione ultima, che consiste in questo «*Appeal to Heaven*».

Questo è il principio accolto dai rivoluzionari americani: se lo stato viola i diritti inalienabili dell'uomo può essere sostituito dal popolo, che si riappropria della sua libertà. La resistenza si pone come gesto estremo per conservare il governo nell'ambito costituzionale; quando i governanti violano le norme costituzionali, ribellarsi non è più solo un diritto, ma un *dovere*. I pensatori americani hanno cercato di legalizzare il diritto di resistenza, individuando i limiti stessi dell'istituto⁷⁹.

Entrambe le rivoluzioni costituiscono un momento di svolta e di arrivo nei rapporti tra individuo e stato: il fondamento dello stato è la persona umana, considerata *prius* rispetto ad esso e il suo scopo è quello di preservarne i diritti inviolabili. Il dualismo individuo/stato sembra momentaneamente risolto, ma il diritto di resistenza inizia la fase discendente della sua parabola.

⁷⁷ *Ivi*, p.116.

⁷⁸ J. Locke, *Il Secondo Trattato sul Governo*, (1690), Rizzoli, Milano, 1998, par. 168.

⁷⁹ G. Garancini, *op.cit.*, p. 127. Le limitazioni che l'autore indica sono: la collettività del gesto, non può essere individuale, ma la maggioranza dei cittadini deve sconfessare il governo; vi devono essere più abusi di seguito; bisogna che il popolo prima tenti tutti gli altri mezzi; deve, cioè, essere rivolto verso leggi illegittime e ingiuste perché, prima di tutto, vi è l'obbligo di obbedire alle leggi; la natura e l'entità della resistenza devono essere commisurate alla natura ed all'entità dell'oppressione.

2.6 Il diritto di resistenza nei suoi rapporti con il “positivismo giuridico”. Il suo dissolvimento negli strumenti di garanzia e nel principio di sovranità popolare

La chiusura della lunga parabola del diritto-dovere di resistenza è sicuramente mostrata da Kant⁸⁰ che evidenzia il punto d'arrivo nella sovranità popolare e nella volontà collettiva grazie alla quale «ognuno decide la stessa cosa per tutti e tutti la decidono per ognuno»⁸¹ cosicché ognuno non «obbedisce ad altra legge che non sia quella a cui essi hanno dato il loro consenso»⁸². Di conseguenza, se i governati coincidono con i governanti, secondo la visione rousseauviana di autolegislazione, è evidente che:

«Contro il supremo legislatore dello Stato non vi può essere dunque nessuna resistenza legittima da parte del popolo, perché soltanto grazie alla sottomissione di tutti alla sua volontà universalmente legislatrice è possibile uno stato giuridico; quindi non può essere ammesso alcun diritto di insurrezione (*seditio*), ancor meno di ribellione (*rebellio*), e meno che meno poi attentati contro di lui come individuo (come monarca) sotto pretesto di abuso di potere (*tyrannis*), nella sua persona o nella sua vita (*monarchomachismus sub specie tirannicidi*). Il fondamento del dovere che ha il popolo di sopportare l'abuso del potere supremo persino quando questo è dato come insopportabile, consiste in ciò: che la sua resistenza contro la legislazione sovrana non deve mai essere considerata altrimenti che come contraria alla legge, anzi come distruggente l'intera costituzione legale⁸³».

Con Kant si giunge a definire la struttura del formalismo giuridico, in cui si afferma il paradigma della legittimità nella definizione della validità della norma giuridica e l'idea di un modello monolitico di sovranità. Questo comporta una perdita di significato della resisten-

⁸⁰ *Ivi*, p.144.

⁸¹ I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, (1797), par. 46, in Id., *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma – Bari, 2001, cit., pp. 142-3.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ivi*, par. 49, pp.150 – 151.

za, che non può che presentarsi come rivoluzione, come sradicamento dell'impianto statale.

Queste tendenze neoassolutistiche del filosofo liberale sono, in realtà, contrarie alla sua filosofia politica, tanto che alcuni autori ritengono che la vera fonte del liberalismo kantiano risieda nella sua filosofia morale – il cui fondamento è l'autonomia del soggetto – e non in quella giuridica, contestando che con lo stato di diritto si risolva definitivamente il problema della resistenza⁸⁴.

Se la teoria del diritto di resistenza era sempre più ammessa concettualmente, sempre più sperimentava la difficoltà a tradursi in pratica come istituto giuridicamente organizzato.

Con l'avvento del positivismo giuridico il diritto di resistenza venne assorbito e, allo stesso tempo, disintegrato nello Stato stesso, a seguito del processo che diede luogo allo Stato di diritto prima, e a quello democratico poi, attraverso alcuni istituti ritenuti correttivi delle degenerazioni del potere: l'abuso del potere ed il difetto di legittimazione⁸⁵. È il cambiamento che coinvolse il costituzionalismo moderno che si fece diritto costituzionale positivo, comportando un'eclissi del momento oppositivo.

Per l'abuso di potere, due sono i rimedi realizzati con l'avvento dello stato di diritto: la subordinazione del potere alla legge e la separazione dei poteri.

Per il primo aspetto, lo stato di diritto comporta che l'unico diritto è quello posto dall'autorità (è l'affermazione del principio di legalità), ad esso lo stato stesso si sottomette, cioè si limita attraverso il diritto da lui stesso posto (*stato legale*). Ma se lo stato ha la capacità di autolimitarsi e non ammette altre limitazioni, se non quelle che *positivamente* si dà, è chiaro che non può ammettere la facoltà del singolo o della collettività di opporsi alla sua legge e di limitare il potere⁸⁶, anche perché se è esso

⁸⁴ M. A. Cattaneo, *Considerazioni su diritto di resistenza e liberalismo*, in AA.VV., "Autonomia e diritto di resistenza", Studi Saresani, Serie III, Giuffrè, Torino, 1970, pp. 216 – 217.

⁸⁵ N. Bobbio, *ult. op. cit.*, p. 20.

⁸⁶ Secondo la visione di Jellinek, riportata da G. Garancini (*op. cit.*, p. 134) il diritto di resistenza diventa un non-senso poiché con lo stato moderno si è superato il dualismo che ha caratterizzato l'epoca medioevale, ed i limiti della sua azione non derivano più dall'antitesi tra il sovrano e il popolo, ma dallo stato stesso, che riconosce anche la persona come titolare di diritti.

stesso a porre i limiti necessari per tutelare la persona, ammettere un diritto di non obbedire, sarebbe come riconoscere il fallimento del suo obiettivo.

Per quel che riguarda la separazione dei poteri elaborata da Montesquieu, questa è erede del pensiero dei monarcomachi ugonotti francesi⁸⁷ ed ha subito una grande trasformazione. Dapprima, ha conosciuto un posto privilegiato nell'architettura dello stato come uno dei principi fondativi dell'ordinamento; in seguito, nello stato di diritto, accompagnandosi con il principio di legalità e, successivamente, con quello della responsabilità dell'esecutivo, subì una "ridislocazione" come regola di organizzazione dei pubblici poteri, e, se rappresenta uno strumento garantistico contro la concentrazione del potere, la sua subordinazione alla legge rende debole l'assorbimento in esso del diritto di resistenza⁸⁸. È una prova ulteriore di quella transizione del costituzionalismo moderno in diritto costituzionale positivo.

Il processo di assorbimento del diritto di resistenza è proseguito con la costruzione dello stato democratico, con la "costituzionalizzazione" dei rimedi contro l'usurpazione del potere legittimo: da un lato il riconoscimento dell'opposizione e dall'altro della sovranità popolare, quindi dell'investitura popolare dei governanti, con il controllo periodico della loro investitura attraverso il riconoscimento del suffragio universale.

Non si può negare la correttezza delle tesi di quanti sostengono che, nello stato di diritto democratico, il diritto di resistenza sia stato assorbito in strumenti di garanzia e procedurali, che lo rendono pressoché inutile; ma non si può trascurare chi, come Cattaneo⁸⁹, ritiene che la resistenza, sia individuale che collettiva, trovi ancora uno spazio nello Stato liberale.

Del resto, l'eclissi subita dal diritto di resistenza a causa dell'affer-

⁸⁷ A. Buratti, *op.cit.*, p. 138.

⁸⁸ *Ivi*, p. 141.

⁸⁹ L'autore critica la teoria secondo cui nello Stato di diritto non vi è più spazio per la resistenza, perché sostiene l'esistenza di quel «residuo» che esprime il nucleo sostanziale del diritto di resistenza; e tale residuo consiste nell'irriducibilità della coscienza individuale all'espressione della volontà generale» (p. 214). E nella filosofia kantiana, che normalmente viene portata a sostegno dell'idea contestata, la negazione del diritto di resistenza è contraria alla sua filosofia morale, il cui punto centrale è l'imperativo categorico nella sua seconda formulazione, quella per cui ogni uomo deve essere trattato come fine e mai come mezzo. (M.A. Cattaneo, *op.cit.*, pp. 214 – 215 – 216).

marsi del formalismo giuridico e delle garanzie costituzionali, non ha ovviamente spento la resistenza, che ha conosciuto nuove forme: si è venuta costituendo così l’opposizione parlamentare, avente il compito di svolgere una critica permanente all’indirizzo politico dell’esecutivo e che, nel contesto inglese del settecento, avrà una relazione stretta con la società civile strutturata in opinione pubblica; rappresentando, per giunta, una premessa necessaria per la nascita del partito, quale soggetto di riferimento della società civile⁹⁰. È da notare come se, da un lato, le forme di dissenso e di critica politica si “istituzionalizzavano” nell’opinione pubblica e nell’opposizione parlamentare come argini al dispotismo del potere; dall’altro, si perse l’idea della resistenza come disobbedienza ad una norma giuridica approvata secondo le regole della deliberazione parlamentare. Non era concepibile l’idea di una possibile disobbedienza in uno Stato che, si è visto, sapeva autolimitarsi, e per far fronte alle varie prassi dissenzienti (come le lotte operaie e sindacali) – espressione di una società che stava mutando da soggetto monolitico a soggetto eteronomo – lo Stato ottocentesco si munì di strumenti repressivi volti a tutelare interessi pubblici, sintetizzati nella generica clausola dell’ordine pubblico⁹¹.

2.7 Un tentativo di recupero del diritto di resistenza: la proposta di Dossetti

La storia ha mostrato che la teoria del *Rechtsstaat*, che si limita con il solo diritto positivo, può spostare i limiti a cui è sottoposto, se non addirittura annullarli, e la tutela del singolo richiede strumenti “estremi” come la resistenza che non è solo un diritto, ma anche un dovere.

Gli eventi del XX secolo hanno rappresentato un terremoto: il positivismo più radicale ha dovuto fare i conti con i massacri e la distruzione delle due guerre mondiali, toccando con mano che lo Stato spesso non è

⁹⁰ A. Buratti, *op.cit.*, pp. 158 – 159.

⁹¹ Negli anni a cavallo tra il XIX e il XX secolo si sviluppò un’ampia politica criminale volta a reprimere i reati contro l’ordine pubblico, restringendo le libertà pubbliche, che troverà il suo apice nella legislazione fascista, nel codice del 1930.

in grado di tutelare i diritti e le libertà degli individui, ma è esso stesso a reprimerli.

Quando, nel secondo dopoguerra i paesi europei hanno dovuto ricostruire i nuovi Stati costituzionali dalle macerie del totalitarismo, nelle discussioni delle assemblee costituenti la resistenza ha occupato uno spazio non trascurabile. Il caso, forse, più emblematico è rappresentato proprio dall'Italia nella proposta del democristiano Giuseppe Dossetti. Il momento storico era indubbiamente favorevole ad una riconsiderazione della resistenza: c'era la convinzione di dover «edificare un ordinamento dello stato nel quale non possa più edificarsi quanto è accaduto»⁹². D'altro canto, però, si sentiva l'esigenza di essere cauti nel considerare questo diritto.

La proposta di Dossetti fu formulata il 21 novembre 1946, all'interno di un vero e proprio articolato⁹³, in cui all'art. 3 si trova scritto: «La resistenza, individuale e collettiva agli atti dei pubblici poteri, che violino le libertà e i diritti garantiti dalla presente Costituzione, è diritto e dovere di ogni cittadino. È questo l'abituale principio della resistenza, logico corollario dei due articoli precedenti. Cfr. Costituzione francese del 19 aprile 1946, articolo 21: «Qualora il governo violi le libertà e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza sotto ogni forma è il più sacro dei diritti e il più imperioso dei doveri».

La discussione su questo articolo ebbe inizio il 3 dicembre 1946, sotto la Presidenza del democristiano Umberto Tupini. Negli interventi che furono presentati emergono alcune delle problematiche e delle perplessità viste precedentemente. Un primo problema riguarda il garante di questo diritto-dovere, come evidenziò l'onorevole comunista Concetto Marchesi che mostrò anche la sua preferenza per la formula contenuta nell'art. 21 della Costituzione francese «sotto ogni forma», che giustificerebbe il ricorso a forme non strettamente legali. A proposito della prima questione rispose l'onorevole Cevolotto: la garanzia giuridica verrebbe data dall'autorità giudiziaria e la legge penale dovrebbe stabilire

⁹² V. Crisafulli, *Per una Costituzione democratica*, in «Rinascita», III, luglio 1946, p. 144.

⁹³ «Lo stato come ordinamento giuridico e i suoi rapporti con gli altri ordinamenti e sulla libertà di opinione, di coscienza e di culto». Assemblea Costituente, lavori della prima Sottocommissione, *Proposte del deputato Giuseppe Dossetti*, Roma, 1946.

i limiti; per la seconda questione lo stesso Dossetti affermò che parlare di “resistenza individuale e collettiva” è come dire “sotto ogni forma”⁹⁴.

A partire da questi rilievi prese le mosse l'intervento di Aldo Moro, a parere di chi scrive, uno dei più importanti. Secondo Moro, non è opportuno riprendere *sic et simpliciter* il testo della Costituzione francese, perché la proposta di Dossetti permette di sancire «il diritto alla rivoluzione»⁹⁵, ma, contemporaneamente, di delimitarlo ai casi in cui ci sia una violazione dei diritti fondamentali. È chiara l'esigenza di dover circoscrivere un diritto che intrinsecamente ha una carica destabilizzante per l'ordinamento⁹⁶. Egli si mostra, inoltre, favorevole a considerare il dovere di resistenza, che si oppone ad atti arbitrari del potere e, in questo modo, giungendo a negare la rilevanza penale di atti che potrebbero apparire delittuosi, ma in realtà non lo sono, in quanto hanno «il nobile scopo di garantire la libertà umana»⁹⁷. Anche Palmiro Togliatti era favorevole all'articolo, ma temeva che si potesse svilire la resistenza, anche per scopi meno nobili, come una resistenza di fronte a nuove tasse.

L'articolo fu poi approvato con la maggioranza di 10 voti favorevoli e uno contrario, due astenuti. È molto interessante come Dossetti e Moro abbiano difeso, di questo articolo, non tanto l'aspetto di diritto, quanto piuttosto di dovere, suscettibile di essere sanzionato in caso di sua violazione. Dal momento che non vennero presentati emendamenti al testo, l'art. 3 entra a far parte del secondo comma dell'art. 50⁹⁸ del progetto di Costituzione, all'interno del titolo IV, nella parte prima sui Diritti e Doveri dei cittadini. La resistenza fu depotenziata rispetto al

⁹⁴ Assemblea Costituente, *Commissione per la Costituzione, Discussioni, Prima Sottocommissione*, Roma, 3 dicembre 1946, p.450. Per terminare una discussione che si sarebbe protratta più del dovuto Dossetti si dichiarò disponibile ad accogliere i rilievi presentati da Marchesi.

⁹⁵ *Ivi*, p.451.

⁹⁶ Emerge anche la confusione tra resistenza e rivoluzione, che porta a sovrapporle, ma così facendo si perde la peculiarità della prima, diciamo di resistenza “in senso stretto”, la quale si inserisce all'interno dell'ordinamento non per capovolgerlo, ma per ripristinarlo.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ “Ogni cittadino ha il dovere di essere fedele alla Repubblica, di osservarne la Costituzione e le leggi, di adempiere con disciplina ed onore le funzioni che gli sono affidate. Quando i poteri pubblici violino le libertà fondamentali ed i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino”. *Progetto di Costituzione approvato dalla Commissione per la Costituzione, presentato alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947*.

testo originario, perché venne affermata come garanzia per i diritti dell'individuo contro l'*oppressione* e non contro qualsiasi atto dei pubblici poteri.

Arrivato in Assemblea plenaria, il 19 maggio 1947, il testo fu oggetto di diverse critiche, tra queste la principale riguardava la paura di offrire un'arma troppo potente nelle mani del popolo contro il governo. Sembrano riecheggiare le paure di Boissy d'Anglas. Tra gli argomenti più convincenti vi fu quello di Fiorentino Sullo che ricordò il pericolo, insito nell'articolo, di fare un'operazione pedagogica, ma la Costituzione non può fare pedagogia, la politica non è pedagogia⁹⁹. Il suo intervento è volto a dimostrare l'incontrollabilità del diritto di resistenza, partendo anche dalle vicende storiche dell'epoca: in Sicilia era vivo il movimento separatista.

Gli interventi dell'area democristiana si caratterizzarono tutti per un deciso rifiuto della proposta dossettiana, che fu sostenuta con convinzione soltanto da Moro. All'interno delle altre correnti, le posizioni erano molto diversificate: un intervento molto significativo, proveniente dalle fila del partito comunista, fu quello di Antonio Giolitti. *In primis*, rispose al problema circa "chi" può attivare la resistenza e afferma che «la garanzia essenziale del regime democratico è l'autogoverno, che è fondato evidentemente sul senso di responsabilità, sulla coscienza morale e politica del cittadino»¹⁰⁰. Ma l'argomentazione più efficace è quella giuridica: il diritto di resistenza è il necessario contrappeso ai doveri di fedeltà, indispensabili nell'architettura dello Stato costituzionale, ma poi vi è la persona, sia come singola sia nella dimensione relazionale delle formazioni sociali, che ha un dovere morale di opporsi a ciò che è contrario alla sua coscienza più profonda e a ciò che viola i diritti fondamentali dell'uomo.

Il 23 maggio 1947 si apre la discussione sugli emendamenti all'art. 50¹⁰¹ e dopo vari interventi il 5 dicembre 1947 il diritto di resistenza

⁹⁹ Assemblea Costituente, *Atti dell'Assemblea Costituente, Discussioni*, p. 4083.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 4101.

¹⁰¹ Il primo emendamento fu quello di Pietro Mastino che cercò di ridimensionare il diritto collettivo di resistenza, per prevenire quelle situazioni in cui un gruppo tentasse di sovvertire lo Stato. Poi l'intervento di Mortati, che delinea meglio i limiti e le situazioni in cui la resistenza può essere esercitata: «È diritto e dovere dei cittadini, singoli o associati, la resistenza che si renda necessaria a reprimere la violazione dei diritti individuali e delle libertà democratiche da parte delle pubbliche

scompare definitivamente dal testo della Costituzione.

Dossetti non realizzò successivi espliciti interventi in Costituente, ma l'argomento non abbandonò mai il suo pensiero¹⁰².

La difficoltà incontrata dai costituenti fu rappresentata sicuramente dal fatto che il diritto di resistenza è un diritto difficile da giuridicizzare, soprattutto all'interno di un ordinamento in cui sono previsti molti strumenti di tutela.

Una breve chiosa sull'intervento di Sullo: all'epoca del legislatore costituente la funzione pedagogica voleva essere lasciata, forse giustamente, ad altre realtà quali la famiglia, le associazioni.

Certo, affermare che il diritto debba avere anche una funzione educativa richiama alla mente gli spettri di indebite commistioni tra diritto e morale. Ma oggi vi è una vera e propria emergenza educativa, causata anche, talvolta, dalla mancanza di quelle realtà che ad essa sono tributate, ma che hanno abdicato alla loro funzione. Nonostante ciò, la necessità di educare ed essere educati rimane e, poiché il vuoto viene comunque colmato da qualcun'altro, che non sempre è all'altezza di questo compito, il diritto potrebbe accogliere questa sfida. Infatti, è difficile sostenere che le norme non abbiano *alcuna* funzione pedagogica, oltretutto di regolamentazione e di organizzazione della vita concreta, se non altro perché è indubbio che il diritto influenzi e modelli la cultura; soprattutto nelle materie eticamente sensibili. Questo non vuol dire applicare la moralità di un qualche "ente superiore esterno", ma potrebbe

autorità»». Rispetto alla proposta dossettiana si ritrovano le modalità di esercizio della resistenza: individuale e collettiva; permane il profilo non solo di diritto, ma anche di dovere; infine, quando si può porre in essere la resistenza? Quando le pubbliche autorità violino i diritti individuali e le libertà democratiche. Si tratta di una garanzia per i singoli, che, nel contesto di uno stato costituzionale, dovrebbe rappresentare l'*extrema ratio*, ulteriore agli strumenti che l'ordinamento predispone per il rispetto della persona e delle minoranze. Nella prosecuzione della discussione, il 4 dicembre 1947, in aula i democristiani fecero un blocco contrario all'articolo, per voce di Mortati, che, in sede di discussione finale, modificò radicalmente le sue posizioni.

In un momento successivo, Costantino Mortati ritornerà sulla questione, facendo un passo indietro rispetto alla posizione assunta in sede di discussione finale. Nel Commentario alla Costituzione riconoscerà l'importanza della resistenza, il cui fondamento risiede nella sovranità popolare, come strumento per la difesa e reintegrazione dei diritti quando le autorità preposte non siano all'altezza (U. Mazzone, *Il diritto/dovere di resistenza nella proposta di Giuseppe Dossetti alla Costituente*, in "Resistenza e diritto di resistenza. Memoria come cultura", Angela De Benedictis e Valerio Marchetti (a cura di), CLUEB, Bologna, 2000, p.69).

¹⁰² U. Mazzone, *op.cit.*, p.69.

significare semplicemente applicare la Costituzione. Questo spingerebbe anche le istituzioni ad una maggiore assunzione di responsabilità, nei confronti dei loro cittadini, per ispirarli contro le ingiustizie.

2.8 Il residuo della resistenza alla legge nella democrazia costituzionale

Abbiamo percorso la nascita e lo sviluppo della resistenza, perno del costituzionalismo, soprattutto nell'ambito di una concezione contrattualistica dell'obbligo giuridico; il successivo assorbimento negli strumenti di garanzia propri del diritto costituzionale positivo, durante la costruzione dello stato di diritto e democratico; il suo tramonto con il formalismo giuridico e la costituzionalizzazione della sovranità popolare, fino ad arrivare alla sua trasformazione nelle prassi del dissenso e dell'opposizione politica.

Con l'ondata costituzionale che coinvolse l'Europa all'indomani del secondo conflitto mondiale venne introdotta, sul modello statunitense, una nuova fonte gerarchicamente sovraordinata alla legge, grazie alla quale, sul piano degli strumenti di garanzia, si verificò un ulteriore salto di qualità: si è prevista la possibilità di un sindacato di legittimità costituzionale della legislazione ordinaria e si è vincolato il potere della maggioranza a principi e valori affermati in una fonte superiore: una Costituzione rigida, alla cui salvaguardia è posta una Corte (o Tribunale) titolare del potere di dichiarare illegittima la legge. In un sistema così ben organizzato, in cui sono previsti gli strumenti di tutela più raffinati, era difficile concepire la previsione della resistenza in Costituzione, assente nella maggior parte delle Carte costituzionali, salvo rare eccezioni¹⁰³.

La persona è vero e proprio fondamento dello Stato, le sono riconosciuti i diritti inviolabili, le garanzie necessarie sembrano realizzate, i diritti sono "positivizzati", il diritto di resistenza si è trasformato e ha

¹⁰³ È il caso dell'art. 21 della Costituzione portoghese del 1976 che riconosce «il diritto di resistere a qualunque ordine che leda i propri diritti, libertà e garanzie, ed a respingere con la forza qualunque aggressione, quando non sia possibile ricorrere all'autorità pubblica»; si ritrova anche in alcune costituzioni dei Länder tedeschi, ad esempio l'art. 19 della Costituzione della città di Brema del 1947; la Costituzione del Land di Brandeburgo del 1947; la Costituzione della città di Berlino del 1950.

trovato spazio negli strumenti contro le derive del potere. Oggi «non ci sono più tiranni da togliere di mezzo»¹⁰⁴ per cui violare la legge non è un merito, ma un reato.

Inoltre, la validità di una norma è fondata, ormai, su principi di carattere formale: se la norma rispetta il procedimento di formazione previsto in Costituzione è valida. Certo con l'avvento delle costituzioni si parla non soltanto di validità formale, ma anche di validità materiale, ovvero di una compatibilità con il contenuto della Costituzione.

Una domanda a questo punto sorge spontanea: abbiamo raggiunto il nuovo punto di arrivo nel rapporto tra individuo, società e potere legittimamente costituito? Non ha più senso parlare dell'antinomia fra obbedienza e resistenza, fra l'obbligo giuridico e il dovere dettato dalla coscienza? La mancanza, nel pensiero giusfilosofico ottocentesco, delle forme di disobbedienza alla legge si giustifica anche con la premessa teorica della validità formale delle norme, la cui legittimità, come quella del potere, deriva dalla sovranità popolare, della quale le leggi sono il frutto. È un elemento tipico degli ordinamenti, figli del diritto romano e della rivoluzione francese, che poggiavano sull'idea di una identificazione tra governanti e governati ovvero tra volontà della Nazione e deliberazione parlamentare¹⁰⁵. Questo era reso possibile grazie ad una società borghese concepita come omogenea e monolitica; ma le società contemporanee si caratterizzano per una forte eterogeneità, per una continua evoluzione in termini di multiculturalità, che mette in crisi la visione unitaria della comunità politica. Ciò porta inevitabilmente ad interrogarsi sul problema dell'obbedienza alla legge e su quanto la deliberazione della maggioranza possa coartare la coscienza individuale. Se nello Stato ottocentesco vi era l'identità tra rappresentanza e Nazione, garantita dal divieto di mandato imperativo e dal perfetto rapporto di rappresentanza tra il singolo deputato e il popolo; attualmente il plu-

¹⁰⁴ A. Passerin d'Entrèves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, *op.cit.*, p. 215.

¹⁰⁵ Rousseau teorizza la coincidenza tra rappresentanti e rappresentati, ma la sua teoria della volontà generale ha non pochi punti critici. La prima difficoltà è evidente nella sostanziale coincidenza della volontà generale con quella della maggioranza, per cui la minoranza non trova un suo spazio, anzi deve adeguarsi alla volontà maggioritaria, riconoscendo di avere sbagliato. Inoltre non è chiaro se la volontà generale è tale perché tutti hanno partecipato oppure perché il risultato è nell'interesse di tutti. (V. Pazé, *Partecipazione, deliberazione e bene comune*, in «Ragion Pratica», Bologna, Il Mulino, 2012, n. 39, p. 571).

ralismo non permette più una visione unitaria e non è possibile parlare di identificazione tra il popolo e i suoi rappresentanti, se non al caro prezzo di soffocare le singole individualità; ma non si tratta solo di questo. Con l'azione di resistenza tuteliamo noi stessi, ma siamo chiamati anche ad abbandonare l'angolo visuale incentrato sull'io e ad allargare gli orizzonti verso l'altro. In un momento storico e culturale in cui si realizza l'*esegesi* dei diritti, sarebbe opportuno recuperare la riflessione sui *doveri*, per non svilire le conquiste sul piano dei diritti. I diritti vengono fondati attraverso il riconoscimento altrui¹⁰⁶, quindi sul dovere degli altri di rispettarli. Questa è la riflessione di Guido Calogero, che riconosce nel dovere di ciascuno, inteso come la capacità di limitare la propria libertà, il fondamento dei diritti. Perciò la resistenza non appartiene solo al linguaggio dei diritti, ma anche, e soprattutto, a quello dei doveri: qualora la legge sia il risultato di un processo che non abbia tenuto in debito conto il dialogo tra le molteplici visioni, allora vi è un dovere di insorgere, in particolare quando il comando dell'autorità venga presentato come assoluto¹⁰⁷. Quindi il dovere di disobbedire alle leggi viene teorizzato a difesa dei diritti altrui e non del proprio diritto, della propria libertà di coscienza. Guardare alla resistenza con la lente dei doveri permette di fondare questi atti su di una base più solida, e non sulle mere opinioni o idee individuali. Significa confrontarsi con le ragioni di chi disobbedisce. Colui che obietta dovrebbe percepire, prima ancora che un diritto ad obiettare, magari riconosciuto dallo Stato, un vero e proprio dovere, nei confronti della propria coscienza senza dubbio, ma anche nei confronti di un valore che non attiene prettamente a se stesso. Non si dovrebbe rivendicare solo il diritto alla libertà della propria personale coscienza, ma porre l'accento anche sul diritto *altrui* o la posizione altrui che si sta salvaguardando (le ipotesi attuali di obiezione di coscienza riguardano tutte un bene altrui: la vita, la tutela degli animali).

Nella consapevolezza che maggioranza non è sinonimo di ragione e che lo stato è il mezzo e la persona il fine, ci si deve interrogare su quali siano il fondamento e la legittimazione dell'obbligo di obbedire alle leggi

¹⁰⁶ T. Greco, *Dai diritti al dovere: tra Mazzini e Calogero*, in Thomas Casadei (a cura di), *Repubblicanesimo, democrazia, socialismo delle libertà. "Incroci" per una rinnovata cultura politica*, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 146.

¹⁰⁷ G. Calogero, *Filosofia del dialogo*, Comunità, Milano, 1962, pp. 397-398.

in una democrazia e se vi sia lo spazio per una critica ed un'opposizione della coscienza al potere attraverso la disobbedienza.

2.8.1 *Della giustificazione dell'obbligo di obbedire alle leggi*

Parlare di giustificazione dell'obbligo giuridico significa parlare delle 'ragioni'¹⁰⁸ per cui si obbedisce al diritto. Le ragioni giustificative sono svariate e ci pongono di fronte al problema della rilevanza pratica del diritto. Proprio questo aspetto ha portato taluni ad affermare che l'individuazione delle ragioni per l'azione non sia un problema giuridico, bensì di filosofia pratica volto a capire perché l'obbedienza al diritto possa essere qualificata corretta o giusta¹⁰⁹. Occorre precisare, però, che se il nostro discorso riposa sul piano del ragionamento pratico, questo non ne svisciva l'importanza che riveste nel presente lavoro, perché l'efficacia delle norme, se è vero che non coincide con la loro validità, ne rappresenta una condizione, perciò non è corretto escludere la tematica dal piano giuridico.

La ragione più immediata che porta gli individui a conformare il loro comportamento a quello prescritto dalla norma è la presenza della sanzione, quindi una ragione 'prudenziale'¹¹⁰, accanto anche a ragioni 'opportunistiche', cioè a valutazioni di una maggiore convenienza derivante dall'obbedire al precetto.

¹⁰⁸ Con il termine 'ragione' qui si intende una giustificazione per chi la accetta come una ragione valida per fare qualcosa, quindi lo si assume nella sua accezione di giustificazione, ovvero come un processo argomentativo al termine del quale si individua un'azione corretta e/o giusta. Ricordiamo come ragione possa indicare anche un motivo o una spiegazione; qui la ragione spiega un determinato comportamento, ma non lo giustifica (A. Schiavello, *L'obbligo di obbedire al diritto*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, parte IV, Giappichelli, Torino, 2013, p. 268).

¹⁰⁹ S. Pajno, *Internal point of view, Ragioni per agire e interpretazione costituzionale*, in «Diritto & Questioni pubbliche», n. 10, 2010, p. 22.

¹¹⁰ È quello che viene definito il "modello del bandito" che si ricollega alle concezioni del diritto riconducibili all'imperativismo, quindi all'argomento autoritativo dell'obbligo giuridico, per cui il diritto è rappresentato da una serie di comandi posti dall'autorità, la quale desidera che l'altro ponga in essere un determinato comportamento e la sua volontà di nuocere nel caso in cui questo non avvenga (questi sono i due elementi *intenzionali* che permettono di identificare un comando). Poi vi sono anche gli elementi *esterni* che possono essere verificati empiricamente: la capacità di nuocere da parte di chi pone il comando; la manifestazione da parte di questo di ciò che desidera; la manifestazione della volontà di nuocere.

Se si riflettesse più attentamente si potrebbe notare che limitarsi a queste ragioni significa affermare che l'individuo è obbligato ad obbedire per *forza* ma non per *dovere*, perché il suo comportamento è necessitato dalla presenza della sanzione; per quanto occorra sottolineare che nel caso delle norme giuridiche non è esclusa la libertà di chi riceve il comando, è fuor di dubbio che la paura della sanzione rappresenti una forte motivazione per l'obbedienza e sostenere una forma di imperativismo pura, in cui si riconduce l'obbligo giuridico esclusivamente alla sanzione, non sembra la soluzione adeguata, anche se sarebbe la più semplice perché affermare che la forza è l'elemento essenziale dell'obbligo politico, significa risolvere agevolmente la questione del rapporto tra obbedienza e resistenza, poiché dalla semplice imposizione coattiva non può derivare alcun obbligo morale¹¹¹, per cui ribellarsi diventa senza dubbio un dovere di fronte alla legge iniqua. Del resto se lo Stato fosse solo un sistema di sanzioni organizzato e il nostro obbligo discendesse dall'uso della forza né lo Stato né il diritto potrebbero vantare una pretesa di fedeltà, perché non ci sarebbero doveri politici, non «adesione», ma solo sottomissione; non cittadini, ma soltanto sudditi; non una *polis*, ma forse il campo di concentramento al termine del cammino»¹¹². Uno Stato di questo genere non potrebbe durare a lungo, se non trova un collante più forte che riesce a sostenerlo.

Ma se in questo caso non si può parlare di un dovere, quanto piuttosto di una 'costrizione' ad obbedire, in cui la libera scelta sfuma, non sembra perciò corretto parlare di un vero e proprio 'obbligo', di conseguenza la sanzione può *spiegare* l'obbedienza al diritto, e spesso si obbedisce semplicemente per evitare conseguenze spiacevoli, ma non la *giustifica* validamente.

¹¹¹ A. Passerin d'Entrèves, *op.cit.*, p. 217.

¹¹² A. Passerin d'Entrèves, *Sulla natura dell'obbligo politico*, in *Obbedienza e resistenza*, *op.cit.* p. 84.

2.8.2 *Il modello dell'autonomia di Hart. La svolta convenzionalista e le critiche. L'internal point of view oltre Hart. La configurazione di un'accettazione morale dell'obbligo politico.*

Il diritto quindi produce delle ragioni per agire, diverse dalle ragioni prudenziali, riconducibili alla tipologia degli obblighi. Come è noto, la critica alla teoria imperativista propria di Austin e Bentham, è il punto di partenza della teoria di Hart, che vuole distinguere l'obbligo giuridico da quello morale. Tra i suoi meriti, quello che subito qui rileva è la distinzione, che mancava negli imperativisti, tra *l'essere obbligati e avere un obbligo*. Questa separazione implica una distinzione tra un atteggiamento passivo ed uno attivo. Si *ha* un obbligo nel momento in cui gli individui assumono il *punto di vista interno* nei confronti del comportamento descritto dalla norma. Nella corretta accezione hartiana (che va distinta dalla successiva versione offerta da MacCormick, che rappresenta una sua “correzione”, se non addirittura un suo “tradimento”)¹¹³ *l'internal point of view* è un atteggiamento che porta ad adottare le norme come criterio di condotta per sé e per gli altri e che porta a prevedere ciò che gli altri faranno – spesso viene confuso con l'idea dell'accettazione morale ma per Hart è indipendente dai sentimenti e dalle ragioni soggettive¹¹⁴. L'importante è *l'utilizzazione linguistica* delle norme come regole di condotta e la formulazione di espressioni normative per statuire il modello di comportamento e sviluppare delle critiche in caso inosservanza¹¹⁵.

È il tentativo di Hart, quello che viene definito ‘il modello dell'autonomia’, di individuare delle ragioni ‘giuridiche’, indipendenti dalla coazione e dalla morale, per cui un comportamento viene utilizzato come regola di condotta perché è parte di una pratica sociale, ciò che rende vincolante la norma giuridica è che gli altri membri del gruppo la considerino obbligatoria. La sua accettazione è un atto mentale o comunque interno che non rileva ai fini della giustificazione di un determinato comportamento, quello che rileva è la norma che si adotta come

¹¹³ S. Pajno, *op.cit.*, p. 14.

¹¹⁴ *Ivi*, p. 15.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 16.

modello di condotta, nel momento in cui questa norma è una norma giuridica allora ci troviamo di fronte ad un obbligo giuridico¹¹⁶.

Questo tentativo di individuare la normatività delle norme giuridiche in ragioni differenti rispetto alla coazione e alla morale ha il pregio di permettere di comprendere il diritto come un fenomeno complesso.

Per Hart il punto di vista interno rappresenta qualcosa di più rispetto all'essere obbligato, infatti il soggetto *ha* un obbligo – che permette di distinguere la norma giuridica da un ordine sostenuto da minaccia – ma è diverso dall'accettazione morale. Le ragioni che pongono in essere le pratiche possono essere varie e non ve ne è una privilegiata rispetto ad altre, è la cosiddetta *equipollenza delle ragioni*, che è stata criticata. In particolare è stata criticata questa visione del punto di vista interno perché troppo parziale, in quanto non è in grado di distinguere bene dal modello della sanzione, mancando *l'aspetto delle ragioni* per le quali gli individui adeguano il loro comportamento. Infatti se consideriamo il punto di vista interno 'in senso debole', la teoria hartiana non riesce a discostarsi dal 'modello del bandito' tanto che si trova in difficoltà di fronte alle varie situazioni: come questo rispetta la legge per paura della sanzione, anche il conformista – ligio al diritto perché lo fanno gli altri – rispetta la legge, non per paura della sanzione, ma per paura della riprovazione sociale¹¹⁷, quindi di una forma di pressione che è in grado di far diminuire la sua libertà e far venire meno l'adesione spontanea. Per cui considerando le ragioni tutte sullo stesso piano l'autonomia del diritto dalla coercizione è messa a rischio.

Quindi, secondo quest'idea, per discostarsi dal modello austiniiano bisogna caratterizzare il punto di vista interno in senso forte, ovvero come accettazione morale, secondo la versione sviluppata dal brillante allievo di Hart, MacCormick, che non nega la validità dell'opera del maestro ma la ritiene incompleta: coloro che sono dotati del punto di vista interno *desiderano* la conformità dei comportamenti alle norme ritenute dotate di valori per loro molto importanti¹¹⁸.

¹¹⁶ A. Schiavello, *An immense task: Hart sull'obbligo di obbedire al diritto*, Paper presentato al Convegno "The Framework of Legal Thought. Riflessioni sui cinquant'anni di *The Concept of Law*" di Hart, Milano, 2012, p. 9.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 14.

¹¹⁸ S. Pajno, *op.cit.*, p. 17.

Questo perché il diritto avanza una pretesa di correttezza¹¹⁹. La maggior parte delle persone preferiscono quella norma rispetto a comportamenti alternativi dal punto di vista morale. Infatti se è possibile che una norma sia condivisa da tutti, non si può dare il caso in cui nessuno la condivida perché altrimenti verrebbe meno il suo rispetto. Lo stesso afferma Raz che sostiene che non si possano mettere da parte le ragioni che portano i membri della comunità a considerare il diritto giusto, per cui ogni sistema giuridico produce norme che sono il frutto delle convinzioni morali della maggioranza. La conseguenza di questo consiste nel non riuscire a distinguere più in maniera netta le ragioni giuridiche da quelle morali.

In risposta a queste difficoltà, Hart successivamente intraprese quella che viene definita la “svolta convenzionalista”, in cui sostiene che la conformità della maggioranza dei membri del gruppo sociale ad una norma, quindi l’aspettativa che altri si comportino uniformemente ad essa, è una condizione necessaria ma non sufficiente per ritenere quella norma obbligatoria, per cui non si esclude che l’obbligo di obbedire al diritto dipenda anche da valutazioni circa la correttezza delle norme. In particolare il punto di vista interno dovrebbe essere assunto dagli operatori giuridici, come i giudici, i funzionari della pubblica amministrazione e così via. Ma affermare questo significa non allontanarsi dal modello della morale e l’autonomia del diritto risulta indebolita¹²⁰.

Quindi possiamo dire che se il diritto promuovesse i comportamenti solo in nome della *forza*, e non vi fosse un abituale e spontaneo rispetto delle norme verrebbe meno il diritto stesso e l’ordinamento dovrebbe fronteggiare comportamenti illeciti generalizzati, il che sarebbe materialmente impossibile, nonché sintomo dell’inefficacia delle sanzioni, *ergo* del diritto stesso¹²¹.

Sicuramente il fenomeno della obbedienza al diritto è molto complesso, e non si può moralizzare tutto il diritto, anche perché vi sono norme che non richiedono un’accettazione morale, come quelle del traffico stradale utili a risolvere un semplice problema di coordinazione.

¹¹⁹ A. Schiavello, *ult.op. cit.*, p. 13.

¹²⁰ A. Schiavello, *L’obbligo di obbedire al diritto, op.cit.*, p. 278.

¹²¹ E. Rippepe, *Che cosa è un diritto che viene meno quando viene meno la forza?*, in *Interrogativi sul diritto “giusto”*, Eugenio Rippepe (a cura di), Plus – Università di Pisa, 2001, p. 14.

Ma è anche vero che la condivisione morale dei valori di un ordinamento difficilmente può essere esclusa. Il motivo per cui normalmente prevalgono comportamenti conformi al diritto è perché le norme sono ritenute accettabili. Questo, si ribadisce, non significa che ciascuna norma sarà sempre rispettata perché condivisa moralmente, possono esservi ragioni di opportunità o perché quelle norme risolvono problemi di coordinazione rispetto ai quali non vi è alcuna pretesa morale, ma sicuramente ci sono anche norme di principio in cui l'adesione morale è fondamentale. Si potrebbe forse dire che l'accettazione morale riguarda l'obbligo politico in senso stretto, per cui accettiamo quell'ordinamento e con una decisione morale «attribuiamo allo Stato un valore, che i suoi comandi, che le sue leggi hanno un potere non solo coattivo, ma vincolante per noi»¹²², e questa si estende indirettamente all'obbligo giuridico, che è legato a doppio filo a quello politico, divenendo rilevante rispetto all'accoglimento dei valori costituzionali e nei casi in cui in gioco vi siano questioni di principio. Anche lo stesso Hart non nega che il diritto possa avere dei contenuti conformi alla morale, ma nega la connessione necessaria tra i due.

Non si può negare che l'adeguarsi spontaneo derivi dall'accettazione morale delle basi fondamentali del sistema, della sua Costituzione; infatti che cosa permette che non vi sia una disobbedienza diffusa e generalizzata se non una corrispondenza di ciò che il diritto prevede come lecito a ciò che i cittadini considerano giusto? ¹²³

Ciò non significa abbracciare arcaiche tendenze giusnaturalistiche, non vuol dire appiattare l'obbligo giuridico su quello morale. Occuparsi dei criteri che permettono di configurare un diritto "giusto" è un'operazione che coinvolge il fronte giuspositivista dal momento che l'obbedienza spontanea, frutto della condivisione della giustizia della norma, è condizione necessaria, si è detto, dell'effettività dell'ordinamento, quindi della sua validità.

Inoltre, riconoscere *anche* il profilo dell'accettazione del diritto non implica, per coloro che temono commistioni, abiurare al positivismo. Anzi permette di evitare derive verso un deprecabile legalismo¹²⁴ che

¹²² A. Passerin d'Entrèves, *ult.op.cit.*, p. 85.

¹²³ E. Rippepe, *op.cit.*, p. 14.

¹²⁴ Il positivismo giuridico come ideologia (positivismo giuridico ideologico) presenta due versioni: quella più estrema viene definita 'legalismo etico' che propugna

pone un dovere assoluto di obbedienza alla legge, che è tale per il solo fatto di essere valida formalmente, indipendentemente dai contenuti.

Questa visione estrema del positivismo non è condivisa neppure dagli stessi positivisti, se non altro perché è in contraddizione con l'aspetto del positivismo come approccio avalutativo al diritto, che vieta di fare del diritto una morale, un valore per il solo fatto di esistere¹²⁵. Con l'avvento delle Costituzioni rigide, poi, la supremazia della legge è stata messa in discussione, quindi la sua "sacralizzazione" non ha più ragion d'essere.

Lo scontro tra positivisti e giusnaturalisti si è modificato, e secondo alcuni sarebbe opportuno parlare, per il giusnaturalismo, di "generico antipositivismo"¹²⁶, infatti sono pochi coloro che si dichiarano apertamente giusnaturalisti; per il positivismo di positivismo metodologico che rappresenta meglio le concezioni giuspositiviste.

Con l'avvento dello Stato costituzionale anche parlare di una netta separazione tra diritto e 'principi' (non diciamo morale) è difficile; intanto perché, se non si può prescindere dalle valutazioni sulla giustizia e se la giustizia può essere considerata «quella faccia della morale rivolta verso il diritto»¹²⁷, quell'insieme di valori giuridicamente rilevanti, allora questa rappresenta il *trait d'union* tra diritto e morale, questi risultano di conseguenza legati.

Inoltre, il positivismo ha sviluppato la sua teoria di separazione tra le due realtà in una fase di laicizzazione del diritto, ma la morale che veniva rifiutata era quella ideale o critica; non nega il legame con la morale positiva, quella condivisa dal gruppo sociale. Come abbiamo

«il dovere assoluto o incondizionato di obbedire alla legge in quanto tale» (N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra*, p.236.). Una concezione giusfilosofica, questa, che fa proprio l'argomento autoritativo dell'obbedienza al diritto, per cui quest'ultimo pretende un'obbedienza in quanto emanato da un'autorità, la particolarità è che questo è un obbligo assoluto, per cui il diritto va *sempre* obbedito in quanto si presuppone che sia *sempre* moralmente giusto. Mentre la variante moderata che riconosce al diritto positivo la capacità di realizzare valori desiderabili quali la pace, l'ordine, ma in alcuni casi riconosce la possibilità che altri valori, come la vita, la dignità della persona, prevalgano perché ritenuti più importanti dei fini che lo stato realizza.

¹²⁵ G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo stato costituzionale*, in "analisi e diritto", P. Comanducci – R. Guastini (a cura di), Giappichelli, 1998, p. 211.

¹²⁶ *Ivi*, p. 214.

¹²⁷ F. Bonsignori, *Fini cogenti, norme imperanti, valori? Il diritto "giusto" fra giusnaturalismo, positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Interrogativi sul diritto "giusto"*, *op.cit.*, p. 15.

detto, il positivismo non può prescindere dall'effettività sociale delle norme come requisito della validità del diritto, ma questa presuppone anche una valutazione morale da parte dei consociati.

Aggiungerei che nello Stato costituzionale non si può escludere la connessione che tra i due può esservi: la Costituzione contiene una serie di criteri di validità di derivazione morale, consistenti nel riconoscimento di diritti fondamentali, sia di libertà che sociali; dove i primi sono i diritti naturali individuati dal giusnaturalismo razionalistico e illuministico¹²⁸, gli altri sono il prodotto recente dello Stato sociale. Con la trasposizione in un testo giuridico di questi principi e valori la questione del loro fondamento ontologico ha perso parte del suo *appeal* e, con lei, la diatriba tra giusnaturalismo e positivismo, poiché entrambi dovrebbero essere impegnati nella difesa di questi diritti. Tuttavia è vero che molti ritengono questi valori positivizzati ovvero relativizzati, ma è innegabile il richiamo a valori morali metapositivi, che godono di uno *status* di inviolabilità e immodificabilità che li rende universali, al di là della morale positiva. Del resto, si è sostenuto che il processo interpretativo e argomentativo che ha ad oggetto principi costituzionali non può adottare lo stesso metodo dell'interpretazione delle leggi, perché «sono principi aperti a valori metagiuridici»¹²⁹.

Concludendo, abbiamo visto che la giustificazione dell'obbligo di obbedire al diritto non può essere considerato totalmente autonomo rispetto alla morale, perché è necessaria un'adesione dei consociati alle norme o, più in generale, al sistema. Senza questa adesione verrebbe meno l'effettività stessa del diritto, cosicché non si potrebbe parlare di ordinamento giuridico. Aspetto quest'ultimo di preminente interesse per i positivisti, i quali non potrebbero negare una connessione con la morale (per quanto positiva), per cui sostenere un legame tra le due non è un residuo di anacronistico giusnaturalismo.

Lo Stato democratico, oramai Stato costituzionale, fondato sul principio di sovranità popolare, è quello che, più di altri, riesce a creare un'obbedienza spontanea perché le norme della collettività sono state adottate con il consenso di tutte le persone alle quali si rivolgono¹³⁰.

¹²⁸ G. Pino, *ult. op. cit.*, p. 220.

¹²⁹ *Ivi*, p. 222.

¹³⁰ M.G. Abellàn, *Lineamenti di un diritto generale alla disobbedienza*, in R. Guastini, P. Comanducci (a cura di) «Analisi e diritto», Giappichelli, Torino, 1996,

La democrazia è costruita sulla partecipazione del popolo all'adozione di una decisione, anche se solo indirettamente attraverso i propri rappresentanti.

Questo è l'argomento che viene invocato, certamente importante: tutti i cittadini concorrono a determinare la politica nazionale attraverso il parlamento; la democrazia, grazie alle libere elezioni e gli organi rappresentativi, permette di realizzare una partecipazione di ciascuno al procedimento decisorio. Il sistema è costruito su una *finzione* tale per cui ognuno di noi con la propria coscienza partecipa delle scelte e per questo è tenuto a conformarsi alle decisioni della maggioranza; la conclusione è che il singolo non può opporsi alle leggi che vengono democraticamente deliberate e che devono quindi essere da tutti rispettate; di conseguenza, estremizzando, ma neanche troppo, in democrazia non vi è posto per la resistenza proprio perché sussiste un dovere, da intendersi anche in senso morale, di obbedire alla volontà collettiva. In questo modo l'obbligo giuridico non è solo un obbligo dettato dall'imposizione, dalla forza dello stato, ma un obbligo di coscienza, appunto morale, che richiede l'adesione del singolo a quanto gli viene richiesto dal volere della comunità.

Quest'ultimo aspetto è fondamentale, perché le contemporanee democrazie costituzionali dovrebbero aspirare a far rispettare il diritto non per l'imposizione della forza, ma per un'obbedienza consapevole.

La democrazia, quindi, garantisce che sia la volontà dei cittadini a prevalere e permette di fondare l'autorità sul consenso, da cui scaturisce un obbligo "in coscienza" di obbedire.

Ma il punto cruciale è proprio questo: la difficoltà dell'attuazione pratica di questo principio che si collega con il dubbio che la maggioranza non abbia sempre ragione.

2.8.3 I limiti della democrazia. L'esistenza di un residuo per la disobbedienza nei confronti delle norme poste democraticamente.

Se la democrazia implica maggiormente, rispetto ad altri sistemi, un dovere morale di obbedire alle leggi grazie al principio della so-

p.80.

vranità popolare, quest'obbligo non è comunque ritenibile perfetto ed assoluto¹³¹.

Non può essere perfetto per i difetti che la democrazia rappresentativa ha in sé stessa: le democrazie storiche si staccano dal modello democratico su cui si fondano¹³², violando ad esempio le norme costituzionali – talvolta anche palesemente – e allora si giustifica moralmente la disobbedienza per motivi 'politici', ovvero quella che può essere definita in senso stretto 'disobbedienza civile'.

L'obbligo, poi, non può essere assoluto per le difficoltà che inevitabilmente incontra la democrazia che con il suo principio di maggioranza soffoca spesso la minoranza dissenziente; l'ideale di una partecipazione vera di ciascuno sarebbe possibile solo in una democrazia diretta unanime, in cui ognuno vota su ogni questione e le decisioni vengono prese dall'unanimità «del pensare e del sentire»¹³³. Una soluzione, da un lato, chiaramente irrealizzabile, perché sarebbe forse possibile in una società monolitica o in «una società di santi»¹³⁴, non certo nelle nostre caratterizzate da un forte pluralismo e abitate da uomini che, per fortuna, sono fatti di ragione e istinto; dall'altro, neppure auspicabile, poiché significherebbe l'assenza di dissenso, quindi il tramonto della ragione come critica¹³⁵ e della natura unica ed irripetibile di ciascun essere umano¹³⁶.

È quindi necessario fare leva su entrambe le nature e spronare gli uomini ad agire secondo ragione, ma è necessario fornire delle valide motivazioni dell'obbedienza alla legge e al sacrificio della libertà individuale in nome di doveri senza i quali lo Stato non esisterebbe.

Il metodo democratico è quello che più di altri riesce a fare leva sul buon senso e sulla ragione¹³⁷. Ma proprio da qui nasce la constatazione della difficoltà di realizzarlo e di come i sistemi democratici contempo-

¹³¹ M.G. Abellan, *op.cit.*, p. 81.

¹³² *Ivi*, p. 81.

¹³³ A. Passerin d'Entrèves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, *op.cit.*, p. 219.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ A. Passerin d'Entrèves, *Intervento*, in *Autonomia e diritto di resistenza*, *op.cit.*, p. 251.

¹³⁶ Eliminare la critica, inoltre, va a detrimento della verità stessa: come si può cercare la verità senza il confronto?

¹³⁷ A. Passerin d'Entrèves, *op. cit.*, p. 220.

ranei si discostano molto anche dalla *costruzione* con cui si dovrebbe realizzare la sovranità popolare.¹³⁸

La partecipazione popolare da tempo è in crisi per varie ragioni, che Bobbio identifica soprattutto in tre cause all'interno di un saggio di spiazzante attualità¹³⁹: la partecipazione politica si riduce alla formazione della volontà della maggioranza parlamentare, ma il Parlamento ha ormai perduto il ruolo di centro del potere reale e si è ridotto ad una istituzione che ratifica decisioni prese altrove, quindi la legge è il risultato delle decisioni della maggioranza, che si impongono alla minoranza, ma che spesso sono il frutto di interessi che non coincidono con quelli dei governati, piuttosto di forze economiche ed ideologiche che 'premono' sul parlamento, che diventa il luogo di trascrizione di decisioni prese al di fuori di esso; la partecipazione popolare è molto limitata nel tempo ed oggi le leggi elettorali non permettono di esprimere le preferenze necessarie per poter scegliere i propri rappresentanti; la partecipazione non è sempre libera ma è distorta da chi ha il potere di intervenire, siano esse organizzazioni religiose, partitiche, sindacali¹⁴⁰.

Oltre alle difficoltà dei rapporti tra principio democratico e canone maggioritario, aumenta il consolidamento di poteri senza responsabilità, capaci di incidere sui Parlamenti ma sostanzialmente irresponsabili: il risultato è che il sistema politico interno non riflette più la configurazione del potere delineata dalla Carta fondamentale. Il potere si sposta dalle sedi istituzionali alle *lobbies*, poteri invisibili, spesso ingovernabili. A partire da queste constatazioni, è forte l'esigenza che da tempo si pone di individuare strumenti per realizzare una democrazia maggiormente diretta, che non deve essere solo un 'aggiornamento' di quella semplicemente 'rappresentativa', ma anche come vera e propria

¹³⁸ Non esiste il vincolo di mandato imperativo per i parlamentari, i quali sono indipendenti dai loro elettori; gli elettori, in molti casi, non possono esprimere le preferenze sui candidati, quindi, di fatto, sono i partiti a scegliere i parlamentari; alcuni candidati non vengono eletti e quindi diversi elettori non sono neppure rappresentati in Parlamento ecc.

¹³⁹ N. Bobbio, *Obbedienza e resistenza*, *op.cit.*, p. 23.

¹⁴⁰ Quest'ultimo aspetto è molto delicato; è evidente che nella formazione della propria coscienza autonoma concorrano le esperienze fatte, l'educazione ricevuta ed anche il contesto sociale di cui si fa parte, quello che oggi spaventa è l'assenza di capacità critica, dei giovani soprattutto, e la loro permeabilità a qualunque modello venga loro offerto. È urgente essere educati alla "democrazia", il che è un processo inevitabilmente lungo e faticoso, ma da esso non si può prescindere affinché ciascun individuo possa prendere parte consapevolmente alle scelte della collettività.

esaltazione del potere che promana dal basso. Accanto alla democrazia diretta, oggi quando si parla di democrazia partecipativa, che si riferisce non solo alla mobilitazione dal basso, ma anche a vere e proprie nuove procedure volte a democratizzare le istituzioni rappresentative¹⁴¹.

Ma se si realizzassero tutte le migliori condizioni per il buon funzionamento del principio democratico possiamo dire che l'obbligo sia così assoluto?

La risposta non può essere totalmente positiva, per quanto, in questo modo, è presumibile che si riescano a trovare delle ottime soluzioni di compromesso. Però anche ammettendo che si raggiungano dei capolavori dell'arte compromissoria, potrebbe residuare uno spazio di dissenso per quella minoranza che inevitabilmente rimane esclusa e che potrebbe essere portatrice di istanze positive.

È chiaro che se si intende dire che quando una decisione è presa da una maggioranza è dovere di tutti obbedire (salvo le possibili critiche), allora questa non è altro che la regola di un gioco – che risulta sicuramente una regola di buon senso, perché certamente “quando ci sono molte teste, è meglio contarle che tagliarle”¹⁴² – che va rispettata nel momento in cui viene accettata attraverso quel patto sociale, che abbiamo preso come fondamento del costituzionalismo, all'interno del quale do il mio consenso e *moralmente* accetto il sistema democratico, per cui mi adeguerò alle prescrizioni della volontà collettiva e il mio consenso sarà valido per le decisioni poste in essere senza che sia sempre necessario per i singoli precetti. È l'altro carattere importante dell'obbligo politico: un obbligo generale che vincola anche rispetto a tutta una serie di obblighi collaterali.

Tuttavia, può capitare che le decisioni della volontà collettiva comportino qualcosa di più del rispetto di regole amministrative, economiche o delle regole del gioco, in quanto incidono su questioni di principio. Bisogna, cioè, distinguere tra decisioni che riguardano l'organizzazione, questioni di opportunità o di convenienza e decisioni invece che riguar-

¹⁴¹ V. Pazé, *op. cit.*, p. 564. Si tratta di procedure che sono già state sperimentate in diversi paesi: i dibattiti pubblici, i bilanci partecipativi, *e-democracy*, *town meeting* e così via. I bilanci pubblici superano la delega e cercano di promuovere la partecipazione diretta dei cittadini, coinvolgendo tutti, anche chi normalmente viene escluso per vari motivi. Oppure la consultazione elettronica consistente in siti interattivi che permettono di formulare proposte, *e - petition*, referendum *online*.

¹⁴² A. Passerin D'Entrèves, *ult.op.cit.*, p. 224.

dano i principi ultimi, su cui il gioco democratico incide diversamente: sono questioni di valore che possono avere conseguenze per gran parte della collettività e allora non si tratta solo di un diritto, ma anche di un dovere di disobbedire per motivi di coscienza.

Sostenere il contrario vorrebbe dire riconoscere alla volontà collettiva il crisma di norma superiore dell'agire umano; l'idea, mutuata da Rousseau, che la volontà generale è sempre retta e non può errare, ma deve essere la minoranza a sottomettersi ad essa e a riconoscere di avere torto¹⁴³, presta il fianco a critiche immediate, poiché la volontà della maggioranza è un criterio troppo relativo e variabile, oltreché il possibile passaggio verso lo stato totalitario.

Questo vale anche quando questa volontà promana dal maggior numero di persone, mediante strumenti di democrazia diretta come il referendum, quindi casi in cui si realizzano quelle condizioni ideali di cui abbiamo parlato. Non è detto infatti che le scelte del popolo siano veramente espressione della tutela di principi fondamentali e di giustizia¹⁴⁴.

Dall'altra parte, affermare l'assolutezza della legge, farebbe sfociare in quel legalismo di cui abbiamo parlato, e la legge ingiusta che ripugna all'umanità, purtuttavia formalmente valida, quindi, almeno *prima facie*, vincolante, non appartiene a sistemi giuridici a noi tanto lontani: il secolo "breve" ha conosciuto le leggi per la tutela della razza; ma, anche ai giorni nostri, la disciplina sull'immigrazione è ispirata da un atteggiamento di diffidenza verso il "diverso", pur essendo, il nostro, un ordinamento permeato dai valori costituzionali.

Se non si condividono queste visioni legalistiche, come è già stato chiarito nel precedente paragrafo, in cui la giustizia si identifica con la legge, si apre uno spazio per un conflitto, per cui la legge non è condizione sufficiente perché si possa parlare di diritto "giusto". Di conseguenza,

¹⁴³ J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, (1764), Torino, Einaudi, 1994, pp. 143 – 144. Anche se per Rousseau, che possiamo definire un teorico della democrazia deliberativa, la volontà generale non coincide semplicemente con la volontà di tutti, bensì con l'interesse collettivo della comunità politica, per cui il popolo può sbagliare nel determinare il contenuto della volontà: non è corrotto ma si può far ingannare (V. Pazè, *op.cit.*, p. 42); per questo c'è bisogno del legislatore.

¹⁴⁴ Il popolo è quello che di fronte ad uno dei più importanti referendum della storia ha scelto Barabba; lo stesso popolo che con i referendum per abolire la pena di morte ha votato "no".

Movimenti che hanno un'ampia base popolare perseguono politiche razziste.

creare un binomio tra queste nozioni richiama «un rapporto di “gerarchia”, che già predispone alla ricerca di una “prevalenza” dei contenuti dell’una rispetto al modo di atteggiarsi dell’altra»¹⁴⁵. Senza dubbio la giustizia si colloca in una posizione sovraordinata rispetto alla legge, ponendosi come parametro di verifica del sistema giuridico per esporlo a critica e al dissenso. Per quanto la giustizia non sia da considerare, nel suo contenuto, come assoluta e immutabile¹⁴⁶, necessitando di un adattamento della legislazione ai contesti in cui si esprime la comunità sociale; ad ogni modo, si pone come valore autonomo rispetto al diritto positivo¹⁴⁷.

Ecco quindi che in uno Stato democratico che vuole garantire la persona ci dovrebbe essere posto per tutte quelle forme di resistenza che non mettono in discussione la legittimità del potere, ma si tratta di consociati la cui partecipazione assume anche le forme di obiezione, senza disconoscere l’obbligo globale, tanto da essere disposti a sottostare alle conseguenze sanzionatorie, e in questo senza venire meno all’obbligo giuridico in senso stretto.

Ma il riconoscimento della legittimità di queste forme di disobbedienza dovrebbe avvenire non solo per il principio che sta alla base dello

¹⁴⁵ G. De Francesco, *Che cosa è giusto nella prospettiva del diritto penale?*, in *Interrogativi sul diritto “giusto”*, *op.cit.*, p. 114.

¹⁴⁶ Se tutti i valori che si esprimono con la giustizia fossero assoluti ed immutabili, ci troveremmo in una realtà a carattere religioso, regolata da principi eterni che si sottraggono alla contingenza del tempo e della storia, e non si porrebbe il contrasto, salvo in casi estremi di errore manifesto del legislatore. Ma è chiaro che non potremmo più parlare di democrazia, dell’apporto di ciascuna coscienza orientata liberamente, bensì di una teocrazia che soffocherebbe la coscienza stessa.

