

Libertà di coscienza del giudice e diritti inviolabili della persona. Un caso di responsabilità disciplinare al vaglio delle Sezioni Unite.

Irene Ambrosi

Sommario: 1. Il fatto. - 2. Il rilievo disciplinare secondo la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. - 3. La decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione. - 4. Il quadro normativo in tema di obiezione di coscienza. - 5. Cenni sulla giurisprudenza costituzionale ed europea in materia. - 6. I caratteri della libertà di coscienza e del diritto di obiettare. 7. La libertà di coscienza e l'esercizio della funzione giurisdizionale.

1. Il fatto

Una detenuta lombarda agli arresti domiciliari si era rivolta al magistrato di sorveglianza con una prima istanza nel maggio del 2012 con cui, “certificata la propria gravidanza” come da allegata documentazione, chiedeva di essere autorizzata ad allontanarsi dalla propria abitazione essendo intenzionata a non portare avanti la gravidanza e sottoporsi, di lì a poco, ad un intervento di interruzione volontaria della gravidanza programmato presso il locale ospedale.

Il magistrato con un primo provvedimento rigettava l'istanza, motivando sull'assenza dei presupposti di cui all'art. 284, comma 3, c.p.p. richiamato dall'art. 47 *ter* dell'ordinamento penitenziario.

Dopo qualche giorno, la stessa detenuta reiterava l'istanza allo stesso magistrato, il quale con un secondo provvedimento rimetteva gli atti al Presidente della Sezione con la seguente motivazione: “ritenendo questo magistrato di astenersi dall'emissione del richiesto provvedimento per ragioni di coscienza e ritenendo che il diritto all'obiezione di coscienza debba essere riconosciuto anche agli appartenenti all'ordine giudiziario (stante la particolare ristrettezza dei tempi non è possibile sollevare questione di legittimità costituzionale)”.

2. Il rilievo disciplinare secondo la Sezione disciplinare del CSM

La Sezione disciplinare del CSM ha dichiarato il magistrato incolpato responsabile dell'illecito disciplinare di cui agli artt. 1,

commi 1 e 2, lett. a) e l), del d.lgs. n. 109 del 2006, infliggendogli la sanzione della censura; in particolare, diversamente qualificando la condotta originariamente contestata (artt. 1, commi 1 e 2, lett. a) e g) del cit. d.lgs. n. 109 del 2006) ha ritenuto che l'emissione del primo provvedimento, per le modalità che lo hanno caratterizzato, risulta integrare l'illecito disciplinare di cui alla lett. l) del richiamato art. 2, piuttosto che la generica violazione di legge di cui alla lett. g), tenuto conto dell'assenza di alcun riferimento a deficienze probatorie dell'istanza di autorizzazione e della immotivata e apodittica affermazione di non ricorrenza dei presupposti di legge; difatti, la condotta di cui alla lett. l) consta "nell'emissione di provvedimenti privi di motivazione ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge".

Tanto rilevato, la Sezione disciplinare, ha ritenuto che la richiesta della donna fosse senz'altro intesa ad ottenere l'autorizzazione a recarsi fuori dal luogo della detenzione domiciliare per sottoporsi a trattamento di interruzione volontaria di gravidanza e ha osservato che le ragioni oggettive della richiesta rientrano sicuramente tra quelle *indispensabili esigenze di vita* la cui sussistenza consente l'autorizzazione ad assentarsi dal luogo di detenzione domiciliare per il tempo necessario a provvedere alla loro soddisfazione secondo quanto previsto dall'art. 284 c.p.p..

Secondo la Sezione disciplinare il provvedimento del magistrato ha quindi apoditticamente affermato l'insussistenza dei presupposti previsti da quest'ultima disposizione così finendo per affermare, non già che l'esigenza rappresentata non risultasse documentata, bensì che le ragioni addotte a sostegno della richiesta non rientrassero tra quelle "indispensabili esigenze di vita" per le quali l'adozione del provvedimento richiesto risultava astrattamente possibile, traducendosi, pertanto "per l'abnormità della sua apodittica affermazione" in un "provvedimento privo di motivazione ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge" cioè, nella specie, nella pretesa inesistenza delle indispensabili esigenze di vita ex comma 3 dell'art. 284 c.p.p. "senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti". La condotta del magistrato ha costituito altresì un comportamento lesivo dei doveri di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006 tale da arrecare un ingiusto danno alla istante; infatti, per effetto dell'illegittimo provvedimento emesso, la predetta ha dovuto

rivolgersi ad un legale per la presentazione di una nuova istanza a garanzia della protezione dei suoi interessi e posticipare la data dell'intervento ospedaliero programmato.

