



Maria Chiara Ruscazio

(ricercatrice di Diritto canonico ed ecclesiastico presso l'Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza)

**Riflessioni di diritto comparato e canonico
sull'obiezione di coscienza del pubblico funzionario ***

SOMMARIO: I. Premessa - II. L'OBIEZIONE DI COSCIENZA DEL PUBBLICO FUNZIONARIO NEL DIRITTO STATALE: - 1. Il conflitto fra i doveri di *status* e i diritti costituzionalmente garantiti. Il modello francese: la preminenza del principio di neutralità - 2. Il conflitto fra i doveri di *status* e i diritti costituzionalmente garantiti. Il modello italiano: la molteplicità dei principi e delle interpretazioni - 3. Il riconoscimento difficile del diritto di obiezione del pubblico funzionario. La chiusura positiva del modello francese - 4. Il riconoscimento difficile del diritto di obiezione del pubblico funzionario. L'apertura incerta del modello italiano - III. L'OBIEZIONE DI COSCIENZA DEL PUBBLICO FUNZIONARIO E IL DIRITTO CANONICO: 1. Pertinenza delle diverse tecniche di flessibilità del diritto ecclesiale - 2. Per una applicabilità concreta della tolleranza alle ipotesi di conflitto di coscienza del funzionario.

I - Premessa

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata nel 2013, in una sentenza con cui si decidevano quattro diverse cause, su di un caso passato quasi inosservato nella sua peculiarità¹.

Esso merita invece un esame più attento. La ricorrente, la signora Ladele, era impiegata dal 2002 come addetta al registro dello stato civile presso un ente pubblico locale, il comune di Islington. Questo comune, che aveva adottato una politica di lotta a tutte le forme di discriminazione, sosteneva, fra l'altro, il principio del giusto ed eguale accesso di tutti gli utenti ai servizi comunali, e impegnava gli impiegati a promuovere in ogni momento i valori dell'eguaglianza, del rispetto delle diversità e della dignità personale, e a svolgere l'attività professionale nell'ambito di tale politica, a pena di un'azione disciplinare. Quando, nel 2005, era entrato in vigore il *Civil Partnership Act*, che legalizzava le unioni civili fra persone dello stesso sesso, il comune di Islington aveva quindi incaricato gli

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ *Eweida e altri c. Regno Unito*, 15 gennaio 2013.



addetti ai registri dello stato civile della ufficializzazione e registrazione di tali unioni. Il rifiuto opposto in coscienza dalla signora Ladele allo svolgimento delle relative procedure² aveva pertanto determinato un'azione disciplinare nei suoi confronti per violazione del codice di condotta degli impiegati del comune e della politica comunale per l'eguaglianza, e l'aveva posta di fronte all'alternativa fra l'accettazione degli adempimenti amministrativi, o il subire le conseguenze sanzionatorie del rifiuto, sino alla destituzione. La signora lamentava pertanto, di fronte alla Corte europea, la violazione degli artt. 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione) e 14 (divieto di discriminazione) CEDU.

Al pari delle altre fattispecie contestualmente decise, la Corte ha ritenuto di trattare la questione come uno specifico problema di manifestazione delle convinzioni religiose nell'ambito del rapporto di lavoro³, e ha quindi bilanciato i diritti del lavoratore con gli scopi perseguiti dal datore di lavoro. Confermando sostanzialmente il giudizio delle corti nazionali, ha negato il carattere discriminatorio del trattamento subito dalla ricorrente. Per essa, infatti, la misura adottata dal comune di Islington si proponeva di realizzare un fine legittimo⁴, ed era proporzionata allo stesso⁵. Ma, a mio giudizio, al di là del merito della concreta valutazione compiuta, l'approccio seguito dalla Corte ha mancato (volutamente?) di cogliere i profili inerenti tanto al

² Inizialmente, era stato permesso alla Ladele di accordarsi informalmente con i colleghi per scambiarsi i compiti, in modo da non essere costretta a procedere all'ufficializzazione delle unioni fra persone dello stesso sesso, fino a quando alcuni di questi si erano lamentati di sentirsi discriminati dal suo atteggiamento verso gli omosessuali.

³ La Corte non ha però tenuto conto del fatto che i primi due casi riguardavano la diversa questione della libertà di indossare simboli religiosi sul luogo di lavoro, e il quarto, concernente l'obiezione sollevata da un consulente coniugale a prestare la propria opera in favore di coppie omosessuali, riguardava un dipendente di un ente privato.

⁴ «[...] the aim pursued by the local authority was to provide a service which was not merely effective in terms of practicality and efficiency, but also one which complied with the overarching policy of being "an employer and a public authority wholly committed to the promotion of equal opportunities and to requiring all its employees to act in a way which does not discriminate against others"» (§ 105).

⁵ In realtà, la Corte non ha in effetti dimostrato il carattere proporzionato della misura al fine perseguito, ma si è limitata ad argomentare che, essendo la politica dell'ente volta a garantire i diritti altrui, le autorità nazionali godono generalmente di un ampio margine di apprezzamento nel bilanciare i diritti concorrenti egualmente tutelati dalla Convenzione (§ 106).



riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza, quanto al particolare *status* della ricorrente⁶.

Eppure non si trattava di un caso isolato. Già nel 2007 un magistrato britannico, membro di un collegio competente a decidere fra l'altro in materia di adozione, era stato costretto a dare le dimissioni poiché gli era stato impedito di astenersi dal giudizio nei casi riguardanti l'affidamento dei bambini alle coppie omosessuali; anche in questo caso il giudice d'appello aveva ritenuto la limitazione della libertà di coscienza del ricorrente del tutto proporzionata al fine legittimo perseguito della imparziale amministrazione della giustizia⁷.

Non diversamente, nel 2009 il *Tribunal Supremo* spagnolo aveva rigettato il ricorso di un giudice incaricato del registro dello stato civile, che aveva inutilmente richiesto al *Consejo General del Poder Judicial* di essere esentato da ogni pratica relativa ai matrimoni omosessuali, fondando il proprio diniego sul principio costituzionale della sottomissione esclusiva dei giudici alla legge⁸.

Più di recente, un gruppo di sindaci francesi ha sollevato un dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni del codice civile sulla celebrazione del matrimonio nella misura in cui, dopo l'apertura dell'istituto alle persone dello stesso sesso operata dalla l.2013-404 del 18 maggio 2013, non prevedono una clausola di coscienza per gli ufficiali dello stato civile⁹.

⁶ Soltanto nell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Vučinić e De Gaetano si è osservato che il caso "is not so much one of freedom of religious belief as one of freedom of conscience – that is, that no one should be forced to act against one's conscience or be penalized for refusing to act against one's conscience" (§ 2). Nella riflessione dei giudici dissenzienti sembra suggerirsi che la coscienza, intesa come discernimento razionale circa la qualità morale di un atto, possiede una preminenza ontologica rispetto alle convinzioni religiose (*ibidem*), e che pertanto, mentre le prescrizioni religiose possono anche non essere sempre riconosciute e tutelate dallo Stato, "once that a *genuine* and *serious* case of conscientious objection is established, the State is obliged to respect the individual's freedom of conscience both positively (by taking reasonable and appropriate measures to protect the rights of the conscientious objector) and negatively (by refraining from actions which punish the objector or discriminate against him or her)" (§ 3). Ma anche qui non si fa riferimento alla declinazione del diritto all'obiezione nell'ambito dell'esercizio di una funzione pubblica.

⁷ *McClintock v. Department of Constitutional Affairs*, [2007] UKEAT/0223/07/3110. Testo disponibile al sito www.bailli.org, visitato il 26 luglio 2014.

⁸ Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, sent. n. 3059 dell'11 maggio 2009. Testo disponibile al www.poderjudicial.es, visitato il 26 luglio 2014.

⁹ Per la relativa decisione del Conseil constitutionnel, vedi *infra*, sez. I, § 1.



Né l'ordinamento italiano, che non si è ancora, peraltro, confrontato con questa specifica problematica¹⁰, è estraneo a questo genere di controversie, poiché ha conosciuto, ancora ultimamente, l'obiezione di coscienza del giudice tutelare investito della pronuncia autorizzativa all'aborto della minorenne ex art. 12 l. 194 del 1978¹¹.

La rapida carrellata introduttiva dimostra insomma la perdurante attualità del tema del possibile diritto all'obiezione di coscienza di chi esercita pubbliche funzioni. Due sono i dati del problema: da un lato, l'esistenza di principi e obblighi giuridici propri alla funzione pubblica, suscettibili di incidere in maniera rafforzata sull'esercizio della libertà di coscienza dei funzionari¹²; dall'altro, la posizione di fondo dell'ordinamento giuridico rispetto al riconoscimento del diritto di obiettare quale contenuto puntuale della libertà di coscienza, in quanto tale posizione influisce altresì sull'ammissibilità dell'obiezione del pubblico funzionario. Il raffronto tra l'ordinamento francese e quello italiano appare utile, così, a mettere in evidenza quali diverse conseguenze discendono dall'una e dall'altra impostazione, anche se le applicazioni concrete non risultino sempre coerenti rispetto alle premesse di principio.

Ancora, ma in una prospettiva differente; ove il diritto statale non consenta di risolvere il conflitto interiore del funzionario in maniera rispettosa degli imperativi di coscienza e delle esigenze di realizzazione dell'ordinamento, ci si può domandare se una soluzione alternativa discenda, almeno per i fedeli cattolici, dal diritto canonico. Si tratta infatti di esaminare se qui soccorra taluno degli istituti di flessibilità cui l'ordinamento canonico ricorre quando il fedele si trova in oggettiva difficoltà nell'osservanza delle norme scritte.

¹⁰ Essa potrebbe presto porsi, però, in seguito alla volontà manifestata dall'attuale Governo di adottare entro la fine dell'anno in corso una legge che riconosca e regolamenti le unioni civili fra persone dello stesso sesso. Il testo di un primo disegno di legge, che raccoglie e unifica precedenti proposte, è stato depositato alla Commissione Giustizia del Senato il 2 luglio 2014 (ddl n. 14). Esso prevede la costituzione di unioni civili fra persone dello stesso sesso mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile e iscrizione in apposito registro nazionale istituito presso ogni comune (art. 1). Nessun riferimento è fatto alla possibile obiezione di coscienza del funzionario incaricato.

¹¹ Vedi più approfonditamente *infra*, sez. I., § 2.

¹² La delimitazione di una nozione univoca di pubblico funzionario, per di più comune a ordinamenti diversi, appare estremamente difficoltosa. Ci si riferirà pertanto alle norme applicabili a coloro che esercitano pubbliche funzioni, individuati per distinzione rispetto a coloro che si limitano a svolgere una qualsiasi attività professionale nell'ambito dei servizi pubblici (come potrebbe essere un medico nell'esercizio dell'attività terapeutica, o un insegnante nell'esercizio dell'attività didattica).



II - L'OBIEZIONE DI COSCIENZA DEL PUBBLICO FUNZIONARIO NEL DIRITTO STATALE

Sia l'ordinamento francese che l'ordinamento italiano riconducono la partecipazione all'esercizio della funzione pubblica entro uno schema specifico di doverosità, che pone in bilanciamento i fondamentali diritti di libertà spettanti al funzionario. Mentre nell'ordinamento francese si delinea chiaramente il principio di neutralità quale criterio determinante del bilanciamento, l'ordinamento italiano non conosce analogia univocità di principio e di prassi.

1 - Il conflitto fra i doveri di *status* e i diritti costituzionalmente garantiti. Il modello francese: la preminenza del principio di neutralità.

I diritti e gli obblighi del funzionario francese sono stabiliti dalla l. 83-634 del 13 luglio 1983, che regolamenta lo statuto generale dei funzionari civili delle amministrazioni dello Stato e delle collettività territoriali, con esclusione dei funzionari delle assemblee parlamentari e dei magistrati (art. 2). La legge non fornisce una vera e propria definizione della categoria funzionariale; la dottrina ha però ritenuto di poterne individuare i tratti qualificanti nella nomina a un impiego permanente e nella titolarità di un grado gerarchico all'interno di un'amministrazione statale, locale o ospedaliera¹³.

La distinzione formale tra funzionari pubblici e altri agenti del servizio pubblico amministrativo non è peraltro rilevante, dal momento che, come meglio si vedrà, gli aspetti della disciplina della funzione pubblica che toccano l'esercizio dell'obiezione di coscienza non si differenziano sostanzialmente per gli uni e per gli altri.

La libertà di coscienza del funzionario è inquadrata nel combinato disposto degli artt. 6 e 8 della l. 83-634, che costituiscono la precisa declinazione nell'ambito della funzione pubblica dei principi

¹³ J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Paris, 2012, 7^a ed., pp. 42-43; A. DELBLOND, *Droit administratif*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 214. Cfr. art. 2 l. 84-16 dell'11 gennaio 1984 recante disposizioni statutarie relative alla funzione pubblica dello Stato, parzialmente ripreso dalla l. 84-53 del 26 gennaio 1984 recante disposizioni statutarie relative alla funzione pubblica territoriale e dalla l. 86-33 del 9 gennaio 1986 recante disposizioni statutarie relative alla funzione pubblica ospedaliera.



costituzionali enunciati dall'art. 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e dall'art. 1 della Costituzione del 1958.

L'art. 6, applicabile a tutti gli agenti pubblici (c. 3), sancisce nel primo comma la libertà d'opinione del funzionario; al secondo comma precisa il contenuto della garanzia, che consiste nel divieto fatto alla pubblica amministrazione di discriminare tra i funzionari, direttamente o indirettamente, in ragione delle loro opinioni, fra l'altro, filosofiche o religiose. L'art. 18 rafforza poi per i soli funzionari la garanzia predisposta dall'art. 6 c. 2, stabilendo al secondo comma che nei documenti amministrativi che li riguardano non possa farsi stato delle loro opinioni e attività politiche, sindacali, religiose o filosofiche; tale interdetto pare infatti immediatamente funzionale alla prevenzione di eventuali disparità di trattamento fondate su una di queste considerazioni.

Da queste norme si ricava dunque che la libera estrinsecazione della coscienza del funzionario è tutelata principalmente in via negativa, mediante l'assicurazione dell'indifferenza dell'amministrazione nei confronti delle convinzioni dei suoi agenti¹⁴, sia nel momento del loro accesso alla funzione pubblica, sia nello svolgimento della loro carriera¹⁵.

Il principio di indifferenza implica – all'evidenza – la libertà del funzionario di manifestare attivamente le proprie convinzioni filosofiche o religiose nella sfera privata e sociale al di fuori del servizio¹⁶. La necessità di rendere effettivo questo diritto si traduce poi nella facoltà riconosciuta al funzionario – anche se in virtù di una semplice circolare amministrativa¹⁷ – di beneficiare di un'autorizzazione d'assenza in occasione di festività religiose per poter partecipare alle cerimonie del proprio culto¹⁸.

¹⁴ **J. BARTHELEMY**, *La liberté de religion et le service public*, in *Rev.fr. dr.adm.*, 6(2003), pp. 1067-1068; **V. SAINT-JAMES**, *La liberté d'expression des opinions religieuses des fonctionnaires*, in *Politeia*, 9(2006), p. 242.

¹⁵ **J. BERTHOUD**, *La neutralité religieuse du fonctionnaire*, in *JCP Admin.*, 12(2005), p. 557; **P. LANGERON**, *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, PUAM, Paris, 1986, p. 141 ss.; **ID.**, *L'accès à la fonction publique et la religion*, in *JCP Admin.*, 12(2005), p. 551-555 ; **A. ONDOUA**, *Le service public à l'épreuve de la laïcité: à propos de la neutralité religieuse dans les services publics*, in *Dr. adm.*, 12(2008), p. 12; **V. SAINT-JAMES**, *La liberté religieuse du fonctionnaire*, in *JCP Admin.*, 12(2005), p. 561.

¹⁶ Come si ricava dal riferimento alle attività filosofiche o religiose del funzionario contenuto nel comma 2 dell'art. 18. Cfr. **N. KADA**, *Service public et religion: du renouveau du principe de neutralité*, in *Act. jur. fonct. pub.*, 5(2004), p. 250.

¹⁷ Circolare n. 901 FP del 23 settembre 1967, da ultimo ripresa dalla circolare MFPP1202144C del 10 febbraio 2012.

¹⁸ **J. BARTHELEMY**, *La liberté de religion*, cit., p. 1068; **N. KADA**, *Service public*, cit., p. 250; **P. LANGERON**, *Liberté de conscience*, cit., p. 161 ; **A. ONDOUA**, *Le service public*, cit.,



Le disposizioni richiamate non consentono di dedurre un diritto del funzionario ad agire secondo gli imperativi della propria coscienza nell'esercizio delle proprie funzioni, ma potrebbero legittimare agevolmente – come mi sembra di poter ipotizzare – l'eventuale riconoscimento di un simile diritto. Il divieto di discriminazione indiretta può infatti giustificare l'esenzione da una norma generale che produca conseguenze sfavorevoli nei confronti del portatore di determinate convinzioni filosofiche o religiose, quale è certamente l'ipotesi del funzionario esposto a sanzione disciplinare nel caso del suo rifiuto ad adempiere il servizio contrario al proprio patrimonio etico. Dal canto suo, la previsione delle autorizzazioni di assenza per motivi connessi al proprio credo religioso suggerisce la possibilità di un accomodamento alle esigenze di coscienza del funzionario, pur se subordinatamente alle necessità del normale funzionamento del servizio¹⁹.

Ma – se si guardi bene – proprio l'interesse del servizio determina l'assoggettamento del funzionario a un minimo irriducibile di obblighi deontologici, che significativamente restringono la portata concreta del suo diritto alla libertà di coscienza²⁰. La realizzazione della missione di interesse generale cui è ordinato l'apparato pubblico impone così a tutti coloro che vi operano un dovere di lealtà verso di esso e verso la cittadinanza²¹. Tale dovere, benché non espressamente contemplato nello statuto generale della funzione pubblica²², è stato inteso dalla

p. 13; **V. SAINT-JAMES**, *La liberté religieuse*, cit., p. 565.

