

IL FATICO SO PROCEDERE DELLA PERSONA UMANA TRA I CRINALI DELLA STORIA

Pasquale Gianniti

Consigliere della Corte di Cassazione (Italia)

pasquale.gianniti@gmail.com

Recibido: 06/12/2021

Aceptado: 25/02/2022

Riassunto

Negli ultimi decenni sono stati affermati in via giurisprudenziale nuovi diritti, in precedenza non riconosciuti da nessuna carta costituzionale o dichiarazione internazionale. Il fenomeno è in sé positivo, ma occorre evitare derive individualistiche, che stridono con il modello di società, personalista e pluralista, sotteso non soltanto alla Costituzione italiana del 1948, ma in generale alla gran parte degli Stati costituzionali moderni. Da qui l'esigenza di elaborare e strutturare uno statuto dei diritti della persona, il più universalmente valido: al riguardo, fondamentale criterio di discernimento è il riconoscimento della dignità e della relazionalità di ogni persona umana, a partire dalla formazione del genoma. Anche in materia eticamente sensibile, l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze spetta primariamente ai legislatori nazionali, ma sulle Corti costituzionali nazionali grava la responsabilità di verificare la ragionevolezza e la proporzionalità del bilanciamento, raggiunto in sede legislativa. L'analisi ragionata delle soluzioni raggiunte, anche in funzione critica rispetto a possibili involuzioni contrarie a Costituzione, e l'argomentata elaborazione di alternative possibili costituiscono uno dei contributi più importanti che l'accademia può apportare all'esperienza giuridica contemporanea.

Parole chiave: nuovi diritti, statuto dei diritti della persona, dignità, relazionalità, Corti costituzionali.

El fatigoso proceder de la persona humana entre las cumbres de la historia

Resumen

En las últimas décadas, en la jurisprudencia se han afirmado nuevos derechos, no reconocidos anteriormente por ninguna carta constitucional o declaración internacional. El fenómeno es

positivo en si mismo, pero es necesario evitar derivaciones individualistas que chocan con el modelo de sociedad, personalista y pluralista, que subyace no solo en la Constitución italiana de 1948, sino en general en la mayoría de los Estados constitucionales modernos. De ahí la necesidad de elaborar y estructurar un estatuto de los derechos de la persona, el más universalmente válido: en este sentido, el criterio fundamental para el discernimiento es el reconocimiento de la dignidad y la relación de toda persona humana a partir de la formación del genoma. Incluso en asuntos éticamente delicados, la identificación de un razonable punto de equilibrio de las necesidades opuestas recae principalmente en los legisladores nacionales, pero los tribunales constitucionales nacionales tienen la responsabilidad de verificar la razonabilidad y proporcionalidad del equilibrio alcanzado en el contexto legislativo. El análisis razonado de las soluciones alcanzadas, también en una función crítica respecto a la posible involución contraria a la Constitución, y la elaboración razonada de posibles alternativas constituyen uno de los aportes más importantes que la academia puede hacer a la experiencia jurídica contemporánea.

Palabras clave: nuevos derechos, estatuto de los derechos de la persona, dignidad, razonabilidad, tribunales constitucionales.

The Weariness of the Human Person Between the Summits of History

Abstract

In recent decades, new rights have been established in case-law, not recognised previously by any constitution or international declaration. The phenomenon is itself positive, but we must avoid individualistic drifts, which clash with the model of society, personalist and pluralist, underlying not only the Italian Constitution of 1948, but in general the majority of modern constitutional states. That is why emerges the need to elaborate and structure a statute of the person's rights, the most universally valid: in this regard, the fundamental criterion of discernment is the recognition of the dignity and reasonableness of every human person, starting from the formation of the genome. Even in ethically sensitive matters, the identification of a reasonable balance of the opposing needs is primarily the responsibility of national legislators, but the national constitutional courts are responsible of verifying the reasonableness and proportionality of the balance achieved in the legislative process. The reasoned analysis of the solutions reached, also in critical function respect to possible involutions contrary to the Constitution, and the well-argued development of possible alternatives are one of the most important contributions that the Academy can make to contemporary legal experience.

Key words: new rights, statute of the person's rights, dignity, reasonableness, constitutional courts.

1.* Paolo Grossi ha di recente magistralmente ricordato¹ che il primo Ottocento ha segnato il primato della *legislatio*. Secondo il pensiero del Montesquieu,² semplificando, lo Stato manifestava la sua sovranità sul territorio attraverso il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giurisdizionale. Il potere legislativo veniva considerato onnipotente, in quanto ad esso era riservato il monopolio sulla creazione del diritto,³ mentre, in posizione subordinata, stavano il potere esecutivo, che poteva agire soltanto in presenza di una legge, ed il potere

(*) Il presente studio costituisce riproduzione, con alcune aggiunte, dell'articolo già pubblicato dall'Autore, con lo stesso titolo, sulla rivista giuridica italiana *Il diritto di famiglia e delle persone* (2021, n. 3, pp. 1245-1287), edita dalla Casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre.

1 Mi riferisco alla *Lectio magistralis*, dal titolo *Il diritto giurisprudenziale in Italia oggi*, che il Prof. Grossi, presidente emerito della Corte costituzionale, giurista di conclamata fama internazionale, ha tenuto il 12 ottobre 2020 presso l'Università degli Studi di Padova, in occasione del conferimento del Dottorato di ricerca *ad honorem* in Giurisprudenza. Durante la *lectio* il Prof. Grossi ha trattato l'argomento nella prospettiva storica, di sua specifica competenza, seguendo un filo conduttore, che mi sembra qui opportuno ripercorrere, sia pure per sommi capi.

Gli anni che ci separano dalla Rivoluzione francese del 1789 "sono segnati da una pesante discontinuità" nel modo di concepire la natura e la genesi del diritto. Il cippo, che ha segnato il passaggio tra l'epoca moderna e quella *post* moderna, è stato "il risveglio della società civile". La Rivoluzione francese aveva avuto il grande merito di cancellare i vecchi ceti privilegiati, ma aveva accentuato ancora di più il divario tra abbienti e nulla tenenti e (con la c.d. legge *Le Chapelier* del 1791) aveva "annichilito" ogni assetto associativo. Dalla Rivoluzione era uscito un "paesaggio giuridico individualistico", nel quale: tutto era riconducibile a due soggetti fondamentali (lo Stato e l'individuo singolo abbiente); la società civile era divenuta una massa amorfa, una piattaforma inerte; lo Stato era unico produttore del diritto e quest'ultimo era di per sé vincolato al potere politico.

A seguito del progressivo riaffermarsi nel corso dell'ottocento delle più diverse formazioni sociali ("sindacali, parapolitiche, economiche, religiose, assistenziali, mutualistiche e cooperativistiche"), che la Rivoluzione francese aveva preteso di poter annullare, la società civile è risorta come "realtà dinamica"; parallelamente il diritto ha cessato di essere un atto della volontà, un comando, collegato al potere politico, ma ha incominciato ad imporsi come realtà, che si trova alle radici della società. Si è così progressivamente passati dal monismo giuridico del primo ottocento (che ancora vedeva la legge come sola fonte del diritto) al pluralismo giuridico post-moderno (che segna il tramonto della dimensione idolatrica della legge, intesa come unica fonte del diritto, capace di manifestare la volontà generale, ed afferma l'esistenza di una pluralità di fonti del diritto), riflesso del pluralismo che vi è nella società: "il diritto è per sua natura pluralista, perché riflette il pluralismo della società". Di tale epocale passaggio culturale, avvertito tra i primi da Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, 1918), è rimasta traccia negli Atti dell'Assemblea Costituente e nella Costituzione repubblicana del 1948, dove (soprattutto nei primi dodici articoli) freme "la società civile osservata nella sua complessità e dinamicità". In questo contesto, il diritto giurisprudenziale si pone come "attuazione del messaggio costituzionale" e va avvertito da parte dell'interprete "il dovere etico e giuridico di ampliare lo sguardo oltre la legalità". Non ha invece senso parlare del diritto giurisprudenziale come fonte creativa del diritto, in quanto "il diritto non lo inventa neppure il legislatore", ma "va cercato e trovato alle radici della società civile, dove vi sono valori e interessi, che diventano principi e che si trasformano poi in diritti fondamentali".

2 Cfr. De Montesquieu (1784, pp. 311 e ss., 1977, Libro XI cap. VI).

3 Cfr. Luhmann (1978, p. 55). Per un complessivo inquadramento epistemologico, si cfr. altresì dello stesso Autore, *La differenziazione del diritto* (Luhmann, 1990, pp. 313-378).

giurisprudenziale, il cui ruolo era meramente applicativo. Il dogma dell'onnipotenza del legislatore era espressione del positivismo giuridico, che riduceva il diritto alla legge ed escludeva l'esistenza di altre fonti del diritto.⁴

Nel Novecento il quadro si è profondamente modificato (Riccio, 2017, p. 857): si è risvegliata la società civile (per riprendere la bella espressione usata da Paolo Grossi nella citata *lectio magistralis*). Effetti di tale risveglio sono stati: dapprima, l'avvento del costituzionalismo moderno, che ha affermato il primato della Costituzione sulla legge ed ha attribuito alla giurisdizione — ed in particolare alla Corte costituzionale (nei sistemi di costituzionalità accentrati) e a tutti i giudici comuni (nei sistemi di costituzionalità diffusi o decentrati) — il potere di controllare la costituzionalità delle leggi (e, quindi, di invalidare le leggi incostituzionali); e, poi, il progressivo affermarsi di carte europee sovranazionali, aventi valore costituzionale, e, quindi, superiore alla legge.

In questo mutato quadro i giudici comuni sono soggetti non più soltanto alla legge dello Stato (come richiesto dall'art. 101 comma 2 Cost.), ma, più in generale, al diritto vivente, nazionale e sovranazionale: essi, invero, hanno il dovere di osservare in primo luogo la Costituzione e, quindi, il diritto dell'Unione Europea e il diritto della Convenzione EDU e gli altri vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (come espressamente impone l'art. 117 comma 1 Cost.). E' un indiscutibile dato di fatto che la giurisprudenza nel suo complesso svolge ai giorni nostri non più soltanto la tradizionale “*funzione ricognitiva dichiarativa*”,⁵ ma anche e soprattutto una “*funzione innovativa-costitutiva*”,⁶ tanto che

4 Sul tema Galgano (2007, pp. 407 e ss.), il quale richiama Hobbes (1959, p. 533).

5 La bibliografia sul punto è sterminata. Tra tutti si cfr. Betti (1949, pp. 48 e ss.); Briguglio (1984, pp. 1375 e ss.); Gorla (1970, pp. 489 e ss.; 1990, pp. 1 e ss.); Inzitari (1998, pp. 526 e ss.); Marinelli (2002, pp. 871 e ss.).

In giurisprudenza cfr. Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, che —chiamata a pronunciarsi sul problema se un mutamento giurisprudenziale (nella specie sulla natura degli usi, se normativi o contrattuali, che giustificano l'anatocismo) sia equiparabile ad una successione della legge nel tempo, con la conseguenza che i rapporti instaurati prima del *rèvirement* giurisprudenziale resterebbero sottoposti al più antico orientamento — ha statuito che: “*la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto dei sillogismi giudiziari, non può essere altra che quella ricognitiva dell'esistenza e dell'effettiva portata della regola, e non anche una funzione creativa della regola stessa*”. In altri termini: un mutamento di indirizzo giurisprudenziale è mutamento (non del diritto, ma) della interpretazione del diritto, con la conseguenza che il diritto è sempre lo stesso, prima e dopo il *rèvirement*, quantunque diversamente interpretato.

6 Francesco Galgano, del quale ho avuto l'onere di essere discepolo, era solito individuare già dagli anni Ottanta cinque distinte ipotesi nelle quali, a suo avviso, nella quotidiana prassi giudiziaria forense, veniva in rilievo l'intervento creativo del giudice comune.

Precisamente: a) l'ipotesi in cui manca nell'ordinamento una norma alla stregua della quale risolve il singolo caso della vita; ed il giudice, al quale quel caso è sottoposto, si adopera per colmare la

il diritto vivente, rappresentato dall'effettività dell'orientamento consolidato (Ascarelli, 1957, p. 352; Morelli, 1995, pp. 169 e ss.; Sicchiero, 1995, pp. 263 e ss.), costituirebbe oggi una fonte del diritto.⁷

Tale funzione innovativa-costitutiva: viene indubbiamente svolta dalla Corte costituzionale, che, in ogni giudizio di costituzionalità (incidentale e principale), oltre a svolgere una funzione di «*legislatore negativo*»,⁸ ha facoltà di emettere varie forme di sentenze,⁹ che possono essere anche espressione in un certo qual modo di «*funzioni legislative positive*»,¹⁰ in quanto creative di norme di diritto (Cartabia, 2010).

Viene svolta anche dal giudice comune, che è chiamato ad interpretare la legge nazionale in modo conforme non soltanto a Costituzione,¹¹ ma anche al

lacuna mediante il ricorso agli strumenti interpretativi riconosciutigli dall'art. 12 delle preleggi; b) l'ipotesi in cui la norma esiste, ma è suscettibile di una pluralità di interpretazioni, tutte congrue rispetto al dato legislativo; ed il giudice accoglie un'interpretazione, piuttosto che un'altra, ritenendola maggiormente rispondente alla realtà sociale del momento; c) l'ipotesi in cui ad essere suscettibili di applicazione, con pari congruenza logica, siano più norme; ed il giudice, tra più norme astrattamente applicabili, applica quella che gli sembra più conforme ad esigenze di giustizia; d) l'ipotesi in cui la norma suscettibile di applicazione è soltanto una ed il suo tenore è chiaro ed inequivoco, ma è ritenuta comunemente superata, non più adeguata ai tempi; ed il giudice si fa carico di adeguarla ai mutamenti della realtà, dandone una interpretazione evolutiva; e) l'ipotesi in cui la legge introduce clausole generali o formula norme elastiche; ed il giudice utilizza il potere discrezionale, conferitogli dal legislatore, per dare contenuto alla clausola generale o alla norma elastica. Proprio, con riferimento a questi casi, Galgano era solito insistere a lezione già negli anni 80 del secolo scorso sulla funzione creativa (in senso lato), svolta dalla giurisprudenza (e di tanto vi è traccia in numerosi suoi scritti: cfr., ad es., Galgano 2004, 2005, 2009).

Tuttavia, il senso compiuto del rilievo che Galgano dava alla giurisprudenza, a mio avviso, appare chiaro soltanto in articolo pubblicato postumo (2012, pp. 77 e ss.), nel quale dichiarava espressamente di aderire alla c.d. teoria dichiarativa, non senza aggiungere, richiamando Leibniz, che il giudice pratica, in *civil law* come in *common law*, l'*ars inveniendi* piuttosto che la creativa *ars combinatoria*: la sua funzione sta nello scoprire, e non nel creare, la regola (reperibile nel sistema di *civil law* attraverso i diversi strumenti interpretativi a sua disposizione; e nel sistema di *common law* nelle consuetudini giudizialmente accertate e nel sistema dei precedenti), alla stregua della quale rendere giustizia.

Mi piace qui sottolineare la convergenza intellettuale dei due Maestri, che, pur trattando il tema del diritto giurisprudenziale da una diversa prospettiva di osservazione (Galgano, quella della prassi giudiziaria-forense; Grossi, invece, quella storico e culturale), sono pervenuti alle medesime conclusioni.

- 7 Cfr. Morelli (2015, pp. 28 e ss.); Vincenti e Morelli (2011, pp. 5 e ss.); Zaccaria (2007, pp. 9 e ss.).
- 8 Cfr. Kelsen (1994, pp. 273-274), che si pone il problema di possibili conflitti tra il legislatore positivo (i legislatori nazionali) ed il legislatore negativo (le corti costituzionali nazionali) e prospetta, come modalità per contenere il problema, che sia lo stesso parlamento a nominare tutti i membri delle corti costituzionali.
- 9 Cfr. Zagrebelsky (1987, pp. 626 e ss.).
- 10 Cfr. Crisafulli (1966, pp. 206-232).
- 11 Cfr. Amoroso (2008, pp. 768 e ss.); Corte cost. 28 gennaio 2010 n. 26; 21 gennaio 2010 n. 17; 23 ottobre 2009 n. 263; 30 luglio 2008 n. 305; 20 giugno 2008, n. 219; 27 ottobre 2006 n. 343.

diritto europeo¹² ed al diritto convenzionale CEDU,¹³ come interpretati rispettivamente dalla Corte di giustizia di Lussemburgo e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.¹⁴

E viene svolta soprattutto dalle Corti Supreme europee, le cui giurisprudenze esercitano una indubbia influenza sulla giurisprudenza nazionale. Perfino il giudicato, espressione del potere giurisdizionale nazionale, ha perso oggi la sua originaria incontrovertibilità, potendo essere messo in discussione mediante la riapertura del processo, qualora la sentenza passata in giudicato sia in contrasto con un diritto dell'uomo riconosciuto dalla Corte EDU.

