

ISABEL TRUJILLO

Il disaccordo nello stato costituzionale di diritto.
A proposito di alcune sentenze recenti del Tribunal Supremo
spagnolo sul diritto generale all'obiezione di coscienza

1. Introduzione – 2. Il Tribunal Supremo Spagnolo alle prese con la libertà di coscienza – 3. Libertà ideologica dei singoli e pluralismo – 4. Il diritto ad agire secondo coscienza

1. *Introduzione*

In un libro recente sul costituzionalismo, Maurizio Fioravanti così ne definisce l'essenza diacronica: «[i]l costituzionalismo è un movimento di pensiero fino dalle sue origini orientato a perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei poteri pubblici e nell'affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite»¹. Non è il caso di assumere precipitosamente l'idea che queste sfere di autonomia siano da riferire esclusivamente a spazi di libertà per gli individui presi singolarmente, eppure è chiaro che questa è un'idea centrale nel costituzionalismo. La permanente tensione tra la libertà degli individui e il potere pubblico assume però connotati diversi in relazione ai contesti storici e alle situazioni concrete. In ogni caso, l'ultima contesa è sempre quella tra la libertà di coscienza dell'individuo e ciò che i poteri pubblici devono poter imporre ed esigere.

È importante notare che il riconoscimento esplicito della libertà di coscienza negli stati costituzionali non annulla la centralità della questione, ma piuttosto ne trasforma i caratteri, come si vedrà nelle pagine che seguono. Anzi, nel costituzionalismo si danno alcune istanze contrastanti che rendono particolarmente interessante il problema da analizzare. Da un lato, l'apprezzamento generalizzato per il fatto innegabile del pluralismo – come

¹ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 5.

conseguenza dell'esercizio della libertà degli individui² – aumenta le probabilità che il conflitto suindicato sorga; dall'altro, la base evidentemente etica delle costituzioni stabilisce criteri che delimitano il mondo delle possibilità etiche ammissibili.

Queste considerazioni generali rappresentano lo sfondo della problematica concreta del diritto all'obiezione di coscienza, che è una delle attestazioni del conflitto permanente sopra indicato. Si può legittimamente sostenere che tale conflitto non sempre muove nella linea del limite dei poteri pubblici. Se, infatti, il diritto all'obiezione di coscienza non è altro che la concessione che il potere pubblico fa in alcuni casi ben delimitati (e solitamente con l'imposizione di obblighi alternativi), sulla base dell'ammissione che su quel punto specifico si possa dissentire da ciò che la maggioranza impone, allora esso non sarebbe che la conferma del limite della libertà di coscienza rispetto al potere pubblico e non viceversa³.

È invece abbastanza convincente l'idea che nelle basi assiologiche dello stato costituzionale si trovi la libertà di coscienza, una coscienza che per sua natura è irriducibile alle mode e alle maggioranze in qualunque direzione esse vadano, perché consiste nell'affermazione di un giudizio libero e indipendente per conto degli individui. In questo numero della rivista Pierluigi Chiassoni ha opportunamente sostenuto la tesi secondo cui al modello dello stato costituzionale soggiace un diritto generale implicito all'obiezione di coscienza, diritto che non è limitato agli ambiti riconosciuti esplicitamente dalle previsioni del legislatore. Esso va esercitato però all'interno della pratica giuridica, cioè con il conforto e con il vaglio del potere giudiziario, cioè va riconosciuto caso per caso dai giudici. La sua posizione ha come sfondo l'esigenza della difesa della irriducibile libertà di coscienza degli individui e si ispira ad alcuni casi concreti, anche se – come attestano queste pagine – ve ne possono essere molti altri⁴. Nella sua posizione, tuttavia, resta dubbio sulla base di quali criteri i giudici possano accettare o respingere le richieste di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza. Se infatti la libertà della coscienza è irriducibile e non vi sono criteri oggettivi e razionali per stabilire ciò che non può

² J. RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano 1994, p. 23.

³ In questo senso è stato sostenuto che l'obiezione di coscienza è stata banalizzata. Cfr. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 185-206.

⁴ P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in questo numero. Gli obblighi giuridici nei confronti dei quali bisognerebbe permettere l'obiezione di coscienza secondo Chiassoni – tra gli altri – sono quelli derivanti dalla normativa sulle direttive anticipate di trattamento sanitario che il governo italiano ha elaborato in seguito al famoso e discusso caso *Englaro*. Ma il suo discorso ha una portata teorica generale.

essere concesso alle coscienze, allora il riconoscimento del diritto sarà da ricondurre ultimamente alla sensibilità contingente – cioè alla coscienza irriducibile – dei giudici.

