

Rights on the move: **come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)**

*Paolo Veronesi**

RIGHTS ON THE MOVE: HOW CONSTITUTIONAL RIGHTS (AND THEIR INTERPRETATIONS) CHANGE

ABSTRACT: The essay analyzes the dynamics by which the interpretations, meanings and limits of fundamental rights governed by the Constitution are defined and continually transformed.

KEYWORDS: Fundamental rights; values; principles; rules; interpretation; limits

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Quale posizione dei diritti fondamentali tra valori, principi e regole. – 3. I diritti tra discipline e giudici sovranazionali. – 4. La lettura giuridico-costituzionale dei casi come problema. – 5. Tra relativismo e oggettivismo: la posizione dell'interprete dei diritti fondamentali. – 6. Quando un'interpretazione dei diritti fondamentali è corretta o accettabile? – 7. I diritti fondamentali tra «catene» e «racconti» giuridici. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Molto è stato detto e scritto sull'impossibilità di predeterminare in astratto (e al millimetro) l'ampiezza e il confine dei singoli diritti sanciti in Costituzione; lo stesso discorso vale per quei nuovi diritti che inevitabilmente germinano dalla loro più aggiornata interpretazione e combinazione (soprattutto con riguardo alle sempre nuove sfide del biodiritto). Di contro, è peraltro sicuro che tali limiti esistano e che questi debbano (prima o poi) entrare in campo e segnare il punto: ciò accade, ad esempio, proprio allorché si tratti di definire un caso sensibile o una nuova e controversa domanda di tutela¹. La stessa Corte costituzionale ha del resto (e più volte) avvertito che «il concetto di limite» è letteralmente «insito nel concetto di diritto»², posto che «ogni diritto nasce limitato»³.

Pare quindi assai utile individuare secondo quali percorsi, e rispettando quali coordinate, vadano progressivamente configurandosi, nel corso del tempo, i contenuti e gli inesorabili argini dei diritti fondamentali disciplinati in una Costituzione rigida come la nostra, specie di fronte agli inaspettati casi che la scienza o la mutata sensibilità dell'opinione pubblica pongono sul tappeto. Dando quindi

* *Professore Associato di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Mail: vrp@unife.it. Scritto sottoposto al referaggio del Comitato scientifico.*

¹ Significativa, in tal senso, è la "morale" del c.d. "caso Bernaroli" – sul quale si ritornerà in nota – che ha infine coinvolto la stessa Corte costituzionale (sent. n. 170/2014): la previsione legislativa del divorzio coattivo per le coppie sposate in cui uno dei coniugi si sottoponga al mutamento dei tratti sessuali non ha posto alcun problema sinché non si è incappati nella fattispecie in cui marito e moglie non avevano alcuna intenzione di separarsi.

² Sent. n. 1/1956, e poi – tra le altre – anche le sentt. n. 36/1958 e n. 57/1976.

³ V. ancora la sent. n. 57/1976.

per scontata la loro indispensabile e ragionevole flessibilità, ma ponendo altresì in evidenza che – in ogni frangente storico e per ogni “materia” – esiste una frontiera che essi non potranno comunque valicare. In attesa – magari – di essere attrezzati a farlo.

Questo scritto non riguarda quindi, in via esclusiva, il biodiritto (inteso in senso lato) ma certamente esso affronta dinamiche, temi e questioni che anche la scienza e le biotecnologie riversano sul formante giuridico: le modalità di questi richiesti “travasi” non mutano infatti di tanto e prescindono assai spesso dalla materia di volta in volta in discussione.

2. Quale posizione dei diritti fondamentali tra valori, principi e regole.

Il problema appena introdotto intercetta – inevitabilmente – il grande tema dell’interpretazione costituzionale: può anzi dirsi che il primo si risolve in buona parte nel secondo. Per meglio definire la questione è dunque essenziale adottare alcune coordinate di riferimento⁴. Di seguito, si accoglierà quindi la tesi per la quale i diritti fondamentali sarebbero disciplinati e assunti in Costituzione non già come *valori* bensì come *principi* positivizzati. Questi ultimi si differenziano inoltre dalle *regole* ospitate nella Carta per la fondamentale caratteristica di essere «dotati di un elevato grado di genericità»⁵. I principi esigono pertanto la formulazione di altre disposizioni – appunto, le *regole* – al fine di essere messi a fuoco e più precisamente applicati nei singoli casi⁶. Anche le regole possono peraltro mostrarsi – in qualche loro frangia – alquanto indeterminate⁷; assai spesso – inoltre – «la lettura sistematica degli enunciati costituzionali» (anche in rapporto con la legislazione ordinaria) tende a trasformare quelle che parrebbero regole costituzionali senza sfumature in autentici principi⁸. Senza dire dei casi inversi – ai quali si accennerà – in cui le regole finalizzate alla soluzione delle singole fattispecie sono desunte dagli operatori “spremendo” i principi a loro disposizione.

I principi costituzionali (e i diritti fondamentali) sgorgano dunque dai valori pre-giuridici e dalle esperienze storiche che ne hanno rivelato l’imprescindibile necessità. I valori essenziali per l’ordinamento sono quindi solo quelli presupposti dalle disposizioni costituzionali che da essi derivano, le quali ne esaltano così taluni ingredienti o profili⁹. In particolari segmenti della loro disciplina, i diritti fonda-

⁴ Si rinvia a quanto già illustrato in P. VERONESI, “Valori,” “principi” e “regole”: tra dimensione positiva e metapositiva della Costituzione, «Ars interpretandi», n. 1 2014, p. 37 ss.

⁵ R. BIN E G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, p. 542. La distinzione è frutto dell’ormai classica impostazione proposta da R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), tr. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 51 e 54. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, p. 90, precisa a tal proposito che anche i principi sono norme giuridiche, posto che non sono tali solo le regole: diverso è però il loro *status*.

⁶ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, p. 174 e 179.

⁷ H.L. A. HART, *The Concept of Law* (1961), tr. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 2001, p. 150.

⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 17. Per l’autore è in tal senso emblematico l’utilizzo dell’art. 25 Cost.: una regola assai spesso usata – dalla stessa Corte costituzionale – alla stregua di un principio (p. 14 s.). Da ultimo si v. l’ord. n. 24/2017, resa nell’ormai celebre “caso Taricco”, in cui la Corte richiama l’art. 25 proprio alla stregua di un “principio supremo”.

⁹ L’interprete non può dunque «rinvenire in Costituzione valori che non siano manifestati dal testo»: M. LUCIANI, *L’interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione dia-cronica*, in *Diritto e società*, 2009, p. 20. Tipico appare quindi il caso del “valore-dignità”, spesso semplicemente richiamato nelle Costituzioni democratiche: si pensi all’art. 1 della Costituzione tedesca. A tal proposito si v. le

mentali disciplinati in Costituzione possono però presentare anche la veste di vere e proprie regole. Ai principi spetta comunque il compito di tradurre i magmatici valori dai quali essi derivano in prescrizioni assai meno astratte di questi ultimi, benché ancora decisamente più generiche di quelle plasmate dalle regole¹⁰. I principi sono pertanto caratterizzati da un'inevitabile «indeterminatezza semantica»¹¹, ma tale aspetto può talvolta emergere anche da talune pieghe delle stesse regole. In ognuno di questi fondamentali passaggi si riscontra, dunque, un progressivo transitare dal più vago (i valori) al sempre più circoscritto (i principi e poi le regole). È peraltro sicuro che qualcosa dei valori non si trasmetta mai ai principi che pur da essi scaturiscono; e lo stesso accade nel passaggio tra questi ultimi e le regole che da essi discendono. Dunque, «come le regole non potranno mai esaurire il principio» in cui si riflettono, «così il principio non potrà mai esaurire il valore» dal quale è sbocciato¹². Ogni ordinamento realizza, in tal modo, la sua particolare parentela con la nuvola di valori dalla quale ha tratto origine, posto che s'instaura sempre una connessione tra il diritto positivo «e una qualche morale» connessa a quei valori (anche se non esisterà mai un'unica e «giusta morale»)¹³: non è infatti mai possibile separare definitivamente «il valore dal suo veicolo di positivizzazione, giuridificazione, reificazione» (anche se assai diversa può essere la legittima percezione che l'interprete ha del primo e, di conseguenza, anche del secondo)¹⁴. Un simile tragitto – dall'alto dei valori verso il basso dei principi e delle regole – assolve, peraltro, a uno scopo virtuoso: evitare i pericoli che l'uso diretto e smodato dei valori potrebbe provocare. L'ossessione del valore può infatti accecare l'interprete, inducendolo anche a porre in essere (paradossalmente) azioni del tutto contrarie alla sua ragion d'essere¹⁵. Il principio, al contrario, si presenta

osservazioni dello stesso Luciani, per il quale «il richiamo alla dignità, non accompagnato dall'esame delle sue determinazioni normative, non consente nemmeno il dialogo e obbliga al muro contro muro», stante l'ampiezza dei suoi possibili significati (M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (eds.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, p. 1063.)

¹⁰ Come sottolinea Pace, per loro natura i valori operano «allo stato fluido», possedendo altresì – afferma Modugno – un'ineliminabile dose di «ineffabilità». Vedi A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, www.costituzionalismo.it, 2006, §2 (ult. acc. 01/07/2018); F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, §2 (ult. acc. 01/07/2018).