Il costituzionalismo moderno ha così comportato una rivoluzione profonda della teoria del diritto e dello Stato¹⁵ e, con essa, il superamento del positivismo giuridico, dell'onnipotenza del legislatore e dell'equazione, per cui dissertare di legittimità significava dissertare di legalità.¹⁶

Ai giorni nostri può dunque accadere che una norma di legge, benché legalmente formata, in quanto espressione della volontà sovrana di una maggioranza parlamentare, venga dichiarata illegittima, perché ritenuta dalla Corte costituzionale arbitraria, incongrua, incoerente, ingiusta, lesiva di fondamentali valori della civiltà giuridica.¹⁷ Come pure può accadere che, nella prassi giudiziaria-forense, nascano nuovi diritti,¹⁸ riconosciuti non dal legislatore, ma dalla giurisprudenza.¹⁹

2. Terminata la seconda guerra mondiale, la firma dello Statuto delle Nazioni Unite, il 26 giugno 1945, ha consacrato l'inizio del processo di transizione verso un *nuovo ordine internazionale*, in cui i diritti della persona umana giungono ad affermarsi non solo *dentro* gli Stati ed in conformità alla loro azione, ma anche, se necessario, *contro* gli Stati (Trujillo e Viola, 2014), in base ad un sempre più riconosciuto *principio di antecedenza* della persona sull'istituzione,

12 Cfr. Corte cost. 28 gennaio 2010 n. 28; 13 giugno 2000 n. 190.

13 Cfr. Corte EDU, 27 marzo 2003, Scordino; Corte cost. 5 gennaio 2011 n. 1.

14 Cfr. Franzoni (2010, pp. 366 e ss.).

15 Cfr. Buongiovanni (2005, 45 e ss.); Galgano (2007, p. 411).

16 Cfr. Galgano (2007, p. 411).

17 Cfr. Galgano (2007, p. 411); D'Andrea (2005); Ruggeri (2006, p. 531); Zagrebelsky (1988, p. 155, 1992, p. 183).

18 Cfr. Cartabia (2010, pp. 17 e ss); Modugno (1996, pp. 5 e ss.); Morelli (2015, pp. 28 e ss.).

19 È indubbio che in una società in rapida trasformazione, come la nostra, l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non si presta ad essere più soltanto opera del legislatore ma richiede ancor prima di essere opera della giurisprudenza.

che a sua volta rimanda ad una *concezione del potere come servizio* (e non come mera forza funzionale agli arbitri e agli interessi del Principe). E la tutela dei diritti umani rappresenta non più soltanto un'esigenza legata agli interessi di uno o più Stati, ma una delle condizioni essenziali al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.

Si consideri che la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, ad esito di articolati lavori preparatori, viene approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite; proprio nello stesso contesto temporale nel quale, oltre alla celebrazione dei processi di Norimberga, in Europa vengono approvate le nuove Carte costituzionali di alcuni Stati e vengono perfezionati trattati, che avviano una fase di integrazione europea destinata a proiettarsi gradualmente in tutto il Continente.²⁰

Il progressivo e quasi inarrestabile sviluppo delle costituzioni nazionali e delle fonti internazionali ed europee ha imposto il superamento della contrapposizione tra legge e diritto, quale retaggio di un anacronistico legalismo. D'altra parte, il parallelo svilupparsi di una tecnica legislativa per principi, anche di valenza assiologica, quale quelli contenuti nelle suddette carte e dichiarazioni, ha subito prodotto effetti notevoli sull'attività del giurista, essendo divenuto elemento imprescindibile di ogni interpretazione a fini applicativi il controllo di conformità alla legalità costituzionale ampiamente intesa.²¹

La dottrina italiana (il riferimento è a Emilio Betti, Angelo Falzea, Michele

20 In particolare: a) il 22 dicembre 1947 l'Assemblea costituente approva la Costituzione della Repubblica italiana; b) il 23 maggio 1949 viene promulgata la Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca; c) il 5 maggio 1949 a Londra viene firmato il trattato che istituisce il Consiglio d'Europa, che comprende inizialmente dieci Stati europei; nel relativo statuto viene ribadita l'adesione incondizionata agli ideali di libertà e democrazia che rappresentano il patrimonio comune degli Stati europei e il mutuo impegno di cooperazione per realizzare un'integrazione sempre più stretta volta alla salvaguardia e all'ulteriore promozione di tali ideali; d) il 4 novembre 1950 a Roma viene firmata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nell'ambito del Consiglio d'Europa; e) il 18 aprile 1951 i governi di sei Paesi europei (tra i quali l'Italia) firmano a Parigi il Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, quale primo passo del processo di integrazione europea; f) il 25 marzo 1957 gli stessi Stati fondatori firmano a Roma il Trattato che istituisce la Comunità economica europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica. Si potrebbe continuare a lungo ad elencare le numerose dichiarazioni fondative di un nuovo ordine costituzionale ad ogni livello – nazionale, regionale, mondiale – che si sono susseguite nel breve volgere di pochi anni mentre sul continente europeo erano ancora fumanti le ceneri lasciate dall'ultimo conflitto bellico.

21 Sull'argomento si cfr. Perlingieri (1983). L'opera ha avuto largo e meritato successo, testimoniato dalla IV edizione (2020), in cinque volumi, che, al pari della precedente, reca un'eloquente integrazione del titolo: "*secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*". A commento della terza edizione si cfr.: D'Amico (2008, pp. 657 e ss.); Grossi (2009, pp. 914 e ss.); Maddalena (2009, pp. 65 e ss.).

Giorgianni, Natalino Irti, Luigi Mengoni, Ugo Natoli, Rosario Nicolò, Salvatore Pugliatti, Pietro Rescigno e a tanti altri, che mi si perdonerà se qui non ricordo espressamente), consapevole di questo passaggio epocale, ha prontamente colto l'urgente necessità di una rilettura della legislazione ordinaria alla luce dei principi costituzionali.

Sul principio del primato della persona, quale significato più profondo della legalità costituzionale, si è poi sviluppato particolarmente il pensiero di Piero Perlingieri: questi, fin dall'opera del 1972 su *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ha elaborato un'impostazione unitaria della tutela della persona, secondo la quale le norme che tutelano la sua dignità sono di ordine pubblico ("anzi della gerarchia più alta dell'ordine pubblico, quella che costituisce proprio il fondamento dello stesso ordinamento costituzionale") ed il valore della persona umana, per attuarsi, richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, il rifiuto di ogni forma di individualismo.

Sullo sfondo di questo retroterra culturale, sul finire degli anni 80, Norberto Bobbio, comunemente considerato uno dei massimi teorici del diritto e filosofo della politica della seconda metà del Novecento, pubblicava un libretto dal titolo *L'età dei diritti*, nel quale affermava che, dal punto di vista della filosofia della storia, a seguito della promulgazione della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, si era andato formando un dibattito ("tanto ampio da aver ormai coinvolto tutti i popoli della terra, tanto intenso da essere messo all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali"), che poteva essere interpretato come un "segno premonitore" del *progresso morale dell'umanità* (Bobbio, 1992c, p. 49).

L'età dei diritti, di cui parlava Bobbio, rappresentava l'esito di una rivoluzione copernicana, che aveva progressivamente portato ad affermare la priorità dell'individuo umano sulla società e a considerare il rapporto tra governanti e governati dalla prospettiva (non dei primi, ma) dei governati; e, nel contempo, costituiva l'inizio di un nuovo processo storico, al termine del quale i diritti dell'uomo sarebbero stati "non più soltanto proclamati o soltanto idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti, anche contro lo stesso Stato che li ha violati" (Bobbio, 1992d, p. 23).²² Secondo Bobbio, "solo dopo la Dichiarazione possiamo avere la certezza storica che l'umanità, tutta l'umanità, condivide

22 Il radicale mutamento di prospettiva, sotteso alla età dei diritti, secondo Bobbio, si era realizzato in due distinte fasi: la prima fase era stata quella del giusnaturalismo razionalista settecentesco e, in particolare, del pensiero di John Locke: "proprio partendo da Locke si capisce bene che la dottrina dei diritti naturali presuppone una concezione individualistica della società e quindi dello Stato,

alcuni valori comuni” (Bobbio, 1992d, p. 21), anche se “la storia dei diritti dell’uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi” (Bobbio, 1992a, p. 269).

La fiducia nella sussistenza di un consenso universale su alcuni valori e la scommessa in un futuro migliore rappresentavano le caratteristiche fondamentali dell’età dei diritti, pensata dal Bobbio. Presupposto di tale fiducia e di tale scommessa era l’idea che, una volta riconosciuti i diritti umani, il più fosse stato fatto: rimaneva soltanto il problema, pratico, di proteggerli.

Il pensiero di Norberto Bobbio ha avuto grande influenza nella letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea, che, per lo meno in grande parte, tuttora consapevolmente evita di andare alla ricerca di una giustificazione che sia in grado di fondare il consenso universale sui diritti umani:²³ il timore è che la ricerca di una fondazione razional-filosofica dei diritti umani possa condurre a divisioni radicali e, dunque, possa inficiare l’accordo, faticosamente raggiunto, sui diritti.

In realtà il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento dei diritti dell’uomo può essere una strategia utile nel breve periodo, ma nel lungo periodo è destinata a rivelarsi illusoria (Schiavello, 2013).

Convergono in questa direzione molteplici fattori.

Occorre innanzitutto prendere atto del fatto che il linguaggio dei diritti è indeterminato, con la conseguenza che l’attività interpretativa volta a individuare il significato ed il contenuto dei singoli diritti è caratterizzata da un’ampia discrezionalità e, quindi, l’argomentazione giustificativa difficilmente può eludere la questione del fondamento razionale. D’altronde, con il passare degli anni e,

contrastata dalla ben più solida e antica concezione organica, secondo cui la società è un tutto, e il tutto è al di sopra delle parti” (Bobbio, 1992d, p. 58); la seconda fase, invece, era stata quella che aveva fatto seguito alla Rivoluzione americana ed alla Rivoluzione francese e che era stata caratterizzata dal fatto che i diritti umani, da un lato, avevano assunto maggiore concretezza, in quanto avevano incominciato ad essere positivizzati, dall’altro, avevano perso in universalità, in quanto appartenevano (non più all’essere umano in quanto tale, ma) all’essere umano in quanto cittadino.

23 Jacques Maritain, nell’introduzione ad un volume sui diritti umani (patrocinato dall’Unesco nell’occasione della promulgazione della Dichiarazione universale) pubblicata originariamente nel 1949, notava con ottimismo come esponenti di ideologie radicalmente contrapposte si erano trovati d’accordo sui diritti umani, ma solo a condizione di non domandarsi il perché. Tale osservazione – formulata dal Maritain, si ribadisce, nel 1949 – era all’evidenza espressione del comprensibile entusiasmo per l’imminente promulgazione della Dichiarazione universale e per la conclusione dei lavori congressuali che l’avevano preceduta.

Non sembra invece parimenti condivisibile l’analogia osservazione fatta da Norberto Bobbio (1992b) nel corso di una relazione tenuta in un Convegno svoltosi nel 1964, allorquando disse: “il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi non tanto quelli di *giustificarli*, quanto quelli di *proteggerli*. È un problema non *filosofico* ma *politico*”.

in particolare, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, quest'ultimi sono divenuti sempre più numerosi, con la conseguenza che sempre più frequenti sono i conflitti tra diritti rivendicati da soggetti diversi, e, quindi, si impone come necessario un bilanciamento, che difficilmente può eludere il problema del fondamento razionale. Può essere poi utile ricordare che l'esercizio di ogni diritto individuale (in particolare dei diritti sociali) presuppone politiche di spesa, che ne garantiscano la tutela e che vanno giustificate in un contesto democratico: circostanze queste che richiamano ancora una volta la questione del fondamento. Infine, la complessa relazione che intercorre tra diritti e democrazia, da un lato, e, dall'altro, le problematiche connesse al multiculturalismo – nel sollevare poliedriche questioni sul numero e sulla titolarità dei diritti, oltre che sulla determinazione del loro contenuto – evocano ancora una volta la riflessione sul fondamento razionale dei diritti, che si vogliono riconoscere e tutelare.

Tutti i suddetti fattori incrinano la fiducia che caratterizzava l'età dei diritti, inaugurata dalla Dichiarazione universale del 1948, ma, ben lungi dal provocare scoramenti, devono indurre a sempre maggiore riflessività.²⁴

Nessuno dubita che il pluralismo giuridico contemporaneo, con il risveglio della società civile e con il ruolo sempre più importante assunto dai diritti umani fondamentali, è fenomeno che va salutato con estremo favore.

Tuttavia, occorre interrogarsi su quale società si voglia costruire e se questa corrisponda a quella disegnata nella Costituzione.²⁵

Non si tratta di voler fomentare “temi divisivi”. Si tratta semplicemente di

24 Sergio Cotta (1989) nell'articolo dal titolo *Attualità ed ambiguità dei diritti fondamentali*, proprio richiamando Bobbio, esordiva ponendosi la seguente fondamentale domanda: “Siamo davvero tutti d'accordo sui diritti fondamentali, nel senso che su di essi si possa registrare un consenso universale?”. Rilevava quindi che nella nostra tradizione plurisecolare il giuridico era considerato come *ius quia iustum* (116): rompendo tale tradizione, la gran parte dei giuristi dell'800 aveva affermato che il giuridico altro non era che *ius quia iussum*; e, accogliendo tale corrente di pensiero, anche il volontarismo di certe correnti della filosofia moderna consegna il giuridico al dominio della volontà. Senonché, senza corrispondenza bilaterale di diritti ed obblighi, il diritto del soggetto non è pensabile (121): ciò implica che il diritto del soggetto va ripensato entro quell'universo della misura e dell'armonia, di cui è espressione la legge. In definitiva, secondo Cotta, non vi è diritto senza la determinazione della legge, sempre che quest'ultima sia intesa (non già quale misura imposta dalla volontà, ma) quale misura richiesta dalla stessa struttura antropologica dell'uomo.

25 “L'attuazione dei principi costituzionali è un impegno giuridico – perché il giurista non può non attuarli – ed un impegno politico, perché il giurista deve mostrare sensibilità ai problemi della società; l'attuazione dei principi costituzionale significa trasformare la società reale, che attualmente ancora non li ha attuati, in quella che è la società costituzionale (art. 3, comma 2, Cost.). L'opera di congiungimento tra l'attuale società e la società prevista dalla Costituzione è opera indubbiamente da giurista, perché è opera che utilizza il dato normativo” (Perlingieri, 1972, p. 27).

prendere consapevolezza che, se non si parte da una precisa visione antropologica, si corre il rischio di non riuscire a costruire nulla.

La domanda antropologica non può essere demandata al dibattito culturale, filosofo o politico, ma deve essere tenuta presente anche nel dibattito giuridico: sarebbe ingenuo ignorare che l'età dei diritti, che caratterizza la nostra epoca, ha inevitabili ripercussioni sul ruolo dell'interprete e, in particolare, del giudice.

La posta in gioco è alta, in quanto è in discussione lo stesso modo di ragionare del giudice, cioè lo stesso modo di argomentare la decisione, che è ormai suscettibile di essere caratterizzato non soltanto da un ventaglio sempre più ampio di fonti giuridiche astrattamente applicabili, tra loro peraltro di problematico raccordo, ma anche di uno strumentario interpretativo oggi sempre più articolato (basti pensare che agli ormai superati criteri ermeneutici, previsti dall'art. 12 delle preleggi, si aggiungono ora, con tutta la loro carica innovativa, l'interpretazione conforme e l'argomento comparativo).