Riguardo all'adozione del secondo provvedimento la Sezione disciplinare del CSM ha ritenuto che esso, pur se fondato su "un'impropria evocazione dell'obiezione di coscienza", valga almeno come richiesta di astensione implicitamente accolta dal Presidente del Tribunale e ne ha, pertanto, escluso il rilievo disciplinare.

3. La decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione

Avverso la sentenza della Sezione disciplinare ha proposto ricorso per cassazione il magistrato di sorveglianza sulla base di quattro motivi. Il procuratore generale ha concluso per iscritto chiedendo il rigetto del ricorso.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza 15 febbraio 2021 n. 3780 hanno respinto il ricorso e confermato la decisione della Sezione disciplinare oggetto di gravame.

Per quanto qui di interesse, la Corte ha ritenuto non fondati i primi due motivi di ricorso con cui il ricorrente censurava l'inosservanza e l'erronea applicazione della legge penale sia sotto il profilo della mancanza assoluta o difetto di motivazione del provvedimento impugnato, con riferimento alla statuizione con la quale il magistrato incolpato è stato ritenuto responsabile dell'illecito di cui all'art. 2, comma 1) del d.lgs. n. 109 del 2006 in relazione al travisamento della prova sia con riferimento al preteso travisamento della prova per aver ritenuto non esaustivo e completo il primo provvedimento.

La Suprema Corte ha innanzitutto osservato che in tema di autorizzazione ad assentarsi dal luogo di detenzione domiciliare la nozione di "indispensabili esigenze di vita" contemplata dall'art. 284, comma 3 c.p.p. va intesa non in senso meramente materiale o economico, bensì tenendo conto della necessità di tutela dei diritti fondamentali della persona, tra cui è compresa la libertà di scelta e di autodeterminazione della donna di interrompere la gravidanza al ricorrere delle condizioni previste dalla legge n. 194 del 1978 a tutela della sua salute anche psichica, in quanto la scelta di sottoporsi all'intervento di interruzione volontaria della gravidanza costituisce manifestazione ed esercizio di un diritto personalissimo che non tollera limitazioni a causa dello stato di detenzione; pertanto, nella fattispecie in esame la richiesta dell'interessata rientra indiscutibilmente tra le "indispensabili esigenze di vita", la cui

sussistenza consente l'autorizzazione ad assentarsi temporaneamente dal luogo della detenzione domiciliare.

In secondo luogo, la Corte ha ritenuto che la non motivata e apodittica affermazione della non ricorrenza dei presupposti di legge, integra l'illecito disciplinare contestato, essendosi risolto nella espressione di un immotivato diniego che lascia la persona che ne è destinataria nelle condizioni di non potere neppure comprendere le effettive ragioni poste a base del rigetto. Sul punto, come già chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, la mancanza di motivazione assurge a illecito disciplinare non per le sue conseguenze processuali, ma in quanto lesiva di un valore fondamentale della giurisdizione, la cui legittimazione è strettamente connessa alla trasparenza delle decisioni e alla conoscibilità delle ragioni che hanno condotto alla decisione¹.

La Corte ha ritenuto infondato anche il terzo motivo di censura con il quale il ricorrente censurava, tra l'altro, che la sentenza impugnata avrebbe dovuto specificare *quale tra i doveri* di cui all'art. 1 comma 1 d. lgs. n. 109 del 2006 sarebbe *stato violato in concreto*. Al riguardo, ha richiamato la motivazione della sentenza impugnata nella quale era stato espressamente affermato che il comportamento del magistrato risultava evidentemente lesivo dei doveri di cui all'art. 1 del citato d. lgs. ("imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità umana", richiamati dalla lett. a) del successivo art. 2), lasciando chiaramente intendere che il dovere violato fosse quello "*del mancato rispetto, nell'esercizio delle funzioni, della dignità della persona, evidenziando il patema che può causare in una persona che versi in condizione restrittive, un provvedimento immotivato che neghi, allo stato, la soddisfazione di una fondamentale esigenza di vita strettamente connessa alla salute psico fisica*".