Nelle pagine che seguono, l'obiettivo – più modesto – è quello di collegare la problematica teorica sul punto con una vicenda giudiziaria che ne costituisce una interessante esemplificazione. Per i giudici che ne sono protagonisti sono sul tappeto i seguenti due problemi: se esista negli stati costituzionali un diritto di portata generale alla obiezione di coscienza sulla base di un riconosciuto diritto alla libertà ideologica e religiosa e quali siano le implicazioni del diritto costituzionalmente garantito alla libertà ideologica e della tutela del pluralismo a confronto con l'etica comune consacrata dalla costituzione. Purtroppo per Chiassoni, nella vicenda che presto si illustrerà l'ipotesi che esista un diritto all'obiezione di coscienza di portata generale sulla base del diritto alla libertà ideologica e religiosa viene confutata, perché la decisione finale dei giudici (a maggioranza) muove nella direzione opposta. Ma nella vicenda concreta sono sollevati tutti gli estremi del problema, inveterato, e che – senza dubbio – continuerà a ripresentarsi in un modo o nell'altro, se è vero che esso esprime una delle tensioni strutturali del costituzionalismo. Il taglio di questo intervento è sostanzialmente di carattere espositivo e ricostruttivo del caso indicato. Non è però possibile non manifestare le proprie propensioni, e le mie vanno anche nella linea della ricerca di soluzioni che difendano la libertà degli individui contro il potere delle maggioranze. Il punto più controverso – che resterà irrisolto nella presente trattazione – è quello del ruolo e della giustificazione dell'esistenza della comunità politica, e della portata della sua etica comune. Se coerente, infatti, la difesa della libertà fino al punto indicato tende a rifiutare l'idea di una comunità come interazione cooperativa, a favore di una concezione della comunità politica come spazio di non interferenza tra i soggetti. I difetti di questa prospettiva sono tanti, non ultimo la mancanza di consapevolezza che in qualche modo, paradossalmente, solo nella comunità politica gli uomini possono formare il proprio concetto del giusto e dell'ingiusto, possono cioè formare la propria coscienza⁵.

2. *Il Tribunal Supremo Spagnolo alle prese con la libertà di coscienza*

Il giorno 11 febbraio 2009 il Tribunal Supremo spagnolo (d'ora in poi TSS) – ultimo grado di giudizio nelle materie civile, penale e contenzioso-

⁵ Un'idea aristotelica. Sul tema cfr. F. VIOLA, *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Vita e Pensiero, Milano 1999.

amministrativa – nella sua formazione per la materia contenzioso-amministrativa (in Italia le stese funzioni sono svolte dal Consiglio di Stato), convocato a sezioni unite a causa della delicatezza della questione, ha deciso su quattro ricorsi sullo stesso problema, con quattro sentenze uniformi. Esattamente un mese più tardi, il giorno 11 marzo 2009, questa volta non più a sezioni unite, ma svolgendo le funzioni di relatore lo stesso presidente del TSS, la sezione settima ritorna a riproporre lo stesso schema decisionale in un altro caso simile ai precedenti. Ancora, in seguito, lo schema delle sentenze sarà riproposto in una ventina di sentenze sullo stesso argomento. Qui si farà riferimento principalmente alle prime quattro sentenze, indicando semmai differenze rispetto alla quinta e trascurando il resto⁶. Oltre ad essere il grado superiore di giudizio in materia penale, civile e contenzioso-amministrativa, il TSS ha anche la funzione di unificazione della giurisprudenza, ai sensi del paragrafo 6 del capitolo 1 del titolo preliminare al codice civile spagnolo⁷. La questione resta tutt'oggi aperta a nuovi sviluppi, se si considera che uno dei tribunali delle regioni autonome di Spagna (il Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, d'ora in poi sentenza Castilla y León), con decisione 01999/2009 del 23 settembre, ha determinato di non seguire la linea stabilita dal TSS.

Il problema comune a tutti i casi all'esame del TSS è il diritto all'obiezione di coscienza nello stato costituzionale di diritto. Il punto di partenza è la pretesa – da parte di alcuni genitori per conto dei figli minori in età scolare – di avere tale diritto contro l'obbligo di partecipare ad un nucleo di discipline introdotte nei diversi livelli scolastici con riforma derivante dalla Legge Organica 2/2006 su Educazione (LOE) con i suoi regolamenti attuativi, sommariamente indicate come “educazione alla cittadinanza”.

I quattro ricorsi iniziali sono classificabili in due gruppi dal punto di vista processuale. Da un lato, in due ricorsi provenienti dalla regione autonoma di Andalucía, il Pubblico Ministero, l'Avvocato dello Stato e la rappresentante del governo regionale andaluso ricorrono contro due sentenze del Tribunal Superior di Andalucía del 13 novembre 2007 e del 4 marzo 2008⁸, che avevano riconosciuto il diritto all'obiezione di coscienza di due coppie di genitori, per conto dei figli minori, nei riguardi della materia scolastica “Educazione alla cittadinanza”, contrariamente a

⁶ Le sentenze (riconducibili ai ricorsi n. 905, 948, 949 e 1013 del 2008) sono disponibili nella banca dati della giurisprudenza del TSS nel sito <http://www.poderjudicial.es/>

⁷ «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Lo standard nella reiterazione è di almeno due sentenze uniformi.

⁸ Per indicare queste sentenze, entrambe presentate con ricorso n. 905/2008, si userà il nome dei giudici relatori: Díez-Picazo e González.

quanto avevano stabilito, su richiesta dei ricorrenti, le autorità amministrative competenti (sostanzialmente l'assessorato regionale all'educazione). Dall'altro, in due ricorsi provenienti dalla regione autonoma di Asturias, alcuni genitori ricorrono contro due sentenze emanate l'11 febbraio 2008 dal Tribunal Superior di Asturias, in cui era stato negato il diritto alla obiezione di coscienza riguardo alle discipline "Educazione alla cittadinanza e diritti umani", "Educazione etico-civica" e "Filosofia e cittadinanza" (tutte discipline introdotte dalla LOE)⁹. La questione dunque appariva controversa in partenza.