¹¹ Così G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 200. V. altresì R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 174.

¹² F. MODUGNO, *op. cit.*, §2.

¹³ R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), tr. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 78. Similmente V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017, p. 27.

¹⁴ «Se dunque vuole darsi un significato giuridicamente rilevante ai valori costituzionali non può che ragionarsi essenzialmente attorno ai principi costituzionalmente vigenti, che quei valori esprimono e comprendono»: G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 237 e 238.

¹⁵ Come scrive D'Atena, i valori esigono un riconoscimento esclusivo e pretendono «di affermarsi anche a dispetto delle altre entità del medesimo tipo». Si pensi al caso – davvero emblematico – degli antiabortisti statunitensi che non esitano ad assassinare chi operi nelle cliniche in cui si partecano interruzioni di gravidanza, oppure a quegli integralisti islamici che legittimano comportamenti pur ritenuti riprovevoli e vietati in un'"ideale" società islamica, allorché si rivelino utili a colpire obiettivi occidentali. Vedi A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2006, p. 21.

invece come un bene che aspira a realizzarsi attraverso attività sempre aperte al dialogo¹⁶. Ai principi è consentito dunque di confrontarsi e bilanciarsi tra loro, mentre i valori non lesinano spesso di fregiarsi dell'inquietante attributo della «non negoziabilità». In un sistema autenticamente democratico tale qualifica appare però tollerabile solo allorché (paradossalmente) si riferisca al meta-principio in base al quale nulla potrà mai davvero definirsi non negoziabile a priori¹⁷. La metamorfosi dei valori in principi (e di questi ultimi in regole) progressivamente riduce quindi la portata potenzialmente eversiva dei valori, sventando il pericolo di un'inopportuna eterogenesi dei loro fini. Da materia incandescente i valori vedono così abbassarsi drasticamente la loro temperatura, prestandosi a più virtuosi utilizzi. Può essere in tal modo sventata (almeno in parte) la minaccia per cui l'esaltazione dei valori conduca, in definitiva, a una loro pericolosa «tirannia»¹⁸.

2. I diritti tra discipline e giudici sovranazionali

Il quadro appena tratteggiato si complica ulteriormente tenendo conto del sempre più stretto intrecciarsi della dimensione giuridica interna con quella delle discipline sovranazionali e internazionali in materia di diritti fondamentali: anche queste ultime prendono infatti abbrivio da una serie di valori originari (che traducono in principi e regole variamente vincolanti). Tale assetto è reso poi ancora più articolato dalla presenza di organi giurisdizionali che, a loro volta, interpretano e applicano questi testi normativi¹⁹. A rendere ancora più complesso lo scenario depone poi la circostanza per cui le stesse realtà giuridiche statali, sovranazionali e internazionali hanno (progressivamente) dato vita a un ulteriore e complicato sovrapporsi di norme di varia natura, la cui collocazione e il cui rapporto con altre fonti d'origine più tradizionale non appaiono affatto cristallini. Si pensi al proliferare di Codici etici, deontologici e di autoregolamentazione, alle discipline emanate dalle più varie *Authorities* indipendenti, alla congerie di normative provenienti dal misterioso mondo della c.d. *soft law*, alle *best practices*, agli atti emanati da diversi corpi tecnici, oltre che da quei numerosi gruppi di esperti istituiti

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 93.

¹⁷ Zagrebelsky, afferma pertanto che nella nostra Costituzione assume «carattere assoluto... soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori... e del loro confronto leale». Vedi G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 11. Neppure i principi supremi si sottraggono a questa dinamica, come la Corte costituzionale ha di recente precisato nella sentenza n. 238/2014: anch'essi possono quindi venire bilanciati. In questo senso v. F. MODUGNO, *op. cit.*, § 6, nonché, proprio in riferimento alla sent. n. 238, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, *passim*.

¹⁸ D'obbligo il richiamo a C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte* (1967), tr. it. *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, p. 76. A tale pericolo si è esplicitamente riferita la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ La Corte costituzionale italiana si è così costantemente trovata a definire (e sempre meglio precisare) i rapporti intercorrenti tra di essa e le varie (altre) Corti: la Corte di Giustizia (si pensi a quanto stabilito nelle sentt. n. 183/1973, n. 170/1984 e n. 232/1989, fino al rinvio pregiudiziale operato con l'ordinanza n. 24/2017 e all'ulteriore precisazione sulla Carta dei diritti contenuta nella sent. n. 269/2017), la Corte Internazionale di Giustizia (sent. n. 238/2014) e la Corte di Strasburgo (a partire dalle famose sentenze gemelle n. 348 e n. 349/2007, alle sentt. n. 311 e n. 317/2009, fino alle ben più circoscritte precisazioni contenute nelle sentt. n. 49/2015 e n. 36/2016).

dalla Commissione europea o dal Consiglio d'Europa²⁰. Anche quest'ulteriore fenomeno – in netta espansione – genera un disorientamento sempre crescente in chi abbia la necessità di distillare la disciplina del singolo diritto fondamentale di volta in volta in rilievo (e debba conseguentemente porsi il problema del suo limite). Il costituzionalismo del passato, saldamente concepito secondo (rassicuranti) modelli gerarchici e tetragoni – oltre che collocato entro confini nazionali pressoché insuperabili – pare dunque essersi trasformato – specie in materia di diritti fondamentali – in un vero e proprio «costituzionalismo cooperativo»²¹ e polimorfo. Non a caso, alla tradizionale immagine «a piramide» dell'ordinamento statale d'altri tempi si sostituisce oggi, sempre più spesso, la ben diversa metafora della rete²² o dell'entropia²³. Non deve dunque sorprendere se qualcuno ragioni pertanto dell'ormai contemporanea esistenza di più ordinamenti costituzionali, incidenti sui medesimi territori statuali ed operanti nei confronti dello stesso elemento personale²⁴; ordinamenti che non è sempre agevole far dialogare tra loro (anche qualora si ritenesse che, in verità, essi diano vita a un unico sistema giuridico), ma che, proprio per questo, finiscono indubbiamente per esaltare il pregnante ruolo degli operatori. Tale assetto – specie considerando la necessità di risolvere casi sempre più difficili e definire diritti fondamentali controversi – viene pertanto a configurare «una situazione di equilibrio instabile»²⁵. Esso produce inoltre una consistente «internazionalizzazione del diritto costituzionale», oltre che un «pluralismo costituzionale» determinato da una «moltiplicazione di ordinamenti giuridici e giurisdizionali in competizione tra loro»²⁶. Una vera e propria «babele» che disorienta e non può che suscitare incertezze²⁷.

Il concreto funzionamento dell'Unione Europea e della Convenzione Edu – che pur traggono stimolo da specifiche e assai diverse aperture costituzionali (tracciate, in Italia, dagli artt. 10, 11 e 117 Cost.) – conferma alla lettera quanto appena sommariamente descritto. L'esistenza di queste realtà sovranazionali ha infatti dato luogo a forme di competizione tra ordinamenti (e tra giudici dei diversi sistemi giuridici) che non è sempre agevole ricondurre a una fisiologica unità. Il problema si è inoltre esteso anche a fronti inizialmente esclusi dall'ambito d'intervento delle relative istituzioni sovranazionali: si

²⁰ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, p. 36 ss. Sul tema v. anche A. SOMMA, *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, *passim*.

²¹ Il quale pare infatti «proiettato oltre i confini dello Stato Nazione»: P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (eds.), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, p. 54.

²² Ritiene che, «nell'attuale scenario globalizzato del XXI secolo, sia giunto il momento di abbandonare questa logica gerarchica», essendo «il contesto costituzionale attuale, specie nello spazio europeo, ... costituito da una complessa rete di intrecci e interrelazioni, difficilmente comprensibili alla luce delle impostazioni tradizionali», M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte Europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in C. PADULA (ed.), *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 238.

²³ Di «entropia» ragiona R. BIN, op. cit. p. 62 ss.

²⁴ A. VON BOGDANDY, *L'eupeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale*, in G. ZAGREBELSKY (ed.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2005, p. 292.

²⁵ D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte Europea di Strasburgo*, Milano, 2012: p. 26.

²⁶ D. TEGA, op. cit., p. 31 ss. Di «un moto di "costituzionalizzazione" progressivo» riguardante la Corte di Giustizia e poi la stessa Corte di Strasburgo ragiona anche A. GUAZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della Cedu: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. PADULA (ed.), *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 39.

²⁷ Da qui il titolo del volume di S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

pensi all'influenza della dottrina dell'*incorporation* nello sviluppo della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia di diritti²⁸.

