

## La nascita del biodiritto come prodotto della costituzionalizzazione dell'ordinamento

*Giacomo D'Amico\**

THE ORIGINS OF BIOLAW AS A PRODUCT OF THE LEGAL SYSTEM'S CONSTITUTIONALISATION

ABSTRACT: The following essay focuses on the origins of Italian Constitution and on Founding Fathers' idea of human rights. The author describes the developments since the entry into force of the Italian Constitution, emphasizing in particular the so called Constitutionalisation of legal system. This process has shifted the focus from the authority of State to the individual, contributing to the origins of Biolaw's study. Two opposite extremes can compromise the recognition of the biorights: the trend to transform every personal desire in a right, on the one hand, and a paternalistic attitude, on the other hand.

KEYWORDS: Biolaw; Constitution; human Rights; Constitutional court; Parliament

SOMMARIO: 1. Premessa. L'erompere della «fattualità» nel diritto pos-moderno – 2. L'uomo «situato» come paradigma di riferimento dell'assetto costituzionale dei diritti e delle libertà – 3. La costituzionalizzazione dell'ordinamento e la vocazione espansiva dei diritti dentro o al di fuori del testo costituzionale – 4. Il biodiritto e i biodiritti: l'approdo ultimo del processo di costituzionalizzazione e i rischi connessi

### 1. Premessa. L'erompere della «fattualità» nel diritto pos-moderno

**L**a nascita o, più correttamente, l'emersione del c.d. biodiritto è solitamente ricondotta alla repentina e imprevedibile evoluzione della scienza e della tecnica che ha caratterizzato il secolo scorso e, in particolare, gli ultimi settanta anni. La possibilità di avvalersi di strumenti scientifici nuovi e di tecniche prima sconosciute ha, senza dubbio, contribuito a prospettare questioni giuridiche inedite e a interrogarsi su delicati problemi di natura etica, che finiscono, in ultima istanza, con il gravare sul legislatore e sul giudice. Ciò nondimeno, non può esaurirsi solo in questa dinamica il crescente interesse per i temi bio-giuridici.

L'avvento delle Costituzioni liberal-democratiche del secondo dopoguerra ha costituito un momento di svolta nell'evoluzione degli ordinamenti giuridici, ponendo l'individuo, nella sua concretezza, al centro del quadro costituzionale. A ciò ha contribuito il doloroso vissuto che ha preceduto la nascita delle Costituzioni in alcuni dei principali Stati europei (Italia, Germania e Francia, su tutte); infatti, la drammaticità della guerra con il suo inevitabile corollario di grandi e piccole tragedie ha sostanzialmente

---

\* *Professore associato di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina e assistente di studio presso la Corte costituzionale. Mail: [gdamico@unime.it](mailto:gdamico@unime.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

“imposto” ai Padri Costituenti di abbandonare la prospettiva di una proclamazione stentorea e distaccata dei diritti del cittadino e/o del regnicolo a favore di un approccio rivolto al «pieno sviluppo della persona umana» e all’«effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese», secondo la formula utilizzata dall’art. 3, secondo comma, Cost.

In altre parole, la dolorosa esperienza di cui si è appena detto ha reso pressoché necessario il superamento del modello di Stato liberale di diritto, incentrato sulla formale dichiarazione di diritti del cittadino, a favore di un inquadramento dei rapporti tra individuo e autorità caratterizzato dall’esistenza di corpi intermedi e orientato a garantire l’«effettività» della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo e quindi l’eguaglianza sostanziale.

Questo fortissimo condizionamento esercitato dall’immediato passato sulla stesura delle Carte costituzionali del secondo dopoguerra è una delle cause dell’erompere della “fattualità” nel diritto post-moderno o, come ama dire Paolo Grossi<sup>1</sup>, pos-moderno. In questa prospettiva vanno inquadrate la “riscoperta” della complessità dell’universo giuridico e la “primazia” del diritto rispetto allo Stato. La disarmante semplicità dell’ordito costituzionale dello Stato liberale ottocentesco si è rivelata, infatti, tristemente fragile al cospetto della violenza dei regimi autoritari che hanno caratterizzato la prima metà del Novecento in Europa. Emblematico è, in tal senso, il quadro costituzionale delle libertà e dei diritti presente nello Statuto albertino, composto da nove articoli, ispirati a una chiara visione statocentrica e legolatrica. Significativo è in proposito il riconoscimento del diritto di adunarsi pacificamente e senz’armi «uniformandosi alle leggi che possono regolarne l’esercizio nell’interesse della cosa pubblica» (art. 32, primo periodo); disposizione, questa, che comunque non era applicabile «alle adunanze in luoghi pubblici od aperti al pubblico», che rimanevano «interamente soggetti alle leggi di polizia» (art. 32, secondo periodo). Era, dunque, rimesso al legislatore non solo il compito di riempire di contenuto una formula vaga come quella dell’«interesse della cosa pubblica», ma anche quello di regolare le adunanze in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Decisamente più stringata la formula dell’art. 26, relativo alla «libertà individuale», la cui tutela era limitata a un generico *habeas corpus*.

A questo quadro, del tutto compromesso dalla deriva autoritaria del ventennio fascista, si contrappone il disegno della Costituzione repubblicana che fa della “costruzione” del rapporto tra persona e Stato una delle più decisive «scelte della Costituente»<sup>2</sup>. Dalla configurazione di questo rapporto deriva, infatti, l’intero assetto delle libertà e dei diritti fondamentali e, di riflesso, degli strumenti posti a loro

<sup>1</sup> Tra i tanti scritti di questo illustre Studioso sul tema in oggetto si rinvia alla raccolta di saggi contenuta in P. GROSSI, *Società, Diritto Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, e, tra gli scritti più recenti, *Id.*, *Verso il domani. La difficile strada della transizione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, 25 ss. e *Id.*, *Costituzionalismi tra “moderno” e “pos-moderno”. Tre lezioni suor-orsoline*, Napoli, 2019, spec. 42 ss.