¹⁴⁷ Controversa la questione relativa ai contenuti della giustizia. Tuttavia non è impossibile provare a riempire questo contenitore, soprattutto alla luce dei valori espressi nelle Costituzioni, le quali sono un compromesso tra le diverse visioni morali. La grande novità è che questo “accordo” ha ad oggetto dei valori di natura etico-politica, inseriti nella parte indisponibile della Carta, che rappresentano dei precisi valori morali, assiologicamente superiori, al vertice della gerarchia delle fonti (come ricorda F. Bonsignori, *Fini cogenti, norme imperanti, valori?* *Op.cit.*, p. 23). Se la giustizia non si esaurisce in essi, possono essere criteri per delinearne la dimensione connotativa essenziale, tenendo a riferimento imprescindibile, la dignità umana o se si ritenga in ogni caso di non poter individuare positivamente i suoi contenuti, possono almeno essere utilizzati come criteri negativi per l’eliminazione di norme “ingiuste”. Se i contenuti della giustizia si identificano con i valori costituzionali, allora il diritto “giusto” è un concetto giuridico; altrimenti se si ritiene che la giustizia sia più ampia, se non altro perché i principi costituzionali per loro natura non hanno un contenuto definito ora e per sempre, ma richiamano il mondo esterno di concetti morali, allora il diritto “giusto” fa da ponte tra il linguaggio del diritto e quello della morale.

Stato - ovvero quello secondo cui la persona è il fine e lo Stato è per la persona - ma anche perché lo Stato non ha nulla da guadagnare da un'adesione imposta. La disobbedienza è il sintomo di coscienze che non si assopiscono, perché l'obbligo politico «può essere un potente sonnifero»¹⁴⁸ ed abbiamo il dovere di essere desti. Gli attuali Stati costituzionali contemporanei dovrebbero auspicare un'obbedienza responsabile, che rappresenta, tra l'altro, un prerequisito psicologico della disobbedienza: senza autonomia individuale non vi può essere disobbedienza, perché difficilmente si ravviserebbe uno spirito critico. La disobbedienza, quindi, è il baluardo sia per la salvaguardia della nostra autonomia che per quella altrui, con cui ci assumiamo la responsabilità di non contribuire a creare il terreno fertile per un'obbedienza acritica. Proprio in un contesto dove manca l'aspetto critico dell'obbedienza il soggetto è disposto a seguire senza valutarne le conseguenze, ma nel semplice rispetto cieco di un'autorità. ordini imposti, spesso senza valutare le conseguenze del gesto, ma nel rispetto cieco di un'autorità, come sottolinea bene Hannah Arendt nel processo a Eichmann. Secondo l'autrice le persone sono disposte ad obbedire alle richieste dell'autorità incuranti delle conseguenze quando sono inserite in un contesto che spinge ad un'obbedienza irresponsabile¹⁴⁹

¹⁴⁸ A. Passerin d'Entrèves, *op.cit.*, p. 81.

¹⁴⁹ Seguendo il ragionamento della Arendt sono i fattori situazionali e contestuali che avrebbero un ruolo determinante nella manifestazione di un comportamento di obbedienza acritica, mentre inciderebbero meno le particolari inclinazioni personali. Nell'analisi che studiosi di varie materie hanno realizzato per indagare le ragioni che spingono l'individuo ad obbedire, una pietra miliare, per la psicologia sociale ma non solo, è il famoso esperimento di Milgram, che nasce dall'esigenza di studiare i drammatici eventi che hanno coinvolto l'umanità durante il Secondo conflitto mondiale.

Il risultato dell'esperimento, che ha il pregio di fondarsi su comportamenti effettivamente messi in atto, fu che il 65% dei soggetti era disposto ad infliggere ad un'altra persona scariche elettriche fino a 450 volt, seppur consapevoli che queste fossero letali, per il solo fatto che l'ordine fosse stato impartito da un soggetto che era ritenuto un'autorità (in questo caso l'attore che si presta per realizzare l'esperimento impersonava un medico). I risultati importanti che emergono sono, da un lato, che il livello di obbedienza aumenta quanto più la vittima è distante (questa distanza favorisce il processo di deumanizzazione così come definito dalla Arendt per cui un soggetto viene privato delle caratteristiche che lo rendono umano degradandolo ad oggetto).

Ma l'aspetto più significativo riguarda la *responsabilità*: l'obbedienza acritica è anche una conseguenza del processo di deresponsabilizzazione, meccanismo in base al quale, quando è un'autorità a comandare una certa azione, il soggetto sposta sull'altro la propria responsabilità; maggiormente il soggetto crede nella sottomissione

Colui che non si limita ad applicare meccanicamente le disposizioni è un cittadino partecipe alla vita della comunità e delle politiche molto più di coloro che obbediscono per passività o vantaggio personale¹⁵⁰. L'atteggiamento di chi instaura con l'autorità un rapporto dinamico e di confronto può tradursi in disobbedienza, che diviene quindi l'espressione di una coscienza politica vigile.

2.9 Obbligo giuridico *vs.* obbligo di coscienza. La possibile soluzione dell'obiezione: la sfida delle democrazie contemporanee

Parlare di obbligo giuridico e della resistenza in termini *problematici* ha senso in una società in cui l'obbedienza non sia il risultato della forza usata dall'autorità. Si è detto che è nell'interesse dello stato che la legittimità del potere non derivi dalla sua capacità di imporre le decisioni con la forza, allora dobbiamo pensare che sia fondata sul consenso; ma questo significa che l'obbligo politico presuppone una società libera e aperta, ovvero il comportamento dei membri deve essere autonomo e questi devono avere la possibilità di dissociarsi.

all'autorità, minore è il suo sentirsi responsabile della rilevanza del suo gesto. Nonostante il disagio percepito dai partecipanti, il senso del dovere li spinse ad andare avanti, per cui non si potrebbe parlare di una totale assenza di responsabilità, perché i soggetti sono consapevoli di quello che fanno ma sentono l'obbligo di obbedire all'autorità (così come l'obbligo di obbedire alle leggi). Quindi si potrebbe distinguere tra due livelli di responsabilità: tra una responsabilità nei confronti delle regole e del proprio ruolo, quindi strettamente legata al rapporto tra individuo e autorità, che prescinde dalle conseguenze della propria azione, da quella che si potrebbe definire una responsabilità universalistica che si estende dalla propria comunità sociale all'intera comunità umana andando oltre il rispetto della singola regola. (D. Morselli, *Obbedienza e disobbedienza: dinamiche psicosociali per la democrazia*, Tesi di dottorato di ricerca. Corso di dottorato in Psicologia sociale, dello Sviluppo e delle Organizzazioni. Ciclo XXI, 2008, pp. 78 – 79.).

Nel soggetto maturo e veramente autonomo troviamo il secondo tipo di obbedienza (*responsabile*), perché, consapevole dell'importanza dell'obbedienza per il mantenimento della comunità sociale in cui vive, la applica non come mera esecuzione di un comando, ma con uno sguardo lungimirante che possa tener conto degli effetti delle proprie azioni. Certo nella realtà complessa della vita sociale, le due obbedienze si articolano insieme e si rende necessario spesso il prevalere del senso del dovere verso le istituzioni, ma senza perdere di vista l'umanità.

¹⁵⁰ D. Morselli, *op.cit.*, p. 83.

Tuttavia, abbiamo già potuto capire che le cose non sono così semplici: sul primo aspetto si è già avuto modo di chiarire; il secondo non è scontato, possiamo dire che, se non abbiamo scelto una certa comunità politica, decidiamo di starci dando il nostro consenso e assumendo alcune responsabilità ovvero alcuni doveri verso gli altri membri, e questo oggi è più semplice: è agevole spostarsi in altri paesi o all'interno dello stesso territorio nazionale cambiare la propria comunità di "appartenenza"; ma è altrettanto vero che talvolta non ci sono alternative¹⁵¹.

Nonostante tutte le difficoltà che nel corso di queste pagine sono state esposte, non si è mai voluta negare la centralità del vincolo sociale, di grande rilievo per l'esistenza umana. Ma è proprio in nome di quel vincolo, in nome del dovere che sentiamo verso gli altri che è necessario disobbedire. La *vera* obiezione di coscienza è testimonianza di una verità e di valori che si aprono all'altro e non mette in discussione l'appartenenza dell'individuo alla società, perché questi non rifiuta "l'ordine costituito": l'obbligo politico non viene meno, ma rifiuta l'obbligo giuridico in determinate situazioni. Queste situazioni sono talvolta rilevanti per il singolo soggetto, che si appella ad una 'verità' al di fuori di sé, che ha fatto propria; oppure casi concreti in cui, per la coscienza del singolo, obbedire a quella legge è insostenibile, ma la sua obiezione è rivolta ad un bene dal quale non riceve un proprio tornaconto.

Quando si genera questo contrasto tra i due obblighi, che non vanno pensati in un necessario antagonismo, poiché hanno un punto di contatto nella comunità umana che la coscienza assume come valore dando forza al legame sociale ¹⁵² e, nel caso in cui vi sia una divergenza netta che non può essere sanata se non con il rispetto di uno dei due obbli-

¹⁵¹ Famoso il passaggio di Hume: "possiamo seriamente affermare che un povero contadino o un artigiano abbia la libera scelta di lasciare la sua patria, quando non conosce alcuna lingua o abitudine straniera e vive alla giornata con i magri salari che riceve? Potremmo nello stesso modo affermare che un uomo, restando su una nave, liberamente accetta il potere del comandante, anche se fosse stato caricato su di essa mentre dormiva e dovesse abbandonarla nell'oceano e perire nel momento in cui la lascia?" (D. Hume, *Del contratto originale*, p. 663). Diventa difficile parlare di un stringente obbligo di riconoscere la legittimità del potere e di obbedire alle leggi per chi è costretto per ragioni economiche e sociali a dover rimanere nel suo paese, a meno che questo non derivi da una scelta più consapevole.

¹⁵² B. Petrà, *Obbligo giuridico e obbligo di coscienza*, in *Interrogativi sul diritto "giusto"*, *op.cit.*, p. 148.

ghi, il dovere morale ultimo, il criterio ultimo di moralità, su cui riposa la stessa democrazia, è la morale della propria coscienza, che crea un *obbligo* assoluto.¹⁵³ Quindi sono giustificate moralmente le forme di disobbedienza per motivi di coscienza che si inseriscono all'interno dello Stato.

Il primato ultimo della coscienza, e della sua imperatività, è il risultato della funzione della coscienza stessa, che si inserisce nella storia del soggetto – come cammino dell'io verso l'identificazione di sé – e gli indica la strada del suo “essere uomo”¹⁵⁴. Il singolo individuo può rifiutare l'obbedienza alla coscienza, ma non si può sottrarre al rimorso, che questa è capace di generargli¹⁵⁵.

La democrazia non può fare a meno di valorizzare l'autonomia della persona, che non significa creare un io disincarnato autonomo, senza alcun vincolo, ma un io che è inserito in una narrazione, che non prescinde dai suoi legami, ma che è in grado di scegliere autonomamente. Questo chiaramente porta il rischio di avere visioni plurali, ma la democrazia non può non affrontare la sfida del pluralismo, che è una sfida ricca. Se fossimo in uno Stato in cui si impone un'adesione incondizionata della coscienza alla legge secondo l'unica morale possibile, saremo in uno Stato totalitario o etico, in cui non vi sarebbero dubbi sulla giustificazione morale e giuridica della resistenza all'oppressione¹⁵⁶.

Quindi per una società democratica il rispetto della persona consiste nel rispetto della sua autonomia e nel dare spazio alla coscienza personale, che è ciò che moralmente vincola in maniera assoluta. Considerare le persone nella loro autonomia significa che le norme che costituiscono vincoli coercitivi devono essere motivate e non basta il semplice fatto che siano il frutto di un processo democratico.

¹⁵³ M. G. Abèllan, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁴ B. Petrà, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 146.

¹⁵⁶ V. Possenti, *L'obiezione di coscienza oggi: elementi di analisi*, in B. Perro-ne (a cura di), “Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza : i conflitti degli ordinamenti”, *op.cit.*, p. 166.

Capitolo 3

Elementi di un diritto all'obiezione di coscienza: fondamento, struttura e limiti

Se fossi obbligato a introdurre la religione nei brindisi dopo un pranzo (il che in verità non mi sembra proprio la cosa migliore), brinderei, se volete, al Papa; tuttavia prima alla Coscienza, poi al Papa.

(J. H. Newman, *Lettera al duca di Norfolk. Coscienza e libertà*)

Nel precedente capitolo si è cercato di percorrere la storia della resistenza alla legge, chiedendoci successivamente quali possano essere le ragioni che portano i singoli individui ad obbedire al diritto, in particolare a ritenere la norma giuridica una valida ragione per orientare il proprio comportamento; a questo proposito, si è potuto notare che il diritto è un fenomeno molto complesso, e le motivazioni che portano genericamente ad obbedire possono essere varie, dalle più estrinseche a quelle più profonde. Tuttavia, se si intende il diritto come una ragione per agire, non si può eludere il carattere morale¹ di questa domanda, e rendersi conto che, in ultima analisi, non si può negare che vi sia, da parte dei singoli, un'accettazione morale del sistema giuridico e dei valori fondamentali, la quale porta a prestare il proprio consenso all'ordinamento di cui si è membri. Da qui nasce il più generale obbligo

¹ F. Viola, *L'obiezione di coscienza come diritto*, op. cit., p. 172.

politico, che ha il carattere della globalità, perciò non occorre che il consenso investa ogni singola norma, caso per caso (quindi un consenso, ogni volta, rivolto al più specifico obbligo giuridico). Quando vi è l'accettazione del sistema, infatti, si riconosce l'importanza delle varie norme, in quanto funzionali all'esistenza dell'ordinamento, ed è evidente che non occorre un'accettazione, in senso più qualificato, per tutte – si pensi alla banale constatazione che alcune di esse risolvono problemi di coordinazione, quindi si pongono come neutre da un punto di vista morale.

Le società democratiche contemporanee dovrebbero percorrere questa strada ed auspicare un'obbedienza consapevole dei loro cittadini. Lo stato democratico, attraverso la partecipazione dei singoli alle decisioni, crea maggiormente le condizioni perché questo si realizzi. Tuttavia, la democrazia non è in grado di realizzare il suo principio cardine della sovranità popolare; questo significa che non impedisce che il criterio della maggioranza sconfini nella "dittatura dei più". Da ciò, la necessità di "vigilare" sempre, perché la maggioranza non è sinonimo di "verità" e "correttezza" e per questo la minoranza ha il suo spazio, all'interno del circuito democratico, attraverso i meccanismi che ad essa sono riconosciuti. Talvolta, questi non bastano ed è richiesta una deroga al principio generale dell'obbedienza alla legge, soprattutto nei casi in cui il legislatore imponga delle condotte contrarie ai principi fondamentali e alla coscienza. In una democrazia in cui ogni "coscienza" partecipa alle scelte, questa rappresenta il criterio ultimo di moralità.

Questo significa che vi è una giustificazione morale per disobbedire alle norme in contrasto con i dettami interiori². Ma, se dal punto di vista morale, si è tenuti a seguire la propria coscienza, anche se sbagliata³, ci dobbiamo chiedere se anche a livello giuridico sia altrettanto vero, e vedremo che la risposta potrà essere solo parzialmente affermativa⁴, perché, da un lato, gli ordinamenti costituzionali riconoscono, ormai, la libertà di coscienza a cui è riconducibile l'obiezione; ma, dall'altro, la coscienza ha necessariamente dei doveri nei confronti della comunità e dello Stato, per cui non può prescindere da questi: il comunitarismo

² *Ibidem*

³ *Ivi*, p. 181.

⁴ M. G. Abéllan, *op. cit.*, p. 83.

non può cedere il posto ad un individualismo estremo, che soffoca la coscienza stessa. Devono essere bilanciati insieme attraverso lo sforzo che la nostra stessa Carta fondamentale tenta di realizzare all'art. 2, tenendo conto, anche, che l'unico modo per riconoscere un vero significato alle forme di disobbedienza è quello di attribuire un significato alla coscienza, tale che questa non sia invocata per questioni futili o anticostituzionali. Una coscienza che è chiamata in causa per l'accettazione dei valori fondamentali dell'ordinamento (potremmo dire una coscienza comunitaria), ma che oggi viene valorizzata anche nella sua dimensione più intima, che impedisce di tenere comportamenti difformi ad essa, costituzionalizzandola e riconoscendo gli strumenti funzionali alla sua tutela, ad esempio l'obiezione di coscienza.

Alla discussione sulla natura, la struttura, la funzione, le garanzie e i limiti del diritto all'obiezione di coscienza, negli Stati costituzionali contemporanei, è dedicato questo capitolo.

3.1 Brevi note sul concetto di coscienza

Dovendo affrontare la tematica dell'obiezione di coscienza, è bene rivolgere brevemente lo sguardo alla nozione di "coscienza", sia perché di essa è intriso il pensiero filosofico dell'Occidente, sia perché l'idea di coscienza ha subito un cambiamento alla luce della secolarizzazione, che porta alcuni autori a ritenere che l'obiezione necessiti di una "risemantizzazione"⁵. Inoltre, la coscienza non è estranea alle discussioni etiche e giuridiche tra la cultura laica e quella credente, in quanto «la "voce della coscienza" [...] stabilisce la condizione prima perché un dialogo morale sia possibile tra uomini di razze, culture, convinzioni diverse»⁶. Nel corso di questo paragrafo si tenterà di mettere in evidenza solamente il cambiamento che la concezione della coscienza ha subito, non essendovi lo spazio per un'analisi approfondita dell'argomento, che richiederebbe una trattazione a parte. Un cambiamento che porta con sé le paure legate all'obiezione di coscienza: molti autori, infatti, ritengono che nell'approccio all'obiezione sia opportuna una certa cautela, a cau-

⁵ F. D'Agostino, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in «Iustitia», n.62, 2009, pp.177-182.

⁶ U. Eco, C. M.Martini, *In cosa crede chi non crede?*, Roma, Atlantide, 1996, p. 138.

sa del significato che la coscienza contemporanea ha assunto, in quanto svincolata da ogni verità. Così l'obiezione rinuncia a fare appello alla verità e si radica solo nella prassi, delineando situazioni contraddittorie in cui chi era prima obiettore si ritrova a contestare altre pretese di obiezione⁷. In realtà, l'idea di una verità oggettiva è compatibile con la libertà di coscienza, tanto quanto la tesi che nega l'esistenza di una tale verità, se la prima non impone questa verità e la seconda non si basa su ragioni emotive e irrazionali.

Il termine 'coscienza' è uno dei più ostici e complessi, a causa della sua equivocità e di una mancanza di univocità semantica. Se si risale all'etimologia del termine, questo deriva dal latino *conscientia* e dal greco συνειδήσις. In particolare, la parola latina *conscientia* è formata da *cum-scientia*, che richiama l'idea di prendere parte insieme con altri alla conoscenza di una determinata cosa; il medesimo significato si ritrova nel termine greco, che rimanda alla condivisione con un'altra persona. Il termine, quindi, fa emergere una dimensione interpersonale, che è quella propria della coscienza, la quale implica il confronto fra sé e l'altro, come confermano anche le moderne scoperte scientifiche e psicologiche⁸.

Con riferimento alla persona, la coscienza dovrebbe significare la conoscenza di sé e la consapevolezza di questa conoscenza. In quest'ottica la coscienza non è una soggettivazione dell'io, ma una sua oggettivazione, perché è ciò che permette di "conoscere se stessi". Questa concezione della coscienza come consapevolezza di sé emerge nei pensatori antichi, e sarà centrale nella Bibbia.

In Platone è il concetto di 'opinione' che più si avvicina all'idea di coscienza come relazione interna; infatti la definisce come «dialogo

⁷F. D'Agostino, *Dinamiche postmoderne dell'obiezione di coscienza*, in B. Perrone (a cura di), *op.cit.*, pp. 249-250.

⁸ In questo senso vanno gli studi di G. Liotti, *La dimensione interpersonale della coscienza*, Carocci, 2005. Lo psichiatra sottolinea come la coscienza, da un punto di vista psicologico, sia un processo «continuo e che istituisce continuità. A partire da molteplici, diverse e reciprocamente indipendenti informazioni sensoriali - visive, uditive, olfattive, tattili - la coscienza ci offre una 'scena' unitaria del mondo. Nella coscienza, inoltre, le informazioni sul mondo esterno che i diversi organi di senso continuamente raccolgono sono perennemente poste in relazione, o *integrate*, con la percezione del nostro stesso corpo, con i nostri ricordi, con i sentimenti che proviamo, con i pensieri che formuliamo, con le decisioni che prendiamo» (p. 18).

interno dell'anima con se stessa»⁹. Qui l'elemento privilegiato non è tanto l'anima, quanto il dialogo, la comunicazione, ovvero il linguaggio, quindi l'insieme delle attività cognitive in genere.

Nella Repubblica, però, Platone usa il termine equivalente a *synéidesis*, per indicare la coscienza come il giudice morale delle proprie azioni: «Quando un uomo crede di sentire avvicinarsi la morte.. Ripassa ed esamina le ingiustizie che ha potuto commettere. Se trova nella sua condotta molte iniquità, si risveglia infine dal suo sonno.. Ha paura e vive una orribile attesa. Se al contrario non ha alcun errore da rimproverarsi ha in sé una dolce speranza, benefica nutrice della sua vecchiaia, come dice Pindaro. Poiché questo poeta ha detto molto bene che quando un uomo ha condotto una vita giusta e santa “la dolce speranza lo accompagna, gli riscalda il cuore e nutre la speranza”»¹⁰.

Lo Stoicismo, dal canto suo, tratteggia la figura dell'uomo “saggio”, capace di non farsi influenzare dalle relazioni con le cose e con gli altri uomini. Cicerone, ad esempio, parla del “morso della coscienza”¹¹, che frena l'uomo nel compiere il male¹². Ma gli stoici, che aspiravano ad essere guide della coscienza, insegnavano a liberarsi da quei "morsi", in modo tale da vivere senza turbamenti.

Con il Cristianesimo la coscienza diventa una componente fondamentale della persona. Ci sono alcuni punti cardine del pensiero cristiano su cui ci può brevemente soffermare. Paolo tende a distinguere tra la legge scritta nel cuore, una “legge morale naturale”, e la coscienza. La prima è comune a tutti gli uomini, anche i “pagani”, ed è il riferimento oggettivo che precede la coscienza; mentre quest'ultima permette ad ogni uomo di esprimere un giudizio sulla bontà o meno dei propri atti, quindi si pone in un'ottica di strumentalità rispetto alla legge naturale, in quanto rappresenta il giudizio interiore del soggetto sulla bontà di un atto¹³. Se si guarda, con occhi imparziali, al passo nei *Romani*, si

⁹ Platone, *Teeteto*, 189 e ss.

¹⁰ Platone, *Repubblica I*, 330d-331.

¹¹ Cicerone, *Tuscolanae Disputationes* IV, 45, cit. in C.A. Viano *La coscienza: voci e mistificazioni*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. op.cit.*, «Notizie di Politeia», p. 16.

¹² C.A. Viano, *op.cit.*, p. 16.

¹³ «Quando i pagani che non hanno la legge, per natura agiscono secondo la legge, essi pur non avendo legge, sono legge a se stessi; essi dimostrano che quanto la legge esige è scritto nei loro cuori, come risulta dalla testimonianza della loro coscienza e dai loro stessi ragionamenti interiori, che ora li accusano e ora li difendono» (*Romani*

può inferire che la coscienza è un denominatore comune tra tutti gli uomini¹⁴, indipendentemente dalla specifica fede religiosa. La coscienza è la voce che ricorda all'uomo quello che è scritto nel cuore ed è richiesto dalla legge, ovvero si rivolge alla parola di Dio incisa nel cuore di ognuno e che deve essere scoperta. Con la coscienza la legge scritta nei cuori si esprime nei pensieri, nelle considerazioni, nelle riflessioni, che accusano o difendono, adducendo ragioni a favore dell'accusato¹⁵; nell'interiorità dell'uomo avviene un vero e proprio processo giudiziario, durante il quale si assiste ad un dialogo tra i pensieri, che valutano "la voce della coscienza". In San Paolo è, perciò, evidente il legame tra la coscienza e la *veritas*, la coscienza si pone in comunicazione con Dio e la sua legge. Questo passo paolino è stato letto anche da un'angolatura diversa: in esso si ritrova una coscienza che non è espressione del cuore rimodellato dallo spirito, ma diventa il fragile contenitore di vecchie convinzioni¹⁶.

Il legame della *conscientia* con la Verità ritorna in Sant'Agostino, che approfondisce la relazione tra la verità e l'interiorità, perché in questa alberga la verità: «*In interiore homine habitat veritas*»¹⁷. Agostino invita gli uomini a scrutare dentro se stessi per ritrovare la verità, ma, qualora la verità non appaia nitida, è necessario andare oltre (qui la necessità e l'idea di una oggettivazione di sé): «*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*»¹⁸. L'uomo deve trascendere anche se stesso, ma si tratta di una trascendenza in cui lo sguardo si rivolge a Dio, in quanto principio, norma e misura della realtà interiore dell'uomo, e non al mondo esterno. Tuttavia, questo aspetto non deve essere trascurato perché richiama la necessità di 'staccarsi' da se stessi e guardarsi in maniera oggettiva, in modo tale che il giudizio possa risultare il più possibile imparziale.

San Tommaso d'Aquino, invece, ha ben presente il legame tra consapevolezza e coscienza; l'aquinata distingue tra *reflexio*, ossia la capacità

2, 14-15).

¹⁴ S. Violi, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 213.

¹⁵ *Ivi*, p. 214.

¹⁶ C.A.Viano, *op.cit.*, p. 17.

¹⁷ Agostino, *De vera religione*, 39, 72, cit. in S. Violi, *op.cit.*.

¹⁸ *Ibidem*.

umana di rivolgere verso se stessi il proprio intelletto, e *conscientia*, ovvero la coscienza morale propriamente detta. Nella *Summa Theologiae* diventa ancora più intellegibile che la coscienza, più che un atto, sia una facoltà, legata al giudizio morale, che «*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*»¹⁹. Qui si inserisce il significato della *sinderesi* per San Tommaso, ovvero di una *facoltà* che coglie i principi che sono fondamentali per la ragione pratica, ovvero i principi su cui ha luogo il giudizio morale. Di conseguenza, la *sinderesi* accompagna la coscienza e ne ispira il giudizio.

Quando la coscienza arriva a conoscere e valutare le azioni compiute dal soggetto, si parla di coscienza morale, la quale, con sguardo esterno, giudica la bontà o meno delle azioni. Ma per poter valutare oggettivamente le azioni, oltre ad una conoscenza-coscienza individuale, la decisione che verrà presa deve tenere conto della dimensione *relazionale*. Questa dimensione viene evidenziata dalla coscienza cristiana, che anticipa quelle che saranno anche le intuizioni scientifiche successive, e si pone in contrasto con la coscienza di carattere prettamente individualistico. Paolo, in una lettera, risponde ai Corinzi riguardo alle carni che venivano sacrificate agli idoli: la questione ruotava attorno al dubbio se mangiare o meno queste carni. Alcuni di questi Corinzi si sentivano liberi di mangiarle perché quelle carni erano indifferenti, in quanto erano pienamente convinti dell'esistenza di un solo Dio, perciò non si preoccupavano degli dei pagani. Paolo riconosce l'importanza della conoscenza e della coscienza individuale che giudica, ma ribadisce che non si può non tenere conto degli altri e delle ricadute che il nostro gesto può avere su questi²⁰. È un'affermazione che qui pare centrale, al di là dell'elitario vocabolario paolino, nella sua distinzione tra "forti" e "deboli". Per poter scegliere la giusta azione da compiere,

¹⁹ San Tommaso, *Summa Theologiae*, q.79.

²⁰ «Non sarà certo un alimento ad avvicinarvi a Dio: se non ne mangiamo, non veniamo a mancare di qualcosa, se ne mangiamo, non ne abbiamo un vantaggio. Badate però che questa vostra libertà non divenga occasione di caduta per i deboli. Se uno infatti vede te, che hai conoscenza, stare a tavola in un tempio di idoli, la coscienza di quest'uomo debole non sarà forse spinta a mangiare le carni sacrificate agli idoli? Ed ecco, per la tua conoscenza, va in rovina il debole, un fratello per il quale il Cristo è morto!» (1 Cor 8, 11-13).

oppure giudicare le azioni compiute, non si può non tenere conto di un elemento fondamentale: le conseguenze sugli altri. Questa valutazione non è altro che il presupposto perché un'azione sia responsabile; la responsabilità richiede necessariamente la libertà di agire, ma non basta un'azione frutto di una valutazione individualistica e solipsistica. La coscienza buona agisce in qualità non di un'autorealizzazione del proprio io, microcosmo autosufficiente, ma come "io e noi", come la persona all'interno dei suoi rapporti e delle sue relazioni costitutive.

Questa è l'accezione classica di coscienza che si articola su due livelli: il primo riguarda il momento *conoscitivo*, che permette di raccogliere tutti i dati forniti dall'esterno e dalla propria interiorità; il secondo è il momento *morale* che giudica le scelte da compiere, o le azioni già realizzate.

La coscienza, come guida per realizzare il bene, era al centro anche della predicazione di Martin Lutero, che, come si è visto nel secondo capitolo, durante la Dieta di Worms del 18 aprile 1521, richiesto di confermare o sconfessare quanto aveva scritto, 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 qualcosa contro la propria coscienza»²¹. Lutero, in questo modo, rifiuta gli strumenti di direzione spirituale che la Chiesa romana 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 da parte del peccato²². La teologia protestante mette in luce due nuovi profili nella configurazione della coscienza: essa appare come il luogo in cui si formano i convincimenti spontanei e, allo stesso tempo, «il teatro sul quale disperazione e sconforto si confrontano con la consolazione divina»²³.

A partire dalla riflessione protestante sul diritto canonico, la fede religiosa, i principi etici e giuridici divengono tutti strumenti di gover-

²¹ C.A. Viano, *op.cit.*, p. 20.

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

no; a questo proposito si può ricordare il pensiero di Machiavelli, il quale aveva inaugurato l'idea della religione come *instrumentum regni*. Così, esteriorizzato tutto, anche il diritto, la coscienza subisce una trasformazione, sempre più evidente, di *interiorizzazione* della stessa, la quale diventa il luogo in cui si trova la storia personale di ciascuno, le proprie esperienze e le proprie intenzioni.

A livello concettuale, si sente l'esigenza di cominciare a fare nuova chiarezza sulla nozione di coscienza. Si attribuisce al filosofo inglese Ralph Cudworth, esponente della corrente del neoplatonismo di Cambridge, la distinzione tra *conscience* e *consciousness* (in tedesco, rispettivamente, *Gewissen* e *Bewusstsein*): la prima intesa come facoltà morale, la seconda riferita all'agire con scrupolo, ovvero l'essere consapevoli e l'essere coscienti. Si distingue, in sostanza, tra gli aspetti conoscitivi e normativi della coscienza, sancendo la separazione della coscienza dalla teoria medioevale della legge naturale²⁴.

Le teorie moderne della coscienza assorbono tutta la conoscenza nella consapevolezza, che diviene il significato preminente di coscienza; poi, la parte della coscienza legata alla fede, considerata *insindacabile*, che, durante il periodo delle guerre di religione, creò dei conflitti venne contenuta mediante le pratiche della tolleranza, che permettevano di garantire la pace e l'ordine pubblico, percepiti come essenziali dai governanti.

Il soggettivismo moderno si accentua con la filosofia di Cartesio, nel quale la coscienza è il flusso irriducibile dell'esperienza spirituale in prospettiva umana, quindi la coscienza è circoscritta all'io-pensante²⁵. Nella filosofia cartesiana la conoscenza viene assorbita nella consapevolezza, per cui i fenomeni propri della coscienza sono le funzioni logiche e costitutive della conoscenza; mentre la coscienza come facoltà morale sarebbe stata ricollegata alle emozioni e alle regole morali.

Questa concezione è ripresa da Locke, per il quale la coscienza è la consapevolezza del nostro essere, in ogni atto che l'uomo compie; ovvero la conoscenza si acquisisce mediante l'azione della ragione sull'esperienza dei sensi. Questo lo porterà ad una relativizzazione dei

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ G. Romano, *La coscienza: tra filosofia e neuroscienze*, intervento al progetto "Pianeta Galileo" promosso dalla regione Toscana, 2006.

presupposti metafisici, infatti nella *Lettera sulla tolleranza* afferma che sia impossibile ed inopportuno coartare la coscienza individuale allo scopo di imporre comportamenti religiosi²⁶.

Kant ridefinisce la nozione di coscienza nella *Metafisica dei costumi*, in cui, partendo proprio dalla seconda Epistola ai Romani di Paolo, la coscienza viene paragonata ad un “giudice interno”, di fronte al quale si ha un vero e proprio processo interiore. La coscienza segue l’uomo e rappresenta una «disposizione originaria, intellettuale e morale insieme», che conduce l’uomo ad agire come per «l’ingiunzione di un’altra persona». Questa persona non può che essere una persona reale o ideale, tale per cui i doveri devono essere percepiti come suoi ordini. Tale soggetto non può che essere un Essere superiore, esterno all’uomo, quindi Dio, cosicché la nostra coscienza non è altro che un principio di una responsabilità che assumiamo di fronte a Dio per le nostre azioni. Tuttavia, non essendo Dio dato all’uomo attraverso la ragione teoretica, ma solo attraverso quella pratica, l’uomo avrebbe la tendenza a rappresentarsi la responsabilità di fronte ad un Essere distinto da noi stessi, ma intimamente presente in noi (che fa nascere quella scrupolosità di coscienza, la *religio*) e a sottomettere la volontà ad un altro concetto ricorrente e fondamentale: l’idea di *giustizia*.

La filosofia moderna e contemporanea, nel definire la coscienza, fa riferimento ad una relazione interiore o spirituale, grazie alla quale l’uomo può conoscersi in modo immediato e privilegiato. La coscienza diventa il luogo privilegiato per l’uomo, un «ancoraggio dell’io»²⁷; questo è divenuto tanto più vero quanto più la secolarizzazione si è affermata, mettendo in crisi, da un lato, il rapporto tra diritto ed etica, prima in comunicazione, ora nettamente separati e, dall’altro lato, l’idea di verità, che viene relativizzata, e non riposa più su valori metafisici e oggettivi, ma la coscienza stessa diviene il luogo di creazione dei valori.

La nuova visione antropologica accosta al termine *persona*, definita nella sua relazione con l’altro, quello di *individuo*, definito da ciò che lo distingue dagli altri²⁸. Se questo valorizza l’autonomia dell’uomo, l’eccesso di individualismo distrugge la dimensione fondamentale della

²⁶ A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. op.cit.*, p. 113.

²⁷ *Ivi*, p.178.

²⁸ S. Violi, *op.cit.*, p. 227.

coscienza: quella della socialità, creando un "io disincarnato", astratto da ogni contesto storico e da ogni legame sociale. Non si può negare il contributo della riflessione filosofica sull'individuo nell'affermazione della libertà di ciascuno, preservandolo dalla logica del "numero" e dall'opinione pubblica come una fede religiosa, in altre parole, dall'assolutizzazione del principio della maggioranza. In questo senso, è preziosa la riflessione di Mill, contenuta nel volumetto *On liberty*, ispirato proprio dalla stessa preoccupazione che aveva avuto Tocqueville, ovvero che l'invasione dello Stato e la tirannide della democrazia reprimessero la libertà dell'individuo, anche nel suo spazio più intimo.

Per Mill ciascun individuo deve essere libero e lo Stato non può impedire alcuna azione che non rechi danno ad altri; in linea e in continuazione con il pensiero kantiano, anche la filosofia milliana rifiuta un'autorità politica paternalistica. Al di là delle critiche che possono essere mosse a questa concezione (come, ad esempio, la difficoltà nello stabilire, in alcuni casi, quando si è arrecato danno ad altri, oppure che cosa dovrebbe fare lo Stato verso comportamenti dell'individuo che recano danno a se stesso), l'autore valorizza l'individuo e la sua libertà, per cui lo Stato non potrà entrare nell'intimità di ciascuno.

La rivoluzione industriale ha creato certamente un uomo che ha come obiettivo primario la ricerca del profitto; perciò un uomo che si esaurisce nel suo microcosmo. Ma la sfida non consiste nel negare la dimensione individuale dell'uomo, ma cercare il naturale connubio tra la dimensione personale, quindi la persona pensata nella sua proiezione verso l'altro, e quella individuale, quindi della singolarità di ciascun individuo, che non può essere omologato alla massa. La socialità non deve essere vista come un pericolo, rischio che si corre in un'ottica fortemente individualistica, secondo cui il patto sociale è un mero atto artificiale, e non il corollario anche della dimensione 'sociale' dell'uomo, sicché la socialità diviene solo una gabbia in cui la libertà dell'individuo è ostacolata.

La critica che viene mossa alla coscienza moderna è quella di non essere più solo giudice delle azioni, ma vero e proprio legislatore, senza una tavola comune di valori²⁹. La libertà di agire si concretizza nel rispetto della legge che la coscienza stessa *si è data*, e non più della legge

²⁹ S. Violi, *op.cit.*, p. 232.

che alla coscienza è *data*, e di cui questa si fa testimone. Il principio di una coscienza autonoma ed autolegislatrice è ciò che contraddistingue la coscienza ‘moderna’, ma è estraneo a quella classica.

Se questa è la preoccupazione di alcuni autori, altri esaltano il passaggio, reso possibile dalla modernità, da una concezione *eteronoma* e *autoritaria* della coscienza ad una *autonoma*³⁰. Riconoscendo la coscienza come un organo di eterodirezione dell’individuo, si distingue, però, tra le coscienze che sono il frutto di una direzione eteronoma-autoritaria, e quelle, che sembrano essere veramente “autentiche”, ovvero quelle autonome-libertarie. Una distinzione evocativa di una differenza tra le coscienze ‘credenti’, per nulla autonome, e quelle invece autenticamente libere. Questa visione ha il pregio di riconoscere l’importanza dell’autonomia della coscienza, che non deve essere biasimata: se non fosse tale, la decisione della coscienza sarebbe il risultato di una coercizione, e non sarebbe più libera. Pecca la divisione delle due categorie di coscienza nel dimenticare che tutte le coscienze sono influenzate dall’esterno e possono essere, ugualmente, libere o eterodirette autoritariamente. Ciascun individuo, credente o meno, agisce sulla base dei dettami morali che nel corso della sua storia personale si è costruito, attraverso interventi esterni (ciascuno è inserito in un determinato contesto, ha ricevuto una determinata educazione; nessuno è un individuo astratto, impermeabile a ciò che proviene dall’esterno). L’autonomia si apprezza nel momento in cui i precetti morali, dopo accurata riflessione, vengono accolti dall’individuo; questo rappresenta un tratto comune a chi crede (il quale sentirà la chiamata ai precetti che la fede gli *propone*) e a chi non crede (che sentirà la chiamata ad altri precetti, fossero anche solo le regole che gli sono state trasmesse dalla famiglia). Inoltre, la libertà può concretizzarsi nella decisione del soggetto di non obbedire al comando della sua coscienza, a cui potrà seguire ‘il rimorso’ della coscienza stessa, il quale è il segno di una vivacità dell’interiorità dell’uomo. D’altra parte, la valorizzazione dell’autonomia della coscienza è un aspetto che è stato sviluppato anche all’interno della Chiesa, a partire dalla riflessione avviata dal card. John Henry Newman nella lettera al Duca di Norfolk, particolarmente sensibile a questo argomen-

³⁰ P. Chiassoni, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, op.cit., p. 38.

to, il quale giudicò la coscienza un elemento innato dell'uomo e per questo rimanda alla responsabilità di ogni credente di essere fedele alla sua coscienza, vero vicario di Cristo.

Ciò che deve preoccupare è la mancanza di un giudizio di appello sulle decisioni della coscienza, che è la conseguenza della perdita di una dimensione dialogica ed interpersonale di questa. Quest'ultimo aspetto è ciò che deve essere recuperato, senza negare i frutti che le spinte individualistiche hanno dato, grazie al riconoscimento di diritti fondamentali, che ha portato alla realizzazione, nel positivismo contemporaneo, della "costituzionalizzazione della persona umana".

La coscienza veramente autonoma e autentica nella sua dimensione interpersonale è quella che, mediante i vari passaggi, riesce a guidare l'uomo in quel «guazzabuglio di istinti, di pulsioni e di energie che si contrappongono» ed a discernere ciò che la porterebbe a privilegiare solo i propri interessi, senza tenere conto dell'altro. La coscienza quando deve scegliere, o giudicare ciò che ha compiuto, deve avere, prima di tutto, a disposizione il maggior numero di informazioni, deve raccogliere più 'dati' possibili che le possono permettere di operare una scelta ponderata e libera; valuta e soppesa quanto ha a disposizione, tra cui anche l'altro e le conseguenze delle azioni (questo è l'aspetto che molti hanno definito proprio della coscienza 'classica'). Le valutazioni partono da premesse che la coscienza ha fatto proprie in modo *autonomo*. Qui si inserisce lo Stato, che, con la sua azione, deve riconoscere la libertà di coscienza, allo scopo di non forzare quei passaggi cognitivi, strumentali alla decisione, e per tutelare l'autonomia dell'individuo nella scelta della propria "vita buona".

L'obiettore non si pone in contrapposizione a quei doveri fondamentali su cui si erge la società, non è uno scardinatore del sistema in cui vive; ma, riprendendo quanto si è detto nel primo capitolo, la coscienza dell'obiettore si fa testimone di valori, dietro ai quali non vi è un'operazione militante di imperialismo ideologico o di assolutismo etico, ma di valorizzazione del pluralismo, il quale non rinuncia ad una "scala di valori", rispetto alla quale l'obiettore sposta l'attenzione sulla scelta assiologica, ponendosi all'interno del dibattito.

3.2 Obiezione di coscienza: da fatto a diritto

Le possibilità di conflitto tra l'individuo e lo Stato sono potenzialmente infinite, ma bisogna prestare attenzione a non confondere i reali ed intimi dettami della coscienza con le mere opinioni, per non svalutare l'obiezione di coscienza e scivolare lungo il crinale degli interessi meramente individuali³¹.

L'obiezione di coscienza è una particolare forma di disobbedienza; il soggetto disobbedisce pubblicamente e in modo non-violento. Questi sono due elementi costitutivi dell'obiezione.

Nel caso della *pubblicità*, se la disobbedienza fosse occulta, verrebbe meno il significato testimoniale, oltre a svilire il valore che si intende proteggere con l'atto obiettorio³². Per cui, estrinsecare la propria obiezione è condizione essenziale per denunciare l'iniquità dell'obbligo che si rifiuta e per distinguerla da altre violazioni della legge. Per quel che riguarda il carattere profetico dell'obiezione, che prefigurerebbe la società del futuro, e che qui si è valorizzato, per quanto sia importante e vero, non deve essere assolutizzato, perché la discussione attorno ai valori è molto più sfaccettata di quanto non sembri a prima vista e richiede di essere confrontata con i doveri della società e il contenuto dell'obiezione³³.

³¹ Cfr. C. Cardia, *op.cit.*, p. 11. Un problema, in questo senso, è posto dall'obiezione fiscale: il suo riconoscimento significherebbe lasciare che ognuno possa distribuire una porzione delle imposte secondo un bilancio da lui predisposto, implicando un contrasto tra l'opinione individuale e le scelte politiche di uso della spesa pubblica.

³² L'obiezione potrebbe essere accompagnata da una condotta occulta solo qualora questa sia indispensabile per la finalità che si vuole perseguire, o nel caso in cui l'esposizione dell'obietto comporti un danno maggiore alla sua vita o ad altri. Per esempio, coloro che, durante la seconda guerra mondiale, nascondevano gli ebrei o li aiutavano a fuggire, obiettando alle leggi nazifasciste, dovevano agire segretamente. Questo esempio chiarisce come negli attuali Stati democratici difficilmente possa trovare spazio l'occultamento della condotta obiettorica; diversa sarebbe la situazione di chi obietta all'interno di regimi autoritari.

³³ *Ivi*, p. 5. L'autore ricorda che, nel caso dell'obiezione al servizio militare, la contrapposizione non è ridicibile banalmente a quella tra persone pacifiche e persone belliciste, perché la difesa della Patria significa anche difesa delle persone, che potrebbe essere realizzata, nei casi estremi, solo con l'uso della forza. Inoltre, non possono essere condannati coloro che scelgono il servizio militare, perché il loro contributo si traduce principalmente nel garantire l'ordine pubblico e la tutela dei cittadini.

L'atto non può essere *violento*, altrimenti l'obiezione diverrebbe ingiustificata; infatti, perché possano essere rivendicati il rispetto della coscienza e la salvaguardia del bene che si vuole tutelare, rettificando spesso l'ingiustizia (e non solo l'immoralità) di una norma, è necessario che i modi siano altrettanto giustificati³⁴. In sintesi, l'atto, sia esso di obiezione o di stretta disobbedienza civile, deve essere razionale rispetto al valore ed allo scopo, sicché è esclusa la lesione di beni supremi, quali quello della vita e dell'integrità fisica.

È una condotta *personale*, l'obietto rifiuta un obbligo che gli viene imposto dall'ordinamento e crea un conflitto interno alla singola coscienza, tra la legge e i propri convincimenti morali, quindi non può obiettare in nome di altri e le conseguenze sfavorevoli del suo gesto ricadranno esclusivamente sulla sua sfera giuridica.

Le modalità con cui si può realizzare l'obiezione sono prevalentemente *individuali*, perché è il singolo che pone in essere la condotta obiettorica; ma, sempre più diffusamente, l'obiezione utilizza modalità espressive a carattere collettivo. Ciò attiene alla trasformazione subita dall'obiezione, che richiede di affinare gli strumenti di analisi e di interpretazione del reale, perché, alla luce dei fenomeni concreti (pur consapevoli che la realtà non può mai essere piegata alle categorie), non è più semplice distinguere tra obiezione e disobbedienza civile: la metamorfosi in atto ha fatto superare il carattere dell'individualità del comportamento obiettorico, cosicché da gesto dell'individuo è diventata

³⁴ Il dibattito sulla giustificazione dei mezzi, con i quali si pone in essere la disobbedienza alla norma, appartiene anche alla disobbedienza civile. Le dottrine classiche della disobbedienza civile, come quella di M. Gandhi, partono dal presupposto che il risultato moralmente accettabile di questi gesti debba essere realizzato attraverso metodi moralmente accettabili. (F. Biondo, *La disobbedienza civile tra testimonianza ed efficacia*, in «Ragion Pratica», Il Mulino, Bologna, 2005, n. 24, p. 120). La natura della nonviolenza nella disobbedienza civile è un aspetto discusso perché, essendo un gesto politico che mira a modificare l'ordinamento giuridico, richiede di essere efficace per poter esercitare una pressione sui poteri pubblici, ma anche sul resto della collettività. Per questo motivo, talvolta, necessita di gesti che violino i diritti di terzi (nel caso di un blocco stradale), ma, ad ogni modo, non può intaccare beni essenziali, pena la perdita della sua giustificazione e della possibilità di convincere gli altri consociati della bontà dell'atto. La giustificazione della disobbedienza civile oscilla tra la necessità della testimonianza e l'efficacia del gesto (F. Biondo, *ult. op. cit.*, p. 121), entrambe necessarie per qualificarla proprio come disobbedienza e come comunicazione politica, non come obiezione o come imposizione.

una scelta propagandata da gruppi omogenei³⁵.

L'altro elemento essenziale è rappresentato dalla condotta tipica, che consiste nel rifiuto di un *obbligo* contenuto in una norma giuridica positiva (o il compimento di un atto vietato dalla norma), per motivi legati alle più profonde, personali ed irrinunciabili convinzioni morali, che possono coincidere con i valori dell'ordinamento stesso. L'obbligo giuridico è un elemento strutturale fondamentale, perché solo in presenza di una condotta obbligatoria (o di un divieto) il contrasto tra il *foro interno* e quello *esterno* diventa insanabile³⁶.

Una parte della dottrina ritiene che un requisito strutturale dell'obiezione sia la conversione dell'obbligo di diritto pubblico con un altro, sempre di diritto pubblico, ma di contenuto diverso, ovvero la cd. *prestazione alternativa*. Questo aspetto sarà ripreso più avanti, quando si tratterà della gravosità dell'obiezione; qui si può anticipare che, se la dottrina si divide intorno al quesito se la prestazione alternativa sia o meno un carattere strutturale, quindi necessariamente presente, sembra, senza dubbio, indispensabile la previsione di oneri o divieti in capo al soggetto obiettore, che ne attestino la sincerità.

Da quanto detto finora, si può concludere che l'obiezione di coscienza si presenti come esito del conflitto tra due doveri: quello di obbedire alla legge e quello di seguire la propria coscienza; entrambi sentiti dall'individuo sincero, che ne viene lacerato. In virtù di questo contrasto, l'obiezione di coscienza è stata ricondotta, da alcuni autori, ad una forma di antinomia³⁷. Giuridicamente, l'antinomia non è altro che una situazione di conflitto tra due norme, appartenenti allo stesso ordinamento, che prevedono, per una medesima fattispecie, delle conseguenze tra loro incompatibili. In questo caso le norme sono: quella appartenente all'ordinamento giuridico e quella che proviene dalla coscienza; entrambe – prima si porrà la norma giuridica, che, con il suo venire ad esistenza, crea il contrasto con quella interiore – si riferiscono alla stessa circostanza rispetto alla quale si prescrivono comportamenti differenti. Tuttavia, bisogna approfondire meglio: se è vero che l'antinomia può

³⁵ L. Guerzoni, *op.cit.*, p. 183.

³⁶ A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1994, p. 247.

³⁷ G. Lo Castro nella sua relazione parla più volte di "antinomia tra legge e coscienza" (G. Lo Castro, *op.cit.*, p. 64 e ss.).

essere così genericamente definita come un contrasto tra due norme, dal punto di vista strettamente giuridico questa si crea quando entrambe disciplinano conseguenze giuridiche, il che significa che devono essere entrambe giuridiche³⁸. Ma non solo, perché potrebbero essere due norme giuridiche appartenenti a due ordinamenti differenti, come quello canonico e statale; allora le due norme devono appartenere anche allo stesso ordinamento in senso formale, altrimenti tra i due si crea un'impermeabilità che rende il conflitto apparente. Di conseguenza, da parte dello Stato, con l'obiezione di coscienza si configura un'antinomia impropria, in quanto solo il precetto legislativo è validamente posto per l'ordinamento giuridico³⁹.

Se guardato da questo angolo visuale, il fenomeno si presenta come irrazionale per l'ordinamento, che non potrà non sanzionare il rifiuto dei suoi precetti; se non fosse che l'obiezione di coscienza, che nasce come fatto e si pone come istanza, all'interno di un ordinamento democratico e costituzionale, il quale valorizza il dissenso e prevede una serie di strumenti che tutelino i singoli, viene riconosciuta, onde il passaggio da mera istanza ad *istituto giuridico*⁴⁰.

Di conseguenza, l'obiezione aspira ad essere un *diritto*, riconosciuto dall'ordinamento e, senza dubbio, *sui generis*, che si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo a tutela di uno dei beni più importanti – la coscienza – e presidio di una delle “libertà dei moderni”: la libertà di coscienza⁴¹. Senza dimenticare il bene tutelato in via mediata dall'obiezione di coscienza, dal quale il sistema giuridico non può prescindere completamente.

3.2.1 *La giuridicizzazione della coscienza e il suo conseguente riconoscimento come soggetto di diritto*

Il lungo percorso della coscienza nel suo rapporto conflittuale con il potere, che si è cercato di ricostruire nel precedente capitolo, ha

³⁸ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011.

³⁹ A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 242.

⁴⁰ Vd. Turchi, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in «Stato, Chiesa e pluralismo confessionale», 2010, p.1, in www.statoechiese.it.

⁴¹ *Ivi*, p. 2.

conosciuto, come punto di svolta, la giuridicizzazione di questo bene 'invisibile'.

Il diritto canonico di tradizione latina ed orientale riconosceva da tempo la coscienza come soggetto giuridico⁴²; mentre, all'interno degli ordinamenti statali, il suo riconoscimento è legato al processo di secolarizzazione ed al progressivo abbandono dei fondamenti religiosi.

Nello Stato liberale la dimensione interiore dell'uomo viene relegata alla sfera privata, che lo stato si impegna a non invadere, ma che, a sua volta, non deve interferire con le scelte pubbliche. La coscienza moderna, espressione di un io affrancato dai legami con Dio, a vantaggio di un pieno riconoscimento della libertà individuale, viene tutelata da qualunque ingerenza. Questo non è altro che l'applicazione del principio di tolleranza che separa il pubblico dal privato: in presenza di conflitti tra l'individuo e lo Stato, questi vengono risolti dal riconoscimento della libertà di ciascuno di professare la propria fede, il proprio credo, nella libertà di parola e di critica; lo stato limita il suo intervento nei confronti della collettività, ponendosi in una posizione di neutralità rispetto alle questioni religiose (oggi sarebbero quelle etiche), una neutralità che è più uno "specchio per le allodole" che una reale soluzione ai conflitti etici, anzi, se intesa come indifferenza, può generare solo tensioni.

Nel passaggio dallo Stato liberale a quello sociale, molte libertà sono divenute sostanziali, per cui lo Stato ha il dovere di realizzarle adottando ogni misura necessaria.

Un altro salto fondamentale si è avuto, dopo la seconda guerra mondiale, con il passaggio dalla democrazia stato-centrica ad antropocentrica, ovvero dallo Stato di diritto democratico a quello costituzionale. La gerarchia delle fonti conosce un profondo cambiamento: la legge fonte suprema, viene sostituita da una *lex superior*, la Costituzione, limite al potere legislativo, in cui sono contenuti i diritti fondamentali ed i principi su cui viene costruito l'ordinamento. La Carta fondamentale rivolge una particolare attenzione alla persona umana, che permea il nuovo impianto statale: ciò che è personale non rimane più confinato necessariamente nello spazio privato, ma, complice l'evoluzione tecno-

⁴² R. Mazzola, *Coscienza come soggetto di diritto. L'uso del "foro interno" nei rapporti tra Stato e confessioni religiose*, in P. Borsellino, L. Forni e S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. Op.cit.*, p. 84.

logica e le nuove frontiere dell'ingegneria genetica, lo stato estende la sua area di competenza ai momenti fondamentali della vita umana, che non sono solo gli estremi (l'inizio e la fine della parabola esistenziale umana), ma anche le relazioni interpersonali più strette, come quelle familiari, in particolare il rapporto genitori-figli (si pensi alle tecniche di fecondazione assistita sia omologa che eterologa). Così la coscienza ha fatto la sua irruzione sul piano politico e giuridico, emancipandosi, in parte, anche dal suo elemento "spirituale": la coscienza, riconosciuta fino a questo momento, era quella che aderiva ad un credo religioso⁴³; con l'avvento delle Costituzioni si laicizza e, ora più che mai, entra nello spazio pubblico, e viene considerata un luogo privilegiato della persona da salvaguardare, ottenendo un riconoscimento giuridico spesso separato dalla libertà religiosa⁴⁴.

Il riconoscimento può essere realizzato in modi diversi: in alcuni casi, si trova l'esplicito riferimento alla libertà di coscienza; in altri, come la nostra Costituzione, non è inserita, ma la si deduce, in via interpretativa, da altri articoli. Per taluni, quindi, il riconoscimento giuridico della coscienza ha portato a definire la stessa non più soltanto in termini filosofici, come entità astratta e intangibile, ma trasformandola in un vero e proprio "soggetto" di diritto⁴⁵, meritevole di una tutela costituzionale. La coscienza, così intesa, diventa un nuovo centro di imputazioni giuridiche: un soggetto dotato di autonomia giuridica, che si pone in una relazione di alterità rispetto sia alle istituzioni statali, religiose che alla persona fisica stessa⁴⁶. Questo elemento è gravido di conseguenze, perché introduce una voce in più nella comunità politica, rendendo sicuramente più dinamici i rapporti sociali ed istituzionali, e amplificando il confronto sulle medesime questioni. Ma, se questo può essere considerato un aspetto positivo, non manca il risvolto negati-

⁴³ Locke escludeva dalla tolleranza gli 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. Locke, *Scritti sulla tolleranza*, D. Marconi (a cura di), UTET, Torino, 2005, p.172).

⁴⁴ Vedremo il riconoscimento della libertà di coscienza, distinta da quella religiosa, in molte dichiarazioni e Carte internazionali.

⁴⁵ R. Mazzola, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁶ *Ibidem*.

vo dovuto all'aumento inevitabile del grado di conflittualità degli stessi processi democratici di decisione⁴⁷. Il confronto è tanto più problematico, quanto più gli stati sono secolarizzati e soggetti ad una separazione netta con le confessioni religiose: un modello dualistico tra i due ordini comporta una maggiore possibilità di conflitto tra Stato e autorità religiosa. Non è più solo questa ad avere un "interesse" nei confronti della dimensione interiore dell'uomo, ma anche lo Stato. È evidente che, laddove esista la separazione (diversa è la situazione di quegli ordinamenti monistici, come nella tradizione ebraica o islamica, che rifiutano il modello dualistico Stato-diritto religioso, in cui i contrasti si presentano in maniera ridotta), vi sarà, da un lato, lo stato che si occupa di disciplinare "ciò che è mondano", senza limitarsi ai soli ambiti tecnici, ma anche a questioni delicate che investono i due enti e coinvolgono la coscienza. Si crea così lo scontro, perché la Chiesa, inevitabilmente, rivendica la sua competenza in materia di *salus animarum*, che non è compito dello Stato; però questo oggi non può fare a meno di disciplinare settori che prima erano riservati alla dimensione privata e alla coscienza individuale. Quest'ultima diviene d'interesse dello Stato, perché se è vero che il diritto non deve entrare nelle pieghe dell'animo umano, questo non significa che la sfera intima non sia rilevante e che lo Stato non debba garantire la libera formazione della coscienza, che può essere facilmente coartata. È un'illusione l'idea che lo Stato non si occupi di ciò che accade *in interiore homine*. Se si guarda agli stati autoritari, questi mirano al pieno dominio del foro interno degli individui, sanzionando anche penalmente chi non condivide l'impostazione del regime⁴⁸. Ma allontanandoci da questi casi, nel nostro ordinamento, all'interno del settore civile, vi sono ipotesi in cui questo elemento rileva ai fini della validità del contratto: si pensi alla disciplina della violenza, che porta alla coartazione della sfera psichica del soggetto che è causa dell'annullabilità del contratto (art. 1434 c.c.).

Lo Stato dovrebbe occuparsi di quello che avviene all'interno dell'uomo, ma lo deve fare negativamente, ponendosi nella posizione di impedire qualunque ingerenza nella coscienza, tutelandola anche da se

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ P. di Marzio, *La libertà di coscienza come diritto soggettivo*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, *op.cit.*, p. 272.

stesso. Qui si ferma il suo operato: lo Stato – come sostenuto dalla dottrina prevalente – non può stabilire a quale tavola di valori i singoli individui debbano aderire, bensì deve lasciarli liberi anche di non avere alcun codice morale; per fare questo deve garantire che ognuno possa prendere cognizione di ogni dato della realtà (elemento che si è visto necessario nelle scelte della coscienza) in modo tale da poter decidere in maniera libera; perché, se il pensare non può essere eliminato, il suo prodotto, il pensiero, può essere forzato⁴⁹.

3.3 Il fondamento giuridico dell'obiezione di coscienza e il suo contenuto: la libertà di coscienza

Per studiare l'obiezione è importante un approccio il più imparziale possibile, che permetta di guardare all'obiezione e di difenderla come diritto non solo quando le decisioni politiche sono contrarie ai propri convincimenti; solo così si potrà delineare una teoria organica che possa descrivere opportunamente questo istituto. A questo punto è necessario inquadrare il fondamento giuridico dell'obiezione: il diritto alla libertà di coscienza.

All'interno di un ordinamento positivo coerente, affinché si possa riconoscere un diritto all'obiezione di coscienza, tanto da arrivare a disciplinarlo nelle singole materie specifiche, si deve riconoscere originariamente l'importanza della coscienza individuale come bene giuridicamente rilevante, meritevole di tutela. È quanto è accaduto negli attuali stati costituzionali, ma prima ancora a livello internazionale, dove la coscienza è presidiata dall'affermazione della *libertà di coscienza*.

Il primo aspetto che si pone riguarda il rapporto tra la libertà di coscienza e quella di religione, molto discusso specialmente tra gli studiosi del diritto ecclesiastico. Due sono le principali teorie: un approccio più restrittivo, per cui la libertà di coscienza sarebbe «uno dei contenuti concreti della libertà religiosa»⁵⁰, consistente nella possibilità di esternare il proprio credo religioso; dall'altro lato, un approccio più ampio

⁴⁹ *Ivi*, pp.270-271.

⁵⁰ *Ibidem*.

ma anche autonomo: in questo senso la libertà di coscienza è da intendersi come la «facoltà spettante all'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla»⁵¹.

Sembra preferibile questa seconda soluzione, che permette di ricomprendere nella libertà di coscienza la possibilità di credere in qualsiasi concezione ideale, che non esclude la libertà di aderire ad una fede religiosa, ma non si esaurisce in essa; infatti, potrebbe essere letta come la libertà di creare la propria tavola di valori etici, discernendo ciò che è giusto e sbagliato, con la possibilità di orientarsi nel senso di una coscienza religiosa, i cui valori appartengono *anche* ad una religione, ma non solo; oppure una coscienza non credente, che potrà anche condividere valori appartenenti ad una religione positiva.

Questa libertà, si è già detto (§ 2.2), non è tanto la libertà di pensare, ovvero di avere un dialogo interiore con se stessi, perché «proclamare in una legge la libertà *naturale* di coscienza sarebbe altrettanto ridicolo quanto proclamare la libertà di circolazione del sangue»⁵², piuttosto quella di salvaguardare la formazione della coscienza, per far sì che ciascuno possa aderire davvero *liberamente* a dei convincimenti, dei valori senza subire influenze dallo stato, il quale deve fare in modo che tutti possano avere un libero accesso all'informazione⁵³, in modo tale che ciascuno possa raccogliere tutti i 'dati' necessari per una scelta consapevole. Seguendo questo approccio, la libertà religiosa è una parte di quella di coscienza, con riferimento non soltanto ai credenti; infatti, è condivisibile la teoria per cui la libertà religiosa debba essere intesa anche come libertà 'negativa': la libertà di non aderire ad alcuna confessione religiosa ed abbracciare l'ateismo⁵⁴.

Questo duplice approccio teorico è riscontrabile nelle scelte operate dalle Carte costituzionali e dai documenti internazionali, in cui il riconoscimento positivo della libertà di coscienza è avvenuto in forme

⁵¹ F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Milano, 1967, p. 11, cit. in P. di Marzio, *op. cit.*, p. 269.

⁵² F. Ruffini, *op. cit.*, in P. di Marzio, p. 270.

⁵³ *Ivi*, p. 271.

⁵⁴ In questo senso anche la Corte Costituzionale, nella sent. 10 ottobre 1979, n. 117. Tuttavia, la Corte aderisce alla teoria che ricomprende la libertà di coscienza in quella religiosa: "l'opinione prevalente fa ormai rientrare la tutela della cosiddetta libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19, il quale garantirebbe altresì la corrispondente libertà 'negativa'".

diverse: in alcuni casi le due libertà vengono utilizzate contestualmente come sinonimi; in altri ci si riferisce solo ad una delle due, oppure, in casi ulteriori, sono esplicitamente distinte.

Quest'ultima prospettiva è stata fatta propria da alcuni testi internazionali e sovranazionali: ad esempio, se si guarda agli articoli contenuti nelle diverse Dichiarazioni e Carte dei diritti umani, la libertà di coscienza è distinta da quella di religione. A questo proposito, si possono riportare alcuni esempi: *in primis* la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948:

Art. 18: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione".

