



diritto & religioni

Semestrale
Anno X - n. 2-2015
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

20



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno X - n. 2-2015
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Costituzione e “natura”: qualche considerazione su un tema antico

EMANUELE ROSSI

1. Tornare a riflettere, come mi è stato chiesto¹, su un tema antico e pure sempre di stretta attualità, quale quello del rapporto tra diritto e natura, ed in specie tra costituzione e natura, richiede preliminarmente di interrogarsi sul senso e l'attualità, oggi, di ripercorrere argomenti già ampiamente indagati nella storia del pensiero, e non solo di quello giuridico.

Al di là ed oltre l'interesse speculativo – che richiede di porre costantemente attenzione e sguardo fisso ai fondamenti teorici dell'esperienza giuridica –, vi sono anche motivi legati allo stato dell'evoluzione scientifica e tecnologica, come pure ai mutamenti del contesto sociale, che investono il rapporto in questione. Pensiamo, ad esempio, ai numerosi e complessi ambiti della bioetica e del connesso biodiritto: come affermò qualche anno fa un noto teologo, “quando, per qualunque motivo, si parla o si scrive di bioetica si chiama sempre in causa – anche se non ce se ne accorge – l'idea di natura”². Tra i profili problematici connessi alla nozione di bioetica sta, – *in primis* – l'individuazione della nozione di concepito: ove l'interrogativo di quale sia la soluzione “giusta” che il legislatore può adottare consegue all'interrogativo di quale sia l'inizio della vita “naturale”, e di conseguenza di quale sia la condizione “naturale” alla quale riferirsi.

Analogamente, si rifletta sulle vicende del “fine – vita” e dei connessi possibili trattamenti sanitari: anche in questo caso la riflessione giuridica (nonché quella politica e culturale) si è posta l'interrogativo circa la legittimità di interventi che rallentino o impediscano l'esito *naturale* della vita,

¹ Il presente testo riprende, con lievi variazioni, il testo dell'intervento svolto all'interno della Summer School “Natura, tecnica e cultura. Profili etico-pubblici del dibattito sulla natura umana” organizzata dal CESPEC (Centro studi sul pensiero contemporaneo) presso l'Università di Cuneo nel settembre 2014.

² ENRICO CHIAVACCI, *Lezioni brevi di bioetica*, Cittadella, Assisi, 2000, p. 14.

magari contro la volontà del soggetto interessato, e numerose sono le opinioni che ritengono che la linea di demarcazione tra ciò che è consentito e ciò che dovrebbe considerarsi vietato corrisponda alla distanza tra ciò che è “naturale” e ciò che invece è conseguente all’impiego di mezzi tecnici. E come non ricordare il tema della famiglia come “società *naturale*” (secondo l’espressione utilizzata dall’art. 29 della Costituzione), tema che è stato – ed è – al centro dei dibattiti relativi alla possibilità di ammettere o meno la possibilità di matrimoni tra soggetti dello stesso sesso, come anche della possibilità di assimilare alla disciplina giuridica della famiglia la regolamentazione di convivenze non matrimoniali? Vi è poi la tematica complessa relativa al genere ed alla rettificazione del sesso anagrafico, che investe il concetto di “natura”: tematica che recentemente ha interrogato il giudice costituzionale sulle conseguenze della rettificazione dell’attribuzione di sesso sulle vicende matrimoniali³ ed il giudice ordinario in ordine alla possibilità di rettificazione di sesso anche in assenza di un intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali primari⁴.

Gli esempi che si sono riportati costituiscono dimensioni nuove di temi antichi, relativi al fondamento dei diritti della persona (“inviolabili”, “fondamentali”, “innati”, e così via): e, quindi, alla loro precedenza rispetto all’ordinamento giuridico che li riconosce ed alla loro supposta superiorità rispetto ad esso. Temi che, come è evidente, toccano l’essenza stessa di ogni ordinamento giuridico e il suo fondamento, come cercherò di dire successivamente.

Mi pare, in sostanza, che vi siano ancora molte e fondate ragioni per continuare a riflettere sul rapporto tra natura umana e diritto, e sul ruolo delle costituzioni in esso.

A ciò si aggiunga è un’altra ragione, spesso non considerata o ritenuta non rilevante in relazione al tema di cui stiamo dicendo: una dimensione che non riguarda l’ambito del “bio” (-diritto, -etica, ecc.) ma che pure è fortemente e strettamente connessa alla vita sociale, ed alla tutela dei diritti in particolare. Un riferimento in tal senso è offerto da una non recente riflessione di Giuseppe Dossetti, che la sensibilità e l’attenzione di Enzo Balboni hanno reso possibile rileggere ora nella sua interezza e correttezza⁵. Nella

³ Corte cost. n. 170/2014.

⁴ Trib. Messina, I sez. civ., 4 novembre 2014, in www.dirittocivilecontemporaneo.com

⁵ GIUSEPPE DOSSETTI, “Non abbiate paura dello Stato!”. *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno* (a cura di ENZO BALBONI), Vita e Pensiero, Milano, 2014. Il volume ripubblica, con correzioni che fanno giustizia di passate distorsioni (trattandosi di una trascrizione dall’esposizione orale) la celebre relazione tenuta da Dossetti nel 1951, all’interno del III Convegno nazionale dell’Unione Giuristi Cattolici Italiani, all’immediata vigilia dell’abbandono da parte di Dossetti della vita politica. L’e-

sua riflessione datata 1951, Dossetti afferma che “mentre lo Stato ha negato una propria consistenza, per esempio, alla famiglia, alla categoria professionale, cioè in generale a tutte le società intermedie, perché ha negato che esse si fondassero su elementi obiettivi e su leggi fisiche, biologiche, psicologiche essenzialmente legate alla natura delle cose, per contro ha sempre professato la naturalità del meccanismo economico, e perciò la immutabilità delle leggi economiche. (...) *La sola immutabilità legata alla natura umana, di fronte alla quale lo Stato moderno ha piegato la sua sovranità*”⁶. Colpiscono, in tale frase, l’amarezza di fondo come anche la denuncia che emerge: quel limite della “natura”, che l’Autore dell’ordine del giorno in Assemblea costituente riteneva – verosimilmente – opponibile allo Stato con riguardo alla regolazione delle comunità intermedie, viene invece percepito in relazione a quella dimensione della vita sociale in cui avrebbe dovuto affermarsi il primato della politica, ovvero l’attività economica (ed in particolare il diritto alla libertà di iniziativa privata e di proprietà dei mezzi di produzione). Ma la rinuncia da parte dello Stato a guidare e limitare i rapporti economici produce – secondo tale Autore – un obiettivo pericoloso: “l’immunità dal potere statale diviene facilmente prevalenza e predominio sul potere statale”⁷. Mi pare che queste preoccupazioni, cui è difficile negare fondatezza, siano quanto mai attuali oggi, nell’incontrastato dominio del fenomeno della globalizzazione e delle sue connesse “leggi” economiche internazionali, cui fa riscontro l’incapacità degli Stati di opporre limiti efficaci. Certamente andrebbe problematizzato il fondamento “naturale” del “meccanismo economico”, e occorrerebbe valutare quanto invece quest’ultimo non sia il prodotto di processi umani e sociali: resta in ogni caso l’esigenza di una riflessione sul rapporto tra diritto e ciò che ad esso è “precedente”; profilo – quest’ultimo – che in verità attraverso tutto il problema del rapporto tra “natura” e “diritto”, come subito si chiarirà.

2. Il tema del rapporto tra le costituzioni e la natura può essere affrontato in modi diversi e sotto diverse angolature. Mi occuperò di alcuni profili, ben sapendo che nessuno di questi è in grado non dico di esaurire, ma nemmeno di riempire parzialmente i vasti contenuti del tema stesso.

Sotto un primo punto di vista si potrebbe riprendere l’antico tema del

dizione è accompagnata da una puntuale quanto ricca analisi del testo da parte di E. Balboni, con preziosi richiami e spiegazioni che consentono di apprezzare il senso profondo della relazione e le sue implicazioni anche sulla vita del giovane ordinamento costituzionale.

⁶ *Ivi*, p. 21.

⁷ *Ivi*, p. 22.

rapporto tra diritto “naturale”⁸ e diritto “positivo” (ovvero *ius in civitate positum*), la cui essenza problematica è costituita, in primo luogo, dalla ricerca di un fondamento del secondo che ne giustifichi l’esistenza e lo orienti ad una logica di “bene”, di “giustizia” e così via: secondo san Tommaso, “la legge umana in tanto è tale in quanto è conforme alla retta ragione e quindi deriva dalla legge eterna. Quando invece una legge è in contrasto con la ragione, la si denomina legge iniqua; in tal caso cessa di essere legge e diviene piuttosto un atto di violenza”⁹. Tale “diritto buono”, “giusto”, viene collegato all’idea e al concetto di “natura”¹⁰: sia in quanto l’espressione “legge naturale” deve intendersi in contrapposizione a “legge soprannaturale”, ovvero come legge che l’uomo è in grado di conoscere mediante le leggi della natura; sia nel senso che tale è la legge morale che l’uomo può conoscere leggendo la natura propria e di ciò che lo circonda¹¹. Nel pensiero cristiano, tale riferimento è particolarmente sottolineato, rinvenendosi nella natura e nella ragione (con cui l’uomo legge la natura e ne scopre l’essenza) le vere *fonti del diritto*: come ha affermato il Papa Benedetto XVI in un celebre discorso pronunciato nel 2011 davanti al Parlamento tedesco, “contrariamente ad altre grandi religioni, il cristianesimo non ha mai imposto allo Stato e alla società un diritto rivelato, mai un ordinamento giuridico derivante da una rivelazione. *Ha invece rimandato alla natura e alla ragione quali vere fonti del diritto* – ha rimandato all’armonia tra ragione oggettiva e soggettiva, un’armonia che però presuppone l’essere ambedue le sfere fondate nella Ragione creatrice di Dio”¹² (corsivo aggiunto).

Evidente, in tale prospettiva, è – come si è accennato – il presupposto di una sostanziale coincidenza tra “natura” e “giustizia”: ragione per cui “aven-

⁸ Sulla teoria della legge naturale l’opera che complessivamente affronta il tema è quella di JOHN M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, trad. it., Giappichelli, Torino, 1996.