<sup>2</sup> Secondo l’espressione che dà il titolo ad una delle più complete ricerche sui lavori dell’Assemblea Costituente e sulle ascendenze culturali e politiche delle proposte avanzate in quella sede: U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Tomo I: *Costituzione italiana e modelli stranieri*, e Tomo II: *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, 1980.

tutela<sup>3</sup>. Al contempo, il peculiare assetto dei rapporti tra individuo e autorità consente di leggere, anche attraverso il canone dell'interpretazione evolutiva<sup>4</sup>, disposizioni e vicende, molto distanti dal tempo in cui fu scritta la Costituzione, senza smarrire il sentiero in essa tracciato. Anzi, proprio in questo ambito, la presbiopia della Carta costituzionale<sup>5</sup> si manifesta in modo magistrale, assicurando un'ultrattività della stessa che, in tempi – come quelli odierni – caratterizzati dalla precarietà e dalla contingenza, appare una dote rara. Si deve a questa “capacità di guardare lontano” la straordinaria adattabilità della Costituzione a contesti sociali, politici, economici, scientifici e culturali profondamente diversi. Emblematica è proprio la genesi del secondo comma dell'art. 32 Cost., che, come si vedrà più avanti, fu elaborato al fine di vietare le pratiche di sterilizzazione coatta.

Dalla Carta costituzionale del 1947 emerge, quindi, l'immagine di un individuo, costituito da «una *persona* in carne ed ossa immersa al centro di un tessuto relazionale di diritti e di doveri, sempre pensata in dialettica con l'*altro* e inserita in formazioni sociali che la arricchiscono e ne incrementano lo spessore»<sup>6</sup> (corsivi testuali). Quanto appena detto ha un'evidente ricaduta anche sul piano dell'interesse per il giurista, il quale è chiamato a confrontarsi non più con l'individuo quale indefinita componente dell'entità statale (alla stregua dell'immagine del Leviatano riprodotta nella copertina dell'omonimo libro di T. Hobbes) ma con una persona concreta, “situata” nei diversi contesti sociali in cui opera, e dunque, in ultima istanza, con la “fattualità” del fenomeno giuridico, che deve essere visto sempre più come «ordinamento», anziché come «potere»<sup>7</sup>.

## 2. L'uomo «situato» come paradigma di riferimento dell'assetto costituzionale dei diritti e delle libertà

La “riscoperta” dell'individuo, nella dimensione poco sopra indicata, costituì uno sbocco quasi inevitabile dei dibattiti svoltisi in Costituente e dei processi culturali che li avevano preceduti e accompagnati. La necessità di creare il c.d. “uomo nuovo”<sup>8</sup> era, infatti, l'obiettivo verso il quale tendevano le principali forze politiche presenti in Assemblea, sia pure per ragioni e secondo percorsi diametralmente opposti. Dallo scenario “finale” di ispirazione comunista dell'estinzione dello Stato a quello di matrice cattolica della centralità della persona umana rispetto allo Stato, tutto deponeva a favore del superamento del soggetto di diritto dello Stato liberale. In questo processo, graduale ma al tempo stesso rapido (se si pensa che in meno di due anni dall'elezione dell'Assemblea Costituente condusse all'elaborazione

<sup>3</sup> Sul legame esistente tra la dichiarazione dei diritti e l'organizzazione dei poteri si veda G. MARANINI, *Il mito della Costituzione*, Roma, 1996, 125.

<sup>4</sup> Cfr., *ex plurimis*, F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione* (1952), in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino, 1965, spec. 168 ss.; Id., *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano 1962, 885, che, sia pure incidentalmente, non manca di notare il carattere «spiccatamente evolutivo» dell'interpretazione costituzionale.

<sup>5</sup> Secondo la nota definizione data da P. CALAMANDREI in *Assemblea Costituente* (seduta del 4 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, I, Camera dei deputati - Segretariato generale, Roma 1970, 163).

<sup>6</sup> P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in Id., *Società, Diritto Stato. Un recupero per il diritto*, cit., 231.

<sup>7</sup> Anche su questo punto si rinvia a P. GROSSI, *op. cit.*

<sup>8</sup> Quello della “novità” fu un tema assai ricorrente in quegli anni: si pensi, ad esempio, al «partito nuovo» auspicato da Palmiro Togliatti.

della Costituzione), risulta determinante, tra gli altri, il contributo di idee offerto da Giorgio La Pira. Si deve a Lui, infatti, il merito di aver riportato, nella sua relazione in prima Sottocommissione, il senso più profondo ma anche più concreto (avendo comunque formulato un articolato) della «rivoluzione personalista»<sup>9</sup> che era attecchita nella Francia degli anni '30 e '40 del Novecento, trovando terreno fertile nella crisi, dapprima, economica, ma poi anche sociale e politica, deflagrata nel 1929. È stato osservato: «in Giorgio La Pira costituente, il valore della persona umana quale fondamento dei diritti naturali dell'uomo, in una dichiarazione che si estenda anche ai diritti sociali rispettando la persona nella comunità familiare, nella comunità religiosa, nella comunità di lavoro, nella comunità locale e nella comunità nazionale, è rispecchiato [...] nell'esperienza francese»<sup>10</sup>. È, infatti, alla prospettiva personalista che guarda La Pira, volgendo la propria attenzione soprattutto al pensiero di E. Mounier che, nelle pagine della rivista *Esprit* delinea una vera e propria «teoria personalista del potere», in cui «il diritto è la garanzia istituzionale della persona» e «lo Stato è per l'uomo, non l'uomo per lo Stato»<sup>11</sup>. È Mounier ad auspicare «un pubblico statuto della persona»<sup>12</sup>, anche qui ripreso da La Pira, secondo cui gli *status* della persona devono avere «una essenziale rilevanza costituzionale». A loro volta, Mounier e lo stesso La Pira si alimentano del pensiero di Jacques Maritain, la cui ricostruzione teorica dei rapporti tra l'uomo e lo Stato non è priva di un sano realismo, specie là dove sostiene che «uomini divisi da opposte concezioni teoriche possono giungere a un accordo puramente pratico circa l'enumerazione dei diritti umani»<sup>13</sup>.

Particolarmente significativi furono anche gli interventi di Lelio Basso e di Palmiro Togliatti. Il lavoro, spesso sotterraneo, svolto da questi esponenti politici emerse, in particolare, nella presentazione e nella successiva approvazione, nella seduta del 24 marzo 1947, dell'emendamento all'art. 6 del progetto, che fu largamente condiviso da tutti gli schieramenti presenti in Assemblea<sup>14</sup>.