L'attuale c.d. *sistema multilivello* in materia di diritti fondamentali non può costituire un quadro di libera interpretazione, nel quale ciascun giudice territoriale sceglie a proprio piacimento elementi utili per sostenere la soluzione che intende dare al singolo caso concreto. Al contrario, proprio in quanto sistema, esso deve perseguire un ordine complessivo. Tale ordine comporta necessariamente la presenza di precise regole di interpretazione, che, nel silenzio del legislatore (nazionale o europeo), devono essere elaborate dalle corti supreme, nazionali ed europee (tenendo conto delle indicazioni provenienti non soltanto dalle giurisprudenze di merito ma anche dall'accademia). Diversamente opinando, specie quando si tratta di risolvere casi eticamente controversi (non ancora passati al vaglio del dibattito politico), concreto è il pericolo che il giudice territoriale decida il "singolo caso concreto" secondo regole (che non si giustificano per corrispondere ad una ragionata *interpretazione sistematica* della normativa o dei principi *rilevanti*, ma), che vengono elaborate per tutelare l'interesse (l'esigenza, l'aspettativa), selezionato di volta in volta come *prevalente*. Ma, così operando, si trasforma in diritto fondamentale (proprio di ogni persona) esigenze, aspettative o interessi, che sono invece soltanto di singoli individui o di singoli gruppi. In definitiva, l'esigenza di poche, ma chiare regole interpretative (e, conseguentemente, di un certo ordine sistematico) discende non solo e non tanto da una preoccupazione di ordine formale, ma soprattutto dalla necessità di evitare che ogni singolo giudice territoriale possa scegliere una lettura piuttosto che un'altra di questo o quel diritto fondamentale, "pescando" fra le molteplici opportunità presenti, con una sorta di *law shopping*, il cui obietti-

vo finisce per essere quello di privilegiare una determinata opzione ideologica (Biavati, 2012, p. 1).

Tale ordine di considerazioni mi sembra sia sotteso a quanto sostenuto alcuni anni da Marta Cartabia (2010), presidente emerito della Corte costituzionale italiana, nel corso di una relazione congressuale. In quell'occasione la Cartabia, proprio prendendo spunto dall'espressione bobbiana *età dei diritti*, osservava (p. 1) che, a seguito del crollo del muro di Berlino, era stata inaugurata: *l'età dei "nuovi" diritti* (Modugno, 1989). E, per rappresentare le caratteristiche di contenuto di questa nuova età, prendeva le mosse (p. 9) da due sentenze, entrambe pronunciate dalla Corte EDU ("autorità capace di irradiare i suoi effetti capillarmente in tutto il continente") con riferimento alla legislazione austriaca.

Nella prima sentenza,²⁶ in materia di *fecondazione assistita*, la Corte europea aveva sostanzialmente affermato il diritto al figlio con tecniche di laboratorio in base all'argomento secondo cui la distinzione tra fecondazione omologa ed eterologa viola il principio di non discriminazione (affermato dall'art. 14 della Convenzione)²⁷ fra coppie che soffrono di problemi di sterilità e una violazione del loro diritto alla vita privata e familiare. Il diritto al figlio veniva desunto dalla Corte dalla matrice dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cioè dal diritto al rispetto della vita privata e familiare.²⁸ "tutti gli argomenti della Corte europea legati alla discriminazione tra diverse coppie – sosteneva la Cartabia (2010, p. 10) – presuppongono un'altra affermazione e cioè che il diritto al rispetto della vita privata e familiare implichi il diritto ad avere un figlio".

Nella seconda sentenza, in materia di *matrimonio tra persone dello stesso sesso*,²⁹ la Corte europea aveva adoperato le stesse argomentazioni, in quanto, sempre interpretando gli articoli 8 e 14 della Convenzione, aveva ritenuto che le coppie omosessuali, anche se non godono della protezione dell'art. 12, debbono essere considerate "famiglie" e quindi sono protette dall'art. 8, nella parte in cui tutela la vita familiare come sfera privata.

"Entrambe le decisioni – scriveva Cartabia (2010, p. 12) – sono foriere di nuovi diritti, mai esplicitati in nessuna carta o dichiarazione scritta di diritti

26 Corte EDU, 1° aprile 2010, n. 57813/00, *S. H. e altri c. Austria*.

27 Secondo giurisprudenza consolidata della Corte, il principio di non discriminazione può essere invocato soltanto in combinato disposto con un diritto, protetto dalla Convenzione.

28 La giurisprudenza della Corte EDU, come è noto, generalmente riconduce al diritto al rispetto per la vita privata e familiare (tutelato dall'art. 8 della Convenzione): il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani; il diritto di autodeterminazione; il diritto al nome ed all'identificazione della persona, nonché il diritto all'orientamento sessuale ed alla vita sessuale.

29 Corte EDU, 24 giugno 2010, n. 30141/04, *Schalk and Kopf c. Austria*.

umani: il diritto ad avere un figlio e il diritto di una coppia omosessuale al riconoscimento giuridico di una unione di tipo familiare. Per essere precisi, le due decisioni pongono i primi elementi per lo sviluppo di tali diritti. I due nuovi diritti non hanno (ancora) una propria autonomia, ma costituiscono emanazioni, ramificazioni di diritti e principi scritti nella Convenzione (artt. 8 e 14). E tuttavia ne costituiscono uno sviluppo nuovo, potenzialmente costitutivo di una nuova posizione giuridica soggettiva. In entrambi i casi la *produzione* di nuovi diritti si radica in due matrici culturali precise. Il diritto alla vita privata e il principio di non discriminazione. Si tratta delle stesse matrici culturali e giuridiche che sono alla base di tutta la stagione dei diritti individuali di matrice *liberal* che ha segnato una intera epoca del costituzionalismo americano. (...) Con questa nuova generazione di nuovi diritti originati dalla *privacy* si diffonde sempre più la versione *libertarian* dei diritti umani”.

Gli art. 8 e art. 14 della Convenzione – continuava la Cartabia (2010, pp. 13 e ss.) – specie se considerati in combinato disposto, “si prestano ad essere interpretati come clausole aperte per la produzione potenzialmente illimitata di nuovi diritti”, fondati sul *principio della privacy*, inteso come incondizionata possibilità di autodeterminazione nella propria vita privata, e sul *divieto di ogni discriminazione*, inteso come riconoscimento di medesime situazioni giuridiche soggettive in situazioni di fatto tra loro diverse. Senonché, tutto diventa possibile “*se si muove dal presupposto che le differenze di fatto*” – per esempio i diversi tipi di sterilità o la differenza fra una relazione omosessuale di per sé non feconda e quella eterosessuale – “*non possano mai riflettersi in differenze di diritto*”, “neppure quando fosse necessario per la tutela di altri beni e interessi generali” – quali l’identità biologica del figlio, la prevenzione dell’uso commerciale del corpo o di parti di esso, la pratica eugenetica, il diritto del bambino ad avere una madre e un padre, e così via.

Marta Cartabia concludeva il suo studio,³⁰ osservando che (2010, pp. 15 e ss.): “Oggi si assiste a una duplice tendenza: da un lato vi è una continua espansione del novero dei diritti individuali; d’altra parte, i nuovi diritti rispondono

30 Proprio in relazione allo scenario dei nuovi diritti descritto da Marta Cartabia, Pierpaolo Donati (2021), sociologo contemporaneo considerato uno dei padri della moderna teoria relazionale della società, ha rilevato che, dietro quello scenario “... si intravede una rivoluzione antropologica, che vediamo tradotta nelle applicazioni giurisprudenziali. Il fondamento dei diritti della persona non è più la dignità umana fondata sull’ontologia della persona, in qualche modo presupposta ai fatti empirici, ma è quello dell’autodeterminazione soggettiva. I due principi del diritto alla privacy e della non discriminazione conducono verso una società di perfetto individualismo, dove le relazioni sono certamente cercate e desiderate, ma come proiezioni del proprio ‘Io’”.

ad una precisa concezione culturale, la concezione individualistico-libertaria dei diritti, che porta a negare o a rimuovere ogni forma di limitazione ai diritti soggettivi”. Rilevava che “la concezione antropologico-individualistica, sottesa alla versione libertaria dei diritti”, comporta numerosi aspetti problematici, riconducibili tutti ad un grande equivoco culturale di sfondo: può accadere, infatti, che, all’insegna della massimazione della tutela dei diritti fondamentali, vengano promossi semplicemente interessi di alcuni gruppi di potere, più influenti di altri, o, peggio ancora, che i nuovi diritti, “anziché servire lo scopo originario di baluardo della persona umana contro le degenerazioni del potere”, diventino essi stessi “strumenti di potere” sulla persona ovvero corrispondano a “semplici interessi di alcuni gruppi più influenti”.

In definitiva, i nuovi diritti pongono una “sfida giuridica” diversa da quella posta dai diritti umani in tutta la seconda metà del XX secolo. “Se allora il problema giuridico principale era quello di assicurare una tutela effettiva ai diritti proclamati sulla carta e quindi potenziare gli strumenti di garanzia e implementazione dei diritti, oggi il problema più grande e delicato è quello di preservare la natura dei diritti individuali”: far sì che essi continuino ad essere garanzia della persona nei confronti di ogni forma di potere, senza diventare a loro volta strumento di potere sulla persona da parte di gruppi o potentati di qualunque genere.³¹

3. Ai giorni nostri, dunque, sul piano dei diritti fondamentali della persona umana, si stanno svolgendo “*dinamiche epocali*”: sia in riferimento ai rapporti tra cittadini ed autorità, sia in riferimento ai rapporti tra diversi tipi di ordinamento.

Sarebbe ingenuo pensare di potere affrontare queste dinamiche senza una precisa concezione della persona, titolare dei diritti, che si vuole solennemente affermare.

La persona umana, nel suo valore individuale e nella sua valenza socio-relazionale, ha fin qui costituito il fondamento della civiltà giuridica occidentale. Sotto altro profilo, anche se non esiste una definizione di diritto universalmente condivisa, è un dato comunemente accettato il fatto che il diritto è una realtà antropologica di carattere universale, una realtà cioè che appartiene strutturalmente all’essere della persona umana.³²

31 Il problema dei diritti dell’uomo, pertanto, continua ad essere – anzi, è sempre di più – un problema che, ancor prima che giuridico e politico, è un problema culturale.

32 “Tutti i documenti di cui disponiamo, siano essi storici in senso stretto o archeologici, sono concordi nel mostrarci l’effettiva presenza, in tutto il corso della vicenda umana, del fenomeno giuridico della regolamentazione vincolativa, in disparte le sue specificazioni in diverse statuizioni normative

Nel dibattito in corso sui diritti individuali, nell'attuale società pluralista e globalizzata, il giurista è sollecitato a porsi il problema antropologico.

A seguire, indicherò alcuni elementi, che, a mio avviso, potrebbero costituire utili criteri di discernimento nell'elaborazione e nella strutturazione di uno statuto dei diritti della persona umana conforme alla *recta ratio*.

3.1. Il primo è rappresentato dalla *dignità* della persona umana. Il relativo concetto, si sa, è stato caro ai pensatori dell'Umanesimo e del Rinascimento,³³ ed è divenuto centrale nell'opera dei filosofi moderni, a partire da Kant.³⁴ La loro linea di pensiero può essere considerata la matrice filosofica dell'argomento dignitario, oggi accolto in tante costituzioni nazionali e in tante dichiarazioni internazionali sui diritti umani.³⁵

Precisamente, la Carta costituzionale italiana fa esplicito riferimento alla dignità della persona umana:³⁶ nell'art. 3, che stabilisce la "*pari dignità sociale*" di tutti i cittadini; nell'art. 36, in base al quale la retribuzione del lavoratore

concrete. Ciò significa che il fenomeno giuridico non è inscritto in, non appartiene in modo esclusivo a, una cultura o a talune culture affini, a uno o a taluni periodi storici, a uno a o a taluni enti politici, bensì è rintracciabile in tutte queste forme dell'esistere umano. Ne consegue che esso è un fenomeno transculturale, trans-storico, transpolitico, ossia un fenomeno sincronicamente trasversale e diacronicamente transitivo" (Cotta, 1991, pp. 236-237).

- 33 Risale al pieno Rinascimento italiano (1496) l'*Oratio de Dignitate Hominis* di Pico della Mirandola.
- 34 Nel 1785, tre secoli dopo Pico, Immanuel Kant, proprio sviluppando la tesi di Pico della Mirandola, assumeva il principio dignitario come l'elemento chiave per la distinzione (fondamentale per la riflessione etica, giuridica e politica) tra persone e cose. Cfr Kant (1785, p. 89) "Gli esseri la cui esistenza riposa non sulla nostra volontà, bensì sulla natura, hanno anch'essi, se sono esseri privi di ragione, solo un valore relativo, come mezzi, e si chiamano perciò cose, dove al contrario gli esseri razionali sono chiamati persone, perché la loro natura li contraddistingue già come fini in se stessi, ossia come qualcosa che non può essere usato semplicemente come mezzo, e in conseguenza limita ogni arbitrio (ed è un oggetto del rispetto)".
- 35 Si cfr., ad es., la Carta dei diritti dell'Unione Europea (2007), che – dopo aver affermato nel Preambolo che l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, oltre che sui principi della democrazia e dello stato di diritto – dedica un intero titolo (il titolo I, costituito da 5 articoli) alla "dignità". Le "Spiegazioni" (pre-disposte dal *Presidium* della Convenzione, che aveva redatto la Carta, e destinate a costituire uno strumento per l'interpretazione delle disposizioni della Carta medesima) si spingono oltre: invero, nel Preambolo e nella Carta, la dignità umana sembra posta sullo stesso livello di altri valori (quali la libertà, l'uguaglianza e la solidarietà), mentre, secondo il *Presidium*, essendo la dignità alla base dei diritti fondamentali, non è ammissibile alcun suo bilanciamento o comunque alcuna sua limitazione in funzione di una maggior tutela di uno qualsiasi dei diritti fondamentali, tutelati dalla stessa Carta (interpretazione questa che si fonda sul rilievo che la Carta dichiara inviolabile soltanto la dignità umana).
- 36 Si veda, però, Grossi (2008, pp. 97 e ss.), che tiene conto anche dell'art. 48 Cost., u. c., e del riferimento in esso contenuto ai "casi di indegnità morale indicati dalla legge", come limitazione del diritto di voto.

deve essere sufficiente ad assicurare “*un’esistenza dignitosa*” al lavoratore stesso e alla sua famiglia; e nell’art. 41, che individua la “*dignità umana*” come limite all’iniziativa economica privata.³⁷

Accanto a tali previsioni, nella Costituzione si trovano numerosi termini o espressioni che richiamano in maniera indiretta il concetto di dignità. Si considerino: l’art. 2, anello di congiunzione tra il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo e l’adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale; l’art. 13, quarto comma, laddove prevede che è punita ogni violenza fisica o morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà; l’art. 27, terzo comma, secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato; l’art. 32, sia nella parte in cui garantisce cure gratuite agli indigenti, sia, in modo più evidente, in tema di trattamenti sanitari obbligatori, laddove stabilisce che la legge non può mai violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Il fatto, in sé indiscutibile, che la Costituzione italiana introduca il concetto di dignità soltanto nella norma, che afferma nella maniera più generale il principio di uguaglianza, e la torni a menzionare solamente altre due volte, come limite dell’iniziativa economica privata e come criterio di valutazione della remunerazione del lavoro, attesta l’importante, ma limitata, funzione, che i Padri costituenti assegnavano al termine.³⁸ In effetti, principio guida dell’ordinamento repubblicano italiano, non è tanto la dignità, ma, la *persona umana*: i verbali dell’Assemblea Costituente, la complessiva formulazione della Carta costituzio-

37 Negli artt. 36 e 41 il concetto di dignità sembra avere un campo di applicazione limitato, in quanto è riferito o alla categoria, pur intesa in senso ampio, dei lavoratori, oppure figura come limite in grado di conformare una libertà specifica, quella di iniziativa economica; mentre più esteso appare il riferimento contenuto nell’art. 3 Cost., per quanto non sia stato particolarmente approfondito dalla dottrina e non sia stato utilizzato dalla giurisprudenza in modo autonomo rispetto al contestuale principio di uguaglianza.

38 Rilievo ancora maggiore all’argomento dignitario è dato dalla Costituzione tedesca del 1948, che, fin dal suo primo articolo, sancisce l’intangibilità della dignità dell’uomo (“La dignità dell’uomo è intangibile. E’ dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla. Il popolo tedesco riconosce quindi gli inviolabili e inalienabili diritti dell’uomo come fondamento di qualsiasi comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, la giurisdizione come norme giuridiche immediate”), mentre, al secondo articolo, pone una clausola generale della tutela della persona (“Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale”). Non è casuale che ad una ricognizione critica del concetto di dignità si sia dedicato un filosofo tedesco del rango di Spaemann (2009), di recente scomparso. Si tratta di un volumetto prezioso che aiuta a comprendere i rischi di ambiguità e gli equivoci racchiusi nel ricorso alla dignità nel diritto, nonché una possibile via di uscita.

nale italiana e la lettura che di essa è stata data in questi decenni, da parte dei più diversi orientamenti, confermano la prospettiva personalistica come vera cifra del testo costituzionale italiano e come luogo d'incontro delle sue famose "tre anime" (quella comunista, quella democristiana e quella liberale).