Come gli stessi giudici ricostruiscono, la previsione delle materie di studio suindicate, con l'obbligo di studio e di valutazione ai fini della promozione finale dell'alunno, ha l'obiettivo di formare i cittadini intorno ai valori comuni delle società democratiche (ai valori della Costituzione). In particolare, il Governo spagnolo avrebbe raccolto le spinte provenienti dalla Raccomandazione (2002) 12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su *Education for Democratic Citizenship*, oltre che della Raccomandazione congiunta del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle *key competences* per il *lifelong learning* del 18 dicembre 2006. A livello domestico, inoltre, la LOE aveva completato correttamente il suo iter legislativo, motivo per cui i giudici riconoscono che è fuor di dubbio che ciò che da essa deriva costituisca un dovere giuridico valido. Precisamente si tratta di ciò rispetto a cui è possibile esercitare l'obiezione di coscienza: non si contesta cioè la legittimità costituzionale della LOE o un qualche suo vizio. I giudici del TSS si discostano così dall'argomentazione usata dal Tribunal Superior di Asturias, che aveva rigettato il ricorso dei genitori sulla base del fatto che semmai doveva sollevarsi la questione di legittimità costituzionale, cosa che i genitori in questione non avevano fatto, a ragion veduta¹⁰.

Il materiale normativo che la LOE sviluppa è molto generico e probabilmente nessuno aveva da obiettare ad esso. Un primo elemento problematico – che aiuterà il pubblico italiano, abituato ad ammettere pacificamente l'insegnamento dell'educazione civica nelle scuole da tempi risalenti, a comprendere la non pretestuosità della questione – viene a rilevarsi quando i giudici riconoscono per inciso che le norme che regolano le materie di studio in questione sono molto complesse e dense e che talvolta l'espressione eccessivamente retorica e la considerazione di frasi isolate lascia dei dubbi sulla portata

⁹ Per indicare le due sentenze corrispettive, una con ricorso 948/2008 e l'altra con il n. 1013/2008, si useranno pure i nomi dei relatori, Murillo e Maurandi.

¹⁰ Le sentenze del Tribunal Superior de Asturias avevano risolto la questione infatti negando il diritto all'obiezione di coscienza, dopo aver ritenuto che semmai contro la LOE si doveva opporre una questione di costituzionalità, per la quale però i ricorrenti non segnalano i motivi e dunque risulta infondata.

del discorso¹¹. Quelle norme cioè non si limitano ad indicare in modo generico alcune capacità e alcuni nodi tematici da sviluppare (quali la democrazia, l'importanza della Costituzione, i diritti umani), ma arrivano a dettagliare in modo particolareggiato sia i contenuti sia anche certi schemi di giudizio da acquisire da parte degli studenti¹². Così facendo, esse certamente incidono nella formazione della coscienza dei minori, la cui responsabilità ricade sui genitori, secondo quanto riconosce la Costituzione. Resta inoltre il fatto – come riconoscono i giudici di Castilla y León – che fino a quando il contenuto normativo non viene determinato attraverso i regolamenti attuativi non si può valutare adeguatamente se quelle disposizioni ledono la libertà ideologica.

Ad una lettura distaccata, in generale, si può notare che i documenti europei insistono particolarmente sulla necessità dell'approccio critico ai problemi, sulla legittimità delle diverse opinioni, sulla necessità di ascoltare le differenti posizioni per formarsi un'opinione indipendente – tutti presupposti metodologici adatti ad una formazione critica¹³ –; mentre i contenuti della LOE, nonostante la buona volontà ma forse inevitabilmente, tendono ad essere molto (forse troppo, a giudicare del dibattito sollevato) assertivi. Per semplificare, si può fare il caso del concetto di “genere”, che nel modo in cui è proposto andrebbe al di là della difesa della eguaglianza tra uomo e donna, fino a qualificare come inaccettabili alla radice alcune opinioni comunemente ritenute nel dibattito generale sulle acquisizioni del pensiero femminista – per lo meno – controverse, come può essere la tesi secondo cui il genere è esclusivamente un costruito sociale.

¹¹ «Las normas reguladoras de la materia Educación para la Ciudadanía están compuestas por numerosos preceptos, anexos y cuadros, con un contenido denso, estrechamente interrelacionado. De entre todo ese amplio material, no se han discutido formalmente las prescripciones legales. Es verdad que, en la medida en que los reglamentos reguladores de la materia Educación para la Ciudadanía se sirven de una terminología específica, en ocasiones recargada en exceso, la consideración aislada de algunas de sus frases o palabras podría inducir a dudas en torno a su alcance», Díez-PICAZO, p. 24.

¹² Un esempio del livello del dettaglio indica come tema da affrontare «il ruolo delle forze armate di Spagna nelle missioni internazionali di pace», ruolo che come è noto divide ancora l'opinione pubblica spagnola. Cfr. MAURANDI, p. 14.

¹³ Su questo argomento si può leggere l'articolo di Enrico Diciotti, incluso in questo numero, dal titolo *Il valore dell'istruzione, l'insegnamento della religione e le scuole confessionali nella Costituzione italiana*. Condivido con l'autore la convinzione che la libertà da assicurare ai giovani con l'educazione è da conseguire attraverso la esposizione di opinioni diverse da quelle che sono dogmaticamente trasmesse dalla famiglia o dai gruppi sociali di appartenenza, incluse le maggioranze politiche. Ritengo non adeguatamente argomentato nel contesto dell'articolo il (pre)giudizio secondo cui l'insegnamento della religione sia incompatibile con la formazione al senso critico e alla tolleranza.

Qui si intravede un primo aspetto problematico e ineludibile del problema. Ogni concretizzazione di valori da perseguire – la cui capacità di consenso è proporzionale alla vaghezza della loro espressione linguistica – implica una determinazione del contenuto che incide inversamente sul consenso iniziale. Nel caso in esame, inoltre, la difficoltà aumenta in ragione del fatto che i contenuti da concretare sono quelli che devono essere insegnati ai minori, con la conseguente esigenza di semplificazione e di diffusione. La problematicità della determinazione dei contenuti di carattere generale (necessaria, comunque, alla resa dei conti) da parte di chi è competente a farlo (il legislatore) è una buona ragione per enfatizzare il ruolo dei giudici nella tutela delle libertà individuali, nella linea di un buon equilibrio tra i poteri.

