

I «DUE» VOLTI DEL COSTITUZIONALISMO DI FRONTE AL PRINCIPIO DI *AUTO-DETERMINAZIONE**

di Antonino Spadaro

Sommario: 1. Introduzione: dal principio di *auto-determinazione* «in astratto» alla sua applicazione «pratica» nei diversi ordinamenti. - 2. *Auto-determinazione* o *libertà*? Concetti equivalenti (sinonimi) o solo affini (simili)? - 3. I diversi volti dell'*auto-determinazione* in generale: a) dei popoli, sotto forma di a₁) rivendicazione interna [auto-governo] e a₂) esterna [identità nazionale]... - 4. *segue:* b) delle formazioni sociali: libertà *dallo Stato*... - 5. *segue:* c) del singolo, sotto forma di c₁) sempre libertà *dallo Stato*. L'inesauribilità delle forme di *auto-determinazione* individuale e il nesso fra sussidiarietà e *auto-determinazione*. La valutazione della Corte EDU come «controllo di ragionevolezza di II grado». - 6. *segue:* c₂) libertà *dalle stesse formazioni sociali*. L'*auto-determinazione* individuale *all'interno* delle formazioni sociali: sindacati, partiti, culti religiosi, famiglia, ecc. - 7. *Rapporto* naturalmente *dialettico* – e in qualche caso *tensione irriducibile* – fra le due anime fondamentali del costituzionalismo contemporaneo: «eterocentrico-altruistica» e «individualistico-libertaria». - 8. Le inevitabili contaminazioni etnico-culturali delle c.d. società liquide e la necessità di un *equilibrio* costituzionale, per quanto sempre imperfetto e *in fieri*. Cenni di confronto fra Italia e Spagna. - 9. Conclusioni: necessità di una «gerarchia» delle situazioni giuridiche soggettive. «Oltre» l'*individualismo* volontaristico («*auto-determinazione*»), verso il *personalismo* solidaristico («libertà di coscienza»).

1. Introduzione: dal principio di *auto-determinazione* «in astratto» alla sua applicazione «pratica» nei diversi ordinamenti

Prendendo in esame il principio di *auto-determinazione* in materia di bioetica, è lecito chiedersi: perché in Olanda è possibile l'eutanasia – il suicidio assistito – e in Grecia no? Perché in Inghilterra è possibile la fecondazione artificiale per coppie conviventi o donne *single* e in Germania solo per coppie sposate?

* *Relazione tenuta al VIII Seminario costituzionale italo-spagnolo su La privacidad como autonomía: la doctrina de Estrasburgo y su incidencia en Italia y España tenutosi nell'Università di Pamplona, in Navarra, l'11 aprile 2014.*

Andando oltre il campo della bioetica, e prendendo in esame per esempio la libertà politica, potremmo domandarci: perché l'auto-determinazione del cittadino – sotto forma di diritto di scelta del candidato – è possibile nell'ordinamento inglese, dove vige un maggioritario *plurality* con collegio uninominale, e non è possibile in Italia con il sistema elettorale c.d. *porcellum*, che ha avuto fin qui le liste bloccate? E perché il diritto alla rappresentanza politica – e quindi il principio di auto-determinazione del cittadino a scegliere di essere rappresentato da un partito – è previsto per le forze politiche che superano il 3% in Spagna e invece, in Turchia, addirittura solo per i partiti che superano il 10% (soglia di fronte alla quale l'8% per il singolo partito non coalizzato previsto dal progetto di nuovo sistema elettorale italiano – c.d. *italicum* – «sembra» accettabile)?

Passando, poi, dalla bioetica e dalla libertà politica al classico tema della libertà personale, altri interrogativi sorgono spontanei: perché in alcuni Paesi europei la prostituzione è riconosciuta come una forma di libera auto-determinazione (a vendere il proprio corpo) e in altri, invece, viene repressa come un reato? Perché in Spagna i gay possono sposarsi e in Italia si spera al massimo di introdurre una disciplina giuridica delle unioni civili? Perché abortire è facile in Svezia ed è invece difficile in Irlanda? Perché in Turchia è stato possibile al *premier* Erdogan – col solo dissenso del Capo dello Stato Gul e fino alla sentenza della Corte costituzionale – di «oscurare» *twitter* e in Francia una simile operazione appare giuridicamente impraticabile, al punto da risultare impensabile?

Potremmo continuare – prendendo in esame ogni altra libertà o, meglio, ogni altra pretesa di auto-determinazione – ma, alla fine, comunque troveremmo, accanto a un minimo di disciplina giuridica comune, notevoli diversità di trattamento normativo.

Se queste differenze (in tema di bioetica, di libertà politiche e civili, ecc.) esistono è perché il c.d. principio di *auto-determinazione* individuale – al di là della sua declamazione formale e astratta nei documenti internazionali (a cominciare dall'art. 8 della CEDU, ma non solo)¹ – è «declinato» in modo profondamente diverso nei

¹ Il cui testo, per comodità, qui si riporta: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al

vari ordinamenti giuridici europei. I Paesi del Vecchio Continente – pur riconoscendosi tutti nella comune tradizione del *costituzionalismo* liberaldemocratico e personalista – evidentemente danno soluzioni pratiche diverse agli stessi problemi, o (quando va bene) soluzioni simili con sfumature assai diverse, in quanto attribuiscono una qualificazione diversa al ruolo dello Stato, considerandolo ora «negativo» (*ingerenza*), ora «positivo» (*tutela di altri interessi*) almeno di pari livello, giacché anch'essi costituzionalmente protetti, da «bilanciare» con quello all'auto-determinazione).