Dello stesso tenore, il Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966, che, sempre all'articolo 18, riporta le medesime parole del testo della Dichiarazione.

Tra i documenti ratificati dall'Italia, che sono anche fonti del diritto vincolanti, si deve ricordare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (ratificata dal nostro paese con legge 4 agosto 1955, n. 848:

Art. 9: "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione"⁵⁵.

È bene ricordare la disputa concernente lo "statuto" della Convenzione nel nostro ordinamento, ovvero se possa essere considerata una fonte di rango costituzionale oppure ordinario o, ancora, ad un livello intermedio. Dopo un iniziale disinteresse da parte della Corte costituzionale, il giudice delle leggi ha chiarito, nelle sentenze gemelle (348 e 349 del 2007), il rango *sub*-costituzionale della CEDU, conferendole

⁵⁵ Diverse furono le risoluzioni del Consiglio d'Europa in materia, presentate successivamente all'approvazione della CEDU; in particolare la Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa del 26 gennaio 1976, che precisava all'art. 9 il *diritto soggettivo* di obiettare al servizio militare e di essere dispensati da questo. Comunque nelle varie risoluzioni in materia di obiezione di coscienza emerge il costante riferimento all'art. 9 della CEDU. (M. G. Belgiorno-De Stefano, *L'obiezione di coscienza e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, *op.cit.*, p. 237).

una maggior forza di resistenza rispetto alla legge ordinaria e creando, così, una nuova ipotesi di norma interposta; infatti, qualora la legge violasse la CEDU si configurerebbe la violazione indiretta dell'art. 117 della Costituzione. Da ciò l'obbligo, da una parte, per il legislatore, di adeguarsi al suo contenuto, alla luce proprio del nuovo articolo 117 Cost., e, dall'altra, per il giudice di operare un'interpretazione *convenzionalmente* conforme, avendo ben chiaro, però, che le norme contenute nella CEDU non hanno diretta applicazione. Tuttavia, la sua natura di fonte superiore alla legge permette di affermare l'obbligo per il legislatore di adeguarsi al suo contenuto, salva sempre la possibilità per la nostra Corte costituzionale di sindacare la legittimità, da cui deriva la conseguenza che la legge non possa avere delle prescrizioni contrarie alla libertà di coscienza.

Infine, la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) del 2000, all'art. 10 ribadisce il diritto a queste tre libertà. Ma si spinge anche oltre, riconoscendo, al secondo comma, esplicitamente il diritto all'obiezione di coscienza. Questo è uno dei documenti più importanti, perché, a seguito del Trattato di Lisbona del 2009, ha assunto valore giuridico, pari a quello dei due Trattati dell'Unione Europea. Di conseguenza, nel nostro ordinamento trova piena cittadinanza un diritto all'obiezione di coscienza, che dallo stato non può essere vietato.

Volgendo lo sguardo all'interno dell'ordinamento, i lavori preparatori mostrano l'intento di prevedere la libertà di coscienza, ma questa volontà non è stata tradotta positivamente, infatti la Costituzione italiana, a differenza di altre Costituzioni⁵⁶, ha previsto solamente la libertà religiosa. In realtà, anche l'espressione "libertà religiosa" non compare nel testo costituzionale, il quale si limita ad esplicitarne il contenuto: libertà religiosa intesa come la libertà di professione, propaganda e culto in materia religiosa⁵⁷.

L'assenza della libertà di coscienza impone di ricercarne il fonda-

⁵⁶ Fra gli altri, la Costituzione tedesca contiene il riferimento alla libertà di coscienza nell'art. 4 comma 1: "La libertà di fede e di coscienza e la libertà di confessione religiosa e ideologica sono inviolabili" (si noti che i costituenti tedeschi hanno optato per una distinzione tra le due libertà).

⁵⁷ G. Dalla Torre, *Libertà di coscienza e di religione*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 2008, in *www.statoechiese.it*, p. 4.

mento in altre disposizioni costituzionali, ed è stato questo lo sforzo operato sia dalla Corte costituzionale che dalla dottrina. Per alcuni il riferimento necessario è all'art. 2; per altri, forse la maggior parte, l'art. 19 relativo alla libertà di religione. Indipendentemente dal parametro costituzionale, è da ritenersi senza dubbio un bene costituzionalmente rilevante, come ricorda la Corte Costituzionale⁵⁸. Giova ricordare che il testo costituzionale italiano è lacunoso anche con riferimento all'obiezione di coscienza⁵⁹. Questo ha dato luogo, all'interno della cultura giuridica italiana, al fiorire di tre teorie.

Una posizione negazionista, soprattutto iniziale, che sostiene l'impossibilità di riconoscere un tale diritto, specie in una società multiculturali, in quanto rappresenterebbe solo un elemento di disgregazione dell'ordinamento giuridico⁶⁰ e di disturbo della convivenza sociale. Questa tesi è inaccettabile, perché non tiene conto del dato costituzionale e del diritto dell'Unione europea; oltre ad eludere un dato politico-istituzionale essenziale: la collocazione dell'obiezione all'interno dello stato costituzionale come espressione di una 'democrazia pluralistica', in cui uno degli obiettivi primari della costituzione è quello di difendere la libertà dei singoli dalla maggioranza. Perciò si è costituzionalmente obbligati ad accogliere il conflitto tra la coscienza e la norma positiva.

Le tesi che attualmente si confrontano sono due: da un lato, chi riconosce questo diritto all'obiezione, in quanto deducibile dalla Costituzione e propedeutico ad un'obbedienza consapevole, in vista di una possibile evoluzione dell'ordinamento⁶¹, necessitante, però, di una *interpositio legislatoris*; dall'altro, chi la ritiene un diritto costituzionalmente tutelato, fondato sulla *libertà di coscienza* e direttamente azionabile davanti al giudice, senza bisogno di una legge che lo preveda espressamente.

⁵⁸ Corte costituzionale, sent. 409/1989.

⁵⁹ Altri testi costituzionali menzionano il diritto all'obiezione di coscienza: Albania art. 166, comma 2°; Austria art. 9°, comma 3°; Bielorussia art. 57, comma 2°; Bulgaria art. 59, comma 2°; Croazia, art. 47, comma 2°; Estonia art. 124, comma 2°; Federazione Russa art. 59, comma 3°; Finlandia art. 127, comma 3°; Germania art. 4, comma 3°; Paesi Bassi art. 99; Polonia art. 85, comma 3°; Portogallo art. 41, comma 5°; Repubblica Ceca: art. 15, comma 3°; Spagna art. 30, commi 2° e 3°; Ucraina art. 35, comma 4°. Uscendo dal continente europeo: Brasile art. 5, comma 7° e 143, comma 1°; Paraguay: art. 37 e 129.

⁶⁰ F. Viola, *op.cit.*, p. 183.

⁶¹ Cfr. F. Viola, *op.cit.*, p. 183 e A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 243 ss.

Non si può negare che l'atteggiamento obiettorio sia certamente rilevante per il diritto, in quanto rappresenta uno dei fenomeni di 'esternazione' della libertà di coscienza; innegabile, per giunta, che si tratti di una manifestazione *sui generis*, perché si traduce in un comportamento oppositivo-disobbediente, e per questo richiede una disciplina accorta che si interroghi sulla giustificazione morale (a cui si è tentato di offrire una possibile risposta nel secondo capitolo) e giuridica (è il tentativo di questa parte del lavoro), che deve individuarne il fondamento, ma anche i limiti. Come è stato già detto, il diritto non si può disinteressare al *foro interno*, ma il suo intervento si deve limitare ad impedire coartazioni della coscienza nella sua libera formazione, oppure, secondo l'insegnamento tradizionale, a disciplinare le manifestazioni esterne, perché lo stato non potrebbe assolutamente sindacare le convinzioni ed i pensieri interiori⁶². Se così non fosse, il rischio di cadere nello stato totalitario o etico sarebbe altissimo.

L'obiezione di coscienza viene in rilievo rispetto ad entrambi i profili del giudizio pratico della libertà di coscienza: direttamente essa riguarda il secondo aspetto, perché è un comportamento esteriore, che si pone come *strumento* della coscienza dell'individuo, che rivendica le sue intime convinzioni contro le scelte della maggioranza; ma interessa in una certa misura anche il primo, la libertà di formazione della coscienza, perché vi possono essere leggi statali, soprattutto nel campo dell'istruzione. Pertanto l'obiezione potrebbe essere sollevata anche nei confronti di azioni esteriori che impediscono la libera formazione della coscienza (ad esempio, nei confronti di quelle leggi che prescrivono l'insegnamento pubblico di determinati contenuti etici)⁶³. Per queste ragioni l'obiezione è intimamente legata alla libertà di coscienza, in cui trova il suo fondamento giuridico.

3.3.1 *L'obiezione nella Costituzione e nella Carta di Nizza*

Se si presuppone che il fondamento dell'obiezione di coscienza sia la libertà di coscienza, la quale può essere ritenuta un bene costituzio-

⁶² S. Troilo, *La libertà religiosa a sessant'anni dalla Costituzione*, online in «Forum di Quaderni costituzionali», 2008, p. 10 – 11.

⁶³ F. Viola, *op.cit.*, p. 180.

nalmente protetto, allora è corretto sostenere che l'obiezione abbia una copertura costituzionale. Se condivisibile, e condiviso da buona parte della dottrina, è il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza; controversa è la questione circa le disposizioni alle quali ricondurla; cosa che non deve stupire dal momento che la nostra Costituzione non contiene alcun riferimento né all'obiezione né alla libertà di coscienza.

Secondo una teoria prevalente, quanto meno tra gli studiosi del diritto ecclesiastico, l'istituto dell'obiezione è da ricondurre all'art. 19, dove si riconosce espressamente la libertà religiosa. Secondo un'altra opinione il riferimento deve essere individuato all'art. 2, che 'riconosce' i diritti inviolabili dell'uomo, da leggere come norma aperta; ancora, tra i costituzionalisti, si è delineata la possibilità di ricondurla alla libertà di manifestazione del pensiero (art.21). È intuibile che la soluzione dipenda da dove si colloca la libertà di coscienza. A tal fine, è opportuno guardare le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale nel definire la libertà di coscienza, definita come «la libertà di agire esternamente secondo i dettami della coscienza stessa»⁶⁴. In coerenza con il suo ragionamento, l'obiezione viene definita come uno strumento attraverso cui tutelare la coscienza degli individui: si tratta di una manifestazione (il soggetto, attraverso l'obiezione, agisce conformemente alla sua coscienza) strumentale (con l'obiezione si impedisce ogni costrizione sulla coscienza individuale), secondo quanto ci conferma la stessa Corte Costituzionale, quando afferma in modo inequivoco «il nesso strumentale tra il diritto del singolo a non subire imposizioni o aggressioni nella libera formazione dei propri convincimenti e il diritto ad agire esteriormente in modo conforme ai dettami imperativi della propria coscienza»⁶⁵.

Meno lineare è capire quali disposizioni siano state individuate dalla Consulta come fondamento della libertà di coscienza, nonché dell'obiezione stessa. Una prima distinzione che i giudici costituzionali hanno operato è quella tra la libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero, anche se non hanno escluso che l'obiezione possa essere espressione anche di questa. Ambigua, invece, è stata la posizione della Corte rispetto alla libertà religiosa: inizialmente ha sostenuto la tesi dell'auto-

⁶⁴ A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 247.

⁶⁵ *Ibidem.*

nomia della libertà di coscienza; successivamente, l'ha ricompresa nella libertà religiosa, garantita dall'art. 19 della Cost.

Non è questo, tuttavia, il punto di arrivo della Corte, la quale è arrivata a leggere, successivamente, la libertà di coscienza come il risultato del combinato disposto degli articoli 2, 19 e 21⁶⁶. Il punto di partenza è l'articolo 2, fondamento «di quei diritti che formano il patrimonio irrinunciabile della personalità umana e che appartengono all'uomo inteso come essere libero»⁶⁷, ma che necessita di essere letto insieme alle altre norme costituzionali, per definirne i contenuti e individuarne i limiti.

Con la sentenza n. 467/1991⁶⁸ la Corte ha riconosciuto alla coscienza

⁶⁶ In realtà, il riferimento all'art. 21 sembra poco opportuno, poiché la sua *ratio* è finalizzata alla libertà di manifestazione del pensiero, mentre l'obiezione non è solo manifestazione del pensiero, ma vivere ed agire secondo coscienza. Condivisibile, invece, il richiamo all'art. 2, su cui la dottrina e la stessa giurisprudenza costituzionale si sono interrogate sulla sua interpretazione come clausola a fattispecie chiusa oppure aperta; questione non di poco conto se viene considerata rispetto ai cd. “nuovi diritti”. Alcuni di questi, a ben vedere, si presentano come declinazioni inedite, e talvolta molto discusse, di “vecchi” diritti; altri come veri e propri “nuovi” diritti perché sono espressione di uno sviluppo sociale e culturale che sicuramente il Costituente non ha tenuto in considerazione. (E. Malfatti, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2013, pp.59-62). Se riconosciamo l'art. 2 come una norma a cui sono riconducibili queste nuove “aspirazioni” (come norma “aperta”, ma non “in bianco”, perché necessita di una lettura sistematica con gli altri contenuti della Costituzione), allora si tratta di capire, se, e in che modo, debba intervenire il legislatore a fronte di queste nuove richieste, o se sia opportuna una revisione costituzionale o il semplice intervento dei giudici.

⁶⁷ Corte cost., sent. 24 aprile 1975, n. 102. La Corte dichiara l'infondatezza della illegittimità costituzionale dell'art. 670 c.p. Il giudice *a quo*, nel caso di specie, riteneva sussistente l'obiezione di coscienza al lavoro e la inquadrava nell'art. 2, poiché è «da escludere che la Costituzione, nel sancire il diritto al lavoro, abbia inteso, di riflesso, riconoscere anche il principio di obbligatorietà del lavoro, rendendolo coercibile nei riguardi di coloro che lo rifiutano per una personale “visione del mondo”, espressione di un atteggiamento ideologico di libero dissenso verso i criteri di vita dominanti nella società nella quale sono inseriti» (*corsivo* di chi scrive). Il ricorrente (il pretore di La Spezia) motiva l'ordinanza ravvisando nella punibilità dell'accattonaggio una violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, in quanto imporrebbe un'obbligatorietà del lavoro e una coercizione del libero dissenso verso criteri di vita dominanti nella società. Nonostante la dichiarazione di infondatezza, la sentenza ha un certo rilievo, poiché si ribadisce che l'art. 2 rappresenti il riferimento dei diritti inviolabili, ma che non esclude la possibilità di limitare questi diritti in nome dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale in esso affermati.

⁶⁸ Corte cost., sent. 16-19 dicembre 1991, n. 467. A differenza della precedente, questa è una sentenza di accoglimento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma terzo, della legge 772/1972 sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare. Il giudice *a quo* (il GIP presso il Tribunale militare di La Spezia) sollevò la questione con riferimento all'impossibilità di applicare le

za “statuto” pienamente costituzionale, nella sua funzione prodromica all’esercizio di altre libertà fondamentali e di altri diritti inviolabili.

Concludendo, la Corte riconosce una robusta copertura costituzionale, sia alla libertà di coscienza nelle sue varie manifestazioni che agli strumenti volti a garantirla. Se la libertà di coscienza è un diritto fondamentale, allora lo sarà anche il diritto a disobbedire alle norme giuridiche per seri motivi di coscienza⁶⁹. Inoltre, poiché i diritti della coscienza sono diritti “strumentali” (proprio come l’obiezione di coscienza), la loro mancanza o compressione porterebbe ad un restringimento della garanzia di altri diritti costituzionali⁷⁰. Nello specifico, la Corte rintraccia, da un lato, nel combinato disposto degli articoli 2 e 19 il fondamento costituzionale della libertà di coscienza, da cui dedurre il diritto all’obiezione di coscienza, che non è un diritto nuovo, ma la logica estrinsecazione di questa libertà; dall’altro lato, la conferma della rilevanza costituzionale dell’obiezione di coscienza è data dalla sua presenza in alcune leggi statali, perché, se questo diritto non avesse fondamento costituzionale in base al quale giustificare queste previsioni legislative, si tratterebbe di una gratuita concessione dell’autorità politica⁷¹. In più, l’obiezione di coscienza come diritto costituzionalmente riconosciuto e garantito, in quanto riconducibile alla libertà di coscienza, sembra affermato anche dalla sentenza 27 maggio 1987, n. 196 della Corte costituzionale in materia di obiezione di coscienza del giudice tutelare, perché, nonostante i giudici abbiano ritenuto l’infondatezza della questione di costituzionalità, le argomentazioni della Corte inducono a

norme per chi obietta prima di assumere il servizio, al di fuori dei casi previsti dalla legge, operando una discriminazione tra obiettori “tempestivi” e obiettori “tardivi”. Per quello che a noi qui interessa occorre sottolineare solo alcuni passaggi. La Corte aggancia la protezione della coscienza individuale all’art. 2 della Costituzione, proprio perché non vi può essere effettiva garanzia dei diritti inviolabili «senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di *quella relazione intima e privilegiata dell’uomo con se stesso* che di quelli costituisce la *base spirituale-culturale* e il *fondamento di valore etico-giuridico*». Continua poi la Corte definendo la coscienza individuale come «il riflesso giuridico più profondo dell’idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti». Tanto che «la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall’assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (cd. obiezione di coscienza)».

⁶⁹ M.G. Abèllan, *op.cit.*, p. 83.

⁷⁰ A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 248.

⁷¹ F. Viola, *op.cit.*, p. 178.

ritenere, implicitamente, il riconoscimento della garanzia costituzionale dell'obiezione. Questo perché la Consulta giunge a rigettare la questione dopo la comparazione dei valori in gioco: la coscienza del giudice e il diritto alla giustizia. Tuttavia, affermando proprio questo, la Corte ammette l'esistenza del diritto costituzionale della libertà di coscienza e, conseguentemente, dell'obiezione⁷².

Oltre a queste previsioni, come già anticipato, l'obiezione di coscienza trova fondamento giuridico nell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che non si limita a riprodurre fedelmente la previsione dell'art. 9 della CEDU, ma tiene conto dell'evoluzione della società europea prevedendo al secondo comma il diritto all'obiezione, rimandando alla legislazione dei singoli stati⁷³. Nel riconoscimento di questo diritto, come per altri, quale quello ad una famiglia, la Carta, rendendosi conto della delicatezza della materia, rimanda ai singoli Stati per disciplinare le varie forme di obiezione di coscienza, ma sembra possibile un riconoscimento generale all'obiezione, che, tuttavia, richiede una previsione legislativa per le sue determinazioni.

⁷² G. Dalla Torre, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in R. Botta, *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, *op.cit.*, pp. 38-39

⁷³ Il riferimento all'art. 10 II comma della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in cui è dichiarata esplicitamente l'obiezione di coscienza, non è cosa da poco. Questa Carta fu approvata a Nizza nel 2000 e rappresenta una vera e propria 'codificazione' dei diritti fondamentali a livello europeo. Ma l'aspetto più importante è costituito dal passaggio da strumento di *soft law* – utilizzata inizialmente dai giudici nazionali e poi dalla Corte di Giustizia, come elemento *ad adiuvandum* delle decisioni giudiziarie – a vera e propria fonte del diritto, a seguito dell'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona, in cui i due trattati (quello sul Funzionamento e quello sull'Unione) diventano le fonti apicali dell'Unione e alla Carta viene attribuito (art. 6 par. 1 del Trattato sull'Unione) lo stesso valore giuridico dei trattati, così da poter essere utilizzata dagli operatori giuridici. Questo è particolarmente significativo per quanto si sta cercando di ricostruire, perché significa poter utilizzare questi strumenti per riconoscere diritti che dal legislatore non vengono riconosciuti; anche se, per quel che riguarda l'obiezione di coscienza come per altri diritti, si rinvia ai singoli stati.

3.4 Il contenuto, la struttura e il funzionamento dell'obiezione

3.4.1 *Il bene giuridico tutelato*

Una questione su cui è necessario soffermarsi brevemente riguarda il bene/valore tutelato dall'istituto. In dottrina si è creata un'alternativa dicotomica tra il bene/valore *oggettivo* (ad esempio la vita, la pace..) e quello *soggettivo*, la coscienza stessa⁷⁴. Nel primo caso si è in presenza della teoria contenutistica, che focalizza l'attenzione sui *contenuti* dell'obiezione; nell'altro, della teoria coscienzialistica, che guarda alla coscienza dell'obiettore.

A seconda di quale delle due si sostiene, la prospettiva cambia radicalmente: nella teoria contenutistica l'obiezione tutela un bene giuridico di grande valore che configge con un altro bene tutelato dalla norma; nell'altro la tutela è per la coscienza. Se si ammettesse la prima soluzione, si dovrebbe ammettere che ogni legge è obiettabile, ogni volta che c'è un altro bene giuridico in considerazione, ritenuto dall'obiettore maggiormente meritevole. Una conseguenza dirompente, che necessita, perciò, di un bilanciamento con l'altra teoria, che ha il merito di riconoscere che il bene giuridico tutelato con l'obiezione è la libertà di coscienza, ma non basta; perché, in un'ottica sia di valorizzazione che di limitazione dell'obiezione di coscienza, è fondamentale individuare i contenuti della coscienza, ovvero quali beni mediati l'obiettore intenda tutelare. Sembra opportuno prospettare una soluzione più "equilibrata" tra le due teorie. Dal punto di vista dell'ordinamento, l'obiezione è finalizzata a tutelare la coscienza, ma non si può prescindere dal bene sotteso. Questo valore permette di valutare la meritevolezza e la compatibilità con l'ordinamento dell'esercizio del diritto dell'obiezione di coscienza: si vedrà che è necessario richiedere una prova della fondatezza valoriale dell'obiezione, sia se questa è *sine lege*, sia quando è riconosciuta dalla legge, quindi quando il legislatore ha già giudicato circa la meritevolezza della richiesta ed ha realizzato un bilanciamento

⁷⁴ V. Turchi, *op.cit.*, p. 80, riprende la distinzione che 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.

tra i beni in gioco. La verifica della fondatezza dell'obiezione permette di valutare se il suo contenuto è compatibile con i valori costituzionalmente tutelati, così da procedere al riconoscimento; altrimenti, in caso di incompatibilità con i valori e i diritti fondamentali, se ne può precludere totalmente l'ammissibilità.

Dal punto di vista dell'obiettore, è fondamentale il contenuto della coscienza: chi obietta vuole promuovere quel valore, lo ritiene meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, e il suo gesto diventa strumentale anche alla salvaguardia di quel bene; in sede giurisdizionale farà valere la libertà di coscienza, ma l'attenzione, anche nel propagandare il suo gesto, si rivolge al bene mediato, collocando così l'obiezione nell'alveo di una testimonianza, che perderebbe efficacia se ci si concentrasse esclusivamente sulla coscienza.

In definitiva, per il sistema giuridico si potrebbe dire che nell'immediato è la coscienza ad essere rivendicata e tutelata, ma esso non può prescindere da una valutazione del bene mediato, sul quale, in una prospettiva futura, si potrebbe orientare la sua azione; per l'obiettore il bene sotteso all'obiezione è coesistente alla tutela della propria coscienza: il soggetto non vuole essere responsabile di un'azione immorale, salvaguardando la sua coscienza, ma la sua azione è rivolta anche a difendere il valore, alla cui custodia si indirizza il gesto e l'impegno sociale.

3.4.2 *Obiezione secundum legem e contra legem: una scelta volontaria, non un'alternativa*

L'obiezione come fatto è il rifiuto di adempiere ad un obbligo (o divieto) che viene imposto dall'autorità (par. 2). In alcuni casi, viene riconosciuta dal legislatore, in altri è solo rivendicata. Questo ha portato la dottrina a formulare una distinzione interna alla categoria su cui ormai quasi tutti convergono: la distinzione tra obiezione *secundum legem* e *contra legem*; queste, da alcuni autori, vengono accostate, se non addirittura sovrapposte, rispettivamente all'opzione di coscienza e alla disobbedienza civile.

Questa distinzione porta una serie di incertezze sia sul piano logico

che teorico⁷⁵. Sul piano logico, la difficoltà si presenta nel caso in cui si sostenga che l'obiezione prescindendo da una necessaria *interpositio legislatoris*, perché, a quel punto, non avrebbe senso la distinzione, perché sarebbero entrambe *secundum legem*⁷⁶. In realtà, la separazione reggerebbe comunque, perché quella non riconosciuta dalla legge manca, a tutti gli effetti, di una previsione legislativa, perciò può essere definita correttamente *contra legem*, ma sarebbe, contemporaneamente, *secundum constitutionem*, così da evidenziare la differenza tra le due fonti del diritto. Sul piano teorico, l'incertezza deriva dalla stessa idea di diritto, che porta ad affidare ai giudici (non solo costituzionali) la possibilità del riconoscimento di ipotesi di obiezione.

Inoltre il riferimento alla *lex* ci presenta un ulteriore interrogativo: a quale *lex* si fa riferimento? La legge statale? La *lex prohibitiva*? Parlare di obiezione *contra legem* significa che è contro la legge dello stato, ma *secundum ius*?⁷⁷.

Inoltre, la distinzione tra le due forme è indice di una svalutazione dell'obiezione riconosciuta dal legislatore, a favore dell'altra che si presenterebbe come gesto eroico ed obiezione 'autentica'.

Questo ha portato parte della dottrina ad elaborare un'espressione *ad hoc* per le ipotesi *secundum legem*, quasi escludendole dal *genus* dell'obiezione di coscienza, definendole 'opzioni' di coscienza⁷⁸. Nell'orizzonte dottrinale anche quest'ultimo concetto non è chiaro: per alcuni designa le ipotesi legislative; per altri è riferito a figure molto limitate, *de jure condendo*.

Ad ogni modo, si ritiene che il termine 'opzione' sia più opportuno in tutti quei casi in cui il soggetto non fa altro che scegliere tra due alternative, quindi l'obiezione sarebbe una semplice facoltà riconosciuta dalla legge, che deve essere distinta da «*obiezioni genuine*»⁷⁹ che si configurano come reati. Queste visioni, però, rischiano di limita-

⁷⁵ G. Danesi, *op.cit.*, p. 79.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Si veda a proposito P. Consorti, *Obiezione, opzione di coscienza e motivi religiosi*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, *op.cit.*, pp. 253 ss; G. Dalla Torre, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza: i conflitti degli ordinamenti*, *op.cit.*, pp 277-304.

⁷⁹ P. Consorti, *op.cit.*, p. 255.

re la differenza ad una mera questione terminologica; tralasciando la struttura dell'opzione, da un lato, e dell'obiezione, dall'altro.

Contrariamente a quanto accade nell'opzione, dove l'ordinamento pone due comportamenti, in alternativa tra loro, rivolti alla generalità dei soggetti, che possono scegliere liberamente senza una loro specifica attivazione, anzi è lo stesso ordinamento che formula una richiesta preventiva; nell'obiezione è centrale l'*attivazione* del soggetto, che deve richiedere, in quanto obiettore, l'esenzione dall'obbligo. La richiesta di non obbedire alla norma dello stato è un elemento strutturale, con il quale l'obiettore oppone il suo rifiuto all'imposizione legislativa (il termine italiano 'obiezione' deriva dal latino *obiicere*, che significa gettare, lanciare quindi opporre).

La confusione è ingenerata perché del termine obiezione di coscienza se ne fa, talvolta, un uso sbagliato e poco oculato: è stata definita obiezione l'ipotesi del giuramento del testimone non credente, dove, invece, era il giudice ad introdurre nelle formule di ammonizione e di giuramento da lui pronunciate l'inciso 'se credente'⁸⁰. Questa ipotesi venne considerata unanimemente come obiezione di coscienza, anche da parte di coloro che sostengono la teorizzazione di un onere sostanziale in capo all'obiettore, laddove qui è assente, insieme all'onere *formale* (la dichiarazione), che è indispensabile perché si possa parlare di obiezione. Nell'opzione, peraltro, l'obbligo è rivolto a tutti; la possibilità di obiettare è rivolta a chi come tale si qualifica a seguito della manifestazione delle sue esigenze di coscienza.

Riassumendo, il fatto che l'ammissione all'obiezione sia condizionata alla dichiarazione non permette di poter considerare l'obiezione un'opzione; anche qualora all'obiettore fosse richiesta una prestazione alternativa, questa non permetterebbe di parlare di una vera e propria prestazione alternativa secondo il corrispondente schema civilistico, che presuppone la pura opzione e l'equivalenza delle due prestazioni, ovvero la perfetta fungibilità.

⁸⁰ La Corte fu chiamata a pronunciarsi sulla formula del giuramento più volte e, più volte, rigettò la questione, ma nella sent. 117 del 1979 dichiarò la questione fondata e, conseguentemente, pronunciò l'illegittimità costituzionale dell'art. 251 c.p. aggiungendo l'inciso, "se credente". Alla Consulta furono sottoposte altre questioni, ma il riconoscimento della possibilità di rifiutare il giuramento, contenente il riferimento alla divinità, fu classificata come obiezione di coscienza, in realtà era il giudice a porre l'alternativa tra cui i soggetti potevano scegliere.

Quest'ultimo elemento sembra mancare nell'obiezione, che si presenta come un sistema derogatorio, come opposizione da parte di coloro che ritengono insopportabile in coscienza l'obbligo imposto. Questo perché il legislatore ha fatto la sua scelta, anche in termini *assiologici*: prevale l'obbligo a cui si obietta; non si tratta di obblighi alternativi tra i quali scegliere, l'obbligo è uno solo. L'obiettore avanza un altro bene: le priorità valoriali sono invertite e anche le condotte non sono *pariordinate*; bensì il legislatore considera primaria la sua scelta, ma *tollera* l'obiezione. Non è corretto ritenere che l'obiettore si limiti a scegliere, fra i comportamenti previsti dalla norma positiva come «alternativamente assumibili per il soddisfacimento dell'interesse sotteso alla norma, quello che risulta non conflittuale rispetto ai propri convincimenti interiori»; l'interesse principale sotteso alla norma è quello dell'obbligo che l'obiettore rifiuta, altrimenti se la norma fosse rivolta al bene tutelato dall'obiezione non ci sarebbe neppure bisogno di questa (nell'interruzione volontaria della gravidanza il legislatore fa prevalere, anche se solo per determinati casi, l'interesse della madre rispetto a quello del concepito; una soluzione che nello sviluppo giurisprudenziale si è fatta sempre più forte). Lo stesso si può dire anche se vi fosse una prestazione alternativa (che spesso non è prevista, come nella legislazione dell'aborto, per cui è l'obiezione stessa l' 'alternativa'), come nel caso del servizio militare e del servizio civile, i quali non era considerati perfettamente fungibili. Anche se si parlasse della conversione dell'obbligo di diritto pubblico, questo richiede l'identità dell'interesse sotteso all'adempimento⁸¹, che non si ha tra la condotta del non obiettore e quella dell'obiettore, criticando questi l'interesse scelto dal legislatore.

Per quanto riguarda l'obiezione *contra legem*, si ha a che fare con un caso di disobbedienza illecita, in cui l'obiettore è consapevole della possibilità di subire le sanzioni previste dall'ordinamento per la violazione delle sue norme. Se ipotizziamo la possibilità di un riconoscimento dell'obiezione non solo ad opera della legge, anche questa forma perde una parte del suo significato e si potrebbe parlare di un'obiezione *secundum constitutionem*, che trova la sua copertura sia nella Carta costituzionale, che nel diritto sovranazionale. Sostenere ciò non significa svilirla,

⁸¹ F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale scientifica, 2014, p. 171.

ma dimostra ulteriormente che non si possono fare eccessive distinzioni qualitative tra la forma ‘legale’ e quella ‘illegale’, entrambe dotate di una copertura costituzionale.

Sicuramente quella illegale ha come punto di merito la sottomissione e la consapevolezza da parte del soggetto di andare incontro alle conseguenze prescritte dalla norma violata; ma spesso questa consapevolezza è proprio ciò che porta l’obiettore ad agire, in modo tale da innescare la risposta dell’ordinamento ed avviare un procedimento giurisdizionale affinché l’obiezione possa essere riconosciuta. Un meccanismo che non è estraneo alla disobbedienza civile degli ordinamenti costituzionali; infatti viene spontaneo operare un raffronto, che non riesce spesso ad individuare delle differenze né a livello teorico né tantomeno a livello pratico; abbiamo avuto modo di evidenziare alcuni aspetti critici e di capire che far risiedere le differenze <<nelle motivazioni soggettive, nella reale applicazione delle sanzioni, o nel carattere collettivo o individuale del comportamento, ci porta a tracciare linee di demarcazione tra le due figure, che l’evoluzione storica e la realtà stessa dei fatti possono progressivamente far sfumare>>⁸².

L’obiezione *contra legem* aspira ad un riconoscimento, infatti può dar vita ad una dialettica interna all’ordinamento, che può sfociare sia nel suo assorbimento in una legge che la tuteli che nella decisione di un giudice che la riconosca come ipotesi di obiezione, quindi di esercizio di un diritto ex art. 51 c.p.; oppure nella possibilità di riuscire ad abolire il dovere giuridico obiettato, diventando così uno strumento di *lotta politica*, difficilmente distinguibile da un’istanza di disobbedienza civile⁸³; infine, l’ultima ipotesi è che non venga riconosciuta e il soggetto subisca le conseguenze, con la probabilità che, se meritevole di considerazione, possa essere riconosciuta in futuro, perché il Parlamento prende in considerazione l’istanza o a seguito della sentenza di un giudice.

Nel caso in cui il comportamento contrario alla legge non riesca ad eliminare l’obbligo giuridico obiettato, ma venga considerato meritevole di tutela, magari attraverso una previsione legislativa (come per

⁸² R. Navarro Valls – J. Martinez Torron, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 18–19.

⁸³ M. G. Abèllan, *op.cit.*, p 88.

l'aborto, la sperimentazione animale e via dicendo), se si seguisse l'asserzione di quegli autori che ritengono, non senza una nota svalutativa, che l'obiezione all'interno della legge non è più tale; allora dovremmo affermare che quell'obiezione ha perso il suo significato. Il fatto di riuscire ad incidere su una legge modificandola attraverso l'inserimento di un diritto, anche se particolare perché comporta una violazione della legge, fa perdere il senso di quel gesto? L'instaurazione della democrazia, dopo le drammatiche esperienze degli stati totalitari, ne fa perdere l'importanza e sviscerisce i sacrifici che per essa sono stati fatti?

Inoltre, l'obiezione riconosciuta da una norma positiva non perde il suo potenziale oppositivo: pensiamo all'obiezione alla leva militare obbligatoria che ha avuto la capacità di incidere sulla previsione normativa arrivando al punto di sospendere l'obbligatorietà del servizio militare.

Tutti questi rilievi denotano quanto la categoria dell'obiezione di coscienza sia sfuggente; alla sua poca chiarezza contribuiscono approcci parziali, che non aiutano ad inquadrarla in modo corretto e a svolgere una riflessione costruttiva per l'istituto – ciò si nota, ad esempio, con riferimento alla tematica della gravosità: i sostenitori della necessità di un obbligo sostitutivo lo invocano soprattutto per il personale medico e paramedico obiettore, lasciando sospettare che non siano spinti da motivazioni di politica del diritto, perché, tra gli stessi autori, ««esistono valutazioni di politica del diritto del tutto opposte riguardo a tale disciplina»⁸⁴, dimenticando che questa non è l'unica ipotesi di mancanza di un obbligo sostitutivo: un esempio per tutti l. 12 ottobre 1993, n. 413 in materia di sperimentazione animale. Quanto detto finora ha un senso perché la coscienza ha iniziato ad interessare non solo i soggetti che alla sua crescita sono naturalmente deputati, cioè le confessioni religiose, ma anche le istituzioni statali.

⁸⁴ G. Danesi, *op.cit.*, p. 86.

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

Un'altra questione molto controversa riguarda la modalità deontica della norma oggetto di obiezione⁸⁵; del diritto all'obiezione di coscienza si possono distinguere due tipologie: quella negativa e quella positiva⁸⁶.

La prima consiste nella *facoltà* riconosciuta al singolo, che è destinatario di un obbligo giuridico *positivo* – quindi di tenere un certo comportamento, di fornire una prestazione – di sottrarsi a quest'obbligo, omettendo la condotta prescritta, per ragioni di coscienza.

La seconda consiste nella *facoltà* riconosciuta al singolo, che sia destinatario di un obbligo giuridico *negativo* – ovvero del divieto di tenere un certo comportamento, fornire una prestazione – di sottrarsi all'osservanza di questo obbligo, realizzando la condotta vietata, per ragioni di coscienza; oppure nel *potere* attribuito al singolo, che sia destinatario di una norma generale di *inabilitazione*, di formare validamente gli atti giuridici preclusi, per ragioni di coscienza⁸⁷.

In dottrina si sostiene che vi sia una differenza notevole tra le due forme, tanto che diversi autori hanno escluso l'opportunità di riconoscere l'obiezione di coscienza positiva all'interno di uno stato costituzionale; cosa che accade effettivamente: infatti, mentre sono disciplinati casi della tipologia negativa, non risultano riconoscimenti espliciti dell'altra. La scelta di riconoscere l'una, piuttosto che l'altra, è attribuibile ad un maggior carattere destrutturante sull'ordinamento, per questo è preferibile che un soggetto si astenga dal compiere un obbligo imposto, piuttosto che realizzare una condotta vietata⁸⁸.

3.4.3.1 *L'obiezione di coscienza negativa*

Nel diritto all'obiezione di coscienza *negativa*, che è quella più conosciuta, anche a livello mediatico (un esempio, per intenderci, è quello

⁸⁵ G. Danesi, *op.cit.*, p. 84.

⁸⁶ Cfr. P. Chiassoni, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in «*Diritto & Questioni pubbliche*», 2009, n. 9, p. 83.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ivi*, p. 84.

del rifiuto del medico di eseguire gli interventi di interruzione della gravidanza), è possibile identificare alcuni elementi caratterizzanti ⁸⁹:

a) un dovere giuridico *positivo* e perfetto (in quanto sanzionato) di prestare un servizio o fornire una prestazione personale;

b) un dovere morale *negativo* in capo al soggetto destinatario dell'obbligo giuridico positivo perfetto, che impone al soggetto di astenersi;

c) la conseguente insorgenza dell'*antinomia* tra il dovere della norma e il dovere della coscienza;

d) il configurarsi di due *lesioni*: in caso di preminenza dell'obbligo giuridico sul dovere morale, la lesione del diritto alla libertà di coscienza, ma *anche* al bene che è sotteso all'obiezione e che viene sacrificato dalla norma (il diritto alla vita in capo a ciascun essere umano); in caso di prevalenza del dovere morale la lesione di principi o diritti fondamentali, tutelati dalla norma (il diritto alla salute della madre).

Sarà necessaria, da parte del legislatore o del giudice, la considerazione dei costi connessi all'obiezione, siano essi *oggettivi* o *soggettivi*. Successivamente, sarà necessario operare un *bilanciamento*, che tenga conto della meritevolezza e del valore dei motivi sottesi alla condotta obiettorica, che, se risulta positivo, assegni la preminenza alla tutela del diritto alla libertà di coscienza.

3.4.3.2 *L'obiezione di coscienza positiva*

Dobbiamo guardare all'altra tipologia di obiezione, non solo per completezza nella trattazione, ma anche per tentare di comprendere una soluzione all'assenza di previsioni, come accennato poco sopra.

Nella prassi, svariate possono essere le situazioni di applicazione dell'istituto dell'obiezione di coscienza positiva ⁹⁰, da distinguere dalla

⁸⁹ Cfr. P. Chiassoni, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. Borsellino, L. Forni e S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. op.cit.*, p. 48.

⁹⁰ Molteplici possono essere le ipotesi di applicazione dell'obiezione di coscienza positiva. Si pensi alla Francia, ma si potrebbe portare l'esempio anche della Turchia, i quali hanno inserito in Costituzione il principio di laicità, interpretandolo nel senso di neutralità dello Stato di fronte a qualunque visione morale, specialmente religiosa. In questo contesto si spiegano le leggi che proibiscono di esibire nei luoghi pubblici simboli religiosi. Ad esempio, la legge francese 228 del 15 marzo 2004 bandisce ogni simbolo che manifesta un'appartenenza religiosa, proibendo, in modo particolare, alle ragazze musulmane di indossare il velo. Un caso di obiezione positiva potrebbe essere proprio la violazione di questa disposizione attraverso l'uso, da parte delle ragazze, del velo in luoghi pubblici, ad esempio a scuola.

fattispecie dei reati culturalmente motivati ⁹¹.

Il Consiglio Nazionale di Bioetica ha affermato che l'atteggiamento di colui che pone in essere una condotta vietata dalla legge è maggiormente destabilizzante per l'ordinamento, in quanto non permette in nessun caso di sostituirsi all'obiettore⁹²; oltre alla considerazione per cui è impossibile per l'ordinamento costringere qualcuno a compiere qualcosa che non voglia assolutamente fare⁹³.

Ma quali sono le sue caratteristiche?

- a) un obbligo giuridico *negativo* perfetto, anch'esso sanzionato, ovvero un divieto di tenere una certa condotta o porre in essere atti giuridici;
- b) un obbligo morale *positivo* che impone al soggetto di realizzare la condotta vietata, compiendo un illecito;
- c) un'antinomia tra i due obblighi;
- d) In caso di prevalenza del dovere giuridico su quello morale si determinerebbe la lesione della libertà di coscienza e sempre del bene che l'obiezione, in via mediata, tutela;
- e) In caso di prevalenza del dovere morale su quello giuridico la lesione di altri principi o diritti fondamentali, come il principio di laicità dello stato.

Come per la negativa, anche per quella positiva, si dovrebbe avere un bilanciamento dei valori e dei principi in gioco. Se a favore della libertà

⁹¹ Tipica ipotesi è quella della poligamia, considerata nel nostro ordinamento giuridico come penalmente rilevante, ma ritenuta un comportamento lecito in alcuni popoli, soprattutto quelli islamici. È, quindi, la situazione di un comportamento ritenuto illecito dal diritto penale nazionale, ma appartenente alla cultura dell'immigrato, il cui Paese di origine permette o impone quello stesso comportamento.

⁹² «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, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 2012, p. 16).

⁹³ G. Danesi, *op.cit.*, p. 84.

di coscienza, si configura il diritto all'obiezione che concede la *facoltà* di sottrarsi all'osservanza di un obbligo giuridico negativo e il *potere* di formare validamente atti giuridici altrimenti preclusi.

Tuttavia, è molto difficile che questo bilanciamento sia effettuato dal legislatore, perché quel legislatore che ha posto un divieto di fare, difficilmente prevederà la possibilità di realizzare la condotta illecita.

Perciò il comportamento obiettorio si configurerà sempre *contra legem* con la conseguenza di una sanzione.

Preso atto di una mancanza da parte del legislatore, e del fatto che ci si trovi in presenza di un'obiezione senza la legge, ma riconducibile ad un diritto generale all'obiezione, questa verrà presentata di fronte al giudice, che, vedremo, potrà avviare il giudizio di costituzionalità della legge (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 coscienza o della sua illegittimità perché contraria a dei valori fondamentali. Oppure potrà essere il giudice stesso ad intervenire, nei casi in cui è possibile.

Accanto alla constatazione che è maggiormente tollerabile dallo stato la violazione di un obbligo di fare, piuttosto che l'azione *positiva* contraria ad un divieto; in considerazione che, dal punto di vista etico, sono più facilmente gli imperativi legali, che impongono un obbligo di fare, quelli che possono urtare maggiormente la coscienza, perché un conto è essere obbligato a fare qualcosa che si reputa immorale, un altro è il non poter fare sempre tutto quello che si considera un dovere⁹⁴, alcuni autori denunciano l'assenza nell'ordinamento di questa forma di obiezione, a causa della presenza di un legislatore etico.⁹⁵ Da queste brevi riflessioni si comprende come sia possibile riconoscere uno spazio all'obiezione positiva negli ordinamenti, la quale, anzi, possiede un più alto potenziale di incidenza evolutiva nell'ordinamento, perché, essendo quasi sempre *contra legem*, potrà facilmente instaurare un giudizio incidentale di costituzionalità, pervenendo alla eventuale dichiarazione di incostituzionalità della legge, non solo laddove questa non prevede

⁹⁴ J. T. Martin de Agar, *Problemas jurídicos de la objeción de conciencia*, in "Scripta Theologica" 27 (1995/2) 519ss, versione italiana p. 15.

⁹⁵ P. Chiassoni, *op.cit.*, p. 48.

la possibilità di obiettare, bensì, qualora l'obiezione rivendichi diritti riconosciuti nell'ordinamento (ad esempio, la libertà religiosa che comprende anche la libertà di indossare i simboli tipici del proprio credo religioso), del complessivo assetto disegnato dall'atto legislativo.

3.4.4 *Il diritto all'obiezione di coscienza: interpositio legislatoris o categoria unitaria e generale*

Si discute molto in dottrina sull'approccio nei confronti del diritto all'obiezione: se debba essere un diritto limitato dal riconoscimento della legge oppure se possa essere un diritto generale, esercitabile anche quando non sia espressamente previsto.

Le teorie della regolazione giuridica dell'obiezione di coscienza sono principalmente tre (anticipate al par. 3), che rispondono, in modi diversi, alla domanda se sia possibile o meno risolvere il contrasto tra l'obbedienza alla legge e l'obbedienza alla propria coscienza e, in caso di risposta affermativa, indicano come questo conflitto sia trasferibile all'interno dell'ordinamento.

Una prima posizione è quella negazionista, che nega la possibilità di risolvere il conflitto tra i due doveri, limitando il problema di coscienza entro la sfera morale; in caso contrario si minerebbe la certezza del diritto e la cogenza del precetto legislativo, che sarebbero lasciati ad ogni valutazione arbitraria⁹⁶. Per cui, riprendendo Capograssi, «le coscienze, che obbediscono ad altri valori, e non accettano il criterio di valore dell'ordinamento, si pongono come negative; e come negative l'ordinamento le deve trattare»⁹⁷. Di conseguenza non vi è spazio per le forme di disobbedienza, che, a prescindere dalle ragioni che le motivano, devono essere sanzionate; è evidente che, in questa teoria, l'obiezione di coscienza è vista come una fonte di disgregazione dell'ordinamento.

Questa tesi è da ritenere superata per una serie di motivi. Non tiene conto della realtà concreta in cui viviamo: da molti anni gli stati si configurano come stati pluralisti e multiculturali; non considera che il pluralismo è un valore costituzionale; in più si presenterebbe come atteggiamento illiberale e incostituzionale quello che non valorizzasse la

⁹⁶ A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 242.

⁹⁷ Capograssi, *Obbedienza e coscienza*(1950), in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959, p. 205.

persona umana e il rispetto che si deve alla sua autonomia (per quanto non illimitata), ma pretendesse di coartare le coscienze sulla base della scelta della maggioranza; senza contare che, così facendo, si ammetterebbe l'idea di un'obbedienza cieca alla legge. Inoltre, da un punto di vista prettamente positivisticò, questo orientamento non è compatibile con le scelte effettuate dalla maggior parte degli ordinamenti costituzionali, in cui sono previste ipotesi legislative di obiezione, né con la presenza di una copertura sia costituzionale sia a livello internazionale e sovranazionale della libertà di coscienza, ma anche dell'obiezione stessa (art. 10 secondo comma della Carta di Nizza).

Il secondo approccio, che è quello prevalente nella dottrina italiana, vede nell'obiezione di coscienza un elemento essenziale della dialettica democratica, individuando in essa una funzione propedeutica all'obbedienza consenziente, rilevante in un ordinamento democratico dove le leggi dovrebbero essere motivate per tendere ad avere un'adesione ad esse il più consapevole possibile. Tuttavia, si esclude che l'obiezione possa essere legittimamente esercitata fuori dai casi espressamente disciplinati dal legislatore⁹⁸.

È una posizione questa che viene giustificata dalla distinzione tra libertà di coscienza e obiezione di coscienza, per cui la prima sarebbe un diritto costituzionale, mentre la seconda non potrebbe essere implicitamente riconosciuta come diritto dalla Costituzione, ma come un mero valore, che richiede l'attuazione da parte del Parlamento⁹⁹.

Questa seconda ipotesi interpretativa ha il pregio di riconoscere l'importanza delle rivendicazioni della coscienza e di valorizzare l'obiezione come strumento di maturazione sociale¹⁰⁰; ma, in linea con la tesi

⁹⁸ D. Paris, *L'obiezione di coscienza fra giudici e legislatore*, in P. Borsellino, L. Forni e S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *op.cit.*, p. 106.

⁹⁹ G. dalla Torre, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, *op.cit.*, p. 33.

¹⁰⁰ Cfr. A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 243. L'aspirazione ad un'obbedienza consenziente è propria dei contemporanei sistemi democratici costituzionali, che non possono limitarsi ad imporre delle leggi, ma dovrebbero motivarle e quando impongono degli obblighi in materie delicate come quelle bioetiche sarebbe opportuno un serio confronto, un *dialogo* sugli effetti che certe scelte possono avere sull'ordinamento e sui rapporti dell'individuo con se stesso e con gli altri. Un'obbedienza consapevole diventa un metro di misura del livello di democraticità di uno Stato, la quale si realizza quanto più si riducono i casi di obiezioni.

precedente, sostiene il principio che alla legge si debba obbedienza a prescindere dalle proprie convinzioni di coscienza, per cui alla cogenza della legge non possono essere riconosciute altre deroghe, se non quelle previste *solo ed esclusivamente* dal legislatore stesso ¹⁰¹, che è in grado di effettuare il necessario bilanciamento e di tutelare la stabilità dell'ordinamento.

Questa impostazione prospetta tre diversi atteggiamenti possibili da parte dell'ordinamento: la legge prevede i casi di obiezione che ritiene meritevoli di tutela (obiezione *secundum legem*); i casi, che non sono legislativamente previsti, devono essere sanzionati così da riaffermare il precetto legislativo; qualora l'obiezione assuma un carattere generalizzato, l'ordinamento può mutare la norma obiettata, riconoscendo pienamente il comportamento obietante.

Tuttavia, questo approccio non tiene conto del fatto che l'obiezione di coscienza, e non solo la libertà di coscienza, sono dei diritti che trovano una garanzia costituzionale, oltreché essere esplicitamente affermata nella Carta di Nizza. Inoltre, lascia interamente al legislatore non imparziale l'ammissibilità dell'obiezione, senza considerare che l'obiezione è proprio contro il legislatore. Vieppiù, legato a quest'ultimo aspetto, questa teoria non mostra consapevolezza di una realtà sempre più complessa e del fatto che spesso il legislatore non è in grado, per oggettiva impossibilità o per colpevole inerzia rispetto a scelte di una certa importanza (anche politica), di disciplinare le varie fattispecie. I soggetti che possono far fronte all'eterogeneità della realtà e alle rivendicazioni concrete sono i giudici; limitare eccessivamente la loro capacità interpretativa significa privarli di quell'evoluzione che ha coinvolto la loro attività: dal modello del giudice "*bouche de la loi*", che si limitava ad essere un meccanico applicatore di una regola contenuta nel dettato normativo, al giudice diretto applicatore della Costituzione, quando vi sono clausole generali da specificare oppure veri e propri vuoti normativi da riempire¹⁰². Con il costituzionalismo, la soggezione alla legge non è più soggezione assoluta ma condizionata alla verifica della sua legittimità, grazie all'introduzione dell'interpretazione costituzionalmente

¹⁰¹ D. Paris, *op.cit.*, p. 106.

¹⁰² Vedi R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, 2005, consultabile online in www.rivistaaic.it

conforme della norma o all'applicazione diretta della Carta.

Una terza posizione tiene conto di questi aspetti e tutela in termini ancora più avanzati la libertà di coscienza, riconoscendo l'obiezione di coscienza come un diritto generale costituzionalmente riconosciuto e garantito, direttamente azionabile.

La premessa di questo orientamento muove dalla deducibilità dell'obiezione dalla Costituzione, in quanto manifestazione della libertà di coscienza e strumento finalizzato alla sua tutela¹⁰³.

Per questa via si valorizza l'individuo rispetto al diritto statale e si riconosce la sua capacità di essere autonomo e vincolato in maniera *assoluta* solo dalla coscienza. I diversi percorsi argomentativi all'interno di questa teoria, i quali in maniera differente cercano di individuare i parametri costituzionali di riferimento, approdano tutti alla medesima conclusione: l'esercizio dell'obiezione è di per sé legittimo, si tratta di un diritto costituzionalmente garantito e direttamente azionabile. In quest'ottica, l'onere della prova risulta invertito: l'obiezione di coscienza è presunta fino a prova contraria e ciò che deve essere giustificato è la sua restrizione alla luce del bilanciamento tra valori costituzionali. Da ciò consegue che questa potrà essere ammessa senza una previsione da parte del legislatore, anzi le varie discipline devono prevedere, eventualmente, modalità di adempimento alternative.

In conclusione, il diritto all'obiezione si presenta come diritto inviolabile, con una tutela riconducibile a quella di un diritto soggettivo perfetto¹⁰⁴, ma assoluto solo *prima facie*, perché non è illimitato, dovendo essere bilanciato con gli altri diritti inviolabili, e ne dovrà essere saggiata la fondatezza caso per caso, valutando la validità e la giustificazione dei motivi di coscienza e la loro compatibilità con l'ordinamento. L'interposizione del legislatore non è più necessaria, ma sono i giudici i veri protagonisti, i quali devono valutare il singolo caso concreto¹⁰⁵.

Quest'ultima posizione, che rispetto alla precedente, compone il conflitto secondo una direttrice *discendente*, sicuramente esalta quan-

¹⁰³ Per una ricognizione esaustiva sulle previsioni costituzionali a cui è riconducibile la libertà di coscienza e, conseguentemente, l'obiezione di coscienza si veda il paragrafo 3.3.1 del presente capitolo.

¹⁰⁴ A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 246.

¹⁰⁵ Per un confronto sulla teoria di un diritto all'obiezione "direttamente azionabile" vedi, fra gli altri, F. Viola, M.G. Abèllan e J. T. Martin de Agar.

to detto circa l'importanza di un'obbedienza consapevole, da cui non può prescindere una società libera e democratica; così l'obiezione non si presenta in qualità di gesto delegittimante l'ordinamento, bensì come affermazione di altri valori e di critica alla legge ingiusta, affermando la prevalenza della coscienza individuale.

Non mancano le critiche a questo orientamento. Alcuni dei sostenitori di un diritto generale all'obiezione sentono la necessità di ridimensionarlo, non solo da un punto di vista sostanziale, che, comunque, la tesi di un diritto all'obiezione direttamente azionabile non nega, anzi riconosce i limiti posti dai valori dell'ordinamento e dai doveri inderogabili; ma soprattutto in termini procedurali, nello specifico se il giudice ordinario possa riconoscere direttamente il diritto all'obiezione di coscienza, in deroga all'obbligo stabilito dal legislatore, e se sia in grado di sostituirsi a questo nell'effettuare e fissare un bilanciamento generale¹⁰⁶. Inoltre, il rischio è quello di far perdere all'obiezione quel carattere di testimonianza e di vera opposizione alla legge, rendendola una situazione diffusa e privilegiata, anziché eccezionale rispetto alla regola generale dell'obbedienza alle leggi.

La ricostruzione di un diritto costituzionale immediatamente azionabile non sarebbe rintracciabile neppure nella giurisprudenza costituzionale, come è stato sottolineato da una parte della dottrina¹⁰⁷, secondo la quale la discrezionalità del legislatore è circoscritta, ma non sostituita dal valore costituzionale riconosciuto. Nella sentenza 164/1985, riferita alla leva obbligatoria, la Consulta afferma espressamente che è la legge a «dare riconoscimento, e quindi ingresso all'obiezione di coscienza» nell'ordinamento¹⁰⁸. Quindi il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza, e dell'obiezione, costituirebbe solamente l'aggancio e il fondamento in Costituzione delle previsioni legislative che attribuiscono ai motivi di coscienza la capacità di derogare a specifici doveri costituzionali di solidarietà civile o politica¹⁰⁹.

¹⁰⁶ A. Ruiz Miguel, *op.cit.*, p. 75. Secondo l'autore, che è stato un convinto sostenitore di un diritto generale all'obiezione di coscienza, è necessaria una certa cautela, soprattutto a fronte della possibilità di prevedere una legge genericamente permissiva della disobbedienza all'interno dell'ordinamento.

¹⁰⁷ A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 249.

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ La Corte nella sent. 467/1991 sembra porre l'accento sulla previsione di legge, che appare determinante perché si possano giustificare esenzioni del soggetto ad un

Il principio della diretta azionabilità dell'obiezione è tutt'altro che pacifico anche guardando alla giurisprudenza straniera e, nello specifico, alla Corte EDU. A questo proposito si possono riportare alcune decisioni in materia di rifiuto (fatto valere come obiezione di coscienza) degli ufficiali di stato civile di procedere alle registrazioni dei matrimoni omosessuali (la cui previsione legislativa non ha previsto l'obiezione). I giudici stranieri si sono pronunciati nel senso di escludere la possibilità di invocare l'obiezione di coscienza: un primo caso è quello del Tribunale supremo spagnolo, che nella motivazione si richiama alla giurisprudenza della Corte europea e alla Convenzione, facendo prevalere il diritto alla famiglia della coppia, piuttosto che la libertà di coscienza. Altre vicende sono state presentate all'attenzione della Corte di Strasburgo, che ha riconosciuto valido il licenziamento del pubblico funzionario addetto alla registrazione di questi matrimoni, perché non vi era stato un riconoscimento da parte del legislatore del diritto di obiezione. In realtà, queste decisioni sembrano impegnate più a sostenere la legittimità delle unioni omosessuali e la necessità di non discriminazione, piuttosto che riconoscere la necessità di una "riserva di legge" in materia. La Corte, comunque, lascia agli Stati il più ampio margine di apprezzamento in termini di modalità di realizzazione e di importanza del riconoscimento della libertà di coscienza nell'ordinamento¹¹⁰, rimettendo, questo sì, al legislatore l'opportuno bilanciamento. Nella stessa direzione, seguendo l'indirizzo di Strasburgo, anche il *Conseil constitutionnel* ha recuperato il margine di apprezzamento, per cui spetterebbe agli stati riconoscere i casi di obiezione di coscienza.

Queste decisioni riaprono sicuramente il dibattito attorno alla necessità o meno dell'*interpositio legislatoris*, tenendo conto che le sentenze della Corte di Strasburgo hanno, per il nostro ordinamento, carattere precettivo, quindi sono vincolanti.

Accanto a questi rilievi, bisogna, però, sottolineare che nel nostro ordinamento la libertà di coscienza trova un pieno riconoscimento costituzionale, da cui è pienamente deducibile l'obiezione, così che le sentenze di Strasburgo incontrerebbero lo scoglio del controlimito, ma non

obbligo giuridico, motivate dalla rilevanza del bene 'coscienza'. Quindi l'intervento legislativo risulterebbe legittimato costituzionalmente, ma anche indispensabile.

¹¹⁰ F. Grandi, *op.cit.*, p. 100.

è finita. Nel 2010 il Consiglio d'Europa ha approvato una Risoluzione (n.1763 del 7.10.2010) sull'obiezione di coscienza che è stata definita un diritto fondamentale di libertà. Sarebbe interessante capire come si muoverebbe la Corte di Giustizia europea, alla luce dell'art. 10 della Carta di Nizza.

La dottrina ha avanzato una posizione ulteriore, che potremmo definire a metà strada tra il monopolio legislativo del riconoscimento dell'obiezione e un diritto generale azionabile in ogni momento davanti ai giudici comuni. Si tratta dell'obiezione di coscienza come diritto generale *qualificato*¹¹¹; in altre parole, ferma restando la centralità dell'operato del legislatore nel prevedere, all'interno delle varie discipline settoriali l'istituto; di fronte ai casi di obiezione non riconosciuta chi assume il comportamento obiettorio potrà forzare il legislatore affrontando un procedimento giurisdizionale, all'interno del quale il giudice, di fronte ad una legge che non prevede un'apertura all'obiezione, solleva la questione di legittimità costituzionale, con la possibilità di un riconoscimento da parte della Consulta. È un caso assimilabile a quello tipico della disobbedienza civile ad una legge ingiusta. In entrambi i casi, il soggetto si assume il rischio di una possibile dichiarazione di infondatezza della questione.

Tuttavia, se questa ipotesi deve essere presa sul serio anche il giudice comune non può essere totalmente escluso dalla possibilità di riconoscere delle ipotesi di obiezione. Negare ogni voce in capitolo al giudice significa svalutare il ruolo che ormai gli è riconosciuto nell'interpretazione della legge, sia rispetto all'applicazione della nostra Costituzione, sia rispetto al suo rapporto con le Corti sovranazionali e all'applicazione del diritto europeo. La centralità del suo ruolo è legata alla sua capacità di rispondere alle esigenze derivanti dalle fattispecie concrete e alla posizione che riveste nella dimensione "multilivello" dei vari ordinamenti. Inoltre, un'opera di marginalizzazione dell'attività del giudice, in materie considerate delicate, sarebbe deleteria, soprattutto nel panorama italiano, dove il Parlamento non si contraddistingue certo per la sua produzione legislativa, che negli ultimi anni è stata prevalentemente legata a provvedimenti di fonte governativa, rispetto ai quali il legislatore parlamentare opera *per relationem*. Quindi il baricentro delle scelte po-

¹¹¹ A. Ruiz Miguel, *op.cit.*, p. 75, ma anche D. Paris, *op.cit.*

litiche si sposta sul piano amministrativo e la rappresentanza politica perde gran parte del suo rilievo, creando una distanza considerevole tra il popolo e i suoi rappresentanti. In questo quadro, l'attività giurisdizionale non è secondaria, anzi le richieste e le necessità dei cittadini passano, purtroppo, attraverso le aule giudiziarie e le dichiarazioni di incostituzionalità. Di conseguenza, il giudice svolge un ruolo decisivo nella tutela dei diritti, cosa che è fisiologica, perché è l'organo preposto ad applicare la legge alle molteplici sfaccettature della realtà, ma che, nel nostro ordinamento, diventa patologica nel momento in cui il potere legislativo abdica alla sua funzione e gli unici che possono riportare l'attenzione sulle "esigenze del popolo" sono i movimenti della società civile.