Con l'approvazione del testo dell'odierno art. 2 Cost. può dirsi che sia stata costituzionalizzata la figura dell'*homme situé*. Questa formula, elaborata da Georges Burdeau<sup>15</sup> e largamente ripresa da costituzionalisti, politologi e sociologi, fotografa perfettamente l'obiettivo che i Padri Costituenti vollero raggiungere con l'approvazione dell'anzidetta disposizione costituzionale. Per Burdeau l'evoluzione dello Stato democratico ha portato all'avvento del popolo reale, in contrapposizione al popolo giuridico o astratto (tipico della c.d. democrazia governata, che Burdeau contrappone a quella c.d. governante). La volontà del popolo reale «*se forme au niveau de cet homme situé; elle se nourrit de ses aspirations*

<sup>9</sup> E. MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria* (1934), Bari, 1984, 74 ss.

<sup>10</sup> G. CONTICELLI, *Giorgio La Pira "figlio adottivo della Francia"*, in P.L. BALLINI (a cura di), *Giorgio La Pira e la Francia. Temi e percorsi di ricerca. Da Maritain a De Gaulle*, Milano, 2005, VII ss.

<sup>11</sup> E. MOUNIER, *Il personalismo* (1964), introd. di G. CAMPANINI, trad. it. di A. CARDIN, Roma, 1999, 154 ss.

<sup>12</sup> E. MOUNIER, *op. cit.*, 156.

<sup>13</sup> J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato* (1951), introd. di V. POSSENTI, trad. di L. FRATTINI, Genova-Milano, 2003, 75.

<sup>14</sup> Per un tentativo di ricostruzione dei dibattiti svoltisi in quella sede sia consentito rinviare a G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 97 ss. ma spec. 101 ss.

<sup>15</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, 1973, 37 ss., ma la formula dell'*homme situé* è presente già nella prima edizione del 1956.

*réelles; elle exprime ses revendications*»<sup>16</sup>. Quest'uomo concreto, appunto "situato", è «definito non dalla sua essenza, dalla sua parentela con un tipo ideale o dalla ragione che ha sede in lui, ma dalle particolarità ch'egli deve alla situazione contingente in cui si trova». È, dunque, l'uomo «che incontriamo nelle relazioni della vita quotidiana, quale è caratterizzato dalla sua professione, dai suoi mezzi e dal suo modo di vivere, dai suoi gusti, dai suoi bisogni e dalle possibilità che gli si offrono. In una parola, è l'uomo condizionato dal suo ambiente, che viene rivelato non da una riflessione metafisica sul suo essere, ma dall'osservazione della sua maniera di essere». Così definita, la c.d. «democrazia governante tende naturalmente all'instaurazione della democrazia sociale», in cui l'individuo è libero da ogni forma di schiavitù<sup>17</sup>.

È sufficiente limitare l'analisi agli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione, per rendersi conto che quello descritto da Burdeau, più che un modello, è una realtà<sup>18</sup> in cui i principi costituzionali sopra indicati trovano pieno invero. La Carta repubblicana ha, infatti, riconosciuto non solo un astratto primato della persona rispetto allo Stato, non solo la precedenza assiologica e logica dell'individuo rispetto alla comunità politica, ma anche i diritti dell'individuo all'interno delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. Queste ultime costituiscono, peraltro, il luogo per eccellenza in cui l'uomo è "situato" (si pensi, ad esempio, alla famiglia, alla scuola, alla comunità di lavoro, ai partiti).

In altre parole, la formula dell'*homme situé* pare idonea a descrivere la sintesi operata dai Costituenti tra l'impostazione cattolica e quella socialista e comunista<sup>19</sup>. Questa impostazione, per la sua vocazione alla concretezza delle situazioni, costituisce, a ben vedere, l'unico strumento in grado di assicurare l'effettività della tutela dei diritti. Non più quindi astratte libertà ma concreti diritti in cui i bisogni dell'individuo assumono la veste di situazioni giuridiche attive.

L'approdo alla visione dell'individuo concreto, collocato nel contesto sociale, politico, economico in cui vive e opera, è il punto di arrivo di un processo di superamento di due prospettive antitetiche tra loro: da una parte, l'organicismo totalitario e, dall'altra, l'individualismo puro<sup>20</sup>.

Sicuramente, ciò che accomunava i Padri Costituenti era l'esigenza di superare l'esperienza dello Stato totalitario e la teoria dei c.d. diritti riflessi<sup>21</sup>, in base alla quale «non vi sono, per l'uomo, diritti naturali ed originari; vi sono soltanto concessioni, diritti riflessi: queste "concessioni" e questi "diritti riflessi" possono essere in qualunque momento totalmente o parzialmente ritirati, secondo il beneplacito di

<sup>16</sup> Così J.J. CHEVALLIER, *Référence bibliographique de livre: G. Burdeau, Traité de science politique*, VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, 1973, in *Revue internationale de droit comparé*, 4, 25, 1973, spec. 941.

<sup>17</sup> G. BURDEAU, *Democrazia*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1977, ora in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), § 3.

<sup>18</sup> Discutere di un modello astratto significherebbe, infatti, traviare l'impostazione di questo Autore che sottolinea la differenza tra l'astratto cittadino e l'individuo concreto e "situato".

<sup>19</sup> Si pensi solo che tra i fattori che determinano la "situazione" in cui l'uomo di Burdeau è collocato, un ruolo fondamentale è svolto dal lavoro.

<sup>20</sup> In generale, sulla dialettica individualismo/comunitarismo si rinvia, tra gli scritti più recenti, all'interessante studio di F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità*, Torino, 2018, 153 ss. Fondamentale è poi la riflessione di N. BOBBIO, *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in A.M. PETRONI e R. VIALE (a cura di), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Milano, 1997, 179 ss.

<sup>21</sup> Sul «superamento dell'assorbimento della società nello Stato» come atto fondativo della Repubblica italiana si veda E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il concetto di Repubblica nella Costituzione italiana*, Milano, 2015, 25 ss.

colui dal quale soltanto tali diritti derivano, lo Stato»<sup>22</sup>. Il principale responsabile di questa impostazione culturale è individuato in Hegel e nella riduzione – da lui operata – della persona «ad un momento accidentale della sostanza statale», con la conseguenza che se non vi è alcuna anteriorità dell'individuo rispetto allo Stato, quest'ultimo assume una posizione di «anteriorità metafisica rispetto all'individuo»<sup>23</sup>.