¹⁹ Cfr. **D. JEAN-PIERRE**, *Les religions du fonctionnaire: le fonctionnaire et la foi*, in *Act. jur. fonct. pub.*, 3(2001), p. 35; **N. KADA**, *Service public*, cit., p. 250; **A. ONDOUA**, *Le service public*, cit., p. 13. Così ad esempio è incompatibile con la necessaria continuità del servizio, e perciò legittima il diniego dell'autorizzazione, la volontà persistente dell'agente pubblico di non assicurare il suo servizio in corrispondenza del giorno festivo della propria confessione anche se non può essere sostituito (CE 16 dicembre 1992, n. 96459, *Mme Gilot*, inedita); analogamente, le necessità del normale funzionamento del servizio non consentono al custode di un immobile pubblico di assentarsi regolarmente nella fascia oraria in cui la sua presenza è obbligatoriamente richiesta per recarsi in un luogo di culto (CE 16 febbraio 2004, n. 264314, *M. Ahmed B.*, AJDA 2004, p. 822).

²⁰ **A. BALDOUS**, *L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique*, in *Rev. dr. pub.*, 101(1985), p. 929; **G. KOUBI**, *À la recherche d'une définition spécifique de "l'obligation de neutralité" des fonctionnaires et agents publics*, in *Les petites affiches*, 26 giugno 1991, n. 76, p. 23.

²¹ **D. JEAN-PIERRE**, *L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles françaises*, LGDJ, Paris, 1999, p. 183.

²² Ma solamente in talune norme relative a particolari categorie di funzionari: si tratta dei membri del Conseil constitutionnel (art. 3 ord. 58-1067 del 7 novembre 1958 recante Legge organica sul Conseil constitutionnel), dei magistrati (art. 6 ord. 58-1270 del 22



giurisprudenza come gravante su tutti gli agenti pubblici, anche privi di qualifica funzionariale, compresi i titolari di cariche elettive²³. Esso implica – mi sembrerebbe – la lealtà politica nei confronti delle istituzioni e della nazione, esclusiva pertanto di azioni eversive dell'ordine repubblicano²⁴; implica inoltre la lealtà funzionale nei confronti tanto dell'autorità amministrativa da cui il funzionario dipende, quanto degli amministrati al cui servizio si pone²⁵. La lealtà funzionale, se per i funzionari di vertice si traduce in vero e proprio lealismo – ossia nell'adesione personale agli orientamenti della politica governativa o territoriale che sono incaricati di attuare –, per gli altri esercenti pubbliche funzioni si concretizza essenzialmente nell'obbligo di obbedienza alle leggi, espressione della maggioranza democratica, e agli ordini del superiore gerarchico, che ne costituiscono l'eventuale applicazione²⁶. Tale obbedienza è concepita in

dicembre 1958 recante legge organica sullo statuto della magistratura), dei funzionari di polizia (artt. 7 e 14 decr. 86-592 del 18 marzo 1986 recante codice di deontologia della polizia nazionale) e dei militari (art. 1 l. 2005-270 del 24 marzo 2005 recante statuto generale dei militari).

²³ F. MALLOL, K. BOUDERBALI, *Liberté d'expression et obligation de réserve. Fonctionnaires, élus, citoyens et journalistes face au droit et à l'éthique*, Editions Sorman, Paris, 1999, p. 83.

²⁴ F. MALLOL, K. BOUDERBALI, *Liberté d'expression*, cit., p. 84.

²⁵ F. MALLOL, K. BOUDERBALI, *Liberté d'expression*, cit., p. 86.

²⁶ P. LANGERON, *Liberté de conscience*, cit., pp. 228-229; F. MALLOL, K. BOUDERBALI, *Liberté d'expression*, cit., pp. 89 e 93. Dal dovere di lealtà nei confronti dell'amministrazione sarebbe altresì desumibile l'obbligo di riserva, che impone al funzionario di esprimere le proprie opinioni in maniera prudente e misurata, astenendosi da qualsiasi manifestazione idonea a nuocere alla reputazione e all'immagine dell'amministrazione (B. GAGLIARDI, *L'etica pubblica in Francia*, in *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, a cura di F. Merloni, R. Cavallo Perin, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 348-350; cfr. anche D. JEAN-PIERRE, *Les religions du fonctionnaire et la République*, in *Act. jur. fonct. pub.*, 4(2001), p. 43; P. LANGERON, *Liberté de conscience*, cit., p. 185 ss.; F. MALLOL, K. BOUDERBALI, *Liberté d'expression*, cit., pp. 67). Tale obbligo varrebbe a sanzionare, ad esempio, una presa di posizione pubblica contro gli orientamenti dell'amministrazione o le finalità del servizio da essa svolto, che fosse fondata sulle tesi propugnate dalla confessione religiosa di appartenenza (D. JEAN-PIERRE, *Les religions du fonctionnaire*, cit., p. 43; ID., *Les religions du fonctionnaire: le fonctionnaire et la foi*, cit., p. 37; J. BERTHOUD, *La neutralité religieuse*, cit., p. 559; V. SAINT-JAMES, *La liberté d'expression*, cit., p. 247). Poiché, secondo la dottrina più avvertita, tale obbligo ha per oggetto le affermazioni e i comportamenti del funzionario al di fuori del servizio (J. BERTHOUD, *La neutralité religieuse*, cit., p. 559; D. JEAN-PIERRE, *Les religions du fonctionnaire*, cit., p. 43), non è suscettibile di incidere sull'obiezione di coscienza nell'esercizio delle pubbliche funzioni, ma contribuisce a rafforzare lo stato di soggezione delle libertà fondamentali del funzionario agli interessi e ai fini della pubblica amministrazione.



senso rigorosamente formale: infatti, l'art. 28 c. 1 dello statuto generale della funzione pubblica vi ammette un'eccezione, configurando un potere-dovere di resistenza del funzionario, soltanto ove l'ordine ricevuto sia "manifestamente illegale e di natura a compromettere gravemente un interesse pubblico"²⁷. La combinazione dei parametri richiesti dalla norma si verificherebbe con certezza unicamente nel caso in cui l'esecuzione dell'ordine coincidesse con la commissione di un illecito penale, o al limite mettesse in pericolo grave e imminente la vita o la salute dell'agente²⁸; mentre la possibilità di invocare il diritto alla disobbedienza in presenza di una misura lesiva della dignità umana e gravemente pregiudizievole per le libertà fondamentali della persona è un'ipotesi che per ora è stata avanzata - mi pare - soltanto dalla dottrina²⁹.

Il fine di interesse generale perseguito dalla pubblica amministrazione implica altresì che la condotta dei propri agenti si conformi ai principi fondamentali di rango supralegislativo che ne orientano l'azione, fra i quali si annovera il principio di neutralità del servizio pubblico³⁰. Tale principio condiziona con forza particolare la deontologia degli esercenti pubbliche funzioni, in quanto è fatto discendere da due capisaldi della tradizione costituzionale francese. Da un lato, infatti, si ricollega al principio d'eguaglianza, in quanto interdice alla pubblica amministrazione e ai suoi rappresentanti di discriminare fra i cittadini in base alle opinioni politiche, religiose e filosofiche³¹; dall'altro, è riconducibile al principio di laicità, traducendo l'imperativo di imparzialità dello Stato rispetto alle diverse opzioni ideologiche e assiologiche, a garanzia della libertà di pensiero e di religione dei propri consociati³².

²⁷ Cfr. anche artt. 432-1 e 122-4 c.p.

²⁸ Cfr. **G. KOUBI**, *Le for intérieur du fonctionnaire entre conscience du devoir et connaissance du droit*, in **AA. VV.**, *Le for intérieur*, PUF, Paris, 1995, p.245; **F. MALLOL, K. BOUDERBALI**, *Liberté d'expression*, cit., p. 104.

²⁹ **G. KOUBI**, *Le for intérieur*, cit., p. 246; **F. MALLOL, K. BOUDERBALI**, *Liberté d'expression*, cit., p. 106.

³⁰ **D. JEAN-PIERRE**, *L'éthique du fonctionnaire civil*, cit., p. 53; **G. KOUBI**, *À la recherche*, cit., p. 24; **A. TAILLEFAIT**, *Déontologie des fonctionnaires et principes du service public de l'Éducation nationale*, 27 marzo 2010, p. 11, in www.esen.education.fr, visitato il 15 agosto 2014.

³¹ In tal senso si è espresso il Conseil constitutionnel nella decisione 86-217 DC del 18 settembre 1986, cons. 15.

³² **D. JEAN-PIERRE**, *L'éthique du fonctionnaire civil*, cit., pp. 54-55; **J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT**, *Droit des services publics*, Armand Colin, Paris, 2004, 3^a ed., p. 435. In giurisprudenza, si veda CE 18 ottobre 2000, n. 213303, *Association Promuovoivre et a.*, in *Rec. CE*, 2000, I, p. 426; CE 3 maggio 2000, n. 217017, *Mlle Marteaux*, in *Act. jur. dr. adm.*,



Siffatta neutralità della pubblica amministrazione, costituzionalmente fondata e ancorata, si impone dunque come obbligo in capo a tutti gli agenti del servizio pubblico, senza distinzione in rapporto al rispettivo statuto giuridico, alle caratteristiche del servizio di destinazione o alla natura delle mansioni svolte³³; questi elementi verranno semmai in considerazione come criteri di proporzionamento della sanzione disciplinare alla gravità del comportamento di inosservanza del dovere³⁴. Tale obbligo comporta in tal modo il divieto per l'agente pubblico di esteriorizzare le proprie convinzioni politiche, filosofiche o religiose nell'esercizio delle funzioni, sia nei confronti degli utenti, che degli altri agenti del servizio³⁵. Così, costituisce violazione degli obblighi di deontologia professionale del funzionario il fatto di portare in servizio un abbigliamento destinato a evidenziare la propria appartenenza religiosa, nella misura in cui tale attitudine è idonea a instillare sia nei colleghi che negli utenti un dubbio circa la neutralità dell'interessato e la

2000, p. 673.

³³ **J. BERTHOUD**, *La neutralité religieuse*, cit., p. 559. In giurisprudenza si veda, per una prima enunciazione dell'obbligo, CE 3 maggio 1950, *Dlle Jamet*, in *Rec. CE*, 1950, p. 247, e da ultimo, CE 3 maggio 2000, cit. Recentemente, tale obbligo è stato riaffermato nella *Charte de la laïcité dans les services publics*, pubblicata con circolare n. 5209/SG del 13 aprile 2007, che recita: "Tout agent public a un devoir de stricte neutralité. Il doit traiter également toutes les personnes et respecter leur liberté de conscience". Segnaliamo inoltre che nel progetto di legge RDX1314513L del 17 luglio 2013 relativo alla deontologia e ai diritti e obblighi dei funzionari si prevede che "Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec impartialité, probité et dignité. Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. Il traite également toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité" (art. 1).

³⁴ **J. BERTHOUD**, *La neutralité religieuse*, cit., pp. 560-561; cfr. anche **D. JEAN-PIERRE**, *Les religions du fonctionnaire*, cit., p. 42. In giurisprudenza, tale principio è ad esempio espresso in CAA Lione, 27 novembre 2003, n. 03LY01392, ove si afferma che per apprezzare la gravità della colpa imputabile a un funzionario per il fatto di indossare in servizio un abbigliamento religiosamente connotato "il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et, entre autres, (...) de la nature des fonctions confiées à l'agent, ainsi que de l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique soit de fonctions de représentation" (in *Act. jur. dr. adm.*, 2004, p. 156; anche in *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, concl. Kolbert, p. 588).

³⁵ **J. BERTHOUD**, *La neutralité religieuse*, cit., p. 558; **D. JEAN-PIERRE**, *L'éthique du fonctionnaire civil*, cit., p. 186; **G. KOUBI**, *À la recherche*, cit., p. 23; **J.-F. LACHAUME**, **C. BOITEAU**, **H. PAULIAT**, *Droit des services publics*, cit., pp. 438-439; **A. ONDOUA**, *Le service public*, cit., p. 14. Ciò benché la dottrina gli riconosca la libertà di dichiarare la propria appartenenza confessionale ai superiori e ai colleghi (**D. JEAN-PIERRE**, *Les religions du fonctionnaire: le fonctionnaire et la foi*, cit., p. 34; **N. KADA**, *Service public*, cit., p. 250).



sua lealtà alle istituzioni e alla tradizione di laicità della Repubblica; violazione tanto più grave allorché il funzionario sia investito di prerogative particolarmente estese della potestà pubblica³⁶. Analogamente, viola l'obbligo di neutralità dell'agente pubblico l'impiego dei mezzi del servizio a beneficio di una confessione religiosa³⁷, come pure il fatto di figurare pubblicamente nella propria qualità di agente pubblico come membro di un'organizzazione religiosa³⁸.

Così configurato il contenuto puntuale degli obblighi di condotta gravanti sull' esercente pubbliche funzioni, questi non paiono compatibili con il riconoscimento del diritto all'obiezione del funzionario. Il dovere di lealtà, interpretato come dovere di rigorosa obbedienza ai comandi normativi provenienti dal legislatore o dal superiore gerarchico, non sembra ammettere una sua esenzione motivata da ragioni di coscienza. Ma anche ove si imponesse nella prassi l'interpretazione che misura la legalità sostanziale del comando sul rispetto dei diritti umani, ivi compreso quello del funzionario a non vedersi coartato nel proprio foro interiore³⁹, rimarrebbe pur sempre operante lo sbarramento costituito dal dovere di neutralità, in quanto il rifiuto di ottemperare a un obbligo giuridico inerente alla pubblica funzione svolta per conformarsi alle direttive della propria coscienza costituisce certamente una manifestazione esteriore di convinzioni personali a carattere religioso o filosofico nell'ambito del servizio. Si può anzi affermare che il principio di

³⁶ TA Lione, 8 luglio 2003, nn. 02011383 e 02033480 in *Act. jur. dr. adm.*, 2003, p. 1951, confermata nel principio da CAA Lione, 27 novembre 2003, n. 03LY01392, cit.

³⁷ CE 15 ottobre 2003, n. 244428, *Odent*, in *Rec. CE*, 2003, I, pp. 402-403. Similmente, ma con riferimento all'obbligazione di riserva, CE 19 febbraio 2009, n. 311633, *Cristophe A.*, ha ravvisato una mancanza suscettibile di perturbare il buon funzionamento del servizio e contraria all'onore professionale nel fatto per un funzionario di approfittare delle sue funzioni di sportellista presso il servizio postale per distribuire agli utenti volantini di propaganda religiosa (testo della decisione consultabile al sito www.conseil-etat.fr, visitato il 25 agosto 2014).

³⁸ CE 15 ottobre 2003, cit.

³⁹ A questo proposito bisognerebbe chiarire se l'illegalità del comando possa farsi valere per il solo fatto che esso imponga al funzionario una condotta contraria ai dettami della sua coscienza, pregiudicando quindi il suo fondamentale diritto alla libera estrinsecazione di questa, oppure sussista soltanto allorché il contenuto assiologico della coscienza turbata dal comando coincida con la tavola dei valori tutelati dall'ordinamento a titolo di diritti e di libertà fondamentali. Si tratta della distinzione "fra il bene/valore oggettivo tutelato dall'obiezione (la vita, la pace, ecc.) e il bene/valore soggettivo rappresentato dalla coscienza stessa [...]" (V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, ESI, 2009, p. 80). Nella seconda delle due ipotesi sopra tratteggiate, la disobbedienza sarebbe legittimata solo se funzionale all'affermazione di altri beni e valori di rango supralegislativo.



neutralità del servizio pubblico, così come viene attualmente concepito e applicato, tende ad assumere una portata prevalente rispetto ai principi e interessi di rilievo costituzionale concorrenti, e condiziona a priori il giudizio di bilanciamento con le ragioni di coscienza del funzionario e la sua libertà.

Ne è riprova la ricordata pronuncia del *Conseil constitutionnel* sul diritto all'obiezione di coscienza dei sindaci rispetto alla celebrazione di matrimoni omosessuali. Sulla scorta della legge 2013-404 del 17 maggio 2013, che ha aperto l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, il Ministero dell'Interno ha emanato una circolare⁴⁰ nella quale, dopo aver ricordato che sindaci, vicesindaci, e per effetto di apposita delega anche i consiglieri comunali, sono ufficiali di stato civile e che esercitano questa funzione in nome dello Stato sotto l'autorità del procuratore della Repubblica, esclude categoricamente che gli ufficiali di stato civile possano rifiutarsi di celebrare un matrimonio al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge⁴¹. Tale rifiuto viene qualificato come un comportamento in via di fatto, in quanto costituisce un grave attacco alla fondamentale libertà di matrimonio delle persone, non legittimato da alcuna disposizione normativa. Oltre a giustificare un'ingiunzione a procedere, è censurabile sia a titolo di illecito disciplinare, che a titolo di reato: integra infatti gli estremi dell'abuso di autorità diretto contro l'amministrazione ex art. 432-1 c.p., e nella misura in cui il rifiuto è motivato dall'orientamento sessuale degli sposi, del delitto di discriminazione ex art. 432-7 c.p. Nel corso del giudizio instaurato davanti al *Conseil d'État* per l'annullamento della circolare, i sindaci ricorrenti hanno pertanto contestato la congruità di tali norme ai diritti e ai principi costituzionalmente garantiti della libertà di coscienza, della non discriminazione nell'impiego in ragione delle convinzioni professate, del pluralismo delle idee e delle opinioni, della libera amministrazione delle collettività territoriali. Investito della questione, il *Conseil constitutionnel* si

⁴⁰ Circ. n. INTK1300195C, 17 giugno 2013.

⁴¹ Si ribadisce qui quanto già affermato nella circolare emanata dal Guardasigilli in accompagnamento alla legge 2013-404, n. JUSC1312445C del 9 maggio 2013, § 2.4: "(...) il n'entre pas dans les pouvoirs du maire d'apprécier l'opportunité de la célébration d'un mariage, et, a fortiori, il ne peut refuser, pour des motifs d'ordre personnel, de respecter la loi et de célébrer un mariage". Per un commento a queste disposizioni, cfr. **F. DIEU**, *Les maires et l'objection de conscience: fragilisation de l'état civil, fragilisation de l'État*, in *JCP Admin.*, 19(2013), pp. 3-5; **C. TUKOV**, *Incidences de la réforme du mariage sur le statut et les fonctions de l'officier d'État civil*, in *JCP Admin.*, 25(2013), p. 2178 ss.; **ID.**, *La liberté de conscience des maires dans l'application des lois de la République*, in *Dr. fam.*, 1(2013), pp. 39-40.