I giudici hanno assunto uno spazio sempre più dominante, sarebbe anacronistico non prendere atto di questa evoluzione, tanto che una posizione intermedia che voglia valorizzare l'operato del legislatore, ma anche quello del giudice, si accosterà inevitabilmente alle teorie che delineano una categoria unitaria e generale dell'obiezione. Il giudice sarà tenuto ad applicare la legge alla luce di un'interpretazione costituzionalmente conforme, occupandosi quindi della libertà di coscienza come bene fondamentale della persona: in questo modo il giudice potrà estendere i casi a cui applicare l'obiezione, e non esplicitamente previsti dalla lettera della legge. Nei casi in cui la legge non lasci alcuno spazio alle ipotesi di obiezione la questione dovrà essere rimessa alla Corte costituzionale. Ma non solo, il giudice ha poteri interpretativi notevoli e può essere un diretto applicatore della Carta fondamentale quando vi sono delle clausole generali: potrà riconoscere l'esercizio della libertà di coscienza, come è avvenuto¹¹², quando sono presenti delle clausole aperte,

¹¹² Due casi emblematici riportati da D. Paris (*op.cit.*, p. 107) sulla possibilità del giudice di interpretare certe clausole generali in funzione dei diritti della coscienza, si può ricordare un caso, datato, di una testimone di Geova, che per motivi religiosi aveva rifiutato di assumere la funzione di giudice popolare per la quale era stata estratta a sorte. Il giudice, dopo aver accertato che il rifiuto era l'attuazione di un forte convincimento di coscienza, interpreta la clausola del "legittimo impedimento" in modo costituzionalmente conforme ricomprendendo anche le ragioni di coscienza (Pret. Torino, 16 gennaio 1981, Gavotto, in *Foro italiano*, 1981, II, p. 317). Un altro caso è quello di un lavoratore dipendente di una società che produceva materiale meccanico, il quale si rifiutò di eseguire alcune prestazioni perché finalizzate alla produzione di materiale bellico. Il giudice d'appello affermò che anche il giudice, non solo il legislatore, è in grado di svolgere quel bilanciamento tra il diritto ad agire secondo coscienza con altri beni di rilievo costituzionale: in questo caso si

ad esempio il “legittimo impedimento”, il “giustificato motivo”, o la tutela della “personalità morale”, ricomprendendo al loro interno i motivi di coscienza¹¹³. Potrà interpretare la legge a favore dell’obiezione qualora vi fossero degli indirizzi certi della Corte costituzionale e di quella di Cassazione. Ma il giudice è diventato oramai giudice ‘europeo’, infatti è divenuto l’interlocutore privilegiato della Corte di giustizia e garante della immediata applicazione del diritto europeo. Infatti, Qualora vi siano dei dubbi circa l’interpretazione di una norma interna alla luce del diritto europeo, il giudice dovrà rinviare pregiudizialmente la questione alla Corte di Giustizia, la quale indicherà l’interpretazione corretta. Se la legislazione interna risulta in contrasto con quella europea, si dovrà disapplicare il diritto interno, quindi rispetto alle fonti di diritto europeo dotate di effetto diretto si prevede un controllo di conformità delle leggi interne di carattere diffuso. Questo ha delle conseguenze notevoli, se si tiene conto del valore giuridico assunto dalla Carta di Nizza, che contiene i diritti fondamentali, tra cui l’obiezione di coscienza: se nel caso di un contrasto della legge con la CEDU il giudice non ha un potere di disapplicazione, la portata di questo principio deve essere ridimensionata perché il giudice può direttamente applicare la Carta dei diritti fondamentali, anche se limitatamente alle materie di competenza dell’Unione Europea. Tuttavia, la Corte sta aprendo il suo giudizio in materia di diritti fondamentali, seppur indirettamente, per cui se è eccessivo pronosticare un ruolo centrale della Corte in materia di diritti fondamentali, è immaginabile che questa possa fissare dei principi, che saranno utilizzabili dal giudice interno, probabilmente anche in materia di libertà di coscienza, senza scalzare il ruolo delle Corti costituzionali e le affermazioni dei diritti nelle singole Costituzioni (come è accaduto, ad esempio, nella causa C-34/10 con cui si esclude la possibilità di brevetti che importino la distruzione di embrioni umani in cui si afferma la dignità umana anche dell’embrione) .

Questo approccio sembra valorizzare la portata costituzionale dell’obiezione, e al contempo di riconoscerle il giusto valore, non gratuito e di immediata accessibilità. Il legislatore sarà chiamato ad effettuare il

contrapponeva la libertà di coscienza con la libertà di iniziativa economica (Pret. Milano, 25 febbraio 1982, Saggiolo c. Metalli pressati Rinaldi S.a.s, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1982, p. 231).

¹¹³ *Ivi*, pp. 74-75.

riconoscimento; qualora questo manchi la Corte Costituzionale interverrà, effettuando il bilanciamento valido *erga omnes*, che le è pienamente attribuito dal suo ruolo.

Anche i giudici potranno intervenire, applicando al caso concreto il bilanciamento che è stato effettuato previamente dal legislatore, adeguandolo all'evoluzione della società e della tecnica, o laddove hanno un margine di manovra lasciato dalla stessa legge.

Questa soluzione appare compatibile anche con l'art. 10 della Carta di Nizza che rinvia, in materia, alle decisioni del legislatore, anche se sia discutibile se questo articolo preveda una riserva o meno di legge: sicuramente riconosce il diritto all'obiezione, per cui gli stati non potrebbero vietarlo, ma rimanda alle decisioni interne la modalità di disciplinarlo.

L'obiezione viene anche inquadrata all'interno dell'impianto costituzionale, che realizza una conciliazione tra personalismo e solidarismo, perché in ogni caso il suo riconoscimento passa attraverso una valutazione ed un bilanciamento, che evitano che con l'obiezione si passi ad un individualismo estremo a danno del comunitarismo.

Alla luce di quanto analizzato, si può intuire che un'obiezione *contra legem* in senso stretto si ha nel momento in cui è fallito il riconoscimento dell'obiezione sia da parte del giudice costituzionale sia da parte dei giudici comuni; altrimenti, sarebbe più corretto affermare che quell'obiezione contraria alla legge sia, invece, conforme alla Costituzione, che si tratti, quindi, di un'obiezione *secundum constitutionem*. Il fatto che l'obiezione non rientri (si presume) nei limiti e nei criteri previsti per ammetterla ed esentare l'obiettore dalle conseguenze sanzionatorie, non significa che non si tratti di un'obiezione legittima (a meno che non rivendichi beni totalmente confliggenti con l'ordinamento); ma il comportamento obiettante, se posto con costanza e disposto a subire le sanzioni previste, non è escluso da un suo possibile futuro accoglimento da parte del legislatore stesso.

3.4.5 *La previsione di un onere per l'obiettore*

La vera sfida dell'obiezione di coscienza oggi non è la sua legittimazione e neppure, forse, la fonte da cui promana, se legislativa o giurisprudenziale, bensì l'individuazione delle caratteristiche e dei cri-

teri affinché possa considerarsi ammissibile. Tra questi elementi, a cui sarà dedicato il proseguo dello studio, vi è anche la questione sulla possibilità di riconoscere o meno un onere in capo a chi obietta, che possa valere per tutte le fattispecie, e non solo per alcune di esse. Affermare, da un lato, che l'obiezione è un diritto costituzionalmente riconosciuto, e, dall'altro, sottoporre l'obiettore a degli oneri o dei divieti pare un'ovvia contraddizione: non si capisce perché un soggetto, nell'esercitare un suo diritto, quale quello della libertà di coscienza, dovrebbe essere penalizzato rispetto ad altri.

Tuttavia, bisogna capire che cosa si intenda per obiezione di coscienza e quale significato le si voglia attribuire. Se la definiamo come un atto di disobbedienza nei confronti di una legge immorale (ed ingiusta), riconoscendole la capacità di testimoniare l'importanza del bene, indirettamente protetto, allora si deve concludere che appartiene al fondamento ontologico del concetto stesso di obiezione di coscienza un "sacrificio" da parte dell'obiettore, o, se si preferisce, una "prova di coerenza"¹¹⁴. La disobbedienza alle leggi dello stato non è mai stata *a costo zero*¹¹⁵, e, se è vero che è "sventurata la terra che ha bisogno di eroi", miserevole è anche quella in cui chi manifesta i suoi valori ideali disobbedendo alla legge (frutto non del tiranno ma della democrazia), non sia pronto a pagare alcun prezzo. Questo non significa richiedere il martirio *usque ad effusionem sanguinis* (per fortuna, non sono più i tempi delle "teste tagliate"), ma si tratta, da un lato, di rendere vera giustizia ad un gesto nobile, quale è quello dell'obiezione, per cui l'obiettore che chiede che venga fatta un'eccezione alla legislazione vigente per un valore superiore, è sicuramente pronto a testimoniare la coerenza dei propri comportamenti con il valore professato; dall'altro lato, di scoraggiare il crescente fenomeno degli obiettori cd. 'di comodo', cioè coloro che richiamano l'intollerabilità in *foro interno* dell'obbligo, per trarne esclusivamente un vantaggio personale. I benefici che all'obiezione possono derivare dalla previsione di alcune condizioni e conseguenze

¹¹⁴ C. Cardia, *op.cit.* p. 16.

¹¹⁵ L'affermazione secondo cui si debbano sempre pagare le conseguenze del proprio gesto di disobbedienza nei confronti dello Stato non è così scontata. Se la legge è ingiusta, anche la sentenza che mi condanna alla pena prevista da quella stessa legge non può che essere iniqua, perciò anche ad essa si deve disobbedire. Vedi, a proposito, l'interessante pensiero di H. Zinn, *op.cit.*, pp 233-238.

per il suo esercizio sono molteplici: si dà rilievo ad una coscienza vera, che, nella sua relazione interpersonale, non ha paura di confrontarsi con un eventuale obbligo nei confronti della comunità, il che permette di inquadrare pienamente l'obiezione all'interno del sistema costituzionale, caratterizzato da un equilibrio tra personalismo e solidarismo; si evita la 'doppia verità' dell'obiettore (ad esempio, chi usufruisce dell'obiezione all'interruzione volontaria della gravidanza, non potrebbe svolgere aborti occulti, pena la decadenza dal beneficio); si evita l'uso strumentale della facoltà prevista dall'ordinamento per raggiungere fini personali, che è quanto spesso accade e getta un'ombra su chi, onestamente, decide di obiettare.

Fatte le dovute premesse, è necessario capire che cosa si intenda per onere in capo all'obiettore. Qui le soluzioni che la dottrina ha ipotizzato sono varie.

Una prima ipotesi è quella della prestazione alternativa, da alcuni teorizzata come una condizione strutturale dell'obiezione¹¹⁶; teoria che, però, non trova riscontro nel dato normativo, perché in Italia la mancanza di un obbligo alternativo è constatabile sia nella legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/1978), sia in quella sulla sperimentazione animale (legge 413/1993) che sulla procreazione medicalmente assistita (legge 40/2004). Più che una condizione teorico-strutturale, quindi, rientrerebbe tra le scelte di politica del diritto, dettate da esigenze fenomenologiche, ovvero si configurerebbe come strumento indirizzato a prevenire o ridurre il fenomeno delle obiezioni di comodo, che, nel nostro paese, è sotto accusa e rischia di inficiare la bontà di altre obiezioni, con riguardo particolare all'obiezione sanitaria¹¹⁷.

I sostenitori dell'obbligo alternativo sottolineano i pregi di questo strumento: permetterebbe di riequilibrare le eventuali situazioni di iniquità che potrebbero delinarsi tra chi adempie al dovere giuridico e chi ne viene esentato, in modo tale da evitare che l'invocazione della

¹¹⁶ Cfr. A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 252.

¹¹⁷ Non mancano gli esempi di obiettori di comodo, che sono stati riportati anche in studi recenti: il caso della ginecologa obiettrice che decise di interrompere la propria gravidanza, o i casi di medici obiettori che concordano con la compagna di ricorrere all'aiuto di colleghi non obiettori, rifiutandosi, però, di praticarlo (casi in P. Veronesi, *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in «Criminalia», Edizioni ETS, Pisa, 2011, p. 408; tratti da C. Lalli, *C'è chi dice no*, Milano, 2011, p. 57.).

coscienza si traduca in un'esonazione privilegiata del soggetto; risponderebbe alle esigenze della comunità e dei doveri inderogabili, inserendosi in quell'equilibrio tra solidarismo e personalismo, tracciato dalla nostra Carta Costituzionale; inoltre, sarebbe funzionale, come si è detto, a testare la sincerità della condotta obiettoria; ma si giustificerebbe, anche, alla luce del principio di responsabilizzazione, in base al quale ciascuno si assume la responsabilità delle conseguenze connesse alle scelte compiute: proprio l'accettazione delle conseguenze che derivano da una decisione è un indicatore attendibile della serietà e sincerità della decisione stessa; infine, la soluzione di una prestazione alternativa è molto interessante anche per le novità e le proposte che da essa potrebbero scaturire: pensiamo, ad esempio, al servizio civile, ai frutti che ha portato e che continua a produrre.

Il legislatore italiano ha fatto ricorso alla prestazione alternativa solo nel caso dell'obiezione all'obbligo di leva. Lo schema che viene utilizzato ricorda quello civilistico dell'obbligazione alternativa¹¹⁸, in cui la scelta è contestuale all'imposizione dell'obbligo, il quale si caratterizza per la previsione di due o più prestazioni tutte idonee a liberare il debitore dall'adempimento. Si tratta della scelta fra due prestazioni distinte, in posizione di reciproca parità, e non fra due modalità di una stessa prestazione; mentre la prestazione facoltativa prevede un'unica prestazione, ma si può liberare eseguendone un'altra determinata, che si trova in una posizione subordinata rispetto. Nell'obiezione sono opportune, però, delle precisazioni. Nel modello privatistico della prestazione alternativa, vi è una perfetta fungibilità tra i due obblighi, i quali si presentano come equivalenti e possono essere scelti sulla base dell'esercizio di una semplice opzione; nell'obiezione, come ormai si è più volte ribadito, manca la piena *pariordinazione* tra l'obbligo e l'obiezione¹¹⁹, perché se si affermasse la perfetta equivalenza, quindi l'alternatività, si instaurerebbe una contraddizione nell'ordinamento che riconoscerebbe, nello stesso tempo, una certa prestazione obbligatoria e il suo contra-

¹¹⁸ F. Grandi, *op.cit.*, p. 172.

¹¹⁹ L'alternatività tra servizio civile e servizio militare si è realizzata solo con la legge 64 del 2001 che disponeva che nel periodo transitorio, fino alla definitiva sospensione dell'obbligo di leva, fosse possibile accedere al servizio civile senza il bisogno della preventiva dichiarazione, ma si può semplicemente scegliere tra le due opzioni.

rio. Più vicina al modello dell'obiezione è la prestazione facoltativa, ma la differenza fondamentale è la qualifica di obiettore conseguente alla dichiarazione, che rappresenta una peculiarità della forma *secundum legem*. In aggiunta a questo, possiamo anche sottolineare che l'obiezione ha una *ratio* differente rispetto al meccanismo della conversione dell'obbligo di diritto pubblico, perché, mentre questo si caratterizza per l'identità dell'interesse sotteso all'adempimento¹²⁰, nell'obiezione l'interesse è senz'altro differente, o almeno ad oggi non è possibile ravvisare l'identità di valore tra quanto stabilito dalla legge e quanto rivendicato dall'obiettore; ma quello che, al più, si può constatare è l'obiettivo della prestazione alternativa di risolvere la *vexata quaestio* che vede contrapposti l'obiezione e i doveri inderogabili di solidarietà.

Oltre a questa soluzione, di cui non si sono nascoste le potenzialità, vi sono altre tipologie di condizionamenti all'esercizio dell'obiezione. *In primis*, un elemento senza dubbio strutturale è rappresentato dall'attivazione: l'obiettore deve *dichiarare* il suo intento di obiettare. Questo, come già specificato, è l'elemento minimo per poter definire concettualmente l'obiezione di coscienza, e permette di distinguerla dall'opzione di coscienza, secondo un'analisi più rigorosa, diffusa in dottrina¹²¹. La dichiarazione va accompagnata con adeguate motivazioni, che potranno essere vagliate da una commissione. La funzione di quest'ultima è già stata oggetto di numerose polemiche e di interventi giurisprudenziali, quando era prevista all'interno della disciplina dell'obiezione al servizio militare. Tenendo conto di quanto è stato affermato, potrebbe ripresentarsi l'ipotesi di un organo che filtri le motivazioni irragionevoli, limitandosi ad un controllo formale ed alle motivazioni manifestamente infondate. È da escludere la possibilità di un esame introspettivo della coscienza, attraverso una sorta di interrogatorio delle ragioni dell'aspirante obiettore, con l'istituzione di un "Tribunale delle coscienze". Oltre ad essere di dubbia efficacia, perché il diritto si presenta come uno strumento inadeguato per verificare il contenuto della coscienza e

¹²⁰ F. Grandi, *op.cit.*, p. 171.

¹²¹ G. Danesi, *op.cit.*, p. 86. Ciò che differenzia in maniera specifica l'obiezione è proprio la dichiarazione, quindi la manifestazione di volontà, riservata all'iniziativa del soggetto, di non porre in essere il comportamento indicato dalla norma, per motivi di coscienza; mentre nell'opzione vi è un'alternativa, posta dall'ordinamento, tra due comportamenti, assolutamente equivalenti, rivolta alla generalità dei destinatari, e non ad una particolare categoria, come quella degli obiettori.

distinguere veramente tra chi è sincero nelle sue ragioni e chi no, si tradurrebbe in una sorta di inquisizione introspettiva di una sfera inviolabile, il cui contenuto è sottratto a qualsivoglia ingerenza sia del pubblico, sia del privato¹²². La coscienza non può essere esaminata al suo interno; se questo fosse possibile dovremmo introdurre una serie di meccanismi, che sono attualmente vietati anche nel diritto penale, il quale difficilmente «può spingersi fino a "penetrare" nell'intimo dei caratteri e delle coscienze»¹²³, senza invadere l'intimità della persona e la sua libertà morale.

Legato a questo aspetto, talvolta gli ordinamenti non ammettono la possibilità di un'obiezione sopravvenuta, nel senso dell'eventualità di obiettare in un momento successivo, anche dopo aver realizzato il dovere giuridico obiettato. Ma questo atteggiamento è discriminatorio e denota una concezione della coscienza quale entità statica, mentre questa si manifesta in un continuo divenire. Per questo motivo non si può trascurare 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; per cui la coscienza che deve essere tutelata è quella che si presenta "qui ed ora"¹²⁴. Questo principio ha bisogno, però, di essere ridimensionato, perché l'ordinamento non può accettare cambiamenti continui e repentini nelle scelte dei consociati, considerando che mutazioni sincere non sono così diffuse. Di conseguenza, se non si possono trascurare completamente le precedenti scelte dell'obiettore al momento della sua dichiarazione, considerando la possibilità di un ravvedimento della coscienza (specificazione del c.d. *jus poenitendi*), non si può considerare questo principio tanto elastico al punto da giustificare un cambiamento, ripetuto, da posizioni radicali ad altre che vanno all'improvviso in

¹²² M. G. Abèllan, *op.cit.*, p. 88.

¹²³ Vedi De Francesco, che mette in luce l'esito assurdo che si avrebbe, ammettendo che l'istituzione penale possa penetrare l'animo umano: si potrebbe giungere a sondare le pieghe più intime della persona per comprendere il diverso modo che queste hanno di affrontare la pena carceraria, in modo tale da eliminare le disuguaglianze nell'eventuale diverso approccio, che porterebbe all'aberrante conclusione di infliggere una pena più grave a chi si dimostrerebbe maggiormente insensibile (G. De Francesco, *op.cit.*, p. 118).

¹²⁴ M. G. Abèllan, *op.cit.*, p. 89.

una direzione diametralmente opposta. Quindi dovrebbe essere la legge stessa a stabilire un periodo di tempo necessario prima di poter riconoscere la possibilità di obiettare a seguito di un cambiamento di idee o a prevedere, in un'ottica *de iure condendo*, che sia la stessa commissione a discutere i casi singoli, evitando anche che eventi risalenti nella vita di un individuo possano precludergli l'accesso a questo diritto.

Ma ancora, una soluzione, che potrebbe costituire veramente un elemento strutturale dell'obiezione, è la previsione di alcuni divieti che siano coerenti con la manifestazione della coscienza dell'obiettore (per esempio il divieto di praticare delle azioni riconducibili alla interruzione volontaria della gravidanza; o la detenzione di armi), pena la decadenza dall'obiezione, che non potrà essere richiesta se non dopo un tempo considerevole, accompagnando le manifestazioni *in foro esterno*, incompatibili con i valori dichiarati, con delle sanzioni e delle pene accessorie (l'interdizione dall'esercizio della propria professione), quindi non si richiede solo l'esercizio di un *facere*, ma anche la presenza di un divieto o una preclusione totale, dotata di effettiva e non solo formale gravosità, di compiere determinate attività o di svolgere determinate funzioni incompatibili con la propria scelta.

Questi sarebbero gli strumenti più opportuni, sia perché volti a testare la sincerità dell'obiezione¹²⁵, in quanto pienamente in linea con il contenuto della coscienza obiettante, sia perché sembrano essere logiche conseguenze di una disobbedienza non completamente gratuita (quindi si potrebbe parlare di elementi che attengono alla *natura* dell'obiezione). Il dibattito, sempre acceso, riguarda il grado di gravosità dell'onere, in riferimento alla prestazione alternativa. Diversi autori sostengono che la norma debba contemplare un onere maggiormente gravoso, così da creare un trattamento sfavorevole per l'obiettore, che riaffermi la generale validità dell'originario precetto e confermi il valore di testimonianza del gesto. Tuttavia, questo aspetto non ha alcun riscontro legislativo, anzi la maggiore durata del servizio civile venne dichiarata incostituzionale dalla Corte, perché ritenuta discriminatoria. Altri au-

¹²⁵ La Corte Costituzionale ha affermato che la coerenza dell'obiettore deve essere pretesa dall'ordinamento per riconoscere quell'effettività e serietà della sua scelta, che, nel caso in cui si verificassero comportamenti contraddittori, «perderebbe, in tutto o in parte, la sua natura ideale, e rivelerebbe una probabile funzione strumentale» (sent. n. 141/2006).

tori sostengono la necessità di un onere, che sarebbe imprescindibile ex art. 2 e art. 3 Cost., ma non necessariamente più oneroso, e atterrebbe, più che alla struttura dell'istituto, ai limiti ad esso opponibili.

Nello stabilire il tipo di onere, secondo alcune posizioni dottrinali¹²⁶, non si può essere indifferenti al valore che l'obiezione, seppur indirettamente, vuole tutelare. In tutti quei casi in cui la legge incide sulla vita umana, ad esempio, l'obiezione si presenterebbe proprio come una di quelle ipotesi in cui la disobbedienza è un dovere, piuttosto che un diritto (la pena di morte, ma anche l'aborto, per quanto si discuta se il feto sia persona). Chi sosterrrebbe che, in uno stato veramente democratico, chi obietta alla pena di morte meriterebbe un trattamento notevolmente svantaggiato?

La previsione automatica di un meccanismo di questo tipo dovrebbe scoraggiare i soggetti meno convinti; la prestazione dovrebbe essere disincentivante, non sproporzionata e rispettosa della scelta obiettorica, per cui non necessariamente più gravosa, ma funzionale a tutelare la *veritas* intrinseca alla natura dell'obiezione.

3.5 I limiti dell'obiezione di coscienza

L'obiezione di coscienza ha subito una profonda metamorfosi, prima fra tutte la moltiplicazione in diversi ambiti dell'ordinamento, per cui oggi un discorso su di essa non può essere limitato alla questione del servizio militare, ma deve essere rivolto ai settori più disparati dell'ordinamento giuridico: dalla materia sanitaria a quella fiscale¹²⁷. Questo è dovuto ad un maggiore affinamento della coscienza, in un'epoca in cui vi è un incontrollato riconoscimento di diritti, che porta a svalutare la stessa categoria dei diritti fondamentali, e che comporta la pretesa di attribuire la qualifica di "obiezione di coscienza" a mere opinioni o orientamenti politici, anche secondari, che non sono frutto del contrasto netto tra la legge positiva ed ideali forti¹²⁸. Dall'altro lato, lo sviluppo della scienza e della biomedicina è arrivato a toccare aspetti profondi

¹²⁶ Cfr. V. Possenti e G. Dalla Torre.

¹²⁷ G. Caputo, *L'obiezione di coscienza: un'erma bifronte fra tolleranza e fondamentalismo*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, *op.cit.*, p. 12.

¹²⁸ C. Cardia, *op.cit.*, p. 3.

della vita umana: dalla sua formazione iniziale al fine vita, per cui gli esercenti certe professioni si trovano di fronte a richieste di interventi soppressivi della vita umana o lesivi di altri beni fondamentali, che sono, però, giuridicamente autorizzati, e quindi al dovere di soddisfare queste richieste¹²⁹.

A seguito di questa diffusione molti autori sostengono la necessità di limitare, se non escludere, il riconoscimento di questa forma di disobbedienza, oltreché la necessità di ridefinire il concetto di obiezione ed ancorare la coscienza a dei valori oggettivi, stante il rischio di una disgregazione dello stato. Una preoccupazione sicuramente condivisibile, ma che spesso è dettata dalla paura dell'affermazione della coscienza contemporanea, che si caratterizza per un certo relativismo. Bisogna, quindi, prestare attenzione alle ragioni che spingono a diffidare di questo istituto giuridico, perché il rischio è quello di perdere una nuova sfida che questo chiama gli Stati a raccogliere.

L'idea di un'espansione di atteggiamenti di rifiuto nei confronti dei precetti giuridici non trova un reale motivo se al riconoscimento all'obiezione di coscienza si pongono precisi limiti, marcando i confini di questa. La preoccupazione che da molti è stata presentata è che attualmente vi sono movimenti religiosi dissidenti che invocano la tolleranza e la libertà religiosa per ottenere il riconoscimento di azioni espressione di un fondamentalismo, che viene mascherato da tolleranza. È una conseguenza del riconoscimento della libertà di religione, ma preso atto che questa libertà può portare a delle derive fondamentaliste, la soluzione quale potrebbe essere? Eliminare il riconoscimento della libertà di religione? La risposta sembra dover essere negativa. E lo stesso può valere per l'obiezione di coscienza. Il vero rimedio è la delimitazione di queste libertà, come accade per tutte le libertà e i diritti costituzionali, nessuno dei quali può essere veramente assoluto.

La teorizzazione di limiti all'obiezione è più semplice rispetto alla previsione di strumenti gravosi, perché riconoscere un diritto all'obiezione di coscienza che trova il suo fondamento in Costituzione, non significa che questo sia privo di limiti. Qualunque diritto costituzionale non è un diritto illimitato ma deve essere bilanciato; infatti l'obiezione

¹²⁹ F. Mantovani, *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'area del biodiritto*, in «Criminalia», Edizioni ETS, Pisa, 2011, p. 389.

può essere considerata un diritto generale, qualificato o meno, solo *prima facie*. Il riconoscimento della disobbedienza per motivi di coscienza richiede un bilanciamento con i diritti della comunità, che deve essere operato dal legislatore, dal giudice costituzionale e da parte del giudice ordinario nella possibilità di configurare, nel caso concreto, l'obiezione. Questo è vero ogni qualvolta la libertà di coscienza si estrinsechi in comportamenti esteriori e concreti che incidono sulla sfera di libertà altrui, perché non tutti i contenuti della coscienza possono assumere rilievo per l'ordinamento¹³⁰.

Di conseguenza, è importante individuare dei limiti, che fungano da criteri, a fronte dei quali si possono riconoscere le istanze obiettive, sia in via legislativa che attraverso l'intervento giurisdizionale¹³¹. Un'esigenza ancora più urgente a fronte dell'aumento delle "obiezioni rivendicate". Si delinea il pericolo che la pratica possa avvenire al di fuori del perimetro costituzionale, con evidente disgregazione della convivenza sociale, la quale esclude che possano esistere libertà senza limiti¹³². Alcuni autori¹³³ hanno individuato quei doveri per i quali potrebbe essere prevista l'obiezione di coscienza, in quanto meno dannosa: quelli che possono essere realizzati attraverso un insieme complesso e variegato di attività di diversi soggetti; quei doveri ai quali altri possono eventualmente sostituirsi, come il caso dell'aborto; infine, quegli

¹³⁰ "C'è la tentazione di affermare che il diritto deve sempre rispettare i dettami della coscienza, ma ciò non può essere giusto. Come abbiamo visto nel caso degli intolleranti, l'ordinamento giuridico deve regolare il perseguimento da parte degli uomini dei loro interessi religiosi, in modo da realizzare il principio dell'eguale libertà; ed esso può certamente proibire pratiche religiose quali, per prendere un caso limite, i sacrifici umani. Né religiosità né ragioni di coscienza sono sufficienti a proteggere questa pratica" (J. Rawls, *op.cit.*, p. 307).

¹³¹ Alcuni autori hanno ricordato che, l'operazione indispensabile di individuazione dei limiti, non deve far passare in secondo piano l'importanza della libertà di coscienza, infatti spesso l'attenzione «della dottrina sembra andare in direzione contraria, preoccupata piuttosto di individuare i limiti pur necessari, che non di affermare pienamente la libertà di coscienza» (R. Bertolino, *op.cit.*, p. 54).

¹³² G. Dalla Torre sottolinea l'esigenza che all'espansione delle libertà, in un'ottica di attuazione della Costituzione, «debba ora seguire - sempre in attuazione del dettato costituzionale - il momento dell'affermazione della regola» come «un momento di equilibrato riassetto fra libertà ed autorità, fra interessi del singolo e interessi della collettività, fra regole affidate alla responsabilità di ciascuno e regole imposte dall'osservanza di tutti» (G. dalla Torre, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, *op.cit.*, p.24).

¹³³ A. Ruiz Miguel, *op.cit.*, p. 74.

obblighi attribuiti aleatoriamente a poche persone e per i quali la sostituzione della persona designata non provoca un disagio significativo. Tra questi doveri è esclusa la possibilità dell'obiezione fiscale, che è stata oggetto di una recente decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti: *Burwell vs. Hobby Lobby* (573 U.S. 2014). Le linee guida del Dipartimento della Salute americano chiariscono che nella copertura assicurativa obbligatoria ricadono i più comuni contraccettivi, tra cui la contraccezione "d'emergenza", gli interventi di sterilizzazione e i programmi di assistenza per la salute riproduttiva delle donne. Con la sentenza su menzionata la Corte Suprema federale ha allargato il novero dei soggetti esentati per motivi religiosi dal pagamento delle spese assicurative: ha esentato Hobby Lobby, catena di megastore di bricolage, dal pagare la copertura assicurativa delle proprie dipendenti per quanto attiene ai metodi anti-concezionali e farmaci abortivi. Se sia opportuno o meno escludere a priori l'obiezione fiscale è ancora controverso, certamente non si può negarne la pericolosità, perché, a quel punto, il cittadino pagherebbe le tasse in ragione della propria coscienza, anziché della propria capacità contributiva, orientando in maniera del tutto soggettiva le decisioni in materia di spesa pubblica. Questa conseguenza è particolarmente destabilizzante, soprattutto per la percezione che può averne l'opinione pubblica, già così restia nei confronti delle imposte.

Per valorizzare l'obiezione e la sua sincerità e per poter incardinare l'obiezione all'interno dello Stato, sono necessari dei limiti, su alcuni dei quali focalizzeremo l'attenzione perché possono essere ritenuti coerenti con il nostro discorso.

3.5.1 *I limiti derivanti dalla natura stessa dell'obiezione*

L'obiezione, affinché possa essere giustificata, non può mettere in discussione i beni che attengono alla persona umana, quali la vita, l'integrità fisica, la dignità umana. L'uomo non è un soggetto chiuso in sé, ma trascende se stesso comprendendo e comunicando l'altro da sé (per i credenti questa trascendenza è la specificazione della verità struttu-

rale dell'uomo: nel suo essere prende forma il divino¹³⁴). Come si è già anticipato l'uomo non vive senza l'altro: non pensa senza ricevere, non agisce senza ricadute su altri; questo sottintende che l'uomo per sua struttura è relazionale. L'essenza della coscienza nasce dal connubio tra la coscienza morale che valuta le azioni da compiere, inscindibilmente legata alla responsabilità, e quella conoscitiva, inscindibilmente legata alla relazione. Se l'obiezione si fonda sulla coscienza, la quale consta di una necessaria dimensione interpersonale e il cui criterio conoscitivo vero è quello della relazionalità¹³⁵, la coscienza non può negare l'altro, privandolo del bene essenziale della vita, altrimenti negherebbe se stessa; perciò se l'obiezione rivendicasse la distruzione di questi beni (ad esempio rivendicasse la possibilità di uccidere in nome di, non meglio specificati, principi religiosi), negherebbe una parte della sua essenza, la sua piena verità nel rispetto della vita altrui.

Per giunta in un ordinamento costituzionale, in cui questi beni sono le colonne portanti di tutto il sistema, attentare a questi valori comporterebbe un totale scardinamento delle sue fondamenta, che, sotto il profilo teorico, autorizza a parlare non più di obiezione, ma di rivoluzione: si tratta di voler costruire un sistema giuridico completamente diverso, fondato su presupposti diametralmente opposti, un altro stato, che rappresenterebbe un'involuzione: dallo stato di diritto costituzionale ad una forma totalitaria.

A partire dal rispetto per la vita umana e la sua integrità, affinché l'obiezione possa essere giustificata in uno stato democratico, è necessario che le modalità con cui viene realizzata siano proporzionate; in altre parole, devono essere non-violente.

Un altro aspetto è il carattere eccezionale dell'istituto rispetto al più generico obbligo di obbedire alle leggi, che si pone come baluardo estremo della libertà di coscienza e del sistema costituzionale, a tutela della persona, e, per questo, ha il carattere anche della doverosità nei casi in cui l'ordinamento crea le condizioni per la violazione dei principi di giustizia e dei beni fondamentali. In una democrazia, l'obiezione deve rappresentare un'eccezione, numericamente parlando, perché vi è il principio della sovranità popolare (che limita e, allo stesso tempo,

¹³⁴S. Cotta, *op.cit.*, p. 113.

¹³⁵ *Ivi*, p. 114-115.

giustifica l'obiezione), ma vi sono, anche, gli strumenti necessari per comporre le ragioni della maggioranza con quelle della minoranza: ad esempio il referendum; il dissenso; il sindacato di costituzionalità; ora anche il ricorso alla giurisdizione sovranazionale.

In uno stato di questo tipo il numero di casi, in cui si superi il livello di tollerabilità, che può legittimare la resistenza, non può che essere limitato: infatti, l'obiezione può essere invocata quando il precepto normativo imponga una condotta che ripugna alla coscienza, non basta che si crei una mera incompatibilità con le opinioni, i piaceri e i desideri dei consociati, perché i conflitti di questo genere, anche in un sistema democratico, possono essere potenzialmente infiniti, ma la disobbedienza, perché abbia una patente di legittimità, non può che rivendicare un valore rilevante, che la legge viola completamente.

3.5.2 *I limiti costitutivi*

L'obiezione può manifestarsi secondo modalità individuali o collettive, però ha carattere personale: si ha quando, chi la pone in essere, è il soggetto cui l'obbligo giuridico si riferisce, e il quale rifiuta quanto la norma prescrive in nome della propria coscienza e della tutela del bene. Questo potrebbe essere anche un elemento strutturale che permette di distinguere nel concreto le due condotte, strettamente connesse: la disobbedienza civile, dove il carattere personale può non essere presente, per cui si realizza la violazione di una norma che può riferirsi direttamente al soggetto, ma va ad incidere sulla sfera giuridica altrui¹³⁶; l'obiezione di coscienza non pretende l'adeguamento della sfera

¹³⁶ Il recente comportamento dei sindaci italiani, che hanno dato disposizione agli uffici comunali di registrare le unioni tra persone dello stesso sesso celebrate all'estero, disobbedendo sia alle leggi in vigore in Italia (tra l'altro applicate dalla stessa Corte di Cassazione che aveva negato la possibilità di trascrivere i matrimoni omosessuali), sia alla circolare inviata dal Ministro degli Interni, Angelino Alfano, con cui si chiedeva la cessazione di quelle registrazioni e l'annullamento di quelle già effettuate, è stato criticato da Vladimiro Zagrebelsky (V. Zagrebelsky, *Ci vuole una nuova legge, non il ribellismo dei sindaci*, in *La Stampa* del 9 ottobre 2014), in quanto gesto di obiezione di coscienza gratuita, espressione di un generale indebolimento delle istituzioni che non hanno più rispetto per la legge dello stato, ma disobbediscono senza alcuna conseguenza, a differenza degli obiettori che hanno subito il carcere. Al di là della giustificazione o meno della critica, si deve focalizzare l'attenzione sull'opportunità di definire tale gesto un'obiezione di coscienza, o se fosse più corretto parlare di disobbedienza civile, proprio per la mancanza del carattere personale della condotta e per la sua evidente carica politica. Ancora

giuridica altrui ai propri convincimenti interiori¹³⁷.

3.5.3 *I limiti dei "subditi legum" derivanti dai principi supremi dell'ordinamento e dai diritti inviolabili*

Proprio perché l'obiezione non vuole essere un atteggiamento individualistico, trova un freno sia nei diritti che nei doveri inderogabili di cui parla la Costituzione.

Con riguardo ai primi, bisogna ricordare il lungo percorso che ha coinvolto dottrina e giurisprudenza costituzionale nella teorizzazione di una gerarchia tra gli stessi diritti costituzionali, ovvero l'esistenza di un gruppo di principi supremi che si pongono in una posizione sovraordinata rispetto agli altri, e che rappresenterebbero un limite alla stessa revisione costituzionale. L'elaborazione della *sovraconstituzionalità* di una parte della Costituzione, attraverso l'individuazione di principi supremi dell'ordinamento (tra cui racchiudere anche alcuni diritti), non è stata esente da confusione, soprattutto per quanto riguarda il contenuto. Un tentativo di chiarire, o forse sarebbe più corretto dire di inquadrare, i termini del problema è stato intrapreso dalla Corte costituzionale, che deve essere considerata se non altro per il ruolo privilegiato che l'ordinamento le attribuisce nell'interpretazione della Costituzione. Una prima sentenza, n. 175 del 1971, si è distinta per aver esplicitato l'impostazione dell'esistenza di una diversa gerarchia tra le norme costituzionali, tale per cui alcune sarebbero "più rigide" di altre¹³⁸, sicché all'interno della stessa Costituzione vi sarebbero dei principi, alla luce dei quali interpretare in modo costituzionalmente conforme le altre norme costituzionali. Una delle pronunce più importanti nella complessa giurisprudenza costituzionale sui "principi supremi dell'ordinamento" è

una volta, è evidente come sia complesso sussumere le fattispecie concrete in una, anziché nell'altra, categoria astratta.

¹³⁷ G. dalla Torre, *ult.op.cit.*, p. 48.

¹³⁸ «riuscendo di indubbia fondatezza la premessa da cui si fanno derivare dalla sussistenza (del resto valevole per ogni corpo di disposizione coordinate in sistema) di un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di essere rispetto ad altre», sent. 175/ 1971.

la sent. 1146 del 1988¹³⁹, nella quale la Corte ha affermato, per la prima volta e con limpidezza, che esistono dei limiti alla revisione costituzionale, rappresentati dalla presenza nella Carta di *principi supremi* che non possono essere sovvertiti né da leggi di revisione costituzionale né da altre leggi costituzionali. Tra questi principi, si possono ricondurre quelli che «la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»¹⁴⁰. Già da queste poche righe si intuisce che la chiarezza della Corte si è limitata all'affermazione dell'esistenza di principi supremi, ma pecca nell'individuazione esplicita di quali questi debbano essere. Alcune successive sentenze hanno arricchito il quadro in materia: ad esempio, la sentenza 203 del 1989 riconduce il principio di laicità, che la nostra Carta non contempla, ma è stato fatto discendere dalla forma di Stato delineata dalla Costituzione stessa, ai principi supremi dell'ordinamento.

Questi principi supremi sono stati progressivamente richiamati, all'interno delle motivazioni delle sentenze, anche se la Corte ha sempre assunto un atteggiamento lacunoso rispetto alla loro individuazione; sia la dottrina che la giurisprudenza hanno dato per scontato che il principio di uguaglianza appartenga ai principi supremi¹⁴¹; altre pronunce costituzionali affermano il legame tra i diritti inviolabili e la categoria dei principi supremi. La Corte, infatti, sembra creare un legame

¹³⁹ La pronuncia aveva ad oggetto gli artt. 28 e 49 dello Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige, laddove questi estendeva l'insindacabilità di cui all'art. 68 Cost. ai Consiglieri regionali e ne prevedevano la possibile estensione ai membri dei consigli provinciali delle province autonome di Trento e Bolzano. Il giudice *a quo*, non sapendo come interpretare la disposizione (se in senso restrittivo od estensivo), ma ravvisava in entrambi i casi una violazione del principio di uguaglianza; nell'interpretazione restrittiva la violazione si sarebbe verificata rispetto ai parlamentari, in quella estensiva rispetto ai comuni cittadini. La Corte dichiarò l'innammissibilità della questione, ma la controversia è stata l'occasione per introdurre alcuni principi fondamentali

¹⁴⁰ Sentenza 1146 del 1988 (punto 2.1 del *Considerato in diritto*).

¹⁴¹ P. Faraguna, *L'enigmatico statuto dei "principi supremi". Un'indagine empirica su limiti e «controlimiti» alle modifiche dell'ordinamento costituzionale*, tesi di Dottorato di Ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Ferrara, p. 90.

tra l'affermazione dell'*inviolabilità* dei diritti e la loro appartenenza a quei valori superiori dell'ordinamento; tali diritti inviolabili, tra cui vi è quello alla vita¹⁴², rappresentano un limite fondamentale alla revisione costituzionale e sono dotati del carisma della sovracostituzionalità.

Tracciato questo breve *excursus* sulla giurisprudenza costituzionale, la dottrina, a partire proprio dai rilievi della Corte, ha elaborato varie teorie, creando anche non poca confusione ed indeterminatezza. Diverse ricostruzioni dottrinali hanno ricondotto, tra i limiti materiali alla revisione costituzionale, i principi che appartengono al cd. "nucleo duro" della Costituzione, in particolare i primi dodici articoli, con un'attenzione soprattutto ai diritti che godono del carattere dell'invio- labilità, quindi il riferimento è, nello specifico, alla previsione generica dell'art. 2 Cost.

Questo discorso è essenziale per poter sostenere che questi prin- cipi supremi, tra cui i diritti inviolabili, che funzionano come limite imprescindibile alla revisione costituzionale, costituiscono anche un li- mite necessario all'obiezione, che, rispetto ad alcuni di questi, senza dubbio non può che soccombere. La preminenza o meno dell'obiezione su altri principi costituzionali è il risultato dell'opera di bilanciamen- to¹⁴³. Se è vero che la coscienza individuale non deve essere compressa nella sua manifestazione e che anch'essa possa essere annoverata tra i valori fondanti l'ordinamento, d'altra parte la collisione con altri be- ni costituzionalmente riconosciuti richiede un necessario confronto da parte del legislatore o dei giudici preposti al suo riconoscimento. Il bilanciamento comporta un'equazione tra la misura del sacrificio del principio "soccombente" e la misura dell'importanza del principio pre- valente: l'obiezione di coscienza soccomberà a fronte di principi che risultano d'importanza maggiore; ad esempio, il diritto alla vita risul- terà dominante al punto che l'obiezione non potrà lederlo né attraverso le modalità del suo esercizio, né per mezzo del contenuto della sua ri- vendicazione. Il limite della vita potrebbe emergere, per esempio, nel

¹⁴² Sentenza n. 35 del 1997, in cui la Corte riconosce il diritto alla vita ascrivibile tra quelli che rivestono una posizione privilegiata, ed il legame con questi è reso esplicito dal richiamo della sent. 1146 1988.

¹⁴³ Il bilanciamento è un'operazione che ha ad oggetto principi. Questi ultimi, a differenza delle regole, possono essere applicati anche parzialmente, il che consente di confrontarli con quelli antagonisti e, conseguentemente, di bilanciarli.

rifiuto, da parte dei genitori, a far praticare emotrasfusioni sul figlio minore, quando questo comporti un rischio per la sua salute o per la vita stessa.

3.5.4 *(Segue)..e dai doveri costituzionali inderogabili*

I costituenti, fin dalle primissime disposizioni, accanto ai diritti inviolabili, hanno previsto simmetricamente "*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*" (art. 2 Cost.). Questo articolo rappresenta una delle migliori sintesi del carattere compromissorio che permea tutta la nostra Costituzione: realizza un equilibrio tra individualismo e comunitarismo (la dimensione dei diritti e quella dei doveri), e un punto di incontro tra le varie ideologie: il personalismo cattolico, l'individualismo liberale e l'umanesimo marxista (i diritti sono il frutto della teoria liberale, mentre i doveri devono essere ricondotti all'impegno della Dottrina sociale della Chiesa e della visione socialista¹⁴⁴). Nel disegno del costituente italiano i doveri non occupano una posizione subalterna ai diritti, ma entrambi contribuiscono ad edificare la struttura portante dello Stato costituzionale. I diritti permettono di tutelare la sacralità della persona umana e le sue aspirazioni, ma i doveri realizzano l'essenza profonda della persona umana che si apre alla relazione con l'altro, essendo un soggetto inserito nella relazione sociale. I doveri sono l'espressione di un uomo che non si esaurisce in se stesso, ma si completa nella rete di rapporti interpersonali: si riconoscono i diritti inviolabili della persona, che le appartengono indipendentemente dallo Stato, ma si richiede anche l'adempimento di doveri altrettanto imprescindibili. Tuttavia, questi doveri, lungi dall'essere un appiattimento dell'individuo sulla società e lo Stato, devono essere sempre contestualizzati, perché la persona precede lo Stato, ed è lo Stato ad esserne al *servizio*¹⁴⁵. Perciò, l'affermazione dei doveri

¹⁴⁴ L'impegno sul fronte dell'affermazione dei doveri era particolarmente sentito dalla parte cattolica e social-comunista, infatti, come si è potuto ricostruire nel secondo capitolo, la resistenza venne proposta da Dossetti valorizzandone proprio il carattere di doverosità.

¹⁴⁵ Sulla centralità del principio personalista si veda l'intervento di Giuseppe Dossetti in Assemblea costituente, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, VI, 323 ss.

richiama la relazione con la comunità, non l'obbedienza cieca al comando dello Stato, né il tradimento della propria essenza profonda. Di conseguenza, il dovere è un metro di misura per valutare la legittimità e la possibilità di riconoscere l'obiezione, all'interno dell'equilibrio realizzato dall'ordinamento tra diritti e doveri. Questa, per quanto venga abitualmente presentata e rivendicata come diritto, non manca della dimensione propria di un dovere: verso se stessi, perché l'obbligo dettato dalla coscienza è, forse, il più cogente che si ponga alla persona; ma anche verso gli altri e, di riflesso, verso l'ordinamento.

I prossimi paragrafi prendono in considerazione alcuni dei doveri previsti dalla nostra Carta Costituzionale, che sono di interesse per la presente trattazione, in quanto rappresentano l'altro piatto della bilancia nel processo che potrebbe portare all'ingresso delle varie fattispecie di obiezione nell'ordinamento. In particolare, il dovere di fedeltà alla Repubblica, a cui sono connessi una serie di doveri inderogabili, quali il prestare giuramento ex art. 54 Cost., il dovere di difesa della patria ex art. 52 ed infine i generali doveri di solidarietà¹⁴⁶.

3.5.4.1 *Il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi*

L'art. 54 Cost. al suo primo comma richiama il dovere di fedeltà alla Repubblica, nonché quello di osservanza della Costituzione e delle leggi.

Nello studio sull'obiezione di coscienza questo articolo ricopre una posizione centrale, dal momento che il comportamento obiettorio si traduce nel rifiuto di una norma giuridica che è stata posta, almeno formalmente, in maniera legittima. In particolare, nel nostro ordinamento una norma è il risultato del processo parlamentare, sviluppato secondo le regole fissate dalla Costituzione stessa. Con la Costituzione si richiede alla legge un altro requisito, quello sostanziale, ovvero la legge deve essere compatibile con i principi affermati nella Carta. In questo senso la fedeltà alla Repubblica, che, secondo un'ottica kelseniana, giuridicamente si tradurrebbe nell'obbligo generale di obbedire all'ordinamento giuridico, non può essere letta scissa dal complesso costituzionale,

¹⁴⁶ A. Pugiotto, *op.cit.*, p. 258.

tanto che da parte della stessa Corte il riferimento a questo articolo è stato operato con una certa parsimonia proprio perché «se non adeguatamente inquadrato in una lettura sistematica della legge fondamentale, rischia di legittimare interpretazioni fortemente restrittive delle garanzie costituzionali riguardanti le posizioni individuali»¹⁴⁷.

Per questo motivo è stato, giustamente, osservato che il concetto di fedeltà è qualcosa di diverso, nel senso di più qualificato, rispetto al semplice dovere di obbedire alle leggi, perché si rivolge soprattutto al contenuto materiale della Costituzione, rispecchiando «un imperativo di adesione ai valori dell'ordinamento»¹⁴⁸. Quindi fedeltà alla Repubblica vuol dire, *in primis*, fedeltà alla Costituzione, in particolare a quei valori e principi costituzionali che in essa sono stati positivizzati e all'ordinamento da essa introdotto. Ma questo significa, ancora, che proprio a partire dal *dovere di fedeltà alla Repubblica* si può giustificare un *diritto-dovere alla disobbedienza*: poiché la fedeltà è qualcosa di più profondo rispetto all'obbligo giuridico, la disobbedienza si presenta come necessaria qualora le leggi contrastino con i principi repubblicani¹⁴⁹; la disobbedienza può essere anch'essa un dovere nel momento in cui l'orientamento politico del legislatore si ponesse palesemente in contrasto con il nucleo più profondo della Costituzione, facendo prevalere il dovere di fedeltà sul dovere di osservanza delle leggi.

Inoltre, potrebbe essere una disobbedienza propositiva perché fondata su un'interpretazione diversa delle norme e della Costituzione da quella attribuita "ufficialmente", che, condivisa da un gruppo consistente di cittadini, oppure più ristretto, potrebbe aprire scenari nuovi. L'obiezione di coscienza, in questo senso, sposta l'attenzione non solo sulla mancanza del riconoscimento della coscienza in determinate situazioni, ma di veri e propri beni di rilevanza costituzionale.

¹⁴⁷ A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 170.

¹⁴⁸ F. Grandi, *op.cit.*, p. 63.

¹⁴⁹ A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, *op.cit.*, p. 268. Vedi anche M. Viroli, *Repubblicanesimo. Una nuova utopia della libertà*, Editori Laterza, 1999.

3.5.4.2 *I doveri inderogabili di solidarietà*

Come si è già sottolineato, i diritti sono espressione di una visione individualistica, per quanto razionale possa essere e senza dubbio necessaria se si pone la persona a fondamento dello stato. Ma proprio perché è la persona, definita dal rapporto costitutivo con altre persone, il centro di tutto, il rapporto non si può esaurire nei diritti, ma richiede la presenza di doveri, non solo perché questi rappresentano il collante del patto sociale (l'obbedienza permette l'integrità e l'unità del corpo politico), ma in quanto completano la struttura ontologica dell'essere umano.

Il principio di fraternità comincia ad affermarsi con l'avvento del cristianesimo, che considera tutti gli uomini legati da un rapporto fraterno perché figli dello stesso Dio. Questo ideale viene ripreso e razionalizzato dal giusnaturalismo seicentesco, che sostituisce al fondamento religioso la Ragione che accomuna tutti gli esseri umani. Nel Settecento, il principio viene "laicizzato" ed anche relativizzato perché perde la sua aspirazione, che la nostra Carta non contempla, ma è stato fatto discendere dalla forma di Stato delineata dalla Costituzione "universalista", a seguito di una perdita d'interesse nei confronti del cosmopolitismo, a vantaggio della propria Patria: questa è l'unico luogo dove si può realizzare veramente il principio di uguaglianza. Alla base della costruzione della 'Nazione' come un corpo sociale che possiede interessi e sentimenti comuni, vi è proprio la fraternità¹⁵⁰.

Questo concetto viene soppiantato da quello più "scientifico" di solidarietà, che è strettamente connessa all'interdipendenza, per cui la costruzione dei diritti sociali viene realizzata a partire dal gruppo, non dal singolo individuo, cosicché è possibile escludere coloro che non appartengono alla specifica comunità¹⁵¹. Al contrario, la fraternità è proprio l'apertura all'altro, chiunque esso sia. Tuttavia, il riconoscimento, da parte del diritto positivo, del concetto di solidarietà permette un recupero della fraternità¹⁵².

Nel nostro ordinamento l'art. 2 prevede espressamente il richiamo

¹⁵⁰ F. Grandi, *op.cit.*, p. 38.

¹⁵¹ *Ivi*, p. 40.

¹⁵² Vedi, da ultimo, S. Rodotà, *Solidarietà. Un'Utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

ai *doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*, affiancando alla solidarietà nei rapporti tra individuo e Stato (solidarietà *verticale*), anche quella tra singoli (solidarietà *orizzontale*)¹⁵³. Quest'ultima può essere, oltreché doverosa, spontanea; ad essa la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto piena rilevanza. La Corte, infatti, in materia di volontariato - una delle espressioni tipiche della solidarietà orizzontale spontanea - ha ricordato che questo rappresenta «*l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini*»¹⁵⁴, permettendo di superare "*il limite atomistico della libertà individuale*", anzi si presenta come la manifestazione di questa libertà che conduce il singolo nella costruzione dei rapporti sociali e dei legami con l'umanità.

Il contenuto dell'art. 2 ha come destinataria la persona umana, non un individuo isolato, ma la persona inserita in un determinato momento storico, nella sua essenza più compiuta: tra individualità ed unicità, da un lato, e parte di una rete umana più ampia, dall'altro. In virtù di quest'ultimo aspetto, la persona è chiamata ad adempiere ai doveri inderogabili, attraverso i quali l'ordinamento giuridico cerca di dare attuazione ai valori posti a suo fondamento, nella realizzazione di quella costante tensione tra principio personalistico e principio di solidarietà, da cui l'obiezione non è esente: in quanto, se costituisce una tutela della dimensione più intima dell'individuo, non esclude la testimonianza o la proposta di una visione alternativa, che non rifiuta i doveri di solidarietà. L'obiezione all'aborto, secondo alcuni autori¹⁵⁵, può essere letta in questo senso, perché costituisce uno specifico adempimento dei doveri di solidarietà, in quanto finalizzata alla tutela del bene della vita.

L'art. 2, proprio perché riferito alla persona umana, considerata come singolo o in forma associata, richiama, non a caso, il concetto di dovere, perché è questo che attiene alla persona, al contrario dei più generici "limiti", che sono propri di organi o di loro uffici¹⁵⁶.

¹⁵³ *Ivi*, p. 42.

¹⁵⁴ Corte costituzionale, sent. n. 75 del 1992.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 55.

¹⁵⁶ F. Grandi, *op.cit.*, p. 52.

Tuttavia, mentre i diritti rinviano ad un "catalogo" e sono derivabili dai vari articoli successivi del testo costituzionale e suscettibili di applicazione diretta; i doveri necessitano di una previsione legislativa che specifichi gli obblighi gravanti sui singoli.

Questo è coerente con una visione 'lockeana' della posizione dei diritti all'interno del sistema giuridico, per cui l'azione del legislatore deve essere funzionale alla realizzazione delle libertà costituzionalmente riconosciute, e le limitazioni devono essere giustificate, in quanto funzionali ad altri beni costituzionali¹⁵⁷. Anche nella nostra Costituzione i diritti si presentano in una veste dinamica, coerentemente con una lettura 'aperta' della disposizione dell'art. 2, che non significa riconoscerle lo *status* di norma 'in bianco', perché richiede di essere interpretata mettendola a sistema con l'intero testo costituzionale, ma di renderla flessibile ai cambiamenti del tessuto sociale. Poiché il riconoscimento di un nuovo diritto, inevitabilmente, incide sui diritti altrui e sulla struttura dei doveri, questo non può superare certi limiti. Il dinamismo dei diritti, e l'ingresso di nuovi diritti nell'ordinamento, deve confrontarsi con l'intero sistema, come poc'anzi ricordato, e con l'insieme dei doveri; questo non significa che ad ogni diritto corrisponda necessariamente un dovere, ma che quel diritto va 'disegnato' tenendo conto che si è verificato uno spostamento del punto di equilibrio tra diritti (inviolabili) e doveri (inderogabili).

Questo significa che, a fronte del riconoscimento dell'obiezione di coscienza nell'ordinamento, deducibile dalla posizione che la dignità umana (nello specifico la libertà di coscienza) occupa nella trama costituzionale, sarà giustificata la previsione di un onere in capo all'obiettore, traducibile in una prestazione alternativa oppure in divieti e sanzioni, in quanto sarebbero necessari - oltretutto come "messa alla prova" della sincerità dell'obiezione - per fissare il nuovo punto di equilibrio. Ma significa anche che l'obiezione dovrà assumere il carattere di un vero e proprio dovere, sicuramente per chi obietta, ma anche per l'ordinamento, affinché da essa scaturisca un comportamento di "servizio" all'altro.

¹⁵⁷ M.G. Abellan, *op.cit.*, p. 85.

3.5.5 *Limiti derivanti dallo "status" del soggetto: uno sguardo particolare alla coscienza del giudice*

Un'altra categoria di limiti molto discussa attiene al particolare *status* di chi invoca l'obiezione di coscienza.

Se l'art. 54, primo comma, Cost. ha come destinatari tutti i cittadini¹⁵⁸, il secondo comma è indirizzato a quei cittadini particolarmente 'qualificati', ovvero coloro che svolgono funzioni pubbliche: o in quanto titolari di uffici costituzionali o di pubbliche funzioni. Alcuni esempi: i pubblici funzionari, i giudici, i componenti delle forze armate o autorità di pubblica sicurezza, e così via. A questi soggetti è richiesto un dovere di fedeltà, che, nell'adempimento delle loro funzioni, si connota per la presenza di due caratteri peculiari: uno più tecnico, la disciplina, che consiste nella semplice diligenza se il vincolo è assoluto, mentre, se è discrezionale, rimanda alla gerarchia che caratterizza la pubblica amministrazione e alla possibilità di agire disciplinarmente nei confronti di quei dipendenti, che siano venuti meno ai loro doveri; e uno 'spirituale', l'onore. Quest'ultimo qualifica il dovere di fedeltà secondo un rispetto particolare nei confronti dello Stato, infatti il secondo comma non è una mera riaffermazione del dovere di osservanza delle leggi, ma contiene una disciplina *ad hoc* per i soggetti investiti di pubblici uffici, i quali instaurano un rapporto speciale con l'organizzazione statale¹⁵⁹. In virtù di questo rapporto, l'ordinamento chiede ai suoi funzionari un'adesione ai propri precetti, che non sia solo la mera osservanza esteriore, ma anche una condivisione morale, che permette il serio svolgimento delle pubbliche funzioni.

A questo proposito, si possono ricordare i precisi obblighi, previsti dalla Costituzione, per i titolari di uffici costituzionali - il Presidente della Repubblica o il Presidente del Consiglio e dei Ministri - i quali devono giurare prima di assumere le relative funzioni. Ma è lo stesso motivo che ha spinto la Corte costituzionale, in alcune sue pronun-

¹⁵⁸ Si ricorda che l'art. 54 della Costituzione recita: "*Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.*"

¹⁵⁹ F. Grandi, *op.cit.*, p. 76.

ce a ritenere ragionevoli le misure di sospensione dal servizio, in caso di condanna dei dipendenti pubblici, proprio alla luce del dovere di fedeltà che li lega alla Repubblica e della fiducia che i cittadini nutrono verso l'amministrazione pubblica¹⁶⁰. Per quel che interessa la tematica qui affrontata, le considerazioni svolte pongono sei problemi ad un riconoscimento dell'obiezione di coscienza ai titolari di funzioni pubbliche, perché l'adempimento del loro ufficio risulta dominante rispetto al diritto individuale all'obiezione, in conseguenza di precetti costituzionali¹⁶¹.

Il problema dello *status* del soggetto obiettore si è già posto davanti alla Corte costituzionale in riferimento all'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione della minore (o dell'interdetta di mente) alla interruzione volontaria della gravidanza, ex artt. 12 e 13 della legge 194/1978. La legge, infatti, ha prescritto l'intervento del giudice, ma non gli ha riconosciuto la possibilità di esercitare la facoltà di cui all'art. 9. Si è già potuto notare che la Consulta non ha dichiarato inammissibile la questione, ma si è addentrata nel merito valutando i beni in gioco; la conclusione, a cui è giunta, è un ulteriore elemento a fondamento dell'esistenza di una garanzia costituzionale dell'obiezione di coscienza.

Nell'ordinanza di rinvio, sollevata dal giudice tutelare di Napoli nel 1984, si affermava che le libertà, che fondano il diritto all'obiezione (i parametri di riferimento invocati sono gli articoli 2, 3, 19 e 21 Cost.) ad un obbligo giuridicamente imposto, devono essere riconosciute al giudice tutelare, come per qualsiasi altro cittadino. Il giudice *a quo* chiede alla Corte di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 9 e 12, nei limiti in cui non prevedono la possibilità per il giudice di invocare l'obiezione di coscienza. La Corte, con la sentenza n. 196 del 1987, al termine di un'opera di bilanciamento, riconosce la preminenza della funzione giurisdizionale, che è il cuore dell'attività del giudice, sulla sua libertà di coscienza. L'esigenza di giustizia dell'ordinamento e il diritto dei consociati ad avere giustizia, garantita dall'*officium iudicis*, hanno, senza dubbio, una solida base costituzionale negli artt. 54 e 107

¹⁶⁰ Corte cost., sent. n. 206 del 1999 e sent. n. 145 del 2002.

¹⁶¹ G. dalla Torre, *ult.op.cit.*, p. 52.

della Costituzione¹⁶². Inoltre, i giudici costituzionali hanno ritenuto che l'intervento del giudice tutelare rappresenta una mera integrazione della volontà della minorenni, cioè della sua sfera di capacità, per cui si tratta di un sindacato esterno e di mera legalità.

La conclusione, secondo un filone dottrinale considerevole, è che la scelta di ricoprire posizioni particolari all'interno dell'ordinamento, ovvero di essere titolari di funzioni costituzionali o di funzioni pubbliche, escluda la possibilità di poter avanzare obiezione di coscienza.

Senza dubbio, la situazione di chi riveste degli incarichi pubblici, e dovrebbe rappresentare un esempio del rispetto che si deve sia alla carica, sia alla legge che rappresenta, deve essere trattata con una certa cautela. In particolare, il giudice, ma questo vale anche per gli altri funzionari, sceglie la propria professione con la consapevolezza di porsi al servizio dello Stato, ma anche che lo *iurisdicere* è il centro di questa. Tuttavia, si possono fare alcune considerazioni, né risolutive né conclusive, che permettono di affrontare in modo problematico la questione.

Una parte della dottrina ha ritenuto che la soluzione della Corte, ovvero di un'indeclinabile e primaria realizzazione delle esigenze di giustizia che devono prevalere sulla libertà di coscienza del magistrato, andrebbe letta come un'ammissione implicita del potere additivo della Corte, perché «*affermare la prevalenza, nel concreto, dell'esigenza di giustizia sul diritto ad obiettare significhi non negare, ed anzi ammettere, l'esistenza del diritto ed il potere della Corte di introdurlo nell'ordinamento, qualora questi non fosse ritenuto recessivo rispetto ad altri valori dell'ordinamento*»¹⁶³. Questa soluzione, per ora, non è stata accolta dal giudice delle leggi, che pure ha avuto altre occasioni di

¹⁶² Si noti la diversa situazione dei giudici popolari, a cui ha dato una risposta la stessa magistratura ordinaria: l'unico caso nel contesto italiano è quello, già ricordato, che coinvolge una testimone di Geova, che aveva rifiutato di assumere l'ufficio di giudice popolare, a seguito della procedura di estrazione. Il pretore interpreta la causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p. in senso estensivo, in modo tale da ricomprendervi le motivazioni di coscienza. (Caso Gavotto, Pretura di Torino, 16 gennaio 1981). Il caso di un giudice popolare è di soluzione più semplice, perché il soggetto è chiamato ad assumere la qualifica a seguito di un'estrazione a sorte, quindi manca la scelta volontaria dell'incarico.