La domanda delle domande, o la madre delle altre domande, allora è un'altra: com'è possibile che la stessa «macro-ideologia» del c.d. costituzionalismo che fonda gli ordinamenti costituzionali europei (il c.d. *ius publicum europaeum*)² – al di là di un *minimo comun denominatore* assiologico, piuttosto generico e astratto, sul principio di auto-determinazione individuale – porti ad esiti «pratici» così diversi?

Di fronte a questo *Grundproblem* cercheremo – con difficoltà e consapevoli dei limiti di un'indagine su un campo così ampio e complesso – non di rispondere, ma di fornire argomenti utili, speriamo, per una possibile risposta.

Per il momento ci limitiamo a dire che il rapporto di «proporzionalità automatica» fra livello di riconoscimento dell'auto-determinazione individuale e livello di maturità sociale e democratica di un sistema giuridico è una banale, e piuttosto diffusa, semplificazione: come vedremo, invece, più «auto-determinazione» non significa affatto, sempre e comunque, più «costituzionalismo». Parimenti, più capacità di «intervento/ingerenza dello Stato» non significa necessariamente meno «libertà individuale». Insomma, vanno evitate facili e comode generalizzazioni.

2. Auto-determinazione o libertà? Concetti equivalenti (sinonimi) o solo affini (simili)?

Innanzitutto va detto che purtroppo il termine *auto-determinazione*, come tanti altri, è abusato, per il suo carattere fortemente

benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale o alle protezioni dei diritti e delle libertà altrui».

² Per la quale, se si vuole, v. – per alcune prime indicazioni – il mio *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. III, Milano, Bompiani, 2006, pp. 2369 s.

evocativo e per la sua pregnanza intrinsecamente suggestiva. A prima vista sembrerebbe che esso possa essere facilmente sostituito, senza danni, da un'altra parola, più vaga ma anche più semplice e comune: *libertà*, anch'essa per la verità oggetto di continui abusi.

Il mancato, o ridotto, ricorso al tradizionale termine *libertà* non deriva solo dal fatto che, come esistono le mode nell'abbigliamento, così esistono anche le *mode linguistiche* – e la parola auto-determinazione è di moda – ma deriva anche dal fatto che, mentre la parola *libertà* è, per così dire, tradizionale e apparentemente innocua, nel termine auto-determinazione si cela una sfumatura psicologica di «volontarismo» che sarebbe sciocco sottovalutare. Sicché – in luogo di *libertà* – spesso si preferisce discettare piuttosto di *auto-determinazione* dei popoli, delle formazioni sociali e dei singoli.

La ricordata componente politico-volontaristica intrinseca al termine auto-determinazione è forse più comprensibile, e giustificabile, in relazione all'esercizio «collettivo» della *libertà*: per intenderci, si capisce che un popolo (palestinese, curdo, ecc.) *decida* di liberarsi dall'oppressore e lottare per l'indipendenza attraverso un preciso e costoso atto di *auto-determinazione*. Ben più complesso ed emblematico – almeno così mi pare – è l'uso del termine auto-determinazione per l'esercizio di una tradizionale *libertà* «individuale». Nella prospettiva di una concezione dello Stato costituzionale di tipo liberale, e a maggior ragione nella prospettiva solidaristica e personalistica, ogni *libertà* individuale invece non è un valore assoluto, ma ha sempre carattere *relativo* e intrinsecamente *relazionale*, sicché paradossalmente porta sempre con sé l'idea implicita di «limite»³.

Inoltre, mentre la parola «*libertà*» sembra meramente descrittiva di uno *status* soggettivo attivo che comunemente chiamiamo *diritto*, il termine «auto-determinazione» individuale, in tutte le sue accezioni, sembra piuttosto indicare l'esercizio di una precisa e incoercibile *volontà*: lì (*libertà*) si «ri-conosce» qualcosa, qui

³ Per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare al mio *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2006, pp. 167 ss. e in Aa.Vv., *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli (CZ), 2007, pp. 129 ss. Sulla problematicità, e complessità, dei diritti (e di una connessa organica teoria giuridico-politica), cfr. spec. A. Dershowitz, *Rights from Wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti* (2004), Torino, 2005.

(auto-determinazione) semmai la si «ri-vendica». Insomma, l'idea di «libertà» tendenzialmente è evocativa di uno stato di fatto e in essa è implicita, necessariamente, anche quella di *limite*: per principio, le libertà si limitano sempre reciprocamente. Nell'idea di «auto-determinazione» sembra – ribadiamo: sembra – che si sottintenda piuttosto la necessità di un'azione a difesa di una condizione minacciata, o non ancora (o non pienamente) fruita e, quindi, appare più forte l'idea di volontà e di decisione.

La gravidanza semantica «volontaristica» del termine auto-determinazione soprattutto individuale trova conferma sul piano filosofico e teologico: si pensi, per comodità, al mito di Ulisse che caparbiamente cerca di autodeterminarsi, facendosi persino beffe degli Dei, o – specialmente dopo il cristianesimo – alla vana illusione dell'uomo-creatura di essere indipendente dal Dio-Creatore, nel titanismo di un'auto-determinazione (ben espressa dal mito contemporaneo dell'esaltazione fideistica della scienza: il c.d. *scientismo*), che alla fine deve comunque soccombere di fronte al *limite* ineluttabile della natura, della malattia, della sofferenza, della morte e, in ultima istanza, di buona parte delle leggi dell'universo che non conosce, né tantomeno domina.