Sul rilievo del ricorrente volto a lamentare nel fatto attribuito l'inesistenza della produzione di un danno ingiusto, la Corte ha affermato che l'ingiustizia è stata coerentemente ravvisata nella sentenza impugnata nella necessità per l'istante di rivolgersi ad un avvocato per la presentazione di una nuova istanza, sobbarcandosi l'onere della difesa tecnica nonché nel rinvio dell'esecuzione dell'intervento programmato ad altra data, soprattutto ravvisando in quest'ulteriore conseguenza un concreto pregiudizio, atteso che la difficile e sofferta scelta della interruzione della gravidanza sotto il profilo psicologico e fisico per ogni donna, tanto più mette a rischio la

¹ Cfr. in tal senso, Cass. Sez. U. 6 settembre 2013 n. 20570.

soddisfazione di un interesse primario della persona allorché questa versi, come nella specie, in stato di restrizione detentiva e debba rinviare l'intervento a data prossima alla scadenza dei termini di legge.

Anche l'ultimo motivo di ricorso è stato ritenuto non fondato; il ricorrente aveva invocato un difetto di motivazione rispetto all'art. 3 *bis* del d.lgs. n. 109 del 2006 secondo cui l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di *scarsa rilevanza*. In proposito, le Sezioni Unite della Corte hanno richiamato quanto motivato dalla sentenza disciplinare che al riguardo, non soltanto ha ritenuto sussistenti gli illeciti disciplinari nella loro configurazione tipica ma ha anche rimarcato la gravità della vicenda nel suo complesso, con esclusione della possibilità di ritenere le violazioni di scarsa rilevanza.

Come sinteticamente accennato, la sentenza disciplinare ha escluso la specifica rilevanza disciplinare del secondo provvedimento adottato dal magistrato di sorveglianza con cui dichiarava "di astenersi dall'emissione del richiesto provvedimento per ragioni di coscienza e ritenendo che il diritto all'obiezione di coscienza debba essere riconosciuto anche agli appartenenti all'ordine giudiziario", ritenendo in proposito *impropriamente evocata* l'obiezione di coscienza.

La complessità delle questioni sottese al tema evocato possono essere qui esaminate, senza alcuna pretesa di esaustività, quale spunto e occasione di riflessione per riassumere in sintesi il quadro normativo essenziale in materia, e ragionare ancora sul fondamento costituzionale della libertà di coscienza e sulla relazione tra questa e l'esercizio della funzione giurisdizionale.

4. Il quadro normativo in tema di obiezione di coscienza

Sul versante interno, va richiamata la legge n. 772 del 1972, ormai non più vigente a seguito della soppressione della obbligatorietà del servizio militare, con la quale veniva riconosciuta l'obiezione di coscienza agli obbligati alla leva i quali potevano assolvere all'obbligo del servizio militare con due diverse modalità alternative: mediante il servizio militare non armato per coloro che dichiarassero di "essere contrari in ogni circostanza all'uso personale delle armi per imprescindibili motivi di coscienza" oppure mediante il servizio sostitutivo civile. La previsione prevedeva quale presupposto della opzione "motivi di coscienza" attinenti "ad una concezione generale basata su profondi convincimenti religiosi o filosofici o morali professati dal soggetto"².

² Si veda nell'attuale assetto la legge n. 106 del 2016 istitutiva del *Servizio civile universale*.

Ulteriore relevantissimo intervento normativo è quello costituito dalla legge n. 194 del 1978 sulla interruzione di gravidanza, la cui previsione, per quanto qui rileva, esonera il personale sanitario e esercente le attività sanitarie ausiliarie -previa dichiarazione di obiezione di coscienza – dal prender parte a procedure di interruzione volontaria della gravidanza, fermo restando che l'obiezione non può essere invocata quando l'intervento del personale sanitario obiettore non risulti indispensabile per scongiurare l'imminente pericolo per la donna di perdita della vita.

Seguì nella materia della libertà religiosa e di coscienza il blocco degli interventi normativi derivanti dalle Intese tra la Repubblica Italiana e le singole confessioni religiose; quella con l'Unione delle Comunità Israelitiche del 27 febbraio 1987 e l'altra con le Chiese cristiane avventizie del settimo giorno del 29 dicembre del 1986, trasfuse, rispettivamente, nelle leggi n. 101 del 1989 e n. 516 del 1988 con cui fu garantito, tra l'altro, per un verso, il diritto di osservare il riposo sabatico e, per l'altro verso, la libertà di coscienza nell'insegnamento. Nello stesso solco, le successive leggi nn. 128 e 246 del 2012 recanti, la prima, norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa apostolica in Italia e, la seconda, quelli tra lo Stato e l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samghae, nonché la legge n. 130 del 2016 con cui sono stati regolati i rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai.