¹⁶³ E. Rossi, *L'obiezione di coscienza del giudice* (nota a Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196), in *Foro it.*, 1988, parte I, col. 766.

pronunciarsi a riguardo¹⁶⁴. E anche recentemente il problema si è posto, sempre con riferimento all'interruzione volontaria della gravidanza, con l'ordinanza del giudice di Spoleto (n. 60 del 2012) a cui la Corte ha risposto con una dichiarazione di manifesta inammissibilità, confermando l'indirizzo assunto nella sent. 196 del 1987, poiché il giudice non entra nel merito della decisione, che spetta unicamente alla donna¹⁶⁵.

La Corte è stata forse 'frettolosa' nel risolvere la questione nel 1987 e nel darla per assodata successivamente.

Come abbiamo anticipato all'inizio di questo paragrafo, l'interrogativo principale riguarda i doveri spettanti ai cittadini, non tanto sul contenuto oggettivo, quindi quali siano questi doveri, quanto su quello soggettivo, ossia se alcuni soggetti hanno un dovere di obbedienza alla legge maggiore rispetto ad altri. La Corte, a ragione, ha affermato che il giudice riveste una particolare posizione nell'ordinamento, in quanto è chiamato ad applicare la legge e a garantire la giustizia.

Ma questa risposta non sembra aver soddisfatto definitivamente, dal momento che l'argomento, forse perché estremamente delicato, ciclicamente si ripresenta¹⁶⁶, e non sembra assolutamente sopirsi; anzi, è prospettabile che si estenda a fronte delle nuove questioni in materia etica, che si accompagnano a nuove funzioni giurisdizionali¹⁶⁷ (è il caso dell'affidamento o adozioni di minori a coppie di fatto o omosessuali, alle scelte di fine vita e così via). Un caso recente è quello del magistrato Tosti, giudice del tribunale di Camerino, che si è rifiutato di svolgere udienza in un'aula in cui era esposto il crocifisso. Il suo comportamento rileva sia dal punto di vista penale, rispetto alla fattispecie dell'art. 328 c.p. (omissione di atti d'ufficio, la stessa che viene invocata contro i medici obiettori), sia dal punto di vista disciplinare. Quanto alla rilevanza

¹⁶⁴ La questione del riconoscimento dell'obiezione di coscienza del giudice tutelare è stata ripresentata dal Pretore di Cuneo: questa volta la Corte ha dichiarato, con la sentenza del 1993, l'inammissibilità dell'ordinanza di rinvio, non entrando neppure nel merito, riconfermando sostanzialmente quanto già affermato in precedenza.

¹⁶⁵ Ordinanza n. 196 del 2012. Ma le medesime conclusioni si ritrovano anche nell'ordinanza n. 126 del 2012, richiamata, peraltro, dalla 196.

¹⁶⁶ Diverse sono le ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale presentate dai giudici tutelari in materia di Interruzione volontaria della gravidanza: n. 445 del 1987; n. 293 del 1993; n. 76 del 1996; n. 514 del 2002; n. 416 del 2007 e la recente ordinanza del Tribunale di Spoleto n. 60 del 2012.

¹⁶⁷ S. Attolino, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 2013, p. 15, online in www.statoechiese.it.

penale, la Cassazione ha ritenuto che il reato non sussisteva, perciò ha cassato senza rinvio la sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila che aveva condannato l'imputato a 7 mesi di reclusione e l'interdizione dai pubblici uffici. La Corte non ha mancato di ricordare che il comportamento del giudice rappresenta una battaglia per uno dei principi supremi del nostro ordinamento, il principio di laicità, che, negli ultimi anni, investe la presenza dei simboli religiosi nei luoghi pubblici¹⁶⁸. Tuttavia, la sezione disciplinare del CSM ha ritenuto responsabile il giudice, in sede di giudizio disciplinare, affermando, con una certa chiarezza, che le esigenze di giustizia non possono essere pregiudicate dai convincimenti personali del giudice, per cui l'astensione dall'attività giurisdizionale è inammissibile, quando, è bene sottolinearlo, "*danneggia gravemente gli utenti*"¹⁶⁹. La dottrina ha ritenuto che questi comportamenti non siano neppure annoverabili nell'obiezione di coscienza, perché se è vero che questo rifiuto ha una connotazione politica, è comunque giustificato da ragioni di coscienza.

La veloce elencazione di questi casi permette di intuire facilmente che, se è vero che questi cittadini sono titolari di "speciali doveri" e le loro funzioni sono essenziali per l'ordinamento, per cui non si tratta di operare semplicemente una mediazione tra diritti, ma di evitare il rischio che l'obiezione possa provocare un diniego di giustizia e intaccare i canoni di imparzialità, indipendenza e precostituzione propri della magistratura¹⁷⁰; è altrettanto vero che si tratta di uomini e, in quanto tali, titolari dei diritti fondamentali, ma, proprio in quanto rappresen-

¹⁶⁸ L'ampio dibattito e scontro giudiziario attorno alla presenza dei crocifissi nei luoghi pubblici ha conosciuto varie vicende: famoso è il caso "Lautsi", che è arrivato davanti ai giudici di Strasburgo, con una pronuncia della *Grande Chambre*. I ricorrenti, di fronte al rifiuto del consiglio di istituto della scuola frequentata dai figli di rimuovere i crocifissi, hanno presentato ricorso presso il TAR, che ha rimesso la questione alla Corte costituzionale, che l'ha dichiarata inammissibile poiché le norme contestate avevano natura regolamentare, quindi di fonte di rango secondario. Il TAR, tenuto a proseguire il giudizio, ha rigettato il ricorso, sostenendo l'importanza storica e culturale del crocifisso, in nessun modo offensivo della libertà religiosa. Dello stesso parere anche il Consiglio di Stato. Una volta conclusi tutti i gradi di giudizio, i coniugi Lautsi si sono rivolti a Strasburgo: qui una delle Camere della Corte accolse il ricorso e affermò l'effettiva incompatibilità con la libertà di religione e con il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose. Questo risultato fu ribaltato dalla *Grande Chambre*, che ha ritenuto il crocifisso un simbolo neutro, dal carattere essenzialmente passivo.

¹⁶⁹ CSM, Sez. disc., 31 gennaio 2006.

¹⁷⁰ S. Attolino, *op.cit.*, pp. 15-16.

tanti delle istituzioni, non si può negare loro il dovere di opporsi ad eventuali leggi, ritenute ingiuste. Il fatto di rivestire cariche particolari, non esime dal dovere di denunciare le ingiustizie o di rifiutarsi di compiere atti ritenuti fortemente ingiusti, o secondo i principi costituzionali o secondo profonde convinzioni personali, che abbiano una certa rilevanza. Del resto, non pare condivisibile l'idea secondo cui gli uomini di legge, giudici o militari, debbano obbedire o rispettare gli ordini in ogni caso per dare "il buon esempio". Sarebbe assurdo pretendere proprio da loro quell'obbedienza cieca che si è criticata: l'ordine che viene dall'autorità potrebbe essere talmente ingiusto da richiedere la disobbedienza di tutti, anche di tutti coloro che rivestono posizioni particolari, per i quali l'obbedienza è un requisito fondamentale. Le vicende concrete insegnano che un'obbedienza responsabile è necessaria, anche, o soprattutto, da parte di chi riveste particolari funzioni¹⁷¹. Infatti, anche chi ritiene non opportuna l'obiezione per i giudici e i funzionari sostiene che nei casi in cui il giudice dovesse realizzare concretamente un comando che viola i suoi convincimenti profondi, ad esempio il caso di una sentenza di pena di morte, potrebbe opporsi per ragioni di coscienza. Qui il giudice è chiamato ad obiettare totalmente e a rifiutarsi di pronunciare sentenza¹⁷². Diverso sarebbe invece il caso in cui il giudice si limiti, come nel caso dell'aborto, ad integrare la volontà della gestante, in quanto minorenni «sulla base di una valutazione che, se non erro, dovrebbe tendere essenzialmente a verificare la capacità della minorenni medesima di determinarsi, con una normale capacità di autonomia, rispetto ad una scelta che l'ordinamento affida appunto alla gestante»¹⁷³, quindi il giudice non potrebbe rifiutarsi di decidere, essendo vietato il *non liquet*, perché la sua operazione si limiterebbe ad

¹⁷¹ Un caso gravissimo, che merita di essere ricordato, in cui l'autorità e la forza sono state usate arbitrariamente in violazione dei basilari diritti umani. Si sta parlando del massacro avvenuto durante il G8 a Genova, nella notte del 21 luglio 2001, a seguito di un'irruzione dei reparti della squadra mobile della Polizia di Stato di Genova, Roma e Milano nelle scuole Diaz, Pertini e Pascoli. La Corte di Cassazione ha confermato, il 5 luglio 2012, la condanna per i 25 imputati (un numero notevolmente inferiore ai 300 uomini delle forze dell'ordine che si ritennero presenti). In questo caso furono coinvolti soggetti che rivestivano posizioni di rilievo all'interno della polizia e che organizzarono l'irruzione, trasmettendo gli ordini.

¹⁷² 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. 372-373.

¹⁷³ *Ibidem*.

accertare i requisiti previsti per legge, ma la sua azione non è diretta a procurare l'aborto, perché la gestante non è vincolata nella sua scelta dal giudice, che non può e non deve vincolare gli altri a scelte che non ritiene corrette¹⁷⁴. Condivisibile il fatto che chi ricopre una funzione educativa e ha l'autorità deve rispettare le scelte altrui, anche se sbagliate (ammesso che il giudice possa essere considerato un "educatore"); meno convincente l'idea che il giudice con la sua autorizzazione, con cui integrerebbe la volontà della gestante, non cooperi in alcun modo alla sua scelta, o che la sua coscienza non senta di prendere parte a questo gesto: l'idea di integrare è quella di aggiungere qualcosa che manca appunto alla volontà della paziente.

Vieppiù. L'art. 101 Cost., che assoggetta i giudici soltanto alla legge, non implica una 'cieca' e indifferenziata obbedienza alle norme, ma che il giudice non può risolvere il suo conflitto in via interpretativa, che comporterebbe un rischio gravissimo, tipico dei peggiori stati autoritari. Questo dovrebbe realmente preoccupare colui che si rivolge alla giustizia e trova, a giudicare il suo caso, un giudice che non è sereno perché presenta forti turbamenti in ordine alla sua coscienza: questo è il rischio più alto che può correre il diritto della collettività alla giustizia.

Tutto questo non vuole necessariamente avallare l'obiezione di coscienza per i giudici (o per i pubblici funzionari), ma ricordare che è opportuna una soluzione, anche per evitare l'ipotesi che da alcuni è stata prospettata come soluzione: far sì che il giurista interpreti la legge secondo i propri convincimenti, per cui il magistrato, a fronte della richiesta di aborto di una minorenne, dovrebbe tenere conto non delle ragioni della donna, ma se ci sono scelte diverse rispetto all'aborto¹⁷⁵.

Non si deve sempre invocare l'obiezione di coscienza, soprattutto quando vi sono delle soluzioni alternative. La Corte dovrebbe evidenziare, in maniera chiara, queste alternative oppure un'obiezione particolarmente qualificata.

Nel primo senso potrebbe essere opportuno ricorrere all'utilizzo degli strumenti già previsti dalla legge a tutela del giudice e della funzione giurisdizionale: il ricorso, quindi, all'astensione ex art. 51 secondo com-

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ F. D'Agostino in un'intervista pubblicata sul Corriere della sera il 16 marzo 2007.

ma del codice di procedura civile: l'astensione facoltativa per gravi ragioni di convenienza, per cui il giudice dichiara di essere profondamente turbato nella sua coscienza. Questa pare la soluzione più opportuna.

Oppure un'obiezione particolarmente qualificata, in cui sia evidente la responsabilità del giudice anche nella scelta del suo ufficio, ad esempio non potrà essere riconosciuta a chi, consapevolmente, sceglie la sezione civile dell'area famiglia e si rifiuta di praticare i divorzi. Ma allora si potrebbe anche intervenire al momento dell'organizzazione delle tabelle per la distribuzione degli incarichi dei magistrati.

3.5.6 *I possibili elementi della condotta obiettante*

Un aspetto molto delicato ed interessante è rappresentato dalle caratteristiche della condotta, in termini di apporto materiale, di chi intende obiettare all'azione che si ritiene immorale e/o ingiusta. Prima di delineare i criteri che potrebbero orientare la decisione dei soggetti a cui spetta il compito di riconoscere o meno l'obiezione di coscienza, si deve aprire una breve parentesi su che cosa significhi la cooperazione al male dal punto di vista morale.

In una prospettiva morale, la responsabilità, ovvero l'impossibilità di giustificare moralmente un'azione considerata moralmente sbagliata non si ha solamente nel caso dell'esecuzione materiale e diretta dell'atto (es: Tizio preme il grilletto uccidendo Caio; Tizio è moralmente responsabile dell'omicidio di Caio), ma anche con quelle azioni che si inseriscono nella catena causale di eventi necessari affinché si verifichi l'evento immorale. Come si potrebbe giustificare moralmente il comportamento di tre complici che decidono di uccidere un uomo, dividendosi i compiti? Si potrebbero notare delle differenze morali sostanziali tra X che rapisce la vittima, Y che la addormenta e Z che la uccide?¹⁷⁶. È evidente che tutti e tre i soggetti coinvolti sono moralmente responsabili, anche le possibili sfumature nei comportamenti non permetterebbero di apprezzare delle differenze sostanziali. A questo punto si possono fare alcune precisazioni di quel vasto tema rappresentato dal concetto di cooperazione al male, considerando, nello specifico, l'ambito bioetico.

¹⁷⁶ Cfr. F. Minerva, *Obiezione di coscienza in ambito medico. I limiti di un approccio moderato*, in P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. prospettive a confronto*, "Notizie di Politeia", n.101, 2011, p. 122.

La prima fondamentale suddivisione è quella che distingue tra cooperazione formale e materiale. La prima si realizza nel momento in cui vi sia una condivisione di fatti e intenzioni che rende moralmente illecito anche l'atto di chi ha cooperato¹⁷⁷. Al contrario, la cooperazione materiale si concretizza in un atto compiuto dall'agente morale, in cooperazione all'azione immorale di un altro, senza dividerne le intenzioni. Si avrà poi cooperazione materiale *diretta* quando vi è una condivisione sul piano dei fatti, ma non delle intenzioni; oppure *indiretta*¹⁷⁸ quando c'è condivisione sul piano dei fatti, che rendono possibile l'azione immorale, ma non delle intenzioni che sono, talvolta, sconosciute al cooperante. È chiaro che quest'ultima situazione, in cui non si conoscono le intenzioni del soggetto, l'azione è moralmente lecita, non essendovi alcun apporto soggettivo da parte della persona cooperante.

La cooperazione formale è senz'altro quella che lascia meno dubbi dal punto di vista morale, essendo sempre moralmente illecita.

Quando abbiamo parlato del fatto che non vi è gradazione tra i vari atti inseriti all'interno della catena causale finalizzata a compiere il gesto immorale, è vero, anche se sono necessarie delle precisazioni.

In questo senso, bisogna prestare attenzione alla situazione della cooperazione materiale, evidenziata anche dalla dottrina della Chiesa Cattolica. Quando si considera immorale un atto è chiaro che cooperarvi, anche senza condividere quell'azione, non è esente da responsabilità.

D'altra parte, il vissuto quotidiano è molto complesso e la persona può trovarsi continuamente in situazioni di conflittualità, che rendono quasi impossibile mettere in pratica, nella vita quotidiana, un comportamento che escluda totalmente forme, anche minime, di cooperazione al male. Talvolta è anche necessaria la cooperazione ad atti considerati immorali, in funzione della realizzazione del cd. "male minore", che dovrebbe evitare il realizzarsi di conseguenze più gravi.

Per questo anche la cooperazione materiale diretta potrebbe essere considerata lecita. La Chiesa esclude, tendenzialmente, la sua liceità ogni volta che vi siano attentati gravi alla vita umana.

¹⁷⁷ E. Sgreccia, M. L. Di Pietro, *L'agire morale*, in E. Sgreccia, A. G. Spagnolo, M. L. Di Pietro (a cura di), *Bioetica. Manuale per i Diplomi Universitari della Sanità*, Vita e Pensiero, Milano, 1999.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

Tuttavia, è possibile individuare delle condizioni, che devono essere tutte presenti, in cui la cooperazione al male può avere una sua giustificazione etica¹⁷⁹:

- a) Si deve trattare esclusivamente di cooperazione *materiale*¹⁸⁰: il soggetto morale non può assolutamente condividere, né esteriormente né interiormente, l'azione dell'operatore principale, anzi tale mancata condivisione dovrebbe poter essere evidente ad eventuali terzi.
- b) La cooperazione deve essere indiretta: il soggetto non può partecipare direttamente all'esecuzione dell'atto negativo, ma limitarsi a porre alcune premesse o alcuni strumenti (ad esempio l'ostetrica che lava lo strumentario per l'aborto che potrebbe non essere utilizzato successivamente).
- c) La cooperazione deve essere proporzionata, cioè deve esserci una ragione valida per poterla mettere in atto (impossibilità oggettiva di fare altrimenti, rischio della perdita del posto di lavoro..).

Spesso vi sono delle circostanze che rendono giustificata moralmente un'azione che sarebbe eticamente non corretta: l'*impossibilità*, per cui lascio morire un uomo che sta annegando, perché non so nuotare: qui esiste un'impossibilità materiale oggettiva (*ad impossibilia nemo tenetur*) che impedisce di realizzare quel comportamento a cui si è tenuti; l'*epicheia*, cioè non rispettare alla lettera la norma morale, per una maggiore fedeltà allo spirito della norma o per non causare maggiori danni.

È evidente che non sempre è possibile valutare concretamente se quell'atto costituisca o no una legittima cooperazione al male. A ciò si aggiungano le componenti psicologiche legate al contesto in cui l'azione viene a concretizzarsi: l'ordine impartito dall'autorità, che non giustifica l'azione immorale, ma può permettere di capire le motivazioni che hanno portato un soggetto ad agire. Il tutto, quindi, è rimandato alla

¹⁷⁹ S. Leone, *Nuovo manuale di bioetica*, Città Nuova, Roma, 2007, p. 31.

¹⁸⁰ Per quel che riguarda l'aborto il Catechismo della Chiesa Cattolica attribuisce colpa grave alla cooperazione formale. (*Catechismo Chiesa Cattolica*, Parte III, Sezione Seconda, Capitolo II, Articolo V, 2272).

coscienza della persona, la quale potrebbe, in buona fede, sbagliare, dopo aver valutato le varie possibilità.

Dal punto di vista morale si sono inquadrati i punti essenziali. Se ci spostiamo sul piano giuridico, non è facile tener conto di tutte le condotte che sono legate moralmente alla condotta principale che si considera immorale, perché il rischio è quello della paralisi completa di una serie di attività. Tuttavia, nel momento in cui si dà spazio alla coscienza degli individui e si parla di obiezione di coscienza, l'aspetto etico non può essere indifferente all'ordinamento, perché si deve cercare di incidere il meno possibile sull'integrità morale della persona.

In primis, bisogna valutare se la condotta è in grado di produrre un nocumento diretto e serio alla coscienza, indipendentemente da quanto sia diretta o meno a provocare l'effetto non voluto. Ad esempio, chi è convinto che l'aborto comporti la soppressione di un essere umano, sarà fortemente compromesso in coscienza sia praticando chirurgicamente l'aborto, sia somministrando farmaci abortivi, non meno che prescrivendoli.

Successivamente, si tratta di capire fino a che punto arrivare nella tutela della coscienza. A questo proposito è utile ricordare che, per l'ordinamento, gli apporti causali indiretti non sono irrilevanti: basti pensare nell'ambito del diritto penale al concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p. Questo articolo permette di rendere tipici degli atti che, altrimenti, sarebbero penalmente irrilevanti o atipici: è il caso del concorso materiale (esempio del "palo" in una rapina, colui che controlla la situazione mentre gli altri compiono "direttamente" la rapina), il concorso morale che si ha quando si fa sorgere o si rafforza l'altrui proposito criminoso (esempio del mandante di un omicidio), qui è evidente che l'azione è indiretta, ma per nulla indifferente all'ordinamento.

Le due situazioni sono ovviamente differenti, poiché nell'ambito penalistico della partecipazione criminosa, si ha a che fare con un reato, qui, invece, con un obbligo giuridico, quindi di un'azione che viene consentita dalla legge. Tuttavia, si può affermare che, anche nel caso dell'obiezione di coscienza, l'ordinamento dovrebbe guardare a condotte che non sono solo quelle dirette a realizzare l'evento a cui si obietta (il medico che esegue l'intervento chirurgico), dal momento che, in gioco, vi è l'aspetto morale, dal quale non si può prescindere se si vuole riconoscere uno spazio all'obiezione. A poco serve dire che nel caso del-

l'aborto farmacologico, il medico che prescrive la pillola abortiva non è responsabile moralmente perché l'ultima parola spetta alla donna, la cui volontà non è né istigata né determinata dal loro gesto. Riprendendo il caso (paradossale) del venditore di armi che è a conoscenza delle intenzioni del soggetto principale, nel momento in cui vende l'arma si rende *copartecipe* moralmente dell'azione altrui: è ovvio che la volontà ultima spetta a chi ha comprato l'arma, che potrebbe decidere di non utilizzarla, ma questa è una possibilità meramente accidentale, probabile; nel momento in cui il commerciante deve vendere l'arma sa che il soggetto ha intenzione di farne *quel* preciso uso. Chi direbbe che il negoziante deve comunque vendere l'arma perché non è *certo* che Tizio la utilizzi per quello scopo? O non debba almeno provare a dissuadere Tizio dal compiere il gesto?

Le problematiche relative alla rilevanza dell'apporto materiale della condotta dell'obiettore nascono, attualmente, con riferimento alle condotte che sono riconducibili alla legge 194, in particolare alla contraccezione d'emergenza e alla prescrizione della RU486, ma non ci si deve limitare a questi casi (che vedremo nel prossimo capitolo), perché la questione potrebbe essere rilevante ogni volta che ci si trova di fronte ai casi di obiezione. Pensiamo agli Stati in cui è presente la pena di morte: può essere giustificato chi si rifiuta di vendere le soluzioni da somministrare al condannato a morte?

Non è cosa semplice trovare il giusto equilibrio tra le esigenze della coscienza e le esigenze di un servizio pubblico da garantire.

Per poter vagliare i casi in cui l'obiezione possa rilevare, si possono formulare alcuni criteri dell'apporto materiale della condotta obiettante, che devono essere tutti presenti:

- a) Necessario, cioè la condotta dell'agente non dev'essere eliminabile all'interno della catena causale di eventi che porta all'evento indesiderato, per cui l'atto che viene obiettato deve essere indispensabile per la sua realizzazione, non può essere contingente, così da far sì che l'evento si verifichi ugualmente senza di esso.
- b) Specifico, ovvero la condotta deve essere teleologicamente diretta alla causazione dell'evento che si vuole evitare.

Questi sono i due requisiti previsti dalla legge 194 all'art. 9, comma 3: "*L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le*

attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza"; che rappresentano due limiti oggettivi di validità generale, per cui gli atti devono essere diretti alla realizzazione del fatto oggetto dell'obiezione, in quanto devono rappresentare *condiciones sine quibus non* della catena causale dello stesso¹⁸¹.

- c) Deve creare in maniera diretta un effettivo "danno" alla coscienza; se la condotta è indiretta, per cui potrebbe essere anche vanificata da *eventuali* ulteriori manifestazioni di volontà, ma il comportamento dell'obiettore è con un'alta probabilità in grado di incidere sulla causazione dell'evento considerato immorale o di favorirlo, l'ordinamento non può escludere aprioristicamente la possibilità di riconoscere quel comportamento. In questo caso l'obiettore dovrà dimostrare il nesso di causa ed effetto tra il dovere che rifiuta di compiere e la lesione della sua coscienza¹⁸². Non potrà essere un comportamento che occasionalmente si inserisce nella catena causale e che lascia poi uno spazio in capo a terzi (il medico non potrà rifiutare di dare le informazioni richieste dalla donna, così come non potrà rifiutare una serie di obblighi, quali l'ecografia o l'elettrocardiogramma della donna; allo stesso modo gli analisti di laboratorio, chiamati a svolgere esami clinici di *routine*)¹⁸³. La dilatazione del concetto di causa-effetto deve limitarsi a quelle condotte legate all'evento.
- d) Prossimità, la condotta obiettata deve essere *temporalmente* vicina all'evento, altrimenti si frapporterebbero un numero elevato di variabili, capaci di incidere anche sulla volontà stessa del destinatario dell'oggetto dell'obbligo.
- e) Antecedenza degli atti rispetto all'evento, per cui sono escluse le attività successive al fatto, a meno che non siano anch'esse condizioni necessarie. Anche questo è un altro limite oggettivo che è desumibile dalle ipotesi codificate, in particolare, nuovamente dall'articolo 9 della legge 194, dove al comma 3 si ritrova l'esclusione

¹⁸¹ F. Mantovani, *op.cit.*, p.401

¹⁸² P. Veronesi, *op.cit.*, p. 407.

¹⁸³ *Ivi*, p. 409.

dell'obiezione dalle attività di assistenza necessarie antecedenti e conseguenti all'intervento abortivo

La difficoltà di inquadrare l'obiezione è dovuta anche al suo stretto legame con la tematica della responsabilità. Se si riconosce a ciascun uomo la capacità di agire liberamente e lo si considera un agente morale, in quanto razionale, non si può negare l'aspetto intrinsecamente legato alla libertà umana: l'accettazione di rispondere per i propri atti di fronte alla società, al diritto e alla morale. Ed è la responsabilità delle azioni che permette all'uomo di mettersi in relazione con l'altro, rappresentando un limite alla libertà.

In questo lavoro, la responsabilità è non soltanto giuridica, ma anche ovviamente morale, tenendo come punto fermo che il concetto di responsabilità, per quanto complesso, è unitario. Mentre giuridicamente la responsabilità tende a restringersi sempre più, attenuando la colpevolezza e limitando il campo di azione del diritto alla responsabilità oggettiva; quella morale si sta ampliando verso l'allargamento del concetto di colpa¹⁸⁴. Questo fenomeno determina un varco tra i due mondi e, per una realtà come quella dell'obiezione, si tratta di una difficoltà notevole; da un punto di vista morale la responsabilità si estende a fronte degli sviluppi della tecnologia, che attribuisce all'uomo un potere, che non è in grado di dominare cognitivamente, perché non può prevedere gli effetti del suo uso. Questo vale sia rispetto alle tematiche della bioetica, sia rispetto alle questioni ambientali: nel momento in cui la scienza e la tecnica superano continuamente i loro *records* e oltrepassano "le colonne d'Ercole", l'uomo amplifica la sua responsabilità e il campo degli esseri verso cui si è responsabili, ad esempio le generazioni future (pensiamo al tema dell'ecologia: ci dobbiamo porre in un'ottica di responsabilità verso chi ancora non è nato). Se è vero che non vi è responsabilità soggettiva (quindi colpa) per gli effetti imprevedibili, è altrettanto corretto affermare che sono responsabile di un potere che so di non essere in grado di governare apprezzando quelli che potranno essere i suoi effetti. Quindi la prevedibilità non è più un limite per la responsabilità¹⁸⁵; di conseguenza viene meno il carattere

¹⁸⁴ F. Viola, *Le trasformazioni della responsabilità*, in "Studi Cattolici", 1993, n. 388, p. 340.

¹⁸⁵ *Ivi*, p. 343.

tipico della relazione intersoggettiva della responsabilità, perché non si è più responsabili solo nei confronti di soggetti determinati, ma anche di chi ancora non esiste; tuttavia, non viene meno la responsabilità verso qualcuno perché sono responsabile delle mio agire nella misura in cui coinvolge "un essere o l'essere in generale"¹⁸⁶. Questo ha delle conseguenze notevoli, perché implica una responsabilità morale nei confronti di una realtà molto vasta, che comprende gli esseri umani, ma anche gli altri esseri viventi e l'ambiente che ci circonda, nei confronti del quale, fortunatamente, si sta sviluppando una maggiore sensibilità, anche a livello di società civile; ma riguarda una responsabilità nuova e specifica sul fronte umano, della scienza medica e dell'ingegneria genetica, che hanno delle responsabilità dirette sulla vita umana e devono farsi carico delle conseguenze *ad ampio raggio* che comportano gli sviluppi di queste scienze. Per una tematica come l'obiezione di coscienza, dove la responsabilità morale è il nucleo fondante e centrale (anche se non deve essere dimenticato il bene che indirettamente viene tutelato), l'ampliamento di questa produce inevitabilmente il terreno fertile per il fiorire di varie tipologie di obiezioni¹⁸⁷. Il diritto incontra delle difficoltà nel poter far fronte a queste situazioni, non solo per il pericolo di disgregazione di cui si è parlato, che trova un argine nelle limitazioni all'obiezione, ma anche perché non possiede delle categorie giuridiche idonee per poter tutelare effettivamente la coscienza e per porre il giusto limite: bisogna interpretare e guardare ai concetti di necessità, direzione dell'atto in un'ottica, forse, più ampia.

Riprendendo in riferimento alla condotta obiettante, un limite ad essa è dato dalla necessità di non compromettere in modo irreparabile l'interesse in conflitto, in particolare la vita altrui¹⁸⁸; ma anche di non svuotare completamente i due interessi in conflitto¹⁸⁹, per cui si dovrà garantire a chi richiede l'osservanza della norma rifiutata il servizio im-

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ La responsabilità dei medici e degli operatori sanitari si è notevolmente accresciuta di fronte allo sviluppo della scienza, e "trova la sua ispirazione profonda e il suo sostegno più forte proprio nell'intrinseca e imprescindibile dimensione etica della professione sanitaria", così l'Enciclica *Evangelium vitae*, n. 89.

¹⁸⁸ F. Mantovani, *op.cit.*, p. 399. L'art.9 della legge 194 prevede che non possa essere assolutamente rifiutata l'interruzione della gravidanza quando la donna si trovi in pericolo di vita.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

posto dalla legge¹⁹⁰. Per queste ragioni, lo Stato dovrà operare una valutazione per comprendere fino a che punto l'obiezione è accettabile, alla luce della *fungibilità* della condotta obiettante. L'obiezione può *anche* avere un significato politico (che è quello proprio della disobbedienza civile), che deriva dal suo essere testimonianza di determinati valori, in questo modo con il loro comportamento gli obiettori "partecipano" al dibattito sulle questioni attorno alle quali ruota l'obiezione, ma l'ultima parola spetta al legislatore. L'obiezione, specialmente *contra legem*, è una richiesta di rispetto¹⁹¹ e permette di portare all'attenzione dell'opinione pubblica, ma anche dei governi, dei valori che, in quel momento, non sono condivisi, o sono recessivi a favore di altri. Ma la parola spetta al legislatore o alla magistratura, per quanto si è visto in questo capitolo, che devono poter riconoscere l'obiezione alla luce dei limiti indispensabili perché si possa parlare di obiezione (non si può negare la vita umana con la propria obiezione, verrebbe meno la relazione necessaria alla coscienza) e di *vera* obiezione, oltreché *sostenibile*. Questo non significa che l'obiettore non possa obiettare, anche nel caso in cui la sua obiezione non fosse riconosciuta, moralmente è legittimato ad obiettare, ma sopporterà le conseguenze previste dall'ordinamento; in vista di una futura e possibile considerazione della sua obiezione.

Quando il legislatore ha realizzato il bilanciamento tra i vari beni in gioco, l'obiettore chiaramente avrà minori pretese da poter avanzare è più l'atto è indiretto, maggiore sarà la possibilità per l'ordinamento di pretendere, da lui, la prestazione rifiutata qualora non vi fosse la possibilità di adempimento da parte di altri.

3.6 Obiezione *vs.* obblighi professionali: è realmente un conflitto da azzerare?

A fronte delle varie difficoltà che si sono incontrate e che rendono difficile una soluzione equilibrata che possa tutelare pienamente il coinvolgimento morale dei soggetti, che si inseriscono all'interno della catena causale che porta alla concretizzazione dell'attività ritenuta im-

¹⁹⁰ P. Veronesi, *op.cit.*, p. 407

¹⁹¹ E. Ceva, *L'obiezione di coscienza contra legem come una rivendicazione di rispetto*, *op.cit.*, p. 117.

morale, la soluzione che da diversi è stata prospettata, con riferimento specifico alle attività sanitarie¹⁹², è che questi soggetti si astengano dall'entrare a far parte di queste stesse professioni¹⁹³. Questa soluzione è portata avanti da coloro che criticano la teoria moderata dell'obiezione di coscienza, perché non tutelerebbe realmente la coscienza degli operatori sanitari, i quali non avrebbero altre soluzioni, se non quella di astenersi dallo scegliere questa strada. In questo senso, taluni sostengono che i giovani laureati, che hanno iniziato gli studi quando l'aborto era legale, non avrebbero materia per dichiararsi contrari, avendo la possibilità di cambiare la facoltà universitaria. È evidente che questa conclusione andrebbe estesa a tutte le professioni, per cui un soggetto dovrebbe prospettarsi le possibili ipotesi di conflitto che potrebbero portarlo a sollevare obiezione; cosa che, oltre ad essere complicata (certo, per alcuni mestieri, è più facile sapere quali comportamenti potrebbero portare il lavoratore ad obiettare), non considera che il conflitto non è del tutto eliminabile: se il lavoratore deve sempre tentare una composizione tra i propri doveri morali e gli obblighi della professione, vi saranno sempre delle situazioni in cui il contrasto può venire a crearsi. Ma non basta, perché si deve anche guardare ai beni che vi sono in gioco e alla reale *vocazione* di ciascun lavoro, o per meglio dire, agli obblighi che realmente attengono alla sua natura.

Sicuramente, evitare di intraprendere una determinata carriera è una delle soluzioni possibili, anzi è la più semplice, perché elimina alla radice il conflitto. Ma non considera che, in questo modo, si costringe la persona a rinunciare alle aspirazioni di una *vita* a fronte del rifiuto di un obbligo che potrebbe non essere il principale nella professione; non tiene conto del valore che con l'obiezione si mette in rilievo e che potrebbe non essere incompatibile con i principi cardine della professione esercitata; potrebbe rappresentare una perdita di 'energie' positive per la società.

Le professioni liberali, ma tutte le professioni in genere, sono scelte su base volontaria, per cui si è semplicemente liberi di non scegliere

¹⁹² L'ambito sanitario è quello fortemente criticato, ma non sembra potersi negare che questi giudizi siano viziati dallo scontro politico ed ideologico che connota i due fronti (*prolife*, da un lato, e *prochoice*, dall'altro) e che non permette di affrontare in modo imparziale il problema.

¹⁹³ Vedi, fra gli altri, F. Minerva, *op.cit.*; J. Savulescu, *Conscientious objection in medicine*, *BMJ*, 332: 294-297, 2006.

una determinata professione, qualora richieda di compiere attività che sono in contrasto con la propria visione di vita¹⁹⁴. Tralasciando il fatto che l'obiezione, almeno nel momento in cui viene introdotta nell'ordinamento, si applica a soggetti che si trovano costretti ad adempiere ad un nuovo obbligo, e permette, quindi, di evitare che questi professionisti debbano affrontare un insanabile conflitto tra i propri convincimenti interiori e l'obbligo lavorativo, improvvisamente introdotto dal legislatore; non si vuole negare l'importanza, da un lato, del *tipo* di professione che l'individuo sceglie e, dall'altro, la rilevanza di una scelta consapevole, che tenga conto delle mansioni che si sarà chiamati a svolgere. Tuttavia, quando vi sono in gioco questioni etiche notevoli, le quali attengono, per giunta, all'essenza del mestiere che viene svolto - e non si tratta di semplici disaccordi -, non sembra corretto dover costringere un soggetto a scegliere tra le proprie aspirazioni lavorative e i propri valori; bensì deve essere possibile un compromesso, che tenga conto della relazione che intercorre tra la professione *in toto* considerata e il comportamento che si intende obiettare. Non è così convincente neppure l'affermazione secondo cui ognuno ha un diritto a provare ad intraprendere una certa professione, ma non che quelle aspirazioni siano coronate da successo¹⁹⁵; la frase richiederebbe una precisazione: non si ha un diritto a realizzare *ad ogni costo* le proprie aspirazioni, ma si ha un diritto a far sì che lo stato non impedisca di realizzare i propri obiettivi - quando questi sono meritati - a causa dei propri convincimenti, in quelle particolari materie che il legislatore stesso è consapevole possano implicare dei giudizi soggettivi di non ammissibilità.

Questo non significa che nella scelta del proprio mestiere non si debbano considerare gli obblighi a cui si sarà tenuti, ma è necessario valutare in che cosa consiste l'obbligo che intendo rifiutare e l'incidenza che ha sulla professione. Per fare un esempio scontato: se un soggetto è affascinato dalla professione di avvocato penalista, ma, per una convinzione personale, ritiene di non poter assolutamente difendere chi si è macchiato di un crimine, è chiaro che dovrà astenersi dall'intraprendere quella strada (magari occupandosi del ramo civilistico), perché signifi-

¹⁹⁴ P. Donatelli, *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, in P. Borsellino, L. Forni e S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto, op.cit.*, p. 97.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 99.

cherebbe negare l'essenza stessa della professione e rifiutare il compito principale. Ancora, un'ipotesi che non si è mai verificata, ma non è impossibile: Tizio è giudice presso il Tribunale di X e si occupa di diritto di famiglia, tra i suoi compiti principali vi è anche quello di decidere le separazioni, i divorzi e così via. Per motivi di coscienza, ritiene di non poter rendersi responsabile di un divorzio; anche in questo caso è chiaro che il comportamento di Tizio diventa incompatibile con quella determinata funzione, sarebbe opportuno si spostasse in un altro ramo del diritto civile.

Diversa è la situazione del medico: questi ha come scopi principali la cura e la tutela della vita dei suoi pazienti. Se si guarda alla specifica specializzazione del ginecologo, non si può contestare che la sua funzione principale ed essenziale sia la cura della vita nascente e della maternità¹⁹⁶, nonché delle patologie che interessano la donna e il feto; l'aborto si presenta come *extrema ratio* – anche incompatibile con la vita nascente – (questa è, del resto, la posizione della stessa legge 194/1978 che all'art. 1 afferma la tutela della vita umana).

Quindi, per capire se l'obiezione sia compatibile o meno con la professione scelta, non si deve pretendere che ogni conflitto sia azzerato, ma si deve constatare quanto incida il comportamento obiettorio all'interno della professione nel suo complesso.

Infatti, è necessario valutare se un certo compito C sia cruciale e centrale per lo svolgimento di un dato ruolo R; cosicché il fatto che una persona scelga R ma obietti a C non indebolisce di per sé la forza della sua rivendicazione¹⁹⁷.

Riprendendo il caso del ginecologo, colui che obietta all'interruzione della gravidanza - quindi non adempie ad un obbligo previsto per il suo mestiere - può essere un buon medico che assolve pienamente a tutti i suoi compiti (la salute della donna e del feto, in poche parole la tutela della vita umana), anzi, grazie alla sua concezione della vita prima della nascita, spesso è spinto ad investire parte del suo tempo nella ricerca

¹⁹⁶ Alcuni autori sostengono che uno dei compiti primari di chi è impegnato nel settore ginecologico-ostetrico sia quello di praticare aborti: "*doctors whose primary job is to deal with termination of pregnancy*" (J. Savulescu, *op.cit.*, p. 295).

¹⁹⁷ E. Ceva, *Regole, esenzioni e coscienza*, in «Ragion Pratica», Il Mulino, Bologna, n. 40, 2013, p. 90.

di cure su cui poco si investe: le cure prenatali¹⁹⁸, o di soluzioni per poter portare a termine la gravidanza, con esiti positivi, in condizioni patologiche che, in passato, potevano determinare malformazioni del feto, e, quindi, una ragione per abortire.

Completamente diversa sarebbe la situazione in cui un medico rifiutasse di adempiere al suo ruolo fondamentale di prestare le cure a determinate tipologie di pazienti (donne, omosessuali..), motivato da convinzioni “personali”¹⁹⁹. In questi casi la rivendicazione di coscienza non potrebbe essere accettata, e non si può neppure operare il paragone con il caso del ginecologo obiettore che propone la vita, perché chi rifiuta le cure ai pazienti, per motivi che non siano sostenibili dalla stessa professione e si pongano in violazione diretta della dignità umana, non può svolgere la professione medica e, a nulla, varrebbe richiamarsi all’obiezione.

Allo stesso modo un tecnico di laboratorio che non pratica gli esperimenti sugli animali può comunque essere un buon tecnico²⁰⁰.

Il fatto che una persona scelga di diventare un medico o un tecnico di laboratorio, indipendentemente dalla sue convinzioni, e poi sia portato a chiedere esenzioni per un compito specifico, non fondamentale, non è una ragione rilevante per non riconoscere quell’esenzione per motivi seri e non opportunistici né per impedirgli di intraprendere quella

¹⁹⁸ Moltissime sono le ricerche nel settore delle cure prenatali. Ad esempio, l’opera della dott.ssa Lorella Battini, obiettrice di coscienza, ginecologa dell’Unità operativa di Ostetricia e ginecologia 2 dell’Azienda Universitaria Ospedaliera Pisana, è stata premiata a Tokyo per le sue ricerche in materia di gravidanze diabetiche e a rischio trombotico, particolarmente delle gravidanze complicate da gestosi, aventi la finalità di permettere alle donne diabetiche di portare avanti una gravidanza con esiti positivi, essendo la gestazione da parte di una donna diabetica pericolosa per il neonato, che potrebbe riportare delle malformazioni.

¹⁹⁹ Il caso di medici che rifiutino di prestare le loro cure a determinati pazienti o di studenti di medicina che rifiutino di partecipare a determinate lezioni per motivi di coscienza non è un’ipotesi irrealistica: questo è quanto denunciato in Inghilterra, dove alcuni medici appena laureati, di fede islamica, si astengono dal visitare pazienti del sesso opposto oppure studenti di medicina che rifiutano di seguire quelle parti del corso su patologie connesse con l’abuso di alcool o di malattie trasmesse per via sessuale, perché l’Islam vieta l’uso di alcool o e la promiscuità. È chiaro che si tratta di comportamenti difficilmente accettabili, anche perché sono il frutto di visioni fondamentaliste non riconosciute dagli stessi islamici. (Guido Santevecchi, *Gb messa in crisi dall’islamico obiettore. Dottori rifiutano pazienti, commessi gli alcolici e farmacisti la pillola del giorno dopo*, in Corriere della sera del 8 ottobre 2007).

²⁰⁰ *Ibidem*.

professione. Il che sarebbe non solo una discriminazione inaccettabile che implicherebbe l'esclusione, per ragioni di carattere personale, dalla possibilità di realizzare le proprie capacità secondo la propria indole personale; ma sarebbe una perdita per la società, perché quel soggetto potrebbe essere un ottimo lavoratore, che contribuisce per la crescita materiale e spirituale della società, di cui parla la nostra Costituzione all'art. 4 – non viene meno quindi ai suoi doveri – e dai cui trarrebbero vantaggi tutti i consociati; oltreché rappresentare una ricchezza perché potrebbe permettere di intraprendere strade differenti da quelle intraprese dalla scelta della maggioranza e fornire una prospettiva differente da cui guardare.

Capitolo 4

Fenomenologia dell'obiezione di coscienza

Abbiamo bisogno di una vita civile più sostanziale e più impegnata di quella cui siamo ormai abituati. Negli ultimi decenni siamo arrivati a pensare che rispettare le convinzioni etiche e religiose dei nostri concittadini significhi ignorarle [..]. Ma questo non vuol dire evitare il dissenso, bensì sopprimerlo nel nome di una forma molto ambigua di rispetto, e ciò può suscitare reazioni negative e risentimento.

(M. Sandel, *Giustizia. Il nostro bene comune*)

In questo capitolo si analizzeranno le diverse tipologie di obiezione di coscienza riconosciute nel nostro ordinamento (quindi obiezione *secundum legem*), e alcune che non hanno ancora trovato spazio in una norma legislativa e sono « rivendicate », soprattutto in materia di bioetica.

Gli ambiti in cui l'obiezione è prevista *ex lege* nel sistema giuridico italiano riguardano: l'ambito sanitario, con riferimento all'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/1978); la sperimentazione animale (legge 413/1993); la procreazione medicalmente assistita (legge 40/2004).

4.1 L'obiezione di coscienza al servizio militare: dalla legge n. 772 del 1972 alla sospensione dell'obbligo di leva

Per molto tempo, all'interno della dottrina, la trattazione dell'istituto dell'obiezione di coscienza ha coinciso con l'analisi dell'obiezione al servizio militare, prima ipotesi *secundum legem* riconosciuta nel nostro paese, la quale fu considerata il 'paradigma' di ogni fattispecie, tralasciando le peculiarità e le caratteristiche proprie di ciascuna forma di obiezione.

L'obiezione alla leva obbligatoria è un caso emblematico di come questa forma di resistenza possa incidere sull'ordinamento giuridico, ingenerando un cambiamento al suo interno, così da permettere alle minoranze di far ascoltare le proprie istanze, iscrivendole nell'agenda dei governi e portandole all'attenzione parlamentare. In Italia, infatti, non vige più (*rectius*: è stata sospesa) la leva militare obbligatoria, sostituita da quella professionale, con la legge 331 del 2000. Conseguentemente, è stata sospesa anche l'obiezione prevista, dapprima, nella legge n. 772 del 1972, in seguito, dalla legge n. 230 del 1998. Si tratta di una *sospensione*, perché non vi è stata l'abolizione del servizio militare obbligatorio. Per questa ragione, residua ancora la possibilità di esercitare l'obiezione nei confronti delle ipotesi di reclutamento obbligatorio.¹ Per quanto abbia perso la sua centralità, questa fattispecie vanta ancora un certo interesse, sussistendo delle ipotesi residuali per il suo esercizio; ma, in particolare, per il carattere simbolico e per l'importanza che ha rivestito, soprattutto in termini di principi generali, che sono stati fissati dalla giurisprudenza, e a cui si deve guardare anche nelle altre ipotesi. La previsione di questa obiezione ha rappresentato il primo passo verso il riconoscimento della libertà di coscienza, nono-

¹ “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” (art. 2 lett f) della legge 331/2000).

stante si inserisse in un'ottica di *tolleranza* piuttosto che di libertà, di un *beneficio* più che di un *diritto*.²

Molti sono stati i punti criticati di questa disciplina, tra i più importanti si ponno ricordare: la maggiore durata del servizio civile "sostitutivo"(18 mesi) rispetto alla leva obbligatoria (12 mesi), ritenuto poi incostituzionale dalla Corte.³; la presenza di una commissione ministeriale che doveva valutare «la fondatezza e la sincerità dei motivi».⁴ Con riguardo a quest'ultimo aspetto, la giurisprudenza, sia ordinaria che costituzionale, è intervenuta a fissare dei paletti importanti, dei quali tenere conto quando si prospetti l'ipotesi di un organo che filtri le richieste di obiezione, come strumento per vagliarne la sincerità e l'opportunità. Inizialmente il giudice comune, nello specifico il Consiglio di Stato⁵, ha limitato il sindacato di questa commissione al solo apprezzamento della non manifesta infondatezza dei convincimenti e dei motivi adottati dagli obiettori, con il risultato che l'onere della prova doveva gravare sulla commissione, e non sull'obiettore. Questa soluzione, da più parti criticata, implicò, in effetti, un notevole aumento delle richieste di ammissione al beneficio; ma si trattava di una scelta, utilizzando un termine qui improprio, a "rime obbligate", se pensiamo che l'ordinamento debba astenersi dall'entrare nelle pieghe più intime dell'animo umano: sia perché non ha gli strumenti adeguati, a meno di non usare mezzi che sarebbero invasivi e lesivi della dignità umana, sia perché non gli compete. Successivamente, la Corte Costituzionale intervenne, con la già citata sentenza 470 del 1989, dichiarando incostituzionale la durata maggiore del servizio civile, in quanto discriminatoria e ostacolo "*alla libera manifestazione del pensiero*"⁶. Ridimensionò così gli oneri gravanti sull'obiettore, aprendo la strada all'idea dell'obiezione come diritto costituzionalmente garantito, per il quale non dovrebbero essere previsti particolari oneri.

² V. Turchi, *op.cit.*, p. 92.

³ Sent. 31 luglio 1989, n. 470, che ha dichiarato illegittima la diversa durata in quanto discriminatoria.

⁴ Art. 3 legge 772/1972. Si è già avuto modo di sottolineare che lo Stato difficilmente può pretendere di ergersi a "giudice delle coscienze": non solo per l'inevitabile inefficacia di una tale operazione, ma anche per la libertà insopprimibile degli individui, intesa sia fisicamente che moralmente.

⁵ Ad.plen. del 24 maggio 1985, n. 16, in *Foro it.*, 1985, III, 285 ss.

⁶ Così la sent. n. 470/1989.

L'impianto delineato dalla legge 772/1972 è cambiato con la nuova legge 230/1998, che fa propri gli sviluppi giurisprudenziali, inserendo all'art. 1 un regime *incondizionato* di riconoscimento dell'obiezione di coscienza⁷, oltretutto riconoscerla espressamente come esercizio del diritto alla libertà di coscienza, prevista dalle varie dichiarazioni internazionali. Questo si accompagna all'eliminazione della commissione esaminatrice dei motivi, i quali continuano ad essere richiesti, ma vanno solamente dichiarati e non vengono più "giudicati".

Si prevedono, inoltre, una serie di ipotesi, in perfetta armonia con il contenuto della coscienza degli obiettori contrari all'uso delle armi, che rappresentano una logica conseguenza della scelta obiettorica, e funzionano, anche, come opportuni oneri per la sincerità della scelta: si disciplina la possibilità di essere richiamati in servizio in caso di pubblica calamità o di essere assegnati alla protezione civile o alla Croce rossa, poi si prevedono alcuni divieti legati alla detenzione di armi e ad ogni attività che ne comporti l'uso, la fabbricazione e la commercializzazione. È incluso anche un sistema sanzionatorio, sia penale che disciplinare, nei confronti di chi rifiuta il servizio civile⁸.

⁷ 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 e dalla Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, opponendosi all'uso delle armi, non accettano l'arruolamento nelle Forze armate e nei Corpi armati dello Stato, possono adempiere gli obblighi di leva prestando, in sostituzione del servizio militare, un servizio civile, diverso per natura e autonomo dal servizio militare, ma come questo rispondente al dovere costituzionale di difesa della Patria e ordinato ai fini enunciati nei "Principi fondamentali" della Costituzione. Tale servizio si svolge secondo le modalità e le norme stabilite nella presente legge.

⁸ Ai sensi dell'art. 2 l'obiezione di coscienza al servizio militare non è esercitabile da parte di coloro che : "a) risultino titolari di licenze o autorizzazioni relative alle armi indicate negli articoli 28 e 30 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modifiche ed integrazioni, ad eccezione delle armi di cui al primo comma, lettera h), nonché al terzo comma dell'articolo 2 della legge 18 aprile 1975, n. 110, come sostituito dall'articolo 1, comma 1, della legge 21 febbraio 1990, n. 36. Ai cittadini soggetti agli obblighi di leva che facciano richiesta di rilascio del porto d'armi per fucile da caccia, il questore, prima di concederlo, fa presente che il conseguimento del rilascio comporta rinuncia ad esercitare il diritto di obiezione di coscienza; b) abbiano presentato domanda da meno di due anni per la prestazione del servizio militare nelle Forze armate, nell'Arma dei carabinieri, nel Corpo della guardia di finanza, nella Polizia di Stato, nel Corpo di polizia penitenziaria e nel Corpo forestale dello Stato, o per qualunque altro impiego che comporti l'uso delle armi; 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

Una legge ben organizzata, con la quale si dà spazio ad un'obiezione che non rappresenta un privilegio ed è pienamente inserita all'interno dell'ordinamento, coerente con il valore di fedeltà e difesa della Patria, secondo modalità differenti.

Questa obiezione si caratterizza anche per quel fine che più volte abbiamo ripetuto: il tentativo di partecipare alla dialettica politica, con l'apporto dei propri valori e il tentativo di modificare la legge (non modificando, per forza, completamente la scelta di base del legislatore, ma richiedendo anche una maggiore compatibilità con i valori proclamati dall'obiettore), perché si ritiene che certi principi debbano essere alla base di tutta la società. Il rifiuto del servizio armato non implica il venir meno del dovere di solidarietà e di difesa, ma propone un sistema di difesa differente rispetto a quello rivendicato dalla maggioranza, all'insegna dell'assenza dell'uso della violenza. Non c'è solo una prospettiva individuale, ma l'obiettivo di un cambiamento complessivo⁹.

Con la legge 331 del 2000 e il d.lgs. n. 215 del 2001 l'obbligo di leva è stato temporaneamente sospeso, per cui il servizio militare è prestato solo su base volontaria; di conseguenza non si può più parlare di obiezione di coscienza, tranne nel caso di cessazione della sospensione.

Alcuni autori, guardando al contenuto dell'obiezione, hanno sottolineato come quella al servizio militare obbligatorio si configuri come un *diritto*, mentre quella all'aborto come un vero e proprio *dovere*, che giustificerebbe l'assenza di possibili oneri¹⁰. Senza dubbio, nel caso del servizio militare si deve fare un'aggiunta: se è giusto lo sforzo di eliminare la violenza e rifiutare la guerra, che può arrivare fino alla scelta estrema del singolo individuo di rifiutare ogni azione violenta e di accettare la morte anche in caso di aggressione (scelta nobile e legittima, che ha caratterizzato, e continua a caratterizzare, i martiri, non

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.

⁹ E. Rossi, *op.cit.*, p. 81. L'autore ricorda che il duplice fine dell'obiettore è stato riconosciuto in una sentenza della Corte costituzionale, la n. 164/1985. Il servizio civile, l'alternativa "visione della difesa della patria" dell'obiettore, acquista piena dignità e viene accolta dall'ordinamento, assumendo "altresì il valore testimoniale di scelta indicante un obiettivo complessivo di mutamento della difesa nazionale".

¹⁰ Fra gli altri, V. Possenti, *L'obiezione di coscienza oggi: op.cit.*; S. Cotta, *Coscienza e Obiezione di coscienza (di fronte all'antropologia filosofica)*, in B. Perrone, *op.cit.*

solo cristiani, ed è stata propria dell'azione nonviolenta teorizzata da Gandhi); è innegabile che la legittima difesa, a cui l'individuo può rinunciare per sé, "con un libero atto *supererogatorio*"¹¹, non può essere rifiutata per o in nome di un'altra persona, soprattutto se si ha una responsabilità nei confronti di un altro essere umano in una condizione di debolezza: se per se stessi si può accettare la morte, non si può decidere o costringere altri al martirio, anzi si ha l'obbligo morale di difendere la vita altrui: in caso di aggressione un padre ha il *diritto*, ma soprattutto il *dovere* di difendere i suoi figli; lo Stato ha il dovere di difendere la vita delle persone che gli sono affidate¹². Non si intende fare un elogio, almeno non più del dovuto, della legittima difesa, tale da sostenere che vi siano alcuni soggetti titolari di un dovere di tutelare la vita altrui, sopprimendo quella di un altro essere umano; ovviamente la legittima difesa, anche in questi casi, può essere legittima solo alla luce dei suoi requisiti, primo fra tutti la proporzionalità, altrimenti si giungerebbe all'aberrante conclusione di dover riconoscere che, in determinate situazioni, un soggetto ha un vero e proprio dovere giuridico di uccidere, per difendere la vita di altri. Ma quello che sottolinea una parte della dottrina è che nei confronti dell'aborto sussisterebbe sempre il dovere di obiettare, in quanto è doveroso salvaguardare la vita umana, soprattutto quando questa è più fragile e da parte di chi professionalmente ne ha assunto la cura (lo stesso principio sarebbe estensibile all'eutanasia ed a quei casi di trattamenti sanitari indispensabili a salvare la vita di minori o incapaci, a cui si oppongono genitori o tutori per ragioni di coscienza); mentre per l'ambito militare l'idea della "testimonianza profetica" non è estendibile ad un'intera popolazione, poiché comporta la rinuncia totale alla propria legittima difesa, per cui, escluso ogni ricorso ad armi nucleari e ad armi di distruzione di massa, non resterebbe che il problema della *difesa* della popolazione e del territorio che vengono minacciati dall'esterno e che difficilmente potranno essere difesi, da forze armate solo volontarie e professionali¹³. Per cui, non

¹¹ S. Cotta, *op.cit.*, p. 119.

¹² Il dilemma della difesa legittima in caso di aggressioni è sempre attuale: si pensi a quello che sta accadendo oggi a fronte dell'avanzata dello Stato Islamico dell'Iraq e al-Sham (ISIS) che sta perseguitando i cristiani, la minoranza sciita dei turcomanni e le varie popolazioni. Come si fa a negare la necessità di difendersi e di *difendere*, anche militarmente, da quelle forme di fondamentalismo?

¹³ S. Cotta, *op.cit.*, p. 117.

solo il principio del non-uccidere verrebbe vanificato, ma addirittura con l'obiezione di coscienza al servizio militare verrebbe anche violato il principio di uguaglianza, non essendovi la possibilità di paragonare il peso umano enorme che grava sul militare, rispetto a quello dell'obietto- re. Di conseguenza, risulta ingiustificato lo svilimento del principio della *legittima difesa*, mentre sarebbe ragionevole la previsione di una prestazione alternativa più gravosa in capo all'obietto- re, proprio per il sacrificio che comporta il servizio militare, che rimane una forma tipiz- zata del dovere di difendere la Patria. Una posizione non pienamente condivisibile, perché pretendere dall'obietto- re al servizio militare (che, tra l'altro, è quello che fino ad ora ha subito maggiori conseguenze dalla sua scelta) un onere maggiore rispetto ad altre tipologie di obiezioni sa- rebbe, dal punto di vista del diritto positivo, discriminatorio: entrambe le obiezioni - all'aborto e alla leva obbligatoria - sono delle 'violazioni' di precetti posti legittimamente dallo stato, che hanno a riferimento il principio del non-uccidere. Mentre può essere corretto affermare che, da un punto di vista morale, se si considera la vita umana esistente fin dal suo inizio, è un obbligo assoluto quello di obiettare all'aborto - il quale appunto non richiederebbe un servizio sostitutivo perché l'attivi- tà del personale sanitario obiettore costituisce specifico adempimento dei doveri di solidarietà - o ad altre forme di intervento sulla vita e sul- la struttura genetica umana; il servizio militare può essere funzionale *anche* alla legittima difesa della 'Patria', intesa come un aggregato di persone, unite da un vincolo di reciproca appartenenza, per cui que- sto tipo di obiezione non si configurerebbe come un dovere assoluto, piuttosto come un diritto, per giunta non universale e necessitante di motivazione¹⁴. Il presupposto di questa concezione è che vi siano delle guerre né necessarie né obbligatorie, ma giuste, nel senso di moralmente lecite, appunto perché di difesa¹⁵; da ciò l'idea che l'obiezione alla leva obbligatoria possa meritare un trattamento differenziato, maggiormen- te gravoso. Ma anche le guerre di difesa, che comportano il sacrificio di uomini sicuramente innocenti, sono realmente giuste?

¹⁴ V. Possenti, *op.cit.*, p. 171.

¹⁵ *Ibidem.*

4.1.1 *Segue...l'obiezione totale*

Diversi sono stati i casi di soggetti che, di fronte all'obbligo di svolgere forme alternative al servizio in armi per adempiere al dovere di difesa della Patria, hanno rifiutato la prestazione di qualunque servizio imposto dallo Stato. Questi obiettori sono detti obiettori "totali" e, inizialmente, erano sottoposti ad una specifica ipotesi di reato introdotta con la legge 772/1972 che all'art. 8 recitava: "*Chiunque, ammesso ai benefici della presente legge, rifiuta il servizio militare non armato o il servizio sostitutivo civile e' punito, se il fatto non costituisca piu' grave reato, con la reclusione da due a quattro anni.*"; con questo articolo si esonerava l'obiettore dal prestare in ogni caso il servizio militare, come era precedentemente stabilito e si evitavano una serie di condanne 'a catena', a cui dava origine la precedente disciplina. La Corte costituzionale è intervenuta, con la sent. 409 del 1989, dichiarando l'illegittimità del primo comma di questo articolo 8, laddove determinava la pena edittale più grave (da due a quattro anni) rispetto a quella prevista dall'art. 151 c.p.m.p., e perciò dichiarata *manifestamente irrazionale*. La Corte introdusse all'art. 8 la stessa pena dell'art. 151; questa scelta, però, ha mantenuto l'irrazionalità dell'art. 8, perché si ponevano sullo stesso piano due reati di gravità differente, senza tenere conto che l'obiettore totale rifiuta un obbligo che non è in contrasto con la propria coscienza, ma, anzi, viene meno ai doveri di solidarietà, che non possono essere rifiutati e che una sincera obiezione di coscienza non dovrebbe rifiutare.

4.2 **La (falsa) pretesa di neutralità dello stato in campo bioetico.**

Con lo sviluppo delle nuove tecnologie, soprattutto in campo biomedico, si è ampliato il numero delle ipotesi in cui possono sorgere conflitti di coscienza, perché, a fronte di una sempre maggiore sofisticatezza delle tecniche e della loro applicazione a tutto l'arco della vita umana (dal momento iniziale del concepimento fino al limite estremo della morte), diventa inevitabile l'intervento del legislatore nel disciplinare l'utilizzo di queste tecniche. Dal momento che la medicina può intervenire sugli aspetti più delicati della vita di una persona (interrompendone lo svi-

luppo iniziale; prolungando la vita e interrompendola attraverso l'uso di specifiche macchine..), si pongono una serie di drammi alla coscienza degli operatori. Del resto, i casi tipici e più urgenti che si pongono alla coscienza, che non può prescindere dalla sua relazionalità interumana, sono quelli legati alle tematiche della vita e del principio del non-uccidere, che è la violazione massima della relazione interpersonale.

L'atteggiamento, che si sente spesso rivendicare da parte dello Stato, è quello della neutralità nei confronti delle grandi questioni etiche, riconoscendo una vasta gamma di libertà. L'errore sta proprio in questo presupposto: non è possibile essere neutrali di fronte a queste infinite controversie.

Prendendo, ad esempio, uno degli argomenti ancora oggi più dibattuti, l'aborto, vi sono due visioni che sostanzialmente si confrontano: da un lato, chi ritiene che l'aborto comporti il sacrificio di una vita umana nascente e come tale deve essere trattato, quindi possibilmente vietato; dall'altro lato, chi ritiene debba essere permesso, lasciando alle donne la decisione, partendo dal presupposto che la disputa circa l'inizio della vita umana, o meglio della persona umana, sia prettamente etica e religiosa, per cui lo stato non deve prendere posizione, limitandosi a riconoscere la libertà per tutti di decidere.

L'idea di difendere il diritto all'aborto in nome di una neutralità rispetto al dibattito etico e religioso non è particolarmente convincente¹⁶, perché se si sostiene che il feto in via di sviluppo sia una persona, allora l'aborto rappresenta l'interruzione di una vita umana; se invece si ritiene sussista il diritto all'aborto e, anzi, si sostiene che il diritto alla vita del feto (o, se si preferisce, alla continuazione del suo sviluppo) sia recessivo rispetto a quello della madre di autodeterminarsi, si sta partendo inevitabilmente dal presupposto che la tesi, secondo cui si tratta di vita umana e perciò sacra, sia falsa¹⁷, altrimenti sarebbe un controsenso affermare la possibilità della sua soppressione, a meno di non ammettere che sia giusto eliminare una persona che non ha *determinate* caratteristiche. Da questo deriva che la tesi, che riconosce l'aborto, è presuntamente neutrale, rispetto a quella della sacralità della vita; in realtà, entrambe risolvono, in partenza, la controversia sottostante.