⁹ SAN TOMMASO D’AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 93, a. 3, da 2um. Come ricorda MARIO DOGLIANI, in conclusione della sua fondamentale opera sull’essenza del diritto costituzionale (*Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, 344), “dalla consuetudine immemorabile alla legge divina, dal Sancta Sanctorum del Tempio di Gerusalemme allo stato senza sovranità di Kelsen, il pensiero umano ha continuato a cercare le soluzioni per sostituire alla materialità del potere di qualcuno l’astrattezza della regola di tutti”.

¹⁰ In tal senso anche LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, VI, Torino, 1990, 315, per il quale “il vero problema è se esista un diritto buono, anzi misura della bontà di ogni diritto; solo secondariamente, se sia opportuno configurare la bontà come “naturalità”. Peraltro vi è chi rileva (Francesco Viola, *Introduzione a JOHN M. FINNIS, Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. VIII) che “il senso pieno di una teoria della legge naturale è quello di essere anche un modo di approccio alla teoria del diritto e non già soltanto la difesa di esigenze morali sovrastanti il mondo della giuridicità”.

¹¹ ENRICO CHIAVACCI, *Lezioni brevi*, cit., p. 16 ss.

¹² PAPA BENEDETTO XVI, *Discorso al Parlamento federale di Germania*, 22 settembre 2011.

do il diritto per fine la giustizia (comunque intesa), un diritto ingiusto, o un diritto la cui giustizia sia discutibile, non sembra pienamente diritto perché fallisce il suo scopo"¹³.

L'idea di un diritto che per essere giusto non possa essere necessariamente ed esclusivamente quello positivo trovò forte impulso a seguito degli orrori del regime nazista: come affermò il giurista tedesco Radbruch subito dopo la fine del conflitto mondiale, "il positivismo, con la sua convinzione 'La legge è legge' ha reso la categoria professionale dei giuristi inerme nei confronti di leggi arbitrarie e dal contenuto criminale", giacché "quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata quell'uguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non è soltanto 'diritto ingiusto', piuttosto non è affatto diritto"¹⁴. In altri termini, "se un diritto ideale misura della bontà dei diritti storici non esiste, tutto è permesso: la discussione politico-giuridica è vana; il legislatore e il giurista lavorano senza un criterio; la parola spetta esclusivamente al potere"¹⁵.

Tralasciando le profonde differenze che caratterizzano le posizioni sulla "natura" del diritto naturale, in particolare tra il giusnaturalismo soggettivistico e quello di derivazione cristiano-cattolica¹⁶, ovvero tra il "diritto naturale antico" e quello "moderno" (il primo ritenuto fondato sulla creazione divina, il secondo sulla ragione umana)¹⁷, vorrei limitarmi a valutare alcune possibili conseguenze della sua (eventuale) esistenza e consistenza, specie alla luce del ruolo delle costituzioni e del costituzionalismo.

Le teorie delle costituzioni e quelle del diritto "giusto" hanno infatti forti elementi in comune: entrambe giustificano la loro esistenza non soltanto perché si pongono "in funzione alternativa e dichiaratamente preminente rispetto al diritto positivo"¹⁸, ma anche in quanto tendono a configurarsi quali "criteri di accertamento non solo della giustizia ma anche della giuridicità del diritto positivo", al quale conferiscono o negano validità, e a cui,

¹³ Così SERGIO COTTA, *Diritto naturale*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 647.

¹⁴ GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, 105 ss.; tradotto in italiano da EDOARDO FITTIPALDI col titolo *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in AMEDEO G. CONTE - PAOLO DI LUCIA - LUIGI FERRAJOLI - MARIO JORI, *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002, pp. 157-158.

¹⁵ LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*, cit., p. 315.

¹⁶ Su cui v. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 84 ss.

¹⁷ Cfr. sul punto GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 41.

¹⁸ VINCENZO SCALISI, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto 'giusto'*, in *Europa e diritto privato*, n. 2/2010, p. 451.

se necessario, intendono sostituirsi¹⁹. Un diritto, dunque, che potremmo ritenere qualificato come “sovra-legale e sovra-positivo: un diritto che, ormai da oltre due millenni e mezzo, viene indicato come depositario e custode di ogni ideale di civiltà giuridica e soprattutto dei sommi e universali principi di giustizia, e in quanto tale valutato anche quale supremo ordinatore, alla cui stregua poter discernere il giusto dall’ingiusto e quindi determinare legittimità ed esigibilità delle norme positive”²⁰. Questo diritto giusto, in quanto diritto ideale, è stato posto in relazione e quasi in dipendenza da ciò che è in “natura”: come afferma Grossi, “l’idea del diritto naturale, di ogni legge naturale, non incarna altro che un tentativo di soluzione, forse ingenuo o illusorio, dell’eterno problema umano di un diritto giusto, quasi un ponte ardito, lanciato verso questa meta”²¹.

La dimensione “naturale” di questo diritto “giusto” si giustifica in quanto esso, considerato nel suo aspetto fenomenologico, è riferito alla “natura della cosa”, intesa come “l’insieme di quelle caratteristiche strutturali dell’individuo, sia con quell’assetto di società, che costituiscono l’ineliminabile ‘dato’ – empiricamente constatato e constatabile – della normazione”²²; detto in altri termini, esso è l’insieme di quei “valori universali ed eterni di giustizia che a volta a volta sono stati individuati come insiti, se non addirittura scolpiti, nella natura ed essenza stessa dell’uomo”²³. Bockenforde ha parlato al riguardo di un “paralogismo naturalistico”, da intendersi come “l’operazione che desume dal dato di fatto constatabile dalle scienze naturali (ossia dall’essere) postulati e qualità normative (ossia il dover essere)”²⁴.

In forza di tale concezione, il diritto giusto-naturale tende a configurarsi quale fondamento giustificativo di diritti fondamentali della persona, anche *oltre o contro* il diritto positivo; ed insieme, parametro di valutazione delle scelte operate dai legislatori.

Per quanto riguarda il primo versante, si pensi al diritto all’obiezione di coscienza ovvero anche a quello di resistenza, come pure alle possibili espressioni delle forme di disobbedienza civile (con le note difficoltà di distinguere

¹⁹ SERGIO COTTA, *Diritto naturale*, cit., p. 647.

²⁰ VINCENZO SCALISI, *Il diritto naturale*, cit., p. 461.

²¹ PAOLO GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2003, p. 85.

²² SERGIO COTTA, *Diritto naturale*, cit., p. 650.

²³ VINCENZO SCALISI, *Il diritto naturale*, cit., p. 461.

²⁴ ERNST WOLFGANG BOCKENFORDE, *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia, 2010, p. 46. Secondo LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*, cit., p. 316, “se la questione cruciale è sulla “bontà” oggettiva-universale del diritto, la questione sulla “naturalità” è prevalentemente di opportunità terminologica”.

concettualmente e praticamente i diversi ambiti)²⁵: il diritto giusto-naturale, in tale prospettiva, è quel sistema di norme cui riferirsi per valutare la giustizia di una regola giuridica cui si è obbligati e per decidere, eventualmente, di sottrarsi, allorché ritenuta ingiusta ovvero contraria alla propria coscienza; ove la coscienza costituisce il luogo di discernimento della regola “giusta”, in quanto inscritta (o che si ritiene inscritta) nel diritto giusto-naturale (appunto). Interessante sarebbe approfondire, a tale proposito, la negazione della qualifica di obiezione di coscienza, ribadita dal Comitato nazionale di bioetica (nel parere pubblicato il 30 luglio 2012, che riprende sul punto un parere sulle vaccinazioni del 22 settembre 1995), relativamente alla posizione del soggetto che mira non a far valere un obbligo della propria coscienza, quanto invece “una diversa valutazione scientifica rispetto a quella posta a fondamento di un precetto legale”. Interessante sia perché chiarisce che anche le valutazioni scientifiche contengono un grado di soggettività ineliminabile, sia perché esclude che su tale soggettività possa fondarsi un diritto ad obiettare. Ma su questo punto non è possibile andare oltre.

Che poi la “natura”, intesa come “scienza”, sia considerata come limite per il diritto positivo è affermato non soltanto sul piano ontologico (ovvero come dato ricavabile dalla realtà delle cose), ma anche su quello deontologico: per quanto emerge nella giurisprudenza dei tribunali costituzionali, infatti, ciò che è “naturale” o presupposto tale, specie se conseguente a conoscenze scientifiche e quindi alle acquisizioni della scienza, è da considerarsi limite non valicabile ad opera del diritto positivo. Così, ad esempio, nella sentenza n. 151/2009 si legge: “Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l’accento *sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali*, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l’arte medica” (corsivo aggiunto). Dunque – sembra doversi intendere – il legislatore è limitato nella propria discrezionalità non soltanto dalle fonti costituzionali ma anche (direttamente o indirettamente) dalle conoscenze scientifiche (ovvero, sembra potersi dire, dalla “natura”); detto in altri termini, il legislatore non può stabilire regole “contro natura”, ovvero contro le evidenze della scienza medica. Ciò pone alcuni interrogativi circa il “margine di apprezzamento” riservato al diritto rispetto alle acquisizioni della scienza, ben sapendo che non sempre la scienza è univoca (ad esempio) o che è proprio della scienza essere in costante evoluzione e progresso. Ma, soprattutto, si pone il pro-

²⁵ Su questi problemi v., da ultimo, DAVIDE PARIS, *L’obiezione di coscienza. Studio sull’ammissibilità di un’eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011; FEDERICA GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014 (in part. p. 187 ss.).

blema di quali siano i limiti per il diritto negli ambiti nei quali non vi siano evidenze scientifiche bensì principi etici o morali: in questi casi il diritto è libero o è soggetto ad analoghi limiti? A me pare che, in base alla teoria del diritto giusto/naturale, anche in questi casi si ponga un problema di limiti alla discrezionalità del legislatore: ma con la difficoltà di non potersi rivolgere ad un'evidenza scientifica, in certa misura condivisa dalla comunità scientifica di riferimento, per ricavarne il contenuto. Alla luce di questo, possiamo valutare il ruolo svolto dalle costituzioni e dalla Costituzione italiana in particolare.

3. Da quando si sono affermati il costituzionalismo e l'idea di costituzione in senso moderno, è infatti evidente che tra diritto giusto/naturale e diritto positivo si è inserito un elemento intermedio, dato appunto dalle costituzioni. L'intermediazione delle costituzioni si spiega in quanto esse da un lato guardano al diritto giusto/naturale ed in certa misura ne costituiscono la positivizzazione (con le precisazioni che subito dirò); dall'altro però appartengono esse stesse al diritto positivo, insieme svolgendo – nei confronti del diritto positivo “inferiore” – quella funzione di parametro di valutazione in relazione alla sua “giustizia”.