Con la legge n. 413 del 1993 venne approvata la legge recante norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale riservata ai medici, ricercatori e personale sanitario ausiliario (art. 2). Nello stesso senso, la libertà di coscienza ha trovato ancora protezione e garanzia con la legge n. 40 del 2004 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita che prevede il diritto all'obiezione di coscienza del personale sanitario e esercente le attività sanitarie ausiliarie che abbia preventivamente dichiarato di non intendere prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di fecondazione artificiale, fermo restando l'obbligo, del tutto analogo a quello previsto dalla legge n. 194 del 1978, di collaborazione nelle procedure e nelle attività di assistenza antecedente o successiva a tali pratiche (art. 16).

In tale ambito, infine, merita almeno un cenno, per la sua rilevanza, la legge n. 219 del 2017, recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, che consente al paziente di decidere di interrompere o rifiutare i trattamenti terapeutici anche se da tale decisione possa derivare la

morte³. Ciò che preme qui evidenziare, è che in caso di conflitto tra le volontà del paziente e le scelte di coscienza del medico, la norma prescrive che il medico è *tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente* (art. 1, comma 6), nulla prevedendo in tema di obiezione di coscienza⁴.

Sul versante internazionale, la libertà di coscienza ha trovato espresso riconoscimento nell'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani secondo cui «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza», nonché nell'art.18 “Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti”.

Sul versante euro unitario, la libertà di coscienza ha trovato espresso riconoscimento nell'art. 9, 1 par., CEDU: “Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione” nonché nell'art. 10, Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea: “1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico

³ Nello specifico, è stata riconosciuta ad ogni persona maggiorenne e capace di intendere e volere, la possibilità "in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte", di "esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari" ovvero il consenso o il rifiuto rispetto ad "accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari"(art. 4, comma 1), ivi compresi, nutrizione e idratazione artificiali (come precisato sub art. 1, comma 5), sia di nominare, al medesimo scopo, un fiduciario, stabilendo, nel contempo, che tali direttive anticipate sono "rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento" (art. 4, comma 3).

⁴ Per accenno, va sottolineato che la disciplina richiamata si fonda sul consenso informato quale presupposto imprescindibile dell'“alleanza terapeutica” tra medico e paziente, in mancanza del quale l'intervento del medico non è lecito, finanche nell'ipotesi limite in cui il paziente consapevolmente e liberamente rifiuti o interrompa il trattamento medico vitale.

In tale prospettiva ermeneutica, il diritto di rifiutare o interrompere i trattamenti sanitari, anche vitali, come l'idratazione e l'alimentazione forzata, è stato ricondotto al diritto all'integrità e alla disposizione del proprio corpo secondo il precetto dell'art. 5 c.c. e non al diritto di morire, negato dall'ordinamento.

Questa ricostruzione interpretativa è stata ribadita con fermezza in occasione del giudizio di costituzionalità sull'art. 580 c.p. riguardo al notissimo caso “Cappato - DJ Fabo” (Corte cost. ordinanza 16 novembre 2018, n. 207 e sentenza 24 settembre 2019, n. 242) mediante il bilanciamento del valore della vita umana con il principio di dignità nel caso in cui l'irrecuperabilità della coscienza della persona possa venire in conflitto con la deontologia del medico, il quale non ritenga esaurito il proprio compito e superare il tradizionale principio di precauzione che, *in dubio*, impone di propendere per la vita.

o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Va per completezza rammentato che il Consiglio d'Europa ha approvato la Risoluzione n.1763 del 7.10.2010 con cui ha invitato gli Stati membri ad elaborare normative complete e chiare che definiscano e regolino l'obiezione di coscienza considerata come un diritto fondamentale di libertà con riferimento alla materia dei servizi sanitari e delle professioni sanitarie.