Tuttavia, l'interpretazione, che la Corte costituzionale italiana ha dato alla Costituzione, attesta che il *principio personalista* può trovare piena attuazione soltanto a condizione che vi sia un effettivo rispetto della dignità umana. Ancora negli anni più recenti, si è ribadito il nesso indissolubile tra persona umana e dignità.³⁹ Il riconoscimento di siffatto nesso indissolubile tra persona umana e dignità comporta l'implicito riconoscimento che la dignità umana trova un fondamento generale nella Costituzione italiana, anche a prescindere dai richiami contenuti nelle tre disposizioni sopra indicate.⁴⁰

Riprendendo argomentazioni già svolte in altro studio,⁴¹ articolazioni per una sistemazione razionale dell'argomento dignitario potrebbero dunque essere le seguenti:

- la dignità è un attributo della persona umana, che prescinde non soltanto dalla posizione che quest'ultima occupa nella gerarchia sociale, ma anche dello *status* di cittadinanza in cui essa versa: il valore universale dei diritti umani fondamentali, intimamente connessi alla dignità umana, impone di superare quella barriera, secondo la quale la cittadinanza è requisito necessario per la loro titolarità;

- la dignità della persona umana impone il rispetto di quest'ultima da parte di tutti, a partire dalle autorità pubbliche, secondo un criterio di precedenza del singolo rispetto al collettivo; proprio in questo emerge una delle caratteristiche principali della struttura dei diritti fondamentali: la loro resistenza al potere; lungi dal consistere in graziose concessioni delle istituzioni pubbliche, nazionali o sovranazionali, i diritti fondamentali si oppongono con forza ai possibili abusi di potere da parte di ogni istituzione pubblica. Le stesse giurisdizioni costituzionali nazionali, così come quelle sovranazionali, trovano la loro fondamentale ragion d'essere nell'esigenza di limitare il potere sovrano in relazione all'effettività di tutela dei diritti fondamentali;

- la dignità della persona umana costituisce non un diritto bilanciabile, ma il criterio e lo scopo di ogni possibile bilanciamento tra diritti fondamentali: se ha

39 Cfr., tra gli altri, Silvestri (2007).

40 Si è occupato a lungo e con profondità di questi temi Ruggeri (2018).

41 Mi sia consentito rinviare a Gianniti e Sarrea (2019, pp. 279-280).

un senso la molteplicità di questi ultimi, tale senso consiste nell'armonizzazione finale, data per l'appunto dal concetto di persona umana e della sua dignità.

La dignità della persona umana, pertanto:

- costituisce il fondamento di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona umana e delle sue relazioni sociali;
- esprime un principio supremo, che caratterizza l'ordine costituzionale di ogni paese democratico, determinando al contempo le finalità primarie che il sistema sociale e politico intende perseguire;
- integra un generale criterio di interpretazione, per il quale una disposizione suscettibile di assumere più significati deve essere interpretata nel senso più conforme al principio di dignità, mentre non può essere interpretata con modalità che siano contrarie o confliggenti con tale principio.

3.2. Al riconoscimento della dignità della persona umana, se si vuole evitare che il relativo concetto sia oggetto di strumentalizzazioni ideologiche,⁴² deve poi seguire un ulteriore riconoscimento: occorre domandarsi chi sia la persona umana, alla quale va riconosciuto il generale credito di dignità, di cui si è detto.

Per evitare che le enunciazioni teoriche rimangano tali, occorre avere il coraggio di riconoscere la dignità umana anche quando alla persona mancano le qualità che più facilmente in essa suscitano ammirazione: ricchezza, salute, intelligenza, forza, bellezza, capacità di relazioni, ecc. Situazione questa che ricorre non di rado all'inizio ed alla fine della vita umana (nell'embrione, nascosto nel grembo materno o in una provetta di laboratorio; nel bambino appena nato, che è stato il frutto di uno sbaglio; nel malato in camera di rianimazione, le cui prospettive di vita sono ormai ridotte ad un lumicino), ma che si ritrovano anche in numerose altre situazioni dell'esistenza umana (nella persona anziana, che ha perso la memoria; nel malato di mente, che ha difficoltà relazionali; nel barbone, che vive di espedienti al margine della strada; nella persona di colore, che giunge in Europa nella speranza di poter trovare un futuro migliore; nel tossico, che non riesce a liberarsi dalla sua dipendenza; nell'autore anche dei più efferati delitti, che, espiata la pena, vorrebbe essere reintegrato nella società civile a pieno titolo, ecc.).

Con specifico riferimento all'embrione, la Consulta, come è noto, con sentenza n. 27 del 1975, ha depenalizzato l'aborto, dichiarando l'illegittimità costi-

42 Nell'attuale contesto socio-culturale, nel quale non è ravvisabile un condiviso quadro antropologico di riferimento, la dignità umana corre il rischio di non essere considerata una caratteristica *intrinseca* di ogni vita umana, essendo anzi sostenuto che essa non ricorra in alcune forme di esistenza umana.

tuzionale dell'art. 546 del codice penale del 1930 (che catalogava tale reato tra i «Delitti contro l'integrità della stirpe»), nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. Sulla base della sentenza n. 27/1975, il Parlamento italiano ha approvato nel 1978 la tuttora vigente legge n. 194, che consente l'interruzione volontaria della gravidanza (c.d. IVG) nei primi tre mesi di gestazione a condizione che la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comportino un *serio* pericolo per la salute fisica e psichica della donna (art. 4), in relazione al suo stato di salute, alle condizioni economiche, sociali e familiari, alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento e alla previsione di anomalie o malformazioni del feto. Successivamente al termine dei 90 giorni, l'interruzione di gravidanza può essere praticata solo se sussistono *gravi* pericoli per la vita e la salute della donna, determinati dalla prosecuzione della gravidanza o da processi patologici del feto (art. 6).

Dico subito che, a mio modo di vedere, la declaratoria di illegittimità della Corte costituzionale italiana va ancor oggi salutata con estremo favore: il piano penale non è in alcun modo adeguato per affrontare il complesso problema dell'inizio della vita umana e dell'interruzione della sua gestazione.⁴³

Tuttavia, non mi sembra condivisibile il passaggio in cui la Corte, nella sentenza n. 27/1975, dopo aver riconosciuto che l'embrione è soggetto di diritto⁴⁴ (e, in particolare, un essere umano, titolare del diritto alla vita), ha aggiunto

43 Del tutto inadeguato è il ricorso alla sanzione penale in un momento dell'esperienza umana che, forse più di ogni altro, richiede capacità di dialogo, ascolto e compassione (nel senso etimologico del termine). In altri termini, la donna, che è in dubbio se abortire, non è mai una persona da stigmatizzare, ma è sempre una persona da ascoltare e comprendere e, se del caso, assistere e consigliare.

44 Sull'errore che si annida nella identificazione della personalità con la capacità giuridica, cfr., tra tutti Perlingieri (1972, pp. 138 e ss.), dove tra l'altro si legge: "La tutela della personalità non si può limitare al profilo fisico, strutturale, esistenziale; personalità non vuol dire semplicemente attitudine ad essere titolare di situazioni soggettive, perché, anzi, va tutelato proprio il profilo opposto, cioè la possibilità che quel soggetto sia titolare di situazioni soggettive di contenuto idoneo alla sua personalità".

La soggettività giuridica del concepito – già affermata dal codice civile vigente agli artt. 462 e 784 (che riconoscono la di lui capacità di succedere per causa di morte e di ricevere donazioni) – è stata ribadita dal legislatore all'art. 1 della legge n. 40/2004, che, nell'indicare le finalità della procreazione medicalmente assistita, ha statuito espressamente la tutela di tutti i soggetti coinvolti "*compreso il concepito*" (peraltro, la Corte costituzionale con sentenza n. 45/2005 ha dichiarato inammissibile la richiesta di sottoporre a *referendum* abrogativo la legge n. 40/2004, perché "costituzionalmente necessaria" in relazione agli interessi tutelati, anche a livello internazionale, con particolare riferimento alla Convenzione di Oviedo).

Successivamente le Sezioni Unite della Corte di cassazione in due storiche sentenze sul "danno da nascita" e sul "danno di morte" (sentenze nn. 25767 e 15350/2015), nell'affrontare temi sensibili

che “persona deve ancora diventare”.⁴⁵ Nel 1975, su detto ultimo punto, non vi era affatto alcun consenso unanime della comunità scientifica internazionale:⁴⁶ eppure la Corte nella sentenza n. 27 non ha indicato il fondamento scientifico di tale sua affermazione. D'altra parte, neppure sembra aver considerato che la posta in gioco era così alta che, quand'anche fosse stata soltanto dubbia la presenza personale nell'embrione umano, detta presenza non avrebbe dovuto essere esclusa, giacché *in dubio, pro vita*.

In ogni caso, alla luce di più recenti sviluppi della scienza,⁴⁷ è ormai dato ac-

e complessi della bioetica (quali l'inizio e la fine della vita umana), hanno trattato anche – nella prospettiva propria del diritto e nei limiti del sindacato ad esse demandato – la questione della soggettività giuridica, dedicando spiccata attenzione agli aspetti comparatistici emergenti dalla giurisprudenza delle Corti supreme (sia di *common law* che di *civil law*) ed interrogandosi sul ruolo e sui confini della giurisdizione in tali delicati ambiti.

In particolare, quanto al danno tanatologico, le Sezioni Unite con sentenza n. 15350/2015 hanno negato la risarcibilità a titolo ereditario del *danno da morte immediata*, per tale intendendosi la perdita della vita che segua immediatamente o entro brevissimo tempo alle lesioni da fatto illecito. Così statuendo, le Sezioni Unite hanno assicurato continuità all'orientamento tradizionale (conforme agli orientamenti della giurisprudenza delle Corti di legittimità europee) ed hanno respinto la suggestione di accentuare la funzione deterrente della responsabilità civile attraverso i cc.dd. «danni punitivi». Lo snodo decisivo della motivazione è stato collocato proprio sul piano della soggettività giuridica, mediante il cosiddetto argomento di Epicuro (“quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi”), nel senso che l'immediatezza della morte elimina la soggettività, alla quale dovrebbe ricollegarsi il danno, della cui trasmissione ereditaria si controverte. Sul tema della soggettività giuridica, si cfr. anche la sentenza n. 10741/2009 con la quale la Terza Sezione Civile della Corte di cassazione aveva tratto spunto proprio dalla configurabilità del nascituro quale soggetto di diritto per svolgere una interessante riflessione sulla funzione interpretativa del giudice e sulla c.d. *giurisprudenza normativa*.

- 45 E' stato osservato (Sartea, 2020, p. 112): “Proprio la necessità logica di declassare ontologicamente e giuridicamente l'embrione dipende, con ogni evidenza, dalla difficoltà di accordare protezione prioritaria all'autodeterminazione della gestante nei casi in cui si tratti di decisione abortiva funzionale alla salute, rispetto al diritto alla vita del nascituro. In altre parole, non vi sarebbe stato bisogno di procedere a *spericolate definizioni della persona umana*, se nello schema dei giudici della Consulta non fosse stata implicita la prevalenza del diritto alla vita su quello alla salute e sugli altri diritti di libertà connessi con la decisione di interruzione della gravidanza”.
- 46 Basti solo considerare che al 1969 risale la Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo (adottata dagli Stati membri dell'Organizzazione degli Stati americani a San José di Costa Rica), la quale, all'art. 4 paragrafo primo prevede espressamente che il diritto alla vita “è tutelato a partire dal momento del concepimento”.
- 47 Il trattamento del genoma umano forma attualmente oggetto di due documenti delle Nazioni Unite (la Dichiarazione Universale sul Genoma e i Diritti Umani dell'11 novembre 1997 e la Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani del 9 ottobre 2005), nonché della Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti umani e della dignità dell'essere umano rispetto all'utilizzazione della biologia e della medicina (entrata in vigore il 10 dicembre 1999 in 27 Stati membri del Consiglio d'Europa: l'Italia ha autorizzato la ratifica per mezzo della legge n. 145/2001, ma non ha ancora depositato il relativo strumento). La relazione tra dignità umana e genoma, che detti testi affermano per ogni “essere umano”, comporta conseguenze difficilmente eludibili sul piano dell'ermeneutica giuridica.

quisito che, sul piano strettamente biologico, lo zigote è, sia pure in miniatura, un essere umano nuovo, unico e completo,⁴⁸ che inizia a vivere, anche se con potenzialità ancora inattuata ed anche se incapace di vita indipendente.⁴⁹ la trasformazione dell’embrione da *res* a persona (*id est*, la teoria della personificazione progressiva) è retaggio di pregiudizi culturali del passato, ma è superata dalle moderne acquisizioni scientifiche, che consentono di affermare con certezza che nel *genoma umano* vi è già tutta la vita passata, presente e futura della persona umana.⁵⁰

“Se di fronte a un essere vivente della specie uomo, qualcuno fosse autorizzato a domandarsi se si tratta veramente di un soggetto di diritti — spiegava Robert Spaemann (1987, pp. 509 e ss.)—⁵¹ quel tale avrebbe la possibilità di privare gli altri dai loro diritti, in virtù di proprietà che non dipendono dal loro libero arbitrio (stato evolutivo, colore della pelle, ecc.). Allora i diritti umani non sarebbero diritti inerenti alla condizione umana, ma una concessione da parte di colui o di coloro che possono decidere chi è giuridicamente uomo. Se diciamo, per esempio, che il feto merita tutela giuridica a partire dal 14° o dal 90° giorno, è chiaro che la vita umana resterebbe interamente nelle nostre mani, perché arriveranno al 14° o al 90° giorno soltanto coloro che saranno stati rispettati durante il periodo precedente. Il fondamento del rispetto non sarà più la condizione umana, ma l’accettazione benevola e gratuita da parte dei genitori, della società o dello Stato. La vita sarebbe allora una concessione, e non più un diritto umano inalienabile. In questo senso si può affermare che il modo stesso in cui un embrione o un feto diventa bambino, ragazzo e adulto implica che si deve già in anticipo trattarlo, non come una cosa, ma come quello che è: un essere umano. Se fosse trattato come una cosa fino al momento in cui si manifestano in lui i primi segni della ragione, della capacità di relazione, o di qualsiasi altro criterio convenzionale di umanità, questi primi segni non si manifesterebbero mai. L’idea di diritto umano implica che colui che è stato concepito da madre umana possieda fin dal primo istante il diritto a un credito d’umanità”.

48 Lo zigote è un essere umano unico, in quanto non è mai esistito in passato e non esisterà mai in futuro un essere umano identico a lui. Ed è un essere umano completo, in quanto il codice genetico (genotipo) dello zigote contiene l’informazione su tutte le sue caratteristiche (statura, colore degli occhi, dei capelli e della pelle, ecc.).

49 Non solo i nati, ma anche coloro che sono da poco nati sono incapaci di vita indipendente: senza la costante cura da parte della madre o di altre persone che lo assistono, il neonato non sopravviverebbe e morirebbe ben presto.

50 Illuminante la relazione resa nel 1989 dal Prof. J. Lejeune, nella sua qualità di genetista, ad un processo a Maryville (Tennessee, USA), e successivamente dallo stesso pubblicata nel volume *L’embrione segno di contraddizione. Dai verbali del processo di Maryville*, edito nel 1992.

51 Cfr. Habermas (2002, p. 45).

E', dunque, quanto mai necessario che il legislatore recuperi piena consapevolezza sul significato di persona, tenendo conto dei più recenti portati della genetica, che sono peraltro in linea con la nostra tradizione giuridica⁵² (e con quanto affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sentenza 18 ottobre 2011)⁵³: bisogna avere il coraggio di riconoscere che, quanto meno a partire dalla formazione del *genoma*, si è di fronte ad un essere umano personale.

3.3. Terzo imprescindibile criterio di discernimento, nel tentativo di elaborare e strutturare un diritto conforme alla *recta ratio*, a mio avviso, dovrebbe essere il riconoscimento della *relazionalità* della persona umana.