Contestualmente a questo processo si assiste al superamento del modello individualistico “puro” di matrice liberale, che affondava le sue radici in talune posizioni estremistiche assunte nel periodo della Rivoluzione francese. Il riferimento è, fra gli altri, alla c.d. *Loi Le Chapelier* del 1791 che, sull'altare dell'esaltazione dell'individuo e delle sue libertà, sacrificava ogni forma di associazione professionale, padronale od operaia che fosse, introducendo il c.d. *délit de coalition*<sup>24</sup>. Questa legge – che si fondava sull'idea che la frapposizione di qualsivoglia forma di associazione tra l'individuo e lo Stato potesse inficiare la validità e, forse anche, la “genuinità” di questo rapporto – vietava la formazione di quei «corpi intermedi», che caratterizzavano, invece, il «governo moderato» di Montesquieu<sup>25</sup>. L'obiettivo principale era quello di «mettere fine al ruolo vincolante delle tradizionali corporazioni di mestiere e [di] incrementare la libertà economica», ma con questo e con altri provvedimenti restrittivi fu limitata anche l'«espressione politica collettiva», suscitando forti proteste da parte di chi riteneva che siffatti divieti fossero incompatibili con la Dichiarazione dei diritti e con i principi del 1789<sup>26</sup>.

In realtà, dietro questo atto dell'Assemblea nazionale stava l'idea di «abolire tutto ciò che è monopolio, privilegio o regolamentazione» e, come notano Furet e Richet, «è un segno dei tempi che a sinistra della Costituente nessuno si levi a difendere il diritto dei salariati a coalizzarsi»<sup>27</sup>. A sua volta, Le Chapelier, estensore di questa legge, si ispirò a Rousseau, che, nel descrivere il carattere «indistruttibile» della volontà generale, scriveva: «quando il nodo sociale comincia ad allentarsi e lo Stato a indebolirsi, quando gl'interessi particolari cominciano a farsi sentire e le piccole società cominciano a premere sulla grande, l'interesse comune si altera e trova degli oppositori»<sup>28</sup>. Era chiaro, quindi, che uno dei

<sup>22</sup> Così G. LA PIRA nella sua relazione sui *Principii relativi ai rapporti civili*, in *Assemblea costituente, Atti della Commissione per la Costituzione*, II, *Relazioni e proposte*, Camera dei deputati – Segretariato generale, Roma, 1948, 14.

<sup>23</sup> Sempre G. LA PIRA in *Principii relativi ai rapporti civili*, in *Assemblea costituente, Atti della Commissione per la Costituzione*, II, *Relazioni e proposte*, cit.

<sup>24</sup> Questo reato sarà, poi, abolito solo nella seconda metà dell'Ottocento.

<sup>25</sup> Per Montesquieu la presenza dei «poteri intermedi» era determinante per far sì che il governo monarchico fosse preferibile a quello repubblicano e a quello dispotico. Infatti, «i poteri intermedi, subordinati e dipendenti, costituiscono la natura del governo monarchico, cioè di quello in cui uno solo governa per mezzo di leggi fondamentali», cioè di quelle leggi «fisse e immutabili» che si sottraggono alla potestà legislativa del monarca (C.L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), I, trad. it. di B. BOFFITO SERRA, Milano, 1996, 162 ss.). In questa prospettiva i poteri intermedi dipendenti, da una parte, impedivano che il popolo prendesse troppo il sopravvento, dall'altra parte, svolgevano una formidabile funzione di protezione dalla corruzione del potere («è raro che gli ordini dello Stato siano interamente corrotti». *Ibid.*, 205).

<sup>26</sup> Le ragioni dell'introduzione di questo provvedimento e le reazioni che esso suscitò sono ricostruite in J. ISRAEL, *La rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai Diritti dell'uomo a Robespierre* (2014), trad. di P. DI NUNNO E M. NANI, Torino, 2015, 174 ss.

<sup>27</sup> F. FURET, D. RICHEL, *La Rivoluzione francese* (1965), I, trad. di S. BRILLI CATTARINI, C. PATANÈ, Roma-Bari, 2011, 141 ss.

<sup>28</sup> J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. di M. GARIN e introd. di T. MAGRI, Roma-Bari, 2002, 153.

primi obiettivi della rivoluzione dovesse essere quello di “bloccare” le «piccole società» per evitare che potessero «premere» sullo Stato.

Il riconoscimento dell'autonomia dell'*homme situé* – *id est*, della sfera di libertà e di diritti che fa capo all'individuo “situato” – non è, dunque, una stantia riproposizione del modello liberale ma va oltre, finendo con il costituire l'autentica *Grundnorm* dello Stato costituzionale. Da questo punto di vista, è proprio l'autonomia dell'*homme situé* a riempire di senso il principio/valore della “dignità dell'uomo”, definito dalla dottrina costituzionalistica come una sorta di norma di chiusura dell'ordinamento costituzionale<sup>29</sup> o come un principio che non è soggetto a bilanciamento, «ma è ess[o] stess[o] la bilancia, il criterio di misurazione e di accertamento dei singoli giudizi»<sup>30</sup> o, ancora, come «un ponte fra i diritti in cui si concretizzano la libertà e l'autonomia del singolo ed i doveri che limitano l'espansione e l'esercizio dei diritti, attraverso il richiamo alla responsabilità»<sup>31</sup>.

Il rischio che si cela dietro l'utilizzo di principi di così ampia portata è, infatti, quello di legittimare un'operazione di etero-individuazione della “dignità dell'uomo”, che sposti al di fuori dell'individuo “concreto” la decisione su cosa è degno e cosa non lo è. Spetta, invece, a quest'ultimo il compito di dare un contenuto a una formula, come quella della “dignità dell'uomo”, che può legittimare pretese paternalistiche. È, dunque, l'individuo, con la sua autonomia e con i suoi connessi poteri di autodeterminazione, a dover riempire di senso la formula astratta del vivere e dell'agire *cum dignitate*. Al contempo, però, «si deve evitare che ognuno di noi possa trasformarsi in un potenziale tiranno di sé stesso»<sup>32</sup>; di conseguenza, «il principio di dignità nel mentre esalta l'autodeterminazione individuale al tempo stesso la limita, allorché la stessa dovesse ledere o mettere in pericolo interessi di terzi o della collettività»<sup>33</sup>.