Presupponendo la fondamentale distinzione tra “valori”, “principi” e “regole”, e condividendo la premessa che “i valori, per loro natura, si muovono in uno spazio che è sostanzialmente meta-normativo”²⁶, mentre i principi costituiscono il *medium* tra valori e regole (immettendo contenuti di valore nell'ordinamento, da concretizzare in regole)²⁷, può dirsi, con riguardo al primo versante del tema indicato, come in certa misura (e con tutte le cautele del caso) le costituzioni sono (o perlomeno aspirano ad essere) la positivizzazione dei contenuti del valore, e perciò di ciò che è “giusto”. Come afferma Zagrebelsky, “poiché il diritto costituzionale si presenta non come volontà di una parte che si impone sull'altra, ma come espressione di un equilibrio obbiettivo, il rapporto tra legge e Costituzione si avvicina al rapporto tra la legge e il diritto naturale”; e ciò in quanto “negli Stati costituzionali moderni, i principi morali del diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo”²⁸. Con l'esercizio del potere costituente, come

²⁶ Così, da ultimo, PAOLO VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 318.

²⁷ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., p. 100. Sull'influsso che i valori costituzionali esercitano nei diversi settori del diritto v. l'imponente opera curata da ALESSANDRO PIZZORUSSO - VINCENZO VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985.

²⁸ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157.

osserva Massimo Luciani, si realizza "l'abbandono dell'idea dell'ordine naturale della società e la sua sostituzione con quella, interamente laicizzata, del dominio dell'uomo sugli assetti sociali", così da "collocare nelle mani dell'uomo l'illimitato potere di disegnare le regole di funzionamento della società"²⁹. Di conseguenza, si è ritenuto che in un ordinamento i valori (gli unici valori, si dovrebbe dire) rilevanti sono quelli che le costituzioni traducono e selezionano³⁰: per cui, se va riconosciuto come i valori continuano ad alimentare l'ordinamento, "ciò tuttavia può avvenire solo *nella misura, nei modi e entro i confini* forgiati dal testo"³¹. In altri termini, con le costituzioni si realizza la "positivizzazione della Religione o l'oggettivazione della Metafisica", cioè "la codificazione di un sistema di valori derivato da una libera scelta fondamentale", quale via via indicata da Kelsen "per uscire dal caos delle metafisiche soggettive"³². La conseguenza è che, come sostiene Spadaro, "ormai in qualunque ordinamento non pare tollerabile – o lo è solo a costo di gravi rischi per la sua durata e stabilità – una contrapposizione fra verità scientifiche e prescrizioni costituzionali, fra conquiste del sapere e scelte fondamentali del potere"³³.

Dunque le norme costituzionali sono debentrici dei loro contenuti a valori che stanno al di fuori e prima del testo, "traducendo" in norme giuridiche, e per così dire positivizzando, quanto ritenuto giusto/naturale, talvolta rafforzandone la previsione attribuendo ad alcune norme un surplus di rigidità, con il ritenerle irrevisionabili (ricordiamo che anche la Corte costituzionale ha riconosciuto questa qualifica ad alcune disposizioni costituzionali).

Ovviamente, non tutte le concezioni della costituzione rispondono all'impostazione appena indicata: non certo la costituzione kelseniana, "che ha rotto in alto con l'oltremondo del valore" – come, con espressione che rivela la condivisione ma anche il senso d'ironia dell'Autore, l'ha definita Carlo Mezzanotte³⁴ – quanto invece quelle costituzioni (tra cui la nostra) che si

²⁹ MASSIMO LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, p. 142.

³⁰ ALESSANDRO PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 35 ss.

³¹ PAOLO VERONESI, *La dignità umana*, cit., p. 319. Conseguentemente, come rileva ANTONIO BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in ANTONIO PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Jovene, Napoli, 2001, p. 221, non è corretto riferirsi a valori esterni alla Costituzione da utilizzarsi in tutte le operazioni giuridiche che coinvolgono la Costituzione.

³² Così GIUSEPPE VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 134.

³³ ANTONINO SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 133.

³⁴ CARLO MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, ristampa, Editoriale Scientifica,

caratterizzano come costituzioni lunghe di valori, anzi un sistema compiuto di valori. Ove questi ultimi vengono individuati e tratti (quasi “raccolti”) da un sistema ritenuto anteriore e pre-esistente, che per qualcuno corrisponde alla “natura”³⁵.

Così è per la nostra Costituzione, che il già citato Giuseppe Dossetti così descrisse il 16 settembre 1994: “*più che incontro tra ideologie, la Costituzione italiana è nata ed è stata ispirata – come e più di altre pochissime Costituzioni – da un grande fatto globale, cioè i sei anni della seconda guerra mondiale. Più che dal confronto-scontro di tre ideologie datate, essa porta l'impronta di uno spirito universale e in certo modo transtemporale*”. Ciò non è proprio soltanto della nostra Carta costituzionale: il Maestro dei costituzionalisti italiani, Costantino Mortati, individuava l'origine delle costituzioni modernamente intese proprio nel «risveglio della coscienza del valore della persona, che trae la sua origine dal diffondersi dell'idea cristiana e si esprime nel rigoglio assunto dalle dottrine giusnaturalistiche»: è proprio tale crogiuolo culturale, infatti, che «conduce a ricercare la fonte più remota del patto di governo, un criterio, cioè, di legittimazione del potere di carattere non più storico-pragmatico ma razionale e universale»³⁶.

Se dunque le costituzioni (*queste* costituzioni) assumono di essere la positivizzazione di un sistema di valori, d'altro canto esse sono, pur sempre, diritto positivo; anzi, come ancora afferma Zagrebelsky, “il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di “positivizzare” quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale: la determinazione della giustizia e dei diritti umani”³⁷. E, dunque, un diritto positivo che proprio perché ricezione di ciò che è precedente al mondo del diritto positivo stesso, pretende di limitare l'ambito di azione del diritto positivo sub-costituzionale.

Si realizza così il secondo versante sopra accennato, del quale non vi è bisogno di dire molto: nella concezione di “costituzione di valori” appena indicata, la stessa costituisce il parametro in relazione al quale valutare la corrispondenza del diritto positivo (sub-costituzionale) alla legge giusta/naturale.

Napoli, 2014, p. 27.

³⁵ Tra i critici di tale impostazione possiamo richiamare GIUSEPPE VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000, in part. pp. 210-211, secondo il quale “le teorie della costituzione ideale sono deontologiche e metafisiche”, mentre “da quando l'uomo è diventato un solitario giudice del bene e del male, i principi e i valori, di cui ogni costituzione ideale si alimenta, non sono altro che i prodotti contingenti e variabili di fedi soggettive ed arbitrarie; con la conseguenza che mai possono essere considerati oggettivi, universali e assoluti e neppure averne la pretesa”.

³⁶ COSTANTINO MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 142.

³⁷ GUSTAVO ZAGREBELSKY *Il diritto mite*, cit., p. 155.

Ma così facendo, il rapporto tra diritto positivo (ordinario) e diritto giusto/naturale risulta – in gran parte almeno – assorbito nell’altro: in sostanza, la conformità del diritto positivo alle leggi di natura è quasi integralmente valutata in relazione alla corrispondenza tra diritto positivo e costituzione. Ma questa conclusione va problematizzata.

Anche ammettendo infatti, come gli Autori sopra richiamati ritengono, che gli unici valori di riferimento per il diritto positivo siano quelli fatti propri nelle costituzioni, il modo con cui le costituzioni sono scritte (ovvero in cui i valori vengono “tradotti”³⁸), nonché l’evoluzione che il diritto giusto/naturale conosce (sebbene ciò possa risultare contraddittorio con l’idea dell’immutabilità delle leggi naturali, ma così non è in considerazione della storicità del contenuto “naturale”) inducono a ritenere che permanga, allorché ridotto, un ambito di raffronto diretto tra diritto positivo e diritto giusto/naturale (che poi quest’ultimo sia giustiziabile è problema ulteriore). Tuttavia, anche rispetto a tale rapporto diretto, l’esistenza di una costituzione non è indifferente: sia perché costringe a valutare come il valore non costituzionalizzato si pone in relazione al sistema di valori espresso in costituzione; sia perché la previsione di forme di controllo della costituzionalità delle leggi impone una valutazione della corrispondenza delle seconde alle costituzioni ed alle norme in esse contenute, e potrebbe escludere una comparazione con qualcosa che risulti *altro* (e magari *alto*) rispetto ad esse. E tuttavia, con riguardo a quest’ultimo punto, l’attività ermeneutica può condurre (come ha condotto) ad interpretare la Costituzione e i principi da essa stabiliti facendovi rientrare valori “nuovi” o diverse applicazioni del valore (si pensi ad esempio al dibattito circa la sussistenza e la tutela di “diritti nuovi”): sì che risulta impossibile rinchiudere l’attività dell’interprete nell’ambito di ciò che è testualmente previsto in Costituzione.

4. Vorrei ora esaminare alcuni contenuti della nostra Carta costituzionale, per cercare di comprendere come in essa possono individuarsi quelle tendenze alla ricezione di valori precedenti e come, più in generale, la stessa Costituzione risulti essere la positivizzazione del diritto giusto/naturale. E vorrei farlo partendo dall’art. 2, considerando la sua genesi in Assemblea costituente.

Come noto, la formulazione iniziale di tale disposizione fu avanzata, in sede di I Sottocommissione, da Giorgio La Pira, all’interno del *Progetto dei*

³⁸ Come bene indica FRANCO MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e costituzionalismo*, in www.costituzionalismo.it, par. 2, “il principio non potrà mai esaurire il valore” che ne sta alla base.

Principi relativi ai rapporti civili presentato nel settembre 1946³⁹: essa risultava così formulata: “*Nello Stato italiano che riconosce la natura spirituale, libera, sociale dell’uomo, scopo della Costituzione e la tutela dei diritti originari ed imprescrittibili della persona umana e delle comunità naturali nelle quali essa organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona*”.