Sul piano dell'esperienza si constata che l'individuo umano è sempre in relazione:⁵⁴ lo è sotto l'aspetto fisiologico naturalistico già a partire dalla relazione bio-genetica, che gli dà la vita,⁵⁵ per prolungarsi nelle innumerevoli relazioni, che contraddistinguono lo sviluppo della sua esistenza.⁵⁶

52 I giuristi romani consideravano il concepito già persona. Lo dice espressamente Gaio, che in 2.242 qualifica il *postumus alienus* come *incerta persona* in ragione dello *ius naturae*. Lo ricorda Tertulliano, al quale va attribuito il felice aforisma: "*Homo est et qui est futurus: etiam fructus omnis iam in semine est*" (*Apologeticum* IX, 8)

53 La Corte di giustizia con sentenza 18 ottobre 2011 ha avuto modo di precisare che il rispetto della persona umana, fin dalle prime fasi del suo sviluppo, ha un primato sui meri interessi della scienza e della ricerca, per quanto apprezzabilissimi. Precisamente la Corte europea (investita del quesito di come interpretare l'art. 6, n. 2, lettera c della Direttiva del 1998 del Parlamento europeo che esclude dalla brevettabilità «le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali e commerciali») con la citata sentenza 18 ottobre 2011 – dopo aver ricordato che il diritto dei brevetti in generale (cui va riferito il divieto di brevetto previsto dal già citato art. 6) si fonda sul principio generale del doveroso rispetto della dignità della persona e dell'integrità del corpo umano – ha dichiarato che, per tutelare a tutto tondo la dignità umana, *la nozione di embrione umano va interpretata nel senso più ampio possibile*: dunque, è embrione non solo l'ovocita fecondato (e fin dal momento della fecondazione), ma qualunque ovocita che a seguito di qualsivoglia manipolazione abbia la potenzialità di svilupparsi e di dar vita a un individuo umano. In linea con il *dictum* che precede, la Corte europea ha escluso la brevettabilità di qualunque "invenzione" su materiale cellulare che presupponga la distruzione di embrioni umani (non solo nel caso in cui il brevetto risponda a meri interessi commerciali dell'inventore, ma anche quando esso venga richiesto da scienziati nel contesto di ricerche scientifiche), mentre ha ammesso la brevettabilità di invenzioni terapeutiche e diagnostiche utili allo sviluppo dell'embrione.

54 Osserva Cotta (1989, pp. 77 e ss.): "Poco importa che sia (per Hobbes e Spinoza) una relazione dominata da impulsi passionali e dalla forza bruta, oppure sia guidata (per Locke) da una ragione naturale non ancora assicurata rispetto alla sua soggettività: la presenza della relazione, pur non tematizzata, è data per indiscussa. Solo nel Rousseau del *Discours sur l'inégalité* troviamo l'idea di una originaria esistenza isolata e autosufficiente della persona. Ma egli stesso la dichiara non una verità storica, bensì una ipotesi convenzionale, necessaria solo quale parametro per giudicare le società attuali".

55 Come ha rilevato il *Tribunal constitutional* spagnolo nella sentenza n. 53/1985, "il vincolo naturale che lega il nascituro alla madre crea una relazione di natura speciale di cui non vi è parallelo in nessun altro comportamento sociale".

56 Secondo la moderna sociologia relazionale, la persona umana forma e specifica la sua identità nella

Nella disciplina delle relazioni, agli albori dei tempi, la prima e l'ultima parola spettava alla *forza fisica*.⁵⁷ Soltanto quando alla forza fisica si è andata sostituendo la *ragione* (o, quanto meno, il *consenso sociale*), si è andato formando un primo embrione di diritto, inteso come insieme di norme volte a garantire la convivenza tra più soggetti, portatori di interessi contrapposti, in un gruppo ordinato.⁵⁸ In tale gruppo, l'uso della forza non viene eliminato del tutto, ma resta un rimedio estremo, da utilizzare allorquando le regole di convivenza non vengono osservate. Anche l'applicazione della sanzione, pertanto, resta soggetta a regole determinate.

relazione: essa non può trovare la propria identità rimanendo in sé stessa, ma solo se si relaziona ad altri da sé. È soltanto la relazione all'altro che dice alla persona umana chi essa sia (secondo una felice immagine di Andrea Camilleri, scrittore italiano di recente scomparso, *ognuno di noi, rispetto all'altro, è l'altro*). A sua volta, la stessa società civile è realtà originaria (non derivata dallo Stato), proprio perché nasce come relazione intersoggettiva dai soggetti umani che la compongono.

La realtà della *relazione* – complessa e polivalente, essendo praticamente utilizzata in tutte le discipline (dal diritto alla filosofia, dalle scienze naturali e umane alle scienze sociali, ecc) – in Italia forma da anni oggetto di studio da parte di Donati (si cfr., in particolare, la sua *Introduzione alla sociologia relazionale*, 1983).

In termini sostanzialmente convergenti, ma sul piano più strettamente proprio dell'argomentazione giuridica: “È necessario, preliminarmente, prendere posizione contro la concezione che considera l'individuo valore presociale, rilevante anche dal punto di vista giuridico, a prescindere dalla relazione con gli altri individui [...]. La visione individualistica non è conforme al sistema costituzionale [...] E' importante concepire i diritti della personalità non più come appartenenti al singolo al di fuori della comunità in cui vive, ma come strumenti per realizzare una comunità, che diventa il mezzo per la loro esplicazione” (Perlingieri, 1972, p. 143).

Con specifico riferimento al diritto all'identità personale, cfr. Vitelli (2013, pp. 47-48), secondo il quale: “Dignità e relazione sono i due elementi portanti su cui si basa il diritto all'identità personale: la dignità dell'essere umano in quanto persona costituisce il fondamento della personalità; la relazione diventa il veicolo, lo strumento attraverso il quale la personalità dell'individuo si rivela”.

- 57 In una società primitiva le regole di comportamento riguardano inizialmente l'uso di determinati beni o del territorio, la vita o l'integrità fisica della persona. Ad es., si stabilisce che tra due soggetti in conflitto per l'uso di una cosa, debba prevalere quello che per primo se ne è impossessato. Oppure, nel conflitto tra l'interesse del singolo e l'interesse del gruppo sociale, in una determinata circostanza, ad es. quando è in gioco la difesa del gruppo, si stabilisce che debba prevalere quello della collettività, anche a discapito della vita del singolo. Man mano che la società diventa più complessa si producono regole che guidano la vita dell'intera collettività, oltre che i rapporti fra le singole persone. In tal modo si formano norme sulla scelta dei capi e norme che vietano determinati comportamenti per il bene della società, fino a giungere alla formazione di norme che indicano come sanzionare comportamenti vietati e come formare regole nuove.
- 58 Cotta (1991, pp. 64, 69, 169-186). L'a. sostiene che la più elementare osservazione del fenomeno giuridico empirico permette di rilevare che esso si costituisce per soddisfare fondamentali esigenze esistenziali della persona umana: la sicurezza rispetto agli altri, la cooperazione con gli altri e la durata per mezzo degli altri; e, al fine di verificare la suddetta affermazione, prende in esame, a titolo di esempio quattro istituti giuridici (proprietà, associazioni e giudizio, inteso quale decisione di controversie litigiose) che, pur con determinazioni formali e sostanziali diverse, si ritrovano presenti nelle più varie culture e possono perciò dirsi tipici dell'esperienza giuridica in generale.

Nel faticoso procedere dell'uomo sul sentiero del diritto, la tradizione giuridica dell'Europa occidentale ci ha consegnato uno *Jus*, che era essenzialmente *regolamentazione di un rapporto*: è noto il *suum cuique tribuere*, che il giurista romano Eneo Domizio Ulpiano ha lasciato scritto nelle sue Regole ormai molti secoli fa.

Anche in epoca moderna, la relazionalità della persona umana non è stata mai negata, ma è stata interpretata e tematizzata lungo linee filosofiche-culturali, tra di loro contrastanti:⁵⁹

a) l'*individualismo* – di cui partecipano l'illuminismo e soprattutto il pensiero empirico anglosassone – che considera la persona come una unità in sé compiuta, fulcro del tutto autonomo di ogni attività conoscitiva e pratica, che dà origine e forma ai rapporti sociali per iniziativa autonoma della propria volontà (utilitaria, come in Hobbes, Locke, Voltaire, Bentham, ecc.; o razionale, come in Kant);

b) il *societarismo* – di cui è espressione il volontarismo politico di Rosseau, lo storicismo idealistico di Hegel e lo storicismo materialistico di Marx – secondo il quale la persona non può essere considerata indipendentemente dalla società, ma trae la propria concreta realtà solo in e da questa;

c) il *comunitarismo*, che tenta di superare le due precedenti posizioni, facendo perno sull'opposizione nominalistica tra persona ed individuo: quest'ultimo sarebbe egocentrico e utilitarista, mentre alla persona verrebbe attribuita una relazione interpersonale di "comunità".

Alle suddette posizioni, osservava Sergio Cotta (il cui angolo visuale, come è noto, era quello del *pensiero sociale cristiano*), "manca un'analisi della struttura interna della persona che metta in luce in essa il fondamento della sua relazionalità". La persona è sé stessa soltanto quale *essere relazionale*. "Tale relazionalità non è il prodotto né della volontà personale, né dell'imposizione di un ente collettivo ideale o storico-ideologico. È determinazione ontologica e pertanto è condizione intrascendibile dell'esistenza umana".

Scendendo dalle enunciazioni astratte alle applicazioni concrete, a mio avviso, affermare la dimensione relazionale dei diritti individuali significa riconoscere che ogni diritto individuale riguarda non soltanto la persona umana, che ne è il titolare, ma anche il complesso intreccio relazionale, nel quale ciascuna persona è inserita, con la conseguenza che in ogni rapporto deve essere tenuto in considerazione anche il soggetto passivo, a sua volta portatore della sua dignità.

59 Cotta (1989, pp. 80-82): dove viene anche sottolineato che nella concezione della persona come relazionale in sé, concordano: sul piano etico, Kant e, per altro verso, la filosofia dei valori (Scheler, Hartmann e seguaci); sul piano conoscitivo, l'ontologia di Husserl; sul piano esistenziale, l'ontologia di Heidegger; e sul piano ontologico strutturale, il pensiero cristiano.

4. Ricapitolando quanto fin qui si è detto: il tentativo di elaborare e strutturare uno *statuto dei diritti della persona umana*, a mio avviso, dovrebbe articolarsi in tre fondamentali passaggi: si è in presenza di una persona umana a partire dal momento della formazione del *genoma*; ad ogni persona umana va riconosciuta una *dignità* sua propria dal primo all'ultimo momento della sua esistenza storica; la persona umana è di per sé un *essere in relazione*.

4.1. La dimensione relazionale dei diritti della persona trova adeguata attuazione nel settore del diritto minorile, dove, in quasi tutte le legislazioni, è accolto il criterio del *best interest*.

Tale criterio – assunto a rango di norma internazionale con la Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo del 1989, e tradotto in molte lingue come “superiore interesse del minore” –⁶⁰ allude proprio al fatto (curioso e provocatorio per certe dottrine soggettiviste) che l'interesse del minore non coincide di per sé con quanto vogliono i genitori del minore o comunque i soggetti che sul minore esercitano la potestà genitoriale (che, peraltro, non di rado sono in disaccordo tra loro) e non coincide neppure con quanto il minore stesso ritiene suo superiore interesse; ma va ricercato nel concreto intreccio relazionale nel quale il minore vive: incombenza questa rimessa alla competenza professionale

60 Il principio della tutela del *superiore interesse del fanciullo* trova solenne proclamazione nell'art. 3 dalla Convenzione sui Diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 a New York (ratificata dall'Italia con Legge 27.05.1991, n. 176), in base al quale: “In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”.

Tale disposizione è stata ribadita anche da altre normative (e, in particolare, dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) ed è stata recepita dalla giurisprudenza a livello internazionale (in particolare, dalla Corte EDU, con riferimento all'art. 8 della Convenzione) fino a diventare un principio generale ormai consolidato all'interno dell'ordinamento giuridico di numerosi Stati.

All'interno dell'ordinamento giuridico italiano, la Consulta riconosce pacificamente rilievo costituzionale al principio del superiore interesse del bambino, inteso (con riferimento all'art. 30 Cost.) come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata la “soluzione ottimale” in concreto per l'interesse del minore (così testualmente la sentenza n. 11/1981; si cfr. no altresì le sentenze nn. 76/2017, 239/14, 308/2008, 61/2006, 425/2005 e 341/1990). Tale principio viene inquadrato alla stregua di vera e propria clausola generale che, alla luce degli artt. 2 e 31 Cost., costituisce parametro di valutazione della costituzionalità delle leggi.

Il principio del superiore interesse del bambino viene tra l'altro ribadito anche a livello di legislazione ordinaria: in special modo – ma non solo – nel codice civile (artt. 158, comma 2, 250, commi 4 e 5, 251, comma 1, 252, commi 2 e 5, 317-bis, comma 2, 336-bis, comma 1, 337-ter, comma 2, 337-quater, comma 2, 337-sexies, comma 1, 337-octies, comma 1) e nella disciplina dell'adozione (artt. 4, commi 5 e 5-ter, 11, comma 1, 14, comma 2, 25, commi 3, 4 e 5, 32, comma 1, 33, comma 4, 35, commi 3 e 4, 43, comma 3, 46, comma 2, 57, comma 1, n. 2, l. 4 maggio 1983, n. 184).

ed alla capacità di introspezione psicologica del giudice minorile (che deve poi dar conto in motivazione delle argomentazioni, logiche e giuridiche, poste a base della sua decisione).⁶¹ Anzi, al riguardo, è stato anche osservato che l'assetto giuridico della minore età è la prova più convincente della preferibilità della dottrina (oggettiva) dell'interesse rispetto alla dottrina (soggettiva) della volontà, nel riconoscimento dei diritti individuali.⁶²

4.2. Altro settore in cui viene in rilievo la relazionalità della persona umana (e, quindi, del diritto) può essere quello della *maternità surrogata*: tema questo di recente emersione sociale.

Le Sezioni unite civili con sentenza 8 maggio 2019, n. 12193 avevano affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nell'ordinamento italiano un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il c.d. "genitore d'intenzione".

Successivamente la Prima Sezione della Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale di alcune norme (e, precisamente, dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40; dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396). In sostanza, le questioni di legittimità, che erano state formulate, sollecitavano la Corte costituzionale a esaminare lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata (vietata nell'ordinamento

61 Il concetto di *best interest of the child* si presta a varie traduzioni nella lingua italiana. La traduzione dell'art. 3 della Convenzione ONU, relativo alla legge di ratifica, parla di "protezione del miglior interesse del minore", mentre in altri testi si preferisce utilizzare il termine "superiore", ovvero "preminente", piuttosto che il termine "prevalente", sempre in riferimento alla tutela dell'interesse del fanciullo. Il punto fondamentale, comunque, concerne non la questione terminologica, ma la valenza sostanziale che si desidera conferire al concetto nel bilanciamento con gli altri interessi in gioco, nel senso che attraverso questo termine il giudice decide che l'interesse del fanciullo debba prevalere sempre oppure possa essere commisurato con altri valori di pari dignità costituzionale, almeno in via astratta.

La giurisprudenza della corte di legittimità italiana ha da anni chiarito che "le indagini e le valutazioni del giudice del merito non debbono svolgersi sul piano astratto e generale, ma, in ossequio al principio di rilevanza costituzionale della tutela del prevalente interesse del minore, debbono avere ad oggetto la fattispecie concreta" (Cass. 16 febbraio 2002 n. 2303); mentre, più di recente, ha richiamato il suo "costante orientamento [...] in merito alla necessità di un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale" (Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26767).

62 Nel celebre saggio di McCormick (1976, pp. 305-317). I minori d'età, per la legislazione italiana come per tutte le legislazioni contemporanee, sono privi del potere dispositivo sui propri beni e della pienezza di riconoscimento dei loro atti di libertà (e non solo in campo patrimoniale).

italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004); e, in particolare, la possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti (e, dunque, il genitore cosiddetto “biologico”); ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale, pur senza fornire il proprio apporto genetico (e, dunque, il cosiddetto genitore “d'intenzione”).

La Corte costituzionale con la recente sentenza n. 33 del 27 gennaio 2021 ha dichiarato inammissibile la questione; ma, in motivazione – dopo aver ribadito che la pratica della maternità surrogata “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sentenza n. 272 del 2017) e dopo aver rilevato che i relativi accordi «comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate» (preoccupazioni queste che, verosimilmente, sono alla base della condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016) – ha focalizzato la sua attenzione sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (nella specie, omosessuale) che, sin dall'inizio, aveva condiviso il percorso (che aveva condotto al concepimento e alla nascita nel territorio di uno Stato, dove la maternità surrogata non era contraria alla legge), per poi portare in Italia il bambino, del quale da anni si era preso quotidianamente cura.