Ma la portata del concetto di auto-determinazione trascende le scienze sociali per avere un chiaro riverbero persino nelle scienze naturali, in biologia, e segnatamente nella citologia, dove è possibile scorgere la suggestione del concetto di *auto-determinazione* in qualche modo fin dall'inizio della vita umana, dove pure, certo, non ha senso parlare di «volontarismo» (se a questa parola si attribuisce un significato di *orientamento cosciente*). Sappiamo infatti che – solo a partire da un certo momento – l'embrione si auto-differenzia o *auto-determina come soggetto unico*, per esempio distinguendosi, sul piano cellulare, da un altro soggetto, altrettanto unico: il gemello⁴.

Si potrebbe pure, forse, considerare l'auto-determinazione come una *species* del più ampio *genus* della libertà, un particolare tipo

⁴ Nell'embriologia, infatti, si parla di un *auto-differenziamento*, spontaneo o indipendente, che (contrapponendosi a un differenziamento correlativo o dipendente) si realizza durante lo sviluppo dell'embrione, il quale – potendo dar vita a un individuo o a una coppia di gemelli o... anche a più soggetti – inizialmente nemmeno ha individualità/unicità, la quale emerge solo a partire da un certo momento, quando appunto esso si auto-differenzia o auto-determina, per azione di fattori intrinseci alle singole cellule o ai singoli abbozzi di organi. Cfr., fra i molti, E.G. Conklin, *Cellular Differentiation*, in *General Cytology* (a cura di E. Conwdry), Chicago, 1924.

di libertà: più assertiva e auto-referenziale, cui comunque si deve immaginare sia connessa una «responsabilità». Da un punto di vista strettamente giuridico-costituzionale, infatti, è difficile immaginare un potere, anche solo rivolto a (o su) *se stessi*, che in ogni caso non comporti una qualche forma di responsabilità verso gli *altri*.

In breve, non è chiaro se *libertà* e *auto-determinazione* siano – per la sottile differenza di sfumatura psicologica indicata – termini solo affini/simili o se invece se ne possa parlare come di due veri e propri sinonimi.

Tuttavia, per comodità espositiva, useremo i due termini filosofico-politico-giuridici ricordati come sinonimi e, per mera convenzione, come tali saranno qui presi in esame.

3. I diversi volti dell'auto-determinazione in generale: a) dei popoli, sotto forma di a₁) rivendicazione interna [auto-governo] e a₂) esterna [identità nazionale]...

Oltre alla questione terminologica prima ricordata, va sottolineata una certa genericità nell'uso del principio in esame, che a ben vedere finisce col ricomprendere fenomeni fra loro profondamente diversi. Come si accennava, esistono diverse forme, o volti, del principio di auto-determinazione: in particolare due collettive ed una individuale.

Un piccolo schema generale può aiutare a comprendere l'articolazione del principio di auto-determinazione e lo svolgimento che si intende dare a questo breve studio (fig. 1).

Mettendo da parte, per ora, le forme di auto-determinazione «individuale» (cfr. §§ 5 e 6), sono «collettive» l'auto-determinazione dei popoli e delle formazioni sociali: potremmo parlare, in entrambi i casi, di forme di *resistenza contro lo Stato*.

Nel primo – a) auto-determinazione dei popoli – si tratta di una resistenza all'*oppressione* che uno Stato esercita nei confronti di una parte dei suoi cittadini la quale, per ragioni culturali (etniche, religiose, linguistiche, ecc.) si reputa, appunto, ingiustamente privata/dimidiata della sua identità e libertà. Si parla qui, oltre che di auto-determinazione, anche di auto-decisione dei popoli: a₁) *interna*, come diritto a scegliere liberamente il proprio governo, e a₂) *esterna*, come diritto all'indipendenza nazionale. È evidente, quindi, la diversa portata e pregnanza del principio, in un senso



FIG. 1

come rivendicazione *ab intra* di «democrazia», o auto-governo, e nell'altro come affermazione *ad extra* di un'«identità nazionale»⁵.

A parere di chi scrive, quelle descritte sono forse le ipotesi etimologicamente più corrette dell'uso del termine auto-determinazione.

4. segue: **b) delle formazioni sociali: libertà dallo Stato...**

Nel secondo caso, sempre collettivo – *b)* auto-determinazione delle formazioni sociali – si ha una resistenza non tanto all'oppressione (tipica storicamente degli Stati autoritari/totalitari), quanto alla sola *invadenza* che lo Stato manifesta per la vita «interna» delle c.d. società intermedie «ove si svolge», dice l'art. 2 della Costituzione italiana, «la personalità» del singolo⁶. Non è un caso

⁵ In questa seconda e più diffusa accezione, com'è noto, il diritto all'auto-determinazione dei *popoli*, sostenuto da molti (da Lenin a Mandela), ha avuto un suo particolare rilievo in senso anti-colonialistico, talora in contrasto dialettico con il principio di integrità territoriale degli Stati. Cfr.: la Carta atlantica (14 agosto 1941); la Carta delle Nazioni Unite (26 giugno 1945; art. 1, par. 2 e 55); la Dichiarazione dell'Assemblea generale sull'indipendenza dei popoli coloniali (1960); i Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (1966); la Dichiarazione di principi sulle relazioni amichevoli tra Stati (ONU 1970), ecc.