Il *novum* della Carta costituzionale repubblicana non è, pertanto, rintracciabile in una specifica disposizione costituzionale ma nello spirito complessivo che si deduce sia dalle singole previsioni sia dal contesto culturale e politico in cui esse si collocano. Muovendo da questa prospettiva traspare, in filigrana, la volontà dei Padri Costituenti di riprendere alcuni paradigmi tipici dello Stato liberale (si pensi, per tutti, alle disposizioni relative alle c.d. libertà negative), ma, al contempo, anche la consapevolezza della loro insufficienza e del connesso rischio di una libertà “di facciata”, cioè di mere proclamazioni di libertà e di diritti, non accompagnate da adeguati strumenti in grado di garantirne l'effettività.

<sup>29</sup> Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, 343 ss.

<sup>30</sup> G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, 57.

<sup>31</sup> G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015, 81.

<sup>32</sup> V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 38.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 39. L'estrema attualità di questi temi è testimoniata dalla frequenza con cui, soprattutto negli ultimi anni, la Corte costituzionale è stata chiamata a trattarli: si pensi, per tutte, alle due decisioni sul c.d. caso DJ Fabo-Cappato (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019), in cui la Corte ha fatto riferimento a un'accezione soggettiva del concetto di dignità, sia pure con toni diversi (espressamente nella prima pronuncia e timidamente nella seconda), e alla questione della c.d. prostituzione volontaria (sentenza n. 141 del 2019), là dove il Giudice delle leggi ha richiamato il concetto di «dignità oggettiva». Tra i tanti scritti su quest'ultima accezione della dignità si segnala P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2017, 573 ss.

### 3. La costituzionalizzazione dell'ordinamento e la vocazione espansiva dei diritti dentro o al di fuori del testo costituzionale

L'anteriorità dell'individuo rispetto allo Stato, da una parte, e la struttura nomologica della Carta costituzionale, caratterizzata da un linguaggio per principi<sup>34</sup>, dall'altra, hanno innescato un "meccanismo interpretativo" che, a settanta anni di distanza, può dirsi senz'altro virtuoso e che costituisce una delle principali ragioni di attualità della Costituzione.

In altre parole, le scelte dei Padri Costituenti hanno determinato il prodursi di un fenomeno culturale (nel senso di cultura giuridica) che ha consentito, in un primo momento, il superamento dell'artificiosa distinzione tra norme programmatiche e norme precettive della Costituzione, e, in un secondo momento, un processo di lenta ma inesorabile "costituzionalizzazione dell'ordinamento". È come se l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e delle sue disposizioni sui diritti dell'individuo avesse dato la stura ad una *magmatica pervasione dell'ordinamento*, in cui la metafora del magma offre plasticamente l'idea di un processo lento ma inesorabile di penetrazione, come, d'altronde, lo sono tutti i processi culturali.

La costituzionalizzazione dell'ordinamento è avvenuta sia in modo espresso, attraverso un'attività demolitorio-ricostruttiva di molti istituti giuridici, sia in modo tacito, attraverso l'elaborazione di canoni interpretativi tali da "ricondurre a conformità" al nuovo quadro costituzionale disposizioni elaborate prima della sua entrata in vigore. Protagonista in entrambi i casi è stata la Corte costituzionale<sup>35</sup>, che, in molte circostanze, ha caducato previsioni radicalmente in contrasto con la Carta fondamentale e, in altre occasioni, ha offerto agli interpreti chiavi di lettura "salvifiche" della legittimità delle anzidette disposizioni.

È però sul piano dell'"approccio" al testo costituzionale che si registra la cifra più significativa e, al contempo, il profilo più dibattuto<sup>36</sup> del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento. La Corte è stata chiamata, infatti, a confrontarsi con un linguaggio – quello, appunto, della Costituzione – che «ripropone e rinnova continuamente le condizioni di legittimazione dell'intero ordinamento giuridico e fornisce la fondazione generale dei processi comunicativi tecnicizzati, che si svolgono nelle varie sfere

<sup>34</sup> È noto che talune disposizioni costituzionali contenute tra i «Principi fondamentali» e nella Parte I furono definite da P. CALAMANDREI come «divagazioni oratorie di tono moraleggiante e didascalico» (*Come nasce la nuova Costituzione*, in *Il Ponte*, 3, 1947, 1 ss., ed ora in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 10).

<sup>35</sup> Con il rischio – peraltro condiviso con i tribunali costituzionali di altri Paesi – di essere talvolta accusata di «*judicial hubris*». Su questo tema si rinvia a N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 919 ss. ma spec. 927 ss.

<sup>36</sup> Non si deve ritenere, infatti, che esistano nella dottrina costituzionalistica italiana un consenso unanime e/o posizioni universalmente condivise sulle forme e sulle modalità del processo di "costituzionalizzazione dell'ordinamento" e, ancor prima, sull'approccio al testo costituzionale. A quest'ultimo riguardo, seppure non si registri nel panorama dottrinale italiano una posizione di "puro" testualismo, sul modello di quanto sostenuto da A. SCALIA nel contesto giuridico statunitense (spec. ID., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, New Jersey, 1997, spec. 23), non mancano posizioni variegata riconducibili alle due contrapposte teorie del testualismo/originalismo e del *living constitutionalism*.

del mondo dei fenomeni giuridici»<sup>37</sup>; ciò obbliga l'interprete a non "sottovalutarne" «la forza generativa»<sup>38</sup>.