Proprio in considerazione degli interessi del bambino, la Corte ha ribadito il principio secondo il quale in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (*best interests*) o dell’ “interesse superiore” (*intérêt supérieur*) del minore, inteso come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”» (sentenza n. 11 del 1981). E, affermando un principio innovativo, ha ritenuto indubbio “l'interesse di un bambino, accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio *a quo*, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo”, ad ottenere “un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia”.

La Corte ha quindi concluso, affermando che: “Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di

disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di *insufficiente tutela degli interessi del minore*".

La sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale italiana è di notevole rilievo almeno sotto un duplice rilievo: sia perché attribuisce rilievo al legame che intercorre tra il bambino ed i componenti (genitori, non biologici) della coppia che, dapprima, ne hanno voluto la nascita e, poi, lo hanno accudito (esercitando così di fatto la responsabilità genitoriale); sia perché – nel porre in bilanciamento l'interesse superiore del minore (a veder riconosciuto il suo legame anche con il genitore non biologico) con lo scopo legittimo dell'ordinamento (a disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, penalmente sanzionata) – sollecita il legislatore a porre mano ad una speciale procedura di adozione per consentire una adeguata tutela degli interessi del minore.⁶³

4.3. Dove invece mi sembra assente o comunque lacunoso il riconoscimento della dimensione relazionale dei diritti individuali è tuttora il particolare settore dell'inizio vita: qui parte della cultura contemporanea sembra davvero riuscita ad oscurare la percezione, personale e collettiva, del valore della vita umana.

Cerco di spiegarmi meglio. Si è già detto che la Corte costituzionale italiana con sentenza n. 27/1975 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del codice penale. Occorre ora aggiungere che la Consulta, nella motivazione di quella storica sentenza, dopo aver individuato gli interessi in gioco (il benessere fisico e l'equilibrio psichico della gestante, da un lato, la salvaguardia della vita dell'embrione, dall'altro), ha operato tra i suddetti beni un bilanciamento, stabilendo che la gravidanza possa essere interrotta, oltre che per l'imminente pericolo di vita della gestante, anche «quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo

63 La Corte costituzionale italiana con la sentenza 33/2021, che va annoverata nell'ambito delle c.d. "decisioni monitorie", ha ritenuto che la tutela di cui all'art. 44 comma 1, lettera d) della legge 4 maggio 1983, n. 184 (che aveva formato il fulcro argomentativo della sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni Unite civili) non è del tutto adeguata ai principi costituzionali e sovranazionali: sia

grave, medicalmente accertato (...) e non altrimenti evitabile, per la salute della madre». Ed ha terminato il suo argomentare ponendo a carico del legislatore ordinario un *preciso obbligo*: quello di “predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione”, con la dichiarata conseguenza che la legittimità “dell’aborto deve essere ancorata ad una *previa valutazione* della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla”.

A fronte di questo preciso *dictum* della Corte, inadeguate mi sembrano le modalità con le quali l’interruzione della gravidanza è stata in concreto disciplinata dalla legge n. 194/1978 (agli articoli 4 e 5): di fatto, in Italia, oggi, per la donna che intende abortire, è sufficiente, nei primi novanta giorni della gravidanza, presentarsi al consultorio o a un suo medico di fiducia o a una struttura socio sanitaria ed ivi esprimere, con l’analisi di gravidanza in mano, la propria volontà di interromperla, ottenendo un certificato (attestante il suo stato di gravidanza e la sua richiesta di abortire), con il quale qualche giorno dopo può presentarsi all’ospedale per abortire gratuitamente. In tale contesto fattuale si volatilizza il riferimento (contenuto nell’art. 4) al “serio pericolo per la sua salute fisica o psichica” che potrebbe derivare dalla prosecuzione della gravidanza, dal parto o dalla maternità in considerazione del “suo stato di salute, delle condizioni economiche, o sociali, o familiari, o delle circostanze in cui è avvenuto il concepimento o della previsione di anomalie o malformazioni del concepito”: ciò che conta è soltanto ed esclusivamente la decisione della donna, la sua autodeterminazione.

Ma ciò non era stato affatto affermato dalla Corte costituzionale. Anzi, la Corte, si ribadisce, aveva tracciato per il legislatore nazionale un preciso percorso: realizzare il bilanciamento tra il pericolo per la salute della donna e il diritto alla vita del bambino, passando attraverso una valutazione “*previa*”, cioè precedente all’aborto, dell’effettività del pericolo per la madre, in modo che fosse salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto.

Per le ragioni che precedono, la legge n. 194/1978 non mi sembra affatto

perché non attribuisce la genitorialità all’adottante; sia perché non consente inequivocabilmente di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente (e sono dal bambino percepiti) come propri nonni, zii, fratelli e sorelle; sia perché richiede, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico”, che potrebbe non essere in concreto prestato.

Tenuto conto di quanto sopra, nonché del fatto che il Parlamento nazionale non ha fin qui dato attuazione al monito contenuto nella sentenza n. 33, la Prima Sezione Civile della Corte con ordinanza 1842 del 18 ottobre 2021 ha rimesso gli atti al Primo Presidente, sollecitando nuova assegnazione alle Sezioni Unite.

interpretata ed applicata in conformità del *dictum* della Corte costituzionale laddove viene intesa configurare l'aborto come un diritto soggettivo potestativo della donna.⁶⁴ Non è coerente con il quadro costituzionale italiano (come ricostruito nella sentenza n. 27/1975) ammettere che nessuno possa opporsi alla richiesta di aborto, formulata dalla donna: se desta perplessità la posizione del medico (il cui eventuale rifiuto a rilasciare la prevista attestazione⁶⁵ porta banalmente la donna a rivolgersi ad altro sanitario, più compiacente), come pure la posizione dei genitori della minorenni (l'eventuale dissenso dei quali può essere aggirato con il ricorso al giudice tutelare), ancora maggiori sono le perplessità quando viene mantenuto estraneo a tale decisione anche il *partner* della donna (il cui legame con il concepito, del quale è genitore biologico, è fuori di discussione).⁶⁶ In generale, la scelta della madre – riguardo al frutto del concepimento – non può mai essere arbitraria, perché, opinando diversamente, il nascituro sarebbe privo di ogni tutela.

Spiace poi constatare la Corte costituzionale, dopo aver dato avvio nel 1975 alla legalizzazione dell'aborto volontario indicando un percorso che essa stessa definì obbligatorio per il legislatore, ha sì successivamente più volte preso in considerazione la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza.⁶⁷ ma

64 Il diritto all'autodeterminazione della donna è evocato a sproposito. In materia, l'autodeterminazione della donna e dell'uomo consiste nel prendere liberamente la scelta di concepire oppure di non concepire, ma non nella possibilità di sopprimere il concepito, perché in questo caso c'è di mezzo la vita di un terzo essere umano. Piuttosto, in materia, va evocato il "fondamentale principio di responsabilità che riguarda ogni forma di procreazione" (richiamato, sia pure con riferimento ad altra problematica, dalla Prima Sezione civile della Corte con la citata ordinanza n. 1842/2022).

65 L'interruzione della gravidanza è infatti condizionata all'attestazione della struttura consultoriale o del medico di fiducia, interpellati dalla gestante, che la continuazione della gravidanza potrebbe creare un rischio effettivo per la sua sopravvivenza ovvero per la sua integrità psico-fisica.

66 Per la precisione, la Corte costituzionale con ordinanza 389/1988 – in un giudizio nel quale era stata eccepita la illegittimità costituzionale (per violazione del principio di uguaglianza tra i coniugi) dell'art. 5 della legge 22 maggio 1978, n. 194, nella parte in cui non riconosce rilevanza alla volontà del padre del concepito – ha dichiarato inammissibile la questione, affermando tuttavia incidentalmente che detto articolo "è frutto dell'insindacabile scelta politico-legislativa di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza" e "tale scelta non può considerarsi irrazionale in quanto è coerente al disegno dell'intera normativa e, in particolare, all'incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna".

Le affermazioni incidentali, effettuate dalla Corte costituzionale con ordinanza 389/1988, non sono mai state dalla stessa successivamente ribadite ed anzi sono di fatto smentite dalla sentenza n. 35/1997 (di cui alla nota che segue). Esse, d'altra parte, si pongono in insanabile contrasto con la posizione della Grande Camera della Corte EDU, che, con sentenza 16 dicembre 2010 (A, B e C contro Irlanda, ricorso n. 25579/05), oltre a ribadire che nella nozione di "vita privata" rientra anche il diritto a scegliere di avere o di non avere figli o di diventare genitori biologici, ha espressamente precisato che non è configurabile un diritto all'aborto sulla base dell'art. 8 della Convenzione.

67 Dal 1975 la Corte costituzionale, oltre che in sede di giudizi incidentali di legittimità (promossi da

fin qui si è sempre sottratta al compito di verificare se il percorso, disegnato nel 1975, è stato correttamente seguito dal legislatore del 1978.

La Corte costituzionale, si ribadisce, con sentenza n. 27/1975 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del codice penale, "nella parte in cui non prevede(va) che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi *danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato* nei sensi di cui in motivazione e *non altrimenti evitabile*, per la salute della madre"; ed aveva affermato l' "*obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione*".

Eppure, il legislatore con legge n. 194/1978 nulla ha preveduto: né in punto di accertamento medico del danno o del pericolo per la salute della madre; né in punto di gravità di detto danno e di detto pericolo; men che meno in punto di non altrimenti evitabilità del danno e del pericolo.

Tale circostanza è stata in vario modo evidenziata dai diversi giudici tutelari, che, chiamati a prendere parte alla procedura dell'aborto delle ragazze minorenni, hanno ritenuto di dover chiedere alla Corte costituzionale una pronuncia sul merito della legittimità della regolamentazione legislativa, proprio invocando i principi che erano stati affermati dalla sentenza n. 27/1975.

Tuttavia, la Corte, fino ad oggi, ha *sempre* evitato di rispondere nel merito, riparandosi dietro l'usbergo della inammissibilità della questione.⁶⁸

Ad oggi, dunque, è sempre rimasta elusa la domanda se la legge 194/1978 tutela effettivamente i diritti inviolabili del concepito, pur solennemente affermati dalla Corte costituzionale con sentenza n. 27/1975.

Eppure, secondo la giurisprudenza della Corte,⁶⁹ anche in relazione alle questioni che toccano "temi eticamente sensibili", "l'individuazione di un ra-

giudici tutelari), ha preso in considerazione la disciplina dell'interruzione di gravidanza anche in sede di esame di ammissibilità di *referendum* abrogativi (nonché in sede di esame di conflitti di attribuzione insorti in connessione con richieste referendarie). In particolare, la Corte, con sentenza n. 35/1997, nel dichiarare inammissibile una richiesta di *referendum* (volto alla totale liberalizzazione dell'aborto nei primi 90 giorni di gravidanza), ha ribadito "il diritto del concepito alla vita" (escludendo che l'interruzione della gravidanza possa essere un mezzo per il controllo delle nascite) ed ha aggiunto che "è precluso al legislatore e conseguentemente anche alla deliberazione abrogativa del corpo elettorale" ricondurre la vicenda abortiva "ad un regime di totale libera disponibilità da parte della singola gestante, anche in ordine alla sorte degli interessi costituzionalmente rilevanti in essa coinvolti".

68 In sintesi, secondo l'ordine di considerazioni svolto dalla Corte costituzionale, i giudici tutelari non hanno il compito di applicare l'articolo 4, ma soltanto di valutare la maturità della madre minorenni (che chiede di abortire senza il consenso dei genitori), ragion per cui svolgerebbero un ruolo "non rilevante" (!) nella vicenda giudiziaria disciplinata dall'art. 12 della legge 194.

69 Corte costituzionale, sent. n. 162 del 9 aprile 2014, dalla quale è tratta la citazione riportata nel testo.

gionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, *appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore»* (sentenza n. 347 del 1998), *ma resta ferma la sindacabilità della stessa*, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano”.

Non sfugge a nessuno: che è questa materia, quanto mai insidiosa, sulla quale si è ormai formato un diffuso consenso sociale; che, oltre a quella italiana, molte altre legislazioni contemporanee, consentono alla donna di richiedere l'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi 90 giorni di gestazione per motivi di salute, economici, sociali o familiari; che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo,⁷⁰ pur proclamando espressamente il diritto alla vita (all'art. 2), non menziona il nascituro, mentre la Corte EDU, custode di quella convenzione, pur ritenendo ampia la tutela offerta dall'art. 2, non ha mai fin qui affermato l'incompatibilità convenzionale della normativa di uno Stato parte, che autorizzi l'interruzione della gravidanza.⁷¹

70 La Convenzione EDU, all'articolo 2, garantisce il diritto alla vita ed espone le circostanze nelle quali può essere giustificato infliggere la morte. L'art. 2, unitamente all'art. 3, che vieta i trattamenti inumani o degradanti, rappresenta il c.d. *nocciolo duro* della Convenzione, in relazione al quale non può essere autorizzata alcuna deroga (con conseguente inammissibilità di qualsiasi operazione di bilanciamento). La circostanza si spiega per la seguente semplice ragione: il diritto alla vita è un diritto primario, anzi, è il diritto primario per eccellenza, senza il quale non è possibile esercitare nessun altro diritto; esso, dunque, va difeso, più e prima, di ogni altro diritto.

71 In via generale, la Corte EDU è ferma nell'interpretare in senso lato la tutela offerta dall'art.2, fino a ricomprendere nel cono d'ombra della disposizione anche i casi nei quali non si è verificata la morte di un uomo, ma la condotta violatrice è stata astrattamente idonea ad uccidere. La corte è altresì ferma nell'affermare che l'articolo 2, § 1 impone allo Stato non soltanto l'astensione dal procurare volontariamente ed illegalmente la morte, ma anche un preciso obbligo positivo di protezione: l'adozione, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico interno, di ogni misura necessaria alla tutela della vita delle persone sotto la sua giurisdizione (con la conseguenza che, ogni qualvolta il ricorso alla forza comporta la morte di un uomo, lo Stato deve procedere ad una inchiesta effettiva sulle circostanze che hanno cagionato la morte, a prescindere da chi sia stato l'autore).

Il problema del bilanciamento tra diritti della madre e diritti del nascituro, nella giurisprudenza della Corte EDU, fino ad ora è stato sfiorato nelle celebri sentenze *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* del 1992 e *Woman on Waves c. Portogallo* del 2010 (entrambe in tema di art. 10 Cedu), nella decisione di irricevibilità *Boso c. Italia* del 2002 (resa su ricorso proposto dal padre del nascituro, che lamentava di non aver avuto voce in capitolo nella decisione della madre di interrompere la gravidanza), nonché nella sentenza *A, B et C c. Irlanda* del 2010 (in tema di art. 8 Cedu). Peraltro, in detto ultimo caso, la Grande Camera della Corte EDU (cfr. sentenza 16/12/2010, emessa sul ricorso 25579/05) ha precisato che: “nella nozione di “vita privata” rientra, anche il diritto a scegliere di avere o di non avere figli o di diventare genitori biologici, ma da tale norma non deriva un diritto all'aborto” (per una interessante riflessione gius-filosofica sull'inconfigurabilità di un diritto all'aborto, si cfr. Sartea, 2013, pp. 767 e ss.).

Nell'ulteriore caso *Vo c. Francia* (deciso dalla Grande Camera della Corte EDU con sentenza 8 luglio 2004) è sì venuto in rilievo il rispetto dell'art. 2 della Convenzione, ma il caso aveva ad og-

Tuttavia, fermo restando che non mancano Paesi nei quali l'interruzione della gravidanza non è legalizzata (come ad es. la Polonia)⁷², occorre riflettere sul ruolo del consenso sociale nell'interpretazione della Convenzione da parte della Corte di Strasburgo⁷³ (e, di riflesso, nell'interpretazione della Carta dei

getto (non un'interruzione volontaria della gravidanza, ma) la morte di un embrione causata non intenzionalmente da un medico. In quell'occasione la Corte, con 14 voti a favore e 3 contrari, ha deciso che non vi era stata violazione dell'art. 2. La sentenza va comunque ricordata in quanto: a) anche in questo caso la Grande Camera ha evitato di prendere posizione esplicita sull'estensione all'embrione della protezione di cui all'art. 2 della Convenzione; b) se davvero l'art. 2 fosse inapplicabile alle problematiche dell'embrione, la Corte avrebbe dovuto – come richiesto dal Governo francese – dichiarare l'inammissibilità del ricorso, senza trattarlo nel merito; c) come osservato dal giudice Costa nella sua opinione concorrente, anche nei casi che pongono il tema dell'aborto, la Corte, applicando il test dell'equo contemperamento degli interessi della madre e dell'embrione, implicitamente ritiene applicabile a quest'ultimo la protezione dell'art. 2 (essendo l'embrione titolare del solo primordiale diritto alla vita).