Il fondamento giuridico dell'argomentazione avanzata dai genitori muove dalla pretesa lesione di due diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione spagnola. Il primo è la libertà religiosa e ideologica ex art. 16 comma 1; il secondo è il diritto dei genitori affinché i propri figli ricevano la formazione (religiosa e) morale che sia in accordo con le proprie convinzioni (art. 27 comma 3). I genitori rilevano sotto le spoglie di un insegnamento ai valori comuni, questioni morali esplicite (come per esempio la formazione della coscienza morale e civica, la valutazione etica di problemi concreti, i valori, i conflitti sociali e morali) e intravedono un'interferenza dello Stato nell'insegnamento ideologico e morale, e addirittura un addottrinamento, anche a ragione del fatto che i programmi educativi mirano all'acquisizione di parametri di giudizio e non solo all'acquisizione di conoscenze¹⁴.

Nelle cinque sentenze del TSS, l'impianto argomentativo è lo stesso. I giudici individuano alcuni problemi di fondo e poi affrontano la questione sollevata sia dalle autorità educative sia dai genitori ai quali è stato riconosciuto o negato il diritto all'obiezione di coscienza in questa materia. I problemi giuridici di sfondo che i giudici ritengono di dover esaminare preliminarmente, al fine di dirimere la questione, sono sei: 1) il significato del pluralismo come elemento necessario di una società democratica; 2) la rilevanza dei diritti fondamentali nel modello costituzionale; 3) il ruolo che la Costituzione riconosce allo Stato in materia di educazione; 4) il contenuto del diritto alla libertà ideologica (e religiosa) dell'art. 16 comma 1 entro il sistema educativo; 5) la portata del diritto dei genitori ex art. 27 comma 3 e 6) il limite costituzionale che questi due diritti (ex art. 16 ed ex art. 27.3) impongono allo Stato nell'esercizio dell'attività educativa¹⁵.

¹⁴ Cfr. DíEZ-PICAZO, p. 7.

¹⁵ Cfr. DíEZ-PICAZO, p. 12, MURILLO e MAURANDI, p. 7, GONZÁLEZ, p. 5.

Le questioni giuridiche concrete sono invece: 1) l'esistenza o meno nell'ordinamento spagnolo di un diritto generale all'obiezione di coscienza che troverebbe le sue basi nella libertà ideologica e nel valore del pluralismo; oppure 2) in subordine, l'esistenza di un diritto all'obiezione di coscienza in materia educativa, di cui i genitori possano avvalersi, ovvero, ancora, 3) quale altra forma di azione sia consentita ai genitori in relazione al problema esposto. In ultima analisi, come riconoscono alcuni giudici dissenzienti¹⁶, il riconoscimento di un diritto generale all'obiezione di coscienza da esercitare attraverso il ricorso al giudice avrebbe confermato il ruolo del potere giurisdizionale a garanzia della libertà degli individui contro eventuali tendenze maggioritarie e pertanto forti, di qualsiasi matrice esse siano.

In quanto segue, si trascureranno le considerazioni esclusivamente attinenti alla problematica educativa (al ruolo dello Stato e dei genitori nell'educazione), per prestare attenzione alla questione del rapporto tra il pluralismo – peraltro sancito esplicitamente nella Costituzione spagnola all'art. 1 comma 1 – e della libertà ideologica, da intendere come libertà di idee e convinzioni e da esercitare anche nella forma del diritto all'obiezione di coscienza. L'unico aspetto che si prenderà in considerazione sul fronte educativo è l'atteggiamento dello Stato nei confronti dei valori comuni, se cioè lo Stato possa richiedere solo il rispetto di quei valori oppure possa esigere anche l'adesione interna, "affettiva"¹⁷ a tali valori e a quali condizioni. Vale la pena pertanto di anticipare il senso delle decisioni.

La decisione maggioritaria dei giudici del TSS ritiene, sulla base delle risposte fornite ai sei problemi di sfondo indicati, che: 1) non esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza che trovi le sue radici nella libertà ideologica¹⁸; 2) non esiste nemmeno nell'ordinamento spagnolo un diritto all'obiezione di coscienza in materia educativa; 3) i genitori non possono obiettare contro l'obbligo valido imposto dalla LOE, anche se – dati i problemi poc'anzi segnalati relativi alla estrema densità e concretezza della LOE e ai suoi limiti applicativi o redazionali – si riconoscono potenzialmente problematici gli atti, i modi, i contenuti determinati in cui l'insegnamento di quelle discipline si concreta. In questo caso, i giudici aggiungono che i contenuti della LOE dovranno essere ulteriormente concretati in relazione ai

¹⁶ Cfr. i pareri di Manuel Campos Sánchez Bordona e di Ernesto Peces Morate.

¹⁷ Vedi più avanti la nota n. 23.

¹⁸ Parte dell'argomentazione è concentrata intorno al riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza operato dalla Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea. In effetti, il testo dell'articolo 10 comma 2 si presta ad una lettura ambigua. L'interpretazione che ne danno i giudici è la seguente: poiché esso riconosce un diritto all'obiezione di coscienza compatibile con la legislazione nazionale, i giudici deducono che possa esistere "solo" se regolato dalla legge.

progetti educativi dei centri e che su questi (*sic!*) i genitori dovranno esercitare un controllo affinché essi non diventino addottrinamento. In questi casi si riconosce, peraltro, che essi potranno trovare tutela presso il potere giudiziario¹⁹. (È precisamente questo uno dei punti utilizzati successivamente dal Tribunal Superior de Castilla y León per riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza ai genitori.)