è soffermato soltanto sulla pretesa violazione della libertà di coscienza⁴², che ha però escluso in virtù della preminenza del duplice criterio del buon funzionamento e della neutralità del servizio⁴³. D'altra parte, il giudice costituzionale aggiunge che la mancata previsione di una facoltà di obiezione non attenta alla libertà di coscienza "eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage", così suggerendo che il tipo di atto posto in essere dal funzionario – la ricezione del consenso degli sposi e il compimento delle relative formalità burocratiche – non comporti un coinvolgimento personale suscettibile di incidere sulla sua identità morale⁴⁴.

La decisione del *Conseil* non lascia all'ufficiale di stato civile altra via d'uscita che la possibilità offerta dall'art. L. 2122-18 del codice generale delle collettività territoriali, il quale prevede che il sindaco possa delegare parte delle proprie funzioni ai consiglieri comunali, nel caso in cui anche i

⁴² Limitandosi per il resto ad affermare che "les dispositions contestées (...) ne méconnaissent ni le principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinions, ni le principe de la libre administration des collectivités territoriales (...)" (dec. n° 2013-353 QPC del 18 ottobre 2013, cons. 11).

⁴³ "(...) en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil (...)" (cons. 10). Nel commento alla propria decisione, il Conseil precisa che l'ufficiale di stato civile è un ufficiale pubblico che agisce in nome dello Stato per il compimento di una missione di servizio pubblico consistente nell'assicurare l'applicazione e il rispetto della legge in materia di stato civile, senza considerazione per le sue opinioni (*Commentaire Décision 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, M. Franck et autres, (Célébration du mariage – Absence de "clause de conscience" de l'officier de l'état civil)*, p. 9, documento disponibile al sito www.conseil-constitutionnel.fr, visitato il 25 agosto 2014).

⁴⁴In tal senso si esprime il commento del Conseil alla decisione, argomentando a partire dalla distinzione fra la situazione dell'ufficiale e quella del medico del servizio ospedaliero pubblico, cui è invece riconosciuta l'obiezione alla pratica dell'interruzione di gravidanza: l'atto compiuto dall'ufficiale è un atto giuridico, le cui modalità di forma e di sostanza sono definite dalla legge in maniera tale da non lasciare spazio al suo apprezzamento personale. A differenza del medico chiamato a effettuare un IVG, dunque, "[l]'officier de l'état civil instrumente au nom de la loi, il n'opère pas en fonction d'un art professionnel et ne s'exprime pas en son nom personnel. La mission de l'officier de l'état civil (...) précisément définie à l'article 75 du code civil (...) consiste à recueillir un consentement librement et publiquement exprimé par chacun des époux. Ce point est indifférent à l'identité ou à l'altérité sexuelle" (pp. 9-10). Si tratta di un argomento seguito a suo tempo anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana per escludere la facoltà di obiezione del giudice tutelare chiamato a pronunciarsi sull'aborto della minorenne (cfr. *infra*, sez. I., § 2).



vicesindaci siano assenti o impediti; un consigliere municipale potrebbe quindi esercitare le funzioni d'ufficiale di stato civile in sostituzione del sindaco e dei vicesindaci contrari in coscienza al matrimonio omosessuale, a condizione che si accetti un'interpretazione del concetto di impedimento comprensiva dell'ipotesi di un'impossibilità morale, e non soltanto materiale, al compimento dell'atto delegato⁴⁵. Peraltro, parte della dottrina sembra ritenere tale ipotesi contraria allo spirito della legge, dovendo il matrimonio "per tutti" essere celebrato dovunque e da tutti i soggetti a ciò deputati, che si trovano ad avere un monopolio su tale servizio⁴⁶.

Non è invece consentito all'ufficiale di avvalersi della possibilità, introdotta dal novellato art. 74 c.c., di celebrare il matrimonio sia nel comune di residenza o di domicilio di uno degli sposi, sia in quello di uno dei loro genitori, dal momento che la decisione relativa spetta solamente ai diretti interessati: la celebrazione del matrimonio nell'uno o nell'altro luogo non potrebbe quindi essere la conseguenza del rifiuto opposto a essa da un sindaco per ragioni di coscienza⁴⁷. Né ha per ora avuto seguito la proposta di legge volta a introdurre una clausola di coscienza in favore dell'ufficiale di stato civile, previa sua sostituzione mediante delega a un membro volontario del consiglio municipale⁴⁸; in dottrina vi è anzi chi considera incostituzionale l'eventualità di un tale riconoscimento⁴⁹.

⁴⁵In favore di questa interpretazione milita il fatto che l'ordinamento francese ricorra già alla nozione di impossibilità morale in altre situazioni in cui vengono in gioco convinzioni coscienziali (cfr. per una panoramica **D.L. FENOUILLET**, *La conscience*, LGDJ, Paris, 1993, p. 247). La dottrina sembra peraltro ritenere che il delegante non sia tenuto a specificare la natura dell'impedimento, o che addirittura la delega sia possibile anche nel caso in cui i titolari ordinari della funzione siano presenti e non materialmente impediti, dal momento che l'art. L. 2122-18 prevede tale possibilità anche ove i vicesindaci non possano essere delegati, perché già titolari di delega (**F. DIEU**, *Opposition des maires au mariage entre personnes de même sexe: l'objection de conscience ou la délégation*, in *JCP Admin.*, 25(2013), p. 1); tale situazione pare analoga a quella in cui si trovano i vicesindaci rispetto all'esercizio delle funzioni dello stato civile, di cui sono già investiti per legge e non per delega. Peraltro tale soluzione non è praticabile quando la delega non sia possibile, ad esempio perché tutti i membri del consiglio comunale oppongono ragioni di coscienza alla celebrazione di un matrimonio fra persone dello stesso sesso (*ibidem*).

⁴⁶ **C. TUKOV**, *La liberté de conscience*, cit., p. 40.

⁴⁷ Circolare 9 maggio 2013, cit., § 2.2.

⁴⁸ Prop. L. Sénat n. 613 (Jean-Louis Masson), 27 maggio 2013.

⁴⁹ **C. TUKOV**, *Incidences*, cit., p. 2179.



2 - Il conflitto fra i doveri di *status* e i diritti costituzionalmente garantiti. Il modello italiano: la molteplicità dei principi e delle interpretazioni

Analogamente a quanto osservato per l'ordinamento francese, nell'ordinamento italiano si può riscontrare un impiego legislativo non meglio precisato del concetto di funzionario, cui corrisponde una sua problematica ricostruzione dottrinale. Questa definisce tale il soggetto che svolge una funzione pubblica nell'ambito di un ufficio cui sono affidati compiti pubblici: vale a dire, che esercita un'attività esplicativa della potestà giuridica dello Stato finalizzata all'interesse generale della collettività e imputabile a un ente pubblico⁵⁰. Tale definizione ricomprende sia i funzionari professionali, ossia coloro che sono legati alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio continuativo ed esclusivo, sia i funzionari onorari, rispetto ai quali la preposizione a un pubblico ufficio non comporta la costituzione di un rapporto di lavoro stabile con l'ente amministrativo⁵¹; mentre ne restano esclusi i pubblici impiegati, che prestano un'attività professionale genericamente intesa alle dipendenze di un ente pubblico, ma non svolgono le funzioni pubblicistiche di cui l'ente è titolare⁵².

Tutti i funzionari godono del diritto alla libertà religiosa sancito dall'art. 19 della Costituzione, come pure del diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21; ai funzionari professionali, poi, che sono anche pubblici impiegati in virtù del rapporto di servizio, si applicano altresì, dopo la riforma che ha ricondotto la disciplina del pubblico impiego al diritto comune del lavoro, le norme dello Statuto dei Lavoratori rivolte a tutelarne le libertà fondamentali⁵³: libertà di

⁵⁰ Cfr. per questa definizione **F. MERLONI**, *Introduzione. L'etica dei funzionari pubblici*, in *Al servizio della Nazione*, cit., p. 18; **G. MIELE**, voce *Funzionario pubblico*, in *Nss. dig. it.*, Utet, Torino, 1957, VII, pp. 684-685; **ID.**, voce *Funzione pubblica*, ivi, p. 687; **F.S. SEVERI**, voce *Funzionario pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1991, VII, p. 68; **ID.**, voce *Funzione pubblica*, ivi, p. 72; **S. TERRANOVA**, voce *Funzionario (diritto pubblico)*, *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1969, XVIII, pp. 282-283.

⁵¹ **F. MERLONI**, *Introduzione*, cit., pp. 19-20; **S. TERRANOVA**, voce *Funzionario*, cit., pp. 283-285.

⁵² **G. MIELE**, voce *Funzionario pubblico*, cit., p. 685.

⁵³ Cfr. artt. 2, c. 2, e art. 51, c. 2 d. lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche". Fanno eccezione alcune categorie di funzionari e altri pubblici impiegati che ai sensi dell'art. 3 rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: magistrati, avvocati e procuratori dello Stato, personale militare e delle forze di polizia statale, personale della



opinione⁵⁴, divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore⁵⁵, divieto di discriminazioni basate sulle convinzioni personali del lavoratore⁵⁶.

Per quanto riguarda i doveri del funzionario, il diritto positivo tende a ricollegarli essenzialmente al rapporto di servizio, di cui integrano il contenuto, con la conseguenza che tali doveri sono definiti soprattutto in relazione al funzionario professionale, mentre risultano trascurati dalla disciplina del rapporto d'ufficio concernente i funzionari onorari⁵⁷. Tuttavia, vi è almeno una categoria di doveri che si applicano a tutti i funzionari indistintamente, e sono quelli consacrati dagli artt. 28 e 54 cost.

L'art. 28 costituisce in realtà una norma secondaria di chiusura del complesso di principi e di vincoli giuridici della funzione pubblica disegnato dal testo costituzionale, in quanto stabilisce la responsabilità giuridica dei funzionari e dipendenti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti. Se ne ricava infatti in negativo che i funzionari sono tenuti a conformare il loro agire alle regole di natura costituzionale, legislativa e disciplinare, rivolte a garantire la legalità formale e sostanziale dell'azione amministrativa e quindi il rispetto dei diritti dei cittadini⁵⁸. Tale norma va dunque letta in associazione e in subordine anzitutto alle altre disposizioni costituzionali che enunciano i doveri sostanziali dei pubblici funzionari e impiegati, e *in primis* all'art. 54.

Detto articolo, dopo avere enunciato al primo comma il dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi, al secondo comma pone in capo ai cittadini affidatari di funzioni pubbliche il dovere di adempierle con disciplina e onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge. Da esso si traggono dunque due indicazioni relative agli obblighi di condotta del funzionario: in primo luogo, in quanto cittadino, egli è tenuto al dovere generico di fedeltà alle istituzioni repubblicane e di osservanza dell'ordinamento giuridico dello Stato. In dottrina si è discusso se il contenuto del dovere di fedeltà coincida *tout court* con l'osservanza delle

carriera diplomatica e prefettizia, dipendenti degli enti di vigilanza finanziaria, personale del corpo dei vigili del fuoco, personale della carriera dirigenziale penitenziaria, docenti universitari.

⁵⁴ Art. 1 l. n. 300 del 20 maggio 1970.

⁵⁵ Art. 8 l. 300 del 1970.

⁵⁶ Artt. 15-16 l. 300 del 1970.

⁵⁷ **F. MERLONI**, *Introduzione*, cit., pp. 20-22; cfr. anche **S. TERRANOVA**, voce *Funzionario*, cit., pp. 284-285.

⁵⁸ Si vedano le riflessioni di **R. CAVALLO PERIN**, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in *Al servizio della Nazione*, cit., p. 156 ss.



leggi, o se richieda un *quid pluris* rispetto a essa⁵⁹. Se si accede alla tesi della distinzione dei due obblighi, più consona a un principio di economia e di non ridondanza del testo costituzionale, la fedeltà deve intendersi come adesione a un contenuto ideologico minimale, individuato da quei principi e valori costituzionali fundamentalissimi e supremi che esprimono le condizioni di esistenza dell'ordinamento democratico sociale⁶⁰, quali sono i diritti inviolabili della persona e i doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2; il principio d'eguaglianza di cui all'art. 3; e le regole "di metodo" funzionali a garantire durevolmente tale assetto di beni costituzionali, come quelle stabilite dagli art. 138 e 139. In relazione a tali direttive assiologiche, il dovere di fedeltà si traduce nell'obbligo negativo di astenersi da comportamenti attentatori nei confronti della Costituzione, ed è normalmente soddisfatto mediante l'adempimento positivo degli obblighi stabiliti legislativamente in funzione dei massimi valori costituzionali cui è riferito⁶¹.

In secondo luogo, in quanto investito dell'esercizio di funzioni pubbliche, il funzionario è tenuto a un dovere di fedeltà qualificato dalle particolari modalità con cui esso va adempiuto: con disciplina e onore, in conformità al giuramento eventualmente prestato⁶². Il binomio *disciplina e onore* esprimerebbe l'obbligo dei funzionari di adottare comportamenti da un lato rispettosi delle norme che regolano il funzionamento dei pubblici uffici e dei rapporti gerarchici, dall'altro conformi alla dignità dell'incarico ricoperto⁶³, e in senso lato improntati alla correttezza sia verso le istituzioni pubbliche che verso i cittadini⁶⁴.

⁵⁹ Cfr. **G. LOMBARDI**, voce *Fedeltà*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1968, XVIII, p. 165 ss.; **G.M. SALERNO**, *Art. 54*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, vol. I, p. 1079 ss.; **P. TOSO**, *Dovere di fedeltà e diritto di resistenza. L'obiezione di coscienza del pubblico funzionario*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1990, II, pp. 425-428.

⁶⁰ **G. LOMBARDI**, voce *Fedeltà*, cit., pp. 170-171; **P. TOSO**, *Dovere di fedeltà*, cit., p. 430.

⁶¹ Così **G. LOMBARDI**, voce *Fedeltà*, cit., p. 173.

⁶² Art. 2 d.p.r. n. 253 del 19 aprile 2001, recante "Regolamento di semplificazione del procedimento relativo al giuramento di fedeltà dei dipendenti dello Stato non contrattualizzati": «I dipendenti delle amministrazioni dello Stato di cui all'articolo 1, prestano giuramento al momento della assunzione in servizio, davanti al capo dell'ufficio, o a un suo delegato, secondo la formula seguente: "Giuro di essere fedele alla Repubblica, di osservare lealmente la Costituzione e le leggi dello Stato, di adempiere ai doveri del mio ufficio nell'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene"».

⁶³ Cfr. **G.M. SALERNO**, *Art. 54*, cit., p. 1082; **P. TOSO**, *Dovere di fedeltà*, cit., pp. 432-433.

⁶⁴ **G.M. SALERNO**, *Art. 54*, cit., p. 1082. Vedi anche in tal senso Corte costituzionale, sent. n. 164 del 1982, pt. 7 del Considerato in diritto



Per i funzionari professionali, tali doveri risultano ribaditi e precisati nel *corpus* normativo che disciplina in via generale il rapporto di pubblico impiego, costituito dai contratti collettivi nazionali, che hanno sostituito per i diversi comparti della pubblica amministrazione le norme dello statuto degli impiegati civili dello Stato (d.p.r. n. 3 del 1957); dalle disposizioni del codice civile e delle altre leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, applicabili ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni *ex art.* 2.2 d. lgs. n. 165 del 2001; e dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici, ulteriormente integrato dai codici deontologici adottati dalle singole amministrazioni, che configura l'interpretazione storico-concreta ed esemplificativa dei doveri costituzionali (d.p.r. n. 62 del 2013)⁶⁵. Tali norme evocano variamente, sovente in stretta imbricazione, il dovere del pubblico dipendente di osservare lealmente la Costituzione e le leggi, e di servire la Repubblica con responsabilità e impegno⁶⁶.

In particolare, il dovere di adempiere con disciplina e onore alle funzioni pubbliche affidate trova puntuale riscontro nell'obbligo del funzionario di eseguire gli ordini ricevuti dal superiore gerarchico, salvo il diritto di motivata rimostranza nei confronti dell'ordine ritenuto palesemente illegittimo; tale diritto comunque decade dinanzi al rinnovo per iscritto dell'ordine, fermo restando che il dovere di obbedienza viene meno ove il comando impartito integri un illecito penale o amministrativo⁶⁷. Il binomio costituzionale ispira altresì le disposizioni che esigono dal dipendente pubblico una condotta uniformata a principi di correttezza, non lesiva della dignità della persona né dell'immagine della

⁶⁵ Così **G. RACCA**, *Disciplina e onore nell'attuazione costituzionale dei codici di comportamento*, in *Al servizio della Nazione*, cit., p. 260. Sui doveri derivanti dal rapporto di pubblico impiego cfr. **M. COLACITO**, voce *Impiego pubblico*. b) *Impiego statale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, XX, p. 314 ss.; **A. MANTERO**, voce *Impiego pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, Treccani, Roma, 1989, XVI, p. 7 ss.; **E. MORONE**, voce *Impiego pubblico*, in *Nss. dig. it.*, Utet, Torino, 1962, VIII, pp. 274-275; **L. RAINALDI**, voce *Impiego pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1993, VIII, p. 165.

⁶⁶ Si vedano in tal senso l'art. 3.1 del codice di comportamento dei pubblici dipendenti; l'art. 23.1 CCNL Ministeri 1994-1997; art. 23.1 CCNL Regioni e autonomie locali 1994-1997; art. 36.1 CCNL Aziende 1994-1997; art. 57.1 CCNL Scuola 1994-1997. Nel Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, la norma di riferimento era l'art. 13, comma 1.

⁶⁷ Art. 23.3, h) CCNL Ministeri; art. 26.3, h) CCNL Enti pubblici non economici 1994-1997; art. 23.3, h) CCNL Regioni e autonomie locali; art. 28.3, h) CCNL Sanità 1994-1997; art. 20.2, h) CCNL Istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione 1994-1997; art. 57.3, l) CCNL Scuola; art. 31.3, 8) CCNL Università 1994-1997; art. 36.3, h) CCNL Aziende; vedi anche gli artt. 16-17 T.U degli impiegati civili dello Stato e l'art. 2104 c.c.



pubblica amministrazione, anche al di fuori del servizio, sebbene in quest'ultima situazione l'obbligo in questione incontri un limite invalicabile nella libertà di manifestazione del pensiero e nel rispetto della vita privata⁶⁸.