Resta poi il fatto che fino ad oggi è rimasta inesplorata la problematica del rispetto dell'art. 2 della Convenzione in tutti quei casi in cui la dignità umana possa essere lesa per effetto di una qualche applicazione delle nuove scoperte in materia di ingegneria genetica. Sorprende che fino ad oggi la Corte EDU non sia mai stata chiamata a dare un parere sull'art. 1 della Convenzione di Oviedo (che verte sulla stessa materia dell'art. 2 della Convenzione), in forza della espressa previsione contenuta nell'art. 29 della stessa Convenzione.

- 72 Il Tribunale costituzionale polacco con sentenza 22 ottobre 2020 ha dichiarato incostituzionale l'aborto farmacologico nei casi in cui esami prenatali o altre valutazioni mediche indichino un'elevata probabilità che il feto presenti un'anomalia grave e irreversibile o una malattia incurabile.

La sentenza ha sollevato molte polemiche, ma da un punto di vista strettamente giuridico, a me sembra ineccepibile: essa, lungi dal limitare la tutela della salute psico-fisica della donna partorientente, salvaguarda il diritto alla vita dei soggetti malformati. Tanto peraltro avviene in conformità alle diverse disposizioni internazionali che, esplicitamente o implicitamente, vietano il ricorso a pratiche eugenetiche (si cfr.: l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; l'articolo 11 della Convenzione di Oviedo, nonché l'articolo 14 della Convenzione EDU, nella parte in cui vieta la discriminazione in base a qualunque altra condizione rispetto a quelle espressamente elencate) e anche in linea con la giurisprudenza della Corte di cassazione italiana (cfr. sentenza n. 14488/2004, dove si legge che «...non esiste nel nostro ordinamento l'aborto eugenetico, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti. Esso inoltre non esiste né come diritto della gestante né come un diritto del nascituro, per quanto da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio per il mancato esercizio». Tale orientamento è stato successivamente confermato dalle Sezioni Unite della Corte con sentenza n. 25767/2015).

L'eventuale possibilità di abortire in seguito alle malformazioni del feto causerebbe un'evidente discriminazione, con violazione del principio di uguaglianza, poiché la vita del nascituro sano sarebbe ritenuta più degna di tutela giuridica rispetto alla vita del nascituro non sano: «L'ottica eugenetica mina alle radici il concetto stesso di democrazia e, in particolare, il principio di uguaglianza, in quanto rompe l'assunto fondamentale secondo cui il rispetto dei diritti umani e, in particolare, del diritto alla vita, dipende esclusivamente dall'esistenza in vita di un certo individuo, e non dal giudizio sulle sue condizioni» (cfr. Eusebi, 2009, p. 44)

- 73 Per la Corte EDU, il consenso è complementare al margine di apprezzamento, nel senso che, rispetto ad una data questione, al crescere del consenso, cresce l'incisività del sindacato della Corte europea (nel valutare la compatibilità dell'interferenza introdotta dallo Stato in difformità dalla regolamentazione uniforme raggiunta a livello europeo), mentre diminuisce il margine di

diritti fondamentali dell'Unione europea da parte della Corte di Lussemburgo, alla luce della giurisprudenza CEDU e delle delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri), nonché sulla necessità di sottoporre il bilanciamento, raggiunto in sede politica, alla verifica di legittimità costituzionale.

4.4. La *dottrina del consenso*, accanto ad indubbi lati positivi,⁷⁴ presenta l'inconveniente di subordinare l'esigenza di protezione elevata dei diritti fondamentali ad un "consenso" (del quale peraltro la Corte europea non ha fino ad oggi mai precisato: né le modalità di acquisizione degli elementi conoscitivi, e neppure le caratteristiche e l'estensione che esso deve presentare per essere rilevante).⁷⁵

È stato correttamente osservato che: "Affermare che l'assenza di un *common ground* può giustificare il mancato innalzamento della tutela significa, in definitiva, affidare ad un dato numerico o elettivo la protezione di valori fondamentali che, invece, vanno tutelati anche oltre il consenso dei destinatari e, anzi, contro la maggioranza, se tale maggioranza finisca con il porsi su un binario lesivo di siffatti valori" (Conti, 2012, p. 585).

Risuonano al riguardo convergenti, pur partendo da presupposti filosofici differenti, gli insegnamenti di Norberto Bobbio – quando affermava che "la regola della maggioranza non è applicabile a tutte le situazioni"⁷⁶ ed insisteva

apprezzamento di ogni singolo Stato contraente. Al contrario, al ridursi del consenso, si riduce l'ambito del sindacato della Corte europea, mentre si espande il sindacato delle autorità nazionale (espresso attraverso il loro margine di apprezzamento) e, conseguentemente, l'ambito delle possibili interferenze a livello statale.

In via generale, la *dottrina del consenso* ha l'obiettivo di salvaguardare le tradizioni storico – giuridico – sociali di un Paese aderente alla CEDU al quale viene riconosciuto il potere di adottare misure limitative di diritti fondamentali, sul presupposto che: o le autorità nazionali si trovino in una posizione migliore rispetto al giudice europeo per individuare i limiti (ad es., correlati alla sicurezza nazionale ed alla salute – v. caso *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978); o non si riscontrano nella legislazione domestica dei vari Paesi contraenti concezioni europee uniformi (come spesso di verifica per le questioni di carattere etico, morale o religioso).

74 Invero, l'accresciuta sensibilità rispetto ad un valore può giustificare l'innalzamento del suo livello di protezione anche nei confronti di chi non ha aderito alla manifestazione espressa dalla maggioranza; e, d'altra parte, la giurisprudenza europea non può che essere collegata alle tradizioni culturali dei singoli Paesi, dalle quali le Corti europee non possono che attingere.

75 Oltre al grave inconveniente indicato nel testo, occorre rilevare che la *dottrina del consenso* può comportare che, in relazione ad un medesimo diritto fondamentale, il sistema di protezione può variare con il variare del Paese contraente: pertanto, un medesimo diritto fondamentale può essere diversamente regolato a livello dei singoli Stati.

76 Norberto Bobbio rispondeva, a chi si richiamava al patto sociale, "che il primo grande scrittore politico che formulò la tesi del contratto sociale, Tommaso Hobbes, riteneva che l'unico diritto cui i contraenti entrando in società non avevano rinunciato era il diritto alla vita" (intervista rilasciata

nel dire che non possono essere sottoposti a un voto della maggioranza “il diritto alla vita, alla libertà, alle varie forme di libertà personale, civile e sociale”, in quanto detti diritti costituiscono le condizioni necessarie per l’applicabilità stessa del principio maggioritario (Bobbio, 1983)⁷⁷ – e gli insegnamenti di Joseph Ratzinger – quando, non ancora giunto al soglio pontificio, individuava come “uno dei rischi più gravi”, per il diritto, ai giorni nostri, è proprio l’affermarsi del “consenso, come fonte del diritto”.⁷⁸

Sotto altro profilo, nessuno dubita che sia ineludibile il ricorso al *bilanciamento*, quale tecnica di applicazione di principi costituzionali, ogni qual volta in una determinata situazione si verifica un conflitto tra principi differenti (come per l’appunto nel caso dell’interruzione volontaria della gravidanza, nel quale vengono in rilievo il diritto alla vita del nascituro, da un lato, ed il diritto alla salute della madre, dall’altro).

Tuttavia, non va dimenticato che il giudizio di bilanciamento è di per sé un giudizio di valore, in quanto implica stabilire la relazione che si pone tra i due principi, con riguardo alla situazione normativa in cui essi vengono a collidere. Pertanto, la logica, sottesa al bilanciamento, presenta l’inconveniente di essere suscettibile di dissolvere i principi costituzionali in valutazioni, che, in ultima analisi, possono essere soggettive e imprevedibili.

Per evitare che ciò si verifichi, la dottrina da tempo si esercita nella ricerca di schemi logici⁷⁹ in grado, se non di eliminare, quanto meno, di contenere il

da Bobbio a “La Stampa” del 15-V-1981 e richiamata da Palini, 1992, p. 74). E’ indubbio che il principio dell’inviolabilità assoluta della vita umana innocente risponde a valori sostanziali e principi fondamentali, che stanno alla base dello Stato democratico e costituzionale moderno.

77 Secondo Bobbio (1983, p. 18), non possono essere sottoposti a un voto della maggioranza “il diritto alla vita, alla libertà, alle varie forme di libertà personale, civile e sociale”, in quanto detti diritti costituiscono le condizioni necessarie per l’applicabilità stessa del principio maggioritario. In una prospettiva di etica politica, occorre poi domandarsi sulla base di quale fondamento razionale lo Stato moderno – che è sorto proprio per garantire beni, come la vita e la salute – possa porre obblighi, limitativi di tali beni, a carico delle strutture sanitarie pubbliche.

78 Si cfr. la *lectio* pronunciata da Joseph Ratzinger il 10 novembre 1999 presso l’Università LUMSA di Roma, in occasione del conferimento del dottorato *honoris causa* in giurisprudenza, laddove si legge: “se la ragione non è più in grado di trovare il cammino verso la metafisica, vi sono per lo Stato solo le comuni convinzioni sui valori dei cittadini, convinzioni che si rispecchiano nel consenso democratico. Non la verità crea il consenso, ma il consenso crea non tanto la verità, quanto ordinamenti comuni. La maggioranza determina ciò che deve valere come vero e come giusto. Ciò significa che il diritto è esposto al gioco delle maggioranze e dipende dalla coscienza dei valori della società del momento, che a sua volta è determinata da molteplici fattori”.

79 Lo schema scientifico più famoso è probabilmente quello elaborato da Robert Alexy (Alexy, 2014, pp. 52-55). Altro schema generale del test di proporzionalità è stato elaborato da Roberto Bin, già dagli anni Novanta (Bin, 1992).

suddetto inconveniente (e, quindi, di compensare l'elasticità del principio di proporzionalità con una stabilizzazione dei metodi per la verifica del suo rispetto) ogni qualvolta due principi costituzionali sono in conflitto tra loro.

Eppure, nonostante la particolare delicatezza della materia, la Corte costituzionale italiana ha sin qui evitato di prendere posizione sulla correttezza e ragionevolezza del bilanciamento realizzato in sede legislativa tra il diritto alla salute della donna partoriente ed il diritto alla vita del nascituro.

4.5. Il punto è che sulla legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza (emblematica negazione della dimensione relazionale dei diritti individuali) si è formato oggi un consenso sociale così largo⁸⁰ che neppure le giurisdizioni costituzionali, nazionali e sovranazionali, che dovrebbero essere deputate alla tutela dei diritti della persona umana (e, tra questi, ribadisco, i diritti dell'essere umano nascituro) riescono a contrastare la *tirannide della maggioranza* (del cui influsso, anzi, talvolta, finiscono di correre il rischio di risentire):⁸¹ accade così che, mentre è diffusa la consapevolezza del disvalore di discriminazioni sulla base del colore della pelle ovvero sulla base di convinzioni politiche o religiose, è assai debole la consapevolezza del disvalore del diritto fondamentale alla vita degli esseri umani già concepiti per il semplice fatto che non sono nati, che non sono desiderati o che non possiedono la capacità di rivendicare i loro diritti.⁸²

Oltre ai suddetti due schemi generali, esistono anche schemi di portata più limitata (per ulteriori ragguagli, si rinvia a Ruggeri y Spadaro (2019), pp. 147 e ss.).

- 80 Il ragionamento che suole farsi è per lo più il seguente: “se tu non sei d'accordo, non agire così, ma non imporre agli altri la tua opinione”. Senonché, occorre convincersi che quanto avviene nell'intimità del grembo materno non è una faccenda privata della donna, ma è la formazione e lo sviluppo di un essere umano, che ha pieno diritto alla protezione legale. D'altronde, una società, che non conosca limiti, finisce con il tradire sé stessa, perché, se non ci sono limiti, può essere permessa ogni cosa.
- 81 Perlingieri (1972): “La maggioranza non può limitare arbitrariamente la persona umana: le limitazioni si giustificano esclusivamente se tendono allo stesso sviluppo dell'uomo” (p. 134), “Il valore della personalità umana è sottratto alla disponibilità della maggioranza” (p. 135).
- 82 Considerazioni in parte analoghe valgono anche per il trattamento che molte legislazioni nazionali riservano al fine vita. Invero, si sta diffondendo sempre di più la convinzione che: le persone con *handicap*, soprattutto se mentale, sono *inutili*, se non dannose alla società; il cosiddetto *stato vegetativo* non costituisce una condizione degna di essere chiamata vita ed, anzi, è doveroso, per il bene della società, impedire la diffusione delle patologie genetiche mediante l'eliminazione dei portatori; uccidere un neonato *sfortunato* o che rischia di vivere con un *handicap* sia un *bene per lo stesso neonato*; soggetti in totale stato di demenza — privi di autocoscienza — non possono essere chiamati e comunque non hanno il diritto di essere definiti *persone*; la condizione di sofferenza derivante da una malattia inguaribile non può essere sopportata; gli anziani (soprattutto se poveri) sono un costo, se

A mio avviso, i legislatori nazionali, dovrebbero avere il coraggio di ritornare sulla regolamentazione dell'interruzione della gravidanza:⁸³ non soltanto per renderla più coerente con i principi costituzionali e con le più recenti acquisizioni scientifiche sul genoma umano, ma anche per rivedere i diversi istituti (di protezione della maternità e di assistenza dei minori abbandonati), già esistenti nei diversi ordinamenti nazionali (e, in tal senso, sia pure con riguardo alla maternità surrogata, è anche il suggerimento nella recente sentenza monito n. 33/2021 della Corte costituzionale italiana). Peraltro, così operando, si verrebbe incontro al desiderio di molte coppie che fanno ricorso (talvolta ripetutamente e inutilmente) alla fecondazione artificiale, sostenendo anche spese impegnative, pur di riuscire ad avere un figlio.⁸⁴ Più in generale, è necessario pensare ad un sistema di sicurezza sociale, a carattere speciale ed integrale, che, fin dall'inizio della gravidanza, protegga il nascituro e la madre partoriente.

In definitiva, per scongiurare il pericolo di *derive individualistiche* (ben evidenziato da Marta Cartabia), che non si collocano nel solco della nostra tradizione culturale e che possono essere di pregiudizio per l'armonico sviluppo del modello di società, personalista e pluralista, sotteso a gran parte delle costituzioni democratiche moderne, occorre a mio avviso mantenere il coraggio di voler affermare sempre, in tutte le sue conseguenze, il primato della persona umana (a partire dalla formazione del genoma), la sua intrinseca dignità e la sua natura relazionale,⁸⁵ quali riferimenti essenziali per il discernimento dei diritti umani autentici,

non uno spreco per la società (in termini di occupazioni di posti-letto, costi delle terapie ecc.), ecc.

83 Se la donna partoriente non va mai colpevolizzata (ed anzi il più delle volte va difesa, perché subisce la vicenda abortiva sotto le pressioni del *partner*, della famiglia o dell'ambiente sociale in cui vive), neppure può essere legalizzata la pretesa della donna a perseguire un proprio asserito maggior benessere fisico o psichico, facendone ricadere le conseguenze sul nascituro, peraltro al carissimo prezzo della vita. Se non si può pretendere che una donna accetti un figlio che non ha desiderato, neppure si può pretendere che detto rifiuto si traduca nella soppressione legalizzata di una vita innocente.

84 Resta comunque sullo sfondo il fatto che la soppressione della vita nascente non dovrebbe mai essere un modo per risolvere problemi, che devono trovare altrove la loro soluzione.

85 Trasformare in diritto pretese soggettive individuali implica necessariamente prevedere obblighi a carico di altri. Ciò è imposto dalla realtà delle cose: ogni diritto ha un *costo* per la società, in termini di risorse necessarie per la sua attuazione e per la sua tutela nonché in termini di sacrificio di altri interessi con esso confliggenti.