Queste ultime notazioni prestano il fianco a critiche fondate sulla coerenza dell'argomentazione. Delle due l'una: o è ammesso che lo Stato su alcuni punti essenziali possa anche addottrinare, perché deve fare aderire ad alcuni valori di base; ciò è quanto accade con la LOE, e allora le concretizzazioni addottrinanti derivanti dal contenuto addottrinante dovrebbero essere ammesse; oppure i contenuti della LOE, che sono già concretizzazione minuziosa dei valori costituzionali, non sono addottrinamento e non si comprende come lo possano diventare a contatto con il progetto educativo dei centri scolastici. La decisione della maggioranza è però accompagnata da significativi voti particolari e di critiche su questi e su altri aspetti.

3. *Libertà ideologica dei singoli e pluralismo*

Uno degli assi dell'argomentazione e punto di partenza della costruzione giurisprudenziale in esame è la consapevolezza del carattere etico del sistema costituzionale. Per fortuna non si sostiene più che lo Stato abbia una posizione neutrale nei confronti di tutte le opinioni morali²⁰, ma questa consapevolezza esalta inevitabilmente il possibile conflitto tra i valori fondanti la Costituzione e il pluralismo delle idee connesso alla libertà ideologica, morale e religiosa degli individui.

¹⁹ «[L]os contenidos que asignan esas disposiciones generales a la materia Educación para la Ciudadanía han de experimentar ulteriores concreciones a través del proyecto educativo de cada centro y de los textos que se utilicen, así, como, obviamente, de la manera en que se expongan. Proyectos, textos y explicaciones que deben moverse en el marco que hemos trazado de manera que el derecho de los padres a que se mantengan dentro de los límites sentados por el artículo 27.2 de la Constitución y a que, de ningún modo, se deslicen en el adoctrinamiento por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo imprescindibles, cobra aquí también pleno vigor. Y, en particular, cuando proyectos, textos o explicaciones incurran en tales propósitos desviados de los fines de la educación, ese derecho fundamental les hace acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, los cuales habrán de utilizar decididamente, cuando proceda, las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan su finalidad legítima los recursos que se interpongan», MURILLO, p. 18.

²⁰ Cfr. A. VERZA, *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Giuffrè, Milano 2000. Per contrasto, cfr. l'articolo di Enrico Diciotti prima citato.

Il riconoscimento del carattere etico dei valori costituzionali è evidente ed esplicito: a detta dei giudici la Costituzione afferma un ordine di valori, che, addirittura, appare essere l'«unico» ordine morale possibile all'interno della comunità politica, poiché le posizioni diverse non hanno diritto di cittadinanza. La decisione della maggioranza appare incoerente sotto questo profilo quando sostiene che la Costituzione costituisce una forma di moralità civica, superiore alle costituzioni del passato ma comune a quelle che reggono molte società contemporanee, per poi passare a sostenere che «esta característica esencial no lleva a afirmar que las únicas exigencias morales admisibles sean las plasmadas en la Constitución o en cualquier manera reconducibles a sus preceptos». Se così fosse, non si può negare ai genitori il diritto di educare i figli in quelle altre esigenze egualmente degne che l'atto amministrativo impedisce²¹.

In realtà, tra i valori morali i giudici distinguono due livelli: quello del sostrato morale che regge il sistema costituzionale, raccolto in norme giuridiche vincolanti, e che costituisce uno spazio etico comune, e quello che invece è lasciato al pluralismo²².

Tra i valori costituzionali primeggiano i diritti fondamentali. Essi delineano lo spazio della libertà e del rispetto per la dignità della persona; per questa ragione devono essere considerati oggetto dell'attività educativa. In particolare, questa deve avere di mira i valori morali che soggiacciono ai diritti e quelli che ne sono corollario essenziale²³. In questa affermazione si riscontra di nuovo una delle chiavi della problematica in esame. Giustamente i giudici distinguono diversi livelli di determinazione dei valori etici consacrati nella Costituzione. Si comprende cioè che i diritti fondamentali contenuti nelle norme vincolanti della Costituzione presentino due livelli, per intenderci, uno che mira nella direzione della loro giustificazione, verso il sostrato morale di quei diritti (la libertà,

²¹ «Si es así, no se puede negar a unos padres el derecho a educar a su hija en esas otras exigencias morales igualmente admisibles, que el acto administrativo impugnado impide por obligarles a que su hija se eduque en ese esquema de valores éticos que configuran los reglamentos por los que se establecen las enseñanzas de educación para la ciudadanía». Voto dissenziente di E. Peces Morate cit. in MURILLO, p. 40.

²² «Por un lado, están los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales. Y, por otro, está la explicación del pluralismo de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones», MURILLO, p. 8 e Díez-PICAZO, p. 14.

²³ «La actividad educativa no podrá desentenderse de transmitir los valores morales que subyacen en los derechos fundamentales o son corollario esencial de los mismos», TRILLO (si tratta della sentenza del g. 11 marzo 2009, dal nome del Presidente del TSS, Ramón Trillo Torres), p. 5.

l'autonomia, il rispetto reciproco, l'eguaglianza) e l'altro che invece riguarda le implicazioni o i corollari di questi valori. Si intuisce facilmente che, più astratta è la formulazione, più il valore può raccogliere il consenso²⁴.