Se ne trae insomma un quadro assai frastagliato in cui non è sempre facile trovare soluzioni ed equilibri da tutti condivisi. Lo dimostrano – su piani decisamente diversi – due recentissime vicende italiane: si pensi al «caso Taricco»²⁹ nonché al ripudio (senza sfumature) della consuetudine internazionale che nega l'obbligo degli Stati a risarcire i danni prodotti da crimini di guerra e contro l'umanità compiuti dai loro funzionari³⁰. Anche se l'esito di tali episodi pare tuttora incerto, essi peraltro evidenziano come il ricorso ai principi supremi e ai controlimiti sia ormai utilizzato per smarcare l'ordinamento interno da una troppo meccanica applicazione di decisioni o norme sovranazionali ritenute in palese contrasto con i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Un così rapido uno-due – effettuato per il tramite di concetti ritenuti sostanzialmente di riserva³¹ – evidenzia pertanto come il livello di fusione tra ordinamento interno e sistemi giuridici sovranazionali in materia di diritti fondamentali abbia raggiunto un autentico livello di guardia³². Aumentando il novero degli organi e dei soggetti abilitati a elaborare o a interpretare ampi tratti dei diritti fondamentali – imponendone specifiche versioni a scapito di altre – i problemi relativi alla definizione e allo *status* da riservare a questi ultimi si è evidentemente complicato³³. Ciò impone dunque agli interpreti – e, in primo luogo, ai giudici – di rapportarsi a un materiale sempre più vario³⁴. A essi spetta quindi il compito di trovare il bandolo per districare una tale matassa di discipline tra loro intrecciate (e ciascuna di queste inevita-

²⁸ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (ed.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p.25 ss., nonché ID., *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 544 ss.

²⁹ Il riferimento è alla decisione della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco*, causa C-105/14, in cui i giudici del Lussemburgo hanno condannato l'Italia, pretendendo che i presunti autori dei delitti di frode grave a danno dell'Unione Europea subiscano una retroattiva modifica *in peius* della disciplina della prescrizione a essi applicabile, così derogando – come si legge nella già citata ordinanza n. 24/2017, contenente un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (i precedenti sono soltanto l'ord. n. 103/2008, adottata però in un giudizio in via d'azione, e l'ord. n. 207/2013, che costituisce il primo rinvio pregiudiziale operato nel corso di un giudizio incidentale) – a «un principio cardine dell'ordinamento italiano», ovvero a «principi supremi del suo ordine costituzionale», posto «che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale» (art. 25 Cost.). La Corte di Giustizia, nella sua replica, si è quindi sostanzialmente arresa alla presa di posizione della Consulta: Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-42/17. La vicenda si è dunque (per ora) conclusa con la recentissima sent. n. 115/2018.

³⁰ Si v. la sent. n. 238/2014, la quale si pone in una rotta di collisione con la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia 3 febbraio 2012: si rinvia a P. VERONESI, *Colpe di Stato. I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, Milano, 2017, p. 143 ss.

³¹ Sin qui si era ragionevolmente ritenuto che la dottrina dei controlimiti fosse sostanzialmente «disinnescata», e anzi mai «applicata», potendosi tuttavia brandire a freno delle pressioni esterne e per valorizzare le identità culturali dei diversi Paesi: M. CARTABIA, *I diritti in azione*, cit., p. 24 e 57 ss. Sul tema v. ora l'analisi di P. FARAGUNA, *op. cit.*, *passim*.

³² Di una vera e propria «filosofia dei controlimiti», la quale svolge ormai un'indispensabile funzione di «diagramma» tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, ragiona A. GUAZZAROTTI, *op. cit.*, p. 35.

³³ D. TEGA, *op. cit.*, p. 18.

³⁴ Sulla «valorizzazione della funzione giurisdizionale» che ciò inevitabilmente comporta – pur tra le incertezze di una tipica fase di transizione – v. M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte Europea*, cit. pp. 244 e 248.

bilmente preme per prevalere sulle altre)³⁵. Un autentico «labirinto»³⁶, fermo restando che la mappa più utile da consultare in questi casi trova la propria sede nella Costituzione e il proprio (primo) artefice nella Corte costituzionale. È infatti quest'ultima a dover interpretare «le stesse norme costituzionali che servono da collegamento e da snodo tra l'interno e l'esterno del nostro ordinamento», creando in tal modo «le "istruzioni per l'uso"» delle principali norme di provenienza europea o internazionale «valide per ogni operatore»³⁷. Sulla Costituzione devono inoltre fare perno le leggi e gli atti che danno seguito alle norme di *soft law*³⁸. Sarebbe quindi un bene che – proprio per mettere un minimo ordine e a fungere da spartitraffico in un simile quadro – si riconoscesse alla Corte costituzionale «un diritto alla prima parola» anziché all'ultima³⁹.

3. Le «concezioni dei concetti», ovvero come cambiano i valori e i principi, pur rimanendo sempre uguali a se stessi.

Allo scopo di risolvere molti dei problemi interpretativi appena formulati – ancora più sottolineati dall'intreccio tra piano interno ed esterno – entrano perciò in gioco le «concezioni dei concetti» proprie a chi è di volta in volta tenuto a manovrare e applicare questi variegati e delicatissimi materiali⁴⁰. Tali «schemi concettuali»⁴¹ stanno evidentemente prima dei principi giuridici e dalle stesse regole cui si riferiscono, determinandone tuttavia (di volta in volta) l'inclinazione utile a mettere a fuoco i casi in esame⁴². A seconda dei loro ingredienti, questi modelli di partenza provocano pertanto esiti anche molto diversi tra loro: l'interprete è così chiamato – in ogni fase del suo lavoro – a scegliere «una del-

³⁵ V., ad esempio, A. CARDONE, *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e disapplicazione della legge: appunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di Stato*, in C. PADULA (ed.), *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., Napoli, 2016, p. 65 ss. e C. PADULA, *La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in C. PADULA (ed.), *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 159. Sul tema cfr. altresì A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra Corti europee e i giudici nazionali*, www.rivistaaic.it, 2014 (01/07/18).

³⁶ Si v. il significativo titolo del volume di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

³⁷ Cfr. E. LAMARQUE, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ad uso dei giudici italiani*, in *Studium Iuris*, 2016, p. 452 ss., e le osservazioni qui specificamente dedicate alla sentenza n. 49/2015 (la quale "ricalibra" la risposta offerta dalla Corte nelle sue sentenze gemelle del 2007). Più di recente, si v. inoltre la citata sent. n. 269/2017.

³⁸ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (ed.), *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 35 ss.

³⁹ M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte Europea*, cit., p. 239. Da ultimo si v. ancora, proprio in tal senso, quanto sancito nelle sent. cost. n. n. 49/2015 e n. 269/2017.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., p. 108. Si pensi – ad esempio – alle conseguenze "di sistema" che inevitabilmente scaturiscono non solo dalla diversa percezione del concetto di "dignità" (di cui s'è detto), ma anche del "principio di laicità" o del "diritto all'autodeterminazione" accolti dall'interprete. Accedere a queste concezioni comprensive non costituisce una semplice opzione, bensì un passaggio del tutto necessario: V. VILLA, *Di-saccordi interpretativi profondi*, cit., p. 20.

⁴¹ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999, p. 84 ss.

⁴² P. HABERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1983), tr. it. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 175, afferma pertanto che «talvolta una determinata concezione dei diritti fondamentali si manifesta già chiaramente nel testo costituzionale(...). Spesso però il testo rimane frammentario e inconcludente (...). Allora è il momento degli interpreti della Costituzione, sì, proprio di tutti».

le concezioni in cui il concetto di valore può essere declinato»⁴³, atteggiandosi di conseguenza all'atto di interpretare/applicare i principi giuridici e le stesse regole a sua disposizione. È in questo scenario che si pone dunque il tradizionale problema dei «giudizi di valore nell'attività interpretativa»⁴⁴. Ne deriva che, «quantomeno una parte degli argomenti con cui il giudice» e gli interpreti fondano l'esito delle loro ponderazioni e delle loro decisioni «include una pretesa di giustizia morale» che trae conforto da elementi comunque estranei al dato giuridico ma indispensabili per selezionarne i significati e farlo funzionare⁴⁵.

Simili dinamiche costituiscono del resto la logica conseguenza del fatto per cui tutte le Costituzioni democratiche contengono – in varia misura – «accordi [solo] parzialmente teorizzati». Dunque, per la più parte dei principi – e, soprattutto, per quelli maggiormente caratterizzati sul piano ideologico (come accade per i diritti fondamentali) – non sarà possibile, all'atto della loro formulazione nel testo costituzionale, né declinarne più di preciso il contenuto o l'elenco delle applicazioni, né «concordare su una regola di preminenza» nel caso in cui si presentino inevitabili conflitti tra di essi. Siffatti accordi parziali sono peraltro indispensabili a garantire una pacifica coesistenza tra diversi; essi permettono insomma «alle persone di vivere assieme», inducendole altresì ad accantonare le differenze e loro convinzioni più radicali, per dimostrare invece «una certa misura di reciprocità e di rispetto reciproco»⁴⁶. Tali documenti sono così attrezzati proprio per durare a lungo, potendosi inoltre adattare alle sempre inevitabili trasformazioni sociali⁴⁷. Formulazioni di tal fatta consentono comunque di tracciare un confine di massima oltre il quale un qualsiasi legislatore non potrà mai avventurarsi; la soluzione dei contrasti viene però rinviata a un momento successivo, chiamando in causa il legislatore, la Corte costituzionale, i giudici e gli altri operatori⁴⁸. E oggi – rispetto al tempo in cui operarono i Costituenti – la situazione si è fatta anche più complessa: com'è stato segnalato, le nostre società necessitano infatti di risposte sempre più frequenti, calibrate e complesse, le quali possono essere formulate solo da chi si trovi concretamente ad affrontare e decidere i singoli casi della vita⁴⁹.