Questo primo nucleo di doveri costituzionali non sembra in linea di principio incompatibile con il riconoscimento di un diritto di obiezione del funzionario. Infatti, il concetto di fedeltà sotteso all'art. 54, c. 1 cost. consente, da una parte, di ricomprendere fra le condizioni di esistenza dell'ordinamento democratico sociale anche il diritto inviolabile alla libertà di coscienza, di cui l'obiezione costituisce manifestazione; dall'altra parte, raccordando il dovere di osservanza delle leggi alla garanzia dei valori fondamentali dell'ordinamento, legittima la conclusione che l'obbedienza alle norme costituisca il modo normale, ma non esclusivo, con cui cittadini e pubblici funzionari adempiono al dovere di fedeltà⁶⁹. Così inquadrato, anche il vincolo all'adempimento delle funzioni pubbliche con disciplina e onore non appare di per sé contrario all'esercizio dell'obiezione di coscienza, nella misura in cui la richiesta di poter adempiere all'incarico in conformità alle proprie convinzioni interiori non integra in quanto tale un comportamento scorretto nei confronti delle istituzioni e dei cittadini⁷⁰. Anzi, in dottrina si è osservato che "proprio l'insorgere di un conflitto di coscienza può essere sintomatico della serietà e del personale coinvolgimento con cui si adempie ai propri doveri"⁷¹. L'obbligo stesso di obbedienza, letto in quest'ottica, ammette il rifiuto dell'adempimento "quando nel suo esercizio si travalichino i limiti consistenti nella tutela delle libertà fondamentali e della dignità dei lavoratori"⁷², ciò che potrebbe giustificare l'esercizio di uno *jus resistentiae* al comando contrario ai propri convincimenti coscienziali. Il peculiare *status* del funzionario suggerirebbe semmai "una cautela maggiore rispetto ai comuni cittadini nell'ammettere l'obiezione di coscienza"⁷³, in

⁶⁸ Art. 10 codice di comportamento dei pubblici dipendenti; art. 23.3, f) CCNL Ministeri; art. 26.3, f) CCNL Enti pubblici non economici; art. 23.3, f) CCNL Regioni e autonomie locali; art. 28.3, f) CCNL Sanità; art. 20.2, f) CCNL Istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione; art. 57.3, h) CCNL Scuola; art. 31.3, 6) CCNL Università 1994-1997; art. 36.3, f) CCNL Aziende; vedi anche art. 13, ult. c., T.U. impiegati civili dello Stato.

⁶⁹ P. TOSO, *Dovere di fedeltà*, cit., p. 439.

⁷⁰ Cfr. D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011, p. 230.

⁷¹ D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 230.

⁷² M. LONGO, *Incompatibilità del funzionario pubblico, principio di gerarchia e obblighi di collaborazione*, in *Al servizio della Nazione*, cit., p. 219.

⁷³ D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 230.



ragione della sua vocazione istituzionale all'applicazione della legge, attraverso la concretizzazione nell'attività esecutiva, "allo scopo di soddisfare gli interessi collettivi per la cui cura la legge è posta"⁷⁴; ciò varrebbe specialmente per i funzionari che, in ragione del ruolo di vertice ricoperto, sono chiamati a collaborare più direttamente all'attuazione degli indirizzi definiti dagli organi politici, e ai quali viene quindi richiesta una particolare lealtà nei confronti dei soggetti decisori⁷⁵.

Il testo costituzionale dispone poi che l'attività della pubblica amministrazione debba essere improntata a principi di buon andamento e imparzialità (art. 97, c. 1). Il principio di imparzialità trova poi il suo corollario deontologico nell'obbligo posto in capo a tutti gli impiegati pubblici dall'art. 98 c. 1 di servire esclusivamente la Nazione. I parametri di buon andamento e imparzialità traducono la finalizzazione della pubblica amministrazione all'interesse generale della collettività⁷⁶. In particolare, il principio di buon andamento esprime la necessaria congruità dell'azione amministrativa rispetto agli interessi pubblici perseguiti, imponendole di svolgersi nel modo più adeguato e conveniente possibile⁷⁷. Per il funzionario che opera alle dipendenze di un ente pubblico ciò implica l'obbligo di eseguire con diligenza le mansioni attribuitegli⁷⁸, evitando situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei propri compiti⁷⁹: così, non deve ritardare o adottare comportamenti tali da far ricadere su altri dipendenti il compimento di attività o l'adozione di decisioni di propria spettanza, salvo giustificato motivo⁸⁰, né può rifiutare agli utenti prestazioni a cui sia tenuto con motivazioni generiche⁸¹.

A sua volta, la direttiva dell'imparzialità sintetizza l'orientamento esclusivo dell'attività della pubblica amministrazione alle finalità collettive attribuite dall'ordinamento alla sua cura, rappresentate in senso oggettivo come servizio della Nazione⁸². Ciò significa che gli atti e le

⁷⁴ V. ONIDA, *L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di B. Perrone, Giuffrè, Milano, 1992, p. 369.

⁷⁵ P. TOSO, *Dovere di fedeltà*, cit., p. 443.

⁷⁶ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, 12^a ed., p. 59.

⁷⁷ E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 50.

⁷⁸ Si veda a titolo d'esempio l'art. 23. 3, a) CCNL Ministeri. Vedi anche art. 13, c. 1 T.U. degli impiegati civili dello Stato.

⁷⁹ Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, art. 3, c. 3.

⁸⁰ Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, art. 11, c. 1.

⁸¹ Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, art. 12, c. 1.

⁸² E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 59; A. SAITTA, *Art. 98*, in *Commentario alla*



decisioni dell'amministrazione devono fondarsi su criteri oggettivi di equità e di ragionevolezza, evitando discriminazioni indebite fra i soggetti coinvolti nella sua azione e condizionamenti impropri a opera di interessi particolari estranei all'interesse pubblico⁸³. Al principio così inteso corrisponde perciò l'obbligo del funzionario di assicurare ai destinatari dell'azione amministrativa la piena parità di trattamento a parità di condizioni, astenendosi da azioni arbitrarie che abbiano effetti negativi o che comportino discriminazioni basate su sesso, nazionalità, origine etnica, caratteristiche genetiche, lingua, religione o credo, convinzioni personali o politiche, appartenenza a una minoranza nazionale, disabilità, condizioni sociali o di salute, età e orientamento sessuale o altri diversi fattori⁸⁴. L'imparzialità della pubblica amministrazione incide poi sul diritto di associazione del funzionario, in quanto questi è tenuto a comunicare al responsabile dell'ufficio di appartenenza la propria adesione ad associazioni od organizzazioni i cui ambiti di interessi possano interferire con lo svolgimento dell'attività dell'ufficio, salvo che si tratti di partiti politici o sindacati⁸⁵. Lo stesso principio fonda egualmente l'obbligo del funzionario di astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività rispetto alle quali possa trovarsi in determinate ipotesi di conflitto di interessi, e in generale in ogni caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza⁸⁶.

Ci si deve allora interrogare se i parametri costituzionali del buon andamento e di imparzialità, con le situazioni di obbligo che ne scaturiscono, valgano a escludere l'obiezione di coscienza del funzionario. In dottrina si è sollevato il dubbio che un principio di organizzazione dei pubblici uffici, quale è quello del buon andamento, assuma un rilievo tale all'interno del sistema costituzionale da legittimare "anche il sacrificio

Costituzione, cit., vol. III, p. 1912.

⁸³ R. CARANTA, Art. 97, in *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. III, pp. 1892-1893; E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 50; F. MERLONI, *Introduzione*, cit., pp. 15-16.

⁸⁴ Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, art. 3, c. 5.

⁸⁵ Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, art. 5, c. 1. L'eccezione non è espressamente riferita alle confessioni religiose, ma sembra ragionevole ritenere che valga anche per esse, in quanto da un lato per il diritto italiano esse appartengono a un *genus* diverso rispetto a quello delle associazioni e organizzazioni, e quindi la norma in questione non dovrebbe propriamente riguardarle; dall'altro lato, sarebbe un controsenso giuridico tutelare pienamente la dimensione collettiva della libertà politica e sindacale dei cittadini, e non anche quella della libertà, altrettanto se non più fondamentale, di religione. La norma potrebbe invece applicarsi alle associazioni e organizzazioni di ispirazione filosofica o religiosa che non siano qualificabili come confessioni religiose.

⁸⁶ Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, art. 7.



della libertà di coscienza di coloro i quali sono preposti a quegli uffici⁸⁷, sancendo così la prevalenza delle esigenze di funzionamento dell'apparato amministrativo sull'esercizio concreto di un diritto inviolabile della persona. D'altra parte, il principio in questione non osta a che i pubblici uffici siano organizzati in modo da evitare che l'obiettore sia costretto a compiere un atto contrario alla propria coscienza, ove tale accomodamento sia realizzabile ragionevolmente.

La conclusione è meno evidente con riguardo al principio di imparzialità. In favore della sua compatibilità con il riconoscimento di un diritto di obiezione, milita il fatto che tale principio non pare rivestire nell'ordinamento italiano l'uguale significato della neutralità francese. La *ratio* dell'imparzialità, quale si ricava dalle norme italiane che la traducono in obblighi positivi di condotta, sembra infatti consistere principalmente nella volontà di impedire l'indebita immistione di interessi diversi da quelli perseguiti istituzionalmente dall'amministrazione, siano quelli personali degli agenti, o quelli dei particolari gruppi di interesse politico, economico o ideologico cui essi partecipano: ora, non pare evidentemente possibile trattare le convinzioni intime di coscienza del singolo alla stessa stregua degli interessi privati, individuali o collettivi, che possono stornare l'esercizio della funzione pubblica dal suo fine proprio.

Allo stesso tempo, il principio di imparzialità si vuole strumentale alla tutela dell'eguaglianza nel godimento dei diritti riconosciuti dall'ordinamento ai propri cittadini, operante attraverso il divieto di discriminazione. Si è così affermato che l'obiezione di coscienza del funzionario, ad esempio alla registrazione di un'unione civile fra persone dello stesso sesso, potrebbe considerarsi discriminatoria in quanto negherebbe a una determinata categoria di utenti l'esercizio di un diritto a cui la legge dà invece titolo⁸⁸. In rapporto a questa prospettiva, il diritto dell'obiettore può essere salvaguardato se si considera che il suo rifiuto ad adempiere costituisce sempre la manifestazione di una libertà fondata costituzionalmente, benché (ancora) priva dell'*imprimatur* del legislatore, che non può dunque venire assimilata puramente e semplicemente alla violazione illecita e arbitraria di un diritto altrui. Il conflitto fra la coscienza del funzionario e i diritti dei cittadini che entrano in relazione con la pubblica amministrazione va dunque ricondotto allo schema del bilanciamento di beni e valori pari ordinati, e perciò risolto secondo i criteri propri di questo tipo di giudizio; in particolare, la compatibilità dei

⁸⁷ P. TOSO, *Dovere di fedeltà*, cit., p. 439.

⁸⁸ D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 233.



contenuti che ispirano la scelta di coscienza del funzionario con la tavola dei valori costituzionali e il carattere non sproporzionato della compressione dei diritti concorrenti⁸⁹.

Proprio le norme che danno attuazione ai principi di buon andamento e imparzialità sul piano deontologico e disciplinare sembrano invece offrire un'apertura all'obiezione del funzionario, nella misura in cui ammettono quale scusante al mancato adempimento dei propri doveri la sussistenza di un giustificato motivo (art. 11.1 cod. comp. pubbl. dip.) o di motivazioni non generiche (art. 12.1 cod. comp. pubbl. dip.), in cui potrebbero puntualmente ricomprendersi anche vere ragioni di coscienza; o impongono al funzionario di astenersi dal compiere determinati atti della propria funzione in presenza di gravi ragioni di convenienza (art. 7 cod. comp. pubbl. dip.), ipotesi che potrebbe ritenersi verificata anche nel caso in cui il funzionario non possa garantire la propria imparzialità perché contrario moralmente al contenuto della decisione o dell'attività cui è chiamato a partecipare.

Sul piano di una prassi giuridica concreta la posizione dell'ordinamento italiano si presenta però di più problematica lettura. Va premesso che i casi di obiezione all'esercizio di determinate funzioni pubbliche, posti effettivamente, sono stati pochi: oltre a quello del giudice tutelare, di cui si vedrà, si segnala il rifiuto opposto da una donna appartenente alla confessione dei Testimoni di Geova all'assunzione delle funzioni di giudice popolare per cui era stata estratta a sorte⁹⁰. In questo caso il giudice si è pronunciato per l'assoluzione dell'obiettrice dal reato di rifiuto di uffici legalmente dovuti, perché ha ritenuto sussistente la scriminante dell'esercizio del diritto di libertà religiosa, in quanto comprensivo della facoltà di comportarsi in coerenza ai principi professati

⁸⁹ Cfr. **P. TOSO**, *Dovere di fedeltà*, cit., p. 441. L'obiezione di coscienza alle unioni fra persone dello stesso sesso può in questo senso valersi dell'aggancio all'art. 29 della Costituzione, in quanto questo fa riferimento alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, e non su altri tipi di unione. Quanto poi alla possibile equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio eterosessuale, la Corte costituzionale, nella stessa sentenza con cui ha riconosciuto il diritto delle persone dello stesso sesso a vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico, ha escluso l'omogeneità dei due istituti (sent. n. 138 del 2010, pt. 9 del Considerato in diritto).

⁹⁰ Pretura Torino, sent. 16 gennaio 1981, in *Foro it.*, 1981, II, p. 317 ss, con nota di E. Gironi. Sul caso in questione si vedano le riflessioni di **R. NAVARRO VALLS**, **J. MARTINEZ TORRON**, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2012, 2ª ed., pp. 447-448; **D. PARIS**, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 269-272; **P. SPIRITO**, *Un caso "dubbio" di obiezione di coscienza*, in *Quaderni del pluralismo*, 2(1984), p. 70 ss.



dalla propria fede. Sebbene il dovere costituzionale di adempiere le funzioni pubbliche di cui si è investiti costituisca un limite alla suddetta facoltà, il dovere di esercitare la specifica funzione pubblica consistente nell'ufficio del giudice popolare ammette infatti per legge un'eccezione, consentendo la richiesta di una dispensa in presenza di un legittimo impedimento. Secondo il giudice ricordato, tale nozione sarebbe estensibile all'ipotesi in cui l'impedimento non sia di tipo fisico, ma morale, essendo riconducibile all'esistenza di un divieto di coscienza⁹¹. Aggiunge il giudice che questa interpretazione della norma non pregiudica l'interesse pubblico all'adempimento della funzione di giudice popolare, dal momento che l'interesse risulta soddisfatto dal numero di cittadini idonei sufficiente a integrare l'organo giudicante, mentre resta irrilevante che le funzioni giudiziarie siano svolte dall'uno o dall'altro cittadino idoneo; al contrario, la soluzione prospettata va a vantaggio dell'interesse della collettività, poiché impedisce che l'obietto, "assumendo contro coscienza la funzione giudiziaria, la eserciti in modo non imparziale"⁹². Come è evidente, nel caso il diritto dell'obietto si fa prevalere sui doveri costituzionali inerenti all'esercizio della funzione pubblica in quanto l'obiezione, per le circostanze in cui è sollevata, non incide sugli interessi protetti da tali doveri. Si tratta però di un'ipotesi circoscritta, che non consente di trarre conclusioni generali.

Di ben altra rilevanza è il problema dell'obiezione del giudice tutelare, che ai sensi dell'art. 12 c. 2 della l. 194 del 1978 è chiamato a autorizzare la donna minorenni a decidere l'interruzione di gravidanza, quando non sia possibile ottenere l'assenso degli esercenti la potestà o la tutela su di lei. Come è noto, si è sollevata questione di legittimità costituzionale per contrarietà della norma ai diritti inviolabili di libertà religiosa e di pensiero nella misura in cui essa non contempla la facoltà del giudice di obiettare. La Corte costituzionale ha dapprima escluso l'equiparabilità della situazione del giudice a quella del personale medico-sanitario titolare di un diritto di obiezione, argomentando che, a differenza di costoro, al giudice non spetta riscontrare la sussistenza dei presupposti tecnici stabiliti dalla legge per potersi procedere all'interruzione di gravidanza, ma soltanto attribuire alla minorenni la facoltà di decidere,

⁹¹ A titolo comparativo, interessa rilevare che l'ordinamento francese esclude categoricamente la possibilità di considerare un'obiezione morale, sia essa di ordine religioso o meno, quale motivo grave suscettibile di giustificare la dispensa dall'ufficio di giurato (art. 258-1 c.p.p.).

⁹² Pret. Torino, cit., p. 326.



integrandone la volontà, per i vincoli gravanti sulla sua capacità di agire⁹³. In secondo luogo, la Corte ha ritenuto il mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza del giudice consequenziale rispetto ai tratti caratterizzanti del suo *status*, quali si ricaverrebbero sia dall'art. 98, c. 3 cost. – che consente la previsione di limiti legali al diritto dei magistrati di iscriversi a partiti politici – sia dall'art. 107, c. 1 cost., che nel sancire l'inamovibilità del magistrato, come lo pone al riparo da interferenze esterne, così comporta l'indeclinabilità del dovere di giudicare le controversie che gli sono sottoposte, a realizzazione di un interesse costituzionalmente rilevante alla giustizia⁹⁴.

Da questa pronuncia si ricavano due indicazioni di fondo. La prima è che l'obiezione di coscienza del funzionario è esclusa quando le funzioni pubbliche svolte presentano connotazioni peculiari, di rilievo costituzionale, che potrebbero essere lese dall'esercizio di un simile diritto⁹⁵; in questo caso il giudice delle leggi ammette che le libertà fondamentali del funzionario possano subire limitazioni più ampie di quelle previste per i comuni cittadini, al fine di tutelare i valori che identificano specialmente la funzione esercitata⁹⁶. I magistrati sono

⁹³ Sent. n. 196 del 1987, pt. 2 del Considerato in diritto L'argomento è sostanzialmente ripetuto nella più recente ordinanza che ha respinto la questione come manifestamente infondata, n. 514 del 2002. Sui più recenti tentativi del giudice tutelare di aggirare questa limitazione, vedi **S. ATTOLLINO**, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 33 del 2010, p. 13 ss.

⁹⁴ Pt. 3 del Considerato in diritto della sentenza citata. La Corte cita anche *en passant* "i contenuti di doverosità presenti nell'art. 54, secondo comma, Cost.", ma la brevità dell'inciso ha indotto la dottrina a ritenere tale richiamo non determinante (**D. PARIS**, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 240). Il riferimento alla «doverosità dell'adempimento del "munus" pubblico, sancita dall'art. 54 Cost.» si trova anche nella ordinanza 514 del 2002, ma vale, anche in questo caso, la considerazione a suo tempo svolta in dottrina, secondo cui la Corte avrebbe assunto apoditticamente l'obbligo di adempiere alle funzioni pubbliche con disciplina e onore quale limite alla fondamentale libertà di coscienza, senza pervenire a dimostrare il nesso di necessità che dovrebbe correre tra l'uno e l'altro (cfr. **S. MANGIAMELI**, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche (a proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore)*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 532).