Assai evidente risulta, in tale formulazione, l'impronta giusnaturalista (peraltro non negata ed anzi apertamente rivendicata dal costituente siculoflorentino); dall'uso del verso “riconosce” – su cui tornerò – al riferimento alla “natura spirituale, libera, sociale dell’uomo”, fino all’aggettivazione dei diritti (“originari ed imprescrittibili”), come anche all’aggettivazione “naturali” per le comunità nelle quali la persona si integra e perfeziona. Il tutto indica assai chiaramente l'intenzione del proponente di porre a fondamento della Carta costituzionale il riconoscimento di un dato ad essa precedente: un elemento di “natura”, si potrebbe dire (sicuramente era così nelle intenzioni del proponente), in ogni caso tale da poter essere soltanto “riconosciuto” e non “costituito”.

A fronte delle obiezioni avanzate in sede di Prima Sottocommissione, soprattutto ad opera dei comunisti Marchesi e Togliatti, e dei laici che miravano a premettere alla Costituzione un Preambolo contenente una Dichiarazione dei diritti⁴⁰, Dossetti intervenne per favorire un incontro tra le diverse posizioni: centrale in tale intervento, alla luce di ciò che si sta dicendo, è l'affermazione per la quale “lo Stato è un fenomeno storico, storicamente determinato (...) che ad un certo momento dovrebbe scomparire; mentre sarebbe assurdo si pensasse che debba scomparire la persona umana”.

A seguito di tentativi di incontro tra cattolici e sinistre, fu possibile l'approvazione di un ordine del giorno proposto da Dossetti nel quale si fissavano i presupposti di accordo sulla formulazione del futuro art. 2. Merita riportare per intero il testo di tale ordine del giorno:

“La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell’uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l’attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell’Italia democratica deve soddisfare è quella che:

³⁹ A.C., seduta del 9 settembre 1946, vol. VI, 316 ss.

⁴⁰ In tal modo, come osserva ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 9, si sarebbe rischiato “di avallare l’interpretazione hobbesiana di diritto naturale, (considerando i diritti) come principi semplicemente direttivi e non vincolanti”.

a) riconosce la precedenza sostanziale della persona umana (...) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quello;

b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato;

c) che per ciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato".

Occorre valutare, al riguardo di tale formulazione, il presupposto teorico di essa, specie con riguardo alla precedenza dei valori in essa recepiti.

In primo luogo, è evidente che l'impostazione che si voleva affermare e codificare non era ritenuta e percepita come "naturalmente dovuta"; al contrario, essa veniva espressamente indicata come conseguente ad un'impostazione ritenuta "veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare": dunque il suo fondamento era concepito alla stregua di una tra le opzioni possibili, e la scelta era affidata ad un criterio fondato (esclusivamente?) su esigenze storiche. In sostanza risulta evidente come nelle intenzioni di Dossetti tale impostazione non fosse considerata *precedente* né tantomeno *naturalmente fondata*, ma sia stata invece indicata come *conseguenza di un'opzione politica fondata su ragioni storiche*.

Tuttavia, tale formulazione vuole indicare la necessità di positivizzare in Costituzione elementi che stanno prima di essa: la *precedenza sostanziale* della persona umana rispetto allo Stato; la *necessaria socialità* di tutte le persone (che potrebbe leggersi anche come la "naturale socialità"); la *naturale gradualità* della disposizione delle comunità intermedie; l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone che dei diritti delle comunità *anteriormente* ad ogni concessione da parte dello Stato. È evidente, da tutto questo, la volontà del costituente di ancorare il testo costituzionale ad alcuni elementi precedenti e in certa misura presupposti: dei precedenti, come si è detto sopra, tratti da dati pre-giuridici e tendenti ad introdurre, come qualcuno ha detto, delle "clausole di eternità" nella Costituzione italiana⁴¹.

Sulla base di tale ordine del giorno fu approvata, sempre in sede di sottocommissione, una formulazione del testo, frutto dell'accordo tra La Pira e

⁴¹ LUCIO LANFRANCHI, Il «crogiuolo ardente e universale» e le «clausole di eternità» della Costituzione italiana, in *Ritorno al diritto*, 2007, 72 ss.

Basso, in base alla quale si stabiliva che “La presente Costituzione, al fine di assicurare l’autonomia e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, in cui le persone debbono completarsi a vicenda, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell’uomo, sia come singolo sia come appartenente alle forme sociali nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona”⁴².

Tale formulazione fu largamente modificata ad opera del pesante intervento operato in sede di Comitato di redazione, al quale si deve in larga parte la formulazione attuale dell’art. 2: la proposta presentata dal Comitato alla Commissione dei 75, infatti, risultò così formulata: “Per tutelare i principi sacri ed inviolabili di autonomia e ai dignità della persona, e di umanità e giustizia tra gli uomini, la Repubblica italiana garantisce i diritti essenziali agli individui ed alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità e richiede l’adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale”. Come può notarsi, le modifiche rispetto al testo approvato in Sottocommissione appaiono consistenti e profonde: tra queste, la sostituzione del termine “*riconosce*” con quello di “*garantisce*”; il riferimento ai “*diritti essenziali*” anziché ai “*diritti inalienabili e sacri*”; l’eliminazione della espressione “*forme sociali, nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona*” a favore di quella riguardante “*le formazioni sociali ove si svolge la loro (delle persone) personalità*”; l’ancoraggio del valore della solidarietà alla previsione di doveri anziché la più generica promozione della “*necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale*”.

La soluzione cui si era giunti, e in cui “si poteva scorgere un più deciso allontanamento dalla concezione giusnaturalistica”⁴³, allorché fu presentato in Assemblea quello che nel frattempo era diventato l’art. 6 del progetto di Costituzione⁴⁴, fu sostenuta da Aldo Moro, il quale rubricò le differenze tra le varie posizioni quali differenze di tipo terminologico: per il costituente democristiano, infatti, ciò che taluni chiamavano “*diritti naturali*” e altri “*diritti storici*” erano in verità la stessa cosa, in quanto gli uni e gli altri andavano riferiti a diritti supremi, eternamente validi e sottratti quindi al gioco delle maggioranze parlamentari.

⁴² A.C., seduta del 11 settembre 1946, vol. VI, 337.

⁴³ ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 9.

⁴⁴ Sebbene la Sottocommissione ne avesse proposto l’inserzione all’inizio della Costituzione (quindi come primo articolo), la Commissione dei 75 lo aveva collocato all’art. 6: ma in apertura della seduta dell’Assemblea dedicata all’esame di detta disposizione fu avanzata una richiesta (di cui primi firmatari furono Fanfani e Tosato) tendente a collocare gli articoli 6 e 7 subito dopo l’art. 1. Tale proposta, accettata dalla Commissione, fu approvata dall’Assemblea (A.C., seduta del 24 marzo 1947, vol. I, p. 592).

Malgrado il consenso ottenuto da tale ultima posizione, furono presentati due emendamenti identici e completamente sostitutivi della formulazione proposta. La provenienza di tali emendamenti da esponenti di primo piano dei due principali partiti (l'on. Fanfani ed altri per la Democrazia cristiana, l'on. Amendola ed altri per il Partito comunista) è segno evidente dell'accordo che si era stretto fuori dall'aula assembleare, come conferma la sostanziale accettazione di esso ad opera dell'Assemblea. L'emendamento Fanfani – Amendola, approvato dall'Assemblea, coincide con l'attuale formulazione dell'art. 2, con l'unica eccezione dell'attributo “inderogabili” riferito ai “doveri”, attributo aggiunto in sede di coordinamento finale.

Il testo finale, dunque, sebbene assai “asciugato” rispetto sia alla formulazione iniziale di La Pira come anche all'ordine del giorno Dossetti, contiene ancora il segno netto ed evidente della volontà di ancorare il riconoscimento sia dei diritti inviolabili che del pluralismo sociale – come anche del principio di solidarietà – a presupposti anteriori rispetto allo Stato ed al diritto (anche costituzionale) di esso: che questa anteriorità possa leggersi come conseguenza di un approccio giusnaturalistico o meno è problema che resta irrisolto⁴⁵, ma che non fa venir meno la considerazione generale.

5. Dei tre principi contenuti e sanciti nell'art. 2, quello più interessante e controverso – in riferimento al tema che qui interessa – è costituito dal riconoscimento dei *diritti inviolabili* dell'uomo, con particolare riguardo al “fondamento” di tali diritti.

Con la disposizione in questione si è infatti sancita non soltanto la *centralità* dei diritti umani⁴⁶ nell'ordinamento costituzionale, ma altresì la loro *anteriorità* logica, e conseguentemente la loro *superiorità*, rispetto ad ogni istituzione politica: così superando la logica che aveva dominato in Europa fino dai tempi della Rivoluzione francese, e per la quale l'anteriorità dei diritti era sempre relativizzata, a favore ora della volontà generale popolare, ora dello Stato-persona⁴⁷. Mediante il riconoscimento del primato dei diritti,

⁴⁵ Con onestà ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 10, pur facendo intendere convinzioni personali fortemente contrarie al riconoscimento di un'impostazione giusnaturalistica, riconosce che “i Costituenti non hanno accolto nella loro maggioranza un approccio giusnaturalistico, anche se, occorre precisare, non si può imputare loro neppure l'idea opposta”.

⁴⁶ Cfr. ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, 3.a ed., Padova, 2003, 7, che sottolinea la differenza tra tale centralità e la centralità della “persona umana” astrattamente considerata, cui l'art. 2 non intende riferirsi.

⁴⁷ ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., pp. 1-2, per il quale con l'art. 2 il nostro costituente ha voltato pagina, ricollegandosi alla tradizione del diritto anglo-americano, “ove l'invulnerabilità assoluta e totale non è più un attributo delle supreme istituzioni costituzionali (...) ma è invece un connotato indelebile dei diritti dell'uomo, dei valori personali e della dignità umana”.

il costituente ha inteso affermare che, nella nuova configurazione costituzionale, lo Stato deve considerarsi servente rispetto alla persona (“non è l’uomo in funzione dello Stato ma quest’ultimo in funzione dell’uomo”⁴⁸, come è stato autorevolmente detto): e se ciò vale per lo Stato ente sovrano, dovrà necessariamente valere anche per gli altri ordinamenti giuridici, sia pubblici che privati. In sostanza, il tratto comune di chi condivide il concetto di anteriorità consiste nella individuazione del “fondamento dei ‘diritti inviolabili’ in una fonte extra-positiva che in via di principio si impone al diritto positivo per forza propria, e che i singoli ordinamenti positivi possono soltanto ‘riconoscere’, ‘svelare’, ‘individuare’, ma mai fondare, modificare, correggere o integrare con una forza pari a quella originaria”⁴⁹.