⁴³ F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, p. 248 s.

⁴⁴ L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 39.

⁴⁵ R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), tr. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 81.

⁴⁶ C. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, tr. it. *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2001, p. 80 s.

⁴⁷ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, p. 128. Come dunque afferma Fioravanti 2008, la Costituzione risulta dotata, sin dalla sua origine, «della formidabile virtù della elasticità», ossia della capacità, «attraverso un mutamento della sua interpretazione, di mantenersi dotata di significato di fronte a realtà nuove, a sviluppi che non erano previsti dai suoi autori».

⁴⁸ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007 p. 20 ss. e 40, per il quale l'interpretazione della Costituzione diventa decisiva solo quando sorga il dubbio di un possibile «schianto» «contro gli scogli indicati dal testo costituzionale».

⁴⁹ Scrive pertanto Fioravanti «la nostra società (...) ha bisogno di risposte che spesso sono possibili solo attraverso un ruolo attivo della giurisprudenza. Ha bisogno di risposte che partano dai casi concreti, che si fondino sul principio del mutuo riconoscimento tra fonti e ordinamenti diversi (...). Il ruolo della giurisprudenza è dunque quello di un indispensabile strumento di concretizzazione dei principi costituzionali, ha insomma un significato essenzialmente costruttivo di ordine, nel contesto di un ordinamento di tipo policentrico», posto che la legge «non ha più il monopolio nella rappresentazione e nella costruzione dell'ordine giuridico e politico». V. M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, [www.astrid-online, 2008 \(01/07/18\)](http://www.astrid-online.com/2008/01/07/18/).

In tale quadro, è proprio a partire dalle diverse concezioni dei concetti di volta in volta in rilievo che possono più frequentemente scaturire seri conflitti interpretativi dei materiali giuridici a disposizione. Mentre infatti negare i concetti (ossia i valori da cui discendono i diritti) conduce inevitabilmente l'interprete (si spera sempre) «al di fuori della comunità del discorso utile»⁵⁰, non concordare sulla versione del valore di riferimento, nonché sulle concrete applicazioni dei principi che ne derivano, è da ritenersi pressoché fisiologico. Al momento dell'applicazione concreta dei principi (e, a volte, anche delle regole) possono dunque sempre insorgere «disaccordi interpretativi profondi» tra gli operatori⁵¹; in questi frangenti viene quindi in superficie tutto il non detto sotteso ai valori che li hanno suggeriti e al testo che ne ospita gli esiti parziali. Non può quindi neppure escludersi che discipline un tempo date per scontate manifestino invece, al mutare delle stagioni, la loro ormai raggiunta estraneità all'accordo iniziale così come oggi interpretato⁵². Lo stesso può accadere ove muti considerevolmente il giudizio sociale relativo ad almeno taluni dei fenomeni e dei comportamenti ricadenti sotto quelle stesse discipline di principio⁵³. Così come non va mai escluso il deflagrare di conflitti anche molto accesi allorché si tratti di discutere dell'applicazione di un determinato principio a un caso difficile mai prima ipotizzato. Tali scivolamenti appaiono del resto impliciti alla stessa logica dell'accordo parzialmente teorizzato⁵⁴: ed è una fortuna che sia così.

4. La lettura giuridico-costituzionale dei casi come problema

La soluzione del caso sottoposto all'attenzione dell'operatore richiede quindi (spesso) la messa a sistema di più principi e diritti fondamentali in un «rapporto di integrazione reciproca», senza che l'un principio o diritto diventi mai «tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmen-

⁵⁰ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit. 71.

⁵¹ V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, 2016, p. 10 ss., il quale significativamente afferma che tali disaccordi sono «elementi assolutamente centrali per capire il funzionamento degli stati di diritto costituzionali», soprattutto dal punto di vista dei «rapporti tra diritto e morale» (p. 15). L'autore ha più distesamente approfondito le sue teorie in V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017, p. 23 ss.

⁵² Si pensi, per esempio, alla discussione sollecitata dall'art. 29, comma 2, Cost., in combinato disposto con l'art. 3, comma 1, e a come la mutata percezione del principio di uguaglianza abbia fatto (e faccia a molti) dubitare della legittimità dell'esclusione del matrimonio tra persone dello stesso sesso (cfr. però le sentt. cost. n. 138/2010 e n. 170/2014, le quali seguono un altro avviso). Del resto è noto che «l'attribuzione nel tempo di significati diversi alle norme di una Costituzione può determinare cambiamenti notevoli»: S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 408.

⁵³ Vale il caso della progressiva legalizzazione dell'aborto, dell'altrettanto graduale estensione del diritto sinora riconosciuto alle sole coppie eterosessuali a unirsi in matrimonio anche agli omosessuali (v., solo ad esempio, la storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015 o la recentissima pronuncia della Corte costituzionale austriaca del 4 dicembre 2017) o della messa in discussione – almeno da parte di taluni – delle norme che puniscono penalmente l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio dei malati terminali che convintamente e consapevolmente lo richiedano (si v. la *quaestio* di legittimità sollevata dalla Corte d'Assise di Milano nel processo a carico di Marco Cappato e calendarizzata per fine ottobre 2018).

⁵⁴ Come opportunamente precisa Cartabia, esiste una perenne contraddittorietà tra il dover sostenere che i diritti sono assoluti, imprescindibili e irrinunciabili, ma senza poter mai dimenticare «che essi sono storicamente relativi. Hanno una storia, una loro evoluzione e, in un certo senso, mutano». V. M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 556.

te riconosciute e protette» “coinvolte” nella fattispecie⁵⁵. Lo stesso vale allorché la prerogativa in discorso non sia espressamente menzionata in Costituzione, scaturendo tuttavia dalla combinazione di una pluralità di diritti testualmente previsti⁵⁶.

Ciò inevitabilmente accade perché risolvere fattispecie concrete impone all’interprete di attribuire un senso preciso non solo ai principi, bensì anche ai valori che ne costituiscono la prima matrice e possono dunque rientrare in gioco allorché si tratti di manovrarne i prodotti giuridici⁵⁷. Pertanto, «a seconda del caso concreto che si deve decidere, un certo principio passa davanti agli altri. Così, per ogni singolo caso si crea tra i principi un diverso ordine transitivo, senza però che la loro validità ne risulti compromessa»; in tal modo si potrà infine stabilire «quali siano le uniche decisioni giuste per i singoli casi»⁵⁸.

Il legislatore, la Corte costituzionale o i giudici non applicano quindi, a ben vedere, né direttamente il valore, né i principi costituzionali e neppure le regole allo stato verginale; chiunque operi al fine di risolvere casi utilizza invece una «regola che egli stesso ha formulato, stabilendo le condizioni normative e fattuali in presenza delle quali quel principio» (quel valore o quella regola) «può produrre determinati effetti giuridici» nella specifica circostanza⁵⁹.

A seconda dei casi, i margini d’azione riservati ai diversi operatori possono poi ampliarsi o contrarsi. Talvolta è la Costituzione stessa a indicare precisamente «l’angolo prospettico» dal quale l’interprete potrà giungere finalmente alla norma «che dovrà poi applicare al caso di specie»⁶⁰; in altre vicende, gli spazi di manovra degli interpreti – e l’influenza che potranno assumere le concezioni dalle quali muovono – tendono invece a dilatarsi non di poco.

Le medesime operazioni mentali prendono corpo anche sul versante del fatto, ossia nel momento stesso in cui occorra tradurre quest’ultimo in un *format* manovrabile dal giurista. Un simile processo richiede infatti numerose scelte di tipo interpretativo, perché se è vero che «i “fatti” sono accadimenti oggettivi, i “casi” non lo sono», essendo invece mere costruzioni mentali⁶¹. Peraltro, anche l’«essenza dei valori» sottesi ai principi costituzionali non è mai definibile a priori o in astratto, ma so-

⁵⁵ Sent. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶ Si pensi, ad esempio, alla libertà di coscienza: G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione*, Milano, 2000, p. 1 ss. e 21 ss. Oppure allo stesso “diritto all’autodeterminazione”, coniato dalla Corte costituzionale a partire dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sent. n. 438/2008).

⁵⁷ L. CAIANI, *op. cit.*, p. 58. Come afferma M. LUCIANI, *L’interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore*, cit., p. 24, «il mutare dei fatti sociali (fermo restando il contenuto di valore che il testo esprime) non può non determinare un’evoluzione nell’interpretazione del testo costituzionale, per la semplice ragione che solo in presenza di concrete fattispecie e di concreti contesti il bilanciamento tra valori assume un senso». Il ruolo saliente svolto dai «casi paradigmatici» per simili operazioni è sottolineato anche da G. PINO, *op. cit.*, p. 140 ss.

⁵⁸ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (1992), tr. it. *Fatti e norme*, Roma-Bari, 2013, p. 234.

⁵⁹ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 41.

⁶⁰ A. PACE, *op. cit.*, §2.