Questo approccio alle questioni del linguaggio costituzionale è legato strettamente al metodo della c.d. interpretazione per valori che, sia pure a fasi alterne, è stato avallato dalla Corte costituzionale<sup>39</sup>. Secondo questo criterio, l'interpretazione meramente letterale costituisce solo una tappa del complesso procedimento ermeneutico, che non può prescindere dalle scelte di valore sottese alle disposizioni da interpretare<sup>40</sup>. In proposito, si è precisato che «i valori non sono [non devono essere] visti in sé e per sé, per il modo con cui danno corpo ad un universo ideale, metastorico e metapositivo; piuttosto, rilevano nelle analisi dei giuristi unicamente per il modo con cui si fanno *testo* e *contesto* assieme, vale a dire per il tramite dei principi (e delle norme in genere) che li recepiscono e convertono in materiali giuridicamente significativi, per un verso, e, per un altro verso, per il modo con cui si fanno diritto ed esperienza "vivente"»<sup>41</sup>.

Quanto appena detto ha un'immediata ricaduta proprio sul piano dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali che riguardano i diritti di libertà; anzi, il dibattito svoltosi sul tema ha quasi sempre preso le mosse dalla possibilità di individuare "nuovi" diritti rispetto a quelli espressamente menzionati in Costituzione<sup>42</sup>. In particolare, ci si è interrogati sulla possibilità di trarre dalle previsioni già esistenti (in combinato disposto tra loro o con l'art. 2 Cost.) nuove forme di tutela di vecchi diritti o situazioni giuridiche soggettive nuove, comunque meritevoli di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico.

Come si è accennato, in tale prospettiva decisivo è il ruolo assegnato al testo costituzionale; non è casuale che nella dottrina costituzionalistica sia costantemente avvertita la preoccupazione che questo testo venga trattato come un «semplice "pretesto"»<sup>43</sup>. In proposito, si è anche osservato che «[q]uel

<sup>37</sup> G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1989, 247.

<sup>38</sup> *Ibid.*, spec. 248 ss. Su questi temi si veda, ID., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2006, 7 ss. ma spec. 17.

<sup>39</sup> L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia è ricostruita da A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 2015, 322 ss. Su questo tema si veda, in senso fortemente critico dell'operato della Corte, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251 ss.

<sup>40</sup> Fra i tanti, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 4, 1991, 639 ss.; ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Diritto Pubblico*, 1, 1995, 123 ss.; A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 3065 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 51 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009; ID., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009.

<sup>41</sup> A. RUGGERI, in più scritti e in particolare in *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2007, 519 ss. ma spec. 523.

<sup>42</sup> Fra gli scritti più significativi in materia, F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Atti del Congresso tenuto a Roma presso la Liberà università internazionale degli studi sociali, 5 e 6 maggio 1989, Milano, 1991; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; M. CARTABIA, *"Nuovi diritti" e leggi imperfette*, in *Iustitia*, 2, 2016, 153 ss.

<sup>43</sup> In questi termini M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, 1643 ss. ma spec. 1658 ss.

che conta è il testo, ma il testo conta per quello che scrive e significa, non per quello che gli si può imputare *magis ut valeat* o che gli si può aggiungere per adeguarlo ai “fatti” e alla loro evoluzione»<sup>44</sup>. In questa stessa direzione si muovono i sostenitori di un «metodo giuspositivistico temperato (o critico)», secondo cui «la preferenza per il metodo giuspositivistico temperato presuppone una “scelta di valore” favorevole ai contenuti del testo costituzionale [che] in tanto si privilegia [...] in quanto se ne condividono i valori sottesi»<sup>45</sup>. La scelta di questo metodo è pressoché obbligata in considerazione del fatto che «il procedimento caratterizzato dagli ampi scenari di soggettivismo caratterizzanti le varie teorie che si richiamano alla primazia dei valori, rischia di mettere in forse la certezza del diritto e, quindi, in ultima analisi, di minare le stesse garanzie costituzionali contro l'abuso e l'arbitrio dei detentori del potere pubblico e privato, il che costituisce la ragione stessa del costituzionalismo»<sup>46</sup>.

Si è anche osservato che «quando lo consente, quel testo va utilizzato come fonte di principi da svolgere ed elaborare secondo coerenza e in osservanza del principio di non contraddittorietà. I principi cioè sono destinati a fungere da testa di ponte per le risposte che i tempi nuovi attendono dalla Costituzione»<sup>47</sup>.

Nella varietà di posizioni, qui riportate solo per grandi linee, non mancano coloro che sottolineano l'importanza di «un'angolazione rigorosa di diritto positivo»<sup>48</sup> e ritengono che lo studio dei diritti di libertà debba essere ancorato al contesto storico in cui essi si collocano, non essendovi «principi di libertà che possano considerarsi comuni a tutte le epoche e a tutti i regimi»<sup>49</sup>. Dal «rigoroso ancoraggio al dato positivo» deriva che i diritti «nascono così come li raffigura il diritto positivo, coi soli limiti che la stessa costituzione eventualmente pone nel mentre li raffigura (cioè nel contesto delle stesse norme istitutive), oppure altrove, in altre norme che, nell'affermare altri principi fondamentali, limitano in qualche modo il diritto stesso»<sup>50</sup>. Questo approccio, che valorizza il dato testuale, conduce i suoi sostenitori a individuare un generale criterio interpretativo nella «regola, inespressa nel diritto positivo, ma totalmente pacifica in letteratura» della «presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali», che in concreto si traduce in un'«interpretazione estensiva delle norme relative, tendente ad affermare la massima ampiezza da riconoscere alla libera sfera di attività dell'individuo e del gruppo»<sup>51</sup>. Questa lettura si inserisce in un quadro ricostruttivo nel quale si ritiene non convincente la

<sup>44</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, 11 ss. ma spec. 39.

<sup>45</sup> A. PACE, D. PICCIONE, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano, Diritti e libertà*, Roma-Bari, 2006, 41 ss.

<sup>46</sup> A. PACE si è occupato in più scritti di questi temi e in particolare in *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, spec. 38 ss. e 60 s., e in *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., 83 ss. ma spec. 97 ss.

<sup>47</sup> S. BARTOLE, *Presentazione*, in L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana* (1991), trad. di D. DONATI, Bologna, 2005, XV.

<sup>48</sup> E. CHELI, *Il contributo di Paolo Barile allo studio delle libertà in Italia*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, XIV ss.