Tale conclusione viene almeno in parte contestata da chi ritiene che è “soltanto identificando il positivismo giuridico con lo statalismo che la posizione primaria, anteriore e condizionante dei diritti inviolabili rispetto allo Stato – che indubbiamente è dichiarata dall’art. 2 – andrebbe necessariamente riferita ad una base o matrice extra o super positiva (diritto naturale, costituzione materiale, coscienza sociale, ecc.)”: ma “superato il pregiudizio della esclusiva statualità del diritto, si può semplicemente e chiaramente ammettere che il riconoscimento dei diritti inviolabili vale come statuizione positiva di tali diritti, anteriormente a qualsiasi ulteriore intervento statale o dei pubblici poteri”⁵⁰. Una posizione dunque che invita a superare la identificazione tra diritto positivo e diritto statutale, e conseguentemente a riferire la “precedenza” in questione al rapporto con lo Stato ed al “suo” diritto positivo, ma non al complesso del diritto positivo. In sostanza, dunque, i diritti inviolabili sarebbero anteriori al diritto positivo statutale, ma non al diritto positivo *tout court*. Si tratta di una posizione che possiamo ascrivere all’ambito delle concezioni positivistiche in tema di diritti inviolabili, e che a mio parere non risulta soddisfacente in quanto impone comunque di risalire alle ragioni che i costituenti hanno inteso addurre a fondamento della sancita inviolabilità dei diritti.

⁴⁸ COSTANTINO MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 155. Il principio è riconosciuto e fatto proprio anche dalla giurisprudenza costituzionale: per tutte, v. Corte cost. n. 167/1999, in cui si afferma che il principio personalista “pone come fine ultimo dell’organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana”. Deve segnalarsi altresì come anche la Carta europea di Nizza pone la persona “al centro dell’azione dell’Unione europea”.

⁴⁹ ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 7. Nella sentenza n. 138/2010, in materia di matrimonio (negato) tra persone dello stesso sesso, la Corte afferma che con l’espressione “società naturale” contenuta nell’art. 29 Cost. in relazione alla famiglia, “si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei *diritti originari e preesistenti allo Stato*, che questi doveva riconoscere” (corsivo aggiunto).

⁵⁰ FRANCO MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 6.

Secondo tale ultima impostazione, la *superiorità* dei diritti umani si giustifica in ragione della loro *precedenza*: e ciò induce ad interrogarsi se con la formulazione in esame il costituente abbia inteso operare una sorta di rinvio al diritto naturale, ancorando il riconoscimento dei diritti della persona ad un fondamento giusnaturalista. Interpretazione, questa, che fa leva anche sul significato da attribuire al verbo “riconoscere”, concepito in alternativa rispetto ad *inventare* o *creare dal nulla*, ed in positivo riconnettendovi un’attività di *scoperta* ed *estrazione* di elementi preesistenti al testo costituzionale. Tale impostazione viene negata – ritenendo tale argomento testuale di scarso valore – da chi sottolinea l’uso del verbo in questione operato in altre disposizioni costituzionali (articoli 4, 45, 46, ed altri), ove il significato del verbo sembra doversi intendere piuttosto nel senso di “ammettere”, “provvedere”, e così via⁵¹: in sostanza, si sostiene che siccome in altre circostanze il verbo “riconosce” è utilizzato senza poter ad esso attribuire un significato di “precedenza”, neppure nell’art. 2 sarebbe possibile o corretto ricollegare all’espressione tale significato. Personalmente ritengo che tale ultimo argomento non sia irresistibile: vi sono altri casi in cui un medesimo termine viene utilizzato in Costituzione attribuendo ad esso significati diversi (si pensi, ad esempio, alle espressioni “nazione”, “cittadini”, “repubblica”, e così via), per cui non mi parrebbe impossibile sostenere che anche al verbo “riconoscere” possano attribuirsi significati diversi, con riguardo in particolare all’ambito di una disposizione di carattere generale e fondativo quale l’art. 2 rispetto a disposizioni finalizzate a garantire singoli e puntuali diritti.

Tuttavia, per quanto a me pare, l’espressione in questione, e con essa l’argomento sostanziale connesso alla stessa idea di *inviolabilità* dei diritti, indicano con chiarezza l’anteriorità di questi ultimi rispetto all’ordinamento costituito (come si è già detto), ma non risolvono il punto del *perché* di tale anteriorità, ovvero di “dove stiano” quei diritti prima di essere riconosciuti dall’ordinamento giuridico. A tale ultimo riguardo, le alternative sono tra chi ritiene che il fondamento di essi debba rinvenirsi in principi di natura religiosa o divina e chi al contrario sostiene che detto fondamento debba essere ricercato in principi prodotti dalla ragione umana; ovvero ancora chi li concepisce come il prodotto di *a priori* etico-sociali o storici, riferiti ai valori che trovano il proprio fondamento in processi di natura essenzialmente storica.

Occorre dire, al riguardo, come dai lavori dell’Assemblea costituente non sembra dedursi una chiara e condivisa posizione in ordine al fondamento

⁵¹ ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 11, che richiama sul punto VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della segretezza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, 48. Analogamente, GERARDO MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 61.

giusnaturalistico dei diritti inviolabili⁵², ed anzi la larga approvazione finale della disposizione ha permesso la confluenza sulla sua formulazione di spinte e concezioni diverse, alcune delle quali ispirate a posizione giusnaturalistiche e forse anche – all’interno della componente democristiana – alla concezione della natura *divina* dei diritti inviolabili. Ma al di là dell’*intentio* del costituente, la dottrina è sostanzialmente concorde nel negare che detta precedenza sia da rinvenire in un presunto diritto di natura, per ragioni che attengono ad evidenze di fatto (quali, ad esempio, la necessaria storicità di ciascun diritto, intesa come differente percezione di esso nei diversi contesti storici e sociali) ovvero alle possibili conseguenze negative che l’adesione a una concezione giusnaturalistica potrebbe produrre⁵³.

Ma se dunque una precedenza si deve ritenere, ed essa non può essere ricercata nello stato di natura, dove essa deve essere colta? Mi pare che si possa rispondere a tale interrogativo assumendo nell’idea di persona quale prodotto dell’evoluzione storica e culturale di un determinato contesto sociale la sede di tale anteriorità⁵⁴: con la precisazione – da un lato – che il contesto storico di riferimento deve intendersi non con riguardo ad un arco temporale ristretto (che, altrimenti, si dovrebbe giustificare l’accesso alle garanzie costituzionali di qualsiasi interesse sociale avvertito come rilevante – o fondamentale – in un singolo istante della vita di una società), quanto invece in relazione ad uno spazio temporale sufficientemente ampio; e, d’altro canto, che anche l’ambito spaziale non può definirsi in relazione al singolo ordinamento giuridico, quanto invece ad un contesto più ampio, come si fa peraltro ogni volta che ci si riferisce alle “democrazie occidentali”, ai principi del costituzionalismo “continentale”, ovvero ai principi costituzionali tipici dei sistemi liberal-democratici⁵⁵. Che poi tale evoluzione possa

⁵² Secondo ANTONINO SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, in AA. VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, p. 238, l’ambiguità è connessa alla *natura* propria di tali diritti, per i quali occorre individuare la forza della realtà *pregiuridica* e, più ancora, *metagiuridica*. Sul contributo offerto dal pensiero della Chiesa cattolica alla teoria dei diritti umani v. diffusamente GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Relazione*, in AA. VV., *I diritti fondamentali oggi*, cit., p. 19 ss.

⁵³ Secondo GIOVANNI GUZZETTA - FRANCESCO SAVERIO MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2006, 625, ad esempio, “l’assoluta indeterminatezza dei diritti naturali ha finito storicamente con il favorire e legittimare le primarie soluzioni finanche liberticide”.

⁵⁴ È la posizione che ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 5, definisce come “personalismo” e per la quale il concetto di persona è inteso “come *a priori* materiale o storico, cioè come unità ontologica fondativa di azioni materiali diverse che, nella sua necessaria e costitutiva correlazione a valori, implica uno spazio *a priori* materiale, un contenuto normativo irradiantesi in tutti i livelli dell’agire umano”.

⁵⁵ Come scriveva nel 1891 Raymond Saleilles, si tratta di un diritto naturale consistente in un “*droit commun universel reposant sur la marche comparative du droit dans l’ensemble de son évolution chez tous les peuples civilisés*” (RAYMOND SALEILLES, *Contribution à l’étude des méthodes juridiques – A*

considerarsi come il progressivo avvicinamento della storia e delle società ad uno stato di "natura" è problema ulteriore e che può essere indagato per interessi speculativi, ma che in questa sede può essere tralasciato.

Tale conclusione mi pare confermata dall'interpretazione che vede nell'art. 2 una clausola a fattispecie aperta: interpretazione sulla quale – come noto – il dibattito è stato, specie in anni passati, assai sviluppato. Senza riprendere le ragioni dell'alternativa tra fattispecie aperta o chiusa, è necessario tuttavia riassumerne i tratti necessari per dar conto di quanto si vuole affermare.

Chi propende per la teoria della fattispecie aperta sostiene – come noto – che il significato da attribuire alla disposizione non sia quello di "riassumere" in essa quanto espressamente enunciato in puntuali disposizioni, ma sia al contrario quello di aprire la categoria: secondo alcuni, ai contenuti propri del diritto naturale⁵⁶; secondo altri, "ai valori e agli interessi nuovi che vanno emergendo ad opera delle forze politiche e culturali prevalenti, delle forze politiche, cioè, che determinano la costituzione materiale"⁵⁷. L'articolazione interna di tale posizione induce ovviamente ad esiti assai diversi: mentre infatti l'apertura ai contenuti del diritto naturale dovrebbe prescindere dall'evoluzione culturale e storica della società e dell'*idem sentire* in essa, al contrario la seconda posizione è strettamente connessa a tale evoluzione, facendo derivare da essa l'emersione di un diritto inviolabile.