⁶¹ R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., p. 25, il quale avverte che bisogna sempre spostare l’attenzione «dall’oggetto al soggetto dell’osservazione (...) dalla legge all’interprete e a ciò che questi costruisce come “caso”». V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi*, cit., p. 25, afferma pertanto che «i fatti non sono mai puri, ma sono sempre interpretati alla luce di teorie e schemi concettuali».

lo al cospetto di casi, ossia calandosi «nel contesto di un'attività pratica»⁶². La precomprensione del caso da risolvere⁶³ è dunque fondamentale per stabilire come impostare l'intero assetto dei valori, dei principi e delle regole costituzionali che esso chiama in causa⁶⁴.

Da questa congerie di fattori – inestricabilmente connessi – emerge dunque la necessità di abbandonare la tradizionale certezza per cui l'interpretazione dei diritti inviolabili consisterebbe in un'attività puramente cognitiva. L'interprete è invece, più di preciso, un essenziale «attualizzatore, collaboratore e continuatore della produzione normativa attraverso interpretazioni che si traducono in aggiornamenti progressivi del materiale giuridico»; egli opera insomma in una continua interazione con il Costituente, il legislatore, i fatti stessi e le principali componenti della vita sociale e politica⁶⁵, senza peraltro potersi/doversi mai trasformare in una sorta di legislatore abusivo⁶⁶. Dunque, l'interprete dei diritti fondamentali, «se non pronuncia giudizi di valore *sul* diritto, pronuncia peraltro dei giudizi di valore... *nel* diritto; dei giudizi cioè che sviluppano dall'interno e integrano, e talvolta rinnovano, i giudizi di valore originari ispiratori della norma o dell'intero ordinamento»⁶⁷. Ma – appunto – entro recinti che altri (e non l'interprete stesso) hanno provveduto a edificare.

5. Tra relativismo e oggettivismo: la posizione dell'interprete dei diritti fondamentali

La definizione di ogni caso problematico contribuisce pertanto a precisare progressivamente il senso delle regole e dei principi costituzionali coinvolti nella sua soluzione. Superando le certezze aprioristiche del ragionamento sillogistico, l'ermeneutica giuridica afferma quindi l'esistenza di un rapporto costante e decisivo tra norma e caso, posto che si può ricavare «il significato di un testo» normativo (anche costituzionale) solo in connessione a una fattispecie (ipotetica o reale) da definire, ossia «a

⁶² M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2013, pp. 2 s.

⁶³ Come sostiene ZACCARIA, *op. cit.*, p. 128, «il prerequisite del procedimento di soluzione dei casi giuridici è rappresentato dalla precomprensione... se pur provvisoria del problema in gioco». È solo questo a mettere in movimento e «a far progredire l'intero processo del comprendere». Da qui il rilievo della «cultura di sfondo da cui l'interprete inevitabilmente muove e che ne condiziona la ridefinizione e ridecrizione dell'esperienza».

⁶⁴ Sulla «precomprensione» e sulle sue modalità operative nell'ambito del ragionamento giuridico si rinvia a J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), tr. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, p. 127 ss. e 132 ss.

⁶⁵ ZACCARIA, *op. cit.*, p. 164 s.: ciò richiede dunque – in primo luogo – un'«autoresponsabilità professionale e metodologica».

⁶⁶ M. DOGLIANI, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e "scommessa pascaliana" della ragione giuridica*, in *Id.*, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015, p. 488, precisa quindi che è «irrinunciabile» la «pretesa che il giudice non sia relativista (...) che non consideri la sua scelta solo come una questione da risolvere secondo il suo gusto (...). La legittimazione del potere giudiziario resisterà fintantoché resisterà il convincimento che i giudici, prima di emettere una sentenza, affrontano il conflitto morale consistente nel ricercare l'interpretazione «vera» alla luce dell'ipotesi che un senso «vero» dell'ordinamento esista». Analoghe le riflessioni di J. ESSER, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁷ L. CAIANI, *op. cit.*, p. 58.

partire da una logica di domanda e risposta»⁶⁸. Il procedimento mediante il quale tutto questo avviene e si ripete nel tempo è quello dell'ormai noto circolo ermeneutico⁶⁹.

In un simile scenario prende corpo anche il problema del confine dei diritti fondamentali. Solo la "scarica" che consegue al contatto tra i principi, le regole e le fattispecie da risolvere può infatti meglio illuminare sin dove i singoli diritti fondamentali potranno inoltrarsi in quel frangente storico. Ne deriva che l'individuazione sempre più completa e precisa dei contenuti e dei limiti propri ai singoli diritti stabiliti in Costituzione è, come si affermava in apertura, «un problema interpretativo in senso stretto»⁷⁰: caso per caso occorrerà dunque valutare per quali strade le concezioni dei concetti proprie degli interpreti possano quindi entrare in gioco a tale scopo⁷¹. Ad esempio, in base alle concezioni dei concetti di dignità, di autodeterminazione e del diritto alla vita assunti dall'operatore (oltre che ai principi e alle regole costituzionali che ne hanno tradotto il senso in norme positive), vanno ammessi o respinti il diritto a rifiutare le cure salvavita e quello all'eutanasia volontaria del paziente capace e consapevole⁷²? Può essere praticata (o no) la sperimentazione sugli embrioni⁷³? Come andrebbe approcciato il problema dell'aborto, quello della procreazione medicalmente assistita e della fecondazione mediante donazione di gameti⁷⁴? E che dire della c.d. gestazione (o gravidanza) per altri⁷⁵?

⁶⁸ Cfr. ZACCARIA, *op. cit.*, pp. 127 e 130, nonché V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, p. 137 s.

⁶⁹ Sinteticamente ma efficacemente illustrato da Modugno: «il punto di partenza del processo interpretativo è il testo cui si ascrive il significato (la norma) sulla cui base si costruisce il principio che trae con sé il valore retrostante, il secondo momento è la domanda che il caso concreto (il problema) rivolge all'interprete giudice, il terzo è la scelta normativa (eventualmente alla luce di un principio-valore) ritenuta necessaria e sufficiente alla risposta (...) il quarto è la verifica di tale normativa con riferimento al testo» (F. MODUGNO, *op. cit.*, §3). Altre volte il percorso del "circolo" è tratteggiato, invece, proprio a partire dal caso, quale *step* essenziale per leggere e comprendere il testo (per poi di nuovo tornare al primo).

⁷⁰ G. PINO, *op. cit.*, p. 127.

⁷¹ V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 23 s., sottolinea come le "concezioni dei concetti" si muovano sul terreno «più sdruciolevole di ciò che può essere oggetto di congetture falsificabili, sempre a rischio di confutazione».

⁷² Sulla problematica definizione del concetto di dignità (e sul suo contraddittorio utilizzo in vista della soluzione di casi pratici) si rinvia a Veronesi 2014: 315 ss., nonché, soprattutto, a V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, cit., p. 102 ss. Il dibattito giuridico sul rifiuto delle cure salvavita è stato ampiamente scandagliato soprattutto dopo le note vicende Welby ed Englaro: su questi (e altri) casi v. riassuntivamente, e da ultimo, A. D'ALOIA, *Il caso Piludu e il diritto a rifiutare le cure (anche life-sustaining)*, in *Studium Iuris*, 2017, pp. 1462 ss. Cfr. inoltre, a coronamento di ciò, l'approvazione della legge n. 219/2017 che peraltro, come noto, non intacca il divieto di eutanasia.

⁷³ Cfr. la sent. n. 84/2016, che rinvia alla discrezionalità del legislatore, il quale – avverte la Corte – dovrà tenere conto di tutti gli interessi in gioco.

⁷⁴ Sull'aborto (e sui tentativi di sostituire e ostacolare le concezioni di base alle quali si ispira la disciplina della legge n. 194/1978) si rinvia a G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria di gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (eds.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, 2009, Napoli, pp. 815 ss. Il "valore vita", ad esempio, non è messo in dubbio né dagli abortisti, né – a maggior ragione – dagli antiabortisti, e neppure dai favorevoli o dai contrari all'introduzione del diritto all'eutanasia (v. *supra* nota 71): gli uni e gli altri ne offrono tuttavia versioni assai diverse e spesso inconciliabili. Quanto alla p.m.a, si cfr. la successione delle sentenze costituzionali che ha progressivamente smontato i divieti e gli irrigidimenti contenuti nella legge n. 40/2014, di fatto ribaltandola. Si pensi alla sent. n. 151/2009 (che ha ritenuto illegittimi sia l'obbligo del con-