5. Cenni sulla giurisprudenza costituzionale ed europea

Nella notissima sentenza n. 117 del 1979 la Corte costituzionale dichiarò la questione fondata in relazione alla formula di giuramento allora prevista nel codice penale di rito, nella parte in cui conteneva riferimenti religiosi che anche il non credente era obbligato a pronunciare e affermò la sussistenza della lesione della libertà di coscienza derivante dalla imposizione del compimento di atti di matrice religiosa; nella specie, pronunciò l'illegittimità costituzionale dell'art. 251 c.p. aggiungendo l'inciso, "*se credente*". Avanti alla Corte furono sottoposte altre questioni e il riconoscimento della possibilità di rifiutare il giuramento, contenente il riferimento alla divinità, fu ricondotta all'obiezione di coscienza; in concreto, al giudice dell'udienza fu rimessa l'alternativa da porre a coloro che prestavano giuramento.

Con la celebre sentenza n. 467 del 1991, pronunciata con riferimento alla legge n. 772 del 1972 in tema di obiezione alla leva militare⁵, la Corte costituzionale enucleò il fondamento costituzionale della protezione della coscienza individuale dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo ai sensi dell'art. 2 Cost.; osservò a tal riguardo, con felice intuizione, che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di quelle libertà e di quei diritti "*senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con sé stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico*", riconobbe espressamente che "*la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà*

⁵ Veniva in rilievo la irragionevolezza della differente disciplina di chi rifiuta per motivi di coscienza il servizio militare di leva aderendo tuttavia alla possibilità di prestare servizi civili o militari alternativi e quella di chi, per gli stessi motivi, rifiuta *in toto* qualsiasi prestazione di servizi, ordinaria o sostitutiva, connessa all'obbligo di leva.

fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima.”⁶.

A parere della Corte costituzionale “*la sfera intima della coscienza individuale*” - in tutti i casi nei quali sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 Cost.) o della propria fede religiosa (art. 19 Cost.) - “*deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana*”. A tale tutela fa corrispondere “*una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)*”.

Con la sentenza n. 196 del 1987, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla legge n. 194 del 1978 nella parte in cui non consente ai giudici tutelari, chiamati ad autorizzare le minorenni a procedere all'interruzione della gravidanza senza il consenso dei genitori, di far valere la propria obiezione di coscienza.

La questione si incentrava nel preteso contrasto dell'art. 12 della stessa legge con gli artt. 2, 19 e 21 Cost., venendo in rilievo la denunciata contrapposizione, nella coscienza del remittente, dei suoi convincimenti interni *virtutis et vitiorum* rispetto alla esistente

⁶ Più di recente, in senso conforme, le pronunce Corte Cost. nn. 126 e 196 del 2002.

doverosità di *satisfacere officio*, avuto riguardo al dovere del magistrato di pronunciare, tra l'altro, proprio sulle questioni familiari. La Corte ha ritenuto che la questione prospettata imponesse di comporre un potenziale conflitto tra beni parimenti protetti in assoluto cioè *“quelli presenti alla realtà interna dell'individuo, chiamato poi, per avventura, a giudicare, e quelli relativi alle esigenze essenziali dello iudicare (ancorché intra volentes)”*. In proposito, ha affermato che il complesso dei doveri di fedeltà e di osservanza cui soggiace il magistrato secondo l'art. 54, secondo comma, Cost., unitamente al divieto di iscrizione ai partiti politici posto dall'art. 98, terzo comma, Cost. e alla garanzia dell'inamovibilità garantita dall'art. 107 Cost., lo pone al riparo da qualsivoglia interferenza *ab externo*. Ne deriva che la prescrizione secondo cui il magistrato è tenuto ad adempiere con coscienza (appunto) ex art. 4 legge 23.12.1946, n. 478 ai doveri inerenti al suo ministero costituisce previsione nella quale *“si ricompongono nella realtà oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare. È propria del giudice, invero, la valutazione, secondo il suo "prudente" apprezzamento: principio questo proceduralmente indicato, che lo induce a dover discernere - secondo una significazione già semantica della prudenza - intra virtutes et vitia. Ciò beninteso in quei moduli d'ampiezza e di limite che nelle singole fattispecie gli restano obiettivamente consentiti realizzandosi, in tal guisa, l'equilibrio nel giudicare”*.

Significativo l'accento finale contenuto nella pronuncia, quasi un invito al legislatore, alla *“possibile adozione di adeguate misure organizzative”*, *“nei casi di particolare difficoltà”*.

Anche la giurisprudenza europea si è occupata in diverse occasioni della materia.

Il Tribunale supremo spagnolo si è pronunciato nel senso di escludere la possibilità di invocare l'obiezione di coscienza quale diritto generale a proposito del rifiuto, posto come obiezione di coscienza, dei giudici addetti ai registri dello stato civile di procedere alle registrazioni dei matrimoni omosessuali in assenza di una previsione legislativa nazionale al riguardo, facendo prevalere il diritto alla famiglia della coppia, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte europea e alla Convenzione ⁷.