⁶ Com'è noto la formula «pieno sviluppo della persona umana» – che nella Costituzione italiana è presente nell'art. 3, II c. – si trova anche nella Costituzione spagnola, il cui art. 10 parla di «libero sviluppo (*desarrollo*) della personalità», seppure opportunamente collegandolo, fra l'altro, ai «diritti altrui». Termini e concetti analoghi sono in altre Costituzioni contemporanee. Per esempio anche nella *Grundgesetz* della

che il costituente italiano (in particolare A. Moro) abbia immaginato una società molto pluralistica e articolata, in cui l'individuo non è una monade isolata, ma – in quanto persona – si relaziona *progressivamente* secondo diversi livelli di socialità: dalla famiglia, alla sede di culto, al sindacato, al partito, alle altre associazioni, ecc.⁷. E tale personalità naturalmente va presa in esame, se e quando possibile, in tutta la sua *evoluzione* naturale: dal neonato, al bambino, all'adulto, fino all'anziano. Ci limitiamo all'arco che va dalla nascita alla morte perché, purtroppo ed emblematicamente, ciò che accade *prima* della nascita (blastocisti, embrione, feto...) e *dopo* la morte («diritti» del *de cuius*, rispetto per il cadavere, culto dei morti e speranza religiosa...) – pur essendo di grande rilievo per la vita quotidiana dei consociati e non essendo del tutto ignorato dal diritto – costituisce, in termini scientifici, un campo oltremodo controverso e, per questo, sostanzialmente trascurato negli ordinamenti giuridici⁸.

RFT, il cui art. 2, come si sa, recita: «Ognuno ha diritto al libero sviluppo (*Entfaltung*) della propria personalità», sia pure «in quanto non violi i diritti degli altri...ecc.». Sul punto cfr. P. Rescigno (*La persona, autodeterminazione e sviluppo*, in Aa.Vv., *Valori e principi del regime repubblicano*, 2. *Diritti e libertà*, a cura di S. Labriola, Roma-Bari, 2006, pp. 4 s.), che però esamina poi il concetto di auto-determinazione in prevalenza sotto il profilo dell'«autonomia privata» o «autonomia negoziale dei privati».

⁷ Ciò emerge chiaramente dai lavori dell'Assemblea Costituente e in particolare, appunto, dall'intervento dell'on. A. Moro, che non a torto immaginò una particolare articolazione del testo costituzionale: «Si potrebbe dare alla Costituzione un profilo di piramide rovesciata, secondo il criterio della *socialità progressiva*» (mio il c.vo), quindi dalla famiglia – prima società intermedia – ai sindacati e ai partiti, espressione di una socialità «allargata». Utili cenni, in merito, già in E. Cheli, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, spec. pp. 32 ss. Sul fatto che tale approccio coincidesse largamente con l'impostazione/concezione cattolica della società – oltre ai classici scritti di U. De Siervo sui costituenti cattolici – cfr., fra gli altri, P. Pombeni, *La Costituente*, Bologna, 1995, *passim*. Ve n'è una chiara traccia pure in G. Dossetti, «Non abbiate paura dello Stato!». *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno. La relazione del 1951: testo e contesto*, a cura di E. Balboni, Milano, 2014, *passim*, ove ricorre più volte l'idea di una «finalizzazione» dell'organizzazione statale alla realizzazione della persona. Su quest'ultimo concetto, v. spec. F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999.

⁸ È un po' come se si dicesse che, siccome le dimensioni affettiva e spirituale non sono direttamente percepibili dalle scienze naturalistiche, esse non meritino nemmeno l'attenzione delle scienze sociali, e quindi anche del diritto, il quale – angustamente ma comprensibilmente – atterrebbe alle sole relazioni *visibili* fra i soggetti (tu e tu). Le difficoltà emergono a maggior ragione di fronte a relazioni di tipo mistico-religioso, dichiaratamente *invisibili* (tu e Tu), che gli ordinamenti costituzionali astrattamente proteggono – sotto forma di *libertà* religiosa, più che di *auto-determinazione* (per quanto talvolta l'una sia inscindibile dall'altra) – ma non sono in grado di distinguere sempre e nettamente da forme patologiche, ossia di alienazione psicologica. È evidente che, alla base di questa diffusa (e comprensibile) impostazione delle scienze sociali, e segnatamente del diritto, sta la difficoltà a definire «cosa» c'è prima e dopo la

Ad ogni modo, il riconoscimento della libertà *dallo Stato* delle formazioni sociali, o enti intermedi, è condizione indispensabile affinché l'ordinamento giuridico possa essere considerato autenticamente democratico. Ciò significa che lo Stato fa, per così dire, un «passo indietro» di fronte alle formazioni sociali; ossia che spesso appunto si limita a «riconoscere» le formazioni sociali, almeno quando a lui preesistono: si pensi, nella Costituzione italiana – per tacere del ricordato art. 2 – specialmente agli artt. 5 (enti locali), 6 (minoranze linguistiche), 7-8 (confessioni religiose) e 29 (famiglia). Com'è noto, invece, lo Stato autoritario, e ancor più lo Stato totalitario, non valorizzano – o peggio ostacolano – il pluralismo delle formazioni sociali, la cui libertà (se si preferisce: auto-determinazione) mette pericolosamente in discussione la pretesa di dominio illiberale, invadente, oppressivo dello Stato *all'interno* di tali enti intermedi.

A ben vedere, il riconoscimento del pluralismo e della libertà delle formazioni «sociali» non è altro che una forma *indiretta* del riconoscimento delle libertà «individuali». Le formazioni sociali sono, infatti, il primo luogo dove si protegge – o, purtroppo, come fra poco si dirà nel § 6, dove si soffoca – la libertà individuale.