Lo sbocco di un simile *corpus* di domande è senz'altro rintracciabile in quegli approcci che mirano a superare le contrapposte rigidità proprie dell'oggettivismo radicale – per il quale sarebbe sempre possibile estrapolare un unico e autentico significato dalle disposizioni di volta in volta chiamate in causa – e così quelle di un relativismo insaziabile (per il quale tutto sarebbe invece liberamente modificabile dall'interprete)⁷⁶. Simili approcci vanno invece adeguatamente miscelati e temperati: occorre insomma ammettere che il confronto con le disposizioni costituzionali non potrà mai essere «completamente neutrale e oggettivo (come vorrebbe il realismo metafisico)», ma che, d'altro canto, ciò non potrà mai dar luogo a uno schema di gioco in cui tutto discenda dal soggettivismo dell'interprete⁷⁷. Va dunque preso atto che l'attività del conoscere, dell'interpretare e del delimitare i diritti fondamentali si svolge sempre a partire da un blocco di conoscenze⁷⁸. Lo sguardo dell'interprete sulla realtà e sulle disposizioni giuridiche mediante le quali essa viene giuridicamente definita è quindi sempre contaminato da un fitto elenco di mediazioni⁷⁹: in questa traiettoria si collocano – più o meno consapevolmente – tutti gli interpreti dei diritti fondamentali (e dei loro limiti)⁸⁰. Qualsiasi giudice deve dunque collocarsi in una provvidenziale posizione intermedia tra un'oggettività senza sfumature e un relativismo corrispondentemente spinto, caratterizzato cioè dal rifiuto di qualsiasi speranza di oggettività⁸¹. Ogni approccio dovrà poi fare i conti con altre pretese interpretative legittimamente fondate sui medesimi materiali normativi. Il quadro così momentaneamente fissato muterà inoltre nel corso del tempo⁸².

temporaneo impianto di un numero di embrioni non superiore a tre, sia il conseguente divieto di crioconservazione degli embrioni sovrannumerari eventualmente prodotti). A questa hanno fatto quindi seguito le sent. n. 162/2014 (che dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. eterologa, ossia realizzata con la donazione del gamete maschile), n. 96/2015 (con la quale è stata finalmente dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'esclusione dalle tecniche di procreazione assistita per le coppie fertili ma affette da malattie genetiche trasmissibili), n. 229/2015 (con cui si è, conseguentemente, dichiarata illegittima la norma che stabiliva un'ipotesi di reato nel caso di selezione degli embrioni ai fini dell'impianto in utero di quelli sani).

⁷⁵ Si v., da ultimo, la sentenza n. 272/2017, in cui la Corte costituzionale prende una posizione assai netta (e alquanto negativa) sul tema (di contro a talune, caute e condizionate aperture riscontrate nella stessa dottrina sensibile al pensiero di genere): si cfr. S. NICCOLAI, E. OLIVITO (eds.), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017.

⁷⁶ *Contra* una simile fisionomia del "relativismo" – anche al di fuori dello stretto campo giuridico – v. G. JERVIS, *Contro il relativismo*, Roma-Bari, 2005, *passim*.

⁷⁷ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999, p. 119; dello stesso A. v. ora le accurate distinzioni proposte Id., *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, cit., pp. 155 ss. Come scrive Hart: nell'interpretazione mai «i giudici vengono confinati alla alternativa fra una scelta cieca e arbitraria e una deduzione "meccanica" da norme con un significato predeterminato» (H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 238).

⁷⁸ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 85. V. altresì, a tal proposito, le considerazioni di F. MODUGNO, *op. cit.*, §2.

⁷⁹ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 88.

⁸⁰ Da qui l'uso – nel campo giuridico – della «logica del probabile», la quale «non ha nulla di nichilistico, non invita a rassegnarsi al diritto libero» e – «presupponendo una selezione dei significati ammessi» – «indica le possibilità, ma anche i limiti dell'interpretazione»: C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, III, 2004, pp. 1677 s.

⁸¹ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 160.

⁸² Si pensi, ad esempio, con quali difficoltà gli stessi giudici hanno accettato la disciplina legislativa sulla rettificazione anagrafica del nome a seguito del mutamento di sesso (legge n. 164/1982), mettendone più volte in dubbio la legittimità costituzionale (si v. però la sent. n. 161/1985, nonché, da ultimo, la innovativa sent. n.

Non si tratta dunque (e semplicisticamente) di affermare l'inevitabile esistenza di una generica creatività dell'interprete: chi interpreta (e giudica) viene infatti posto di fronte a «una continua serie di scelte», che potrà legittimamente affrontare solo situandosi all'interno della razionalità propria ai valori e ai principi disponibili, per poi affrontare «gli spunti problematici che continuamente l'esperienza giuridica gli viene proponendo»⁸³. Pertanto, ogni decisione relativa ai diritti «deve rispecchiare quella dell'ambiente a cui è diretta, nella misura in cui essa deve rendere per esso convincente, o almeno accettabile, la decisione come formulazione del diritto oggettivo»⁸⁴.

6. Quando un'interpretazione dei diritti fondamentali è corretta o accettabile?

I rimedi mediante i quali si potranno arginare gli abusi dell'interprete-applicatore dei diritti sono rinvenibili dunque, e in primo luogo, nella necessaria «coerenza» e nella conseguente «accettabilità giustificata» delle sue opzioni; nell'esistenza, cioè, di una «armonia fra la singola scelta interpretativa o la singola ricostruzione del fatto da una parte, e tutto il complesso di materiali giuridici o empirici rilevanti per la [sua] decisione... dall'altra». Ciò impone che il consenso sulle opzioni interpretative non dipenda (solo) dal singolo osservatore, venendo invece a fondarsi anche su elementi ad esso esterni⁸⁵. In tal modo il lavoro dell'interprete potrà essere opportunamente controllato e arginato⁸⁶. La libertà di un qualsiasi giudice è quindi sempre ristretta – com'è ovvio – dal «vincolo testuale» espresso dalle disposizioni costituzionali e legislative. D'altro canto, la sua fantasia dovrà continuamente rapportarsi al contesto entro il quale la decisione che deve adottare si colloca⁸⁷. L'irrompere sulla scena di casi difficili e controversi⁸⁸ impone quindi che la scelta innovativa si accompagni sempre a un'ulteriore (e decisiva) verifica; si tratterà cioè di riscontrare se la «comunità interpretativa nel suo

221/2015, poi ribadita dalla sent. n. 180 e dall'ord. n. 185/2017). Oppure si pensi a come si è giunti a introdurre la disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso (legge n. 76/2016), ritenendola (finalmente) espressione (almeno) di un «diritto fondamentale di vivere liberamente una situazione di coppia» (come espresso dalla sent. n. 138/2010 ma negato da molti politici), avvertendo peraltro, taluni osservatori, l'inadeguatezza di una disciplina del matrimonio riservata (ancora) alle sole coppie eterosessuali (valutazione, come si ricordava, respinta da altri e dalla stessa Corte costituzionale).

⁸³ L. CAIANI, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁴ J. ESSER, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁵ Le (efficaci) citazioni sono tratte da V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 183. Come scrive H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 238, «non si può dimostrare che una decisione sia l'unica corretta: ma essa può essere resa accettabile come il prodotto ragionato di una scelta consapevole e imparziale».

⁸⁶ Rispettandosi l'«inderogabile necessità di governare razionalmente e correttamente l'interpretazione» dei diritti: G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 130 s.

⁸⁷ Il rapporto tra interprete e «ambiente» (latamente inteso) in cui esso opera è ben valorizzato, come già ricordato, da J. ESSER, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁸ Sono «difficili» i casi che «presentino seri problemi interpretativi, e/o grosse difficoltà in merito alla qualificazione giuridica dei fatti rilevanti», imponendo ai giudici di decidere quali significati delle disposizione sarà opportuno privilegiare, apprestandosi altresì a difendere la propria scelta in base ad adeguate argomentazioni (V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 39). Va altresì detto che casi inizialmente difficili possono, nel corso del tempo, divenire «facili» e scontati, così come – all'opposto – «casi facili» possono divenire assai più complicati, ove, per esempio, si contesti che le norme costituzionali in essi applicati finiscano per escludere la tutela di situazioni che non pare più «degn» lasciare sguarnite (si pensi alle diverse discriminazioni tra uomo e donna, moglie e marito, persone di colore, eterosessuali e omosessuali).

complesso» sia disposta ad accettarla. Momento storico per momento storico mutano, quindi, «la capacità di tenuta» e i margini di «accettabilità istituzionale» dei diversi risultati interpretativi⁸⁹. La reazione di tale gruppo sociale consente perciò di controllare le scelte adottati dagli interpreti, verificandone la «tenuta», la «consistenza» e la ragionevolezza⁹⁰. Se è dunque vero che il caso potrà sempre incidere sull'interpretazione e la definizione di un qualsiasi diritto fondamentale già conosciuto, è altrettanto certo che le disposizioni tese a delinearlo possono via via acquisire significati diversi da quelli originali o tradizionali, a causa «di mutamenti profondi nella cultura giuridica di sfondo, pur rimanendo assolutamente immutata la dizione» dei testi⁹¹.

In tutte queste sue attività ogni interprete è perciò inevitabilmente portato (e persino tenuto) a interrogarsi non solo sui principi e sulle regole da applicare nel caso, ma a volgere altresì lo sguardo in direzione degli stessi valori dai quali quei principi (e – a scalare – quelle stesse regole) sono scaturiti⁹². Il senso del testo potrà così affrancarsi di continuo dal contesto e dall'ambiente che l'ha ispirato – adeguandosi alle nuove situazioni – pur senza mai recidere i legami con i valori che l'hanno suggerito (e la cui percezione potrà analogamente mutare nel corso del tempo)⁹³. Definire l'effettiva portata dei diritti fondamentali disciplinati in Costituzione è quindi un problema che non potrà mai risolversi una volta per tutte, e men che meno in base alla singola decisione di un giudice audace. Una tale operazione richiederà invece svariati assestamenti, coinvolgendo una pluralità di membri della comunità interpretativa, la quale deve atteggiarsi nel senso di essere mediamente disposta a contestare chi non osservasse la norma così riformulata⁹⁴. Una simile comunità non è peraltro monolitica: è infatti ben «più realistico» immaginarla come la somma di più comunità, ciascuna con il proprio «indirizzo assiologico» e «in continua lotta» con le altre per imporre le interpretazioni ritenute più idonee⁹⁵.