Al riguardo, cfr. Epiedendio y Piffer (2011), dove viene indicato, come esempio emblematico, il caso di chi, volendo affermare il suo diritto a guidare la moto senza casco (come diritto a muoversi come vuole, anche a costo, nel caso di incidente stradale, di subire gravi lesioni o di mettere a repentaglio la sua stessa vita), deduca a fondamento di tale suo preteso diritto la preminenza del suo desiderio su ogni altro confligente interesse (quale l'interesse generale a prevenire le ingenti spese sanitarie connesse agli incidenti stradali e quale l'interesse che altri hanno all'adempimento dei suoi doveri, in quanto membro di una comunità di persone, legate tra loro da reciproci rapporti di solidarietà).

in seno ad una dinamica giuridica, che oggi sta diventando sempre più complessa. Soltanto così, si sarà in grado di non confondere “l’universalismo dei diritti fondamentali con l’universale che appartiene alla comune esperienza umana”, e, quindi, si sarà in grado di sottoporre la categoria dei diritti fondamentali *al vaglio della ragione e dell’esperienza umana universale* perché essi rimangano “primigeni strumenti di giustizia” Cartabia (2008, pp. 399-409, 2009, pp. 537 e ss.).

5. Nonostante la varietà delle fonti normative applicabili e l’esistenza di nodi problematici assai complessi da sciogliersi, anche nell’attuale sistema multilivello il giurista non può esimersi dal cercare di individuare *un ordine di collegamento sistematico*.⁸⁶

Essendo un dato di fatto che non esistono norme espresse di coordinamento tra i diversi sistemi (non soltanto tra quello nazionale e quello euro-unitario, ma neppure tra quello nazionale e quello convenzionale e tra quest’ultimo e quello euro-unitario), un *ruolo integratore* tra i suddetti distinti ordinamenti non può che essere svolto dalla giurisprudenza⁸⁷ e dalla dottrina.⁸⁸

D’altra parte, i giuristi di tutto il mondo – attraverso la comparazione della giurisprudenza e della legislazione di diversi Paesi –⁸⁹ sono oggi impegnati nella ricerca di *connessioni orizzontali*, che consentano di ricostruire, in materia di

E’ questo un aspetto che la completezza di un’argomentazione giuridica non può eludere, mentre la c.d. “argomentazione per diritti” tende a non far emergere: la logica individualista dei “diritti-de-siderio” occulta il fatto che trasformare in diritto una pretesa soggettiva, quand’anche apprezzabile, implica sempre affermare obblighi a carico di altri.

86 In generale, ogni operatore del diritto – sia esso un teorico o un pratico del diritto – è di per sé chiamato a “mettere ordine”, nel “rispetto della complessità e della pluralità del reale”, cioè a perseguire una unità che rispetta le diversità, ma nel contempo le armonizza.

87 Nella complessità dell’attuale contesto ordinamentale, l’esercizio della giurisdizione può essere un decisivo fattore unificante: sia perché l’intervento del giudice si realizza su casi, cioè soltanto su questioni nelle quali è richiesto ed in vista dell’interesse delle parti che al caso sono interessate; sia perché ogni decisione giudiziaria si modella sui precedenti (di talché è garantita in un certo qual modo la sua prevedibilità), ma è di per sé aperta ai mutamenti normativi; sia, infine, perché ogni decisione giudiziaria interviene nel contraddittorio delle parti, sulla base di materiale probatorio acquisito e valutato nel rispetto di precise regole processuali, e deve essere motivata. Tuttavia, affinché le decisioni giudiziarie possano essere il perno per la ricostruzione di un ordine in un sistema complesso, è necessaria una formazione giuridica nuova, che trasmetta il senso della complessità del sistema e della rilevanza della normativa e della giurisprudenza sopranazionale nell’esercizio quotidiano della giurisdizione.

88 Cfr. Cassese (2009, p. 10), secondo il quale giurisprudenza e dottrina «...consentono la cooperazione, agendo da “frizione”, per collegare e scollegare i sistemi giuridici, o da “collante”, per tenerli insieme».

89 La comparazione ha oggi un rilievo centrale, come da tempo sottolineato da attenta dottrina. Cfr., in particolare, Repetto (2011).

diritti fondamentali, una sorta di patrimonio comune,⁹⁰ composto in modo eterogeneo da principi desumibili dal diritto internazionale consuetudinario, da convenzioni internazionali multilaterali, dalla partecipazione degli Stati a organizzazioni sopranazionali, dalle stesse costituzioni nazionali, ecc.. A tali vincoli si aggiungono, per i Paesi europei, che sono parte della Convenzione EDU o che siano membri dell'Unione europea, quelli derivanti dal diritto convenzionale e dal diritto europeo, come rispettivamente interpretati dalla Corte EDU di Strasburgo e dalla Corte di giustizia di Lussemburgo.

Quanto sin qui osservato non riguarda soltanto casi particolarmente controversi e difficili da risolvere, ma investe ormai tutti i campi del diritto ed è strettamente connesso alla c.d. “*crisi dello Stato*” (Cassese, 2002), cioè al fatto che esso non rappresenta più come un tempo la dimensione in cui i fatti sociali assumono senso e valore (e, quindi, l'ambito tipico della loro rilevanza giuridica), nonché al passaggio da un diritto del *territorio* (statale) ad un diritto degli *spazi* (europei, comunitari, transnazionali) che giunge a caratterizzare anche settori tradizionalmente legati alla sovranità statale, quale quello penale.

Gli spazi sovranazionali rappresentano la patria di elezione per la costruzione di *carte di diritti*, che codificano *principi*, di per sé astrattamente idonei ad essere applicati in più Stati (se non in tutta la comunità internazionale). Tutto ciò impone anche di ripensare il rapporto tra giudice ed il diritto.

Ecco dunque aprirsi una nuova fase, nella quale il ruolo dell'operatore del diritto, prima ancora di applicare la norma, è quello di *ricostruire* un ordinamento, che in materia di diritti fondamentali è a più livelli: come nel secolo XX si è dovuto adeguare le categorie giuridiche, ricevute dalla precedente tradizione, al nuovo contesto ordinamentale, derivante dall'entrata in vigore della Costituzione pluralista e personalista del 1948; così, ai giorni nostri, in un contesto ordinamentale, derivante dall'intreccio di normative nazionali e sopranazionali sempre più numerose e dalla sempre maggiore centralità del diritto (più che della legge), si impone un'ulteriore opera di adeguamento, che sappia aprirsi al nuovo, salvaguardando il primato della persona umana, nella sua dignità e nella sua relazionalità.

Quanto mai fondamentale, pertanto, è il lavoro della dottrina, sia pratica che teorica, volto ad approfondire il fondamento antropologico dei diritti fondamentali,⁹¹ affinché, anche nell'attuale magmatico contesto ordinamentale,

90 Un simile patrimonio comune sarebbe in definitiva il prodotto di “*convergenze interpretative*” dei giudici dei singoli Stati e delle giurisdizioni sovranazionali su alcuni valori fondanti da ritenersi inviolabili per il loro contenuto: così Zagrebelsky (2008, pp. 398 e 410).

91 Più in generale, è oggi quanto mai necessaria una nuova dogmatica giuridica, che orienti il legisla-

la dignità e la relazionalità della persona umana possano costituire bussole di orientamento della riflessione giuridica e della legislazione. Ascrivere la dignità e la relazionalità della persona umana ad una sfera sottratta ad ogni arbitrio, e scavarne i contenuti tipici, è forse il contributo più importante che una riflessione sui diritti soggettivi può fornire all'esperienza giuridica contemporanea come orizzonte normativo della coesistenza.

Bibliografía

- Alexy R. (2014). Constitutional Rights and Proportionality. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (22), 51-65.
- Amoroso, G. (2008). I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nelle decisioni della Corte di Cassazione. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (3), 769-806.
- Ascarelli, T. (1957). *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Rivista di Diritto Procesuale*, 1, 352-364.
- Betti, E. (1949). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*. Giuffrè.
- Biavati, P. (2012). La protección de los derechos humanos en Europa: relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales de los estados. *Revista General de Derecho procesal*, (28).
- Bin, R. (1992). *Diritti e argomenti*. Giuffrè.
- Bobbio, N. (1983). La regola della maggioranza e i suoi limiti. En Dini, V. (Dir.), *Soggetti e potere. Un dibattito su società civile e crisi della politica*.
- Bobbio, N. (1992a). I diritti dell'uomo, oggi. En *L'età dei diritti* (pp. 255-270). Einaudi.
- Bobbio, N. (1992b). Sul fondamento dei diritti dell'uomo. En *L'età dei diritti* (pp. 5-16). Einaudi.
- Bobbio, N. (1992c). L'età dei diritti. En *L'età dei diritti* (pp. 45-65). Einaudi.
- Bobbio, N. (1992d). Presente e avvenire dei diritti dell'uomo. En *L'età dei diritti* (pp. 17-44). Einaudi.
- Briguglio, A. (1984). Creatività della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio. *Rivista Trimestrale Di Diritto E Procedura Civile*, 1375 e ss.
- Buongiovanni, G. (2005). *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Laterza.
- Cartabia, M. (2008). Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali. *Iustitia*, 61(4), 399-410.
- Cartabia, M. (2009). L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti". *Quaderni costituzionali*, (3), 537 e ss.
- Cartabia, M. (2010). I "nuovi diritti". Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose, 1-17.

tore nel disciplinare i diversi problemi della vita sociale, secondo ragione, in modo adeguato alla complessità del reale, alla dimensione relazionale del diritto ed alla centralità della persona umana, *caput et fundamentum* della civiltà giuridica occidentale.

- [https://scienzepolitiche.unical.it/bacheca/archivio/materiale/18/Corso%20diritti%20e%20cittadinanza%20-%202019-2020/2.CARTABIA%20\(17%20pgg\).pdf](https://scienzepolitiche.unical.it/bacheca/archivio/materiale/18/Corso%20diritti%20e%20cittadinanza%20-%202019-2020/2.CARTABIA%20(17%20pgg).pdf).
- Cassese, S. (2002). *La crisi dello Stato*. Laterza.
- Cassese, S. (2009). *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Donzelli.
- Conti, R. (2012). Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alti Corti. *Politica del diritto*, 43(4), 555-601.
- Cotta, S. (1989). *Diritto, persona, mondo umano*. Giappichelli.
- Cotta, S. (1991). Attualità ed ambiguità dei diritti fondamentali. En *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè.
- Crisafulli, V. (1966). Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive. *Rivista di diritto processuale*, XXI(2), 206-232.
- D'Amico, G. (2008). Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico nel prisma dell'interpretazione. Il contributo di un Maestro. *Corti calabresi*, 657 e ss.
- D'Andrea, L. (2005). *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*. Giuffrè.
- De Montesquieu, C. (1784). *De l'esprit des lois*. Barrillot & Fils.
- De Montesquieu, C. (1977). Divisione dei poteri e garanzia di libertà. En Matteucci, N. (Dir.), *Antologia degli scritti politici del Montesquieu*. Il Mulino.
- Donati, P. (1983). *Introduzione alla sociologia relazionale*. Francoangeli.
- Donati, P. (2021). Il genoma sociale della famiglia e i suoi beni relazionali, relazione al Convegno. *I fondamenti relazionali del diritto di famiglia*, (19-20).
- Epiedendio, T. E. y Piffer, G. (24 de marzo de 2011). Chi è il giudice nell'epoca dei diritti-desiderio? *Il sussidiario.net*. <https://www.ilsussidiario.net/news/cultura/2011/3/24/giustizia-chi-e-il-giudice-nell-epoca-dei-diritti-desiderio/161370/>.
- Eusebi, (2009). Aborto. En *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica* (Vol. I). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Franzoni, M. (2010). L'interprete del diritto nell'economia globalizzata. *Contratto e Impresa*, 36(2), 366-391.
- Galgano, F. (2004). Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana. *Contratto e Impresa*, 20(1), 1-12.
- Galgano, F. (2005). *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Il Mulino.
- Galgano, F. (2007). Democrazia politica e legge della ragione. *Contratto e Impresa*, 23(2), 393-415.
- Galgano, F. (2009). *Trattato di diritto civile* (Vol. 1). CEDAM.
- Galgano, F. (2012). La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria. *Contratto e Impresa*, 28(1), 77-90.
- Gianniti, P. (2021). Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia. *Il diritto di famiglia e delle persone*, (3), 1245-1287.
- Gianniti, P. y Saratea, C. (2019). *Diritti umani e sistemi di protezione sovranazionali*. Aracne.
- Gorla, G. (1970). Giurisprudenza. En *Enciclopedia del Diritto* (pp. 489-510). Giuffrè
- Gorla, G. (1990). Precedente giudiziale. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIII.
- Grossi, P. (2008). La dignità nella Costituzione italiana. En Ceccherini (Dir.), *La tutela della dignità dell'uomo*. Editoriale Scientifica.
- Grossi, P. (2009). Il diritto civile nella legalità costituzionale. *Rassegna di diritto civile*, (3), 914-920.
- Habermas, J. (2002). *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*. (Trad. L. Ceppa). Einaudi.
- Hobbes, T. ([1681] 1959). *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*. En *Opere politiche* (Trad. N. Bobbio). UTET.

- Inzitari, B. (1998). Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario. En “*Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*”. CEDAM.
- Kant, I. ([1785] 2007). *Fondazione della metafisica dei costumi* (Trad. F. Gonelli). Laterza.
- Kelsen, H. (1994). *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Rizzoli.
- Lejeune, J. (1992). *L’embrione segno di contraddizione. Dai verbali del processo di Maryville*. Edizioni Orizzonte Medico.
- Luhmann, N. (1978). *Stato di diritto e sistema sociale*. Guida.
- Luhmann, N. (1990). *La differenziazione del diritto*. Il Mulino.
- MacCormick, N. (1976). Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Right. En *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 62(3), 305-317.
- Maddalena, P. (2009). Interpretazione sistematica e assiologica del diritto. *Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza*, 59(2), 65-77.
- Marinelli, V. (2002). Precedente giudiziario. En *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*. Giuffrè.
- Maritain, J. (1949). Introduction. En United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *Human Rights. Comments and Interpretations* (pp. 9-17). Greenwood Press.
- Modugno, F. (1989). I diritti della terza generazione. La tutela dei nuovi diritti. *Parlamento*, 53 e ss.
- Modugno, F. (1996). I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza costituzionale. Giappichelli.
- Morelli, A. (1995). Diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Giust. civ.*, 169 e ss.
- Morelli, A. (26 de enero de 2015). I diritti senza legge. *Consulta online*, 10-33.
- Palini, A. (1992). Aborto. *Dibattito sempre aperto da Ippocrate ai nostri giorni*. Città Nuova Editrice.
- Perlingieri, P. (1972). *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*. Camerino.
- Perlingieri, P. (1983). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Repetto, G. (2011). *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*. Jovene.
- Riccio, A. (2017). La giurisprudenza come fonte del diritto. *Contratto e Impresa*, 3(33), 857-898.
- Ruggeri, A. (2006). Interpretazione costituzionale e ragionevolezza. *Politica del Diritto*, XXXVII(4), 531-572.
- Ruggeri, A. (2018). Dignità dell’uomo. En Russo, G. (Dir.), *Nuova Enciclopedia di Bioetica e Sessuologia*. Elledici.
- Ruggeri, A. y Spadaro, A. (2019). *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Giappichelli.
- Sarrea, C. (2013). Sulla problematica idea di un “diritto di aborto”. *Medicina e Morale*, 62(4).
- Sarrea, C. (2020). La tirannia della salute. Riflessioni giusfilosofiche sulla pandemia. *Società e diritti*, 5(10), 100-126.
- Schiavello, A. (2013). La fine dell’età dei diritti. *Ethics & Politics*, XV(1), 120-145.
- Sicchiero, G. (1995). Il principio di effettività e il diritto vivente. *Giurisprudenza*, IV.
- Silvestri, G. (2007). *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*. https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html.
- Spaemann, R. (1987). Discussioni sulla vita “degnata di essere vissuta”. *Cultura e libri*, IV(27), 506-512.
- Spaemann, R. (2009). *Tre lezioni sulla dignità umana*. Lindau.
- Trujillo, I. y Viola, F. (2014). *What human Rights are not (or not only). A negative path to human Rights Practice*. Nova Science Pub Inc.

- Vincenti, E. y Morelli, M. R. (29 de marzo de 2011). L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile. *Relazione della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo*, (31).
- Vitelli, F. (2013). *La persona tra identità e socialità*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Zaccaria, R. (2007). *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*. Editoriale Scientifica.
- Zagrebelsky, G. (1987). Processo costituzionale. En *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè.
- Zagrebelsky, G. (1988). *La giustizia costituzionale*. Il Mulino.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Il Mulino.