⁹⁵ Cfr. **F. BIONDI**, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 301.

⁹⁶ Si veda in tal senso la sentenza n. 100 del 1981, pt. 7 del Considerato in diritto Cfr. anche **F. BIONDI**, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 304. In questo senso va quindi letto il richiamo all'art. 98.3 cost., pur se riguardante la diversa libertà di associazione. Peraltro tale orientamento è stato criticato in dottrina, in quanto ricava "da un limite espresso a una libertà fondamentale specificamente individuata (...) un limite generale e



soggetti, in ragione della funzione giudicante assegnata, a uno statuto particolare, caratterizzato da una maggiorazione della direttiva deontologica dell'imparzialità, che si manifesta nel principio di soggezione esclusiva del giudice alla legge di cui all'art. 101, c. 2 cost⁹⁷. Tale principio va infatti inteso come impermeabilità del giudice a ogni influenza esterna alla legge, da cui discende l'obbligo di adempiere la funzione giudicante secondo l'ordine assiologico stabilito dalla legge⁹⁸. I convincimenti di coscienza del giudice possono esplicitarsi soltanto entro i margini di discrezionalità di cui gode eventualmente nell'interpretazione e applicazione della norma, ma non possono determinarne la disapplicazione⁹⁹, né possono sottrarre il giudice al compito di rendere giustizia nell'ambito della sfera di competenza assegnatagli dalla legge e al di fuori delle eccezioni legalmente previste¹⁰⁰.

alquanto indefinito a una libertà affatto diversa [...]” (D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 240; analogamente S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza"*, cit., pp. 530-531).

⁹⁷ Tale principio, previsto anche dall'art. 117.1 della Costituzione spagnola, è stato ugualmente evocato dal Tribunal Supremo per escludere il diritto di obiezione del giudice incaricato dei registri dello stato civile alla registrazione dei matrimoni omosessuali: esso infatti impone al giudice di adempiere i doveri che emanano dalla legge in mancanza di previsioni espresse che lo autorizzino a fare diversamente, e ciò a prescindere dalla sua sostituibilità o dall'assenza di pregiudizi a terzi, in quanto la sottomissione positiva del giudice alla legge fa parte delle caratteristiche della funzione giudiziale che ne fanno una garanzia dei diritti e degli interessi legittimi di tutti (sent. n. 3059 del 2009, pt. 9). Analogamente, i giudici del lavoro britannici si sono appoggiati all'obbligo previsto dal giuramento di fedeltà dei magistrati di applicare imparzialmente *the law of the land* per escludere che il giudice possa rifiutarsi di svolgere la sua funzione quando si tratti di applicare norme che ripugnano alla sua coscienza, come nel caso dell'affidamento di bambini a coppie omosessuali (*McClintock v. Department of Constitutional Affairs*, cit., §§ 29 e 57). Il particolare valore dell'imparzialità del giudice si trova riaffermato nei primi due commi dell'art. 9 del Codice etico della magistratura, approvato il 13 dicembre 2010: "Il magistrato rispetta la dignità di ogni persona, senza discriminazioni e pregiudizi di sesso, di cultura, di ideologia, di razza, di religione. Nell'esercizio delle funzioni opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità, agendo con lealtà e impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme".

⁹⁸ D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 242; N. ZANON, L. PANZERI, *Art. 101*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. III, p. 1963.

⁹⁹ Così Corte cost., sent. 196 del 1987, cit. In dottrina si vedano J. LUTHER, *L'aborto: tema con variazioni per legislatori, giudici e custodi della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1987, II, p. 2996; S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza"*, cit., pp. 538-539; V. ONIDA, *L'obiezione dei giudici*, cit., pp. 368-369; E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 768.

¹⁰⁰ Secondo l'interpretazione data dalla Corte all'art. 107, ove la si legga in



La seconda indicazione che può trarsi dal giudicato costituzionale riguarda il tipo di partecipazione all'atto riprovato moralmente che deriva dalla mansione concretamente svolta dal funzionario. La Corte individua infatti il discrimine fra la posizione del giudice tutelare, non coperta dall'obiezione, e quella del personale sanitario, che invece ne gode, nel fatto che il giudice non esprime una volontà discrezionale diretta a conseguire l'effetto dell'interruzione di gravidanza, ma si limita a certificare che vi sono tutte le condizioni legali per una sua effettuazione lecita¹⁰¹; non partecipa pertanto di quella responsabilità dell'esito abortivo che giustifica il conferimento del diritto di obiettare ai medici e ai loro ausiliari. Tale posizione, pur se espressa con riguardo alla situazione del giudice tutelare nel quadro della procedura legale inerente all'aborto, non depone a favore del riconoscimento di un diritto di obiezione a quelle figure funzionali – come gli ufficiali di stato civile – che svolgono attività di carattere meramente tecnico e certativo, non decisionale.

La Corte conclude osservando tuttavia che per evitare “abnormi distorsioni” dell'equilibrio del giudicare, l'ordinamento mette a disposizione “opportuni rimedi anche sul piano soggettivo dell'esercizio delle funzioni” (pt. 3 cons. dir.). Secondo la maggioranza della dottrina¹⁰², il riferimento riguarderebbe l'istituto processuale dell'astensione facoltativa prevista dall'art. 51, c. 2 c.p.c., in forza del quale il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi dal giudizio in presenza di gravi ragioni di convenienza¹⁰³. In questo caso non si dà

combinazione con l'art. 101. L'art. 107 nella lettura datane dalla Corte potrebbe anche ritenersi fondativo di una più rigorosa applicazione alla funzione giudicante del principio di buon andamento dell'amministrazione, nel senso di sacrificare la libertà di coscienza del magistrato all'obbligo di garantire “la continuità e la prontezza della funzione giurisdizionale” (Corte cost., sent. 156 del 1963, pt. 3 del Considerato in diritto), cui peraltro corrisponde un preciso diritto dei cittadini alla tutela giudiziaria ex art. 24 cost., sanzionato dalla responsabilità civile e penale del magistrato per diniego di giustizia (artt. 2-3 l. n. 117 del 1988 e art. 328 c.p.).

¹⁰¹ Questa ricostruzione del ruolo del giudice tutelare è stata peraltro criticata in dottrina, principalmente perché non corrisponde al tenore letterale dell'art. 12 l. 194 del 1978, il quale, nell'affermare che il giudice può autorizzare la donna, tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione medica, suggerirebbe al contrario il carattere pur minimamente discrezionale della valutazione da questi effettuata (G. BISCANTINI, *Aborto della minorenni e obiezione di coscienza del giudice tutelare*, in *Rass. dir. civ.*, 2(1997), p. 255; S. MANGIAMELI, *La “libertà di coscienza”*, cit., p. 528; E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 759-761).

¹⁰² G. BISCANTINI, *Aborto della minorenni*, cit., p. 265; V. ONIDA, *L'obiezione dei giudici*, cit., p. 373; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 247.

¹⁰³ Da notare che l'ordinamento francese riconosce ai magistrati civili la facoltà di farsi



contrasto con gli elementi qualificanti della funzione giudicante, perché la *ratio* della dispensa non è quella di tutelare la libertà di coscienza del giudice sottraendolo al preciso e inderogabile dovere di giudicare, bensì quella di garantire il carattere imparziale ed equilibrato del giudizio, che potrebbe essere messo a rischio da un forte turbamento coscienziale del giudice¹⁰⁴. Tale essendo il fine del provvedimento in questione, si comprende come se ne sia voluta circoscrivere la concessione al caso in cui il giudice abbia preventivamente manifestato con scritti o parole la propria ostilità all'interruzione di gravidanza, risultando così patente l'irreparabile compromissione dell'imparzialità e della serenità del suo giudizio¹⁰⁵.

Dal confronto ragionato fra i due ordinamenti emerge la prudenza, se non lo sfavore all'ammissibilità dell'obiezione di coscienza dell'esercente pubbliche funzioni. Se l'ordinamento francese la esclude sul piano dei principi, i presupposti teorici, ancorché favorevoli, dell'ordinamento italiano si scontrano con una prassi applicativa sinora restrittiva.

3 - Il riconoscimento difficile del diritto di obiezione del pubblico funzionario. La chiusura positiva del modello francese

L'affermazione del principio di stretta neutralità del servizio pubblico, intesa come obbligo di espletare i propri compiti senza lasciar trasparire l'adesione a una determinata visione del mondo, sancisce la netta e definitiva chiusura dell'ordinamento francese all'obiezione di coscienza del pubblico funzionario.

sostituire quando ritengano in coscienza di doversi astenere, con formula normativa che sembra far dipendere tale decisione esclusivamente dal diretto interessato (art. 339 c.p.c.). Cfr. sul punto **D.L. FENOUILLET**, *La conscience*, cit., p. 222.

¹⁰⁴ Così **D. PARIS**, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 246. In questo senso anche l'art. 9 del Codice etico della magistratura, che nell'ultimo comma impegna il giudice ad assicurare "che nell'esercizio delle sue funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre garantita. A tal fine valuta con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità".

¹⁰⁵ Si esprime in tal senso una circolare del presidente della Corte d'appello di Perugia del giugno 1978, riportata in *Foro it.*, 1979, II, p. 269. Il medesimo ragionamento si ritrova nella decisione *McClintock v. Department of Constitutional Affairs*, con riferimento alla ricusazione del giudice: "Recusal for apparent bias occurs where the parties have a reasonable suspicion arising from some particular factor, such as the fact that the judge (...) has expressed strong views on an issue, that the judge may not be able to conduct the trial fairly and impartially" (§ 53).



Nella sua esclusione, veicolata da una lettura così acribica della neutralità dell'apparato amministrativo, un ruolo importante gioca la peculiare concezione francese del servizio pubblico, che si vuole traduzione giuridica di una filosofia politica orientata¹⁰⁶. Questa vede nello Stato non semplicemente l'arbitro di interessi particolari o il gestore di servizi d'uso generale, ma il detentore di una verità che trascende le visioni individuali, e lo rende capace di assicurare il bene comune al di là dei particolarismi della società¹⁰⁷. Il patrimonio assiologico che lo Stato rappresenta e difende trova la propria sintesi simbolica nell'ideale repubblicano¹⁰⁸, quanto a dire nell'insieme dei valori considerati inerenti all'essenza della Repubblica, come emersi progressivamente nella realtà storica e da incarnare sempre in tale realtà¹⁰⁹. Tale ideale configura l'unità politica e spirituale dei cittadini intorno alle istituzioni espressive della sovranità popolare e agli inalienabili diritti individuali, a esclusione di ogni vincolo di fedeltà particolare ad altri raggruppamenti sociali distinti, portatori di sistemi di valore concorrenti, che possa prevalere sul contratto implicito con la collettività nazionale¹¹⁰. Così concepito, l'ideale repubblicano ha tendenza a oltrepassare l'ambito strettamente politico, per incidere sulla formazione dell'*ethos* dei cittadini¹¹¹; ciò vale massimamente per il funzionario, investito specialmente della vocazione a

¹⁰⁶ Così **J.-M. PONTIER**, *Sur la conception française du service public*, in *D. chron.*, 1996, p. 11, ; vedi anche **J.-M. AUBY**, **J.-B. AUBY**, **D. JEAN-PIERRE**, **A. TAILLEFAIT**, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 377; **V. KONDYLIS**, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, LGDJ, Paris, 1994, p. 33.

¹⁰⁷ Così **R. GREGOIRE**, *Réflexions sur la fonction publique*, in *Revue des deux mondes*, agosto 1952, p. 412.

¹⁰⁸ Il concetto appare sotto diverse forme in relazione all'obbligo di neutralità religiosa nell'esercizio della funzione pubblica: così, nella sentenza del Tribunale amministrativo di Lione relativa al caso *Ben Abdallah* (nt. 36) si fa riferimento alla "tradition de la République française"; mentre l'art. 165 c.c., come modificato dalla l. 2013-404, afferma il carattere di "cérémonie républicaine" del matrimonio civile, ciò che è stato interpretato in dottrina come consacrazione di un paradigma matrimoniale laico che esclude ogni legittimazione dell'ufficiale di stato civile a invocare una clausola di coscienza rispetto alla sua celebrazione (**C. TUKOV**, *Incidences*, cit., p. 2179).

¹⁰⁹ Cfr. **C. VIMBERT**, *La tradition républicaine en droit public français*, LGDJ, Paris, 1992, pp. 21 e 190-191.

¹¹⁰ Cfr. **C. NICOLET**, *L'idée républicaine en France. Essai d'histoire critique*, Gallimard, Paris, 1982, spec. pp. 368, 447-448, 503-504. Per un riscontro di tale concezione nell'attuale giurisprudenza, si veda Conseil constitutionnel, dec. n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, cons. 16.

¹¹¹ Cfr. **C. NICOLET**, *L'idée républicaine*, cit., p. 484 ss. Vedi anche **J. CHEVALLIER**, *Bonnes moeurs et morale républicaine. Présentation*, in *Les bonnes moeurs*, a cura di J. Chevallier, PUF, Paris, 1994, p. 188.



servire questa collettività, la cui etica non può quindi che qualificarsi in senso forte come repubblicana¹¹². Si comprende allora come in questa prospettiva la neutralità obbligatoria della funzione pubblica, a differenza del criterio di buon funzionamento, non ammetta un accomodamento ragionevole alle esigenze di coscienza del singolo, né una declinazione differente secondo il ruolo ricoperto e il tipo di funzioni pubbliche svolte.

Ma la chiusura dell'ordinamento francese all'obiezione di coscienza del funzionario si alimenta a monte del modo di intendere il tipico contenuto del diritto di libertà religiosa. Esso infatti viene descritto principalmente, sul piano individuale, come una forma della libertà di coltivare ed esprimere le proprie opinioni¹¹³; sul piano collettivo, come la libertà di praticare un culto religioso¹¹⁴. Così inquadrata, la libertà di coscienza del funzionario risulta pienamente compatibile con il principio di neutralità, dal momento che non impedisce di adempiere puntualmente agli obblighi di servizio, potendo esplicitarsi in tutta la sua ampiezza al di fuori del servizio stesso¹¹⁵. Rispetto a questo schema, la diversa libertà di comportarsi in conformità alle proprie opinioni e convinzioni, cui si

¹¹² Cfr. in tal senso J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 378.

¹¹³ Art. 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, ripreso nel principio dall'art. 6 dello statuto generale della funzione pubblica. In dottrina, vedi V. SAINT-JAMES, *La liberté d'expression*, cit., p. 239 ss.

¹¹⁴ Art. 1 l. 9 dicembre 1905 concernente la separazione delle Chiese e dello Stato. A questo proposito, in dottrina si è osservato che non soltanto la tradizione giuridica francese tende a ridurre la libertà di religione al solo aspetto rituale, ma che tale libertà neppure gode di un fondamento costituzionale espresso, e viene protetta non tanto in se stessa, quanto piuttosto attraverso la protezione accordata ad altre libertà fondamentali, come la libertà d'opinione, la libertà di associazione, la libertà di insegnamento (cfr. *Droit français des religions*, a cura di F. Messner, P. H. Prélôt, J.-M. Woehrling, LexisNexis, Paris, 2013, 2^a ed., pp. 654-656).

¹¹⁵ È interessante notare che questa concezione così restrittiva della libertà religiosa riaffiora nella giurisprudenza britannica sul caso Ladele, là dove si afferma che "(...) the effect on Ms Ladele of implementing the policy did not impinge on her religious beliefs: she remained free to hold those beliefs, and free to worship as she wished" (*Lillian Ladele v The London Borough of Islington and Liberty*, [2009] EWCA Civ 1357, § 51); ma anche, e più singolarmente, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come nella decisione *Pichon et Sajous c France* del 2 ottobre 2001, in cui la Corte dichiara irricevibile il ricorso presentato da alcuni farmacisti francesi contro l'obbligo di vendere contraccettivi a effetto abortivo argomentando che "(...) dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation des dites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle" (corsivo mio).



richiama il diritto di obiezione, rappresenta una eccentricità; ciò dà conto dell'impossibilità di giustificare in base a una libertà generale di rango costituzionale le ipotesi concrete di esercizio del diritto obiettorio, il cui riconoscimento rimane quindi di carattere essenzialmente eccezionale¹¹⁶.

4 - Il riconoscimento difficile del diritto di obiezione del pubblico funzionario. L'apertura incerta del modello italiano

La preclusione di principio francese non sembra invece discendere dai principi normativi che, nell'ordinamento italiano, fissano i capisaldi della deontologia della funzione pubblica. Sebbene alcuni autori imputino all'esercente pubbliche funzioni "un vincolo di particolare devozione verso lo Stato"¹¹⁷, non se ne può, infatti, ricavare l'abdicazione del funzionario al proprio foro interiore, in favore di un'adesione di tipo ideologico a una determinata cultura politica: se non altro, perché ciò non trova riscontro nel contenuto concreto dei puntuali obblighi di condotta che gli incombono. I valori che il testo costituzionale prepone all'esercizio delle pubbliche funzioni delimitano inderogabilmente l'*ethos* del

¹¹⁶ *Droit français des religions*, cit., p. 755. Cfr. anche, in senso critico, N. MATHEY, *L'objection de conscience*, in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, a cura di C. Puigelier, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 883-884. Nel senso di escludere un diritto generale all'obiezione di coscienza si veda Conseil constitutionnel 2004-505 DC, cit., cons. 18. Attualmente, oltre all'obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio, scarsamente rilevante a causa della sospensione del medesimo, l'unica ipotesi di vera e propria obiezione di coscienza *secundum legem* è quella riconosciuta al personale medico-sanitario relativamente all'interruzione di gravidanza (art. L. 2212-8 Code de la santé publique), più recentemente estesa alla sterilizzazione volontaria (art. L. 2123-1 CSP) e alla ricerca sugli embrioni (art. L-2151-7-1 CSP). Si può poi citare la facoltà conferita ai magistrati civili di astenersi da un giudizio ove lo ritengano "in coscienza" doveroso (nt. 103).