Nello stesso senso, il Conseil constitutionnel che, investito della questione della mancata previsione dell'obiezione di coscienza non riconosciuta dalla legge sul *mariage pour tous* sollevata da alcuni

⁷ Tribunale Supremo spagnolo, 11 maggio 2009, n. 3059.

sindaci contro la circolare ministeriale che informava delle conseguenze del rifiuto di celebrare un'unione, ha ritenuto la mancata previsione della clausola di obiezione non incidere né sulla libertà di coscienza né su alcun altro diritto costituzionalmente garantito ⁸.

La Corte di Strasburgo, in tema di registrazione dei matrimoni omosessuali, non ha riconosciuto alcun risarcimento del danno per la pretesa violazione della libertà di coscienza del pubblico ufficiale in assenza di una clausola di coscienza prevista dalla legge e ha lasciato agli Stati ampio margine di apprezzamento in termini di modalità di realizzazione e di importanza del riconoscimento della libertà di coscienza nell'ordinamento interno, rimettendo al legislatore l'opportuno bilanciamento tra libertà di coscienza e garanzia del principio di non discriminazione ⁹.

Nell'ambito del rilievo della libertà di coscienza, va ricordata anche la vicenda italiana relativa alla presenza dei crocifissi nei luoghi pubblici ¹⁰, sulla quale la Grande Chambre della Corte di Strasburgo - adita da due genitori che avevano denunciato il rifiuto opposto loro dall'Istituto scolastico frequentato dai figli sulla richiesta di rimuovere i crocifissi ¹¹ - ha ritenuto, integralmente riformando la decisione della sezione semplice, che il crocifisso costituisce simbolo dal carattere essenzialmente neutro.

Di recente, la Corte EDU - in merito alla denunciata mancata tutela dell'obiezione di coscienza da parte di due cittadine svedesi che si erano viste rifiutare impieghi come ostetriche in diverse cliniche e ospedali del sistema sanitario svedese in ragione della loro espressa indisponibilità a effettuare pratiche abortive determinata dai loro convincimenti religiosi - ha affermato che l'ingerenza nel diritto delle ricorrenti ha una sufficiente base giuridica nel diritto svedese e non costituisce violazione degli articoli 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 10 (libertà di espressione) e 14 (divieto di discriminazione) CEDU, tenuto anche conto che persegue lo scopo

⁸ Conseil constitutionnel, 18 ottobre 2013.

⁹ CEDU, *Eweida and Others v. United Kingdom* 15 gennaio 2013.

¹⁰ Vicenda che fu inaugurata dal rifiuto di un giudice di tribunale italiano di svolgere udienza in un'aula in cui era esposto il crocifisso; in quel caso, venne esclusa la rilevanza penale della condotta ma non quella disciplinare; difatti la Sezione disciplinare del CSM ritenne il magistrato responsabile dell'illecito contestatogli, affermando che le esigenze di giustizia non possono essere pregiudicate dai convincimenti personali del giudice, per cui l'astensione dall'attività giurisdizionale è inammissibile, quando "danneggia gravemente gli utenti".

¹¹ Nella fattispecie, i ricorrenti avevano presentato ricorso presso il TAR, il quale a sua volta aveva rimesso la questione alla Corte costituzionale che l'aveva dichiarata inammissibile poiché le norme contestate avevano natura regolamentare, proseguito il giudizio, si erano visti rigettare il ricorso sia dal TAR che dal Consiglio di Stato che aveva sostenuto l'importanza storica e culturale del crocifisso, in nessun modo offensivo della libertà religiosa.

legittimo di proteggere il diritto alla salute delle donne che ricorrono all'aborto; in proposito, ha ribadito che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento per quanto riguarda la necessità dell'ingerenza, giustificata nel caso di specie dalla necessità di garantire il servizio di interruzione volontaria di gravidanza in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale che ricomprende l'obbligo per il personale sanitario ostetrico di fornire tutte le prestazioni legate all'esercizio della professione¹².