Naturalmente il fatto che le formazioni sociali siano libere *dallo Stato* – e quindi possano darsi *autonome* regole «interne» – non significa che esse non debbano «rispettare» lo Stato, il quale invece mantiene ed esercita in esclusiva la forza, ossia – direbbe

morte. Posto che in questo terreno sconosciuto (*prima e dopo*) non si possa discutere dell'uomo come di una «persona» in senso stretto, concetto che presuppone un minimo di relazionalità cosciente, personalmente preferiamo parlare, anche in questi casi, di «soggetto» e non, con vaga terminologia, di un semplice «centro di imputazione di interessi». Quasi inutile sottolineare che anche su tali sottili differenziazioni si basi, per esempio, la differenza fra i termini «diritto soggettivo» e «aspettativa». Su quest'ultimo concetto cfr. A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in Id., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978, spec. pp. 302 ss. Dello stesso A., v. pure sulla soggettività, *Capacità*, in *Voci*, cit., pp. 87 ss. Sul rapporto fra scienza e diritto, fra i molti, ci piace segnalare G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008 e sull'inizio- e fine-vita, fra tanti, ora i due volumi di S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, Milano, 2012. In genere, per alcune prime notazioni nella materia indicata – e segnatamente per una ricostruzione *gradualistica* delle situazioni giuridiche soggettive, cui si accennerà più avanti nel § 9 – cfr. A. Spadaro, *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1, 2005, pp. 71 ss. Approfondimenti e aggiornamenti, infine, nel mio *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, in <http://www.forumcostituzionale.it> (3 maggio 2012), nonché in *Quad. cost.* n. 2, 2012, pp. 438 ss. e, in Spagna, come *La sentencia Brüstle sobre los embriones: muchos méritos y... otros tantos defectos*, in *Revista «Estudios de Deusto»*, fasc. 128, Enero-Junio 2012, pp. 367 ss.

Weber – il «dominio della violenza legittima». In particolare, tale forza è spiegata contro le formazioni sociali anti-giuridiche e/o eversive: si pensi, nell'ordinamento italiano, alle associazioni a delinquere, segrete e terroristiche (art. 18 Cost.). Con quest'ultima precisazione, effettivamente si può parlare anche di un'auto-determinazione delle formazioni sociali.

5. segue: c) del singolo, sotto forma di c₁) sempre libertà dallo Stato. L'inesauribilità delle forme di auto-determinazione individuale e il nesso fra sussidiarietà e auto-determinazione. La valutazione della Corte EDU come «controllo di ragionevolezza di II grado»

Il campo potenzialmente più esteso di esercizio delle forme di auto-determinazione individuale è quello rivolto contro l'organizzazione pubblica della società; se si vuole, contro lo Stato in senso lato.

In questo caso, il *singolo* – quale che sia il suo *status*: semplice uomo/donna, iscritto/a nelle liste elettorali dei Comuni di uno Stato (cittadino), o di più Stati (*doppia* cittadinanza), e/o titolare di situazioni giuridiche attive supernazionali (c.d. cittadinanza *duale* dell'UE) – «desidera» che i diversi soggetti/enti collettivi pubblici meso- e macro-sociali in cui si esplica la sua personalità (Stato o Stati, organizzazioni sovra-, trans- o internazionali, o persino istituzioni infra-nazionali, per esempio Regioni, ma comunque pubbliche) *non invadano* la sua vita, ossia che in pratica non attentino alle sue libertà individuali con disposizioni e regolamentazioni che risulterebbero, a suo giudizio, *oppressive*.

Com'è facile comprendere, si tratta di un terreno senza confini, praticamente immenso, perché sostanzialmente immense – anzi inesauribili – sono le potenziali istanze di libertà di cui il singolo, dunque ciascun soggetto, si fa portavoce e di cui si ritiene, a torto o a ragione, portatore. Non è un caso che non sia mai cessata la produzione di Carte delle dichiarazioni dei diritti (della donna, del fanciullo, dell'anziano, del profugo, dell'embrione, ecc.)⁹.

⁹ Già molti anni addietro abbiamo sottolineato l'impossibilità a contenere in uno o più cataloghi i diritti dell'uomo perché essi esprimono inevitabili esigenze perennemente *in fieri*, in *Il problema del «fondamento» dei diritti «fondamentali»*, in *Dir. e soc.*, n. 3,

A causa della naturale evoluzione della società, che porta con sé sempre nuove e imprevedibili *istanze soggettive* da soddisfare, ovviamente non è possibile produrre un elenco definitivo di quelle che forse sarebbe meglio definire, più umilmente e realisticamente, «pretese» di auto-determinazione individuale. Soltanto per dare l'idea della ricchezza, complessità e sostanziale inesauribilità di tali «istanze» – quindi senza ovviamente alcuna pretesa di completezza – di seguito si riporta un primo, approssimativo elenco (n.b.: non di fantasia, ma in larga parte deducibile dalla ricchissima giurisprudenza sull'art. 8 CEDU), nella piena consapevolezza che si tratti di un mero florilegio:

- diritto alla vita (no torture, trattamenti disumani)
- diritto a non nascere (?)
- discriminazioni (divieto)
- vita privata
- vita familiare (rapporto di parentela e affettività)
- domicilio (facoltà di isolamento e di visita)
- spazio privato circostante la persona
- immissioni/inquinamento (rumori, emissioni, odori...)
- residenza
- corrispondenza e comunicazione (pacchi, lettere, telefono, sms, telefax, mail, radio privata su frequenze non pubbliche...)
- espressione (manifestazione del pensiero)
- intimità personale (e interpersonale)
- facoltà di restare «soli con sé stessi»
- riservatezza (da bilanciare, per esempio, con il diritto di cronaca)
- identità personale
- nome e cognome familiare (per sé e per i propri figli, eventualmente in base al diritto di un altro Stato)
 - sepoltura dei congiunti
 - immagine (diritto subordinato alla natura pubblica e/o politica del soggetto ripreso/fotografato, ecc.)
- onore e reputazione (tutelati dall'art. 8 CEDU in sede civilistica, non penalistica)
- protezione dei dati personali (anagrafici, sull'infanzia, professionali, di salute, digitali, sonori, biologici)
- identità e relazioni sociali
- vita familiare (eterosessuale, omosessuale e tra *partners* che cambiano sesso)
- matrimonio (monogamico, poligamico, transessuale)
- filiazione legittima, naturale, adottiva (persone non riconosciute, orfani)
- relazioni padri/madri e figli (da minori e da adulti)
- rapporti patrimoniali, mantenimento, successioni
- residenza dello straniero integrato, indipendentemente dalla rottura dell'unità familiare
- migranti (diritti, ricongiungimento e tutela dell'unità familiare)
- libera scelta delle attività professionali/commerciali

1991, pp. 453 ss. Sulla dimensione amplissima, incontenibile – cosmopolitica e internazionale – dei diritti umani, per tutti, cfr. ora: A. Pisanò, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Milano, 2011, di cui v. pure *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012.

- integrità psicofisica (violenza sessuale, detenzione, perquisizione, intercettazione, ecc.)
- conoscenza delle proprie origini
- procreazione medicalmente assistita
- interruzione della gravidanza
- sottoposizione a trattamenti sanitari
- salute: spec. consenso informato
- eutanasia, suicidio assistito, testamento biologico, DAT
- attività e identità sessuale, identificazione socio-sessuale (*gender identification*)
- orientamento sessuale e transsexualismo
- facoltà di auto-mutilazione
- proprietà privata
- equo processo
- diritto all'oblio (come assenza/cancellazione di dati di qualsiasi tipo sulla propria persona) e, all'opposto, diritto ad essere ricordati (eredità digitale)¹⁰
- ecc.

Per ognuna delle situazioni indicate – in cui è ravvisato, o ravvisabile, un intervento negativo, dunque un'*ingerenza* illegittima, dello Stato (o di altro soggetto analogo) – esiste, com'è noto, una giurisprudenza variegata e talora contrastante, sia CEDU che nazionale, che dà vita a un ricchissimo e complesso intrico di classica *casistica giuridica* su cui, volendo, è possibile uno studio dettagliato che – non esitiamo a dire – per l'ampiezza dei temi toccati dal principio di auto-determinazione, in teoria può richiedere anche «anni di ricerca»: si pensi solo ai diritti dell'ateo, segnatamente in ordine alla problematica dei simboli religiosi¹¹, o all'auto-determinazione del detenuto¹².

Di fronte alla miriade di situazioni giuridiche soggettive potenzialmente rilevanti, tentare una sintesi è dunque, almeno per chi scrive, impossibile.

La complessità può dedursi, per esempio, dal fatto che quel che in un caso è «dovere di non ingerenza» dello Stato nella vita privata, in un altro caso si trasforma invece in «dovere di inter-

¹⁰ Cfr., fra gli altri: M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; Aa.Vv., *Il caso del diritto all'oblio*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2013; T.E. Frosini, *diritto all'oblio e internet*, in *federalismi.it*, n. 12, 2014 (11.6.2014).

¹¹ In questo specifico contesto – ma è uno degli innumerevoli esempi che si possono fare, anche se tra i più discussi – rilevante è la questione del crocefisso nelle aule scolastiche: v'è, o no, una lesione dell'auto-determinazione individuale dell'ateo? Sul punto, fra moltissimi, cfr. L.P. Vanoni, *Laicità e libertà di educazione. Il crocefisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano, 2013 e, se si vuole, il mio *La sentenza «Lautsi» sul Crocefisso: summum jus summa iniuria? (Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo. Sentenza 3 novembre 2009, Affaire Lautsi c. Italie, ric. 3014/06)*, in *Dir. pubbl. comp. e comun.*, I, 2010, pp. 198 ss. (ma anche in Aa.Vv., *Studi in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011, pp. 629-657).

¹² Cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

vento» dello Stato, sempre nella vita privata. Quest'«ambivalenza» accomuna, o meglio avvicina, il principio di *auto-determinazione* a quello di *sussidiarietà*, non a torto considerato un «Giano bifronte», sia in senso verticale che orizzontale. Infatti, il principio di sussidiarietà ora è espressione di un *dovere di non ingerenza* dell'ente maggiore (o del pubblico) nei confronti dell'ente minore (o del privato), ora invece – esattamente al contrario – è inteso, come si diceva, quale *dovere di intervento/ingerenza*, sia pure solidale, a favore dell'ente minore (o del privato). Del resto – e ciò conferma l'esistenza di un nesso stretto fra i due principi – ciò che è in grado di fare il *singolo* da solo, auto-determinandosi, non lo deve fare il *collettivo* (pubblico o anche formazione sociale privata), chiamato a intervenire/ingerirsi soltanto quando il singolo è incapace o carente. Il tratto di somiglianza fra «sussidiarietà» e «auto-determinazione» sta nel fatto che l'intervento *sussidiario* è sempre a favore e nell'interesse del soggetto debole, la cui auto-determinazione non è quindi lesa dall'azione sostitutiva, mentre l'*ingerenza* dello Stato (o del pubblico) è sempre una lesione illegittima della libertà dell'ente minore (o privata).