La riduzione del diritto di obiezione alle sole ipotesi eccezionalmente riconosciute dal legislatore si ritrova anche nel ragionamento dei giudici spagnoli e britannici: così, nella sentenza del Tribunal Supremo n. 3059 del 2009 si afferma che il legislatore ordinario è libero di introdurre ipotesi di dispensa dall'osservanza di determinati doveri giuridici, ma che tale diritto dipende esclusivamente dalla libertà di configurazione dell'ordinamento di cui dispone il legislatore democratico, e non dalla libertà religiosa e ideologica consacrata in Costituzione (§ 6); in *McClintock v. Department of Constitutional Affairs* l'EAT afferma che singole eccezioni concesse in determinati casi non fondano un obbligo generale a esonerare dai suoi doveri d'ufficio il giudice che faccia valere un'obiezione di coscienza (§ 52).

¹¹⁷ G. LOMBARDI, voce *Fedeltà*, cit., p. 174, seguito da R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica*, cit., p. 154.



funzionario in vista della realizzazione dell'interesse collettivo; tuttavia, all'interno dei confini tracciati alla sua libertà d'azione, egli conserva un margine di apprezzamento circa le modalità con cui appropriarsi di tali valori, integrandoli nel quadro morale personale¹¹⁸.

La tradizione costituzionale italiana non esprime la uguale 'pedagogia dell'unità' della tradizione repubblicana francese: basti pensare all'art. 2, che impegna la Repubblica a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", e mostra di considerare le differenti agenzie di senso e di valore cui il cittadino può riferirsi non già come potenziali fattori di rischio per la coesione del corpo politico- sociale, ma al contrario quali "espressioni privilegiate dello Stato-comunità"¹¹⁹.

Là dove l'ordinamento italiano riflette una posizione più vicina all'omologo francese, è invece nell'ambito della funzione giudiziaria: qui il principio di imparzialità riceve un'interpretazione più simile alla neutralità francese, che impone al giudice di applicare in ogni caso la legge, facendo astrazione delle visioni personali confliggenti eventualmente con la valutazione effettuata dal legislatore. Nella lettura della Corte costituzionale, la coscienza del magistrato occupa lo spazio lasciato dall'ordinamento giuridico all'apprezzamento personale nell'opera di raccordo fra la norma generale e astratta e il caso singolo; risultano così ricomposti, "nella realtà oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare"¹²⁰. Ma, come si è osservato, ciò trova giustificazione nella peculiarità della funzione esercitata dal giudice¹²¹.

¹¹⁸ In questo senso si è espresso recentemente il Comitato Nazionale di Bioetica in un parere che, sebbene riferito alla professione medica, contiene osservazioni valedoli, *mutatis mutandis*, al di fuori dell'ambito sanitario. In particolare, il Comitato osserva che l'*ethos* professionale non è puramente eterodeterminato dalla legge, così riducendo la professione a "mera tecnica spersonalizzante", ma è anche frutto della "autoriflessione personale, di cui l'obiezione di coscienza è espressione diretta" (*Obiezione di coscienza e bioetica*, 30 luglio 2012, pp. 14-15).

¹¹⁹ P.A. BONNET, voce *Pluralismo (dir. eccl.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, XXIII, p. 989. Vedi anche E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. I, p. 50 ss.

¹²⁰ Sent. n. 167 del 1987, cit., pt. 3 del Considerato in diritto

¹²¹ Questa peculiarità sembra peraltro operare indipendentemente dal tipo di funzioni esercitate concretamente dal giudice: così in dottrina si è osservato criticamente che la tutela dei valori costituzionali inerenti alla funzione giudicante verrebbe in gioco solamente "quando vi è una pronuncia di un organo indipendente che, secondo modalità e garanzie indicate dalle norme costituzionali, definisce un giudizio su fatti e persone attraverso l'applicazione del diritto obiettivo", mentre l'attività del giudice tutelare sarebbe di tipo amministrativo (S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza"*, cit., pp. 534-



L'apertura potenziale all'obiezione di coscienza del funzionario è però da ricondursi principalmente alla concezione diversa che l'ordinamento italiano ha di tale diritto rispetto all'ordinamento francese. Nella nota sentenza n. 467 del 1991, proprio la Corte costituzionale ha affermato che "la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda" i diritti inviolabili dell'uomo,

"riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana. Sotto tale profilo, se pure a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)" (§ 4).

Non soltanto, dunque, l'obiezione di coscienza non rappresenta un'eccezione eventualmente tollerata alle regole generali dell'ordinamento, ma "diviene in certo qual modo «regola del gioco» di un sistema" che manifesta un *favor* particolare per la piena esplicazione del patrimonio morale dell'individuo¹²². Ciò significa che il riconoscimento del diritto all'obiezione gode di una presunzione di legittimità costituzionale, ferma restando la necessità di un controllo, esercitato dal legislatore in via preventiva, o dal giudice in via successiva,

535). Analoga critica è stata rivolta dalla dottrina spagnola alla sentenza con cui il *Tribunal Supremo* ha rigettato la richiesta del giudice di astenersi dal compiere le procedure inerenti alla registrazione dei matrimoni omosessuali, in quanto non terrebbe conto del principio, peraltro sancito dal *Tribunal Constitucional*, secondo il quale la sottomissione del giudice alla legge quando non esercita funzioni strettamente giurisdizionali non ha la stessa intensità esigita per la potestà giurisdizionale (R. NAVARRO VALLS, J. MARTINEZ TORRON, *Conflictos entre conciencia y ley*, cit., pp. 483-485).

¹²² P. TOSO, *Dovere di fedeltà*, cit., pp. 436 e 439.



circa l'effettiva compatibilità dei valori da essa promossi e delle modalità del suo esercizio con la tutela degli altri beni e interessi rilevanti costituzionalmente¹²³.

Nella pratica, manca una casistica di rilievo che confermi queste considerazioni di principio. I pochi casi decisi sembrano inquadrare la libertà di coscienza dell'esercente pubbliche funzioni entro maglie piuttosto strette: per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza del giudice, sembra infatti essere determinante il carattere non volontario dell'assunzione delle funzioni esercitate, che giustifica la sostituibilità dell'obietto, e l'assenza di pregiudizio ad altri interessi protetti giuridicamente, come nel caso del giurato. In tutte le ipotesi prese in considerazione, poi, l'ammissibilità della sottrazione del funzionario al proprio dovere d'ufficio è fatta dipendere non tanto dall'esigenza di tutela dell'integrità e della libertà del suo foro interno, quanto dalla coincidenza di tale tutela con quella di un altro valore che l'ordinamento fa inerire alla funzione esercitata (nel caso di specie, l'imparzialità del giudizio)¹²⁴.

¹²³ Nel senso di riconoscere un diritto costituzionalmente garantito all'obiezione di coscienza, pur se soggetto all'intervento ordinatore del legislatore o del giudice, si vedano **R. BERTOLINO**, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 83 ss.; **G. DALLA TORRE**, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Atti del Convegno di Studi di Modena (30 novembre-1 dicembre 1990), a cura di R. Botta, Giuffrè, Milano, 1991, p. 26; **V. TURCHI**, *I nuovi volti di Antigone*, cit., p. 73 ss.

¹²⁴ Quanto all'esercizio della libertà di coscienza nell'adempimento di funzioni pubbliche in dottrina si cita sovente la giurisprudenza relativa a due vicende processuali, concernenti rispettivamente il rifiuto di uno scrutatore e di un giudice di svolgere le proprie funzioni a causa della presenza in loco di un crocefisso (per il caso dello scrutatore, vedi Cass. pen. n. 10 del 10 ottobre 1998 e Cass. pen. n. 4273 del 1 marzo 2000; per il caso del giudice, vedi Cass. pen. n. 28482 del 10 luglio 2009 e Cass. civ. n. 5924 del 14 marzo 2011). Non ho ritenuto di trattarne, in quanto in questi casi non era in questione lo svolgimento di compiti pubblici contrari a determinati convincimenti morali personali, secondo lo schema proprio del fenomeno obiettorio, ma il pregiudizio alla libertà di coscienza derivante dalle circostanze materiali in cui tali compiti erano svolti (la presenza del crocefisso). Tuttavia, come è stato osservato, emerge da tale giurisprudenza il principio, che potrebbe riverberarsi anche su casi di vera e propria obiezione di coscienza all'esercizio di pubbliche funzioni, secondo cui "un conflitto di coscienza, se determinato da un vincolo di causalità immediata fra la prestazione richiesta e il convincimento interiore, può costituire un «giustificato motivo» per il rifiuto di una prestazione per legge dovuta" (**D. PARIS**, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 282-283).



II - L'OBIEZIONE DI COSCIENZA DEL PUBBLICO FUNZIONARIO E IL DIRITTO CANONICO

Se il diritto statale non permette al funzionario di risolvere il proprio conflitto di coscienza nel senso di esimersi dall'osservanza dei doveri d'ufficio, il diritto canonico offre un'alternativa alla sua rinuncia volontaria alla posizione? In altri termini, nell'ipotesi in cui gli imperativi morali del funzionario, che si oppongono all'adempimento degli obblighi giuridici inerenti alla propria funzione, coincidano con altrettanti contenuti normativi dell'ordinamento ecclesiale cui appartiene in qualità di battezzato, può questo ordinamento legittimare un comportamento difforme dal proprio codice deontico?

Si tratta di vedere quali istituti della tradizione canonica sono idonei in principio a realizzare tale risultato, e verificarne poi l'effettiva applicazione a casi concreti di contrasto fra i doveri statutari e la *lex poli* del funzionario.

1 - Pertinenza delle diverse tecniche di flessibilità del diritto ecclesiale

L'ordinamento canonico conosce una pluralità di tecniche rivolte ad adeguare le esigenze generali di giustizia rappresentate dagli istituti e dalle norme giuridiche astratte alla realtà difettiva umana e terrena entro cui queste debbono incarnarsi; senza di che, infatti, non gli sarebbe possibile attuare il fondamentale orientamento alla salvezza delle anime, che lo tipizza¹²⁵.

Qui, in particolare, interessano gli strumenti giuridici mediante i quali non urge per il fedele l'osservanza della norma in sé giusta, nelle circostanze in cui una sua intransigente applicazione tornerebbe a danno spirituale dell'interessato o della comunità. Tali istituti sono riconducibili essenzialmente a tre fattispecie: il grave incomodo, la dissimulazione e la tolleranza.

Il grave incomodo individua una situazione di eccessiva o straordinaria difficoltà a osservare una norma. Il fedele si trova quindi in condizione di (relativa) impossibilità morale a prestarvi obbedienza¹²⁶.

¹²⁵ H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, in *Ius Ecclesiae*, 12(2000), pp. 375-376.

¹²⁶ Più precisamente, il grave incomodo costituirebbe una specie del genere dell'impossibilità morale: così R. COPPOLA, *Considerazioni sul grave incomodo nell'ordinamento canonico*, in AA. VV., *La norma en el derecho canónico. Actas del III Congreso*



Una simile situazione si ritiene prodursi quando l'adempimento dell'obbligo legale comporti un danno pesante e inevitabile¹²⁷, come allorché sia nocivo "sanitati aut fortunae"¹²⁸, o nell'ipotesi in cui collida con un diritto della persona, o con un altro obbligo gravante su di essa¹²⁹. Benché il codice di diritto canonico vi faccia ricorso in ipotesi ben determinate¹³⁰, la dottrina sembra considerare l'istituto alla stregua di un principio generale dell'ordinamento ecclesiale¹³¹. Esso sarebbe quindi applicabile anche al di là dei casi legalmente previsti, ogniqualvolta ne ricorra la *ratio*, ossia la necessità di evitare che la generalità della norma pregiudichi il bene spirituale del fedele, richiedendogli qualcosa che oltrepassa le forze ordinarie¹³²; e purché sussistano i presupposti che integrano i limiti di applicabilità dell'istituto. Tali presupposti sono individuati nel carattere non intrinsecamente cattivo dell'atto di inosservanza della legge, che non deve quindi violare una norma di diritto divino, e nell'assenza di un *damnum animarum* in conseguenza della trasgressione¹³³; nella natura accidentale dell'incomodo, che non deve essere stato inteso dal legislatore come aspetto intrinseco dell'osservanza della prescrizione normativa¹³⁴; e nella proporzionalità della gravità dell'incomodo, determinata in riferimento alle circostanze concrete di luogo e di persone, rispetto alla importanza e alla gravità della legge e dei

Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 de octubre 1976, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, vol. I, p. 729. Per la dottrina classica, cfr. **M. CONTE A CORONATA**, *Institutiones iuris canonici*, Marietti, Romae, 1950, 4^a ed., vol. I, p. 41; **G. MICHIELS**, *Normae generales iuris canonici*, Desclée, Parisiis – Tornaci – Romae, 1949, 2^a ed., vol. I, p. 463; **A. VERMEERSCH, J. CREUSEN**, *Epitome iuris canonici*, Dessain, Mechliniae–Romae, 1929, 4^a ed., vol. I, p. 80. Sul grave incomodo vedi anche **R. NAZ**, voce *Excuse*, in *Dict. dr. can.*, Letouzey et Ané, Paris, 1953, t. V, pp. 627-635.

¹²⁷ **B.F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2014, 2^a ed., p. 181.

¹²⁸ **G. MICHIELS**, *Normae generales*, cit., p. 463.

¹²⁹ **H. PREE**, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 416.

¹³⁰ Cfr. cann. 1065, § 1; 1116, § 1; 1323, n. 4; 1324, § 1, n. 5; 1747, § 2.

¹³¹ Così **R. BACCARI**, *Il potere autodecisionale dei fedeli*, in *Ius populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, a cura di U. Navarrete, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1972, vol. I, p. 455. Cfr. anche **R. COPPOLA**, voce *Grave incómodo*, in *Dic. gen. der. can.*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, vol. IV, pp. 260-261.

¹³² **R. BACCARI**, *Il potere autodecisionale*, cit., pp. 455-456; **R. COPPOLA**, voce *Grave incómodo*, cit., p. 260; **G. MICHIELS**, *Normae generales*, cit., p. 465.

¹³³ Vedi can. 1324, § 1, n. 5. In dottrina, **M. CONTE A CORONATA**, *Institutiones*, cit., p. 41; **G. MICHIELS**, *Normae generales*, cit., pp. 465-466; **B. F. PIGHIN**, *Diritto penale canonico*, cit., pp. 181-182; **H. PREE**, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 415.

¹³⁴ **M. CONTE A CORONATA**, *Institutiones*, cit., p. 41; **H. PREE**, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 416; **A. VERMEERSCH, J. CREUSEN**, *Epitome*, cit., p. 81.



beni da essa tutelati¹³⁵. A queste condizioni, il ricorrere di una situazione di grave incomodo può esplicare effetti tipici: la cessazione dell'obbligazione legale e la scusa, sia dalla colpa morale, che dalla sanzione giuridica¹³⁶. Gli effetti si producono dal momento in cui il destinatario della norma ritiene, in base al proprio prudente giudizio, realizzato il grave incomodo¹³⁷ (ma parte della dottrina auspica che la valutazione del fedele debba trovare conferma in foro esterno da parte del giudice ecclesiastico¹³⁸).

Così delineato, il grave incomodo potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi in cui una speciale onerosità dell'osservanza della norma canonica, che interdica un determinato atto, derivasse dalle conseguenze sanzionatorie cui sarebbe sottoposto il funzionario che rifiutasse di compiere l'atto, cui sarebbe tenuto in virtù del proprio ufficio. In un caso simile si potrebbe infatti riscontrare la concreta eventualità di una situazione di danno serio e inevitabile, che rende l'obbedienza distruttiva, anziché edificativa del bene spirituale del fedele¹³⁹; a condizione, ovviamente, che l'atto in questione non fosse in sé contrario al diritto divino e alla salvezza delle anime, e che l'obbligo normativo non esigesse, per precisa volontà del legislatore o per la priorità dei valori da esso perseguiti, un adempimento puntuale, per quanto gravoso¹⁴⁰. Tuttavia, il fatto che l'effettiva esistenza di un grave incomodo, legittimante la disobbedienza della norma canonica, sia accertata dall'autorità ecclesiastica soltanto *a posteriori*, solleva un indubbio problema di certezza quanto alla situazione morale e giuridica del fedele, che ne rende

¹³⁵ M. CONTE A CORONATA, *Institutiones*, cit., p. 41; G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 465; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 416; A. VERMEERSCH, J. CREUSEN, *Epitome*, cit., p. 81.

¹³⁶ R. COPPOLA, voce *Grave incómodo*, cit., p. 260; G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 464; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 416.

¹³⁷ R. COPPOLA, *Considerazioni sul grave incomodo*, cit., p. 717; G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., vol. II, p. 680; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 416.

¹³⁸ R. COPPOLA, *Considerazioni sul grave incomodo*, cit., pp. 723-724; R. NAZ, voce *Excuse*, cit., p. 628.

¹³⁹ Cfr. per questa formula G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., vol. I, p. 465.

¹⁴⁰ Una situazione simile a quella in cui potrebbe trovarsi il funzionario viene descritta da B.F. PIGHIN come ipotesi di grave incomodo ex can. 1324, § 1, n. 5: "se un professionista, alle dipendenze di un'azienda, sa che la rivelazione pubblica della propria fede cristiana sarebbe assunta dal datore di lavoro come causa di licenziamento, egli non è tenuto a palesare la propria appartenenza religiosa, purché ciò non si trasformi in un'apostasia" (*Diritto penale canonico*, cit., p. 181).



l'invocazione non risolutiva per il caso del conflitto di coscienza del funzionario¹⁴¹.