¹⁶ M. Sandel, *Giustizia. Il nostro bene comune*, Feltrinelli, 2013, p. 283.

¹⁷ *Ibidem*.

Alcune visioni contrarie ad una regolamentazione giuridica in materia bioetica nascono proprio da ragioni di principio, quindi per nulla neutrali. Si basano soprattutto sull'idea che lo statuto epistemologico della ricerca scientifica sia fondato sul principio di libertà, per cui ad essa non si possono opporre limiti. Secondo altri ogni intervento del legislatore deve essere escluso perché equivarrebbe all'imposizione di una determinata concezione etica rispetto alle altre, perciò ogni scelta legislativa comporta una scelta di valori e quindi ogni norma positiva esprime dei valori.

Anche la scelta che sembra più neutrale, perché si pone l'obiettivo di un compromesso, in realtà non lo è: coloro che sostengono la necessità di regolamentare le materie bioeticamente rilevanti, a patto di permettere la coesistenza delle varie visioni etiche, nel rispetto del pluralismo che connota le contemporanee democrazie, affermano un principio ben preciso, quello della tolleranza, che fa propria una determinata concezione dell'uomo rispetto ad altre possibili: la tolleranza è anch'essa una scelta precisa su come risolvere i problemi bioetici.

Nel momento in cui la scienza si impone, in maniera dirompente, sulla vita delle persone, l'ordinamento non può fare a meno di occuparsi anche di questi settori, imponendo la necessità di una precisa disciplina giuridica che elimini spazi di ambiguità e discrezionalità, anche perché i vuoti legislativi vengono comunque riempiti dai giudici. Quando vi è una pluralità di visioni, il diritto può essere un utile strumento per trovare una via di mezzo e una comune regola di comportamento, che permetta di superare certi conflitti.

4.3 L'obiezione di coscienza all'interruzione della gravidanza

4.3.1 *La legge 194 del 1978 e l'applicazione dell'art.*

9

Veniamo dunque a parlare della forma di obiezione di coscienza più conosciuta, e attualmente più dibattuta, relativa all'interruzione volontaria della gravidanza, disciplinata dalla legge n. 194 del 1978 ("*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della*

gravidanza"). Come si è già anticipato, questo tipo di obiezione - come tutte quelle che incidono direttamente sul bene della vita - vengono considerate, da diversi autori, un vero e proprio dovere, anche in nome di quella intersoggettività che caratterizza la coscienza umana e che non può negare l'elemento centrale per la sua realizzazione: l'esistenza della persona. L'obiezione all'aborto, in questo modo, amplierebbe "l'ambito dei doveri a sfavore del lecito"¹⁸; con essa si riconosce un dovere nei confronti della vita umana più fragile (o sarebbe meglio dire di chi ha maggiori possibilità di vita, perché potrebbe essere necessario scegliere tra la vita della madre e del feto, in caso di pericolo per la prima, decidendo di sacrificare la vita di quest'ultimo). Un dovere verso l'altro e verso se stessi, da intendersi non solo come dovere agli obblighi che la coscienza impone, ma anche per rispetto della sua dimensione *relazionale*.

Attualmente, il dibattito sulla legge ruota attorno all'ambito di applicabilità dell'art. 9, ossia di quella parte della legge che riguarda i soggetti a cui si applica l'obiezione di coscienza, perché è l'aspetto di maggiore interesse a fronte dell'elevato numero di obiettori che, da più parti, sono stati accusati di rendere difficile l'interruzione di gravidanza delle donne, impedendo loro di poter accedere ad un servizio garantito dal servizio sanitario pubblico.

L'ambito di applicazione *soggettivo* dell'obiezione di coscienza è trattato dal primo comma dell'art. 9, che individua il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie. Il primo comma deve essere letto in raccordo con il terzo comma del medesimo articolo, che ha ad oggetto il profilo *oggettivo* dell'obiezione di coscienza in materia sanitaria: stabilisce infatti che il personale, di cui al primo comma, è esentato dal "*compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza*", a seguito della presentazione di una dichiarazione formale.

Da queste poche righe emergono molti spunti di riflessione che possono essere sviluppati. Un primo aspetto riguarda la dichiarazione, ovvero l'*attivazione* del soggetto, che permette di qualificare questa ipotesi come obiezione di coscienza, piuttosto che come semplice opzione, in cui il soggetto è libero di scegliere quali condotte tenere (peraltro

¹⁸ S. Cotta, *op.cit.*, p. 115.

in questa legge non è previsto un obbligo alternativo, né alcun altro onere). Rispetto alla prima forma di obiezione, quella al servizio militare, che è stata riconosciuta a seguito di vari comportamenti *contra legem*, in materia di aborto l'obiezione è stata introdotta immediatamente dallo stesso legislatore, che ha, per così dire, 'previsto' quello che sarebbe stato il comportamento del personale sanitario, in linea con la maggior parte degli Stati in cui l'aborto è legale, dove le leggi prevedono la "clausola di coscienza", che consente ai medici di astenersi dalle pratiche abortive¹⁹. Proprio il fatto che sia stata prevista dal legislatore stesso, può spingere a ritenere che si tratti di un'opzione; l'opzione, però, come abbiamo detto, si avrebbe di fronte a due scelte equiparate dal legislatore per le quali i destinatari possono optare liberamente.

Gli aspetti più critici della legge, che fin dall'inizio un'attenta dottrina ha messo in evidenza, riguardano proprio l'art. 9. Queste criticità derivano anche dal fatto che l'obiezione di coscienza all'aborto si inserisce in un quadro contraddittorio, spiegabile anche con la delicatezza del tema. L'aborto dovrebbe caratterizzarsi come strumento eccezionale, tanto che si può sostenere che, per il legislatore del '78, non si potesse parlare di un vero e proprio *diritto* all'aborto (nel testo non compare mai il riferimento ad un diritto della donna ad abortire). In questo atteggiamento di cautela del legislatore e di inevitabile contraddizione (all'art. 1 troviamo il riferimento alla "*tutela (del)la vita umana dal suo inizio*", e poi in seguito si afferma la sua negazione), non poteva che uscire un istituto ambiguo dell'obiezione, caratterizzato da incongruenze, che confermano la drammaticità del gesto e la difficoltà del legislatore (di allora) nel disciplinarlo. Tutto ciò non fa perdere valore all'obiezione e non esclude la mancanza di pariordinazione tra le due condotte (ciò vale ancora di più oggi rispetto a prima): sia la Corte costituzionale, che la Cassazione hanno riconosciuto la prevalenza della libertà della donna ad autodeterminarsi, "*nel bilanciamento tra il valore (e la tutela) della salute della donna e il valore (e la tutela) del concepito, l'ordinamento consente alla madre di autodeterminarsi, ricorrendone le condizioni richieste ex lege, a richiedere l'interruzione della gravidanza*"²⁰; ma la giurisprudenza ha radicalizzato questa po-

¹⁹ Si veda, ad esempio, G. Dalla Torre, *ult.op.cit.*,p.290.

²⁰ Cass. Civ., sez. III, sentenza del 29 luglio 2004, n. 14488.

sizione, facendo una scelta chiara: nella sentenza, che ha riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni ai familiari per la nascita indesiderata di una bambina affetta dalla "Sindrome di Down"²¹, specifica la superiorità del diritto della madre rispetto alla semplice tutela del concepito, il quale è, appunto, mero oggetto di tutela e non, anche, soggetto di diritto. Quindi l'obiezione non è una semplice opzione, ma prende una posizione di fronte a due beni inconciliabili, perché, se si riconosce l'aborto, si opta per una scelta in totale distonia con la tutela del nascituro, e le due cose non sono intercambiabili, l'una è la negazione dell'altra, non è una semplice alternativa, in cui due valori sono posti assiologicamente sullo stesso piano; l'obiettore inverte questo piano, rivendicando dei diritti per il concepito. Gran parte della dottrina ritiene che la tutela della madre e della sua autodeterminazione sia superiore al diritto alla vita del concepito, tanto da leggere la legge 194 nel senso di un'apparente recessione della libertà della donna rispetto alla vita del concepito, o alla libertà di coscienza del medico²².

Chiaramente, l'ordinamento ha riconosciuto la difficoltà della scelta di abortire, rendendosi conto della necessità di depenalizzarlo e, allo stesso tempo, di disciplinarlo. In particolare, la depenalizzazione dell'aborto è stata una scelta dovuta, anche alla luce dei valori della Carta costituzionale: sia perché la decisione coinvolge l'intima coscienza della donna in un momento così delicato e drammatico, e lo strumento penale è il meno indicato in una situazione di questo tipo, sia perché il reato d'aborto era legato a concezioni fasciste di integrità della stirpe, e non di garanzia della tutela del nascituro e della dignità umana. Inoltre, non mancavano le ragioni pratiche: l'elevato numero di aborti clandestini, il rischio per la salute della donna; perciò ne è derivata la necessità di prevedere una normativa specifica, con inevitabili contraddizioni interne: da un lato, il riconoscimento del valore sociale della maternità e della tutela del nascituro, dall'altro, la possibilità di interrompere la gravidanza, negando quello stesso valore affermato all'art. 1, tentando, poi, un riequilibrio con la disciplina sui consultori, che è la parte della legge poco attuata, laddove intende il consultorio co-

²¹ F. Grandi, *Aborto farmacologico e attività di secondamento: disobbedienza intermittente nella dimensione dei doveri*, in *www.rivistaaic.it*, 2013, n. 4, p. 8. Vedi Sent. Cass. Civ., sez. III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754.

²² F. Grandi, *op.cit.*, p. 9.

me il luogo in cui si dovrebbero valutare con la donna le soluzioni per evitare l'interruzione della gravidanza. Sul piano delle possibili scelte legislative in materia di aborto, è difficile ipotizzare l'assenza di una legge: ferma restando la necessità della depenalizzazione dell'aborto, ci si chiede come l'ordinamento possa porsi nei confronti di questa pratica. Gli Stati, oggi, devono interrogarsi sulla tutela da riservare al concepito, valutando i termini che sono stati fissati, tenendo conto dei progressi e delle nuove scoperte sulla vita prenatale, ma eliminare una legge di regolamentazione dell'interruzione della gravidanza e lasciare che l'ordinamento tolleri questo comportamento, come aveva suggerito Bobbio²³, per quanto sia coerente con il principio della tutela della vita, nella migliore delle ipotesi creerebbe quelle drammatiche vicende legate all'aborto clandestino, oltretutto condannare la donna ad una condizione di solitudine in una scelta così sofferta, che richiede assistenza.

Come già accennato, l'aspetto più discusso della legge riguarda i soggetti ai quali è riconosciuta la possibilità di obiettare. L'approccio della dottrina, e della giurisprudenza, in materia, si è orientato in senso opposto a quanto è accaduto per la leva obbligatoria, dando spazio ad un'interpretazione prevalentemente restrittiva.

All'interno della legge troviamo i limiti oggettivi della condotta obiettante, già evidenziati nel capitolo precedente. L'articolo 9 parla di attività *specificamente e necessariamente* dirette a determinare l'interruzione della gravidanza: per poter essere rilevanti devono essere teleologicamente rivolte a quello specifico fine e devono rappresentare *conditio sine qua non* dell'intervento abortivo. Le attività precedenti che si inseriscono occasionalmente e/o, sulla base delle considerazioni svolte, non sono prossime all'evento sono escluse dalla "clausola di coscienza". A questo proposito, alcune attività antecedenti, che riguardano attribuzioni generiche, quali l'alimentazione, il mantenimento dell'igiene personale della paziente destinataria dell'aborto, non possono, in alcun modo, essere oggetto di obiezione di coscienza²⁴. Ma dovrebbero essere escluse anche quelle attività che, solo incidentalmente, intervengono nel processo causale, come ad esempio le analisi di laboratorio e

²³ N. Bobbio, intervista rilasciata al *Corriere della sera*, l'8 maggio 1981. In questa intervista Bobbio ricorda che ciascuno è libero di agire sul proprio corpo, ma non su quello altrui, sostenendo con vigore il principio del 'non-uccidere'.

²⁴ F. Mantovani, *op.cit.*, p.401.

l'elettrocardiogramma. Parte della giurisprudenza si è pronunciata in questo senso, ritenendo responsabile del reato di omissione o abuso di atti d'ufficio, *ex art.* 328 c.p., il medico che si era rifiutato di effettuare un elettrocardiogramma preventivo rispetto all'IVG²⁵. Il caso delle analisi di laboratorio, invece, è stato ritenuto suscettibile di estensione dell'obiezione, qualora le analisi fossero strettamente connesse con l'interruzione della gravidanza²⁶.

Più complessa è la questione che riguarda le attività consultoriale, previste dall'art. 5 e dall'art. 7 della legge. Una recente sentenza del TAR Puglia ha annullato²⁷ la delibera della giunta regionale del 25 marzo 2010, con cui si chiedeva di integrare l'organico di alcuni consultori, individuati dalle ASL, con ginecologi e ostetriche "non obiettori", e i relativi atti della Asl di Bari, con cui venivano esclusi dalla presenza nei consultori ambulatoriali i medici obiettori di coscienza, per violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza, nonché per la lesione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), dei principi alla base dell'obiezione di coscienza (artt. 19 e 21 Cost.) e con l'art. 4 Cost. relativo al diritto al lavoro.

La sentenza è, da un lato, interessante perché sottolinea come l'esclusione dai bandi di concorso non sia il sistema idoneo per arginare il fenomeno degli obiettori di comodo e dell'alto numero di obiettori, suggerendo, invece, la possibilità di prevedere dei bandi, in cui la metà dei posti disponibili sia riservata ai medici non obiettori. Dall'altro lato, i giudici hanno affermato che la presenza di obiettori all'interno dei consultori è irrilevante, nel senso che all'interno di queste strutture l'obiezione di coscienza non si applica, in quanto opera unicamente per l'interruzione della gravidanza in senso stretto, e non per le attività consultoriale, ribadendo l'interpretazione restrittiva che parte della giurisprudenza ha fatto propria. Invero, se per le attività del consultorio

²⁵ Pret. Ancona, ottobre 1979, in *Giur.mer.*, 1982, II, 972. Anche da un punto di vista morale, questo intervento non è un atto che ha una rilevanza determinante, anzi può essere visto come un intervento a tutela della vita della donna: in una situazione del genere il medico si limita a valutare le condizioni di salute per eventuali complicazioni, il suo intervento potrebbe non esserci, ma è giustificato dalla salvaguardia della salute della donna, che deve intraprendere un intervento chirurgico e deve essere seguita alla stregua di tutti coloro che subiscono degli interventi.

²⁶ TAR Emilia Romagna, 29 gennaio 1981, n. 30 in *Trib. amm. Reg.* I, 961.

²⁷ TAR Puglia, sez.II, 14 settembre 2010, n. 3477, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

si intendono quelle di informazione, consulenza e assistenza psicologica o di accertamenti e visite ginecologiche, è legittimo *non* estendere l'art. 9, perché tali comportamenti non sono idonei, di per sé, a ledere né l'integrità morale del medico né la vita del concepito, anzi dovrebbero rappresentare un'occasione per dialogare con la donna, descrivendole le varie opzioni, e per adempiere, in tutta la sua portata, alla legge 194 che su questo punto risulta poco attuata, anche da parte dei medici obiettori, che sarebbero particolarmente indicati a svolgere il compito previsto dall'articolo 5: "*Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto..* Questi compiti dovrebbero essere realizzati da parte del non obiettore e dell'obiettore, che, nel rispetto della libertà della donna, individuano quelle che sono le possibilità che questa ha a disposizione, tra cui sì l'aborto, ma anche altre possibilità²⁸; ma, anche, a che cosa va *obiettivamente* incontro scegliendo l'aborto²⁹.

²⁸ Si potrebbe ribattere che questa è cooperazione al male, perché il medico prospetta come soluzione esattamente quello che è l'effetto indesiderato; in realtà non sembra essere corretta questa impostazione, perché la donna che si presenta al consultorio e intende abortire, sa già ovviamente dell'esistenza della possibilità di abortire, il medico in lei non istiga questo comportamento, ma adempie ad un compito di *umanità* rispettando la libera scelta altrui, ma aiutandola a valutare nella direzione della scelta contraria all'aborto, fornendo l'aiuto necessario alla donna per eliminare ciò che la indurrebbe ad abortire (regola non solo di buon senso, ma contenuta nella stessa legge).

²⁹ Spesso non vengono indicati i vari metodi utilizzati per praticare l'aborto, che dovrebbe essere un diritto della donna sapere, per permetterle di *capire* e di essere pienamente *responsabile* del gesto; inoltre dovrebbe poter sapere quali conseguenze possono avere questi metodi, che sono di vario genere, da quelli meno a quelli più invasivi, che comportano anche un diverso livello di coinvolgimento emotivo. Si varia dall'aspirazione manuale, la quale viene effettuata all'inizio della gravidanza, che serve per aspirare l'embrione, fino alla dilatazione ed evacuazione, che è una

Ma la polemica sulle attività consultoriali ruota attorno al documento che viene rilasciato dal medico che attesta la gravidanza e le condizioni per procedere all'interruzione; recita, infatti, l'art. 5 comma 3: "*il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciato ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate.*", e al certificato che attesta la situazione d'urgenza, in presenza della quale la donna può procedere all'intervento, senza soprassedere per i sette giorni previsti nelle condizioni normali (sempre l'articolo 5 comma 3: "*Quando il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza. Con tale certificato la donna stessa può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare la interruzione della gravidanza.*").

Il problema nasce, in gran parte, dall'assenza, nell'art. 9, di condizioni soggettive all'astensione dei soggetti individuati, che sono genericamente "*Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie*". La dottrina si divide di fronte all'estensione di questo articolo: secondo alcuni deve esserne data un'interpretazione restrittiva, poiché l'obiezione rappresenta una norma speciale ed, in quanto tale, non suscettibile di analogia³⁰; per altri, invece, l'obiezione affermerebbe un valore fondante l'ordinamento, quello della vita umana, e l'aborto costituirebbe l'eccezione, per cui l'obiezione come eccezione dell'eccezione, ripristina la regola generale, quindi pienamente interpretabile attraverso il ricorso

pratica molto invasiva, in cui il feto sviluppato - viene praticato infatti dopo il primo trimestre di gravidanza - deve essere estratto attraverso il collo dell'utero dilatato della madre, con l'uso del forcipe. Allo stesso modo, le conseguenze possono essere varie: dalle semplici emorragie, normali in piccole quantità, alle infezioni, fino ad arrivare, ormai in rari casi per fortuna, alla morte.

³⁰ P. Veronesi, *op.cit.*, p. 412. L'autore esclude la possibilità di estendere l'art. 9 al caso dei farmacisti obiettori, in quanto la legge sull'aborto è un'eccezione, per cui non può essere applicata l'interpretazione estensiva o analogica. S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. op.cit.*, in *www.rivistaaic.it*, p. 2.

all'interpretazione estensiva³¹.

Prima di procedere bisogna fare una precisazione: i movimenti *pro-life* continuano a dibattere sulla possibilità di estendere l'obiezione ai casi della documentazione e della certificazione, ma in questo modo non fanno altro che escludere gli obiettori dalle attività consultoriali in cui potrebbero essere preziosi; infatti il documento è cosa diversa dal certificato, questo attesta l'urgenza, ad esempio per lo scadere dei 90 giorni, e pone il medico in una posizione più diretta e prossima all'evento, mentre il documento è solo un atto amministrativo con il quale si prende atto della richiesta della donna e si attesta che ogni valutazione è stata proposta ai fini del superamento delle cause che la indurrebbero all'aborto, quindi è un atto con cui la donna dimostra di aver ottemperato all'obbligo di confronto che la legge richiede prima di poter procedere all'aborto.

In quest'ottica, forse, la citata sentenza del TAR Puglia non nomina, tra le attività riconducibili all'art. 5, non coperte da obiezione, il certificato del medico che autorizza all'intervento; inoltre la lettera della legge dell'art. 9 afferma esplicitamente che "*Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7*". Sicuramente il riferimento a questi articoli, come sottolinea, il TAR, è legato alle attività specificamente e necessariamente dirette all'interruzione, ma è difficile negare la specificità e la necessità del certificato con cui, di fatto, si autorizza la prosecuzione della procedura, infatti la legge stessa permette alla donna di recarsi presso le strutture autorizzate per interrompere la gravidanza, con il documento che le è rilasciato³².

La questione è molto dibattuta; recentemente è stata oggetto di forti contrasti tra l'opinione pubblica, soprattutto a seguito del decreto del Presidente della Regione Lazio, Nicola Zingaretti, in cui si ravvisa un

³¹ Fra gli altri, F. Mantovani, *op.cit.*, p. 398.

³² Nella sentenza il giudice amministrativo ha sostenuto che il medico obiettore è tenuto all'"*espletamento di quelle attività istruttorie e consultive (come ad esempio il rilascio del documento attestante lo stato di gravidanza di cui all'art. 5 legge n. 194/1978)*"; si parla solo del documento e non del certificato, che, in termini di prossimità e necessità, è sicuramente maggiormente diretto all'evento. Si potrebbe forse dedurre la possibilità per il medico di obiettare sul certificato (e non sul documento).

obbligo, per gli obiettori dei consultori, di rilascio del certificato³³. Si è giustificata la decisione affermando che queste attività non rientrerebbero nel trattamento dell'interruzione volontaria della gravidanza. Tuttavia, parlare di trattamento è molto generico ed è difficile sostenere che l'atto del medico, che dà sostanzialmente il "via libera" all'interruzione, non rientri nel trattamento. Del resto, nello stesso Allegato, laddove è indicato il percorso assistenziale per la donna che richiede IVG (punto 3, pag. 7), si possono leggere i vari compiti a cui è tenuto il personale del consultorio; da un lato, i compiti di informazione sulle procedure e le alternative possibili, a cui partecipa il personale medico, tra cui anche gli obiettori; l'accertamento dello stato di gravidanza, quindi test di gravidanza o ecografie. Fino a questo momento le attività sono generiche, non ancora dirette *strettamente* alla pratica abortiva, anzi dovrebbero rappresentare un momento di valutazione della donna per poter intraprendere strade *alternative*. Successivamente, si entra "nel vivo" del percorso, perché avviene un salto di qualità: la donna, valutate le varie opzioni³⁴, decide di proseguire con l'interruzione della gravidanza. A questo punto la pratica viene avviata e qui si inserisce il medico che rilascia il documento, oppure il certificato (spesso vengono confusi, ma sono due documenti diversi: il primo attesta la gravidanza e la richiesta della donna, la quale dovrà poi soprassedere per sette giorni; il secondo dà il via libera immediato all'operazione, perché viene adottato nei casi di urgenza), e potrebbe anche essere tenuto a prenotare l'intervento presso le strutture abilitate. Sostenere che non vi è alcun coinvolgimento morale sembra un eufemismo, ma anche dal pun-

³³ Il decreto n. U00152/2014, approvato dal Presidente della Regione Lazio, ha fatto molto discutere nella parte dell'Allegato 1, pp. 1-2, in cui ribadisce che i medici dei consultori sono tenuti alla prescrizione dei "contraccettivi ormonali, sia routinaria che in fase post-coitale, nonché all'applicazione di sistemi contraccettivi meccanici, vedi I.U.D (Intra Uterine Devices; dando una specifica interpretazione della legge 194, secondo cui, l'attività del personale medico impegnato nell'attestazione dello stato di gravidanza e la certificazione che attesta la richiesta della donna di effettuare IVG, non rientra nel trattamento dell'interruzione della gravidanza, per cui è tenuto ad effettuare tali compiti.

³⁴ La mancanza in molti consultori di un concreto aiuto per la donna a superare le difficoltà, che la determinano nella scelta - come prospettato dalla stessa legge 194 - è una carenza notevole, che determina una disapplicazione della legge, al pari del denunciato fenomeno "dell'obiezione di massa", dal momento che la legge prende in considerazione l'aborto come *extrema ratio* ed i consultori dovrebbero essere un luogo di accompagnamento della donna.

to di vista materiale. La sentenza del TAR Puglia va in senso opposto, affermando che è *irrilevante* la presenza degli obiettori nei consultori, perché non si praticano gli aborti, bensì altre attività, che qualunque medico potrebbe svolgere, di informazione, assistenza psicologica; ed è vero, questa è una funzione rispetto alla quale l'obiettore giocherebbe un ruolo importante e dalla quale non può astenersi. I movimenti per la vita hanno esultato per il risultato conseguito con questa sentenza, ma senza rendersi conto che essa sembra escludere la possibilità di obiezione nei confronti del documento. Si parla espressamente del documento, e non del certificato, che ha il carattere della prossimità rispetto all'evento ed anche della specificità e necessità. Si tratta di una svista del giudice amministrativo oppure, anche i giudici, cadono nell'errore di confondere il documento e il certificato? O forse si potrebbe pensare che anche il certificato rientri nella copertura dell'articolo 9, visto che anche il TAR non specifica che cosa si intenda per attività "*specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza*".

Sulla possibile rilevanza degli atti anteriori si potrebbe ricordare una pagina di Carlo Arturo Jemolo: «A noi pare che debba essere riconosciuto anche al portantino di rifiutarsi di spingere il carrello, su cui la paziente, verso la sala di operazione in cui verrà praticato l'aborto. Sarebbe come se in uno stato in cui fosse ammessa la pena di morte mediante fucilazione, ed ammessa l'obiezione di coscienza in chi deve eseguire la fucilazione, si dicesse poi che l'obiezione protegge chi non voglia far parte del plotone di esecuzione, ma non già l'ufficiale che deve scegliere i componenti di questo plotone e dare le disposizioni sul luogo dell'esecuzione e le misure di polizia da adottare per impedire l'assistenza di pubblico»³⁵. Sarebbe un po' pilatesco l'atteggiamento di colui che si salva la coscienza autorizzando e poi non partecipando direttamente all'interruzione della gravidanza; quindi bisogna capire in che termini l'apporto del medico si pone in relazione all'per cui andrebbe valutata la possibilità di riconoscere l'obiezione a questi atti, almeno per coloro che, in coerenza, ritengono di non potere dar luogo all'aborto. Del resto, la legge è chiara: "*il medico obiettore non è tenuto a*

³⁵ A.C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit, in V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone*, *op.cit.*, p. 105, nt. 51.

prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza", la congiunzione "e" indica che il legislatore ha distinto questi due momenti ed ha esteso la possibilità di obiettare *anche* alle procedure evidenziate; la lettura sistematica della legge, come sottolineata dal TAR, confronta questo primo comma con il terzo e porta a sostenere che possono essere rifiutate solo le attività, di cui agli articoli 5 e 7, che siano specificamente e necessariamente diretti ad interrompere la gravidanza; da ciò ne deriva l'esigenza di chiedersi se l'attività di documentazione o certificazione possa essere tale; a cui segue, per i rilievi svolti, la difficoltà di negarlo.

Per quel che riguarda le attività posteriori all'evento, è esclusa l'obiezione; recentemente la Cassazione penale è stata chiara su questo punto³⁶: chiamata a pronunciarsi in materia di aborto farmacologico (nello specifico della pillola abortiva RU486, che vedremo nei prossimi paragrafi), ha escluso la possibilità di rifiutarsi di prestare "*l'assistenza prima ovvero successivamente ai fatti causativi dell'aborto, in quanto deve comunque assicurare la tutela della salute e della vita della donna, anche nel corso dell'intervento di interruzione della gravidanza.*". Per quel che riguarda la salute e la tutela della donna l'obiettore non può rifiutarsi di compiere certe azioni che siano finalizzate ad essa, e *prescindono* dall'intervento abortivo, sia prima di esso (come l'igiene della paziente), sia a maggior ragione tutte quelle attività successive, ad aborto terminato, che non possono essere coperte da obiezione. Questo è fondamentale, perché il medico obiettore, da un lato, non può rifiutarsi di praticare l'interruzione della gravidanza (qualora questa fosse indispensabile) quando vi è un pericolo imminente per la vita della donna, e neppure rifiutarsi di assistere la donna dopo il fatto, una volta che l'aborto è avvenuto³⁷.

Questa sembra una regola, oltreché di umanità e giustificata sulla

³⁶ Cass. Pen., Sez. VI, sent. 2 aprile 2013, n. 14979.

³⁷ Deve essere condannata la vicenda che ha coinvolto una donna, Valentina Magnanti, per quanto vi siano delle perplessità sull'accaduto, a cominciare dal fatto che non sia stata sporta denuncia nel 2010, quando il fatto è accaduto; ma, lasciando da parte queste valutazioni e presupponendo che la vicenda sia avvenuta secondo quanto dichiarato dalla donna, che ha rilasciato una dichiarazione in una conferenza stampa, indetta dall'Associazione Luca Coscioni, in cui denunciava l'ospedale Pertini di Roma per averla lasciata abortire da sola in bagno, o meglio, per averla lasciata senza assistenza nella fase di secondamento, quella di espulsione del feto, ad aborto già indotto.

base della legge, anche dal punto di vista morale: gli atti in questo caso sono solo *contingenti*, il soggetto non può più impedire l'evento, ma deve occuparsi solo di chi è in vita, ovvero la donna, che dovrebbe essere esente da qualunque giudizio (del resto ci insegnano di "Amare il peccatore e odiare il peccato").

Bisogna precisare, però, l'ambiguità del riferimento della sentenza "*al corso dell'intervento della gravidanza*, perché l'obiettore non può partecipare ad alcuna attività che contribuisca all'eliminazione del feto: si deve ricordare che l'obiettivo di coloro che obiettano non è l'opposizione all'interruzione della gravidanza in sé, ma alla soppressione di quella, che è considerata una vita; si riprenderà questo aspetto parlando dell'aborto farmacologico.

Anche le fasi antecedenti, *necessarie e legate* all'assistenza funzionale alla tutela della salute e della vita della donna, non possono essere escluse: per questo motivo è difficile poter giustificare giuridicamente quelle ostetriche che si rifiutano di sterilizzare la stanza; la sterilizzazione è volta a salvaguardare la salute della donna, e potrebbe servire non direttamente per l'intervento abortivo, ma per le operazioni che avrebbero spazio *in loco*.

4.3.2 *Alcune annotazioni sui dati e il problema dell'elevato numero di obiettori*

Ogni anno il Ministero della salute pubblica una Relazione sull'attuazione della 194. In questo documento è possibile trovare una serie di dati, che normalmente vengono riportati solo parzialmente dai due fronti opposti per avvalorare quanto sostenuto da ciascuno di essi.

Questi risultati offrono uno sguardo sull'obiezione di coscienza, che, però, da una semplice lettura dei numeri non permette di trarre delle valide conclusioni; provando ad interpretarli le informazioni che si ricavano sono interessanti, ma non univoche.

Attualmente l'obiezione di coscienza viene portata sul "banco degli imputati" a causa dell'elevato numero di obiettori che impedirebbe l'applicazione della legge 194, minando la libertà di scelta della donna, il suo diritto alla salute e all'autodeterminazione riproduttiva.

Per quel che riguarda questo punto, i dati risultano stabili negli ultimi anni, e la percentuale si attesta, nel 2012, al 69,6% per i ginecologi,

47,5% per gli anestesisti e 45,0% per il personale non medico. Senza dubbio, il numero di medici obiettori è elevatissimo, ma dovrebbe essere coordinato con altri dati, perché è vero che gli obiettori sono molti, ma è anche vero che la pratica dell'interruzione della gravidanza dovrebbe essere un intervento occasionale, per cui la percentuale di medici non obiettori potrebbe bastare per coprire il servizio pubblico.

Se si guardano gli altri dati dell'ultima relazione³⁸, effettuati con un monitoraggio *ad hoc* e sintetizzati sulla base di tre parametri, "*che permettono di inquadrare l'offerta del servizio in funzione della domanda e della disponibilità di risorse strumentali e professionali*"³⁹, emergono alcuni risultati interessanti, ma non pienamente soddisfacenti. Il primo parametro riguarda "Offerta del servizio in termini di numero assoluto di strutture disponibili" ed emerge che solo in due casi, relativamente a regioni molto piccole, abbiamo un numero di punti IVG inferiore al 30% delle strutture censite [..]. Per il resto la copertura è più che soddisfacente"⁴⁰.

Il secondo parametro è riferito all' "Offerta del servizio in termini relativi rispetto alla popolazione fertile e ai punti nascita" e da cui risulta che "Considerando quindi sia il numero assoluto dei punti IVG che quello normalizzato alla popolazione di donne in età fertile, la numerosità dei punti IVG appare più che sufficiente, rispetto al numero delle IVG effettuate, tanto più nel confronto con i punti nascita. Scendendo nel dettaglio, in molte Regioni c'è, un numero maggiore di punti IVG rispetto a quello dei punti nascita (Liguria, Emilia Romagna, Toscana, Umbria), il che è addirittura in controtendenza rispetto al rapporto fra nascite e IVG. Ma anche nei casi in cui il rapporto è più basso (es.: Campania, ogni 5.1 punti nascita ci sono 1.9 punti IVG, e nel Lazio, dove ogni 3.5 punti nascita, ci sono 1.9 punti IVG), comunque il rapporto è sempre superiore a quello che ci sarebbe se si seguissero le proporzioni fra nascite e IVG. In questi due casi, comunque, si è in presenza di regioni in cui è prevista una riduzione dei punti nascita a seguito di

³⁸ Vedi www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2226_allegato.pdf.

³⁹ Così la relazione a pagina 43.

⁴⁰ In alcune regioni, la percentuale, tra le strutture di ricovero, in cui vi è il reparto di ginecologia, e quelle in cui si pratica l'IVG, è del 100%, in particolare in Liguria e Valle d'Aosta; altre regioni hanno una copertura che varia tra il 50% e il 97%

una riorganizzazione: una volta a regime, il rapporto fra punti nascita e IVG sarà più simile a quello delle altre regioni."

Infine il terzo si riferisce all' "Offerta del servizio IVG, tenuto conto del diritto di obiezione di coscienza degli operatori, in relazione al numero medio settimanale di IVG effettuate da ogni ginecologo non obiettore". Da questi dati emerge che, il carico di interruzioni di gravidanza settimanali per i non obiettori si attesta su un valore medio nazionale di 1.4 a settimana.

Il primo dato, ad una lettura superficiale, appare più che positivo, ma è un dato che deve essere valutato tenendo conto che si riferisce alla possibilità *formale* di abortire, ovvero le strutture offrono questo servizio, ma i valori indicati, peraltro in termini assoluti, dovrebbero essere confrontati con il numero di obiettori presenti in ciascuna struttura, perché se l'ente è deputato a praticare l'IVG, ma i ginecologi sono tutti obiettori è chiaro che, di fatto, la legge risulta inapplicata o difficilmente applicabile. Questi dati vengono necessariamente relativizzati, perché il campione richiede di restringere il campo alle donne fertili ed ai punti nascita: anche in questo caso il dato è positivo, però si ripropongono i problemi sopra evidenziati: quanti obiettori vi sono in ciascuna struttura? E i non obiettori bastano a coprire il carico di richieste di interruzione della gravidanza di quello specifico ente? Una prassi che si sta affermando è il ricorso a professionisti esterni laddove i ginecologi siano tutti obiettori: questi dati dovrebbero essere considerati dalla Relazione del Ministero, affinché questa sia completa e possa fornire un quadro chiaro dello stato attuale. Infine, per quel che riguarda l'ultimo dato si può brevemente osservare che il valore di 1.4 IVG a settimana non è un carico eccessivo, ma non si può trascurare ciò che "sta dietro" a questo valore: il peso emotivo e psicologico che queste pratiche possono avere sul ginecologo, che può incidere sulla qualità della sua professione; inoltre, andrebbe il valore parametrato sulle ore di lavoro dei medici obiettori, per capire quanta differenza effettivamente sussiste. In un ambito così delicato, non si possono trascurare le singole situazioni concrete: quell' 1.4 fa riferimento alla media nazionale, ma in alcune regioni il valore è molto più alto (in Lazio 4.2), perciò i provvedimenti che potrebbero essere adottati devono tenere conto delle 'singolarità', pretendendo, ad esempio, dagli obiettori di impiegare parte del loro tempo a sbrigare incombenze amministrative

che spetterebbero ai medici non obiettori.

Per quel che riguarda i consultori, invece, si può notare l'elevato numero di certificati rispetto alle altre attività, con una media nazionale del 42%.

Ciò che è maggiormente interessante ai fini di questa analisi, perché è l'unico dato che permette di capire in maniera più puntuale l'incidenza dell'obiezione sull'applicazione della legge è il tempo di attesa tra il rilascio del documento o del certificato e l'intervento, che è leggermente diminuito, come confermano i dati: " Nel 2012 è leggermente aumentata la percentuale di IVG effettuate entro 14 giorni dal rilascio del documento (61.5%), rispetto al 2011 (59.6%), ed è leggermente diminuita la percentuale di IVG effettuate dopo oltre tre settimane di attesa: 15.5% nel 2012 rispetto a 15.7% nel 2011.". Come evidenziato dalla stessa relazione, i problemi legati ad una difficoltà nell'applicazione della legge potrebbero esservi con un'elevata percentuale di tempi d'attesa superiori alle due settimane. Quindi le due settimane sono un tempo ritenuto accettabile ed indice di una discreta applicazione della legge. Questo significa che le IVG vengono svolte in un tempo abbastanza congruo, se si pensa che per ogni intervento della sanità pubblica, ad eccezione di quelli d'urgenza, è richiesto il trascorrere di un certo lasso di tempo prima della prestazione. Chiaramente bisogna capire se questo periodo che intercorre tra la richiesta e l'intervento abortivo sia positivo o meno: non è facile dirlo, perché potrebbe essere positivo in quanto permette alla donna di soprassedere ulteriormente, il che si potrebbe tradurre in una scelta più consapevole e magari anche decidendo di tenere il bambino, attraverso l'aiuto di terzi, primariamente il consultorio; dall'altro lato, potrebbe rappresentare una sofferenza ulteriore per la donna, ma è anche vero che questa particolare decisione è drammatica di per sé, non solo prima, ma dopo l'intervento, infatti aumentano i casi di depressione post aborto. A questo si aggiunga che in alcune regioni se, da una parte, aumenta il numero di obiettori, dall'altra diminuiscono i tempi di attesa, il che potrebbe indicare che non vi è una diretta correlazione tra numero di obiettori e l'applicazione della legge, ma molto dipende dall'organizzazione interna delle singole regioni.

In questa breve, ed incompleta, analisi sui dati offerti ogni anno dal Ministero, un elemento è certo degno di nota: l'elevato numero di

obiettori di coscienza, tra i quali molti sono sinceri e coerenti con la loro coscienza, disposti eventualmente ad assumersi le conseguenze e a pagare per le loro azioni (le ostetriche condannate), ma vi sono anche molti obiettori di comodo. Di questo dato bisogna prendere atto e non dovrebbe essere nascosto, soprattutto da chi è obiettore sincero. Questa situazione concreta fa pensare alla necessità che si prendano dei provvedimenti nei confronti di un'obiezione che non può essere a costo zero. Per alcuni autori, la prestazione alternativa è un elemento strutturale dell'obiezione stessa. Sicuramente, a livello teorico, l'obiezione non può essere una mera esenzione da un obbligo giuridico, la disobbedienza richiede un prezzo, seppur minimo, ed in questo caso l'ordinamento deve pretendere, prima di tutto, la coerenza dell'obiettore, il quale richiede un riconoscimento dei contenuti della sua coscienza e professa dei valori che richiedono il massimo rispetto, non meritano di essere sfruttati da chi li utilizza per biechi scopi personali: se la totale coerenza umana non è possibile, in questi casi l'ordinamento deve pretenderla per i beni che vi sono in gioco. Una coerenza che deve essere richiesta anche a coloro che si dichiarano non obiettori e che, talvolta, per oscure ragioni, non praticano gli interventi (questo è quanto denunciava la LAIGA con riferimento alla regione Lazio⁴¹) L'opportunità o meno di prevedere una prestazione alternativa, piuttosto che altri oneri, è una scelta che forse appartiene alle specifiche esigenze fenomenologiche, volte a fronteggiare il fenomeno delle obiezioni di comodo, così da "testare" la sincerità dell'obiezione.

Un elemento che dovrebbe essere sempre presente sono delle forme di sanzioni, coerenti con il contenuto della coscienza che obietta e che potrebbero funzionare da deterrente a chi fa un uso inappropriato di questo strumento. Abbiamo già parlato a livello teorico-generale della gravosità dell'obiezione, qui si suggeriscono alcuni sistemi con riferimento a quella specifica, relativa all'interruzione della gravidanza.

Attualmente l'unico onere, che rappresenta, per di più, l'elemento costitutivo basilare, affinché si possa essere in presenza di obiezione di coscienza, è l'attivazione da parte del soggetto attraverso la presentazione della dichiarazione. Questa disparità di trattamento, rispetto

⁴¹www.associazionelucacoscioni.it/rassegnastampa7aborto-consulta-decide-sullegge-194-nel-lazio-oltre-il-90-medici-obiettore.

all'obiezione alla leva obbligatoria, è stata giustificata da parte della dottrina sostenendo che l'obiezione all'aborto è un atto con cui si tutela la vita, quindi si tratta di un vero e proprio dovere, pienamente in linea con il dovere di fedeltà all'ordinamento; di conseguenza sarebbe giustificata l'assenza di un obbligo alternativo o di un qualunque altro onere in capo all'obietto⁴².

La legge esiste - potrebbe essere migliorata - e deve poter trovare una sua applicazione, anche in quelle parti che si riferiscono ai consultori; il vero problema è proprio l'assenza di una seria applicazione di quella che deve essere l'attività consultoriale: la donna dovrebbe essere seguita, aiutata, sia dallo Stato sia dalle strutture che a questo compito sono predisposte, di fronte ad una gravidanza indesiderata e spesso drammatica, pensiamo alle donne violentate, alle gravidanze di feti gravemente malati. L'obiettivo dovrebbe essere quello di ridurre il più possibile gli aborti, di renderli un'eccezionalità, e per questo ci vuole una legge che regolamenti meglio questi aspetti, un maggiore impegno, a livello di coscienza sociale, nell'educazione sessuale, nella prevenzione e nella consapevolezza del significato del gesto. L'obiezione contribuisce a trasmettere un messaggio forte in questa direzione, poi, le scelte politiche, chiaramente, devono essere prese nelle sedi opportune e se si vuole cambiare la legge lo si deve fare con un'azione politica. Fatte queste premesse, è evidente che parlando di applicazione della legge bisogna affrontare il fenomeno degli obiettori di comodo, che "macchiano" le obiezioni sincere.

Prevedere la presenza di un obbligo alternativo e sostitutivo non è facile; ma senza dubbio vi sono una serie di soluzioni che potrebbero essere adottate.

In primis, si potrebbe istituire una commissione, che, tenuto conto dei rilievi della Corte costituzionale su quella relativa alla leva obbligatoria, si occupi di fare da filtro alle richieste, escludendo quelle *manifestamente* infondate.

Inoltre, per il servizio militare sono stati previsti una serie di divieti, coerenti con il contenuto dell'obiezione (ad esempio il divieto di detenere e usare armi), e sarebbe auspicabile che questi divieti vigessero anche

⁴² Così G. Dalla Torre, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei*, *op.cit.*, p 291.

per l'aborto in maniera chiara, e vi fossero delle conseguenze per la loro violazione: la legge prevede la revoca della dichiarazione di astensione per gli obiettori che abbiano preso parte ad un intervento abortivo. Tuttavia, la dichiarazione può essere successivamente ripresentata senza alcun vincolo. Qui andrebbe effettuata una correzione: qualora si verificasse questa palese e grave incoerenza rispetto alla manifestazione esteriore della coscienza, che chiedeva di obiettare, la dichiarazione di astensione non dovrebbe più poter essere ripresentata, oppure andrebbe previsto un lasso di tempo considerevole prima di poter nuovamente accedere a questo diritto da parte di chi ha partecipato ad attività abortive.

La risposta dell'ordinamento deve essere decisa anche verso gli obiettori 'silenti', coloro che non si dichiarano tali e, quindi, rientrerebbero tra il personale non obiettore, ma non praticano gli interventi abortivi: si potrà procedere con il processo penale per omissione di atti d'ufficio e prevedere la non ammissione all'obiezione per un certo periodo di tempo.

Accanto ai divieti di partecipare, ovviamente, a pratiche abortive, sarebbero opportune delle sanzioni penali per coloro che vengono meno alla necessaria coerenza, che la loro obiezione richiede, e che l'ordinamento è legittimato a pretendere. Per cui la mendacità della dichiarazione rilasciata potrebbe essere sanzionata con un'apposita fattispecie incriminatrice⁴³, nel momento in cui il medico partecipi a procedure abortive, non solo chirurgiche, ma anche farmacologiche, e, nella coerenza del vero obiettore, secondo la ricostruzione qui effettuata, anche nei casi di prescrizione delle pillole abortive, i certificati, ovvero tutte quelle azioni che si pongono nella catena causale dell'aborto. Quindi una fattispecie che si perfeziona al momento in cui l'incoerenza della coscienza sia manifesta, ovvero quando, nell'esercizio dell'attività intramuraria, il personale sanitario abbia partecipato a queste procedure indicate: una fattispecie diversa da quella dell'art. 483 c.p. (falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico), perché questa si consumerebbe al momento della partecipazione all'intervento abortivo. Si potrebbe accompagnare questo specifico reato con la pena accessoria

⁴³ F. Grandi, *op.cit.*, p. 181

dell'interdizione dall'esercizio della professione medica⁴⁴.

Un ruolo fondamentale è, poi, rivestito dall'organizzazione dell'amministrazione sanitaria, perché, come si è visto dai dati, le strutture, deputate ad effettuare l'Interruzione della gravidanza, sono più che sufficienti, ma non si riesce, talvolta, a realizzare gli interventi per la mancanza del personale non obiettore. A questo proposito, le varie Aziende sanitarie potrebbero prevedere dei bandi nei quali (come suggerito dalla sentenza del TAR Puglia) riservare la metà dei posti al personale sanitario non obiettore⁴⁵. Alcuni hanno suggerito un'indennità economica per i medici non obiettori, per il carico di lavoro supplementare oppure il blocco degli scatti di carriera, per evitare che l'obiezione diventi solo uno strumento per facilitare l'ottenimento del posto da primario.

Se tutti i ginecologi fossero obiettori, resterebbe ovviamente l'intervento dello Stato che dovrebbe "costringere" i medici attraverso concorsi pubblici per soli non obiettori. Ma se una tale ipotesi si dovesse verificare, si dovrebbe forse indagare la ragione di un tale rifiuto e se non sia consigliabile intervenire sulla legge, ponendosi in un'ottica 'scientifica' alla luce delle nuove scoperte sull'embrione.

4.3.3 *Aborto farmacologico: il caso della Ru486*

Accanto all'aborto chirurgico, è in crescente aumento il ricorso a quello farmacologico. Rispetto ai metodi tradizionali, non richiede l'intervento chirurgico, ma la *semplice* assunzione di una pillola da parte della donna. Non è ancora chiuso il dibattito su quali tipologie di "pillole" rientrino in questa categoria, cioè se ad essa debbano essere ricon-

⁴⁴ Queste soluzioni disincentivanti dovrebbero portare ad eliminare quei comportamenti dannosi, come quello della ginecologa obiettrice di coscienza, che praticò su di sé un aborto.

⁴⁵ L'idea secondo cui si dovrebbero assumere solo ginecologi non obiettori, quindi, detto in altre parole, chi ritenesse il mestiere del ginecologo, deputato a portare avanti la vita nascente, non dovrebbe intraprendere questa specializzazione, potrebbe sembrare una proposta vincente; ma, al di là delle problematiche che presenta (e che si sono evidenziate nel terzo capitolo), potrebbe presentare degli svantaggi a livello di organico: se 2/3 dei medici sono obiettori, ammettiamo che il venti per cento lo siano solo di comodo, la restante metà decide di evitare la specializzazione. A quel punto i futuri ginecologi sarebbero solo la metà degli attuali: non creerebbe questo una difficoltà nel far fronte a tutti i servizi (dai parti alle visite di prevenzione per le donne) che un ginecologo è, per sua natura, tenuto a realizzare, e che sono la maggioranza?

dotte anche la pillola dei cinque e del giorno dopo. Non vi sono, invece, dubbi sull'abortività del Mifepristone (Mifegyne), meglio conosciuto in commercio come Ru486.

Ideata agli inizi degli anni Ottanta del XX secolo, è oggi disponibile in quasi tutti i Paesi dell'Unione Europea, Italia compresa. Ma qual è il suo funzionamento? La sua assunzione in Italia, a differenza di altri paesi⁴⁶, è consentita entro la settima settimana, quindi in uno stadio abbastanza avanzato della gravidanza, tale per cui non si può escludere l'effetto abortivo di questo farmaco, del quale devono esserne assunte due pillole, a distanza di due giorni l'una dall'altra⁴⁷. Questo farmaco agisce sul progesterone, un ormone che favorisce e assicura il mantenimento della gravidanza per le sue diverse azioni sulle strutture uterine, bloccandone l'azione". Per aumentare l'efficacia della molecola serve un'altra sostanza: la prostaglandina (il prodotto più usato è il misoprostol). La combinazione di queste due sostanze induce l'aborto e il distacco dell'embrione dall'utero materno.

Sulla completezza dell'aborto vi sono molti dubbi: "In uno studio l'ecografia transvaginale effettuata dopo 2-3 settimane dalla somministrazione dei farmaci abortivi ha dimostrato di riconoscere le 5 gravidanze (su 645) che non erano state interrotte. Tra le donne il cui utero è risultato vuoto (84,8% dei casi), nel 3,1 % delle pazienti si è reso necessario effettuare l'aspirazione chirurgica o il curettage a causa

⁴⁶ In altri paesi la Ru486 può essere assunta entro la nona settimana. La differenza è stata fortemente criticata da alcuni autori, che ritengono che la scelta sia scientificamente discutibile, in quanto il rapporto rischio-beneficio non cambia tra la settima e la nona settimana; in più, i dati indicano che le donne abortiscono maggiormente entro la nona settimana, quindi la restrizione, operata dall'ordinamento italiano, incide sull'effettivo utilizzo del farmaco, che potrebbe essere più diffuso se il limite massimo fosse spostato. Cfr. Corrado del Bò, *L'obiezione di coscienza e la Ru486*, in P. Borsellino *et altri* (a cura di), *op. cit.*, p. 134. In realtà, anche negli Stati Uniti, il Mifepristone è stato approvato dalla FDA per l'interruzione volontaria di gravidanza fino alla settima settimana (Gruppo Interdisciplinare Studio Aborto Medico (GISAM), *Aborto farmacologico mediante mifepristone e misoprostol*, Italian Journal of Gynaecology and Obstetrics, CIC Edizioni Internazionali, Roma, 2008, p. 46).

⁴⁷ Le linee guida dell'OMS indicano come limite gestazionale i primi 63 giorni secondo il seguente schema: - 200 milligrammi di mifepristone orale seguiti, a distanza di 36-48 ore, da: 1,0 milligrammo di gemeprost vaginale, o 800 microgrammi di misoprostol vaginale (fino alla 9^a settimana gestazionale). Oppure 400 microgrammi di misoprostol orale (fino alla 7^a settimana gestazionale) (WHO. Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems. Geneva: WHO; 2003. www.who.int/reproductive-health/publications/safe_abortion/safe_abortion.pdf).

di eccessivo o prolungato sanguinamento vaginale. Tra le donne il cui utero è risultato non vuoto (15,2%) la revisione chirurgica è stata effettuata nel 43,9% dei casi. Benché la probabilità d'intervento di revisione sia molto maggiore se l'ecografia dimostra l'assenza dello svuotamento uterino (OR 24,4; 95% I.C. 14,9-39,7), la bassa specificità non consente di distinguere le donne che non verranno sottoposte ad intervento chirurgico"⁴⁸. Anche sul piano della sicurezza non vi sono certezze: "Le evidenze disponibili in letteratura indicano che l'interruzione di gravidanza farmacologica si caratterizza per un profilo di sicurezza inferiore rispetto al metodo chirurgico, con una mortalità almeno dieci volte maggiore, a parità di età gestazionale.[..] Alcuni effetti collaterali quali: dolore addominale, sanguinamento, nausea, vomito, febbre, vertigini, si verificano con frequenza significativamente maggiore dopo aborto farmacologico,rispetto a quello chirurgico."⁴⁹.

Dal 2009, questo farmaco è stato messo in commercio anche in Italia. Il percorso che ha portato alla sua introduzione è stato molto lungo⁵⁰. Per ogni medicinale, che deve essere inserito nel nostro sistema farmaceutico, vi è un iter complesso da seguire: intanto, deve essere stato sperimentato dall'impresa farmaceutica affinché questa possa chiederne la registrazione all'AIFA (Agenzia italiana per il farmaco). Nello specifico, la pillola Ru486 è stata introdotta a seguito di una procedura di mutuo riconoscimento delle valutazioni positive già espresse dalle altre autorità di regolazione del commercio farmaceutico europee, in applicazione del principio di reciprocità⁵¹. Il 24 novembre 2009, la deliberazione n. 1460, autorizzò la commercializzazione generalizzata della pillola abortiva nel nostro Paese, la quale deve essere sommini-

⁴⁸ GISAM, *op.cit.*, p. 59.

⁴⁹ *Ivi*, p. 61.

⁵⁰ Anche in Francia l'introduzione della pillola abortiva fu abbastanza travagliata, a conferma delle necessarie cautele che richiede questo farmaco. In Francia, infatti, 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 lo stesso Ministero stabiliva che la Ru486 poteva essere distribuita esclusivamente sotto controllo medico nei 793 centri che, in Francia, erano autorizzati a praticare interruzioni volontarie di gravidanza. Cfr L. Renzoni Governatori, *Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza nell'ordinamento giuridico francese*, in R. Botta (a cura di), *op. cit.*, p. 314.

⁵¹ F. Grandi, *op.cit.*, p. 124.

strata *esclusivamente* all'interno dell'ospedale e la donna deve essere assistita da un medico, dal momento dell'assunzione fino all'espulsione completa dell'embrione; per questo motivo è stata proibita la vendita del medicinale al pubblico nelle farmacie. Del resto, non poteva essere altrimenti, trattandosi di aborto a tutti gli effetti, con il distacco della mucosa uterina e dell'embrione che vi sia annidato, la sua assunzione deve avvenire nel rispetto della legge 194, che all'art. 8 stabilisce che l'interruzione della gravidanza debba essere effettuata «da un medico del servizio ostetrico-ginecologico presso un ospedale generale». Senza contare che vi è la necessità di evitare un eccessivo isolamento della donna in un momento così delicato.

La possibilità di realizzare l'aborto chimicamente non semplifica le cose, né dal punto di vista morale, perché l'obietto rifiuta qualunque tipo di aborto (il problema non è il metodo di interruzione della gravidanza, ma la generale soppressione di un essere vivente umano)⁵²; né dal punto di vista materiale perché le varie fasi non sono più così facilmente distinguibili, quindi il confine tra gli atti specificamente e necessariamente diretti e quelli che tali non sono diventa più labile. La somministrazione di questa pillola è sicuramente compresa nell'applicazione della legge 194, ma la dottrina esclude dall'ambito applicativo dell'obiezione la prescrizione del medico, ma, a ben vedere, la prescrizione è un'azione chiaramente specifica e necessaria, secondo i requisiti richiesti dalla legge, che si qualifica come indiretta, poiché tra la prescrizione e l'evento c'è spazio per una scelta della donna, ma la coscienza del medico nell'atto di prescrizione è direttamente compromessa. Inoltre, la donna ha deciso di interrompere la gravidanza, si tratta di una volontà già qualificata, che con una probabilità elevata si concretizzerà, attraverso la prescrizione di quella pillola (che sarebbe un'autorizzazione all'aborto). Da quanto si è detto, con lo sviluppo della tecnica la responsabilità si è trasformata, e siamo diventati responsabili anche delle conseguenze che non sono necessariamente prevedibili; a maggior ragione in questo caso il medico prescrive una pillola di cui conosce perfettamente gli effetti, e trattandosi di un effetto ri-

⁵² Anche chi sostiene un'interpretazione restrittiva dell'obiezione, ammette che non vi è differenza tra l'aborto chirurgico e quello farmacologico, che "*non è di per sé moralmente "migliore"*" (Corrado del Bò, *op.cit.*, p. 134).

tenuto da lui immorale, ne è moralmente responsabile. Normalmente, l'esclusione, dall'area di applicazione dell'obiezione, della prescrizione è giustificata dall'esigenza di evitare la paralisi; infatti, queste posizioni riconoscono la responsabilità morale del medico che prescrive, ma, siccome una soluzione pienamente coerente dovrebbe escludere tutti i soggetti coinvolti nel processo causale, perché non vi sarebbe differenza tra il corriere antiabortista e il medico che prescrive la pillola, determinando così la totale paralisi del sistema, allora si deve restringere l'obiezione al solo caso della somministrazione. Ma, sulla base di queste stesse considerazioni, come si può giustificare ragionevolmente la scelta di ricomprendere il medico che fa la ricetta e quello che consegna alla donna la pillola per assumerla e la segue nel corso dell'aborto? Il pericolo della paralisi non appare troppo convincente, non essendo escluso neppure delimitando l'applicazione dell'obiezione di coscienza al solo medico somministratore. Una soluzione è quella di applicare i criteri della condotta che deve essere specificamente e necessariamente diretta a provocare l'aborto, con una certa vicinanza temporale all'evento ed antecedente: requisiti di cui la prescrizione del medico non è priva, mentre l'azione del corriere sì, se si considera che un corriere solitamente consegna vari medicinali, spesso non sa quali farmaci deve consegnare e, comunque, si pone in una posizione temporale lontana rispetto all'evento e il suo comportamento è molto generico, tanto che quelle pillole potrebbero non essere mai prescritte.

La recente sentenza della Cassazione del 2013 si è occupata proprio di questa modalità di interruzione della gravidanza, ribadendo la copertura dell'obiezione solo ai fatti *specifici e necessari*, non alle attività precedenti e successive volte a tutelare la salute e la vita della donna.

Nel caso di specie la Cassazione ha condannato ad un anno di reclusione, per il reato di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), una guardia medica, obiettore di coscienza, già condannata in primo grado nel Tribunale di Pordenone e in secondo grado dalla Corte d'Appello di Trieste, la quale, chiamata ripetutamente dall'ostetrica preoccupata dal rischio di emorragia, a seguito dell'avvenuto aborto farmacologico e della mancata espulsione della placenta, si era rifiutata di intervenire, opponendo l'obiezione di coscienza. La Cassazione non ha riconosciuto neppure le attenuanti generiche, dato che l'imputata, negando in modo reiterato l'assistenza ad una paziente, ha posto in essere un com-

portamento connotato da estrema gravità. Con riferimento proprio all'aborto farmacologico, viene detto che "*la fase rispetto alla quale opera l'esonero dell'obiezione di coscienza è limitata alle sole pratiche di predisposizione e somministrazione dei farmaci abortivi, coincidenti con quelle procedure e attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione cui si riferisce l'art. 9 comma 3 legge n. 194/1978.*".

Per il giudice di legittimità le azioni, per le quali si può sollevare l'obiezione di coscienza, sono quelle di somministrazione - da intendersi l'assunzione del farmaco per via parenterale o enterale - e di *predisposizione*. Poiché la Corte non ha precisato cosa si intenda per predisposizione, le soluzioni prospettabili possono essere due (se non si vuole pensare che abbia utilizzato casualmente questa terminologia): o si tratta di un sinonimo di somministrazione, ma allora si tratterebbe di una inutile ripetizione; oppure è qualcosa di diverso dalla somministrazione. Ritenendo questa seconda opzione più corretta, il termine *predisporre* indica "la preparazione e disposizione anticipata di ciò che serve a qualcosa"⁵³. Se così è, la predisposizione lascia pensare alle attività antecedenti, tra cui proprio la prescrizione, considerando che nell'aborto farmacologico non vi sono attività quali la preparazione della sala operatoria, le analisi del sangue, le attività principali sono quelle che riguardano la prescrizione e la somministrazione della pillola. Di conseguenza, prevista chiaramente dalla sentenza la somministrazione della pillola, che cosa si deve intendere per predisposizione se non la prescrizione?

La sentenza della Cassazione tocca alcuni punti fondamentali in materia di obiezione di coscienza. Si fissa il principio inderogabile secondo cui il medico obiettore ha l'obbligo di salvaguardare la salute e la vita della donna prima e dopo l'intervento, il che è in perfetta sintonia con la deontologia medica: l'attività sanitaria deve essere rivolta alla cura della vita, nel caso di un aborto il medico deve prendersi cura della vita possibile (prima dell'aborto deve seguire la madre e il feto, dopo l'aborto l'unica vita che rimane è quella della madre). Lascia qualche perplessità il riferimento generale al "*corso dell'intervento dell'interruzione della gravidanza*", ma dall'intera lettura della sentenza si

⁵³ Zingarelli, *Dizionario della lingua italiana*, Zanichelli, 1999.

comprende che l'affermazione è riferita alla fase di secondamento, mentre, nel momento dell'intervento in senso stretto, al medico obiettore potrà essere richiesto di intervenire solamente nel caso di imminente pericolo per la vita della donna.

Riassumendo, nella fase precedente l'aborto al medico che abbia sollevato obiezione di coscienza non è permesso di astenersi da alcuna forma di assistenza alla donna. Precedentemente, si è rimarcato che attività quali l'esecuzione di esami del sangue, un'ecografia o un elettrocardiogramma non sono specificamente e necessariamente dirette a realizzare l'intervento abortivo, anche perché in loro assenza questo avverrebbe ugualmente, anzi si potrebbe mettere a repentaglio la vita della donna. Nella fase successiva, una volta che il feto è morto, l'assistenza non può essere negata, anche se il feto e la placenta non sono stati espulsi, perché presenziare all'espulsione di un feto morto non significa contribuire alla sua eliminazione, semmai di vigilare affinché non subentrino delle complicanze in grado di compromettere la salute della paziente. Parimenti l'estrazione della placenta non è certamente una collaborazione all'aborto, ma è un atto che ha l'unico scopo di completare lo svuotamento dell'utero e di evitare emorragie della donna. Il medico, qualora venisse sollecitato dal personale specializzato ad intervenire in queste attività tipiche dell'aborto farmacologico, non può opporre obiezione di coscienza.

4.3.4 *Segue...la pillola del giorno dopo*

La pillola del giorno dopo, conosciuta come Norlevo o Levonelle, è entrata in commercio, in Italia, con un provvedimento di autorizzazione del Ministero della Salute del 26 settembre 2000, sulla base del quale è stata ammessa alla vendita nelle farmacie, sotto prescrizione medica. Attorno a questa pillola si è aperto un acceso dibattito, dovuto alla presenza di due posizioni opposte: l'una sostiene la sua funzione esclusivamente contraccettiva (viene definita anche come "contraccezione d'emergenza"), l'altra ne denuncia il potenziale abortivo, considerando che la fecondazione potrebbe essere già avvenuta e, quindi, questo medicinale avrebbe il potere di intervenire sull'espulsione dell'embrione concepito.