D'altro canto, chi nega l'impostazione "aperta" sembra più ragionare sulle incongruenze di tale linea interpretativa e sulle sue possibili conseguenze negative, piuttosto che sostenere una concezione "chiusa" del catalogo dei diritti⁵⁸. Si sottolinea così, fra le altre argomentazioni, che circa i diritti

propos d'un livre de M. ANGELO SRAFFA, La liquidazione delle società commerciali, in Annales de droit commercial, V, 222): un diritto da ricomprendere, secondo PAOLO GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1988, p. 212, nel filone di quel diritto naturale secondario "che nel vecchio sistema di San Tommaso e della Scolastica medievale e postmedievale era servito per far mettere i piedi a terra allo *ius naturae*, e che appariva tutto teso a conciliare diritto e storia". Ed infatti, come osserva ancora PAOLO GROSSI, *Prima lezione*, cit., p. 79, tra coloro che si rifanno al diritto naturale, vi è "chi lo sorprende nel pieno dell'immanenza scritto nella struttura razionale della natura cosmica o nella ragionevolezza della tradizione storica".

⁵⁶ Così, ad esempio, COSTANTINO MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, p. 69 ss.; SERIO GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 108; ORAZIO CONDORELLI, *La ragione nella vita del diritto*, in *Studi in onore di Zingali*, II, Giuffrè, Milano, 1965, p. 258 ss.; ROBERTO LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana*, cit., p. 14. Ritengono il richiamo al diritto naturale ormai "davvero obsoleto", fra gli altri, PAOLO BARILE - ENZO CHELI - STEFANO GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Cedam, Padova, 1998, p. 603.

⁵⁷ AUGUSTO BARBERA, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna-Roma, 75, *sub art. 2*, pp. 84-85.

⁵⁸ Cfr. ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 21 ss.; PAOLO CARETTI, *I*

“nuovi”, la cui garanzia sarebbe assicurata dalla teoria della norma a fattispecie aperta, il loro fondamento costituzionale potrebbe in realtà rinvenirsi in disposizioni esistenti, mediante un’operazione ermeneutica; ovvero si fa notare come mediante quella teoria si intendano “coprire” con una garanzia di rango costituzionale alcuni dei diritti riconosciuti o tutelati da fonti di rango inferiore (leggi ordinarie o accordi internazionali); ovvero ancora si rileva come l’introduzione di “nuovi” diritti nell’ordinamento introduca delle antinomie nel sistema dei diritti costituzionali e possa comportare l’imposizione di nuovi obblighi⁵⁹. Peraltro, anche chi sostiene tale impostazione si dimostra favorevole ad una lettura estensiva delle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti di libertà, per cui le due posizioni nella maggior parte delle situazioni non divergono sul piano delle conseguenze pratiche, pur mantenendo forti differenze sul piano dell’impostazione teorica.

Come detto, non entro nel merito di tale dibattito, né intendo analizzare la posizione assunta in merito ad essa dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁰, bensì limitarmi ad osservare quanto segue. L’impostazione “chiusa” induce a ritenere che i diritti tutelabili a livello costituzionale siano quelli espressamente previsti, e che pertanto un diritto che non trovi esplicito riconoscimento non possa considerarsi tutelato come inviolabile ai sensi dell’art. 2. È vero peraltro, a quest’ultimo proposito, che l’estensione operata dalla Costituzione ai cataloghi contenuti in altri documenti, specie di rilievo internazionale (la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, approvata dall’Assemblea generale dell’ONU il 10 dicembre 1948; la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, con annessi Protocolli addizionali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950; la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, solennemente proclamata dal Consiglio europeo di Nizza nel dicembre 2000, ed alla quale con il Trattato di Lisbona del 2009 è stato conferito lo stesso effetto giuridico

diritti fondamentali, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 137 ss., pur negando che l’art. 2 possa considerarsi fonte di costituzionalizzazione di diritti non espressamente previsti in Costituzione, tuttavia ammette la possibilità di farvi rientrare posizioni soggettive “nuove” e conseguenti rispetto ai diritti riconosciuti.

⁵⁹ A quest’ultimo rilievo si è peraltro ribattuto sottolineando la natura di “valori” dei diritti inviolabili, e che in quanto tali “essi tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e alla composizione, secondo le regole della fondazione, dell’opposizione e della complementarietà”: così FRANCO MODUGNO, *I “nuovi diritti”*, cit., p. 4.

⁶⁰ Sulla quale v., ALESSANDRO PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, che ne sottolinea l’evoluzione tendente a rinvenire il fondamento costituzionale di “diritti nuovi” nei diritti sanciti dalla Costituzione, magari attraverso una interpretazione evolutiva di questi ultimi, e ricorrendo all’art. 2 “soprattutto per “rafforzare” retoricamente scelte interpretative aventi già un autonomo fondamento nelle norme costituzionali”.

vincolante dei trattati; ed altri ancora) consente ed impone un’operazione inclusiva di pressoché tutti i diritti che si possono ritenere “nuovi”: malgrado questo, la teoria indicata induce a ritenere che il catalogo costituzionale debba considerarsi un catalogo esaustivo dei diritti della persona “naturalmente” rinvenibili. Tale conclusione può forse condividersi con riguardo ai “nomi” dei diritti: ma diversamente se ne deve inferire se si ha riguardo ai contenuti “nuovi” di diritti “vecchi”. Si pensi, per fare solo un esempio, al diritto della persona – recentemente riconosciuto dalla Corte di giustizia dell’Unione europea – a che un’informazione (vera e passata) che la riguardi non venga più, trascorso un certo tempo, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca mediante motori di ricerca via web effettuata a partire dal suo nome: un diritto che secondo la Corte di Lussemburgo rientra nelle garanzie degli art. 7 e 8 della Carta diritti UE. Dunque, una particolare conformazione del “diritto all’oblio” quale nuovo “volto” del diritto al rispetto della vita privata⁶¹.

Se dunque dal diritto come “nome” si passa al diritto quale “cosa”, la distanza con la concezione “aperta” tende a ridursi. E con riguardo a quest’ultima impostazione l’adesione ad una concezione della categoria “diritti inviolabili” come fattispecie aperta induce a ritenere, forse all’opposto di quanto altri hanno sostenuto⁶², che il fondamento di tali diritti non sia in un dato naturale preesistente, quanto nella loro storicità (come sopra intesa): ciò che è “naturale”, infatti, non può essere infatti concepito come “nuovo” (almeno di non ritenere che la “novità” sia la loro “scoperta”, come l’archeologo che porta alla luce un oggetto antico: ma sarebbe in ogni caso una cosa diversa), e pertanto tale novità potrebbe costituire dunque la prova della loro “storicità”.

Sia dunque che si aderisca alla tesi della fattispecie aperta, sia che invece si consideri la necessità che l’impostazione “chiusa” debba misurarsi con i contenuti nuovi dei diritti già riconosciuti, si giunge alla conclusione che l’invio alla ex art. 2 presuppone l’antioriorità dei diritti definiti tali: ma al contempo si ricava che tale anteriorità deve essere riferita ad elementi storici, culturali e sociali nei termini indicati, più che a riferimenti giusnaturalistici difficilmente percepibili.

⁶¹ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, in *www.dirittoegiustizia.it*

⁶² V. FRANCO MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., p. 5, secondo il quale “se si assume per i diritti inviolabili un fondamento naturale od extrapositivo, sarebbe necessariamente consequenziale aderire alla concezione della fattispecie aperta”.

6. Se dunque da un lato, e per quanto si è detto, il riferimento ad elementi anteriori alla Costituzione, da parte della stessa Carta costituzionale, non implica necessariamente il riferimento ad elementi giusnaturalistici, d'altro canto l'esperienza costituzionale, ed in essa soprattutto la giurisprudenza costituzionale, dimostrano come il riferimento alla "natura" possa essere considerato come produttivo di limiti (costituzionali) all'intervento del legislatore. Può essere utile considerare, in tale prospettiva, alcuni interventi della giurisprudenza costituzionale, con specifico riguardo all'utilizzo dell'espressione "natura" o "naturale": limitandosi agli ultimi anni, che peraltro confermano nella sostanza indirizzi precedenti, si osserva come il termine in questione sia utilizzato con significati diversi.

Tralasciando tutte le circostanze (e sono molte) nelle quali la Corte utilizza l'avverbio "naturalmente" quale sinonimo di "ovviamente" o qualcosa di simile (vezzo che è assai frequente nel linguaggio comune, e che forse meriterebbe di non essere avallato in quello proprio del giudice costituzionale), e tralasciando altresì tutti i casi in cui l'espressione "natura" è accompagnata da aggettivi (natura finanziaria, natura amministrativa, ecc: ove il termine "natura" indica la qualità propria di un determinato atto o procedimento), si nota come, in primo luogo, la Corte utilizzi talvolta l'espressione "naturale" per descrivere una qualità o caratteristica essenziale in merito alla struttura di un istituto giuridico. Così, ad esempio, nella sentenza n. 120/2013 la Corte afferma il "*naturale* carattere bilaterale della causa di incompatibilità" (inteso come riferito alle due cariche di cui si stabilisce l'incompatibilità): ove è evidente che il riferimento al "carattere naturale" non ha nulla in comune con un possibile o potenziale *stato di natura*, ma si riferisce (esclusivamente e limitatamente) ad un'elementare logica (l'incompatibilità tra la carica A e quella B significa che o si sceglie A o si sceglie B). Analogamente, nella sentenza n. 33/2011 si afferma che l'intesa (tra Stato e regione) è "*per sua natura* un atto bilaterale".

In modo simile, seppur concettualmente diverso, la Corte in altra occasione ha affermato, in relazione al ruolo del Capo dello Stato nell'ordinamento italiano, che "la ricostruzione del complesso delle attribuzioni del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano mette in rilievo che lo stesso è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, *naturalmente*, al di sopra di tutte le parti politiche" (sentenza n. 1/2013, punto 8.2 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto). Anche in questo caso è evidente che l'espressione "naturalmente" non intende riferirsi ad alcunché di *naturale*; in relazione alla decisione precedente, tuttavia, va sottolineato che il senso dell'espressione utilizzata neppure possa riferirsi ad un elemento di razionalità o di indefettibilità logica, ma debba

invece ritenersi strettamente connesso al ruolo del Presidente della Repubblica come definito dalla Costituzione ed interpretato dalla dottrina e dalla prassi costituzionale. Si che l’espressione risulta, a mio modesto avviso, lessicalmente inappropriata (sarebbe stata più idonea, volendo, un’espressione quale “conseguentemente” o simili).