Il problema si ripropone in relazione all'istituto della *dissimulatio*, il quale consiste in una attitudine dell'autorità ecclesiale, che simula l'ignoranza di un determinato comportamento antiggiuridico, e intenzionalmente omette la sanzione¹⁴². Come è per il grave incomodo, il ricorso alla dissimulazione si fonda sulla considerazione delle conseguenze negative che discenderebbero dall'urgenza della legge in circostanze concrete determinate: più precisamente, sulla constatazione che in esse l'osservanza stretta del diritto, con la correlativa repressione della violazione, sarebbe produttiva di un male maggiore di quello consistente nella permanenza della situazione antiggiuridica¹⁴³. Ne è il

¹⁴¹ Il problema della certezza giuridica e morale potrebbe teoricamente essere risolto tramite la richiesta preventiva di una dispensa all'autorità ecclesiastica. In effetti, la dottrina sembra ritenere che l'unica differenza fra le cause che scusano dall'osservanza della legge e la dispensa stia nell'intervento dell'autorità ecclesiastica, che si rende necessario in quest'ultimo caso per realizzare la *relaxatio legis* (M. CONTE A CORONATA, *Institutiones*, cit., p. 116; G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., vol. II, p. 680; A. VAN HOVE, *Commentarium lovaniense in codicem iuris canonici*, Dessain, Mechliniae-Romae, 1939, vol. I, t. V, p. 314, il quale però aggiunge che "maior causa requiritur ad excusationem quam ad dispensationem"; A. VERMEERSCH, J. CREUSEN, *Epitome*, cit., p. 126); perciò la notevole gravosità della legge potrebbe essere assunta quale causa giusta e ragionevole di dispensa (E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 211). Mi pare però di intravedere almeno due ordini di ragioni che dissuadono dall'impiego della dispensa nei casi di conflitto di coscienza del funzionario: in primo luogo, risulta particolarmente oneroso dover ricorrere all'autorità ecclesiastica in ciascun caso, considerata anche l'incertezza quanto all'ottenimento del provvedimento, dal momento che esso non costituisce di norma un diritto del fedele, ma dipende dalla valutazione discrezionale dell'autorità. In secondo luogo, come si vedrà, non sempre in questi casi la concessione della dispensa è possibile, anche in presenza di un grave incomodo, vuoi perché la norma violata definisce un elemento costitutivo di un istituto giuridico, vuoi perché la condotta del funzionario non si rivolge direttamente contro una norma individuata, ma favorisce piuttosto la violazione, da parte di altri, di un valore normativo dell'ordinamento ecclesiale.

¹⁴² G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 66; cfr. anche P.G. CARON, voce *Tolleranza e dissimulazione (diritto canonico)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1992, vol. XLIV, p. 716; E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 269; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 413; M.J. ROCA, voce *Disimulación*, in *Dic. gen. der. can.*, cit., vol. III, p. 379. Nella dottrina classica, vedi C. LEFEBVRE, voce *Dissimulation*, in *Dict. dr. can.*, Letouzey et Ané, Paris, 1949, vol. IV, p. 1296; G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., vol. II, p. 680; A. VAN HOVE, *Commentarium lovaniense*, cit., p. 313; A. VERMEERSCH, J. CREUSEN, *Epitome*, cit., p. 126.

¹⁴³ E. DIENI, *Finzioni canoniche*, cit., p. 271.



presupposto che la rigorosa applicazione della disciplina ecclesiastica non possa mai esigersi al prezzo della compromissione di un valore più alto riconosciuto dall'ordinamento della Chiesa¹⁴⁴: quali possono essere la quiete spirituale dei diretti interessati o della comunità ecclesiale cui appartengono, la cura pastorale dei peccatori o l'autotutela dell'autorità ecclesiastica¹⁴⁵. A differenza del grave incomodo, però, la dissimulazione non sospende l'obbligo normativo, né in sé né per il caso concreto: il comportamento del destinatario rimane antiggiuridico, così come permane la colpa morale¹⁴⁶; semplicemente, la sanzione prevista dal diritto non viene irrogata, intenzionalmente¹⁴⁷.

Appare dunque evidente che l'istituto della *dissimulatio* non è di utilità per la risoluzione del conflitto di coscienza del funzionario, dal momento che esso consiste nel silenzio o nell'inerzia del superiore. Questa assenza di reazione, anche se è qualificata da una *intentio* precisa, non è, di conseguenza, percepibile dal fedele interessato se non retrospettivamente: allorché, cessando le ragioni che avevano giustificato l'attitudine dissimulativa dell'autorità, anche la *dissimulatio* viene meno, e l'obbedienza alla norma torna a essere esigita integralmente e sanzionata¹⁴⁸. Il fedele non potrà pertanto valersi di tale silenzio come criterio orientativo della propria condotta. Inoltre, poiché in ogni caso la dissimulazione non scusa dal peccato, il fedele rimane pienamente vincolato all'imperativo etico dal quale origina il conflitto di coscienza.

Miglior fortuna si incontra con l'istituto della *tolerantia*. Benché condivida con la dissimulazione la ragion d'essere – evitare che la

¹⁴⁴ G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 19.

¹⁴⁵ Per un'esemplificazione di queste situazioni cfr. P.G. CARON, voce *Tolleranza e dissimulazione*, cit., pp. 716-717; C. LEFEBVRE, voce *Dissimulation*, cit., p. 1298 ss.; G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 66 ss. Per la verità, gli esempi storici di dissimulazione non sembrano offrire punti di contatto specifici con la situazione del soggetto che si trovi in gravi difficoltà a osservare la norma canonica perché astretto da una norma secolare di senso contrario, la cui violazione importerebbe conseguenze particolarmente serie. Poiché però le fattispecie alle quali in passato si è applicata la dissimulazione non possono considerarsi tassative, data anche l'assenza di una precisa regolamentazione di diritto positivo dell'istituto, si può ritenere che sia ammissibile ricorrervi solo che ne ricorra la *ratio ad maiora mala vitanda*.

¹⁴⁶ G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 66 ss.; C. LEFEBVRE, voce *Dissimulation*, cit., p. 1306; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 413; M. J. ROCA, voce *Disimulación*, cit., p. 380.

¹⁴⁷ M. CONTE A CORONATA, *Institutiones*, cit., p. 117; G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., vol. II, p. 680; A. VAN HOVE, *Commentarium lovaniense*, cit., pp. 313-314; A. VERMEERSCH, J. CREUSEN, *Epitome*, cit., p. 126.

¹⁴⁸ E. DIENI, *Finzioni canoniche*, cit., pp. 272-273.



repressione di un comportamento difforme dalla disciplina ecclesiastica si riveli, in relazione ai valori fondamentali perseguiti dall'ordinamento, più nociva della sua violazione – se ne distingue in diversi punti, di rilevanza particolare per la questione che interessa qui. Essa non consiste in un atteggiamento negativo, di non reazione dell'autorità ecclesiastica, bensì in un atto positivo del superiore, che dichiara *tolerari posse* un'infrazione della legge ecclesiale, *ad vitandum maius malum aut iacturam maioris boni*¹⁴⁹. La dichiarazione di tolleranza implica l'attribuzione al destinatario del diritto a tenere un comportamento alternativo all'ideale descritto nella norma violata, in circostanze nelle quali pretendere la conformità all'*optimum* rappresentato dall'osservanza della norma sarebbe causa di un sacrificio eccessivo di altri beni egualmente apprezzabili¹⁵⁰. A differenza della dissimulazione, quindi, il provvedimento di tolleranza "*excusat a peccato*, assicura ai fedeli l'immunità nel foro interno e nel foro esterno, e (...) attribuisce al comportamento tollerato piena efficacia nell'ambito dell'ordinamento della Chiesa"¹⁵¹. L'effetto legittimante si rende possibile nella misura in cui il comportamento oggetto della *lex tolerans*, pur dissonante dalla disciplina ecclesiale, non è così gravemente incompatibile con questo ordine da esigerne a ogni costo l'espunzione¹⁵²: condizione imprescindibile per l'applicazione della tolleranza è dunque la non diretta contrarietà del comportamento tollerato alle direttive assiologiche inviolabili individuate dalle norme di diritto divino¹⁵³.

Mentre la dissimulazione tende a rivolgersi a singoli casi concreti, la tolleranza per definizione riguarda poi classi di comportamento, che regola in via generale e astratta¹⁵⁴; proprio nella generalizzazione della prassi contraria al diritto ecclesiale, e delle circostanze che ne impediscono o ne sconsigliano la repressione, essa trova anzi la *ratio* applicativa rispetto ad altre forme di *relaxatio legis*, come la dispensa, pensate per situazioni

¹⁴⁹ A. VAN HOVE, *Commentarium lovaniense*, cit., p. 313; cfr. anche G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., vol. I, p. 307; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 410.

¹⁵⁰ G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 159 ss, spec. pp. 161-162. Cfr. anche P.G. CARON, voce *Tolleranza e dissimulazione*, cit., p. 717; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 411. Nella dottrina classica, vedi A. VAN HOVE, *Commentarium lovaniense*, cit., p. 313, ripreso da G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., vol. II, p. 681.

¹⁵¹ P.G. CARON, voce *Tolleranza e dissimulazione*, cit., p. 717, che riprende G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 171.

¹⁵² G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 189.

¹⁵³ H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione*, cit., p. 411; cfr. anche M.J. ROCA, voce *Tolerancia*, in *Dic. gen. der. can.*, cit., vol. VII, p. 609.

¹⁵⁴ Cfr. G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 170.



circoscritte puntualmente. Il comportamento tollerato potrà così coincidere con una consuetudine *contra legem* radicata secolarmente nella comunità ecclesiale di riferimento (can. 5 c.i.c.), o con un obbligo normativo di fonte statale non consono al diritto canonico¹⁵⁵.

Le caratteristiche della *tolerantia* rispetto agli altri casi esaminati testé, di attenuazione del *rigor iuris*, mi paiono renderla particolarmente adatta a risolvere situazioni di conflitto di coscienza in cui venga a trovarsi il fedele che ricopre funzioni pubbliche. La struttura dell'istituto corrisponde idealmente alle ipotesi di grave incomodo nell'osservanza di una norma canonica, originate dall'opposizione con un obbligo di altra fonte normativa gravante parimenti sul soggetto. Come si è scritto, la tolleranza

“non vale ad eliminare la disarmonia, la contraddizione di principio fra i comportamenti tollerati e le esigenze e i fini dell'ordinamento, quali si rispecchiano nelle norme integrative della regolare disciplina ecclesiastica, integrative dell'*optimum* rispetto al conseguimento dei fini della Chiesa. A queste norme, costituenti la genuina sostanza dell'ordinamento, la *lex tolerans* si giustappone, e ne viene ad infirmare – troppo costando altrimenti il ristabilimento della rigorosa disciplina – l'efficacia cogente. L'eroismo è cosa di eccezione, e la Chiesa non l'esige che in casi di eccezione, poiché sa che *qui multum emungit elicit sanguinem*. Essa pone dunque al fedele l'alternativa dell'osservanza di due diverse norme, delle quali l'una rappresenta l'*optimum*, l'altra il tollerato, l'estremo limite delle possibili concessioni”¹⁵⁶.

Il fedele è dunque libero di conformarsi all'obbligo contenuto nella norma statale, se si trova nell'impossibilità morale di fare altrimenti – perché ad esempio perderebbe la fonte di sostentamento – senza peraltro essere scoraggiato – anzi, essendo esortato in questo senso – a seguire l'ideale proposto dalla norma canonica.

Inoltre, poiché la tolleranza costituisce un provvedimento pubblico ed esplicito dell'autorità ecclesiastica, mediante il quale si stabilisce una regola di condotta valevole per tutti i casi che integrano o integreranno in avvenire la descrizione della fattispecie da esso prevista, nella sua presenza il fedele può sapere con sicurezza, senza bisogno di richiedere caso per caso l'approvazione del superiore, che quando sussistono le

¹⁵⁵ G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 171.

¹⁵⁶ G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 191.



circostanze contemplate nella *lex tolerans* l'adozione del comportamento tollerato sarà lecita, giuridicamente e moralmente.

Queste considerazioni di principio sono confortate dalla considerazione delle contingenze storiche nelle quali si colloca la genesi dell'istituto. In effetti, la tolleranza si è affermata come mezzo idoneo peculiarmente a far fronte alle molteplici interferenze degli ordinamenti laici negli ambiti che erano tradizionalmente di competenza della giurisdizione della Chiesa¹⁵⁷, e ai conflitti di obbedienza che ne nascevano per i fedeli chiamati ad applicare norme civili contrarie ai canoni ecclesiali. Emblematico a questo proposito è il caso dei magistrati cattolici, tenuti dal loro ufficio a emettere le pronunce di divorzio, conformemente alle leggi del 27 luglio 1884 e del 18 aprile 1886 che lo introducevano definitivamente nell'ordinamento francese: proprio per evitare il turbamento della coscienza dei giudici, senza richiedere loro l'eroismo di abbandonare il posto, cosa che non avrebbe giovato neppure all'interesse generale della Chiesa di avere fedeli coscienti a svolgere uffici pubblici, il 25 giugno 1885 il Sant'Uffizio decise *tolerari posse* che il giudice cattolico pronunciasse il divorzio

*"dummodo catholicam doctrinam de matrimonio deque causis matrimonialibus ad solos iudices ecclesiasticos pertinentibus palam profiteantur, et dummodo ita animo comparati sint tum circa valorem et nullitatem coniugii, tum circa separationem corporum de quibus causis iudicare coguntur, ut numquam proferant sententiam neque ad proferendam defendant vel ad eam provocent vel excitent divino aut ecclesiastico iuri repugnantem, et in casibus dubiis vel difficilioribus suum Ordinarium adeat, eius iudicio se dirigat, et quatenus opus sit, per eius medium ad Apostolicam Poenitentiam recurrat"*¹⁵⁸.

¹⁵⁷ G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 158.

¹⁵⁸ *Codex Iuris Canonici Fontes*, a cura di P. Gasparri, Typis polyglottis Vaticanis, Città del Vaticano, 1951, IV, n.1093. La vicenda è riportata in G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., pp. 185-186. Il provvedimento ha trovato conferma nel più recente magistero di GIOVANNI PAOLO II: nel *Discorso ai prelati uditori, ufficiali e avvocati del Tribunale della Rota Romana*, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, del 28 gennaio 2002, il papa ha affermato che *"gli operatori del diritto in campo civile devono evitare di essere personalmente coinvolti in quanto possa implicare una cooperazione al divorzio. Per i giudici ciò può risultare difficile, poiché gli ordinamenti non riconoscono un'obiezione di coscienza per esimerli dal sentenziare. Per gravi e proporzionati motivi essi possono pertanto agire secondo i principi tradizionali della cooperazione materiale al male. Ma anch'essi devono trovare mezzi efficaci per favorire le unioni matrimoniali, soprattutto mediante un'opera di conciliazione saggiamente condotta"* (§ 9).



Rimane a questo punto da vedere *funditus* se i principi in materia di tolleranza possano trovare attuazione nelle ipotesi odierne di conflitto di coscienza del funzionario cattolico.

2 - Per una applicabilità concreta della tolleranza alle ipotesi di conflitto di coscienza del funzionario

Occorre distinguere fra le ipotesi di conflitto inerenti al riconoscimento delle unioni omosessuali e quelle connesse alle procedure di interruzione della gravidanza.

Per quanto riguarda il primo gruppo di casi, non v'è dubbio che la legittimazione giuridica delle relazioni omosessuali, specialmente allorché assuma la forma di una vera e propria equiparazione al matrimonio eterosessuale, sia profondamente contraria alla dottrina cattolica. Essa si pone infatti in aperta contraddizione con l'insegnamento costante della Chiesa circa la natura e le caratteristiche essenziali del matrimonio, individuato nella donazione personale, complementare e feconda, dell'uomo e della donna¹⁵⁹. Il valore normativo di tale insegnamento risulta manifestamente dalla definizione codicistica del matrimonio, descritto come il patto "con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole" (can. 1055 § 1). La contrarietà all'ordinamento ecclesiale di un'unione omosessuale è confermata indirettamente dalla disciplina delle nullità matrimoniali: si pensi alla necessità, voluta dal can. 1096 § 1 per la manifestazione di un valido consenso matrimoniale, che "i contraenti almeno non ignorino che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale".

Il funzionario che prende parte al procedimento costitutivo di tali unioni agisce, al pari delle parti contraenti, in opposizione ai principi etico-giuridici che informano l'ordinamento della Chiesa? Il riferimento va alla dottrina teologica tradizionale della cooperazione materiale al male¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni fra persone omosessuali*, 3 giugno 2003, § 2; ID., *Lettera ai vescovi della Chiesa cattolica sulla cura pastorale delle persone omosessuali*, 1 ottobre 1986, § 7. In dottrina, vedi G. DALLA TORRE, voce *Homosexualidad*, in *Dic. gen. der. can.*, cit., vol. IV, p. 344.

¹⁶⁰ Non a caso il sopracitato *Discorso* di Giovanni Paolo II evoca, proprio in tema di divorzio, "i principi tradizionali della cooperazione materiale al male". Poiché il sommo



Questa, che si caratterizza per la dissociazione del cooperatore dall'intenzione negativa dell'agente principale¹⁶¹, può essere lecita se si concorrono le condizioni seguenti: l'atto cooperativo non deve essere intrinsecamente cattivo, cioè strutturalmente in contrasto con la dignità personale dell'uomo, ma almeno moralmente indifferente¹⁶²; esso non deve porsi in relazione così stretta con l'azione principale, da formare un'unità indissolubile con quest'ultima, o comunque da risultare assolutamente indispensabile e determinante ai fini della sua realizzazione¹⁶³; devono ravvisarsi ragioni proporzionatamente gravi per porre in essere la cooperazione, quali potrebbero individuarsi in una situazione di grave incomodo a sottrarvisi¹⁶⁴; infine, la cooperazione così apportata all'atto immorale non deve fornire occasione di scandalo, ossia non deve apparire come un'approvazione del male commesso dall'agente principale¹⁶⁵.

magistero gerarchico continua ad adoperare tale categoria concettuale, farò riferimento a essa, sebbene l'odierna teologia morale tenda a considerare superata questa impostazione del problema. Per una riflessione sulla modernizzazione delle distinzioni classiche circa la cooperazione al male, si veda **L. MELINA**, *La cooperazione con azioni moralmente cattive contro la vita umana*, in *Commento interdisciplinare alla "Evangelium vitae"*, a cura di E. Sgreccia, R. Lucas Lucas, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, pp. 476-478; cfr. anche **K. DEMMER**, *Fondamenti di etica teologica*, Cittadella Editrice, Assisi, 2004, spec. pp. 352-386.

¹⁶¹ Sulla distinzione fra cooperazione formale e cooperazione materiale vedi **E. DUBLANCHY**, voce *Coopération*, in *Dict. théol. cath.*, Letouzey et Ané, Paris, 1911, vol. III, p. 1763; **E. SGRECCIA**, *Manuale di bioetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, 4ª ed., vol. I, p. 453; **V. MELE, A.R. MORGANI**, *L'obiezione di coscienza sanitaria in generale*, in *Bioetica. Manuale per i diplomi universitari della sanità*, a cura di E. Sgreccia, Vita e Pensiero, Milano, 1999, pp. 246-247; **L. MELINA**, *La cooperazione*, cit., pp. 473-474; **P. PALAZZINI**, voce *Cooperazione*, in *Enc. catt.*, Sansoni, Firenze, 1950, vol. IV, p. 497; **D. TETTAMANZI**, voce *Cooperazione*, in *Nuovo dizionario di bioetica*, Città Nuova, Roma, 2004, p. 240.