6. I caratteri della libertà di coscienza e del diritto di obiettare

La libertà di coscienza come osservato da illustre dottrina va considerata come diritto munito di una duplice sfera di rilevanza, non soltanto di non ricevere imposizioni nella formazione dei propri convincimenti, ma di tenere comportamenti esterni secondo i dettami della propria coscienza, *“poiché è innanzitutto nelle manifestazioni esterne che deve estrinsecarsi la libertà giuridica di coscienza”*.¹³

Le caratteristiche strutturali di tale libertà consentono di collocarla nell'ambito di un sistema costituzionale democratico all'interno del quale non è consentito ai poteri pubblici di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle svolte dalla coscienza dell'individuo¹⁴.

Più in particolare, l'ordinamento garantisce la libertà di coscienza, quale libertà dell'individuo di formarsi una coscienza e di manifestare i propri convincimenti, e può, al contempo, imporre obblighi o divieti volti a soddisfare interessi costituzionalmente tutelati, ma ciò non può giungere a trasformare quegli obblighi e quei doveri che ne scaturiscono, in obblighi e doveri di adesione, anche intima, per l'individuo; allo stesso tempo, è estremamente difficile, se non impossibile, contemplare un diritto soggettivo costituzionalmente garantito che consenta a ognuno di agire secondo la propria coscienza perché un simile diritto potrebbe costituire la negazione della stessa obbligatorietà della legge per i consociati.

Per sopperire ai conflitti e alle difficoltà derivanti dalla convivenza nella stessa collettività di persone aventi diverse culture e religioni, l'ordinamento può ampliare la sfera di libertà di alcuni al fine di scioglierli dall'obbligo di agire contro i dettami irrinunciabili della propria coscienza ed in tal modo bilanciare i contrapposti interessi in gioco: si pensi, tra i diversi interventi normativi sopra

¹² CEDU, *Grimmark v. Sweden e Steen v. Sweden* 12 marzo 2020.

¹³ F. Mantovani, *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in *Criminalia*, 2011, p. 388 ss.

¹⁴ V. Onida *L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti tra gli ordinamenti*, a cura di B. Perrone, Milano, 1992, 365 ss.

sinteticamente richiamati, a quelli relativi alle intese tra confessioni religiose e alla libertà di professione di fede a norma degli artt. 8, 19 e 21 Cost..

Allo stesso modo, l'ordinamento può rimuovere un determinato obbligo previsto dalla legge riconoscendo meritevoli di tutela i valori sottesi ai convincimenti individuali, esentando coloro i quali obiettano ad adempiere all'obbligo secondo il criterio di equilibrio posto dal dettato dell'art. 2 Cost.

Proprio questa disposizione "aperta" consente il bilanciamento tra i diritti inviolabili dell'uomo e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale¹⁵.

Oltre all'individuazione oggettiva dei beni da ritenere meritevoli di tutela mediante obiezione, vi è pure la difficile questione dei criteri di determinazione soggettiva di coloro che possono far valere l'obiezione di coscienza; la delicatezza del tema si apprezza in concreto nella estrema difficoltà di enucleare una regola generale applicabile in materia che non allarghi eccessivamente il numero dei soggetti obiettori né lo riduca in modo discriminatorio¹⁶.

7. La libertà di coscienza e l'esercizio della funzione giurisdizionale

La delicata questione dei conflitti che possono insorgere tra l'espressione della libertà di coscienza e l'esercizio della funzione giurisdizionale può essere apprezzata, senza alcuna pretesa di completezza, sotto un duplice aspetto.

Quello volto, per un verso, ad esaminare la possibilità del diretto riconoscimento da parte del giudice del diritto all'obiezione di coscienza invocato dall'interessato in giudizio e quello, per l'altro, teso a verificare l'esistenza o meno di un divieto per il giudice di esercitare l'obiezione nell'esercizio delle funzioni attribuitegli dalla legge.

Sotto il primo aspetto, la dottrina si mostra d'accordo nel ritenere riconosciuta la libertà di coscienza nel dettato costituzionale, pur in assenza di un riferimento espresso né alla libertà di coscienza né all'obiezione, ma quanto al momento attuativo di tale libertà, si divide tra coloro che ritengono necessaria una specifica previsione legislativa che ne detti l'ambito di applicazione, i presupposti e le condizioni e coloro, viceversa, che ritengono costituisca un diritto

¹⁵ P. Bonetti, *L'obiezione di coscienza nel sistema costituzionale democratico. Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 232 e ss.; in part. 237.