Piuttosto che un atto istantaneo, tale dinamica delinea dunque un «processo storico» che conosce solo temporanei assestamenti⁹⁶: da ciò derivano le battaglie in campo aperto per desumere da materiali giuridici già conosciuti – e pur senza ritoccarli – diritti ben diversi da quelli tradizionalmente ammessi⁹⁷. Perché la novità s'imponga è quindi del tutto naturale che simili processi richiedano (spesso)

⁸⁹ G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 160.

⁹⁰ B. PASTORE, *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2, 2016, pp. 68 s. Come afferma Modugno «il richiamo alla comunità degli interpreti è garanzia per ogni fuga verso il soggettivismo ermeneutico» (F. MODUGNO, *op. cit.*, §4). Di una «coscienza collettiva» in tal senso ragiona Silvestri1989: 248.

⁹¹ V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 139.

⁹² Egli deve in tal modo «immettersi per così dire nella stessa dimensione in cui è posto il suo oggetto»: L. CAIANI, *op. cit.*, p. 58.

⁹³ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960), tr. it. *Verità e metodo*, 1983, Milano, pp. 454 s. V. anche M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore*, cit., pp. 21 s. e 24 s. Su questa linea si è collocata la stessa Corte costituzionale: cfr., ad esempio, la sent. n. 9/1965, punto 2 del *Considerato in diritto* e la sent. n. 138/2010, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁹⁴ H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 135 ss.

⁹⁵ F. MODUGNO, *op. cit.*, §5.

⁹⁶ F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, p. 129.

⁹⁷ Si pensi alle «campagne» o alle coraggiose azioni di protesta finalizzate a sollevare un dibattito sull'opportunità d'introdurre il diritto al matrimonio anche per le coppie gay, oppure alle vicende esemplari che hanno volutamente e drammaticamente portato allo scoperto l'assenza di una legge che disciplini il testamen-

tempo e pazienza; altre volte il percorso può invece essere assai rapido e indolore⁹⁸; altre volte ancora i tentativi in tal senso possono letteralmente naufragare o avere successo solo a distanza di molte lune. In ogni caso, le scelte dell'interprete non potranno mai ridursi a esprimere una preferenza del tutto soggettiva, dovendosi invece basare su valori presupposti e variamente garantiti dall'ordinamento, i quali, proprio per questo, costituiscono le bussole delle singole scelte e decisioni interpretative dei giudici e dei giuristi⁹⁹.

7. I diritti fondamentali tra «catene» e «racconti» giuridici

L'evocata immagine del «processo» spiega assai meglio di quella dello «strappo» in quale modo i diritti fondamentali possano progressivamente adattarsi al nuovo. Il loro continuo mutare costituisce quindi «il frutto collettivo di una pratica sociale e non già di singole decisioni puntiformi poste in essere da alcuni soggetti particolari»¹⁰⁰: un'esperienza che associa al momento dell'interpretazione anche la fase del suo controllo collettivo.

Come sottolineato fin dal principio, la vera identità dei singoli diritti fondamentali non è dunque un dato immutabile e predefinibile, quanto piuttosto l'esito di una prassi condivisa e sottoposta alla reiterata verifica di una molteplicità di soggetti¹⁰¹. Le norme giuridiche tese a tratteggiare i diritti fondamentali, dunque, «non esistono come dati oggettivi, indipendenti e autonomi dalle pratiche sociali che le tengono in vita con la loro costante attività di riproduzione e di uso»¹⁰².

Ciascun diritto fondamentale vivrà invece (con *quella* fisionomia e in *quella* estensione) solo se la comunità che contribuisce a plasmarlo (o alcune sue significative componenti) riconosceranno in quelle stesse disposizioni la concreta e corretta possibilità di esprimere proprio quei significati. Lo stesso vale per i c.d. nuovi diritti: anche per essi occorre sempre porsi il problema di reperirne un «fondamento testuale» in specifiche disposizioni costituzionali¹⁰³. Ne deriva che «i materiali giurisprudenziali» si candidano, in pratica, a far «integralmente parte del diritto positivo», costituendone

to biologico o l'interruzione dei trattamenti salvavita, e così le richieste d'introdurre un'accorta disciplina dell'eutanasia. Non vanno neppure dimenticate le storiche battaglie del femminismo o quelle dei lavoratori subordinati.

⁹⁸ Ciò vale per la repentina introduzione del matrimonio omosessuale in Spagna (in base alla legge n. 13/2005) o in Irlanda (a seguito del referendum costituzionale svoltosi il 22 maggio 2015, a soli cinque anni dall'introduzione delle unioni civili).

⁹⁹ V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 68. Nello stesso ordine d'idee v., in precedenza, L. CAIANI, *op. cit.*, p. 58. Come afferma M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore*, cit., p. 21 s., nell'interpretare la Costituzione si chiede sempre di «mantenere il più possibile stabile l'essenza di valore insita nelle norme costituzionali, in quanto il testo esprime l'accordo fondativo di strutturazione dell'ordinamento», il quale aspira all'«eternità ordinamentale».

¹⁰⁰ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 221.

¹⁰¹ F. VIOLA, *op. cit.*, p. 129: «il diritto è insieme ciò che s'interpreta e la stessa attività dell'interpretare, poiché ciò che s'interpreta è a sua volta il risultato di una precedente attività interpretativa».

¹⁰² V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 226. Modugno, richiamando Carlo Lavagna, ragiona, a tal proposito, dei «contesti umani, culturali e sociali», quali «tramiti necessari per fissare il significato degli enunciati e per proporre la norma» (F. MODUGNO, *op. cit.*, §2).

¹⁰³ Tra i tanti, cfr. M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore*, cit., p. 20.

«il necessario momento di concretizzazione»¹⁰⁴. Non sarà quindi opportuno sottovalutare la natura «fisiologicamente creativa» – ma mai arbitraria o in alcun modo assimilabile alla legislazione – sottesa a tutte queste operazioni¹⁰⁵.

Utilizzando la nota metafora dworkiniana del diritto quale opera letteraria e della singola interpretazione come semplice anello di un'ininterrotta catena, occorre dunque concludere che chiunque si trovi a dover inquadrare e fotografare la disciplina di un diritto fondamentale in realtà ricopre, nello medesimo tempo, il ruolo di autore e quello di critico. Egli cioè «apporta il proprio contributo alla tradizione che interpreta», ma, così facendo, mette a disposizione dei futuri interpreti «una nuova tradizione», comprensiva di ciò che altri hanno prodotto ben prima del suo intervento¹⁰⁶. Rimane comunque indispensabile che in nessuno di tali snodi si sprigioni una «libertà creativa totale»; quasi mai vi è però – di contro – un «vincolo meccanico testuale». Non va neppure escluso che «scrittori» diversi assumano decisioni (più o meno) diseguali pur muovendo dal medesimo testo originario e posizionandosi allo stesso punto della catena. Ciò perché ogni diritto deriva la sua sostanza da una permanente tensione tra «continuità» e «differenziazione»; tra il recupero del suo passato e la sempre più adeguata «aderenza alla vita» delle soluzioni da esso lasciate intravedere¹⁰⁷.

8. Conclusioni

Quello appena delineato costituisce un modello che può stendersi su moltissimi casi venuti o tornati alla ribalta anche di recente. Si pensi – per esempio – alla problematica definizione dei diritti fondamentali coinvolti dalle già menzionate vicende relative al fine-vita¹⁰⁸; a come inquadrare e bilanciare il diritto della madre a non essere nominata dopo il parto con il contestuale diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche¹⁰⁹; alla sensibilità con la quale affrontare il crescente tema della

¹⁰⁴ V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 180.

¹⁰⁵ B. PASTORE, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁶ R. DWORKIN, *Laws Empire*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁷ J. ESSER, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁸ Sul fronte del fine-vita – almeno fino alla recente approvazione della legge n. 219/2017 – è stata la giurisprudenza ordinaria e amministrativa a fare la parte del leone, interpretando e applicando i principi costituzionali da utilizzare nelle singole vicende. Si pensi, ad esempio, al richiamato «caso Englaro»: la vera svolta, in questa contrastata vicenda (la quale ha suscitato profonde lacerazioni nella stessa opinione pubblica), avvenne, infatti, allorché la Cassazione – dopo molte altre pronunce di segno contrario – affrontò la fattispecie valorizzando, da un lato, il principio personalista e il diritto di autodeterminazione terapeutica (sia pur differita) della paziente (la quale versava in stato vegetativo da anni), nonché, dall'altro, offrendo il giusto rilievo al principio pluralista, sottolineando cioè il «fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le determinazioni volitive» del malato (anche nelle situazioni più drammatiche e pur quando si tratti di trattamenti salvavita) (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748). È chiaro che è solo a partire da una particolare concezione della dignità e dell'autodeterminazione da riconoscersi al malato che si è potuto infine giungere a tali conclusioni, laddove chi sposa invece altre prospettive concettuali si arresta di certo assai prima. Sulle vicende appena richiamate, intese come esempi emblematici di disaccordi su concezioni di concetti giuridicamente fondamentali v. V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, cit., p. 129 ss.