<sup>49</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 11.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 41.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 41 ss. Il principio della presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali è considerato da G. SILVESTRI «vera stella polare della navigazione giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali» (*Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., 15). Su questo tema sia consentito rinviare a G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (a cura di), *Il diritto e il dovere*

tesi «estensiva» dell'art. 2 Cost.<sup>52</sup>, quella tesi, cioè, che interpreta l'articolo citato come una «clausola aperta», «potenzialmente riferibile ad ogni “situazione di libertà” anche se non compresa nel catalogo del *bill of rights*». In altre parole, per Barile l'art. 2 Cost. non reca una «norma di *produzione* giuridica»; pertanto, «gli schemi dei “diritti di libertà”» non potrebbero essere sostituiti dagli «istituti della libertà», che, in quanto «ancorati ad un diritto naturale estraneo all'esperienza giuridica contemporanea», finirebbero per assumere «connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto»<sup>53</sup>.

Questa rapida disamina dimostra, ad avviso di chi scrive, che la lettura estensiva/evolutiva non è solo una delle possibili scelte dell'interprete ma costituisce l'unica strada percorribile per la piena realizzazione del dettato costituzionale. Non è casuale che anche chi sostiene la necessità di uno stretto ancoraggio al dato positivo non può fare a meno di “recuperare” per altra via “un margine di manovra” all'interprete. Il rischio di interpretazioni riduttive è, infatti, quello di un sostanziale aggiramento delle prescrizioni costituzionali e quindi di un loro svuotamento, in palese contraddizione con lo scopo perseguito dal Costituente.

#### 4. Il biodiritto e i biodiritti: l'approdo ultimo del processo di costituzionalizzazione e i rischi connessi

La vocazione espansiva dei diritti si è manifestata in maniera particolarmente dirompente nell'ambito del c.d. biodiritto, cioè di quell'insieme di principi e regole giuridiche relative «alle c.d. scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano»<sup>54</sup>. I rapidi avanzamenti della scienza medica hanno, infatti, obbligato i giuristi e i filosofi morali a confrontarsi con le questioni, rispettivamente, biogiuridiche e bioetiche derivanti dall'evoluzione scientifica. In un primo momento, i problemi biogiuridici sono stati esaminati nella prospettiva dei singoli rami della scienza giuridica (soprattutto negli ambiti delle discipline civilistiche e di quelle penalistiche), ma, già negli anni Novanta del secolo scorso, è apparso evidente alla dottrina più accorta che siffatte tematiche mettevano in gioco i principi-cardine dell'ordinamento costituzionale. Ciò risulta confermato dalla considerazione che i quattro principi base della bioetica «possono essere declinati secondo paradigmi di natura propriamente giuridico-costituzionale [...] ad esempio, autonomia, beneficienza, non maleficenza e giustizia possono trovare un riflesso di natura costituzionale nei diritti inviolabili dell'art. 2»<sup>55</sup> e in ulteriori previsioni costituzionali.

La presa di coscienza di quanto appena detto ha prodotto una rinnovata attenzione della dottrina alla capacità dell'art. 2, ma anche degli artt. 13 e 32 Cost., di aprire le porte della tutela costituzionale a nuovi diritti legati al *bios*, cioè alle condizioni e ai modi in cui si svolge la vita umana. D'altra parte,

---

*dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015, 17 ss., e in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 706 ss.

<sup>52</sup> In proposito si rinvia ad A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, spec. 80 ss. Sui termini del dibattito dottrinale in materia si veda A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 19 ss.

<sup>53</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 54 ss.

<sup>54</sup> In questi termini, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012, 7.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 3.

richiamando la prospettiva seguita nei precedenti paragrafi, cosa c'è di più "concreto" e di più "situato" del corpo umano<sup>56</sup>, cioè della materialità biologica dell'individuo?

A rafforzare la capacità espansiva di questi bio-diritti, nel senso di diritti legati al *bios*, ha senz'altro contribuito la formulazione dell'art. 32 Cost. In particolare, si allude, non solo alla qualificazione del diritto alla salute come (unico diritto) «fondamentale», ma soprattutto alla previsione recata dal secondo comma che sancisce il divieto di trattamenti sanitari obbligatori, ad esclusione di quelli disposti da una legge che non violi «i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

La disposizione costituzionale in parola reca, infatti, una delle previsioni maggiormente dotate di "pre-sbiopia", maggiormente in grado, cioè, di sapersi "liberare" della questione contingente che ne determinò la formulazione e di ergersi a principio fondamentale per il biodiritto. Nel breve volgere di poche righe trova spazio la tutela dell'uomo concreto al cospetto delle questioni che coinvolgono la sua salute; di un uomo che non è una monade, isolato quindi dalla comunità sociale e che, in quanto tale, non è completamente libero di disporre della sua salute («La Repubblica tutela la salute come [...] interesse della collettività [...]»). Si tratta di un individuo, la cui volontà non può essere coartata da una legge che non rispetti la persona umana o – come era stato originariamente proposto – che rechi una prescrizione «incompatibile con la dignità umana». Risuona in queste parole l'eco di vicende giudiziarie recenti, in cui la compatibilità di una certa condotta, imposta dalla legge, con l'idea di vita e di morte dignitosa del singolo individuo ha rappresentato il parametro costituzionale di riferimento.

Sono, in sostanza, riassunti in queste poche parole il significato, l'ampiezza e i limiti dell'autonomia individuale, con una formulazione che ha attraversato i decenni di vigenza della Carta costituzionale senza perdere attualità. La capacità dei Padri Costituenti di realizzare l'obiettivo perseguito è stata premiata dalla straordinaria "longevità" di questa statuizione, a differenza di altre, rimaste lettera morta perché inattuata. Oggi a chi legge l'art. 32, secondo comma, Cost. difficilmente sovviene la sua *ratio* originaria, quella, cioè, di vietare gli esperimenti scientifici sul corpo umano e, in particolare, di proibire la sterilizzazione coatta. Al contrario, questa previsione ha consentito il riconoscimento e la tutela dei diritti legati alla procreazione medicalmente assistita, alle decisioni di fine vita, alle scelte connesse all'aborto e a tutte quelle pratiche mediche che riguardano, comunque, le condizioni e i modi della vita umana.