Da queste premesse, si intuisce, da un lato, l'indispensabilità di un

serio chiarimento da parte della scienza; dall'altro, nel dubbio della sua efficacia abortiva, si presenta un'ulteriore ipotesi di obiezione, da parte, non solo del medico, ma anche dei farmacisti (motivo per cui è molto discussa). Inoltre, accanto alla pillola del giorno dopo, non bisogna dimenticare che viene definita "contraccezione d'emergenza" anche la pillola dei cinque giorni dopo, conosciuta come "EllaOne"⁵⁴, contenente il principio attivo ulipristal acetato (UPA), che può essere assunta 120 ore dopo un rapporto non protetto⁵⁵. Nel 2008 venne pubblicato uno Statement⁵⁶, in cui gli autori, citando sei lavori, concludono che è dimostrato che il Levonogestrel interferisce con il picco preovulatorio di LH, impedendo lo sviluppo e la maturazione dei follicoli e/o il rilascio dell'uovo stesso. Tuttavia, se il presupposto della contraccezione d'emergenza è quello di aver avuto un rapporto sessuale non protetto o il fallimento di un altro metodo contraccettivo, significa che vi è il rischio potenziale di una fecondazione, a maggior ragione che queste pillole sembrano non avere particolari effetti sugli spermatozoi; per cui, se il rapporto è avvenuto durante i giorni fertili⁵⁷ e vi è quindi un alto rischio di fecondazione. Ne consegue che bisogna capire l'effetto che l'assunzione di queste pillole può avere sull'embrione, ovvero se è

⁵⁴ La pillola dei cinque giorni dopo è in commercio in Italia a seguito della determinazione (Determinazione C 2703/2011) dell'AIFA dell'8 novembre 2011, che subordina la prescrizione del farmaco alla presentazione di un test di gravidanza ad esito negativo.

⁵⁵ In alcuni documenti viene precisato, infatti, che chiamare la contraccezione d'emergenza come pillola della mattina dopo è improprio, perché le varie tipologie di contraccezione d'emergenza possono essere assunte fino a cinque giorni dopo: "*Confusion persists about emergency contraceptives. They are often called "morning-after" pills, but this is a misnomer for several reasons: • They do not need to be taken the morning after unprotected intercourse. • They may be taken up to 120 hours (5 days) after unprotected sex.*", in Association of Reproductive Health Professionals *Update on Emergency Contraception*, p. 4, www.arhp.org/uploadDocs/CPECUpdate.pdf

⁵⁶ International Consortium for Emergency Contraception (ICEC) e International Federation of Gynecology & Obstetrics (FIGO), *How do levonorgestrel-only emergency contraceptive pills (LNG ECPs) prevent pregnancy?*, Statement on Mechanism of Action, 2008, p. 1.

⁵⁷ Il periodo di maggiore fertilità, nella fisiologia della riproduzione, va dai cinque giorni prima l'ovulazione, fino all'ovulazione stessa. Se il rapporto a rischio è avvenuto in questi giorni, vi è la probabilità che sia avvenuta la fecondazione e l'embrione entro 3-7 giorni dall'ovulazione arriverà nell'utero. Se la pillola viene assunta nel periodo fertile, in cui la fecondazione può avvenire, non potendo impedire la fecondazione, inciderà piuttosto sull'endometrio, che potrà essere modificato e non più in grado di accogliere l'embrione. Cfr. L. Romano, *Pillola dei cinque giorni dopo: "solo" un contraccettivo?*, in "bioFILES", 2011, n. 6.

in grado di impedirne l'annidamento, provocandone l'espulsione. Se, infatti, questo effetto è escluso, l'obiezione non potrà essere invocata.

Se leggiamo alcuni documenti internazionali si trova scritto che la contraccezione d'emergenza "*may theoretically prevent pregnancy through several mechanisms*" e più avanti si legge "*Although early studies indicated that alterations in the endometrium after treatment with the regimen might impair receptivity to implantation of a fertilized egg, more recent studies have found no such effects on the endometrium*"⁵⁸. Essendo i risultati contrastanti, i dubbi permangono; dubbi che, con riferimento al principio dell'ulipristal, si accentuano: "*Another study found that ulipristal acetate altered the endometrium, but whether this change would inhibit implantation is unknown*"⁵⁹.

Alcuni autori⁶⁰ hanno messo a confronto i vari studi effettuati sul levonogestrel, analizzando i vari effetti che questo contraccettivo dovrebbe avere. In particolare, hanno focalizzato l'attenzione sugli effetti sull'endometrio e l'impianto dell'embrione. Emerge la complessità che caratterizza il processo di annidamento, in cui l'embrione non è un "*inactive bystander*"⁶¹, ma interagisce - creando una vera e propria comunicazione - con il corpo della madre, in particolare con l'endometrio, attraverso una serie di mediatori chimici, di cui molti sono progesterone-dipendenti. La conclusione della raccolta dei dati, rispetto a questo punto, è stata che "*some data show that LNG-EC can lead to histological and endometrial changes that could impair embryo implantation*."⁶². Ma anche qualora fossero totalmente assenti delle prove dell'esistenza di effetti antiannidatori o di modifica dell'endometrio, ciò non implicherebbe la presenza di prove dell'assenza di questi effetti, quindi l'effetto sull'embrione rimane sconosciuto.

Messa da parte la questione se questi farmaci intervengano o meno sull'embrione, vengono considerati, comunque, non abortivi perché l'inizio della gravidanza viene fissato a partire dall'impianto dell'ovulo in

⁵⁸ International Consortium for Emergency Contraception (ICEC) e International Federation of Gynecology & Obstetrics (FIGO), *op.cit.*, p. 8.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Rebecca Peck, Rev. Juan R. Vélez, *The Postovulatory Mechanism of Action of Plan B. A Review of the Scientific Literature*, in «The National Catholic Bioethics Center», 2013.

⁶¹ *Ivi*, p. 30.

⁶² *Ivi*, p. 35.

utero. Una tale obiezione, però, non è abbastanza convincente per una serie di motivi: il momento dell'inizio della gravidanza è un tutt'altro che chiaro e pacifico (chi ritiene inizi con il concepimento, chi invece ritiene necessario l'impianto dell'embrione in utero); anche se fosse vero che la gravidanza, in senso *tecnico*, inizi con l'impianto, essere contrari all'aborto non significa interrompere quello stato particolare in cui si trova la madre (la terminologia "interruzione volontaria della *gravidanza*" induce in errore), ovvero la gestazione in sé e per sé, ma intervenire bloccando lo sviluppo della vita umana, per cui ciò che è rilevante è l'istante in cui questa nuova vita si forma, e non l'inizio della gravidanza. Se queste pillole agiscono sull'embrione, si ripropone una nuova problematica per l'obiezione di coscienza⁶³. In questo caso, più che mai, ogni dubbio deve essere eliminato dalla scienza, in modo tale che, riconosciuto l'effetto esclusivamente contraccettivo, nessuna obiezione di coscienza potrebbe essere prospettata.

Guardando agli aspetti etico-giuridici, la questione riguarda l'obiezione di coscienza dei medici e dei farmacisti. La dottrina, come è immaginabile, è fortemente divisa, perché l'obiezione di coscienza deve essere prevista solo per l'intervento abortivo in senso stretto e non per le altre attività, oltretutto per la preoccupazione che si possa creare una paralisi del sistema. La pillola del giorno dopo crea ancora più difficoltà perché la distinzione tra intervento in senso stretto e attività connesse è ancora più labile: la somministrazione, qui, spetta esclusivamente alla donna, quindi i soggetti terzi coinvolti sono il medico che prescrive, ma in termini di prossimità all'evento (che qui non si può negare, perché queste pillole devono essere assunte in un tempo limitato, pena la progressiva diminuzione dell'efficacia) si inserisce il farmacista con la vendita.

Le soluzioni che sono state prospettate sono varie: il rifiuto del farmacista a tenere a disposizione e a distribuire il farmaco Norlevo è

⁶³ Gli studi attuali non sembrano idonei ad assicurare la non interferenza del farmaco con l'impianto dell'embrione, infatti nel caso in cui sia assunto nell'ultima fase follicolare: "*When LNG-EC is given in the late follicular phase it may cause the following: (1) altered LH peak and duration, (2) inadequate luteinization of the follicle, (3) diminished luteal LH or progesterone levels, (4) shorter luteal phase, and (5) endometrial changes that are likely to interfere with implantation of the embryo. We are thus persuaded that preovulatory administration of LNG-EC often has postfertilization or interceptive effects.*

un'ipotesi di obiezione di coscienza perché, in capo al farmacista, vi è l'obbligo di tenere a disposizione, e di vendere, i farmaci nazionali richiesti *ex art.* 38 del R.D. 30/9/1938, n. 1706; mentre più complicata è la situazione del medico, sul quale non grava un obbligo di prescrivere un determinato farmaco, in quanto egli gode, nell'esercizio della professione, dei caratteri della libertà e dell'indipendenza (come stabilisce l'art. 4 del Codice deontologico), però, quando il medico è dipendente di una struttura pubblica, non può opporre il suo rifiuto alla prescrizione della pillola, a meno che non vi sia il rischio per la salute della donna, valutato alla luce delle conoscenze scientifiche. Da questo ne deriva che, per entrambi i soggetti, sussiste un obbligo giuridico attivo - per il medico quando abbia una funzione pubblica.

A seconda che si ritenga questa forma di obiezione riconducibile alla legge 194 o meno, si tratterà di un'obiezione «codificata» oppure di un caso di obiezione «rivendicata». Sicuramente un ruolo rilevante, in assenza di una chiara lettera della legge, spetta al giudice e ai suoi poteri interpretativi; per cui il farmacista non può che sottostare al giudizio di un tribunale, nel caso in cui decidesse di obiettare, il che è accaduto, ma i processi non sono mai arrivati in giudizio.

Le posizioni sulla possibilità d'interpretare la legge sull'aborto, in modo tale da ricomprendere anche questa ipotesi, sono diverse e opposte: una prima difficoltà riguarda l'applicazione dell'analogia che è vietata per disposizioni eccezionali, e l'obiezione, essendo tale, non potrebbe essere soggetta ad interpretazione analogica⁶⁴. Questa interpretazione è corretta rispetto al principio generale del dovere di obbedire alle leggi, per cui in un ordinamento, specialmente costituzionale, vi è alla base l'obbligo di obbedienza, per cui l'obiezione costituisce un'eccezione; tuttavia, nel caso specifico, come da alcuni è stato suggerito⁶⁵, i rapporti tra eccezione e regola si invertono, perché all'interno di un ordinamento un principio cardine, forse più che l'obbedienza alle leggi, è la tutela della vita (che, peraltro, non appare sconfessata dalla legge stessa, se si guardano gli articoli iniziali e finali da cui l'aborto si presenta come situazione eccezionale, anche se dalla giurisprudenza

⁶⁴ F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, *op.cit.*, p. 132.

⁶⁵ F. Mantovani, *op.cit.*, p. 398. Per l'autore ogni obiezione riconosciuta dall'ordinamento rappresenta la regola, e non l'eccezione.

non è più interpretato in questo senso). Di conseguenza l'analogia sarebbe possibile e la posizione del medico e del farmacista ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 9 della legge.

Si è anche detto che la contraccezione d'emergenza non potrebbe rientrare nell'ambito applicativo della legge 194, poiché questa prevede un *iter* di valutazione da parte della donna, assolutamente incompatibile con la pillola che deve essere assunta subito⁶⁶. Ma questo non sembra un argomento valido, perché, se la pillola è effettivamente anche abortiva, e il nostro ordinamento ha disciplinato precisi casi in cui ricorrere all'aborto, come soluzione possibile quando le altre non sono percorribili, ci si deve piuttosto interrogare sulla compatibilità di questa pillola, nonché della "ElleOne", con la legge 194, che per l'aborto richiede il previo accertamento medico circa la gravità o pericolo per la salute della madre in presenza di determinate situazioni economiche, sociali, familiari e così via (art. 4 della legge 194/1978). Ma non solo, sarebbe in contrasto anche con la legge n. 405 del 1975 che istituisce i Consultori e ruota attorno all'idea di procreazione responsabile, per cui si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che qui non si tratta neppure di obiezione di coscienza, ma semplicemente di un comportamento conforme alla legge, che andrebbe revisionata⁶⁷.

La posizione negazionista, inoltre, argomenta la contrarietà ad obiettare per il farmacista perché si tratta di un contraccettivo, aspetto su cui si è già avuto modo di riflettere; perché la gravidanza ha inizio con l'impianto, ma anche questo rilievo è stato approfondito; perché il farmacista non è assimilabile al medico; infine, perché manca una legge, ma questo può essere valido solo se si presuppone la necessità dell'*interpositio legislatoris*. La tesi positiva ritiene che il giudice possa riconoscere l'obiezione di coscienza anche al farmacista perché sussisterebbero tutti i requisiti richiesti dall'art. 9⁶⁸: è anch'egli personale

⁶⁶ F. Grandi, *op.cit.*, p. 131.

⁶⁷ La questione della sussumibilità del Norlevo nella legge 194 è stata affrontata dal TAR del Lazio nel 2001, il quale ha escluso che si possa applicare la legge sull'interruzione della gravidanza, perché secondo il giudice amministrativo il legislatore ha inteso come intervento interruttivo quello successivo all'impianto dell'embrione. Ma queste letture non tengono in considerazione il vero significato dell'obiezione all'aborto, che non guarda alla gravidanza in sé, ma all'essere umano, quindi semmai la questione andrebbe indirizzata sul ragionamento di che cosa sia quell'essere vivente prima dell'impianto.

⁶⁸ F. Mantovani, *op.cit.*, p. 394.

sanitario, perché il R.D. 27/7/1934, n. 1265, che tratta dei farmacisti negli artt. 99 ss., sotto il Titolo II, Capo I «Dell'esercizio delle professioni sanitarie», e sottopone a vigilanza sanitaria «l'esercizio della medicina e chirurgia, della veterinaria, della *farmaceutica*»; la legge 833 del 1978 considera sanitaria l'attività di immissione in commercio e distribuzione di farmaci; considera «prestazione di cura» «l'assistenza medica generica, specialistica, infermieristica e *farmaceutica*»; poi c'è il rischio di un potenziale effetto abortivo del Norlevo; la possibilità, quindi, di eliminazione dell'embrione, considerabile vita umana fin dalla sua generazione; infine si tratterebbe di vera e propria interruzione della gravidanza perché per la legge 194 dovrebbe ritenersi ogni processo vitale, successivo alla fecondazione.

Per questo motivo, poiché la vendita di questi medicinali è strettamente legata al possibile evento abortivo, avendo l'atto il carattere della necessità, è incontestabile che l'azione del farmacista si ponga nel nesso di causalità che porta la donna all'assunzione della pillola, e specificità, il farmacista conosce perfettamente gli effetti del medicinale che è contraccettivo ma potrebbe essere abortivo⁶⁹ (oltreché della prossimità ed antecedenza), l'obiezione del farmacista dovrebbe essere ricompresa tra le ipotesi codificate. Ma anche se non si presentasse come ipotesi codificata, sarebbe ugualmente un'obiezione rivendicata, con le caratteristiche simili a quella prevista dalla legge, e riconducibile alla libertà di coscienza, nonché all'esercizio di un diritto quale quello all'obiezione di coscienza, quindi alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. Ad ogni modo, una possibile soluzione potrebbe essere quella di affrontare un giudizio costituzionale che ponga chiarezza sull'applicabilità della legge 194. Secondo alcuni⁷⁰ la richiesta dei farmacisti e dei medici sarebbe una forma di disobbedienza civile, mascherata da obiezione di coscienza, perciò insuscettibile di essere riconosciuta, proprio perché

⁶⁹ Non varrebbe la replica secondo cui il farmacista dovrebbe rifiutare qualunque medicinale, perché potenzialmente tutti potrebbero essere utilizzati per scopi immorali: ad esempio, il sonnifero potrebbe essere assunto da un suicida per uccidersi. Ma è evidente che il farmacista venderebbe, su prescrizione medica, il sonnifero che ha uno scopo terapeutico, non può sapere gli istinti suicida del cliente, perciò nessuna responsabilità morale gli è attribuibile. Nella pillola del giorno dopo è pienamente a conoscenza degli effetti che può avere e per ragione viene assunta.

⁷⁰ Corrado del Bò, *Obiezione di coscienza e pillola del giorno*, in «Bioetica. Rivista Interdisciplinare», Anno XVII, 2009, n. 3, p. 498.

l'intento sarebbe quello di diffondere una certa idea di vita e contrastare la diffusione di questa pillola. Un argomento a favore di questa tesi è dato dal fatto che non si è chiesto di rendere il levonogestrel un farmaco da banco, evitando di mettere "di mezzo" i medici. La scelta, però, è a favore della salute della donna e per evitare abusi di un farmaco che non si presenta come una banale pillola, ma, abbiamo visto, non esclude possibili effetti abortivi, talché richiederebbe la presenza di un medico. Comunque questo non esclude le finalità 'pubbliche' dell'obiezione, che ancora una volta ha mutato i suoi connotati e non fa riferimento all'esclusiva rilevanza della coscienza. La complessità dello specifico fenomeno obiettorio in esame sembra essere il ruolo ricoperto dal farmacista: questo si inserisce nel circuito del rapporto di fiducia tra il medico e il paziente, medico che potrebbe aver valutato l'assenza del pericolo di una gravidanza in atto (ad esempio perché la ragazza è nei giorni del ciclo mestruale non fertili), per cui il LNG funzionerebbe veramente come contraccettivo (anche se obiettivamente nel caso di sicurezza da parte del medico dell'assenza del pericolo di una gravidanza, non si spiegherebbe il perché della prescrizione della pillola; sarebbe come dire che il medico, di fronte ad una diagnosi di semplice raffreddore, prescrivesse del cortisone, assolutamente inutile) e allora il farmacista si porrebbe in un'ipotesi inaccettabile di obiezione. Questo è il vero nodo centrale, prima dell'annidamento dell'ovulo nell'utero è difficile stabilire se sia in corso una gravidanza, per cui spetterebbe al medico capire, insieme alla paziente, se questa si trova nei giorni "ad alto rischio", e il farmacista dovrebbe "fidarsi" di quanto il medico ha prescritto. In questo senso, si può forse sostenere che l'obiezione è poco opportuna perché il farmacista non è certo che la pillola avrà l'effetto abortivo, quindi la sua azione non causa direttamente lo stato di cose contrario ai suoi convincimenti, anche se la mancanza di certezza non esclude la probabilità, per cui moralmente questa soluzione è debole. Infatti, colpevoli moralmente erano sia coloro che si sono materialmente resi complici dell'uccisione di milioni di ebrei, sia coloro che hanno agito solo indirettamente come burocrati e a poco serve sostenere che per l'aborto la questione sia diversa⁷¹ solo perché il suo disvalore non è unanimemente riconosciuto, perché per chi è contrario a quell'azione il

⁷¹ *Ivi*, p. 518.

problema sussiste.

Gli autori che cercano di trovare un compromesso ritengono che il farmacista, ad esempio, possa obiettare ma sia tenuto ad indicare alla donna un collega non obiettore⁷². Ma una soluzione più rispettosa della coscienza è prevedere per legge che i farmacisti obiettori forniscano un'informazione chiara con l'affissione di un avviso in cui dicono di essere obiettori e di non tenere questo tipo di medicinali.

4.4 La disputa attorno all'inizio della vita umana e al riconoscimento di chi "non è ancora nato"

4.4.1 *La dignità umana e la tutela del concepito nel panorama giuridico*

L'aborto, la procreazione medicalmente assistita e la sperimentazione sulle cellule staminali sono intimamente connesse alla problematica relativa la definizione dell'inizio della vita umana. Si ammette, fin da ora, che l'individuazione del momento di inizio della vita umana rimane ancora controversa e, dal punto di vista giuridico, nei vari ordinamenti non si ritrova una soluzione univoca a questa problematica, che implica un richiamo alla nozione di persona e allo *status* di persona. L'inizio dell'essere umano, o sarebbe meglio dire della persona umana, vede contrapposte varie posizioni: da un lato, chi ritiene che la vita abbia inizio nel momento della fecondazione; dall'altro, chi ritiene inizi a partire dal quattordicesimo giorno o chi afferma che la persona venga ad esistenza solo dopo la nascita. Queste due soluzioni nascono, l'una, dall'idea che l'essere umano venga creato a seguito di un processo ininterrotto, che inizia con il concepimento e si evolve, senza soluzione di continuità (come, in effetti, accade, per la banalissima constatazione che un bambino potrà nascere solo se il suo formarsi, durante i nove mesi, non viene interrotto; altrimenti non verrà alla luce nessun essere

⁷² Cantor J.-Baum K., *The limits of conscientious objection- May Pharmacists refuse to fill prescriptions for emergency contraception*), in *The New England Journal of Medicine*, 351, p. 2011.

umano); l'altra posizione non nega, in realtà, la prima, ma ritiene che per la tutela della vita basti individuare un cambiamento di qualità e lì fissare l'inizio, quindi l'obbligo di tutela. Come è facile immaginare, si tratta di un problema molto complesso ed oscuro, la cui soluzione non può prescindere da un'analisi incrociata di varie materie, dalla scienza fino alla filosofia e (perché no?) la teologia. Da un punto di vista giuridico è importante individuare l'inizio della vita, a cui attribuire dignità umana, perché da essa deriva la titolarità della tutela e dei diritti che lo Stato deve predisporre per ciascun essere umano. Il diritto, a questo proposito, può elaborare una definizione giuridica dell'inizio della vita a partire o da un dato naturalistico-scientifico (che per molto tempo è stato il momento della nascita, oggi l'unione dei due gameti, in cui si forma la prima cellula dotata di un patrimonio cromosomico completo), oppure da un inizio stabilito solo convenzionalmente, a partire dal quale si è in presenza di una vita umana. Una certa cultura giuridica ritiene che l'unico dato incontrovertibile per il diritto sia la norma (quindi, in questo caso, il momento stabilito convenzionalmente), ma, se ben si riflette, di fronte a concetti indefiniti, il diritto fa riferimento a dati reali e naturali, infatti "l'influenza del fatto notorio sulla norma è tanto più evidente quanto meno precisa è la norma stessa o il concetto in essa recepito"⁷³.

Per il diritto l'inizio della vita umana, e quando questa possa essere considerata persona, è essenziale per poter definire il soggetto come titolare di un valore fondamentale: la dignità umana. Questa si caratterizza per il suo contenuto indefinito, ma senza dubbio ha una priorità gerarchica rispetto agli altri diritti e alle libertà, in quanto si presenta come limite degli stessi. Perciò non si può eludere la domanda se l'embrione sia vita o meno, se sia persona o meno, perché, in caso di risposta affermativa, è indispensabile chiedersi se rientri tra i soggetti tutelati dall'art. 2 Cost., con conseguenze, come è intuibile, dirompenti, perché significa che l'ordinamento deve approntare un sistema di tutele volto a garantirne la dignità umana. Alcuni interventi delle diverse Corti hanno cercato di districarsi nella questione, senza arrivare ad una solu-

⁷³ L. Violini e A. Osti, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in M. Cartabia (a cura di), "I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle corti europee", Bologna, 2007, p. 189.

zione certa e incontrovertibile. La Corte Costituzionale ha riconosciuto che l'embrione rientri nell'articolo 2⁷⁴, quindi significa che il riconoscimento della dignità umana spetta anche a lui, e che richieda una certa tutela anche nella legge sull'aborto, che nell'applicazione della legge è sempre più negata, perché si disattende, talvolta, il divieto di aborto eugenetico, su cui si era pronunciata anche la Corte di Cassazione⁷⁵, che ha imboccato la strada intrapresa nel 1975 dalla Corte costituzionale, affermando che nel nostro ordinamento non esiste un "diritto a non nascere", nel caso in cui il bambino abbia delle malformazioni fisiche o psichiche⁷⁶. In questa sentenza la Corte di Cassazione è molto determinata nell'affermare il diritto a nascere del concepito, ed è anche molto chiara, in evidente contraddizione con l'impianto dell'aborto e con alcune sentenze attuali: *"il nostro ordinamento positivo tutela il concepito e quindi l'evoluzione della gravidanza verso la nascita, per cui se di diritto vuol parlarsi, deve parlarsi di diritto a nascere"*. Tuttavia, una qualche forma di eugenetica prenatale si insinua anche nel nostro ordinamento, quantomeno perché la Corte di Cassazione ha riconosciuto come presupposto necessario, anche se non sufficiente, per poter abortire, dopo i primi tre mesi di gravidanza, le malformazioni del feto⁷⁷. Se si guarda al tenore della legge 194, questa non porta a considerare le malformazioni del feto come elemento, in sé e per sé considerato, giustificatorio dell'interruzione della gravidanza, ma questo rileva solo se è in grado di produrre degli eventuali effetti negativi e *gravi* sulla salute della donna. Di fatto, però, la Cassazione, nel momento in cui sostiene che le anomalie del feto devono essere rilevanti, per poter determinare uno squilibrio e un grave pregiudizio per la salute della madre, sta dicendo, praticamente, che certe malformazioni, quelle più gravi, rappresentano un presupposto per l'aborto. Una certa ambiguità, nella giurisprudenza di legittimità, emerge nel confronto tra la sentenza del 2004, in cui la Corte ha escluso il ricorso all'aborto eugenetico, non riconoscendo il

⁷⁴ Sent. 18 febbraio 1975, n. 27, in cui la Corte afferma il fondamento costituzionale della tutela del concepito, la cui situazione giuridica deve essere fatta rientrare tra i diritti inviolabili dell'art. 2; salvo poi dichiarare questa tutela recessiva rispetto al diritto alla salute della madre.

⁷⁵ Sent. 29 luglio 2004, n. 14488.

⁷⁶ A. Di Blasi, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2005, p.2.

⁷⁷ *Ivi*, p.3.

risarcimento del danno ai genitori, che non erano stati correttamente informati sulla possibilità che la figlia sarebbe potuta nascere affetta da talassemia *maior*, grave malattia genetica. Poiché nel nostro ordinamento non esiste un "diritto a non nascere", non può sussistere, neppure, il risarcimento del danno. La citata sentenza del 2012, avente ad oggetto sempre il risarcimento del danno ai genitori ai quali non era stata diagnostica la "Sindrome di Down" della figlia, che è nata con questa malformazione, inverte la rotta, ponendosi in linea con le sentenze in materia di wrongful life. La madre, infatti aveva posto come condizione per la prosecuzione della gravidanza la piena salute del feto, per cui se fosse stata informata dal medico della presenza della trisomia 21 avrebbe proceduto all'interruzione della gravidanza. La Cassazione richiama il diritto alla salute della madre – che dovrebbe rappresentare il motivo esclusivo per cui è ammesso l'aborto dopo il terzo mese - , ma pone più volte l'accento sul diritto alla procreazione responsabile e cosciente, attribuito alla sola madre, rendendo quest'ultima l' unica responsabile della scelta, tanto che solo la donna è l'unica titolare del diritto soggettivo di cui all'art. 1 della legge 194/1978⁷⁸. Si sposta, non tanto inconsapevolmente, il motivo della salute al diritto all'autodeterminazione, ma allontanandosi in questo modo anche dalla stessa legge. Questa sentenza, che cita quella del 2004, afferma che "La concezione della vita come oggetto di tutela, da parte dell'ordinamento, in termini di "sommo bene", di alterità normativa superiore non recognoscens - di talché non potrebbe in alcun modo configurarsi un interesse a non nascere giuridicamente tutelato (al pari di un interesse a non vivere una non-vita, come invece condivisibilmente riconosciuto da questa stessa corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748) - è percorsa da forti aneliti giusnaturalistici, ma è destinata a cedere il passo al raffronto con il diritto positivo."⁷⁹. Ma su quali basi consideriamo una vita "non-vita"? Inoltre, di fronte a chi non è in grado di poter manifestare il proprio rifiuto a non voler vivere malformato, chi può veramente arroccarsi il diritto di impedirglielo? Lascia perplessi quest'ultima sentenza, che determina un allontanamento dal motivo della salute della donna, che, dalla lettura della legge dovrebbe essere accertato dal medico affinché

⁷⁸ F. Grandi, *Aborto farmacologico e attività di secondamento*, op.cit., p. 8.

⁷⁹ Sent. Cassazione civile , sez. III, 02.10.2012 n 16754.

si possa procedere ad interruzione della gravidanza (la quale, in presenza di malformazioni, avverrebbe in uno stadio avanzato), arrivando a valorizzare, piuttosto, il diritto all'autodeterminazione: nel caso specifico la donna chiese espressamente al medico di avere le informazioni necessarie, in presenza di un'eventuale malformazione del feto, in modo tale da poter interrompere la gravidanza ("la nascita di un bimbo sano era stata rappresentata al sanitario come condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza;"): l'intento abortivo era mostrato a prescindere dalla concreta presenza di una lesione alla salute, anche psichica della donna, mentre la legge richiede un accertamento del medico che attesti il grave stato di salute, e non una semplice previsione o un desiderio, per quanto operata dalla madre; perciò sembra che il diritto della madre ad autodeterminarsi ed a scegliere se far nascere o meno un feto malato prevalga anche rispetto a qualunque valutazione sulla sua salute, di cui la legge parla, affermando che "siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna" (art. 6, legge 194/1978). Infatti si sta affermando, non troppo implicitamente che la prosecuzione della gravidanza si avrebbe solo in caso di un figlio che risulti "sano". La volontà e la salute della madre prevalgono sulla vita del nascituro, ma sembrerebbe solo in caso di figlio malato, determinando l'aberrante conseguenza per cui, la vita del nascituro "sano", vale più di quella del nascituro malato (non rischia di diventare una forma celata di eugenetica?).

Con la legge sull'aborto l'inizio della vita, perché si possa parlare di dignità dell'uomo, è stato fissato *convenzionalmente* in tre mesi per il feto sano, e sei mesi per i feti malati, che possano causare grave danno alla salute della madre. In realtà, il riferimento naturalistico non può mancare totalmente, anche perché le nuove scoperte scientifiche permettono di svelare i misteri della vita prenatale e di anticipare il livello dell'inizio della vita (se non lo si vuole collocare con il momento della fecondazione).

A livello internazionale, uno dei documenti più importanti è stato firmato ad Oviedo, nel 1997; si tratta della Convenzione sulla bioetica⁸⁰, elaborata dal Consiglio d'Europa, in cui si afferma il rispetto

⁸⁰ Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere

della dignità umana, che deve essere riconosciuta a tutti gli esseri umani. Tuttavia, stante l'importanza di questo documento, che attesta la superiorità della dignità umana rispetto alla ricerca scientifica, non vi è alcun chiarimento circa il significato di «essere umano» e di «persona»; un atteggiamento che è stato letto in termini prudenziali, dettato dalla presenza, nei vari stati facenti parte del Consiglio d'Europa, di una legislazione sull'aborto⁸¹; i quali, quindi, male avrebbero accettato una posizione, che avesse affermato l'inizio della vita e, di conseguenza, un riconoscimento della dignità umana fin dal concepimento. La Convenzione, se sembra lasciare agli Stati la libertà di riconoscere all'embrione la tutela che ritengono più opportuna, fissa dei limiti alla scienza, che non si conciliano con la possibilità di distruggere l'embrione; anzi, sia la Convenzione di Oviedo che la Carta di Nizza, sono orientate verso una tutela garantista dell'embrione, fondata sul "supremo" valore della dignità umana e sulla salvaguardia dell'essere umano, soprattutto quando questo si trovi nelle condizioni di totale dipendenza e di assoluta debolezza⁸².

Sul fronte interno, la normativa civilistica riconosce al concepito alcuni diritti, i cui effetti si verificheranno dopo la nascita. In particolare, viene riconosciuto il diritto di proprietà derivante da successione *mortis causa* o la donazione; diritti che avevano indotto molti a ritenere che non vi fosse la necessità di una qualificazione giuridica dell'embrione; ad ogni modo, il fatto che il concepito sia o non sia persona, non porta ad un condizionamento di una sua tutela, perché il concepito andrebbe protetto come valore in sé, e non se sia sicuramente persona⁸³.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo vi sono stati alcuni casi aventi ad oggetto proprio lo *status* di persona. Un caso rilevante è *Evans c. Regno Unito* (n. 6339 del 2005): la signora Evans doveva subire un intervento di asportazione delle ovaie che le avrebbe impedito di concepire un figlio, ma non di portare a termine la gravidanza, sicché decise di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita. Le vennero prelevati gli ovociti e furono formati sei embrioni, poi crioconservati in

umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina, Oviedo, 4 aprile 1997. Ratificata dal nostro paese con legge n. 145 del 28 marzo 2001.

⁸¹ L. Violini-A. Osti, *op.cit.*, p. 196.

⁸² *Ivi*, pp. 197-198.

⁸³ *Ivi*, p. 199.

attesa del futuro impianto in utero. A seguito della separazione dal suo compagno, questi ritirò il proprio consenso e chiese la distruzione dei sei embrioni crioconservati (possibilità prevista dagli articoli 4 e 8 dell'allegato 3 allo *Human Fertilisation and Embryology Act*). La donna si oppose a questa richiesta perché quella rappresentava l'ultima possibilità per lei di avere un figlio geneticamente proprio. Al termine dei vari gradi di giudizio interni alla giurisdizione inglese, che le diedero torto, si decise a ricorrere a Strasburgo portando tra le sue ragioni la violazione, da parte dello *Human Fertilisation and Embryology Act*, dell'art. 2 della CEDU proprio perché violava il diritto alla vita degli embrioni. Ovviamente, la risposta della Corte non è soddisfacente, ma non ci si poteva aspettare altrimenti: rimette, come è solita fare quando le questioni etiche vengono poste alla sua attenzione, al *margin di apprezzamento* dei singoli Stati la tutela dell'embrione che ritengono più opportuna, fissando come limite al diritto alla vita dell'embrione la proporzionalità con un altro bene giuridico tutelato. La Corte ha perso l'occasione di definire chi sia la persona ai sensi dell'art. 2 della CEDU, ma non poteva fare altrimenti, essendo il significato di persona attinente al linguaggio filosofico e strettamente connesso all'idea di inizio della vita umana, ed avrebbe costretto la Corte a prendere una posizione su di un tema molto controverso.⁸⁴

Un altro caso è meritevole di essere qui riportato perché riguarda, diciamo, l' "altra faccia" della medaglia della mancanza di chiarezza su quale sia la vita umana e chi sia la persona, quindi come considerare la vita prenatale. Vo c. Francia del 2004, ricorso 53924/2000, riguarda un feto di cinque mesi, che fu abortito terapeutamente, a seguito di un errore del medico, il quale confuse la donna con un'altra alla quale doveva essere rimossa la spirale. Durante l'operazione, inutile, perché la signora Vo non aveva alcuna asportazione della spirale da fare, il medico lacerò la sacca amniotica cosicché la donna dovette abortire due giorni dopo. Il medico venne citato in giudizio per omicidio colposo. Le

⁸⁴ Parte della dottrina ha criticato questo atteggiamento ritenendo che la Corte, quale unica interprete della Convenzione avrebbe dovuto definire che cosa si intende per persona nel contesto della CEDU, permettendo di risolvere la spinosa controversia, stabilendo se l'embrione sia persona o sia una cosa, in modo tale da decidere se accordargli la tutela massima garantita alle persone, oppure quella minima garantita alle cose. (L. Violini, A. Osti, *op.cit.*, p. 218).

risposte dei giudici francesi furono diametralmente opposte: il Tribunale affermò che un feto di cinque mesi non può essere considerato una persona, mentre la Corte d'Appello sostenne esattamente il contrario sulla base delle conoscenze scientifiche e del senso comune. Al termine dei vari gradi di giudizio interni, la signora Vo portò la questione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione nuovamente dell'art. 2 della Convenzione. Anche in questo caso la Corte non si pronunciò sulla condizione del feto, ma anzi ritenne che l'errore del medico non poteva essere ricondotto ad omicidio colposo, quindi lo strumento penale non era per nulla adeguato, essendo sufficiente il risarcimento del danno. Tuttavia, sono molto interessanti le motivazioni dei giudici dissenzianti, che hanno fatto notare che, se il feto non fosse persona e non fosse meritevole di tutela, perché si dovrebbero prevedere delle legislazioni in materia di aborto? Perché non si dovrebbe permettere di abortire liberamente, fino al nono mese di gravidanza?⁸⁵ Una tale considerazione fa pensare che la Corte sia stata poco coraggiosa nell'affermare, quanto implicitamente gli Stati affermano, che il feto può essere considerato a tutti gli effetti una persona umana.

Non mancano alcune considerazioni della Corte di Giustizia sul tema che qui ci interessa, anche se solo recentemente la Corte dell'Unione Europea ha iniziato ad occuparsi esplicitamente di diritti fondamentali. L'occasione fu rappresentata da una controversia instaurata da Greenpeace Deutschland contro la possibilità di acquisire brevetti sulla vita, la quale, altrimenti, risulterebbe assimilata a invenzioni e prodotti industriali. Il caso specifico riguarda la richiesta di nullità di un brevetto, riguardante delle cellule progenitrici ottenute da cellule staminali embrionali umane, presentata al Tribunale federale tedesco dei brevetti. Successivamente il convenuto ha presentato ricorso presso la Corte federale, la quale ha richiesto una pronuncia in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sent. 18 ottobre 2011, C-34/10) in merito all'interpretazione dell'articolo 6(2)(c) della Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. La sentenza è molto interessante perché, allo scopo di definire l'embrione, crea un «substrato argomentativo cui deve riconoscersi, anche ai fini giuridici, il

⁸⁵ *Ivi*, p. 223.

sussistere di una vita individuale»⁸⁶. La pronuncia è degna di nota perché interpreta la direttiva alla luce della tutela della dignità umana in essa affermata, che imporrebbe di attribuire rilievo alla realtà dell'embrione. Questo si presenta come una «sequenza esistenziale conforme alle caratteristiche genetiche di quella specie»⁸⁷. La sentenza chiarisce che embrione umano è qualunque ovulo umano fecondato, perché la fecondazione dà avvio al processo di sviluppo di un essere umano. La pronuncia aggiunge un'ulteriore argomentazione all'impossibilità di fissare razionalmente in un momento successivo a quello della fecondazione l'inizio della vita umana, in quanto con la creazione di un nuovo individuo ha inizio un processo inscindibile che esprime capacità diverse in momenti diversi, come del resto è tutta la vita umana. Le eventuali valutazioni di un inizio della vita umana rispetto all'inizio fissato dalla natura sarebbero meramente convenzionali, ma in contrasto con quanto riconosce la stessa Costituzione secondo cui la salvaguardia dei diritti inviolabili deve essere riconosciuta a tutti gli uomini senza alcuna distinzione sulla base delle condizioni in cui la vita di un individuo prende forma.

4.4.2 *Le diverse ipotesi scientifiche sul «quando» dell'inizio della vita*

Le nuove scoperte scientifiche hanno introdotto la possibilità di riprodurre la vita al di fuori del grembo materno, e questo dovrebbe far sentire l'esigenza di abbassare, ulteriormente, la soglia della tutela ad un momento anteriore. Invero, grazie a queste tecniche, la distinzione tra la fase pre- e postnatale non ha più ragion d'essere, e non è possibile apprezzare un salto di qualità significativo, come era ritenuto quello per cui, anteriormente al momento della nascita, non è vita. Quindi la nascita non è più il discrimine dato che con un'eventuale ectogenesi, il momento della nascita viene meno⁸⁸ e non è possibile affermare che vi

⁸⁶ L. Eusebi, *Beni giuridici e generazione della vita. Note alla luce di alcune vicende giudiziarie europee*, in «Criminalia», Edizioni ETS, Pisa, 2011, p. 525.

⁸⁷ *Ivi*, p.525.

⁸⁸ L. Eusebi, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, Relazione presentata al seminario di studio "Diritto e obiezione di coscienza in sanità", Università Cattolica del Sacro Cuore, 2013.

sia un salto di qualità apprezzabile e tale da poter ritenere che prima dei nove mesi non ci sia una persona.

Caduto il momento della nascita e rendendosi conto che la vita vi è anche prima, è necessario capire il momento a partire dal quale quel soggetto è titolare della dignità umana.

Dal punto di vista scientifico si sono confrontate varie ipotesi, che non fanno altro che stabilire un momento che non è quello naturale, ma è sempre e comunque convenzionale, funzionale anche a permettere al legislatore di contemperare le varie esigenze, sia delle leggi sull'aborto sia di quelle sulla ricerca scientifica sugli embrioni umani.

In passato, come si è accennato poc'anzi, si identificava nella nascita il momento di discriminare, che rappresentava il momento in cui il feto diventava autonomo (da un punto di vista della respirazione e dell'alimentazione)⁸⁹.

Successivamente, la scienza ha stabilito che la vita inizia in un momento anteriore: quello della c.d. *viability*, cioè la vitalità del feto, che, tuttavia, non può essere considerata in astratto, perché varia per il singolo individuo⁹⁰. Inoltre, per vitalità si intende non solo la capacità del feto di riuscire a sopravvivere, anche se staccato dal corpo della madre, ma la sua capacità di avere un destino differente da quello della madre (da cui deriva l'obbligo, anche legislativo, di riconoscerlo come persona a tutti gli effetti). La difficoltà della vitalità può, però, essere valutata, nel momento in cui, il feto può essere staccato dal corpo della madre. Oggi è possibile mantenere in vita anche feti di dimensioni ridotte, il che ha portato a considerare questa soglia inaffidabile, perché non si può distinguere con certezza tra un feto effettivamente vitale e uno solo in potenza. Quindi il criterio della vitalità per garantire la tutela della persona non è sufficiente, perché non permette di adeguarsi alle singole situazioni concrete, divenendo così irrazionale, alla stregua del principio di uguaglianza.

La scienza, nel suo sviluppo, ha individuato una serie di momenti, convenzionali anch'essi, anteriori alla vitalità, che l'ordinamento potrebbe prendere in considerazione, come ad esempio l'inizio della sof-

⁸⁹ Vita autonoma non significa vita indipendente, poiché il neonato non ha più indipendenza del feto, per cui, da questo punto di vista, non vi è alcuna differenza tra il prima e il dopo.

⁹⁰ L. Violini-A. Osti, *op.cit.*, p. 204

ferenza del feto; la formazione del sistema nervoso centrale; per alcuni l'impianto nell'utero materno. Tutti momenti che rappresentano una *simple matter of counting*, permettendo alla scienza di poter operare, ma rimangono pur sempre momenti convenzionali, a differenza dell'unico momento naturalmente certo del concepimento⁹¹.

Ma davvero per la scienza l'embrione non è vita? Lasciando da parte le considerazioni su "chi sia la persona", da un punto di vista biologico quell'insieme di cellule non è vita? In realtà, la biologia questo non lo dice. Nel momento del concepimento, si viene a creare una nuova cellula, risultato della fusione dei due gameti, e, come è noto, per la biologia la cellula è vita, tanto che alcuni esseri viventi sono costituiti da una sola cellula (gli organismi unicellulari). Di conseguenza, l'embrione è un nuovo essere vivente, per quanto ad uno stadio cellulare, e poiché appartiene alla specie umana può essere definito una vita umana.

Inoltre, nel momento della fecondazione avviene un processo di moltiplicazione cellulare, in cui all'inizio si avrà lo zigote (entro le prime 12-31 ore dalla fecondazione, varia a seconda degli individui), e via via l'embrione dividerà le sue cellule a partire da due fino ad arrivare ad essere entro cinque giorni dalla fecondazione, una blastociste a 64 cellule, pronta per l'impianto. Al momento dell'impianto le cellule sono tutte differenziate, è possibile distinguere infatti i vari strati cellulari (ectoderma, endoderma e mesoderma) che daranno origine ai tessuti. Fin dalla sua prima apparizione come zigote, l'embrione è un essere vivente con un proprio corredo genetico individuale, è un essere *distinto* dalla madre, unico ed irripetibile. La sua evoluzione si ha attraverso un processo *senza soluzioni di continuità*, come del resto è tutto lo sviluppo umano dalla nascita alla vecchiaia. L'unicità di questa nuova vita è descritta in maniera perfetta da *In the Womb*, del National Geographic: "*Le due cellule gradualmente e con garbo diventano un tutt'uno. Questo è il momento del concepimento, quando un unico set di DNA di un individuo viene creato, una firma umana che non è mai esistita prima e non sarà mai ripetuta*", ed è quanto si trova scritto nella maggior parte dei manuali di embriologia⁹². All'ottavo giorno, più o meno,

⁹¹ L. Violini-A. Osti, *op.cit.*, p. 206.

⁹² Un ulteriore esempio: «*Quasi tutti gli animali superiori iniziano la loro vita da una singola cellula, l'ovulo fecondato (zigote). Il tempo della fecondazione rappresenta il punto di partenza della storia della vita, o ontogenesi, dell'individuo*»

dipende sempre dal singolo individuo, avviene l'impianto ed ha inizio lo sviluppo dei vari organi; si pensi che entro il ventunesimo giorno il cuore inizia a battere, gli occhi diventano visibili e il cervello comincia a dividersi nelle tre sezioni principali. A partire da un mese dopo la fecondazione le mani e i piedi iniziano a prendere forma. Alla sesta settimana il cervello emette impulsi cerebrali misurabili e l'embrione comincia a percepire gli stimoli.

Anche l'idea a lungo negata che il feto non possa provare dolore, né altre sensazioni è da abbandonare. Ad esempio, già a partire dalle otto settimane, si può notare una reazione motoria del feto dopo puntura con ago e si può notare una modificazione della frequenza cardiaca⁹³.

4.4.3 *L'inizio della persona umana: un problema filosofico, più che scientifico*

Se, quindi, per la scienza non si può negare che con il concepimento nasca un individuo nuovo e "altro" rispetto alla madre, salvo poi individuare un punto di inizio della vita umana, assolutamente convenzionale, giustificato anche dal fatto di poter permettere una serie di attività sull'embrione, il vero problema sembra attenersi non all'inizio della *vita umana*, quanto piuttosto al momento in cui si possa parlare di *persona umana*, e questa questione si gioca sul piano etico-filosofico.

Le posizioni legate alla sacralità della vita, ed, in particolare, all'idea che ciascun essere umano, fin dall'inizio, sia portatore di un' "impronta" divina, riconoscono che non si possa stabilire arbitrariamente un momento, od una condizione, in cui poter affermare che un individuo sia qualificabile come persona, ma ogni istante della vita umana è espressione della sua più profonda umanità.

Discostandosi dall'idea del processo di formazione della vita, che inizia con il concepimento, sono possibili altre visioni. Le due principali sono: la teoria che vede nella nascita l'attribuzione dell'identità della persona, titolare dei vari diritti, tra cui quello della vita; e un indirizzo transattivo.

Bruce M. Carlson, *Patten's Foundations of Embryology*, New York: McGraw-Hill, 1996, p. 3.

⁹³ Elena Cesari, Giuseppe Noia e altri, *Il dolore feto neonatale*, Ginecorama, n. 5, 2011, p. 9.

La prima teoria è quella che riconosce nel feto la non persona umana, per cui sono persone solo gli individui autonomi, che siano in grado di essere consapevoli di se stessi e di decidere il proprio futuro.

Questa teoria viene chiaramente rifiutata dalla maggior parte delle persone, per le inevitabili conseguenze aberranti che comporta, in quanto molti individui non rientrerebbero nella categoria dei "salvabili" e dovrebbero essere soppressi. Questo è, non a caso, l'esito a cui giungono queste teorie che normalmente sostengono anche l'infanticidio, ma anche l'eliminazione delle persone disabili. Questa visione, però, non appare incoerente rispetto alle affermazioni di un inizio convenzionale della vita umana, perché stabilire mediante criteri soggettivi quale sia la vita umana perché significherebbe sostenere l'infanticidio, l'eliminazione degli anziani. Una tesi, in realtà, che, a giusta ragione, è percepita come aberrante, ma che è ancora diffusa, ma non appare, a ben vedere, incoerente con i presupposti per cui si stabilisce un inizio convenzionale della vita umana, ma soprattutto della persona. Queste problematiche richiedono una risposta alle più ampie domande esistenziali: quale vita è degna di essere vissuta? Chi stabilisce chi può vivere e chi no? Su che base, non convenzionale, si individua il "salto di qualità" tra il prima, la non persona, e il dopo, la persona?

Vi è di più. Il concetto di autonomia presta il fianco ad una serie di ambiguità, perché la persona può essere autonoma, anche per un periodo breve della vita; anche l'indipendenza è un carattere che l'essere umano raggiunge pienamente molto tardi.

Recentemente due bioeticisti, entrambi italiani, hanno sostenuto una teoria, fortemente criticata dalla maggior parte dei professori accademici, che ha fatto scalpore, ma che non è per nulla nuova: l'infanticidio in tutte quelle situazioni per le quali gli Stati prevedono l'aborto. In realtà, questa visione è coerente con il presupposto secondo il quale il feto non è una persona. Secondo i due studiosi, si porrebbe un serio problema etico-filosofico quando le ragioni che potrebbero condurre la madre ad abortire, si presentassero dopo la nascita⁹⁴. Ovvero si deve discutere se la giustificazione che porta ad uccidere un feto umano possa portare ad uccidere un bambino dopo la nascita, il quale potrebbe

⁹⁴ A. Giubilini-F. Minerva, *After-birth abortion: why should the baby live?*, *Journal of Medical Ethics*, 2012, p. 1.

creare gli stessi problemi sulla salute della madre che si possono verificare durante la gestazione. Perché rifiutare di uccidere un bambino appena nato se ammettiamo di uccidere il feto che è anch'esso formato e non è diverso da un bambino appena nato? Infatti, che differenza c'è tra lo stesso essere vivente il giorno prima del parto e al momento della nascita? Nessuna, né fisicamente né razionalmente. Perché impedire ad una madre, che se avesse saputo durante la gravidanza della malattia del figlio, avrebbe potuto abortire, di ricorrere ad un'eutanasia neonatale? Del resto, prima della nascita si può abortire ad uno stadio molto avanzato in presenza di malattie fetali, e lo si fa anche sulla base della considerazione che è meglio non far vivere a quella persona una vita disagiata (viene portato l'esempio della Sindrome di Down che secondo i due studiosi solo nel 64% dei casi viene diagnosticata, quindi, secondo loro, molte donne non vengono informate o le diagnosi prenatali sono errate; il che non considera che molte donne non ricorrono alle diagnosi prenatali e molte altre potrebbero anche decidere di non abortire, nonostante la malattia del figlio). Da un punto di vista intellettuale tra il feto e il bambino non vi sono molte differenze, quindi quando si ha a che fare con la persona umana? Ammettendo l'aborto significa che si ritiene che non sempre quell'essere vivente sia persona, per cui bisogna trovare un criterio per stabilire quando inizi e per distinguere chiaramente il feto dal neonato, perché le differenze, in termini di autonomia, indipendenza, caratteristiche intellettuali non sussistono⁹⁵. Questi possono essere alcuni spunti su cui riflettere, utili anche per la seconda teoria di cui dicevamo.

L'indirizzo transattivo attiene a tutte quelle teorie, che distinguono tra il pre-embrione e l'embrione, che avrebbe inizio a partire dal quattordicesimo giorno dalla fecondazione. Un altro chiaro esempio di inizio convenzionale, dettato dalle esigenze di bilanciamento tra la tutela dell'embrione e le ragioni del progresso scientifico (L. Violini, A.Osti, *op.cit.*, p. 208). Ma questa visione, che pone la questione in termini chiaramente utilitaristici, non differisce molto da quella pre-

⁹⁵ I due bioeticisti infatti sostengono che "*In spite of the oxymoron in the expression, we propose to call this practice 'after-birth abortion', rather than 'infanticide', to emphasise that the moral status of the individual killed is comparable with that of a fetus (on which 'abortions' in the traditional sense are performed) rather than to that of a child.*", *op.cit.*, p. 2.

cedentemente esposta. Il termine individuato non trova un chiaro riscontro scientifico, che può variare da individuo ad individuo, perciò imporrebbe necessariamente di interrogarsi su che cosa sia l'essere vivente prima di quel quattordicesimo giorno: una non vita umana? Ma si è detto che è difficile sostenere questa conclusione.

Da queste considerazioni, alcuni autori⁹⁶ sono giunti alla conclusione che il concepito è «titolare di diritti costituzionalmente garantiti a tutti i soggetti naturalisticamente intesi, tanto che gli possono persino essere attribuiti diritti patrimoniali dal momento del concepimento, senza ulteriori e convenzionali soglie».

4.5 La procreazione medicalmente assistita: le vicende giurisprudenziali della legge 40 del 2004

Proseguendo nella trattazione delle ipotesi di obiezione di coscienza riconosciute dal legislatore, ci si deve occupare della più recente in ordine cronologico: si tratta della legge 40 del 2004, "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*".

Questa legge ha introdotto, anche nel nostro ordinamento, la possibilità di ricorrere a metodi artificiali di procreazione umana, introducendo la possibilità, per le coppie sterili, di ricorrere alla fecondazione assistita. La legge è rilevante anche per quanto si diceva a proposito della tutela dell'embrione umano. Infatti nella versione originaria veniva riconosciuta una piena protezione all'embrione, che è stata posteriormente modificata creando ulteriori problematiche rispetto al tema trattato nei precedenti paragrafi.

La legge 40 rappresenta, senza dubbio, uno dei provvedimenti legislativi più discussi degli ultimi anni ed è stata oggetto di una serie di interventi giurisprudenziali, che poche leggi hanno conosciuto. Si pensi che, già nel 2005, fu oggetto di una consultazione referendaria per la sua abrogazione, che non raggiunse il *quorum*, per cui la legge rimase identica.

⁹⁶ *Ivi*, p. 212.

Il legislatore, nella formulazione iniziale del testo normativo, si è fatto carico della tutela dell’embrione, riconoscendo il massimo della protezione, che, stante l’incertezza nello stabilire l’esatto inizio della vita umana, è stata riconosciuta al momento del concepimento. Per questo motivo, e anche per la lettura restrittiva che ha dedotto il divieto di diagnosi preimpianto⁹⁷, alla legge è stata mossa una forte critica: la si è ritenuta espressione di una determinata morale (nello specifico della dottrina della Chiesa Cattolica), che ha portato a riconoscere una tutela assoluta dell’embrione, con il sacrificio degli altri diritti, tra cui la salute della madre.

Dopo il referendum, si sono susseguiti una serie di interventi giurisprudenziali, sia a livello nazionale che sovranazionale, i quali hanno ridisegnato l’assetto iniziale della legge.

Dapprima, la Corte costituzionale è intervenuta con la sent. 8 aprile 2009, n. 151, nella quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge 40, nella parte in cui l’art. 14 limitava a tre il numero massimo di embrioni producibili e obbligava ad un unico e contemporaneo impianto. Pur mantenendosi il principio secondo cui non è possibile creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, non sarà più la legge, in astratto, a determinare il numero di embrioni, ma il medico alla luce della situazione clinica specifica. In questo modo, è evidente che si introduce l’ipotesi 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*

⁹⁷ La legge 40 non prevede espressamente il divieto della diagnosi preimpianto, ma è stato dedotto dai giudici dalla lettura del combinato disposto degli articoli 1, secondo comma (in base al quale possono ricorrere a queste tecniche solo coloro che abbiano problemi di sterilità e infertilità); l’art. 13, secondo comma (che vieta ogni intervento sull’embrione, che non sia dettato dalle esigenze di tutela e salute dello stesso) e terzo comma lett b) (che vieta qualsiasi sperimentazione eugenetica sugli embrioni); l’art. 14, primo comma (che vieta la crioconservazione e la soppressione degli embrioni).

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»⁹⁸.

In materia, è intervenuta anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo con la sent. 28 agosto 2012, "*Costa et Pavan c. Italie*" (ricorso n.54270/10), avente ad oggetto l'art. 4 e l'art. 13 della legge 40. I due ricorrenti avevano avuto una figlia malata di mucoviscidosi⁹⁹, apprendendo così 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 sano, richiesero di procedere alla fecondazione artificiale, in modo tale da avere la possibilità di impiantare solo l'embrione sano e scartare quello malato. Tuttavia, la legge 40 limitava il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita al solo caso in cui la coppia fosse 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. Quindi la coppia non ebbe la possibilità di ricorrere alla fecondazione artificiale e di dar corso ad una gravidanza che si sarebbe conclusa con la nascita di un bimbo non affetto da mucoviscidosi. Con la sentenza citata, e confermata dopo il rifiuto di accogliere il ricorso del governo italiano, 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 italiano, che permette l'aborto proprio in quei casi in cui la diagnosi preimpianto avrebbe potuto evitare quel concepimento. 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.

⁹⁸ Punto 6.1 del *Considerato*.

⁹⁹ La mucoviscidosi è meglio conosciuta come fibrosi cistica.

8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Da ultimo, la Corte costituzionale con la sent. 18 giugno 2014, n. 162 ha dichiarato «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili*»; introducendo la possibilità del ricorso alla fecondazione eterologa, i cui limiti dovranno essere posti dal legislatore.

4.5.1 *Segue:.. l'obiezione di coscienza: a che cosa si deve realmente obiettare?*

Il legislatore, come accaduto per l'obiezione all'aborto, ha espressamente previsto, all'art. 16 della legge 40, la possibilità, per il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie, di sollevare obiezione di coscienza, con un tenore letterario che richiama quello della legge 194¹⁰⁰.

Anche in questa legge troviamo la necessità, per il soggetto obiettore, di attivarsi e presentare la dichiarazione, anche se non viene fatto alcun riferimento ad eventuali termini decorrenti dall'abilitazione professionale o dall'assunzione, come invece nel caso dell'obiezione di coscienza all'aborto. Per il resto, la regolamentazione della successiva revoca o proposizione dell'obiezione di coscienza risulta identica a quella dell'interruzione gravidanza. Essa, infatti, ai sensi del 2° comma dell'art. 16, produce effetto non immediatamente, ma solo dopo un mese dalla sua presentazione agli organismi competenti.

¹⁰⁰ "Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture private autorizzate o accreditate.", così recita l'articolo 16, primo comma, della legge 40.

Tuttavia, l'obiezione di coscienza, nell'iniziale formulazione della legge, era qui meno giustificata, rispetto a quella sull'aborto, perché erano previste tutte le tutele necessarie per la salvaguardia dell'embrione, la cui vita veniva considerata un valore irrinunciabile. La legge, inoltre, si è fatta portatrice di un valore, che, difficilmente, può essere accolto dall'ordinamento: quello della "dignità della procreazione", secondo cui la vita nascente deve essere il frutto dell'unione tra i due coniugi, ovvero del dono reciproco. In un ordinamento democratico secolarizzato non si può pretendere che questo modello di vita coniugale venga riconosciuto, in quanto riguarda una regola di condotta di vita personale, legata alla concezioni di una specifica confessione religiosa. Infatti, una delle obiezioni mosse alla legge è stata quella di aver creato una specifica legislazione *ad hoc* troppo radicale, escludente una serie di ipotesi previste in altri paesi occidentali; ma non è così criticabile il tentativo del legislatore italiano di frenare alcuni fenomeni preoccupanti quali la maternità surrogata, la vendita di ovociti e di spermatozoi. Tenuto, quindi, conto che con questa disciplina si favoriva la vita, alla quale tutte le tutele erano riconosciute, e si evitavano le ipotesi della c.d. «procreazione selvaggia»¹⁰¹ l'obiezione era poco giustificata, da un punto di vista giuridico. In più, come si è già sottolineato, ci deve essere una lesione diretta e grave della coscienza dell'obiettore, affinché l'obiezione possa trovare un riconoscimento nell'ordinamento: nel caso della fecondazione assistita omologa, anche dal punto di vista morale, questa lesione è meno grave rispetto ad altre: il dettame morale dell'unione dei due coniugi nell'atto sessuale, che si concretizza poi nella realizzazione della gravidanza, è di carattere secondario, tanto che la dottrina ha notato come non sarebbe configurabile, anche da un punto di vista canonistico, un vero e proprio obbligo per il personale medico cattolico di astenersi, ma si debba rimettere, piuttosto, alla coscienza dei singoli fedeli¹⁰².

¹⁰¹ L. Violini - A. Osti, *op.cit.*, p. 213. Il mercato mondiale della fecondazione assistita è vastissimo: uomini e donne che vendono i loro gameti, negli Stati Uniti vi sono gli "ovociti col pedigree" per avere il figlio perfetto, ma anche nonne che fanno da madri surrogate per partorire i propri nipotini, o ancora madri che congelano i propri ovociti per donarli alle figlie sterili (casi in G. Gambino, *Il moderno diritto al figlio. Riflessioni biogiuridiche a partire dal Giudizio delle due madri di Re Salomone*, in *Medicina e Morale* 2013/2: 311-328, p. 312.

¹⁰² V. Turchi, *L'obiezione di coscienza nell'Evangelium vitae*, in "Iustitia", 4, 1996,

Paradossalmente, è proprio a seguito dei successivi interventi sulla legge che si giustifica l'obiezione di coscienza, sia rispetto alla tutela degli embrioni sia rispetto alla problematica della fecondazione eterologa. Anche da un punto di vista morale, la dottrina della Chiesa ha riconosciuto tre diversi livelli etici di coinvolgimento della coscienza personale: il più alto attiene alla vita umana, non è ammessa alcuna soppressione di questa, in particolare degli embrioni "in eccesso", la loro crioconservazione od utilizzo per fini scientifici; su di un secondo livello si pone il divieto di fecondazione eterologa, perché contrastante con la proprietà dell'unità del matrimonio, con la natura monogamica della famiglia, secondo la tradizione giudaico-cristiana (in tal senso si suole parlare anche di principio "di familiarità"), ma, anche più delicata è la possibilità di incidere sugli interessi relazionali del nascituro, consistenti nel "conoscere la propria identità biologica" e nel "non veder dissociata la genitorialità genetica da quella sociale"; infine, sul terzo livello, si trova la fecondazione omologa, che avrebbe un vincolo morale molto più blando¹⁰³. Quest'ultima, che era l'unico aspetto nei confronti del quale poteva rivolgersi l'obiezione di coscienza, da un punto di vista giuridico è assolutamente giustificata, se non si vuole una inopportuna commistione tra diritto e morale, soprattutto di una determinata morale¹⁰⁴.

Invece, con la riscrittura della legge, vengono intaccati alcuni valori essenziali. Per quanto si è detto sull'inizio della vita, è chiaro che per l'obiettore si pone il dovere morale di opporsi a situazioni in cui la vita, dal concepimento in poi, viene soppressa, per cui il problema degli embrioni *soprannumerari* ripresenta le difficoltà che pone la legge sull'aborto. Come poco sopra evidenziato, una delle maggiori critiche rivolte alla legge 40, così come uscita dalle aule del Parlamento, riguardava proprio la tutela riconosciuta all'embrione, ritenuta troppo radicale ed escludente gli altri diritti. La discussione che si venne a creare è strettamente legata alle riflessioni che in questo lavoro si sono svolte sull'inizio della vita umana, perché le critiche hanno origine

p. 352.

¹⁰³ V. Turchi, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in "Stato, Chiese e pluralismo confessionale", Rivista telematica, 2010, pp. 17-18, in www.statoechiese.it.