¹⁰⁹ Nella sent. n. 278/2013 la Corte valorizza al massimo il «diritto del figlio a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali», a fronte del contrapposto «diritto all'anonimato della madre» nella dichiarazione di nascita, stabilendo infine la necessità che il legislatore delinea un procedimento che, rispettando

genitorialità omosessuale¹¹⁰ o della c.d. gestazione/gravidanza per altri¹¹¹; a come inquadrare il diritto di trasmettere ai figli anche il cognome della madre¹¹²; a come declinare il concetto di persona titolare di diritti¹¹³.

Proprio l'evolvere dei casi appena menzionati conferma che non è possibile stabilire in anticipo (e per sempre) tutte le espansioni (o i limiti insuperabili) che interessano i singoli diritti fondamentali; non è neppure detto che una decisione innovativa in uno specifico settore anticipi necessariamente

do al massimo la riservatezza della donna, consenta tuttavia d'interpellarla pur quando essa avesse dichiarato a suo tempo di non voler essere nominata al fine di verificare la sua perdurante volontà in tal senso. Si ribaltava, in tal modo, il precedente della sent. n. 425/2005. Significativo è inoltre il richiamo, nella sentenza del 2013, alla pronuncia della Corte Edu, sez. II, *Godelli c. Italia* 25 settembre 2012, n. 33783/09, della quale si ricalcano *in toto* gli argomenti. Nelle varie puntate di questa vicenda cambia, dunque, la percezione dei vari diritti in gioco, e così l'esito del loro conseguente bilanciamento.

¹¹⁰ A normativa in materia di adozione del tutto immutata – cfr. l'art. 44, lett. d), della legge n. 184/1983 – stanno infatti esponenzialmente aumentando (e diventando prevalenti) gli orientamenti giurisprudenziali tesi a riconoscere anche alle coppie *same sex* la possibilità di procedere all'“adozione in casi particolari” (c.d. *stepchild adoption*). Ciò a tutela dei diritti inviolabili e del superiore interesse del bambino (v., in particolare, Cass. civ., sez. I, 26 maggio 2016, n. 12962). Da ultimo, quest'orientamento si è rapidamente esteso anche al riconoscimento della trascrivibilità dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso di cui uno biologico (Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2016, n. 19599 e App. Trento 21 febbraio 2017), nonché la trascrizione di provvedimenti stranieri che stabiliscono l'adozione congiunta (e piena) di minori in stato di abbandono (si v. i due decreti del Tribunale di Firenze, sez. adozioni, 7 marzo 2017). È chiaro che simili sviluppi non sarebbero stati neppure lontanamente concepibili senza l'emergere di nuove concezioni del concetto di famiglia e del superiore interesse del minore.

¹¹¹ Sul tema – assai controverso – la giurisprudenza italiana è ancora alla ricerca di un punto d'equilibrio, benché la nostra comunità interpretativa sia senz'altro all'opera: si v. il profondo contrasto tra la sentenza Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001 e, ora, la citata sent. n. 272/2017 (in cui si afferma che la violazione del divieto di maternità surrogata si pone in insanabile contrasto con la dignità umana e altri beni giuridici fondamentali) di contro alle sentenze che, anche in questi casi, puntano a dare rilievo all'interesse del minore che abbia già proficuamente instaurato un legame familiare e una continuità d'affetti con i genitori d'accoglienza (si v. la sentenza della Corte d'Appello di Bari 13 febbraio 2009). Anche su questo tema la giurisprudenza della Corte Edu inizia a essere piuttosto copiosa (si v. le decisioni 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, e n. 65941/11, *Labasse c. Francia*, nonché 27 gennaio 2015, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*).

¹¹² La norma italiana che non lo consentiva è stata finalmente dichiarata illegittima con la già citata sent. n. 286/2016, dopo che, con la sent. n. 61/2006 – in linea con quanto già sancito nelle ordd. n. 176 e n. 586/1988 – si era dichiarata inammissibile un'identica *quaestio* di legittimità, posto che l'intervento avrebbe richiesto «una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte». Quest'ultima giurisprudenza è stata ora ribaltata: la Corte «ritiene [infatti] che siffatta preclusione pregiudichi il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisca un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi» (punto 3.4 del *Considerato in diritto*). È altresì certo che a imprimere un'ulteriore pressione in tal senso abbia giocato un ruolo non secondario la giurisprudenza di Strasburgo, e, in particolare, la sentenza *Cusan Fazzo c. Italia* del 7 gennaio 2014, n. 77/07. La nuova (più articolata) “concezione” del diritto all'identità personale del minore («che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro»), così come il «riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità», assieme all'idea che la scelta sin qui praticata provocasse una «mortificazione del diritto della madre», mettendo addirittura in pericolo (*contra* quanto ribadito in altre epoche storiche) la stessa «salvaguardia dell'unità familiare, di cui all'art. 29, comma 2, Cost.», ha quindi indotto la Corte a rivedere la sua pregressa giurisprudenza, pur rimanendo esattamente identici i materiali legislativi e costituzionali messi a raffronto.

¹¹³ Si rinvia alla notissima sent. n. 27/1975 (sull'aborto): sulle inevitabili concezioni discordanti del concetto di persona v. V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, cit., pp. 67 ss. e 100 ss.

un'analogia opzione anche su altro tema. È dunque nel succedersi delle stagioni interpretative, nel modificarsi delle diverse concezioni che ne governano i sotterranei movimenti, nonché (soprattutto) nel costante confronto tra il dato normativo-costituzionale e i nuovi casi da risolvere, che i diritti astrattamente disciplinati in Costituzione (e nelle varie Carte) acquistano una loro sempre più netta fisionomia (sia pur solo temporanea). In altri termini, i diritti fondamentali sono fisiologicamente strutturati per sopportare una nutrita (oltre che diacronica) pluralità di possibili ricostruzioni e applicazioni; fermo restando che, considerando il momento storico-giuridico in cui le singole decisioni devono essere assunte, a contendersi il campo saranno solo alcune delle ipotesi astrattamente possibili. Né va dimenticato che anche le interpretazioni infine vincenti possono pur sempre isterilirsi e regredire, determinando così il ritorno di vecchie posizioni.

Ai fini del funzionamento di un simile meccanismo è dunque essenziale porre sempre attenzione – fase per fase – alle concezioni dei concetti che infine prevalgono. Adottare schemi alternativi dei medesimi concetti imprime, infatti, movimenti assai diversificati alla carovana dei principi e dei diritti coinvolti nei singoli casi. In attesa che – certo – presso la comunità degli interpreti s'impongano altri *software* con i quali approcciare i medesimi ingranaggi testuali e le stesse fattispecie. Di norma queste operazioni producono esiti tutto sommato affidabili, ampiamente condivisi e più o meno stabili. È tuttavia del tutto naturale che un assetto quasi scontato in un determinato passaggio storico, possa non essere più ritenuto tale a distanza (anche) di poco tempo: nel bene ma anche nel male.

Forse proprio questa logica conclusione costituisce l'approdo più consono per un ordinamento costituzionale davvero aperto al mondo: è sempre necessario mettere in conto (e preservare) la pluralità del possibile, ma – dev'essere chiaro – non tutto può comunque ricomprendersi nel ventaglio delle scelte sopportabili dall'ordinamento. Il pluralismo delle interpretazioni dei diritti fondamentali non può dunque mai generare una proliferazione incontrollata delle stesse¹¹⁴. In taluni casi è pertanto lo stesso testo costituzionale a suggerire la prospettiva mediante la quale plasmare la norma da applicare al caso¹¹⁵: anche in queste circostanze, tuttavia, taluni margini di elasticità non vengono mai meno. Non sarà quindi mai consentito – o sarà oltremodo difficile – utilizzare concezioni dei concetti del tutto estranee al sistema giuridico in cui si agisce, ossia valori e preferenze etico-politiche del tutto inconciliabili con gli assunti che hanno forgiato l'ordinamento¹¹⁶. Né sarà ovviamente mai permesso avallare interpretazioni in alcun modo riconducibili ai testi costituzionali. Quando ciò accadesse dovranno entrare in gioco tutti gli organi/apparati di garanzia, tutte le contromisure previste e tutti coloro che hanno il delicato compito di agire e reagire affinché l'ordinamento si assesti in prossimità di un «porto» effettivamente raggiungibile dalle sue navi. È comunque un viaggio che non avrà mai una vera fine e in cui l'ultimo approdo potrebbe sembrare del tutto alieno dalla sua tappa iniziale, costituendo peraltro (e contestualmente) solo un trampolino verso altre direzioni tutte da esplorare.

¹¹⁴ Tutte le interpretazioni (specie quelle destinate a imporsi nella pratica) si rapportano invece, di norma, «a usi standardizzati, socialmente sanzionati», consolidandosi in ricostruzioni ripetibili e «cementate dal consenso di una comunità»: V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 100.

¹¹⁵ A. PACE, *op. cit.*, §2.

¹¹⁶ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., p. 68.