Viceversa, maggiore è il livello di determinazione dei valori, maggiore è la probabilità di dissenso. Sui valori alla base dei diritti (molto generici) e perfino sui diritti consacrati normativamente (che sono vincolanti), è difficile essere in disaccordo, ma cosa dire delle applicazioni di questi diritti? La determinazione progressiva – e necessaria – dei valori è una causa potenziale di disaccordo. In ultima istanza, tutta la giurisprudenza costituzionale ha senso alla luce della pluralità delle forme di determinazione dei principi costituzionali capaci di generare altre norme. Com'è noto, le regole che sono la concretizzazione dei principi supremi di un ordinamento sono quelle cui bisogna propriamente obbedire. Ai principi però si aderisce e alle regole si obbedisce²⁵. Non è un caso che la obiezione di coscienza si eserciti nei confronti delle regole e non dei principi costituzionali. Nel caso in esame, per esempio, l'obiezione di coscienza si avanza nei confronti di una determinazione dei principi (a livello legislativo e regolamentare) che, in quanto tale, è solo una delle soluzioni possibili al problema di rendere efficaci i principi, ed è scelta perché voluta dalla maggioranza. Per assurdo, se si prendesse per buona la tesi avanzata dalla maggioranza dei giudici, posto che negli ordinamenti costituzionali non vi possono essere regole giuridiche in contrasto con i principi costituzionali, in nessun caso si dovrebbe poter esercitare l'obiezione di coscienza. Dunque è incongruente che la stessa Costituzione riconoscesse tale diritto²⁶. La verità è che il disaccordo è sempre possibile e che il modello dello stato costituzionale dovrebbe riuscire nella individuazione e nella regolamentazione di questi spazi²⁷.

²⁴ I giudici sembrano identificare queste dimensioni. «La dimensión ética de la competencia social y ciudadana entraña ser consciente de los valores del entorno, evaluarlos y reconstruirlos afectiva y racionalmente para crear progresivamente un sistema de valores propio y comportarse en coherencia con ellos al afrontar una decisión o un conflicto. Ello supone entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de los Derechos Humanos», GONZÁLEZ, p. 32.

²⁵ Su questo argomento, G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in "Quaderni Fiorentini", 31, 2002, t. II, pp. 865-897.

²⁶ Com'è noto, in Spagna l'obiezione di coscienza all'obbligo di servizio militare è riconosciuta nella Costituzione all'art. 30 comma 2, ma sarebbe riduttivo pensare che essa è l'unica forma di obiezione di coscienza ammissibile. La legislazione ordinaria ha introdotto altri casi in cui essa è ammessa.

²⁷ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999, cap. 1. Egli addirittura sostiene che tale disaccordo non si può risolvere semplicemente facendo ricorso ai diritti, perché anche i diritti sono controversi e lo sono sotto tre profili:

La dinamica sopra descritta è simile a quella che si riscontra in alcune dottrine del diritto naturale. Il diritto positivo in esse è necessario, perché la legge naturale è un insieme di principi troppo generici per poter dirigere le azioni (“fai il bene ed evita il male”, “agisci con ragionevolezza”). Da questo insieme di principi generalissimo derivano altri precetti, che possono essere ricavati tramite la ragione, nella forma di conclusioni particolari derivanti dalle indicazioni generali (“non rubare” o “non provocare lesioni” rispetto a “fai il bene ed evita il male”), oppure come determinazioni dell’autorità. L’esempio di scuola in quest’ultimo caso è quello del codice stradale. In base alla legge naturale è necessario che il diritto positivo stabilisca una modalità per coordinare le azioni umane che consenta a ciascuno e a tutti di circolare ordinatamente. La decisione se tenere la strada a destra o a sinistra non deriva dalla legge naturale se non perché la legge naturale rende ragionevole trovare una regola. Mentre riguardo ai primi principi della legge naturale (che sarebbero quelli da paragonare ai principi costituzionali) non si possono avere dei dubbi (ma è difficile immaginare che ciò accada), le derivazioni logiche e le determinazioni dell’autorità sono mediazioni e in quanto tali gnoseologicamente controverse. Nell’insieme, la presunzione del fatto che l’autorità agisca per il bene comune funge da limite alla disobbedienza al diritto per ragioni di coscienza, ma, in ultima istanza, se per il soggetto è evidente la contrarietà della concretizzazione rispetto ai principi generali diventa doveroso disobbedire²⁸.

Per inciso sia detto che, a parte gli attacchi cui le non del tutto limpide argomentazioni del TSS si prestano, il riferimento ai diritti fondamentali serve al Tribunal de Castilla y León per problematizzare il principio della supremazia del TSS nell’ordinamento giuridico spagnolo, a favore semmai della giurisprudenza del Tribunal Constitucional.

D’altra parte, il pluralismo, tutelato appositamente nella Costituzione spagnola, e approfondito dalla giurisprudenza costituzionale, che gli ha riconosciuto un significato più ampio rispetto a quello della pluralità dei partiti politici²⁹, oltre a facilitare la pace sociale, è anche il contesto entro il quale è possibile formare la propria coscienza³⁰. Su ciò insiste la norma-

1) il disaccordo su ciò che significa chiamare qualcosa un diritto; 2) il disaccordo su quali diritti abbiamo, su quale oggetto abbiano, su cosa sono basati; 3) il disaccordo sulle loro applicazioni ai casi concreti (p. 11).

²⁸ Si veda la problematica in J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* (1979), a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino 1982, pp. 304-314 e 385-402.

²⁹ Cfr. la sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo n. 12 del 1982.

³⁰ «[N]os encontramos, en primer lugar, con el pluralismo, que está formalmente proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE. Su núcleo principal es el reconocimiento del hecho innegable de la diversidad de concepciones que sobre la vida individual y colectiva pueden formarse los ciudadanos en ejercicio de su libertad individual y la necesidad de

tiva europea richiamata dal legislatore nella LOE. Nell'insegnamento di una mentalità pluralistica è necessario un atteggiamento che renda possibile la compatibilità con altre posizioni. Perciò risulta curioso che solo rispetto alle concretizzazioni che i centri educativi faranno della LOE si riconosca che tale insegnamento si debba fare in modo critico, al fine di consentire all'allievo di formarsi liberamente una propria opinione³¹.