Del resto, una lettura corretta, quindi costituzionale e non massimalista, del *diritto* di «auto-determinazione individuale» vuole appunto che esso sia accompagnato, specularmente, dalla possibilità di intervento e «limitazione» da parte dello Stato. Le difficoltà stanno tutte nel trovare un buon *equilibrio* fra le due opposte esigenze.

Accanto alla sussidiarietà, opera il principio di *proporzionalità*: per essere sussidiario e non illegittimo (ingerenza), l'intervento dello Stato volto a limitare l'auto-determinazione individuale deve essere – oltre che necessario e democratico (art. 8.2 CEDU) – «proporzionale» alla finalità perseguita. Ma, in fondo, la proporzionalità è solo un aspetto della ragionevolezza, sicché, in conclusione, le limitazioni dell'auto-determinazione sono legittime, e non forme di ingerenza, solo se... *ragionevoli* (con tutta la densità filosofica e problematicità tecnico-giuridica che questo aggettivo porta con sé).

Soprattutto bisogna riconoscere la necessità di operare sempre un *bilanciamento* ragionevole fra i tre grandi gruppi di interessi di cui parla l'art. 8 CEDU: *a) dello Stato* (sicurezza e difesa nazionali, integrità territoriale, pubblica sicurezza, ordine pubblico, riservatezza di determinate informazioni); *b) del corpo sociale* (benessere economico del Paese, prevenzione della criminalità,

protezione della morale e salute pubblica); c) *dei privati* (libertà, diritti e reputazione dei terzi)¹³.

E naturalmente tale operazione di bilanciamento dà vita, di volta in volta, ad esiti molto diversi, soprattutto se la legittimità o illegittimità della (presunta) «interferenza» o «ingerenza» è fondata sui c.d. *margini di apprezzamento nazionali*¹⁴.

Insisto nel segnalare che la Corte EDU non si limita a controllare la correttezza formale-procedurale, ma la proporzionalità-ragionevolezza dell'intervento statale limitativo dell'auto-determinazione individuale. Naturalmente, più ampio è il «margine di apprezzamento nazionale», più debole è il controllo della Corte EDU (nella fattispecie sarà di «non manifesta irragionevolezza»). Così pure, se l'esistenza di un «denominatore comune» negli ordinamenti dei Paesi membri della CEDU – secondo un criterio che potrebbe essere definito di *comparazione*¹⁵ – aumenta il «margine» di valutazione della Corte, tanti altri fattori rafforzano invece il c.d. «margine» di apprezzamento nazionale: misure fiscali, economico-sociali, di protezione della morale, la sicurezza nazionale, anche in funzione anti-terroristica, il supremo interesse del minore, ecc.

In merito al sindacato della Corte EDU, potrebbe parlarsi di un controllo «internazionale» *di ragionevolezza sulla ...ragionevolezza*

¹³ Questa condivisibile tripartizione è fatta da C. Pitea, L. Tomasi, *Art. 8*, in Aa.Vv., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 306.

¹⁴ Sul punto, fra i molti, v. già, F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, e L. Olivieri, *La dottrina del margine di apprezzamento tra sindacato giurisdizionale e giustizia politica*, entrambi in Aa.Vv., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Torino, 2003, rispettivamente pp. 65 ss. e 413 ss.; I.A. Anrò, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Aa.Vv., *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionali*, a cura di A. Odennino, E. Ruozi, A. Viterbo, F. Costamagna, L. Mola, L. Poli, Napoli, 2010, pp. 7 ss.

¹⁵ Fra gli altri, cfr.: Aa.Vv., *Corti nazionali e comparazione giuridica*, a cura di G.F. Ferrari, A. Gambaro, Napoli, 2006; G. DE Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2011, 199 ss.; C. Pinelli, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2011, pp. 495 ss.; G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, spec. pp. 115 ss.; A. Lollini, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi «forte» e «debole» a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2012, pp. 603 ss.; A. Pin, *Perché le Corti comparano?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. IV, 2012, pp. 1429 ss.

«nazionale» delle limitazioni dell'auto-determinazione individuale. Si tratta, in questo senso, di un controllo di ragionevolezza di II livello o II grado tanto più difficile, discrezionale e discutibile quanto più incerta/vaga è la cornice assiologica fornita dalla CEDU e quanto più diversificata/disomogenea è la connessa giurisprudenza legata alle peculiarità nazionali. Molto sinteticamente – e visti i ricordati tre grandi gruppi di interessi costantemente in gioco – per la Corte EDU si potrebbe parlare, in conclusione, di un *controllo di ragionevolezza... sulla ragionevolezza, comparato e con bilanciamento trilaterale (esigenze di Stato, morale pubblica, istanze individuali)*.