In un’ulteriore affermazione contenuta nella sentenza n. 78/2012 (ma trattasi di un’affermazione tralattizia contenuta in molte decisioni precedenti), si fa riferimento alla “tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio *connaturato* allo Stato di diritto”. Anche in questo caso l’espressione sembra indicare la connessione logicamente inscindibile tra principio di affidamento e Stato di diritto, nel senso che il secondo non avrebbe consistenza giuridica (almeno per come lo conosciamo, si dovrebbe dire) senza il primo. In ogni caso, nulla vi è di “naturale” in tutto questo: come nulla vi è nelle affermazioni in cui la Corte ritiene che “laddove la Costituzione abbia effettivamente dato luogo ad un’esigenza di coordinamento e di collaborazione fra l’esercizio della funzione giurisdizionale e l’area di competenza di altro organo supremo, questa Corte ha escluso l’illegittimità costituzionale di una normativa primaria *ad hoc*, poiché “è possibile e *naturale* che il legislatore ordinario predisponga in materia apposite norme processuali, proprio al fine di meglio assicurare il coordinamento istituzionale e la leale collaborazione fra i poteri dello Stato coinvolti” (sentenze n. 87 e 88 del 2012). Anche in tal caso “naturale” sembra stare per “logico”: e se così è, forse sarebbe utile utilizzare la seconda espressione al posto della prima. Così come sarebbe stato opportuno nella sentenza n. 261/2011, ove si argomenta di una diversità di disciplina “che deriva *in modo naturale* dalla ripartizione costituzionale della potestà legislativa tra Stato e Regioni” (ove “naturale” sta per logico, razionale).

Ad ogni buon conto, da nessuna delle decisioni sin qui riportate risulta come l’utilizzo di espressioni che fanno riferimento alla “natura” abbia qualcosa a che vedere con elementi di “precedenza” rispetto al diritto positivo né tantomeno con elementi sulla cui base valutare la bontà o la legittimità del dato normativo positivo.

In senso un po’ diverso, invece, viene utilizzato il riferimento a ciò che è “naturale” – anche da parte della giurisprudenza costituzionale – quando si ha a che fare con gli ambiti interessati dalla bioetica, ove il riferimento alla *natura* viene spesso accostato al concetto di *verità*: concetti entrambi posti in stretta connessione con i risultati delle acquisizioni scientifiche. Così, ad esempio, nel filone delle decisioni riguardanti il tema del disconoscimento della paternità o del riconoscimento di figlio naturale, la Corte, dopo aver osservato che il bilanciamento operato dal legislatore è andato nel verso

“della tendenziale corrispondenza tra certezza formale e *verità naturale*”, ha ritenuto che la ricerca del *favor veritatis* “risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall’elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini” (ord. n. 7/2012), ritenendo altresì che “la *verità* biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell’interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione *veridico*” (corsivi aggiunti). Da tali affermazioni merita sottolineare la consequenzialità logica del ragionamento operato dalla Corte, e che può così sintetizzarsi: esiste una verità naturale che può essere “scoperta” mediante indagini scientifiche; la corrispondenza della situazione giuridica alla verità naturale costituisce il contenuto di un diritto della persona, che a sua volta contribuisce al diritto della stessa alla propria identità⁶³.

Analogamente può dirsi con riguardo alla sentenza n. 164/2014, relativa alla normativa in materia di fecondazione assistita, ove si legge che – nel caso di patologie produttive di una disabilità – “un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, *non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite*, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati anche con riguardo all’accertamento dell’esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta”, e ciò in quanto “la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l’esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle *valutazioni riservate alla scienza medica*, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango” (corsivi aggiunti). Ove risulta evidente il limite posto alla discrezionalità del legislatore e tratto dalle conoscenze scientifiche, la cui evidenza è rimessa alla scienza medica e

⁶³ Anche qualora si riconosca un fondamento “naturale” delle scelte operate dal legislatore, queste ultime sono peraltro soggette ad un’opera di bilanciamento: si ricordi il celebre caso della sentenza n. 283/1999 in materia di adozione di minori, con cui la Corte dichiarò che sebbene “la differenza di età che separa il minore dai genitori deve essere contenuta in limiti analoghi a quelli che ordinariamente intercorrono tra genitori e figli (...) proprio perché tra adottanti e adottato si costituisca un rapporto non dissimile *da quello naturale*” (corsivo aggiunto), tale limite non può considerarsi assoluto quando vengono in considerazione la necessità di salvaguardare il minore da un danno conseguente al mancato inserimento in una famiglia in cui uno o entrambi i genitori superino quel limite di età.

conseguentemente a coloro che ne sono gli interpreti. Il punto è affermato con chiarezza nella giurisprudenza costituzionale: nella sentenza n. 282/2002, ad esempio, si afferma che "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica”.

Tali conclusioni risultano evidenti – ma anche foriere di esiti problematici – in riferimento a quell'ambito del c.d. biodiritto nel quale natura e diritto vengono in stretta correlazione, relativamente alle frontiere della vita umana. Con riguardo all'inizio vita, basti segnalare le difficoltà del diritto positivo (in ogni ordinamento) nel definire l'origine dell'embrione: come noto, e rimanendo nell'ambito dei Paesi europei, alcuni di essi considerano che l'embrione umano esista a partire dalla fecondazione (ad esempio Estonia, Germania, Regno Unito); altri invece ritengono che ciò avvenga dal momento in cui l'ovulo fecondato è impiantato nella mucosa uterina (Spagna e Svezia). Per i Paesi nei quali non è affermata in via legislativa la coincidenza tra le nozioni di embrione e di concepito è prevista la condizione del c. d. pre-embrione, secondo quanto stabilisce ad esempio la legge spagnola facendo proprie le conclusioni del celebre *Warnock Report*, per il quale doveva essere fissato al compiersi del 14° giorno il riconoscimento dell'embrione e quindi del suo diritto alla vita⁶⁴.

Al di là delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti, la definizione giuridica impone di scegliere un punto di riferimento: se cioè esso consista in “un elemento naturalistico ben definito, circostanziato e quindi incontrovertibile quale è stata per lungo tempo la nascita e quale è oggi, ad esempio, il momento dell'unione dei gameti, oppure in un elemento di tipo legale-convenzionale, spettando alla norma giuridica, senza ulteriori appigli naturalistici, determinare il momento a partire dal quale si ritiene o si presume si sia in presenza di una persona”⁶⁵. Evidente è l'inerenza di questi interrogativi alla

⁶⁴ Seguendo tale linea ricostruttiva, la stessa fase pre-embriionale potrebbe essere ulteriormente articolata: dall'atto della fecondazione fino allo stadio di 8 cellule; da tale momento al formarsi del trofoblasto; dal trofoblasto allo stadio di preparazione all'impianto dell'ovulo e da questo momento allo stadio del postimpianto (dal 6° al 14° giorno). Cfr. al riguardo ANTONINO SPADARO, *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in *Rass. dir. pubbl.*, n. 1/2005, p. 105.

⁶⁵ LORENZA VIOLINI - ALESSANDRA OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in MARTA CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 189.

tela della relazione tra diritto e natura: il punto di fondo è costituito dall'interrogativo se sia rimesso al diritto "politico" (e perciò del legislatore) definire in termini giuridici cosa sia "embrione" (ma, potremmo dire, tutto ciò che è "naturale")⁶⁶; oppure se la definizione debba essere ricavata mediante acquisizioni scientifiche, cui al legislatore è consentito (soltanto) riconnettere conseguenze giuridiche.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione alle vicende connesse al c.d. fine vita: basti ricordare come uno dei punti di maggior dibattito sulla regolazione giuridica delle c.d. dichiarazioni anticipate di trattamento (sulle quali, sia consentito ricordare, nel 2009 si riteneva assolutamente urgente la disciplina legislativa, fino al punto da muovere il governo ad approvare un decreto-legge poi non emanato dal Capo dello Stato: dopo sette anni siamo ancora al punto di partenza⁶⁷) consista proprio nel definire quali siano gli interventi medici che assecondano l'evoluzione naturale e quali invece ne costituiscono una rottura. Nella celebre e ingiustamente criticata sentenza della Corte di cassazione pronunciata sul caso Englaro⁶⁸, si chiarisce come la distinzione concettuale tra eutanasia e rifiuto delle terapie medico-chirurgiche si appunti proprio in relazione al "corso naturale" della malattia ("Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente

⁶⁶ In senso chiaramente affermativo FRANCESCO RIMOLI *Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future*, in ROBERTO NANIA - PAOLO RIDOLA, *I diritti costituzionali*, I, Giappichelli, Torino, 2001, p. 348, per il quale "la determinazione del momento in cui l'essere vivente diventa soggetto di diritto, acquistando la capacità giuridica e dunque l'idoneità ad essere centro di imputazione di diritti, costituisce il frutto di una scelta dell'ordinamento". Per un quadro delle difficoltà che pongono al diritto, ed in specie alla definizione di "persona", alcune applicazioni del sapere scientifico in campo umano v. AMEDEO SANTOSUOSSO, *Persone fisiche e confini biologici: chi determina chi*, in ANTONIO D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 141 ss.

⁶⁷ Malgrado, ancora di recente, il Consiglio di Stato abbia ritenuto un intervento legislativo in materia "necessario e indilazionabile", "indispensabile ed urgente", giacché "l'assenza di una chiara disciplina legislativa, esistente in altri ordinamenti, fa avvertire tutta la necessità di un intervento da parte del legislatore": cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2015, I, p. 74 ss. Peraltro va rilevato come la intervenuta giurisprudenza venga da taluni valutata come soddisfacente soluzione delle problematiche che il tema pone, quasi con timore per interventi legislativi che possano non migliorare ma far regredire la situazione esistente (preoccupazioni in tal senso possono dedursi da PAOLO ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2015, II, p. 20 ss.). Nel senso invece della necessità di un intervento legislativo per "dipanare molteplici criticità di coordinamento tra tutti gli interesse e i diritti coinvolti" v. da ultimo, BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 277.

⁶⁸ Cassazione civile, sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, ora ripresa adesivamente da Cons. Stato, n. 4460/2014, *cit.*

la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua *il suo corso naturale*”). In sostanza le terapie possono essere interrotte quando forzano l’evoluzione della vita del paziente verso il suo esito *naturale*, potendosi rifiutare un “prolungamento *artificiale* della vita” (così ancora la Corte di cassazione), in quanto la scelta del soggetto interessato deve considerarsi esplicitazione del suo diritto alla salute inteso (alla luce della giurisprudenza costituzionale) come libertà di autodeterminarsi; mentre il porsi contro l’evoluzione *naturale* (accorciando quindi la vita volontariamente) si configurerebbe come eutanasia, istituto che viene considerato estraneo alla libertà di autodeterminarsi (e che comunque costituisce altro rispetto al rifiuto delle cure)⁶⁹.