I giudici non hanno difficoltà a riconoscere che mentre ciò che riguarda il pluralismo debba essere esposto in modo critico³², come si è detto, quando l'attività educativa riguarda i valori etici comuni, è lecito allo Stato non solo diffondere e trasmettere, ma anche promuovere sentimenti e atteggiamenti che spingano all'azione, esercitando un vero e proprio addottrinamento³³. Secondo i giudici, questo sarebbe l'obiettivo non implicito ma esplicito della LOE.

La domanda che si impone a questo punto è se invece uno stato costituzionale di diritto assiologicamente fondato sull'esigenza di rispetto per la libertà degli individui debba sempre privilegiare questa libertà, specialmente nelle fasi dell'educazione, anche quando la difesa di tale libertà costituisca un rischio³⁴.

establecer unas bases jurídicas e institucionales que hagan posible la exteriorización y el respeto de esas diversas concepciones. No parece que sea erróneo señalar que entre las razones de su reconocimiento jurídico se hallan estas dos: facilita la paz social, al permitir la convivencia entre discrepantes; y es un elemento necesario para asegurar un adecuado funcionamiento del sistema democrático porque contribuye a favorecer la discusión y el intercambio de ideas y, de esa manera, se erige en un elemento necesario para que el ciudadano pueda formar libre y conscientemente la voluntad que exteriorizará a través de su voto individual», MURILLO, p. 7.

³¹ «[C]on neutralidad y sin adoctrinamiento. Es decir, dando cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas. Y así tendrá lugar cuando la enseñanza sea desarrollada con un sentido crítico, por dejar bien clara la posibilidad o necesidad del alumno de someter a su reflexión y criterio personal cada una de esas diferentes concepciones», DíEZ-PICAZO, p. 15.

³² Il pluralismo «comporta, a su vez, informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de ese espacio ético común, pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad y, en aras de la paz social, transmitir a los alumnos la necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas pese a no compartirlas», MURILLO, p. 8 e DíEZ-PICAZO, p. 14.

³³ «La actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica», DíEZ-PICAZO, p. 15.

³⁴ In una riflessione sulla costituzionalizzazione della persona attraverso i diritti, è stato notato che assumendo il limite del rispetto della libertà, lo Stato si assume un rischio, ed in questo senso le persone sono pericolose. R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"* (1996), a cura di L. Allodi, Laterza, Roma-Bari 2005.

In uno dei voti contrari più interessanti, si attacca la posizione maggioritaria per varie ragioni, ma tutte attinenti lo spazio del disaccordo nel passaggio tra i principi generali e le loro implicazioni.

Il giudice Ernesto Peces Morate mette in dubbio che esista una convergenza perfetta sui fondamenti morali delle Costituzioni. O, per lo meno, che essi abbiano un significato inequivocabile:

«En la docta deliberación que precedió al dictado de la sentencia que suscribe la mayoría, tuve ocasión de exponer mi perplejidad (debido a que la verdad está rodeada de incertidumbre, y, por consiguiente, raramente es perfectamente clara) acerca del hecho innegable de que derechos tan elementales como la vida, la dignidad de la persona o su libertad reciban respuestas tan distintas en sociedades que profesan idéntico ideario sobre los derechos fundamentales reconocidos en las Declaraciones Universales de los mismos. Para ejemplificar este aserto basta el análisis del tratamiento jurídico del derecho básico a la vida en los diferentes ordenamientos que han suscrito esas Declaraciones Universales de derechos, con una regulación distinta de la pena de muerte, del aborto, de la eutanasia, de la manipulación genética, de la dignidad de la persona y su libertad de movimientos o del ambiente, entre otras muchas materias que tienen distintas concreciones jurídicas en unos y otros Estados que se proclaman defensores de los derechos fundamentales reconocidos en las Declaraciones Universales, que todos han ratificado. Rememoro, al redactar este voto particular, lo que ya expresé en el debate, acerca de si, dentro de ese “espacio ético común, subyacente en los derechos fundamentales o corolario esencial de ellos”, se encuentra el internamiento o privación de libertad hasta 18 meses de las personas que, con incumplimiento de reglas administrativas, han traspasado las fronteras de los Estados que forman parte de la Unión Europea, previsto en los artículos 15.5. 6 y 16 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo, a pesar de que resulta imprescindible para formar parte de esa Unión asumir íntegramente lo establecido en las Declaraciones Universales de derechos. Con estos argumentos trato de explicar que no existe una ética o moral universal que derive como precipitada natural y lógico de las Declaraciones Universales de derechos, incorporada a los diferentes ordenamientos jurídicos. Los principios, al positivizarse, reciben diversas y hasta antagónicas interpretaciones. De aquí que, entre esos principios normativizados con el carácter de derechos fundamentales, haya sido imprescindible incluir los que ahora son objeto de nuestra reflexión: la libertad de conciencia y la preferencia de los padres a la educación moral de sus hijos»³⁵.

³⁵ Parere di Peces Morate, cit. in MURILLO, pp. 36-37.

Inoltre, la concretizzazione dei contenuti generali, sui quali è facile dare l'adesione, viene operata a carico delle maggioranze volta per volta cambianti, mentre dovrebbe essere vietata ogni «*presión sobre quién rechaza los axiomas aceptados por la generalidad de los ciudadanos*»³⁶. In fondo, se esiste una qualche “logica” dei diritti umani e del diritto umano alla libertà di coscienza in particolare, essa ha a che fare con la difesa dell'individuo nei confronti delle imposizioni delle maggioranze³⁷. L'esercizio di tale diritto attraverso il taglio del potere giurisdizionale può essere garanzia di ragionevolezza contro pretestuose imposizioni della propria coscienza.