¹⁰⁴ Cfr. F. D'agostino, *Etica della fecondazione assistita*, in "La fecondazione assistita", pp. 142-143.

dalla concezione dell'embrione come "non persona", quindi persona "in potenza" o, comunque, dall'idea che il legislatore non abbia preso in considerazione il dibattito scientifico in questione, ponendo un ostacolo allo sviluppo della ricerca scientifica - perché gli embrioni creati *in vitro* possono essere utilizzati per la ricerca sulle cellule staminali - e alla procreazione assistita. Queste posizioni accusano il legislatore di non aver tenuto in considerazione i dubbi e i disaccordi scientifici sull'inizio della vita umana, elemento imprescindibile per l'azione legislativa che dovrebbe ispirarsi ai dati che la scienza offre. Ma vi è da dire che, intanto, non vi è alcuna evidenza scientifica che quella non sia vita umana, anzi la biologia porrebbe a favore dell'idea che si tratti di un essere umano, per la semplice constatazione che se la cellula è la più piccola forma vivente, che mantiene tutte le caratteristiche degli esseri viventi (come la biologia cellulare e molecolare affermano), essendo l'embrione una nuova cellula, con un suo corredo genetico, *distinto* da quello dei genitori, allora siamo di fronte ad un nuovo essere vivente, che, per il fatto di appartenere alla specie umana, potrà con certezza essere considerato un essere vivente umano (*rectius*: vita umana). Inoltre, una considerazione più giuridica: l'affermazione secondo cui il legislatore dovrebbe ispirarsi ai dati certi della scienza non è totalmente corretta, se si pensa che il legislatore spesso si ispira a criteri prudenziali e precauzionali, ad esempio nel diritto dell'ambiente¹⁰⁵. Qui si ripresentano tutti i dilemmi morali legati all'aborto, anzi forse più accentuati, perché vi sono in gioco le questioni delicate della ricerca sulle cellule staminali, ma anche, legato alla tematica dell'eliminazione dell'embrione malato, l'ombra di una velata selezione eugenetica, che si può realizzare sia con l'eliminazione dell'embrione malato, sia con la scelta, non ammessa ancora nel nostro ordinamento, dei gameti. I casi, in altri paesi, non mancano: negli Stati Uniti, nel 2002, una coppia di donne lesbiche sorde si rivolse ad un centro di fecondazione medicalmente assistita per sfruttare le conoscenze genetiche, in modo tale da ottenere una figlia sorda, poiché ritenevano la sordità un pregio. In tutte queste azioni si paventa il pericolo dell'idea del figlio come di un'espressione narcisistica del genitore, il quale lo sceglie secondo i caratteri che più lo aggradano,

¹⁰⁵ L. Violini-A. Osti, *op.cit.*, p. 214.

magari anche senza le fatiche di una gravidanza¹⁰⁶.

Il "diritto al figlio" che più si desidera porta a ricorrere ai vasti metodi che la scienza offre, non solo nei casi di sterilità assoluta, ma, come visto, anche per 'selezionare' i figli da parte di coppie fertili che vogliono evitare un figlio malato. Non è anche questa eugenetica? Non è una selezione di chi noi riteniamo essere "degnò di vivere", una selezione dei "migliori" mascherata da diritto ad avere un figlio sano e perfetto? Vi sono infatti bioeticisti particolarmente onesti, che non nascondono la loro posizione favorevole alla diagnosi preimpianto, la quale, nella sua funzione di poter scegliere l'embrione migliore (non solo si dovrebbero scartare gli embrioni malati portatori di una qualche malattia genetica, ma anche quelli non "all'altezza" di certe aspettative), permette ai genitori di far nascere figli intelligenti e del sesso desiderato; grazie alle conoscenze genetiche, che permettono di fare previsioni in termini di percentuale, si possono selezionare embrioni che possono raggiungere un QI elevato¹⁰⁷. Anzi si configurerebbe una vera e propria "*moral obligation*" a ricorrere ai tests genetici per avere le informazioni necessarie sia sulle eventuali malattie sia su quegli aspetti per nulla legati a patologie, come l'intelligenza, da utilizzare nelle decisioni sulla procreazione¹⁰⁸, alla luce di un confronto tra embrioni: da un lato un embrione che risulta assolutamente sano, dall'altro un embrione sano che potrebbe sviluppare nella sua vita una forma di asma: c'è la possibilità di scegliere, il secondo embrione ha pochi elementi a suo favore rispetto all'altro embrione, chi non sceglierebbe "ovviamente" l'embrione perfettamente sano?

Questi contributi non nascondono il fine eugenetico: le coppie devono poter ricorrere a questi tests così da selezionare quale figlio far nascere; infatti, in presenza di buone ragioni (quali? E chi non avrebbe

¹⁰⁶ In paesi come gli Stati Uniti è sempre più diffuso il fenomeno del ricorso alle madri surrogate per evitare le conseguenze 'negative' della gravidanza sul fisico della donna: nel 2010 un articolo del *New York Times* mostrava le foto delle bambine di una nota scrittrice americana, nate da due madri surrogate, da lei pagate, perché desiderava due gemelle, ma non voleva l'incombenza di portarle in grembo per nove mesi.

¹⁰⁷ J. Savulescu, *Procreative beneficence: Why we should select the best children*, in *Bioethics* 2001; 15 (5-6): 413-426, p. 414. "*If an embryo has gene subtypes (alleles) A,B there is a greater than 50% chance it will score more than 140 if given an ordinary education and upbringing*"

¹⁰⁸ *Ibidem*.

delle buone ragioni per volere un figlio perfetto?) ad avere il miglior figlio possibile è moralmente dovuto che possano avere il figlio desiderato (sempre che abbiano la fortuna che i risultati genetici siano perfetti). Ovviamente è necessario elaborare dei criteri di scelta. Ci dobbiamo chiedere: qual è il figlio perfetto? Se non è quello malato, allora quali malattie possono essere oggetto di "selezione"? Tutte? Oppure solo quelle che non permettono di vivere una vita di una certa qualità? Ma chi stabilisce *per un altro* qual è la vita di qualità? Ci si può basare solo sulla *previsione* di un genitore che quella sarà per il figlio una vita insopportabile? Basandosi su criteri meramente *soggettivi* come si può stabilire la selezione per la Sindrome di Down e non per l'asma? Coloro che hanno dei comportamenti devianti, hanno una certa aggressività, non solo non sono perfetti, ma sono pericolosi per gli altri, perciò lo Stato potrebbe avere tutto l'interesse a selezionare quei soggetti meno pericolosi per la società. Le persone ansiose non sono figli perfetti, l'ansia potrebbe portare grossi problemi nel corso della vita, è meglio non recare una tale sofferenza ad un figlio. Non è opportuno obiettare che in questo modo si impedirebbe di far nascere uno come Mozart, Einstein (obiezione che vale anche per l'aborto) perché, giustamente, ho la possibilità di scegliere: meglio scegliere, a parità di condizioni genetiche dei due embrioni, un Mozart senza asma!¹⁰⁹.

Da un punto di vista giuridico, anziché strettamente bioetico, la possibilità di ricorrere a queste tecniche per evitare le malattie genetiche sono avvalorate dalla *libertà di autodeterminazione giuridica* e dal diritto alla *privacy familiare* (entro questi confini si è mossa anche la già citata sentenza della Corte di Strasburgo che ha condannato l'Italia, "Costa e Pavan vs. Italy"). Tuttavia, il richiamo alla *privacy*, proprio con l'utilizzo di queste tecniche, sembra inappropriato perché solo il concepimento del figlio nel rapporto sessuale è realmente legato alla sfera privata, ma lo stesso non si può dire per queste tecniche che, inevitabilmente, escono dal mero rapporto tra i due coniugi investendo una serie di relazioni (nella fecondazione eterologa vi è almeno un terzo, il donatore, che entra nella relazione affettiva della coppia) e le

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 418. Inoltre, mentre il medico non dovrebbe dare alcun consiglio a coloro che ritengono di scegliere l'embrione migliore rispetto agli altri, questi dovrebbe provare a persuadere quelle coppie che non intendono fare una scelta, per ragioni "irrazionali" come quelle religiose, ad avere le informazioni opportune.

strutture pubbliche, ospedali, il personale sanitario, oltretutto lo Stato nella regolazione delle procedure e dei limiti da porvi¹¹⁰. Senza contare che queste tecniche, tra cui l'eterologa, se permettono di superare le problematiche legate alla sterilità assoluta, contribuiscono ad un calo delle adozioni, rese impossibili dall'eccessiva burocrazia che le caratterizza e dalla mancanza di fondi da parte dello Stato, ma anche dalle tecniche di procreazione assistita, come denuncia l'Ai.Bi.

La tecnologia tentacolare, che entra in ogni angolo dell'esistenza umana, pretendendo di risolvere ogni problema, porta con sé il rischio di non permettere all'uomo, pur partendo da una condizione svantaggiata (quale quella della sterilità), di incanalare le sue energie positivamente: la sterilità potrebbe mostrare delle forze sconosciute e diventare feconda, anche attraverso, per esempio, la stessa adozione, mentre la tecnica rischia di creare una fecondità avida, all'interno, peraltro, di una costante tensione contraddittoria tra due poli opposti: da un lato, il diritto a non avere figli, con la possibilità di rinunciare a quelli già concepiti, dall'altro lato, il diritto di un figlio a tutti i costi. Ma la tecnica che permette alle donne di procreare in maniera così autoreferenziale, spesso senza neanche voler sperimentare sul proprio corpo la gravidanza, le priva di un vero controllo sulla riproduzione e di vivere autenticamente la loro femminilità¹¹¹, rendendo la gravidanza, grazie anche agli interventi della diagnosi preimpianto, paragonabile ad un processo di "produzione" soggetto a controlli di qualità¹¹². Alla luce di queste numerose, seppur concise, considerazioni, risulta abbastanza chiaro che l'attuale assetto della legge, e quello che potrebbe essere in futuro allineandosi alle scelte di altri paesi occidentali, pone conflitti etici notevoli alla coscienza del medico, il quale qui, più che nell'aborto, potrebbe avere il compito con la sua obiezione di sviluppare una

¹¹⁰ G. Gambino, *op.cit.*, p. 315.

¹¹¹ G. Gambino, *op.cit.*, p. 323. Sulla necessità o meno di rendere artificiale la gravidanza si è divisa anche la letteratura femminista: da una parte, chi ritiene che la tecnologia sia gestita dagli uomini i quali privano le donne di ogni ruolo riducendole di fatto a mere macchine da riproduzione, magari incubatrici di un figlio altrui; dall'altra parte alcune femministe degli anni Settanta si auguravano l'avvento della tecnologia che le potesse privare della gravidanza, la quale è solo un pesante fardello data dalla natura alle donne, in assoluta disparità con gli uomini.

¹¹² Così E. Martin, *The women in the body. Medical metaphors of women's bodies*, Milton Keynes: Birth Open University Press; 1987: 55-67, cit. in G. Gambino, *op.cit.*, p. 323.

certa attenzione sulle conseguenze nell'utilizzo di certe tecnologie. L'obiezione di coscienza nei confronti dell'eugenismo tecnologico dovrebbe essere garantita, ponendo poi le stesse problematiche presentate dalla legge sull'aborto, in particolare, l'ambito di applicabilità della legge e le eventuali conseguenze sanzionatorie.

4.6 La sperimentazione animale; cenni

L'ultimo caso di obiezione di coscienza riconosciuta, a cui qui si accennerà, è rappresentata dal rifiuto della sperimentazione animale.

Nei decenni, la «questione animale» si è sempre più affermata e ha posto le premesse per la nascita di quel vasto fenomeno proprio della seconda metà del XX secolo che porta il nome di animalismo, ovvero quei movimenti, filosofici, politici, che si propongono di tutelare gli animali.

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.

Venne presentato effettivamente in Parlamento il disegno di legge, volto a riconoscere l'obiezione di coscienza alla vivisezione animale. 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, e il testo venne approvato in Senato e, successivamente, 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.

La formulazione dell'art. 1 della legge depone a favore della teoria coscienzialistica (cap. 3, § 3.4.1), per cui l'obiezione è giustificata proprio dalla tutela della coscienza e non del bene che essa protegge;

infatti, si legge nel testo 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. In realtà, anche in questo caso l'obietto non guarda solo alla sua coscienza, ma anche ad un bene che va "oltre" questa.

Questa posizione ha permesso di sanare il conflitto tra l'interesse al progresso scientifico e la libertà di coscienza, nonché al diritto degli animali a non soffrire, come la filosofia sugli *animal rights* sta diffondendo. Si deve ricordare, però, che l'esigenza di tutela degli animali non comporta una equiparazione di essi all'uomo (e resterebbe da chiedersi come mai si riconosce, senza particolari polemiche, l'obiezione alla sperimentazione animale, che è giusta ed, anzi, ha portato anche risultati interessanti, permettendo di sviluppare la ricerca in *vitro*; ma non si dubita dell'uso degli embrioni umani.).

4.7 Le prospettive future dell'obiezione di coscienza

Con la continua e rapida evoluzione delle conoscenze scientifiche, principalmente nella materia biomedica, si palesano nuovi ambiti, in cui l'obiezione di coscienza potrebbe rilevare.

La bioetica rappresenta un nuovo settore, potremmo dire di 'elezione'¹¹³, della 'moderna' obiezione di coscienza, già anticipata da quella all'aborto, che appartiene anch'essa all'area bioetica, ed è regolamentata da molte legislazioni nazionali. A quest'area appartiene anche l'obiezione alla procreazione medicalmente assistita e tutto ciò che attiene alla sperimentazione sugli embrioni umani e alla selezione genetica.

Tra queste un futuro ambito di interesse dell'obiezione potrebbe essere rappresentato dall'eutanasia o dal suicidio assistito, previsto in varie legislazioni nazionali, non ancora disciplinate in Italia. In Parlamento peraltro sono stati presentati diversi disegni di legge sul "testamento biologico", che permettono di rendere "dichiarazioni anticipate di trattamento", per il caso in cui il soggetto autore delle medesime

¹¹³ V. Turchi, *ult.op.cit.*, p. 16.

dovesse versare in stato di incapacità di intendere e di volere. Sarebbe opportuna una regolamentazione della materia, volta a colmare l'eventuale vuoto legislativo che ora, inevitabilmente, viene riempito dai giudici, con soluzioni che possono essere variegate. In questo contesto varie possono essere le situazioni in cui si può configurare l'obiezione di coscienza. Ciò dimostra che l'obiezione, in quanto espressione di un contrasto tra la norma giuridica e la coscienza dell'individuo ed essendo un fenomeno sociale, può aver luogo al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore, presentandosi come obiezione *contra legem*. Gli ambiti più diffusi attualmente sono quelli della biomedicina, con riferimento soprattutto ai trattamenti sanitari ed al fine vita.

Lo specifico tema dei trattamenti sanitari può essere affrontato in due parti distinte: i trattamenti sanitari obbligatori e quelli non obbligatori. La tematica che si analizzerà nei prossimi paragrafi richiede uno sforzo compromissorio maggiore rispetto alle ipotesi precedentemente analizzate: mentre negli altri casi si doveva tutelare la coscienza del medico - o, in generale, dell'obiettore - e la vita di un essere umano in una condizione di debolezza, incapace di decidere per se stesso; qui ci si confronta con la coscienza di altre persone, capaci di autodeterminarsi e di decidere della propria personale esistenza. Il conflitto si radicalizza e si complica, richiedendo una maggiore attenzione da parte dell'ordinamento nell'opera di bilanciamento tra le varie coscienze.

4.7.1 *L'obiezione ai trattamenti sanitari obbligatori*

Le vicende obiettorie in questo ambito hanno riguardato soprattutto la sottoposizione obbligatoria ai trattamenti per la prevenzione e la profilassi nei confronti delle malattie infettive pericolose. In particolare, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sulle obiezioni sollevate alle vaccinazioni obbligatorie, dettate più che da ragioni filosofiche, religiose o morali, da ragioni scientifiche, come ha avuto modo di sottolineare lo stesso giudice *a quo*¹¹⁴. I due coniugi, citati in giudizio per aver rifiutato di far vaccinare la figlia, ritenevano che nel corpo umano vi fosse una sorta di immunità naturale, per cui il pericolo di ammalarsi sussisterebbe in egual misura per i vaccinati o meno, sicché

¹¹⁴ Pret. Alba, ordinanza di rimessione 14 aprile 1980.

le vaccinazioni obbligatorie risulterebbero in contrasto con l'art. 32 Cost., oltre ad essere inutili da un punto di vista scientifico.

Questa particolare situazione pone un conflitto tra due beni parimenti ordinati perché la coscienza, che porta delle istanze scientifiche, si scontra con l'interesse alla salute dei consociati. Quest'ultimo è stato privilegiato dalla Corte costituzionale anche recentemente nella sent. 107 del 2012, dove ha affermato l'esigenza dell'interesse collettivo su quello individuale, perché oggetto del trattamento non è solamente la salute di colui al quale questo trattamento viene applicato, ma di tutta la comunità, che rappresenterebbe un valido limite alla compressione alla libertà di coscienza dell'individuo. Questi casi, inoltre, devono essere confrontati, oltre che con i limiti che l'ordinamento deve porre (cap. 3 § 3.5), con i dati scientifici a disposizione per valutare la sussistenza o meno di queste rivendicazioni.

4.7.2 *Segue:..i trattamenti non obbligatori*

La sfida futura del nostro ordinamento, e dell'obiezione di coscienza, riguarderà la categoria dei trattamenti sanitari *non* obbligatori, a fronte delle richieste dei pazienti affinché i loro medici tengano un comportamento attivo. Attualmente, nel vuoto legislativo e a fronte del divieto nel nostro ordinamento di praticare l'eutanasia attiva o passiva (i casi che si verificano integrano la fattispecie penale dell'art. 579 c.p., l'omicidio del consenziente), l'obiezione di coscienza che potrebbe configurarsi è quella del medico che decide di interrompere le cure e quella del paziente che decide di porre fine alla sua sofferenza.

Così come è possibile produrre embrioni, la scienza e la tecnica sono in grado di estendere la vita umana oltre i suoi limiti naturali, per cui chi prima, in certe situazioni, sarebbe morto per cause naturali, oggi continua a vivere attraverso l'uso di respiratori e dell'alimentazione ed idratazione artificiali. Queste possibilità, che lo sviluppo della scienza medica ha messo a disposizione, creano non pochi problemi di carattere etico e giuridico: fino a che punto un medico può tenere in vita un paziente per il quale non vi sono più speranze? Può il medico interrompere le cure ed accelerare la morte? Sono le problematiche sottese ad una serie di categorie, tra loro diverse e molto discusse, quali l'eutanasia, il suicidio assistito e l'accanimento terapeutico. Al di là della

terminologia, si tratta di figure poco chiare, soprattutto l'eutanasia e l'accanimento terapeutico che la medicina non è in grado di differenziare con certezza, perché non è facile stabilire il discrimine preciso. In diversi ordinamenti è concessa la possibilità di praticare l'eutanasia ad un paziente adulto, nonché il suicidio assistito (ad esempio in Svizzera), ma la maggior parte degli Stati mantiene l'illegalità dell'eutanasia attiva, lasciando la possibilità al paziente di rifiutare le cure, soprattutto nei casi più disperati. In alcuni Paesi l'eutanasia si estende anche ai minori: è il caso dell'Olanda, che la prevede dai 12 anni, e ora in Belgio è stata approvata la legge che prevede la possibilità di praticare l'eutanasia ai minori, malati terminali, di qualunque età¹¹⁵. Questo crea inevitabilmente un precedente su cui riflettere, considerando che un bambino in tenera età è immaginabile che non si renda conto pienamente di quanto gli accade e non sia nella condizione di operare una scelta consapevole (che è quanto viene richiesto agli adulti), sarebbe, perciò, auspicabile cercare di trovare dei rimedi che ne riducano il più possibile la sofferenza, e non che ne determinino il decesso su sua richiesta. Inoltre, poiché occorre l'autorizzazione dei genitori, ci si deve interrogare in merito alla correttezza o meno dell'ipotesi che un genitore possa arroccarsi la scelta di porre fine alle sofferenze del proprio figlio, il quale, per quanto sia da esso ancora dipendente, è un essere umano autonomo, diverso dai suoi genitori, i quali hanno il compito di prendersene cura, ma non di sostituirsi a lui o autorizzare scelte così importanti.

Distinguere tra le varie fattispecie sopra indicate non è impresa banale. Senza alcun dubbio le varie ipotesi non possono essere verificate in astratto, ma solo nei singoli casi concreti, per cui spetterebbe al potere giudiziario individuare, di volta in volta, quale comportamento è stato posto in essere. Fermo restando che in questa sede si offrono definizioni generali, si può dire che l'accanimento terapeutico consiste nell'applicazione al paziente di cure che, per una serie di motivi, risultano inutili vuoi perché il paziente si trova negli ultimi momenti della sua vita, vuoi perché condurrebbero ad un'esistenza eccessivamente gravosa e sofferata o addirittura ad una nuova patologia. L'eutanasia, dal greco "eu",

¹¹⁵ La legge è stata firmata dal re del Belgio Filippo, dandole così la definitiva approvazione.

che significa buona, e "thanatos", che significa morte, perciò eutanasia sarebbe la buona morte (o dolce morte), è un atto posto in essere generalmente dal medico, per porre fine alla vita di un individuo, così da liberarlo dalla sofferenza psicofisica derivante da una malattia inguaribile e dall'individuo stesso avvertita come insopportabile. Questa categoria si articola in ulteriori diramazioni: l'eutanasia *involontaria*, quando la soppressione della vita avviene contro il volere del paziente o senza coinvolgere il malato che ne avrebbe le capacità; eutanasia *non-volontaria* quando è realizzata senza il consenso del paziente, quindi nei casi di incapacità di intendere e di volere; eutanasia *volontaria* si ha, invece, nei casi in cui il paziente chieda di porre fine alla sua vita in maniera esplicita, genuina, ripetuta e consapevole¹¹⁶. Quest'ultima può essere, a sua volta, distinta in eutanasia attiva o passiva: la prima consiste in un atto positivamente posto dal medico che provoca la morte del paziente (un'iniezione letale); la seconda si configura come il rifiuto del paziente nei confronti di terapie *non* futili con l'intento di darsi la morte. In questo *mare magnum* di realtà vi è anche l'eutanasia indiretta, quella che si verifica quando, con le cure per alleviare il dolore, si accelera la morte; questo tipo di azione è sicuramente non punibile, poiché sussiste un dovere del medico non solo di guarire, ma anche di alleviare il dolore e la sofferenza, qualora la guarigione non fosse più possibile. L'evento accidentale od ulteriore di accelerare la morte non si configurerebbe come un reato. Si può intuire la difficoltà di stabilire una netta distinzione tra le diverse forme di comportamento che il medico può tenere. Il Codice di deontologia medica, al riguardo, sembra occuparsi sia dell'eutanasia che dell'accanimento terapeutico, infatti all'art.17 sancisce che «il medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare né favorire trattamenti diretti a provocare la morte», mentre all'art.16 stabilisce che «Il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita.».

¹¹⁶ Si veda a proposito Corrado del Bò, *Assisted suicide an Euthanasia: arguing for a distinction*, Paper consultabile in http://www.units.it/etica/2004_2/DELBO.htm, p. 2.

Alla luce di questa introduzione, le fattispecie concrete che si possono verificare nel nostro ordinamento, in materia di trattamenti sanitari non obbligatori (non solo per il fine vita) riguardano: l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei soggetti in stato vegetativo permanente; il distacco del respiratore; l'arresto dei macchinari per la rianimazione quando il soggetto non sia stato ancora colpito da morte encefalica irreversibile; infine anche gli interventi per il mutamento del sesso richiedono un intervento particolare del medico. Chiaramente, nel momento in cui vi dovesse essere la previsione da parte del legislatore di un obbligo in capo al medico di interrompere l'idratazione e l'alimentazione artificiali oppure di praticare l'eutanasia, l'obiezione di coscienza si capovolgerebbe, non più del paziente o del medico che obietta al divieto, ma quella esercitata dal medico che rifiuta di interrompere anticipatamente la vita.

Il punto di partenza per poter affrontare la tematica è la lettera della Costituzione, laddove all'art. 32 afferma che il malato ha il diritto ad opporre il proprio rifiuto al trattamento sanitario. Da ciò deriva che la regola generale è quella contenuta nel testo costituzionale, mentre l'obbligatorietà delle cure deve essere coperta da una riserva di legge giustificata, ad esempio, dall'interesse collettivo. Tuttavia, la portata dell'art.32 è stata notevolmente ridimensionata, anche da parte degli stessi giudici, giungendo a sottoporre a determinati trattamenti anche coloro che non vi avevano prestato il loro consenso.

Uno dei primi casi ha riguardato i Testimoni di Geova, i quali rifiutano le trasfusioni ematiche, secondo il convincimento religioso che agli occhi di Dio il sangue rappresenta la vita (Levitico 17:14). Pertanto non accettano il sangue non solo per ubbidienza a Dio, ma anche in segno di rispetto per lui in quanto Datore di vita. La prima ipotesi è quella dei genitori che rifiutarono per il figlio la trasfusione, ma la giurisprudenza ha rigettato la richiesta invocando l'art. 330 cod.civ. che consente al giudice di adottare i provvedimenti necessari, qualora le circostanze lo richiedano, anche se non vi sono i requisiti per far decadere i genitori dalla potestà genitoriale. La Corte costituzionale ha infatti notato, giustamente, che il diritto-dovere dei genitori nei confronti della prole incontra un limite invalicabile nell'interesse di questa (un principio che potrebbe essere applicato anche nei casi di eutanasia nei confronti dei minori). Un'ipotesi parzialmente differente, riferita sempre al rifiuto di

ricevere emotrasfusioni, è quella del soggetto, il quale non era in grado di intendere e di volere, ma aveva dato disposizioni, precedenti alla perdita della capacità, contrarie. Al momento dell'arrivo in ospedale fu sottoposto ad una terapia trasfusionale salvavita, nonostante avesse indosso un cartellino con scritto "no sangue". La Cassazione si è pronunciata, con la sent. n. 23676 del 2008, circa la questione se il medico avesse violato o meno il diritto al rifiuto delle cure. Un punto di riferimento per la Suprema corte è rappresentato dalla precedente sentenza (n. 21748 del 2007), inserita all'interno della complessa vicenda Englaro. Qui la Corte ha stabilito che il consenso informato è un diritto fondamentale alla base di ogni trattamento sanitario non obbligatorio, ma che si tratta di un diritto complesso, ovvero un diritto che si inserisce non solo nel rapporto tra il paziente e il medico, ma coinvolge una serie di soggetti e di momenti. Nella vicenda all'esame della Cassazione nel 2008, la Corte doveva stabilire se il consenso prestato dal soggetto incosciente, ma recante il tesserino con il quale esprimeva la sua volontà, era idoneo ad imporre al medico di non procedere con il trattamento, quindi se tale rifiuto della terapia poteva configurarsi come un diritto di rifiutare le cure. La decisione ha escluso la responsabilità del medico, in quanto non si trattava di un rifiuto realmente informato: perché il consenso (o il rifiuto) possa essere idoneo, il soggetto deve essere stato informato della sua condizione di salute ed eventualmente del pericolo di vita imminente, che può essere evitato solo con quello specifico trattamento, perciò la Cassazione ha ritenuto non sufficiente la presenza del semplice cartellino che viene abitualmente indossato dai testimoni di Geova. Questa sentenza stabilisce una prevalenza del diritto alla salute su quello alla libertà di coscienza, ma non perché il primo sia sempre prevalente, ma perché è necessaria la consapevolezza del soggetto che sta rifiutando la cura, nel *vero* significato del consenso informato.

A partire dagli elementi emersi, il consenso informato risulta essere un elemento significativo per il tema qui considerato. La Costituzione afferma un diritto alla vita, ma non reca anche un dovere a preservare, oltre ogni limite, la propria vita. Le ipotesi che possono venire in considerazione a fronte del rifiuto delle cure possono essere sostanzialmente tre: quella di più immediata soluzione è il caso in cui il soggetto che voglia interrompere qualunque terapia sia in grado di farlo autonoma-

mente, nel pieno delle sue capacità. Non occorre alcun intervento del legislatore, non essendo necessario l'intervento da parte di altri soggetti. Una situazione diversa, molto dibattuta in Italia, riguarda chi è in grado d'intendere e di volere, ma non può da solo interrompere il trattamento, da ciò la necessità di un intervento da parte di terzi (un caso che potrebbe essere riconducibile all'eutanasia volontaria); ulteriormente differente è la circostanza di chi si trovi in uno stato di incapacità d'intendere e di volere. Nel nostro ordinamento queste due ipotesi non trovano una previsione normativa, integrandosi nel caso la fattispecie dell'omicidio del consenziente ex art. 579 c.p., ma trovano applicazione nel silenzio della prassi. Due casi hanno attirato l'attenzione dell'opinione pubblica: rispetto alla prima ipotesi il caso Welby: il paziente era pienamente cosciente, e chiese di interrompere l'idratazione e l'alimentazione artificiale; l'altro caso, invece, riguarda Eluana Englaro, che si trovava in uno stato vegetativo da 17 anni, per la quale il padre, tutore legale, chiese l'interruzione di alimentazione ed idratazioni artificiali. In questa occasione, con la già ricordata sent. n.21748 del 2007, la Corte di Cassazione si è pronunciata sul problema dell'attualità del consenso, e – escluso che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscano, in sé, oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, pur essendo indubbiamente un trattamento sanitario – ha deciso che il giudice può, su istanza del tutore, autorizzarne l'interruzione soltanto in presenza di due circostanze concorrenti: a) la condizione di stato vegetativo del paziente sia apprezzata clinicamente come irreversibile, senza alcuna sia pur minima possibilità, secondo standard scientifici internazionalmente riconosciuti, di recupero della coscienza e delle capacità di percezione; b) sia univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, deve essere negata l'autorizzazione, perché allora va data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa.

Alcuni sostengono l'esistenza di un vero e proprio diritto a morire (non è questa la lettura che ne vuole dare la Cassazione), ma una tale

affermazione va ben al di là del diritto all'autodeterminazione, portando a delle conseguenze che non sembrano accettabili: se vi è un diritto a morire, dovrebbe esservi specularmente anche un dovere di uccidere o, quantomeno, questo diritto a morire può essere reclamabile presso altri che dovrebbero eseguirlo. L'eutanasia si deve confrontare con questo paradosso e con altre domande, alla cui risposta non ci si può sottrarre. Quali limiti si dovrebbero porre all'eutanasia, ovvero per quali malattie potrebbe essere reclamata, e secondo quale criterio la possiamo applicare: ad esempio, può essere corretto ammettere l'eutanasia per le malattie fisiche degenerative ma non per quelle psicologiche, come la depressione, considerando che spesso sono proprio coloro che riportano delle patologie psichiatriche a voler porre fine alla propria vita, e la loro esistenza non è detto che sia meno dolorosa e faticosa di chi vive malattie che colpiscono il fisico? A questo punto, si dovrebbe ammettere la possibilità di interrompere la vita per tutti coloro che non vivono una vita degna, dovendo stabilire, di volta in volta, qual è la vita degna e chi è deputato a stabilirlo. Per giunta, riconoscere certe forme di eutanasia o di suicidio assistito pone di fronte ad una domanda, la cui risposta non è scontata: chi porrebbe fine alla vita di un parente caro che glielo chiedesse?

Tutto ciò non può ovviamente eludere le questioni che la tecnica presenta: l'applicazione alle cure di tecnologie sempre più sofisticate consentono di trattare condizioni che sarebbe stato impensabile affrontare fino a poco tempo fa, mantenendo in vita per periodi molto prolungati chi sarebbe stato altrimenti destinato a morte, con l'effetto quindi di prolungare artificialmente la sopravvivenza. In questo modo lo stesso concetto di "morte naturale" ha confini sempre più sfumati ed il suo significato è sempre più incerto. In questo contesto è frequente il conflitto tra la necessità della cura e la naturalezza della fine della vita individuale. Qui diventa interessante il concetto di accanimento terapeutico, rispetto al quale la scienza e la medicina, che ancora poco sanno dello stato vegetativo - ma ci si augura che con lo sviluppo delle neuroscienze sia possibile capire più a fondo l'attività celebrale in queste particolari situazioni - dovranno chiarire i termini, perché può essere significativo per una possibile legge sul testamento biologico. Il confine tra un'indebita prosecuzione della vita e l'eutanasia è molto labile, non si trova una definizione normativa di accanimento terapeu-

tico, ma che sia diffusamente rifiutato è indubbio. Anche un credente non può accettare l'eccessivo attaccamento alla vita: «L'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi può essere legittima. In tal caso si ha la rinuncia all'accanimento terapeutico'. Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire.» (Catechismo della Chiesa Cattolica §2278), ribadendolo nel Compendio del 2005: «Sono legittimi [...] la rinuncia «all'accanimento terapeutico», cioè all'utilizzo di procedure mediche sproporzionate e senza ragionevole speranza di esito positivo» (Compendio §471). Se la vita è sacra, non è neppure il fine ultimo per chi crede e, inoltre, a meno di non ritenere l'uomo un mero automa, non si può negare che la persona possa, almeno parzialmente, decidere di se stessa. Del resto, i casi in cui si dispone della propria vita, e sono accettati dalla dottrina della Chiesa, non mancano: i martiri per fede, oppure coloro che donano la propria vita per altre vite innocenti: il sacrificio di sé non manca nell'orizzonte del credente.

Le problematiche del testamento biologico non sono poche: dalla facilità di scivolare nell'eutanasia, alla difficoltà di determinare il reale consenso informato sulla base di dichiarazioni precedentemente rese: il consenso deve essere attuale, qui si tratterebbe di un consenso dato "ora per allora", per cui il paziente difficilmente avrebbe una vera cognizione della propria condizione patologica (il che non permette di definirlo opportunamente 'informato'); alla poca affidabilità di dichiarazioni che spesso sono dettate dagli stati d'animo in cui si trova il soggetto. Il testamento biologico dovrebbe essere utilizzato proprio per permettere al paziente di esprimersi quando non sia nelle condizioni di poterlo fare ed evitare le forme di accanimento terapeutico. Tuttavia, il divieto di somministrare cure inutili è già possibile con l'applicazione dell'art. 16 del Codice di deontologia medica sopra citato. La dottrina ha anche sottolineato la problematica della vincolatività delle eventuali dichiarazioni per il medico; infatti, se da un lato, al paziente viene riconosciuta la possibilità di rifiutare le cure, dall'altro il medico ha una certa autonomia, esercitata secondo scienza e coscienza¹¹⁷. Il problema si pone

¹¹⁷ Il codice deontologico medico riconosce al medico "autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico, anche in regime di ricovero, fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso", art. 13, secondo comma, 2006.

quando il paziente rifiuti tutte le cure e la morte non sia un momento inevitabile o a breve termine. Una situazione che lascia anche il medico nella spiacevole circostanza di dover assistere in maniera passiva una morte che potrebbe essere evitata e che è in contrasto, peraltro, con il dovere del medico di non compiere *mai* atti idonei a provocare deliberatamente la morte del paziente.

Per le pratiche di interruzione volontaria della vita, con il rifiuto di cure indispensabili, che potrebbe essere previsto in un ordinamento, deve poter essere consentita la possibilità per il personale medico di obiettare; ma l'obiezione non sarebbe legittima nei casi di accanimento terapeutico e laddove vi sia la volontà del paziente di rifiutare cure 'futili', il che sarebbe in contrasto anche con la deontologia medica, la quale deve essere pronta a considerare le precedenti dichiarazioni del paziente.

4.8 Un'obiezione di scienza?

Fin dall'inizio di questo lavoro, si è messa in evidenza la metamorfosi e l'evoluzione che l'obiezione di coscienza ha subito, la più importante è rappresentata, senza dubbio, dal riconoscimento della coscienza all'interno del diritto positivo e l'accoglimento all'interno dell'ordinamento, che l'ha portata ad avere un riconoscimento sul piano giuridico, in quanto vero e proprio istituto giuridico, fondato sull'importanza della dimensione della coscienza. Questo ha determinato un ampio sviluppo dell'obiezione, all'interno di una serie di ambiti, anche molto diversi tra loro; ma il più significativo è sicuramente la bioetica, in cui l'obiezione è stata favorita dallo sviluppo della scienza e delle tecniche scientifiche, che, sempre più diffusamente, investono il significato della vita, dal momento che intervengono nei suoi momenti essenziali e più delicati (la nascita e la morte).

Si è anche visto che, nelle materie più delicate, la scienza può aiutare a risolvere molti dubbi e che spesso le risposte a certe scelte legislative possono derivare dalla scienza stessa. Questa infatti deve aiutare a capire se l'embrione sia o meno un nuovo essere umano biologico; è questa che deve dimostrare se la pillola del giorno dopo sopprime una vita umana ed è sempre la scienza che deve aiutare a chiarire i confini tra accanimento terapeutico ed eutanasia. Per questo motivo, in un'ottica

di valorizzazione dell'obiezione di coscienza e di sua risemantizzazione, è stata prospettata la sua riformulazione in termini di *obiezione di scienza*¹¹⁸. Questa espressione viene utilizzata solitamente per riferirsi al diritto dei cittadini di rivendicare l'applicazione di pratiche scientifiche diverse rispetto a quelle dominanti nella comunità. D'Agostino propone di utilizzare questo concetto per ridefinire l'obiezione di coscienza come la rivendicazione di prassi mediche fondate su «*un sapere epistemologicamente fondato più che di un sapere assiologicamente e quindi politicamente orientato*», proprio perché nelle controversie bioetiche è la scienza con le sue conoscenze che è chiamata in causa, per cui l'obiezione di scienza si porrebbe come lo strumento attraverso il quale una parte della scienza oppone un sapere epistemologicamente oggettivo rispetto ad altre pratiche. Questo avrebbe il pregio di far sì che l'obiezione non assuma derive soggettivistiche (l'autore è tra quelli che vedono la deriva della coscienza contemporanea come eccessivamente relativistica), ma l'obiettore può esibire obiettivamente le proprie ragioni, specificando in nome di che cosa intende obiettare; non vi sarebbe così una coscienza insindacabile e misteriosa. Inoltre, avrebbe il pregio della transitorietà, nella consapevolezza che le controversie non risolte sul piano scientifico possono essere gestite dall'obiezione, fino a quando la scienza non arriverà a risolverle.

Questa proposta ha il pregio di focalizzare l'attenzione sugli aspetti oggettivi dell'obiezione, nello specifico campo della biomedicina, e di attribuire al dibattito uno sfondo scientifico legato al sapere della scienza. Tuttavia, a parte il fatto che può essere applicata solo a questi ambiti, non si può prescindere dalla morale in queste controversie. Questo non significa prescindere dalla conoscenza scientifica, ma la scienza ha un limite ed ha bisogno di essere integrata dalla filosofia: l'embrione è vita umana e la scienza lo può affermare e può anche aiutare a capire quanto della "persona" vi è nell'embrione e nel feto (la sofferenza, le cellule diversificate e teleologicamente orientate ad una precisa funzione), sicuramente potrà risolvere molte questioni, ad esempio sulla contracccezione d'emergenza, ma ha anche bisogno di essere integrata da domande quali: chi è la persona umana?

¹¹⁸ F. D'Agostino, *l'obiezione di coscienza come diritto*, *op.cit.*, p. 181.

Capitolo 5

Conclusioni

Siamo stati abituati da sempre al binomio "legge e ordine", perché l'obbedienza alla legge garantisce l'ordine, la pace, la stabilità. Howard Zinn, però, ricorda che al grido di "legge e ordine" si sono costruiti gli Stati totalitari del Novecento¹. Se la pace sociale è un elemento fondamentale, garantito dall'obbedienza alla legge, è altrettanto vero che la giustizia e il bene comune sono due collanti essenziali della comunità politica, che dovrebbero guidare l'azione di uno Stato.

La disobbedienza in uno Stato democratico, quando sia motivata e non risponda ad un interesse personale, è l'espressione di cittadini 'maturi' dal punto di vista civile, solo quando le coscienze sono assopite non vi è nessuno che fa "rumore". Le democrazie, perciò, devono auspicare un'obbedienza consapevole dei propri consociati, nel rispetto della libertà di ciascuno di seguire la propria coscienza.

La riflessione filosofico-giuridica non può lasciare l'analisi delle contemporanee forme di disobbedienza alla legge all'esclusiva di altri settori disciplinari, quali la psicologia, la sociologia. Si tratta, infatti, di una tematica di assoluto interesse per il diritto, e per la filosofia del diritto in modo speciale, perché riguarda la possibilità che alcune violazioni, pubbliche e non violente, alla norma di diritto positivo siano considerate non soltanto moralmente corrette, ma anche non illecite, anzi siano accolte dall'ordinamento, trasformandosi in un istituto giuridico specifico. Ciò è quanto accade con l'obiezione di coscienza, che richiede uno studio *ad hoc* per le particolarità che la connotano.

¹ H. Zinn, *Disobbedienza e democrazia*, *op.cit.*, p. 224.

L'obiezione di coscienza è una tipica forma di disobbedienza alla legge, che è diventata, nei contemporanei ordinamenti, un vero e proprio istituto giuridico, dai contorni sfuggenti e che continua ad esercitare il suo fascino su molti studiosi. Come si è potuto mettere in luce con la trattazione fin qui svolta, l'obiezione presenta un nugolo di problemi, ma sarebbe un'occasione persa, nonché una fuga, non approfondire la riflessione su questo tema o escludere in partenza ogni riconoscimento del fenomeno, che si caratterizza per aspetti positivi, quali la possibilità per i cittadini di far ascoltare le proprie ragioni e di contribuire al dibattito su questioni delicate (specificamente nella materia bioetica), creando una certa dinamicità all'interno dell'ordinamento; ma anche negativi, perché non si può accogliere l'idea di un esercizio, riconosciuto dal sistema giuridico, illimitato dell'obiezione, altrimenti si determinerebbe la frantumazione dell'ordinamento giuridico. Questo è tanto più vero quanto più è prevedibile un aumento dei fenomeni obiettori a seguito dell'aumento del pluralismo che sta coinvolgendo l'intera Europa. Di conseguenza, parlare di obiezione significa confrontarsi con una tematica di assoluta attualità: il multiculturalismo, che contribuisce ad un aumento della conflittualità negli Stati, rappresenta anche una risorsa nell'inquadramento del pluralismo, ma non solo. Nella consapevolezza del pericolo che comporta la possibilità che chiunque possa rivendicare i valori della propria coscienza, creando una situazione di relativismo estremo, incompatibile con l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, si genera la preziosa occasione di ridefinire l'obiezione di coscienza, per capire come questa debba essere realmente intesa, e di individuarne i limiti necessari affinché l'ordinamento possa riconoscerla.

Se è vero che ciascuno segue la propria coscienza e risponde solo ad essa, anche qualora questa sia sbagliata, per l'ordinamento non può essere altrettanto: non può accettare qualunque contenuto, ma dovrà delimitare le manifestazioni esteriori del *foro interno* alla luce dei valori e dei principi su cui si erge. Ecco che l'obiezione di coscienza può essere anche un'opportunità per approfondire una riflessione su quale Stato vogliamo costruire e quali valori non siamo disposti a negoziare come comunità politica con una determinata identità.

L'obiezione di coscienza può incentivare anche una seria riflessione sui doveri. Viviamo in quella che Bobbio definisce 'l'età dei diritti', dove anche i 'desideri' vengono elevati a diritti che lo Stato deve riconoscere

e tutelare. In questo contesto, dove possiamo affermare che esista addirittura "il diritto ad avere diritti", manca uno sforzo serio di recupero dei doveri che abbiamo verso gli altri, che non sempre coincidono con gli obblighi che lo Stato impone sui cittadini. Sarebbe opportuna una critica illuminata che coinvolga sia i diritti che i doveri, che recuperi seriamente l'autentica dimensione umana; mentre spesso i doveri vengono riesumati solo quando si tratta di criticare quelle visioni differenti dalle nostre. Le contestazioni che vengono fatte all'obiezione passano, talvolta, attraverso l'idea che questa sia un mero capriccio, che viola i doveri che ciascun cittadino ha nei confronti della comunità. Non si nega che spesso l'obiezione si possa trasformare in uno strumento opportunistico, ma andrebbe prestata maggiore attenzione alle ragioni sottese a ciascuna rivendicazione, per rendersi conto che questo gesto non si discosta dal dovere di prendersi cura dell'altro, inteso in senso lato: sia come l'altro essere umano, sia l'ecosistema nel suo complesso, stante la necessità di sviluppare un'etica ecologica, esempio di attenzione verso il prossimo, perché attiene alla responsabilità di tutelare l'ambiente in cui viviamo con lo sguardo rivolto alle generazioni future. La questione ambientale non è esclusa dalla bioetica, seppur questa si sia orientata prevalentemente nell'ambito biomedico, nelle sue origini c'era un'attenzione anche al rapporto con l'ambiente, che oggi, alla luce della crisi ecologica che il Globo terrestre sta vivendo, richiede di essere approfondito, senza prescindere dalle domande antropologiche riguardanti il posto e il ruolo dell'uomo nel mondo. A questo proposito, non si è trattato, nel precedente capitolo, del fenomeno dell'obiezione di coscienza "ecologica", che, in realtà, non presenta dei connotati ben delineati e non è qualificabile come vera e propria obiezione, non essendovi in capo ai soggetti un obbligo giuridico di non consumare o non utilizzare certi prodotti nocivi per l'ambiente. Tuttavia, è pur vero che la pressione esercitata dai modelli sociali consumistici non è meno cogente di quella derivante dalla legge, per cui queste azioni si porrebbero in controtendenza con la cultura dominante condividendo, con l'obiezione, una forma di opposizione a degli imperativi dati.

Stupisce il fatto che la critica all'obiezione venga fatta proprio nel contesto di un'ideologia liberale, in cui tutto è concesso, senza particolari limiti alla libertà, senza rendersi conto che l'appello di chi obietta, specialmente nel contesto bioetico, tenta di interrogare le coscienze su

quale sia la strada che l'umanità sta imboccando nel progresso scientifico. L'immagine di uomo che emerge dalle rivendicazioni che continuamente vengono presentate è quello di un individuo autoreferenziale, mosso da desideri, in cui l'autonomia individuale è la misura di tutte le cose, cosicché tutto ciò che rientra in questo potere diventa oggetto. Sarebbe opportuno chiedersi se l'obiezione rappresenti veramente (o sia esclusivamente) l'espressione di quell'individualismo estremo, scisso da ogni legame sociale, che porterà alla disgregazione dello Stato.

Bibliografia

- [1] Abéllan M. G., *Lineamenti di un diritto generale alla disobbedienza*, in Comanducci P., Guastini R., «Analisi e diritto», Giappichelli, Torino, 1996.
- [2] Agostino, *De vera religione*, Mursia, Milano, 2012.
- [3] Arendt H., *La disobbedienza civile e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1985.
- [4] Assemblea Costituente, *Commissione per la Costituzione, Discussioni, Prima Sottocommissione*, Roma, 3 dicembre 1946.
- [5] Assemblea Costituente, *Atti dell'Assemblea Costituente*.
- [6] Assemblea Costituente, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, VI.
- [7] Attolino S., *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 2013, online in <http://www.statoechiese.it>.
- [8] Belgiorno-De Stefano M. G., *L'obiezione di coscienza e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 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.
- [9] Bertolino R., *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994.

- [10] Biondo F., *Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio*, Giappichelli, 2012.
- [11] Biondo F., *La disobbedienza civile tra testimonianza ed efficacia*, in «Ragion Pratica», Il Mulino, Bologna, 2005, n. 24.
- [12] Bobbio N., *La resistenza all'oppressione, oggi*, in AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, Studi Sassaesi, Serie III, Giuffrè, Milano, 1970.
- [13] Bobbio N., intervista rilasciata al Corriere della Sera, 8 maggio 1981.
- [14] Bobbio N., Matteucci N., Pasquino G., *Il dizionario di politica*, UTET, Torino, 1983.
- [15] Bonsignori F., *Fini cogenti, norme imperanti, valori?*, in (*Interrogativi sul diritto "giusto"*), Ripete E. (a cura di), Plus-Università di Pisa, 2001.
- [16] Borsellino P., Forni L., Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, Anno XXVII, n. 101, 2011.
- [17] 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.
- [18] Buratti A., *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Università di Teramo – Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè, 2006.
- [19] Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970.
- [20] Calogero G., *Filosofia del dialogo*, Comunità, Milano, 1962.
- [21] Canto J., Baum K., *The limits of conscientious objection-May Pharmacists refuse to fill prescriptions for emergency contraception*, in *The New England Journal of Medicine*, 351, 2004.

- [22] Capograssi G., *Obbedienza e coscienza*, in *Opere*, Vol. V, Giuffrè, Milano, 1959.
- [23] Caputo G., *L'obiezione di coscienza: un'erma bifronte fra tolleranza e fondamentalismo*, 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.
- [24] Cardia C., *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 2009, in www.statoechiese.it.
- [25] Carlson Bruce M., *Patten's Foundations of Embryology*, New York: McGraw-Hill, 1996.
- [26] *Catechismo della Chiesa cattolica*, consultabile online in www.vatican.va.
- [27] Cattaneo M. A., *Considerazioni su diritto di resistenza e liberalismo*, in AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, Studi Saresi, Serie III, Giuffrè, Milano, 1970.
- [28] Cesari E. e altri, *Il dolore feto neonatale*, in «Ginecorama», 2011, n. 5.
- [29] Ceva E., *L'obiezione di coscienza contra legem come una rivendicazione di rispetto* 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.
- [30] Ceva E., *Regole, esenzioni e coscienza*, in «Ragion Pratica», Il Mulino, Bologna, 2013, n. 40.
- [31] Chiassoni P., *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2009, n. 9.
- [32] Chiassoni P., *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, 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.

- [33] Cicerone, *Opere politiche e filosofiche*, UTET, Torino, 2010.
- [34] Comitato Nazionale per la Bioetica, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 2012.
- [35] 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.
- [36] Così G., *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, Giuffrè, Milano, 1984.
- [37] 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.
- [38] Crisafulli V., *Per una Costituzione democratica*, in «Rinascita», III, 1946.
- [39] Dalla Torre G., *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione 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.
- [40] Dalla Torre G., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in Botta R. (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico: atti del Convegno di studi. Modena 30 novembre-1 dicembre 1990*, Giuffrè, Milano, 1991.
- [41] Dalla Torre G., *Libertà di coscienza e di religione*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», www.statoechiese.it, 2008.
- [42] Danesi G., *L'obiezione di coscienza: spunti per un'analisi giuridica e metagiuridica*, in Comanducci P. , Guastini R. (a cura di), «Analisi e diritto», 1998.
- [43] D'Addio M., *Storia delle dottrine politiche*, Ecig, Genova, 1996.

- [44] 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.
- [45] D'Agostino F., *L'obiezione di coscienza come diritto*, in «Iustitia», 2009, n. 62.
- [46] D'Agostino F. in Corriere della sera del 16 marzo 2007.
- [47] De Francesco, *Che cosa è giusto nella prospettiva del diritto penale?*, in *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Ripepe E. (a cura di), Plus-Università di Pisa, 2001.
- [48] Del Bò Corrado, *Obiezione di coscienza e pillola del giorno*, in «Bioetica. Rivista Interdisciplinare», Anno XVII, 2009, n. 3.
- [49] Del Bò Corrado, *l'obiezione di coscienza e la Ru486*, 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.
- [50] Del Bò Corrado, *Assisted suicide and Euthanasia: arguing for a distinction*, consultabile in http://www.units.it/etica/2004_2/DELBO.htm.
- [51] Di Blasi A., *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, 2005, online in www.costituzionalismo.it.
- [52] Di Marzio P., *La libertà di coscienza come diritto soggettivo*, 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.
- [53] Donatelli P., *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, 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.
- [54] Eco U., Martini C. M., *In cosa crede chi non crede?*, Roma, Atlantide, 1996.

- [55] Eusebi L., *Beni giuridici e generazione della vita. Note alla luce di alcune vicende giudiziarie europee*, in «Criminalia», Edizioni ETS, Pisa, 2011
- [56] Eusebi L., *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, Relazione presentata al seminario di studio "Diritto e obiezione di coscienza in sanità", Università Cattolica del Sacro Cuore, 2013.
- [57] Faraguna P., *L'enigmatico statuto dei "principi supremi". Un'indagine empirica su limiti e «controlimiti» alle modifiche dell'ordinamento costituzionale*, Tesi di dottorato. Corso di diritto costituzionale, Università degli studi di Ferrara.
- [58] Fromm E., *Fuga dalla libertà*, trad. di Mannucci C., Mondadori, 1994.
- [59] Gambino G., *Il moderno diritto al figlio. Riflessioni biogiuridiche a partire dal Giudizio delle due madri di re Salomone*, in «Medicina e Morale», 2013, n. 2.
- [60] Garancini G., *Diritto di resistenza, disobbedienza civile, obiezione di coscienza : profili storici*, 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.
- [61] Grandi F., *Aborto farmacologico e attività di secondamento. Disobbedienza intermittente nella dimensione dei doveri*, online in www.rivistaaic.it, 2013.
- [62] Grandi F., *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale scientifica, 2014.
- [63] Greco T., *Dai diritti al dovere: tra Mazzini e Calogero*, in Thomas Casadei (a cura di), *Repubblicanesimo, democrazia, socialismo delle libertà. "Incroci" per una rinnovata cultura politica*, Franco Angeli, Milano, 2004.
- [64] Gruppo Interdisciplinare Studio Aborto Medico (GISAM), *Aborto farmacologico mediante mifepristone e misoprostol*, in *Italian Journal of Gynaecology and Obstetrics*, CIC Edizioni Internazionali, Roma, 2008.

- [65] Guastini R., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011.
- [66] 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.
- [67] Giubilini A., Minerva F., *After-birth abortion: why should the baby live?*, *Journal of Medical Ethics*, 2012.
- [68] International Consortium for Emergency Contraception (ICEC) e International Federation of Gynecology & Obstetrics (FIGO), *How do levonorgestrel-only emergency contraceptive pills (LNG ECPs) prevent pregnancy?*, Statement on Mechanism of Action, 2008.
- [69] Hume D., *Del contratto originale*(1748), in Id., *Saggi e trattati morali, letterari, politici e economici*, ed.it. a cura di Dal Pra M. e Ronchetti E., UTET, Torino, 1974.
- [70] Jemolo A. C., *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1962.
- [71] Kant I., *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma – Bari, 2001.
- [72] Lalli C., *C'è chi dice no. Dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, Il Saggiatore, Milano, 2011.
- [73] Leone S., *Nuovo manuale di bioetica*, Città Nuova, Roma, 2007.
- [74] Liotti G., *La dimensione interpersonale della coscienza*, Carocci, Roma, 2005.
- [75] Locke J., *Il secondo trattato sul governo*, BUR, Milano, 1998.
- [76] Locke J., *Scritti sulla tolleranza*, a cura di Marconi D., UTET, Torino, 2005.
- [77] 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.

- [78] Lombardi Vallauri L., *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.
- [79] Malfatti E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2013.
- [80] Mantovani F., *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'area del biodiritto*, in «Criminalia», Edizioni ETS, Pisa, 2011.
- [81] Martin de Agàr J.T., *Problemas jurídicos de la objeción de conciencia*, in *Scripta Theologica* 27: 519-543, 1995.
- [82] Martin E., *The woman in the body. Medical metaphors of women's bodies*, Milton Keynes, Birth open University.
- [83] Marranzini A., *cristianesimo e diritto alla resistenza*, in AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, Studi Sassaresi, Serie III, Giuffrè, Milano, 1970.
- [84] 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.
- [85] Mazzone U., *Il diritto/dovere di resistenza nella proposta di Giuseppe Dossetti alla Costituente*, in *Resistenza e diritto di resistenza. Memoria come cultura*, De Benedictis A. e Marchetti V. (a cura di), CLUEB, Bologna, 2000.
- [86] Minerva F., *Obiezione di coscienza in ambito medico. I limiti di un approccio moderato*, in Borsellino P., Forni L., Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. prospettive a confronto*, *Notizie di Politeia*, Anno XXVII, n.101, 2011.
- [87] Morelli A., *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013.
- [88] Morselli D., *Obbedienza e disobbedienza: dinamiche psicosociali per la democrazia*, Tesi di dottorato di ricerca. Corso di dottorato

in Psicologia sociale, dello Sviluppo e delle Organizzazioni. Ciclo XXI, 2008.

- [89] Navarro Valls R., Martinez Torron J., *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995.
- [90] Newman J. H., *Lettera al duca di Norfolk. Coscienza e libertà*, Paoline Editoriale Libri, V. Gambi (a cura di), 1999.
- [91] OMS, *WHO. Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems*, Geneva: WHO, 2003, in [www.who.int/reproductive-health/publications/safe_abortion/safe_abortion.pdf](http://www.who.int/reproductive-health/publications/safe-abortion/safe_abortion.pdf).
- [92] 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.
- [93] Paris D., *L'obiezione di coscienza fra giudici e legislatore*, 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.
- [94] Passerin d'Entrèves A., *Legittimità e resistenza*, in AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, Studi Saresi, Serie III, Giuffrè, Milano, 1970.
- [95] Passerin d'Entrèves A., *Obbedienza e resistenza in una società democratica e altri saggi*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970.
- [96] Passerin d'Entrèves A., *Quando disobbedire è un dovere*, in «Il pensiero politico», XXXVI, 2003.
- [97] S. Pajno, *Internal point of view, Ragioni per agire e interpretazione costituzionale*, in «Diritto & Questioni pubbliche», n. 10, 2010.
- [98] Pazé V., *Partecipazione, deliberazione e bene comune*, in «Ragion Pratica», Bologna, Il Mulino, 39/2012.

- [99] Peck R., Vélez J. R., *The Postovulatory Mechanism of Action of plan B. A Review of the Scientific Literature*, in «The National Catholic Bioethics Center», 2013.
- [100] 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.
- [101] Petrà B., *Obbligo giuridico e obbligo di coscienza*, in *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Rippepe E. (a cura di), Plus – Università di Pisa, 2001.
- [102] Pino G., *Il positivismo giuridico di fronte allo stato costituzionale*, in «Analisi e diritto», Comanducci P.–Guastini R. (a cura di), Giappichelli, 1998.
- [103] Platone, *Teeteto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- [104] Platone, *Repubblica*, Feltrinelli, Milano, 2008.
- [105] Platone, *Apologia di Socrate-Critone*, RCS Libri, Milano, 2012.
- [106] Plutarco, *Ad principem ineruditum* (ed. Bibliotheca Teubneriana), II.
- [107] Possenti V., *L'obiezione di coscienza oggi: elementi di analisi*, 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.
- [108] Prisco S., *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, 2007, in www.rivistaaic.it.
- [109] Pugiotto A., *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1994.
- [110] Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2009.
- [111] 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.
- [112] Ripepe E., *Torah e Dike: una preistoria dell'obbligo giuridico?*, in (*Interrogativi sul diritto "giusto"*), Ripepe E. (a cura di), Plus-Università di Pisa, 2001.
- [113] Ripepe E., *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'Antigone? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani: Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Giappichelli, 2002.
- [114] Ripepe E., *Che cosa è un diritto che viene meno quando viene meno la forza?*, in *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Ripepe E. (a cura di), Plus – Università di Pisa, 2001.
- [115] Rodotà S., *Solidarietà. Un'Utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- [116] Romano G., *La coscienza: tra filosofia e neuroscienze*, intervento al progetto "Pianeta Galileo" promosso dalla regione Toscana, 2006.
- [117] Romano L., *Pillola dei cinque giorni dopo: "solo" un contraccettivo?*, in *bioFILES*, 2011, n. 6.
- [118] Romboli R., *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, 2005, online in *www.rivistaaic.it*.
- [119] Rossi E., *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro it.*, 1988.
- [120] Rossi E., *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Cedam, Padova, 1989.
- [121] Ruffini F., *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, 1967.

- [122] 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, 2011.
- [123] Sandel M. J., *Giustizia. Il nostro bene comune*, Feltrinelli, 2013.
- [124] Santevecchi G., *Gb messa in crisi dall'islamico obiettore. Dottori rifiutano pazienti, commessi gli alcolici e farmacisti la pillola del giorno dopo* in *Corriere della Sera*, 8 ottobre 2007.
- [125] Savulescu J., *Procreative beneficence: Why we should select the best children*, in «Bioethics» 15 (5-6), 2001, pp. 413-426.
- [126] Savulescu J., *Conscientious objection in medicine*, *BMJ*, 332, 2006, pp.294-297.
- [127] Schiavello A., *An immense task: Hart sull'obbligo di obbedire al diritto*, Paper presentato al Convegno *The Framework of Legal Thought. Riflessioni sui cinquant'anni di The Concept of Law di Hart*, Milano, 2012.
- [128] Schiavello A., *L'obbligo di obbedire al diritto*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, parte IV, Giappichelli, Torino, 2013.
- [129] Sgreccia E., Spagnolo A. G., Di Pietro M. L. (a cura di), *Bioetica. Manuale per i Diplomi Universitari della Sanità*, Vita e Pensiero, Milano, 1999.
- [130] Sofocle, *Edipo Re-Edipo a Colono-Antigone*, tr. It. Di Savino E., Garzanti, Milano, 2000.
- [131] Tettamanzi D., *Cooperazione*, in S.Leone-S. Privitera, Nuovo Dizionario di Bioetica, Città Nuova, Roma, 2005.
- [132] San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, San Paolo Edizioni, Alba, III Edizione, 1999.
- [133] Troilo S., *La libertà religiosa a sessant'anni dalla Costituzione*, online in «Forum di Quaderni costituzionali», 2008.

- [134] Turchi V., *L'obiezione di coscienza nell'Evangelium vitae*, in «Iustitia», 1996, n. 4.
- [135] Turchi V., *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.
- [136] Turchi V., *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 2010, in www.statoechiese.it.
- [137] *Update on Emergency Contraception*, in www.arhp.org/uploadDocs/CPECUpdate.pdf.
- [138] Veronesi P., *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in «Criminalia», Edizioni ETS, Pisa, 2011.
- [139] Viano C.A., *La coscienza: voci e mistificazioni*, in Borsellino P., Forni L., Salardi S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, «Notizie di Politeia», anno XXVII, n.101, 2011.
- [140] Viola F., *L'obiezione di coscienza come diritto*, in «Diritto & questioni pubbliche», n.9/2009, in www.dirittoequestionipubbliche.org.
- [141] Viola F., *Le trasformazioni della responsabilità*, in *Studi Cattolici*, 1993, n. 388.
- [142] Violi S., *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- [143] Violini L., Osti A., *Le linee di demarcazione della vita umana*, in Cartabia M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- [144] Viroli M., *Repubblicanesimo. Una nuova utopia della libertà*, Editori Laterza, 1999.
- [145] Zagrebelsky G., *Antigone tra diritto e politica*, intervento all'inaugurazione del seminario "Centro Studi Parlamentari Silvano Tosi", di Firenze, 2002.

- [146] Zagrebelsky V., *Ci vuole una nuova legge, non il ribellismo dei sindaci*, in *La Stampa* del 9 ottobre 2014.
- [147] Zingarelli, *Dizionario della lingua italiana*, Zanichelli, 1999.
- [148] Zinn H., *Disobbedienza e democrazia. Lo spirito della ribellione*, Il Saggiatore, Milano, 2003.

Appendice A

Riferimenti Normativi

1. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789;1793.
2. Regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 sulle professioni sanitarie.
3. *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, 10 dicembre 1948.
4. *Costituzione della Repubblica italiana*, 1 gennaio 1948.
5. *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 4 novembre 1950.
6. Legge 4 agosto 1955, n. 848: *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.
7. *Patto internazionali relativo ai diritti civili e politici*, 16 dicembre 1966.
8. Legge 15 dicembre 1972, n. 772: *Norme per il riconoscimento della obiezione di coscienza*.
9. Legge 29 luglio 1975 n. 405 *Istituzione dei consultori familiari*.
10. Legge 22 maggio 1978, n. 194: *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*.
11. Legge 23 dicembre 1978, n. 833: *Istituzione del servizio sanitario nazionale*.
12. Legge 12 ottobre 1993, n. 413: *Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*.

13. *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina)*, 4 aprile 1997.
14. Legge 8 luglio 1998, n. 230: *Nuove norme in materia di obiezione di coscienza.*
15. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 7 dicembre 2000.
16. Legge 14 novembre 2000, n. 331: *Legge 14 novembre 2000, n. 331.*
17. Legge 19 febbraio 2004, n. 40: *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.*
18. Legge n. 2004-228 del 15 marzo 2004 legge francese in materia di simboli religiosi.

Ringraziamenti