¹⁶² **D. TETTAMANZI**, voce *Cooperazione*, cit., p. 240. Cfr. anche **E. DUBLANCHY**, voce *Coopération*, cit., p. 1765; **P. PALAZZINI**, voce *Cooperazione*, cit., p. 497.

¹⁶³ **E. DUBLANCHY**, voce *Coopération*, cit., p. 1763; **E. SGRECCIA**, *Manuale di bioetica*, cit., p. 453; **V. MELE, A.R. MORGANI**, *L'obiezione di coscienza sanitaria*, cit., pp. 247-248; **L. MELINA**, *La cooperazione*, cit., pp. 474-475 e 478; **P. PALAZZINI**, voce *Cooperazione*, cit., p. 497; **D. TETTAMANZI**, voce *Cooperazione*, cit., p. 240.

¹⁶⁴ **E. DUBLANCHY**, voce *Coopération*, cit., p. 1765; **V. MELE, A.R. MORGANI**, *L'obiezione di coscienza sanitaria*, cit., p. 248; **L. MELINA**, *La cooperazione*, cit., p. 475; **P. PALAZZINI**, voce *Cooperazione*, cit., p. 497; **D. TETTAMANZI**, voce *Cooperazione*, cit., p. 240. L'esempio che viene classicamente riportato è appunto quello della perdita della propria fonte di sostentamento.

¹⁶⁵ **E. DUBLANCHY**, voce *Coopération*, cit., p. 1766; **V. MELE, A.R. MORGANI**, *L'obiezione di coscienza sanitaria*, cit., pp. 248-249; **L. MELINA**, *La cooperazione*, cit., p. 475.



Si deve dunque ritenere che, al di fuori delle ipotesi in cui il ricorrere di tali presupposti rende la cooperazione materiale moralmente ammissibile, il funzionario che partecipi alla costituzione di un'unione omosessuale violi un obbligo preciso, morale e canonico. Può tale condotta essere oggetto, almeno in determinate circostanze, di un provvedimento di tolleranza?

Una risposta *prima facie* positiva si ricaverebbe dal precedente storico della dichiarazione di tolleranza della pronuncia di sentenze di divorzio da parte dei giudici cattolici. Anche in questo caso, infatti, si dava l'ipotesi di un pubblico funzionario costretto ad avallare una situazione contraria al modello canonico di matrimonio: nella fattispecie, alla proprietà, considerata di diritto divino naturale, dell'indissolubilità. La portata del provvedimento era, è vero, circoscritta: la formula testuale ne assoggettava infatti l'operatività alla condizione che il giudice, avendo apprezzato il valore e la nullità del matrimonio, e le ragioni della separazione, non emettesse una sentenza contrastante con il diritto divino o ecclesiastico. Ciò farebbe pensare che la pronuncia del divorzio fosse tollerata solo ove corrispondesse a una delle cause di nullità, scioglimento o separazione del vincolo matrimoniale contemplate dal diritto canonico. Se si interpreta il provvedimento in questione in tal senso, questo non può essere invocato utilmente a sostegno dell'applicazione di un'analogia *lex tolerans* nel caso della costituzione di unioni omosessuali: mentre infatti possono darsi ipotesi di divorzio non incompatibili con la legge divina o ecclesiastica – quelle, appunto, in cui è ravvisabile una causa canonica di nullità, scioglimento o separazione del coniugio – il matrimonio fra persone dello stesso sesso è per definizione sempre contrario al diritto divino. Le più recenti indicazioni del magistero, però, non si esprimono più in termini così restrittivi, ma rinviano, appunto, ai summenzionati criteri in materia di cooperazione materiale al male¹⁶⁶.

Ciò induce a ritenere che anche la cooperazione materiale del pubblico funzionario alla formazione di un'unione omosessuale, ove non riunisca già in sé i caratteri che la rendono lecita, potrebbe essere fatta oggetto di *tolerantia*, se l'autorità ecclesiastica ritenesse, in tal modo, di poter meglio salvaguardare, oltre al bene del sostentamento materiale del singolo fedele, il bene sociale della presenza cristiana all'interno delle istituzioni pubbliche. In tal senso sembra muoversi il documento *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni fra persone*

¹⁶⁶ Cfr. il citato *Discorso* di Giovanni Paolo II alla Rota Romana, § 9.



omosessuali pubblicato nel 2003 dalla Congregazione per la Dottrina della Fede, che al par. 5 enuncia:

“In presenza del riconoscimento legale delle unioni omosessuali, oppure dell'equiparazione legale delle medesime al matrimonio con accesso ai diritti che sono propri di quest'ultimo, è doveroso opporsi in forma chiara e incisiva. Ci si deve astenere da qualsiasi tipo di cooperazione formale alla promulgazione o all'applicazione di leggi così gravemente ingiuste nonché, per quanto è possibile, dalla cooperazione materiale sul piano applicativo”¹⁶⁷.

La formulazione impiegata per descrivere i limiti di legittimità della cooperazione a questo tipo di unioni parrebbe rivestire i tratti di un provvedimento di tolleranza.

Nell'ambito di applicazione del provvedimento rientra sicuramente la forma di cooperazione consistente nella semplice annotazione dell'avvenuta costituzione dell'unione omosessuale, effettuata dall'ufficiale sui registri dello stato civile. Dal punto di vista della struttura intrinseca, si tratta infatti di un atto eticamente neutro: non costituisce l'unione, la quale si è formata anteriormente mediante la dichiarazione di volontà delle parti, ma esprime semplicemente il riconoscimento da parte dell'ordinamento civile dei corrispondenti effetti giuridici. Esso rimane quindi separabile, e in qualche misura secondario, rispetto alla genesi dell'unione; lo dimostra la constatazione che, mentre ove manchi lo scambio del consenso delle parti, manifestato nelle forme di legge, non vi può essere il riconoscimento legale dell'unione matrimoniale¹⁶⁸, nel caso in cui manchi la registrazione, gli ordinamenti possono ammettere, in via eccezionale, il valore giuridico del vincolo coniugale¹⁶⁹. In questo caso, a rigore, non dovrebbe neppure esservi bisogno di appellarsi al provvedimento di tolleranza, dal momento che questo tipo di

¹⁶⁷ Sottolineatura mia.

¹⁶⁸ L'art. 146 del codice civile francese recita: “il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement”. Nel codice civile italiano manca una formula analoga, ma il medesimo principio è deducibile dalla forma di celebrazione (art. 107) e dalle norme sulle nullità matrimoniali (vedi ad esempio art. 120).

¹⁶⁹ Così l'art. 132 del codice civile italiano prescrive che “quando per dolo o per colpa del pubblico ufficiale o per un caso di forza maggiore l'atto di matrimonio non è stato inserito nei registri a ciò destinati, la prova della esistenza del matrimonio è ammessa, sempre che risulti in modo non dubbio un conforme possesso di stato” (c. 2). L'art. 46 del codice civile francese limita tale possibilità al caso in cui i registri non esistano o siano andati perduti.



partecipazione pare già presentare gli elementi caratterizzanti di una cooperazione moralmente lecita¹⁷⁰.

Diversa è la situazione in cui il funzionario non si limiti a registrare la volontà matrimoniale delle parti, ma partecipi attivamente alla sua formazione, ricevendone contestualmente la dichiarazione e sancendo l'avvenuta unione¹⁷¹. In questo caso, infatti, non vi è soluzione di continuità fra l'azione cooperativa e quella principale posta in essere dalle parti. Va notato, però, che il documento della Congregazione per la Dottrina della Fede citato non distingue, quanto alla loro maggiore o minore liceità, fra le varie forme di cooperazione materiale all'esecuzione delle leggi che legittimano le unioni fra persone dello stesso sesso, e applica a tutte la medesima regola dell'obbligo di astensione nella misura del possibile. Inoltre, se "la cooperazione immediata si identifica con quella formale ed è pertanto sempre illecita (...) può darsi una cooperazione immediata non formale quando si è di fronte a una costrizione"¹⁷², come avviene nell'ipotesi della minaccia di un male oggettivamente grave quale conseguenza del rifiuto della cooperazione¹⁷³. La presenza di una simile minaccia potrebbe assumersi a condizione necessaria di operatività della tolleranza rispetto a questo tipo di più stretta cooperazione all'atto immorale¹⁷⁴.

In ogni caso, la *lex tolerans* interverrà soltanto in subordine al tentativo previo di far valere il proprio diritto all'obiezione di coscienza, come si ricava dal paragrafo summenzionato del documento della Congregazione per la Dottrina della Fede, che si conclude appunto con l'affermazione: "In questa materia ognuno può rivendicare il diritto all'obiezione di coscienza".

¹⁷⁰ Ma il ricorso alla tolleranza potrebbe avere senso in ipotesi di dubbio circa il carattere grave e proporzionato delle ragioni addotte per la mancata astensione, o in caso di pubblicità della condotta, con conseguente maggior rischio di scandalo.

¹⁷¹ Cfr. artt. 107, c. 1 c.c. it. e 75, c. 6 c.c. fr.

¹⁷² L. MELINA, *La cooperazione*, cit., p. 478.

¹⁷³ Si ricordi, a questo proposito, la punibilità a titolo di illecito penale prevista dall'ordinamento francese per il comportamento dell'ufficiale di stato civile che rifiuti di celebrare il matrimonio fra persone dello stesso sesso in ragione del loro orientamento sessuale.

¹⁷⁴ Altri criteri potrebbero essere: l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà di delegare la celebrazione del matrimonio ad altro soggetto; il carattere professionale o al contrario onorario della posizione rivestita (nel primo caso la spoliamento della funzione implica la perdita della propria fonte di reddito, nel secondo caso generalmente no); l'assenza dello scandalo che potrebbe derivare, ad esempio, dalla pubblicità data all'acquiescenza di un funzionario che fosse esponente di una formazione politica di nota ispirazione cattolica, o che ricoprisse ruoli rappresentativi in istituzioni o associazioni cattoliche.



Più delicato è il caso in cui la cooperazione si attui sul piano dei rapporti familiari nascenti da tali unioni, quando consista nell'assunzione di decisioni di affidamento o adozione di bambini a coppie omosessuali. La contrarietà all'etica cattolica di questo genere di provvedimenti discende dalla totale difformità delle unioni omosessuali, che ne stanno alla base, rispetto al paradigma coniugale assunto dalla dottrina della Chiesa, e trova conferma normativa nel combinato disposto dei cann. 22 e 110 c.i.c., dai quali si desume che tali provvedimenti non possono trovare alcun riconoscimento nell'ordinamento canonico¹⁷⁵. La condotta del funzionario fedele, che disponga un affidamento o un'adozione in favore di una coppia omosessuale, sembra debba rimanere tendenzialmente esclusa dalla tolleranza: da un lato, infatti, la decisione torna a grave danno di un terzo incolpevole (il bambino), e si pone in contrasto con i doveri di carità che incombono su ciascun battezzato¹⁷⁶; dall'altro, risulta meno agevole la dimostrazione dell'esistenza delle ragioni gravi e proporzionate che giustifichino la cooperazione, dal momento che in simili occasioni il funzionario di norma non è obbligato a decidere nel senso dell'affidamento o dell'adozione, ma conserva qualche discrezionalità di giudizio. Non si può però del tutto escludere la ricorrenza di situazioni estreme, in cui la decisione del funzionario sia talmente vincolata, e le conseguenze di un suo rifiuto a procedere talmente rilevanti, che egli non possa davvero agire diversamente, se non rinunciando alla propria posizione professionale¹⁷⁷; anche in questo caso, però, la priorità del bene dell'innocente impedisce di estendervi la *ratio* di un provvedimento di *tolerantia*.

Altrettanto dubbia appare l'ipotesi dell'applicazione della tolleranza al giudice chiamato ad autorizzare l'aborto della minorenni. Vi osta anzitutto il disvalore estremo che l'ordinamento ecclesiale assegna all'atto, come testimonia il can. 1398 c.i.c., che sancisce la pena della scomunica *latae sententiae* per chi procura l'aborto ottenendone l'effetto. Correlativamente, il magistero gerarchico supremo ha ribadito che nel

¹⁷⁵ G. DALLA TORRE, voce *Homosexualidad*, cit., p. 343.

¹⁷⁶ Cfr. K. DEMMER, *Fondamenti*, cit., pp. 381-382. Sul valore propriamente giuridico, e non solo morale, dell'*ordo caritatis*, si vedano le insuperabili riflessioni di S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991, *passim*.

¹⁷⁷ Ad esempio, se non potesse addurre altro argomento, per rifiutare l'affidamento o l'adozione, dell'orientamento sessuale della coppia, e tale argomento fosse considerato dall'ordinamento di appartenenza come equivalente a un atto discriminatorio, penalmente sanzionato. Tale non era invece il caso, più sopra esaminato, del giudice McClintock.



caso “di una legge intrinsecamente ingiusta, come è quella che ammette l’aborto (...) non è mai lecito conformarsi ad essa (...)”, e in simili circostanze l’obiezione di coscienza si trasforma da diritto a “grave e preciso obbligo”¹⁷⁸. Dal punto di vista del grado di connessione dell’intervento del giudice con l’atto riprovato, poi, è vero che il suo contributo è scindibile dall’evento abortivo, nella misura in cui autorizza la minorenni a decidere autonomamente dell’interruzione di gravidanza, senza che ciò pregiudichi la possibilità di una revoca successiva della decisione; sicché egli non figura tra i complici necessari del delitto di procurato aborto, soggetti alla medesima sanzione giuridica dell’autore principale¹⁷⁹, né la sua azione sembra qualificarsi “come partecipazione diretta ad un atto contro la vita umana innocente o come condivisione dell’intenzione immorale dell’agente principale”, integrative di un’ipotesi di cooperazione formale¹⁸⁰. Ciononostante, è innegabile che, senza il suo specifico contributo, l’iter procedurale finalizzato all’aborto della minorenni risulterebbe interrotto; del resto, il fine del meccanismo autorizzativo predisposto dall’art. 12 della l. 194 del 1978 è proprio quello di consentire, mediante l’intervento del giudice, l’accesso all’aborto alla minorenni, che altrimenti ne sarebbe impedita dalla mancanza dell’assenso degli esercenti la potestà o la tutela su di lei. Alla luce di queste considerazioni, pare difficilmente ammissibile che il coinvolgimento del giudice nella procedura autorizzativa dell’interruzione di gravidanza possa essere oggetto di un provvedimento dell’autorità ecclesiastica, positivo e generale, volto ad attribuirvi qualche legittimità, per quanto marginale¹⁸¹;

¹⁷⁸ GIOVANNI PAOLO II, Lettera enciclica *Evangelium Vitae*, 25 marzo 1995, § 73. Cfr. anche CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull’aborto procurato*, 18 novembre 1974, § 22.

¹⁷⁹ B.F. PIGHIN individua i complici necessari all’aborto in coloro che cooperano all’azione chirurgica, venendone così escluso il giudice tutelare. Resta ferma, ovviamente, la grave responsabilità morale di qualsiasi complice nel delitto, anche accessorio e remoto (*Diritto penale canonico*, cit., p. 538). In senso analogo sembra orientarsi anche J.-L. MARCHAL (*Complicité et droit pénal canonique: quelques questions d’actualité*, in *L’année canonique*, 53(2011), p. 172 ss.), il quale precisa inoltre la non punibilità di coloro che, senza approvare o incoraggiare la scelta abortiva, compiono atti necessari alla continuazione delle procedure legali di interruzione volontaria della gravidanza (p. 181).

¹⁸⁰ *Evangelium vitae*, § 74. Il paragrafo fa poi riferimento alla partecipazione di medici, operatori sanitari e responsabili di istituzioni ospedaliere, cliniche e case di cura alla fase consultiva, preparatoria ed esecutiva di atti contro la vita, mentre non menziona l’eventuale ruolo degli operatori giuridici. Sembra considerare l’intervento del giudice tutelare alla stregua di una cooperazione materiale indiretta, lecita in presenza di motivi proporzionati, E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, cit., p. 590.

¹⁸¹ Cfr. G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., p. 190.



rischierebbe di uscirne offuscato il rigore dell'insegnamento morale della chiesa in materia di aborto, quale invece emerge dalle ferme dichiarazioni del magistero pontificio, e ciò a scapito del compito profetico e parresico che le compete¹⁸².

Da ultimo, neppure l'istituto della tolleranza fornisce una risposta soddisfacente al conflitto di coscienza del pubblico funzionario. non solo perché, come si è visto, non è applicabile a tutte le ipotesi nelle quali il conflitto si manifesta; ma perché la valutazione dell'autorità ecclesiastica che si esprime nella *lex tolerans* non si sostituisce alla coscienza del fedele, che può sentirsi ancora obbligato – proprio a ciò viene del resto invitato dallo stesso provvedimento concessivo della tolleranza – a seguire un criterio di comportamento più esigente.

In assenza del riconoscimento di un diritto di obiezione da parte dell'ordinamento statale, il problema della tutela della coscienza del funzionario in caso di conflitto con gli obblighi di status propri rimane pertanto ancora largamente insoluto.

ABSTRACT

The conscientious objection of the public official. Considerations in comparative law and canon law

We witness nowadays a wave of judicial cases concerning the problem of the possible right to conscientious objection of those who exert public functions. The problem's elements are two: on one hand, the existence of juridical principles and obligations incident to the civil service, which are able to lie more heavily on the public official's freedom of conscience; on the other hand, the acknowledgement or the denial, by the legal order, of the right to object as specific content of freedom of conscience. In this perspective, the comparison between the French and the Italian legal orders can be useful to highlight which consequences come from different approaches. In another perspective, where State law does not recognize the conscientious objection of the public official, we can ask ourselves whether canon law can solve the conscientious conflict of catholic public officials, softening their canonical obligations.

PAROLE-CHIAVE: obiezione di coscienza, pubblico funzionario, tolleranza

¹⁸² L'esclusione della tolleranza non impedisce peraltro all'ordinamento ecclesiale di prendere diversamente in considerazione la situazione del giudice tutelare, in singoli casi concreti, ad esempio tramite l'istituto del grave incomodo, ove ne ricorrano i presupposti applicativi.