La decisione della maggioranza dei giudici sembra notevolmente influenzata dalla risposta da dare al problema della obbedienza al diritto. L'ammissione che il diritto alla libertà di coscienza possa legittimare il ricorso alla obiezione di coscienza sembra minare alla base il comando incondizionato di obbedienza al diritto, tanto più che esso è elaborato attraverso procedure democratiche³⁸. L'argomentazione di fondo della maggioranza dei giudici sembra infatti muovere dalla paura che si debiliti la forza della legge. Si ritiene cioè che il dissenso costituisca un pericolo per la comunità politica, anziché la sua normale condizione di esistenza. Un altro giudice dissenziente, Manuel Campos Sánchez Bordona, accenna efficacemente a questa argomentazione quando afferma di avere personalmente

«el mayor respeto por la tesis que reputa “*peligrosa*” esta concepción de la función jurisdiccional y sostiene que su admisión equivaldría a abrir una espiral que debilitaría, se dice, el imperio de la ley como base de nuestros sistemas democráticos. Sus partidarios tienen serias razones para sostener que en todo caso debe prevalecer la pretensión general de obligatoriedad de las leyes o, como afirma la sentencia, “*el mandato incondicionado de obediencia al derecho*” establecido en el artículo 9.1 de la Constitución. Pero considero, sin embargo, que la fortaleza del Estado no se resiente sino que se puede incluso acrecentar con el reconocimiento de espacios de disensión basados en imperativos serios de conciencia si aquel reconocimiento permite, sin perjuicio para terceros, que bien un individuo singular, un grupo social o una parte significativa de la sociedad no se vean compelidos a obrar contra sus convicciones más íntimas en cumplimiento de determinados deberes impuestos por vía parlamentaria o por vía reglamentaria»³⁹.

³⁶ Ivi, p. 36.

³⁷ Cfr. per esempio G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2007.

³⁸ DíEZ-PICAZO, p. 19 e Trillo, p. 8.

³⁹ Citato in DíEZ-PICAZO, p. 58.

La sfida per gli stati costituzionali di diritto è precisamente quella di trovare gli strumenti giuridici per garantire la convivenza e il disaccordo e, in questo contesto, il potere giurisdizionale svolge un ruolo cruciale.

4. *Il diritto ad agire secondo coscienza*

Per negare il diritto generale all'obiezione di coscienza, l'argomentazione dei giudici però solleva ancora un'ulteriore e curiosa questione: se il riconoscimento della libertà di coscienza implichi il diritto ad agire secondo coscienza.

«Para sostener que, más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, de ésta surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador, suele invocarse – como se ha hecho en el caso ahora examinado – el artículo 16 de la Constitución. La idea básica de quienes sostienen esta postura es que la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a ellas»⁴⁰.

La libertà di coscienza, invece, secondo questa interpretazione dovrebbe significare la possibilità di “pensare” in modo diverso a quanto la maggioranza impone, ma non a comportarsi di conseguenza⁴¹.

L'idea secondo cui il riconoscimento della libertà di coscienza implichi il comportarsi secondo coscienza risulta problematica ai giudici per due ordini di ragioni. La prima – un argomento di carattere sistematico – è che non avrebbe senso, allora, il riconoscimento esplicito dell'obiezione di coscienza al servizio militare nella Costituzione spagnola. Molto semplicemente, si può obiettare che, sulla base di questa argomentazione, bisogna sostenere che il solo ambito per l'obiezione di coscienza sia quello del servizio militare, cosa palesemente falsa, poiché il legislatore e la giurisprudenza hanno riconosciuto altri ambiti di applicazione (in ambito sanitario, dell'informazione).

L'argomentazione centrale sarebbe che la libertà di coscienza trova un limite negli altri diritti e nei beni costituzionalmente garantiti, non ultimo

⁴⁰ Díez-PICAZO, p. 18.

⁴¹ Contrariamente a quanto si riconosce nell'articolo 10 comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che i giudici esaminano solo in relazione al limite imposto dalla legislazione.

l'ordine pubblico, e che questo riguarda le condotte esterne. Ciò implica, secondo i giudici, che il costituente non abbia mai pensato che alla libertà di coscienza corrisponda il diritto di agire secondo coscienza o, per lo meno, che tale diritto debba essere limitato dall'ordine pubblico⁴². Il problema è certamente il secondo, cioè, quello dell'ordine pubblico come limite al diritto all'obiezione di coscienza, tema che qui non può certo essere sviluppato adeguatamente.

L'idea che il diritto alla libertà di coscienza non sia collegato all'azione esterna è insostenibile se si pensa che tutto l'ordinamento giuridico riguarda le condotte esterne: perché sia rilevante giuridicamente, anche la libertà di pensiero bisogna che si esprima in condotte esterne, per lo meno in parole, in dichiarazioni. Anche queste sono condotte esterne, da limitare ad opera dell'ordine pubblico, con tutte le difficoltà di definizione e di bilanciamento che ciò implica. Se poi per ordine pubblico si dovesse intendere l'ordine costituzionale, allora il problema torna ad essere quello della pluralità delle forme di concretizzazione dei principi e della determinazione dei principi in regole precise e vincolanti.

⁴² Come precisa l'ultima delle sentenze esaminate, quella del mese di marzo 2009. «Ello pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público», TRILLO, p. 8.