La rivendicazione dei biodiritti ha, però, portato alla luce due posizioni parimenti estremiste: da un lato, vi è chi, confondendo il riconoscimento di un diritto con l'aspettativa di vedere realizzato un proprio desiderio, reclama una tutela giuridica (financo di rango costituzionale) di qualsiasi forma di interesse legato alla propria individualità; dall'altro lato, si è assistito e si assiste tuttora ad un rigurgito di organicismo anti-individualistico, ad una visione, cioè, dell'individuo libero di muoversi solo all'interno del recinto segnato dalle leggi (ordinarie) dello Stato.

Entrambe queste impostazioni svislano la prospettiva dell'*homme situé*, che non è una prospettiva né di totale apertura, liberando l'individuo da qualsiasi dovere nei confronti della comunità sociale, né di totale chiusura, quasi si volesse delimitare l'ambito, la società intermedia o la formazione sociale in cui quest'uomo può "razzolare" alla stregua di un animale da cortile. Al contrario, nella prospettiva

<sup>56</sup> Cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, *passim* ma spec. 10 ss.



dell'*homme situé* l'individuo è protagonista del suo "collocamento", del suo "situarsi" in un contesto piuttosto che in un altro.

L'insaziabilità dei diritti<sup>57</sup> e il paternalismo giuridico<sup>58</sup> costituiscono le modalità con cui si manifestano queste tendenze antitetice, che mettono a dura prova la tenuta degli artt. 2 e 32 Cost., ma che, al contempo, ne confermano l'attualità, per la loro capacità di offrire gli strumenti (*rectius*, i principi) idonei a consentire di individuare la soluzione mediana fra queste opposte istanze. Sia chiaro, però, che con quanto appena detto non si vuole sostenere la tesi di una pacifica ricomposizione dei conflitti; purtroppo, il percorso che si conclude con il riconoscimento o con il diniego di tutela di un diritto non è mai indolore ma sicuramente contribuisce a quell'opera di costante adeguamento e di perenne limatura, operata prevalentemente dagli organi giurisdizionali, tipica degli ordinamenti liberal-democratici in cui è bandita la «rimozione autoritaria del dubbio»<sup>59</sup>.

Piuttosto, la gradualità nei percorsi di definizione delle questioni che toccano i c.d. nuovi diritti, e in special modo i biodiritti, è un connotato tipico dello Stato costituzionale, come pure rientra nella dinamica fisiologica di questa forma di Stato<sup>60</sup> il c.d. attivismo dei giudici, chiamati a fronteggiare, in prima linea, le nuove domande di tutela<sup>61</sup>. Il giudice che si rifugiava in un *non liquet* mascherato da ragioni formali-procedurali, finirebbe con l'abdicare alla sua funzione che è quella, *in primis*, di applicare i principi costituzionali, considerando la Carta costituzionale per quello che effettivamente è: una norma giuridica. Al contempo, com'è stato opportunamente notato<sup>62</sup>, «la discrezionalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento».

Non vi è dunque alcuna patologia o atteggiamento eversivo né nella condotta dei giudici né in quella del legislatore; sarebbe però ipocrita non riconoscere che quando l'attività di quest'ultimo viene paralizzata dalla "paura del decidere" o dal gioco dei veti incrociati, l'attività dei giudici e in specie di quelli costituzionali assume un ruolo centrale, con la conseguenza che nel gioco delle parti un protagonista (il legislatore) diventa, per sua scelta, una figura di contorno.

Le problematiche connesse ai biodiritti hanno, dunque, dei riflessi significativi anche sulla stessa definizione dello Stato costituzionale e, in particolare, sul ruolo assunto al suo interno dai Tribunali costituzionali. Si è parlato della Corte costituzionale come di un particolare «giudice sociale», in quanto «deve essere considerata nel suo stretto legame con la società in generale [...] essa diviene una "corte

<sup>57</sup> A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in E. VITALE (a cura di), Roma-Bari, 2001, 179 ss.; L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubbettino, 2007.

<sup>58</sup> Cfr. G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012, spec. 47 ss.

<sup>59</sup> Per riprendere l'espressione utilizzata da C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), in A. CARACCILO (a cura di), Milano, 1981, 75 ss.

<sup>60</sup> Al riguardo, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. di A. CARACCILO, Milano, 1984, 181, rilevava, sia pure criticamente, che «l'ideale perfetto dello Stato borghese di diritto culmina in una generale forma giurisdizionale di tutta la vita statale».

<sup>61</sup> Al contempo non possono essere sottaciuti i rischi di un giudice – e soprattutto di quello costituzionale – che pretenda di farsi unico interprete dei mutamenti della "coscienza sociale". Sul punto N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, spec. 11 ss.

<sup>62</sup> N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, cit., 928.

sociale” *sui generis* e in senso lato. Attraverso la sua giurisprudenza essa si apre alla molteplicità delle idee e degli interessi – li assume in sé – e *a contrario* guida la società»<sup>63</sup>.

Siffatta ricostruzione, invero, non convince del tutto, caricando le Corti costituzionali di una responsabilità “sociale” fin troppo rilevante. Resta il fatto, però, che il Giudice delle leggi, al pari e forse più degli altri giudici, non può nascondersi dietro il *non liquet* (che, di volta in volta, assume le sembianze della decisione di inammissibilità o di restituzione degli atti o comunque interlocutoria), deve, anzi, essere consapevole del ruolo che è chiamato a svolgere e degli effetti che dalle sue pronunzie possono derivare sui bisogni e sulle esigenze del singolo individuo, in altre parole sull’uomo “concreto”.

In questa prospettiva, le Corti costituzionali non devono avallare il paternalismo giuridico statale, bensì sono chiamate a difendere quel modello di autonomia individuale concepito come soluzione mediana tra l’individualismo puro e l’organicismo assoluto. Peraltro, il principio di autonomia individuale finisce, oggi, con il connotare lo Stato democratico, nel quale «la libertà individuale-autonomia dei singoli si trasferisce [...] alla comunità politica per ritornare sotto forma di libertà collettiva-autonoma del popolo sovrano»<sup>64</sup>. Dunque, garantendo la prima si finisce inevitabilmente con il ridare smalto alla seconda. È questo, probabilmente, l’esito più fruttuoso del processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento.

---

<sup>63</sup> P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, trad. it. di F. POLITI, S. ROSSI, Roma, 2005, 158 ss.

<sup>64</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, M. NICOLETTI, O. BRINO (a cura di), Milano, 2006, 424.