¹⁶ Cfr. più in generale, il Parere del Comitato Nazionale di Biotetica 12 luglio 2012, consultabile in http://bioetica.governo.it/media/1839/p102_2012_obiezione_coscienza_it.pdf.

precettivo, direttamente azionabile davanti al giudice, senza bisogno di una legge che lo preveda espressamente¹⁷.

In altri termini, l'art. 2 Cost. costituisce la norma a cui ricondurre le espressioni e le richieste imposte dalla libertà di coscienza posta in raffronto con gli altri principi fondamentali (artt. 19 e 21 Cost.); molto meno chiaro è invece intendersi su come rispondere alla tutela di tali nuove richieste, se sia opportuno il semplice intervento del giudice oppure sia necessario quello mediato del legislatore.

Invero, la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 467 del 1991 sembra porre l'accento sulla necessità della previsione di legge, che appare determinante perché si possano giustificare esenzioni del soggetto rispetto ad un obbligo giuridico motivate dalla rilevanza del bene coscienza. Del resto, già nella sentenza n. 164 del 1985 riferita alla questione della leva obbligatoria, la Corte costituzionale aveva affermato nettamente che è la legge a “*dare riconoscimento, e quindi ingresso all'obiezione di coscienza nell'ordinamento*”.

Alla luce dei richiamati arresti, l'intervento legislativo quale giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti parrebbe risultare costituzionalmente obbligato ed indispensabile all'esercizio del diritto di obiezione. Senza l'intervento legislativo, del resto, la dottrina segnala il rischio di far perdere all'obiezione quel carattere eccezionale di contrasto al dovere imposto dalla legge, rendendola una situazione disomogenea e privilegiata.

Sotto il secondo aspetto, attinente alla possibilità dell'obiezione di coscienza per il giudice, la citata sentenza della Corte costituzionale n. 196 del 1987, con riferimento all'obiezione di coscienza del giudice tutelare in tema di funzioni attribuitegli dalla legge sull'aborto, ha dichiarato non fondata la questione così come proposta, ravvisando nel complesso dei doveri di fedeltà e di osservanza cui soggiace il magistrato secondo la Carta (artt. 54, secondo comma, 98, terzo comma e 107) una specie di scudo, per così dire, che lo pone al riparo da qualsivoglia interferenza esterna. A parere della Corte costituzionale, quindi, il mero adempimento con coscienza ai doveri inerenti al suo ministero (ex art. 4 legge 23.12.1946, n. 478) costituisce previsione nella quale “*si ricompongono nella realtà*

¹⁷ Vedi, per la ricostruzione degli orientamenti in campo, A. Pugiotto, voce *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, Dig. Disc. Pubbl., vol. X, Torino, 1995, 240-261; cfr. inoltre, F. Viola, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in D&Q, 9/2009, 169 ss. ove l'obiezione viene efficacemente definita come «la pretesa di chi rifiuta in nome della propria coscienza di obbedire ad un precetto giuridico, alla cui osservanza è tenuto in quanto destinatario delle norme di un determinato ordinamento».

oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare", secondo il suo "prudente" apprezzamento.

È stato notato, al riguardo, che la Corte non dichiarando inammissibile la questione e scrutinandola nel merito, ha ammesso implicitamente il suo potere addittivo in materia, sebbene difficilmente potrebbe formulare una previsione di riconoscimento dell'obiezione come alternativa e equipollente rispetto a quella imposta dalla norma di legge¹⁸.

La questione in proposito è restata aperta e, ai fini di una futura riflessione, può soccorrere l'invito risalente, ma ancora attuale, rivolto dalla Corte costituzionale al legislatore *di adottare adeguate misure organizzative nei casi più difficili* ove si tratti di conciliare gli intimi convincimenti morali e religiosi del giudice con il doveroso esercizio della funzione.

Invito che può risolversi, tenuto conto della estrema delicatezza dell'ambito in cui ci muoviamo, in soluzioni alternative che consentano, secondo quanto già previsto dal codice di rito (art. 51, comma 2 c.p.c.), un'istanza di astensione "per gravi ragioni di convenienza", all'interno della quale espressione ricomprendere l'irrinunciabile turbamento della coscienza. Soluzione che sembra preferibile praticare organizzativamente all'interno degli uffici giudiziari e che, come visto, pure nella fattispecie esaminata, ha evitato che si ritenesse illegittimo quanto dichiarato dal giudice di sorveglianza, nel rimettere la seconda istanza della detenuta al capo dell'ufficio.

¹⁸ P. Bonetti, *op. cit.* 246.