Un ulteriore aspetto della relazione tra “natura” (ovvero acquisizioni scientifiche) e diritti può essere considerato in merito alle trasformazioni che le acquisizioni della scienza e della tecnica sono in grado di determinare anche con riguardo al riconoscimento di diritti fondamentali: come si legge nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione assistita di tipo eterologo (sentenza n. 162/2014), infatti, “la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera”. Decisione questa che ha il merito, come è stato giustamente sottolineato, di “porre all’attenzione di tutti, anche di chi ancora non se n’è accorto, che la persona e i diritti fondamentali conoscono una profonda e, forse irresistibile, trasformazione di fronte alle acquisizioni della scienza e della tecnica”⁷⁰.

Si tratta, negli esempi indicati, di aspetti e prospettive ovviamente diverse, ma che hanno in comune (così almeno a me pare) le connessioni tra la scienza (che alla natura è strettamente connessa) e il diritto, e la rilevata soggezione della discrezionalità del legislatore rispetto alle acquisizioni scientifiche: vale a dire – nei termini in cui si è detto – ad elementi “naturalisti”.

7. Proviamo a trarre qualche – assai parziale e forse scontata – conclusione da quanto detto.

⁶⁹ Per una ricostruzione recente delle differenze tra eutanasia e rifiuto delle cure, con riferimenti anche alle posizioni di alcune confessioni religiose sul punto, v. GERMANA CAROBENE, *Sul dibattito scientifico e religioso in tema di “fine vita”: accanimento terapeutico, stato vegetativo ed eutanasia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 9/2015, 16 marzo 2015.

⁷⁰ ANDREA MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *www.giurcost.it.*, 11 giugno 2014.

Che l'avvento delle costituzioni abbia imposto una rimodulazione del rapporto tra diritto giusto/naturale e diritto positivo mi pare sufficientemente dimostrato e dimostrabile. Come si è detto, le costituzioni vengono concepite e approvate con l'intenzione di positivizzare alcuni principi o istituti che si ritengono anteriori e pre-esistenti (ed a seguito, come è ovvio, di una loro valutazione positiva).

D'altro canto, le stesse costituzioni contengono rinvii a istituti che sono "prima", e la cui conformazione giuridica deve essere ricercata al di fuori della costituzione stessa: ciò impone di interrogarsi sul loro fondamento pre-costituzionale. Con riguardo all'esperienza concreta degli ordinamenti contemporanei, si formula al riguardo un'impressione: quando vi sono conoscenze scientifiche in grado di produrre "verità", tale precedenza deve essere ricercata in esse. Se l'embrione, ad esempio, sia una "persona" o meno lo stabilisce la "natura", ovvero quella verità scientifica che attesta che la vita umana ha una sua continuità fin dal concepimento (il diritto può ovviamente intervenire per stabilire un altro inizio, ma allora è chiaro che tende a sovrapporsi a ciò che è "in natura"). In altri termini, se la natura è la scienza, il diritto è rispettoso. Diversa la situazione laddove il possibile riferimento ad istituti precedenti non investa nozioni scientificamente dimostrabili (come avviene, ad esempio, per la famiglia, i diritti, e così via: ma anche, tornando alla frase di Dossetti riportata all'inizio, all'economia ed alle sue leggi). Qui la precedenza viene misurata non in termini di vicinanza ad evidenze scientifiche, quanto invece con riguardo ad una prospettiva storica e sociale: così, ad esempio, i diritti umani che la nostra Costituzione "riconosce" sono quelli, come si è cercato di dire, del contesto storico-sociale in cui l'ordinamento è inserito (e che costituiscono i contenuti del "costituzionalismo" moderno). Tali diritti risultano pertanto "precedenti" ma non "naturali", come dimostra il fatto che in diversi momenti storici gli stessi diritti non vengono riconosciuti (né nella loro essenza, né tantomeno con riguardo ai loro contenuti) ovvero che in altri contesti culturali gli stessi diritti non vengono percepiti come "naturali", quanto – caso mai – imposti da atti normativi di carattere internazionale⁷¹.

Che tutto ciò sia "naturale" oppure no è ovviamente oggetto di discussione; ma che tale elemento funga da limite all'esercizio del diritto positivo è altrettanto evidente. Il che pone il tema di chi sia legittimato ad individuare

⁷¹ Numerosi sono gli Autori che hanno tentato, come noto, di coniugare naturalità e storicità del diritto, a partire dalla celebre espressione di "diritto naturale con contenuto variabile" di R. Stammler: vedi i necessari riferimenti in GIAMPAOLO AZZONI, *Natura e storicità nel rapporto tra lex aeterna e lex naturalis*, in www.blog.centrodieta.it, 2009.

cosa sia razionale, e perciò ad esprimere il verso della sua applicazione di fronte a fattispecie concrete. In altri termini: posto che sussista un diritto “giusto”, precedente nei termini indicati a quello positivo, a chi spetta il compito di *rinvenirlo e dichiararlo*?

In quanto tale diritto “giusto” sia posto da norme costituzionali, tale compito è attribuito ai tribunali costituzionali, che anche per questo (ma non soltanto) sono stati definiti l’“amministrazione giudiziaria del diritto di natura”⁷². Ma gli stessi tribunali costituzionali, come si è visto, non disdegnano di riferirsi alle acquisizioni scientifiche, rinvenendo in esse limiti alla discrezionalità del legislatore: ed in tali circostanze, dunque, il “custode” della scienza è costituito da coloro che di quella scienza (o di quel ramo della scienza) sono (o vengono ritenuti) gli interpreti.

Ma poiché la scienza è, a sua volta, soggetta ad interpretazioni, nonché mutevole in ragione dell’evoluzione delle scoperte, il problema resta aperto: si pensi al riguardo alla contrapposizione, che in certe circostanze assume toni assai accesi, almeno in Italia, tra la Chiesa cattolica e il mondo politico-culturale, e che trae origine dalle posizioni assunte dalla prima nel collocare alcuni principi da essa sostenuti nell’ambito del diritto naturale, con evidente ed implicito riconoscimento della propria capacità di individuare ed interpretare i contenuti di tale diritto. Sia sufficiente richiamare, al riguardo, quanto è scritto nel Catechismo della Chiesa cattolica: “la legge “divina e naturale” [Conc. Ecum. Vat. II, *Gaudium et spes*, 89] mostra all’uomo la via da seguire per compiere il bene e raggiungere il proprio fine. La legge naturale indica le norme prime ed essenziali che regolano la vita morale. Ha come perno l’aspirazione e la sottomissione a Dio, fonte e giudice di ogni bene, e altresì il senso dell’altro come uguale a se stesso. Nei suoi precetti principali essa è esposta nel Decalogo. Questa legge è chiamata naturale non in rapporto alla natura degli esseri irrazionali, ma perché la ragione che la promulga è propria della natura umana”⁷³. Un insegnamento che è stato ribadito, con riferimento specifico alla tematica del fine vita, da Papa Giovanni Paolo II nell’enciclica *Evangelium vitae*: “ogni uomo sinceramente aperto alla verità e al bene, con la luce della ragione e *non senza il segreto influsso della grazia*, può arrivare a riconoscere *nella legge naturale scritta nel cuore* il valore sacro della vita umana fino al suo termine, ed affermare

⁷² Vedi il richiamo a W. Naucke in GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 176 nota 20.

⁷³ *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 1955. Nella recente enciclica di Papa Francesco si introduce il concetto di “ecologia umana”, intendendosi con tale espressione “la necessaria relazione della vita dell’essere umano con la legge morale inscritta nella sua propria natura, relazione indispensabile per poter creare un ambiente più dignitoso” (cfr. Lettera enciclica *Laudato si*, n. 155).

il diritto di ogni essere umano a vedere sommamente rispettato questo suo bene primario⁷⁴ (corsiivi aggiunti). Ove è evidente che l'impossibilità di far terminare la vita prima del suo *limite naturale* è ritenuto principio di diritto naturale, che ogni persona può conoscere "non senza il segreto influsso della grazia": un "influsso" di cui la Chiesa (ed, alla fine, il Papa stesso) è autorevole e forse autentico interprete. Molti altri sono gli esempi e i casi che potremmo richiamare a sostegno di tale impostazione⁷⁵, ben radicata nel pensiero e nell'insegnamento della Chiesa.

Una pretesa che nell'ambito della stessa Chiesa cattolica è oggetto di ripensamento critico per le conseguenze negative che essa produce nel rapporto con i possibili destinatari dell'evangelizzazione⁷⁶, ma che al di là di questo fa emergere uno dei nodi critici fondamentali del discorso, e che così potremmo riassumere: posto che esista un diritto giusto precedente il diritto positivo, e che esso abbia un fondamento nella natura dell'uomo, a chi spetta svelarlo? Il problema vero, forse, sta proprio qui, come fa chiaramente intendere chi afferma che il diritto naturale è "semplicemente quel diritto che la persona che usa l'espressione, approva"⁷⁷. Anche ammettendo infatti l'esistenza di un "diritto ontologico", precedente e superiore rispetto al diritto positivo, la difficoltà (o l'impossibilità?) di individuarne l'interprete costituisce l'ostacolo più forte per il suo riconoscimento nelle società democratiche.

⁷⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995, in *www.vatican.va*

⁷⁵ Ancora il Catechismo della Chiesa cattolica afferma, citando San Tommaso, che "la legge naturale altro non è che la luce dell'intelligenza infusa in noi da Dio. Grazie ad essa conosciamo ciò che si deve compiere e ciò che si deve evitare. Questa luce o questa legge Dio l'ha donata alla creazione".

⁷⁶ SEVERINO DIANICH, *La Chiesa cattolica verso la sua riforma*, Morcelliana, Brescia, 2014, che individua questo tema come uno degli aspetti sui quali la riforma della Chiesa dovrebbe realizzarsi.

⁷⁷ L'affermazione è di VILFREDO PARETO, *Trattato di sociologia generale*, 1916, ripresa da GIUSEPPE VOLPE, *Il costituzionalismo*, cit., p. 211. E proprio per questo tale concetto del diritto naturale viene ritenuto da GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., p. 47 ss., un concetto sopraffattore, anticostituzionale e ingannatore.