Su questo concreto ma arduo terreno – mi riferisco all'analisi dell'immensa casistica offerta dalla giurisprudenza CEDU (e non solo) sull'auto-determinazione del singolo o, per converso, sul potere di ingerenza dello Stato – penso senza presunzione che l'*incertezza* del diritto sia la regola e la *certezza* del diritto sia invece l'eccezione. L'accennata inversione fra regola ed eccezione è percepita meno nei sistemi giuridici di *common law*, le cui società sembrano più pronte a recepire soluzioni giurisprudenziali diverse «caso per caso» ed è colta, invece, in tutta la sua portata per dir così eversiva soprattutto nella tradizionale prospettiva dei Paesi di *civil law*, che hanno l'inguaribile pretesa di creare un ordine sistematico-deduttivo (se non addirittura deontologico-universale) del diritto. Insomma, in materia di auto-determinazione sembra piuttosto che le *differenze* (fra ordinamenti nazionali, giurisprudenze e normazioni sovranazionali) siano un fattore caratteristico, se non prevalente.

In tal senso, l'esempio forse più classico nell'applicazione pratica del principio di «diritto all'auto-determinazione» individuale è quello, già segnalato, che permette in Spagna il *matrimonio gay*, mentre la normazione costituzionale (che non è considerata alla stregua di un «potere di ingerenza» dello Stato) sembra escluderlo in Italia, dove pure è permessa invece, anzi auspicata, una disciplina delle unioni civili, anche omosessuali (sent. cost. n. 138/2010): si tratta ovviamente – fermo restando il comune divieto di discriminazione *per tendenza sessuale*, derivante dalla CEDU, ma anche dalla Carta di Nizza – di due modi molto diversi di intendere l'auto-determinazione in materia.

Insomma, le formali e astratte pretese di universalità che il principio di *auto-determinazione* porta con sé non possono essere

soddisfatte attraverso la sua semplice e generica enunciazione/proclamazione, nonostante il termine usato – come si segnalava all’inizio (cfr. § 2) – lasci trasparire, almeno in termini di psicologia politica, un volontarismo decisionista, tanto politicamente corretto quanto forse presuntuoso.

La verità, come presto si preciserà, è che il non trascurabile spazio lasciato alle peculiari tradizioni costituzionali dei Paesi europei (il c.d. *marginè di apprezzamento* nazionale) discende dal fatto – come già si accennava nel § 1 – che la comune «macro-ideologia» che chiamiamo *costituzionalismo* è «solo fino a un certo punto» un’importante base assiologica comune. Come presto vedremo (cfr. § 7), il costituzionalismo non è semplicemente e intrinsecamente pluralista e tollerante, ma – a ben vedere – presenta almeno due anime di fondo molto diverse, che inevitabilmente danno poi vita a soluzioni pratico-giuridiche diverse.

6. segue: c₂) libertà dalle stesse formazioni sociali. L’auto-determinazione individuale all’interno delle formazioni sociali: sindacati, partiti, culti religiosi, famiglia, ecc.

Veniamo infine al terzo caso di auto-determinazione, in senso strettamente *individuale*. Esso va inteso in tutta la sua portata. Dunque, non solo come forma di resistenza c₁) all’invadenza dello Stato, ma anche come forma di resistenza c₂) all’invadenza delle stesse formazioni sociali.

Dei rischi di invadenza dello Stato qualcosa s’è detto nel § precedente. Qualche rigo va dedicato, ora, alle ipotesi di invadenza da parte delle stesse formazioni sociali.

Infatti, è vero, come abbiamo ricordato, che l’ordinamento costituzionale italiano immagina una società molto pluralistica e articolata, in cui il ruolo degli enti intermedi o formazioni sociali è decisivo per lo stesso principio di uguaglianza e per «il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, II c.), al punto che anche per questo – nel caso italiano – si può parlare di un ordinamento costituzionale liberaldemocratico e «personalista».

Ma proprio tale rapporto (fra formazione sociale e singolo) non sempre è felice e sereno, come pure è auspicabile e, in fondo, auspicato dal costituente. Purtroppo anche le formazioni sociali o enti intermedi – dove pure, in teoria, l’individuo viene protetto

dall'*invadenza dello Stato* (cfr. § 4) – invece, e in pratica, talvolta possano costituire, paradossalmente esse stesse, una «gabbia», ossia un ostacolo alla libertà (o auto-determinazione) in questo caso dell'individuo. Quante volte un sindacato, un partito, un culto religioso, una famiglia si rivelano non luoghi di formazione e apertura, dunque di libera socializzazione, ma contesti angusti, opprimenti, soffocanti, in cui il singolo viene schiacciato?

– Sindacati e partiti.

Che la libertà e l'auto-determinazione individuale siano spesso fortemente messi in discussione all'interno di organizzazioni *sindacali* e *partitiche* è indubbio. Ma, a ben vedere, i diritti del singolo, e prim'ancora delle minoranze, sono protetti essenzialmente dall'autentica natura «democratica» – in sede nazionale e locale – di queste organizzazioni, natura del resto richiesta dagli artt. 39 e 49 della Cost. it. A nostro avviso, un intervento limitativo statale è *legittimo* soprattutto, se non solo, su questo specifico terreno (natura democratica dell'ente e delle procedure in esso adottate), mentre è più facile che venga valutato come indebita *ingerenza* in ogni altro caso e sotto ogni altro aspetto.

– Culti religiosi.

Nel caso delle formazioni sociali, od enti intermedi, di natura religiosa – i c.d. culti – è ben più difficile stabilire quando l'intervento dello Stato leda il principio di auto-determinazione individuale e quando, invece ed esattamente al contrario, lo protegga dalla natura oppressiva e illiberale del culto. Siamo su un terreno molto scivoloso, perché si toccano aspetti delicatissimi legati alla libertà di coscienza del singolo. Qualche esempio può essere indicativo della drammaticità esistenziale, e complessità giuridica, del tema: possono i rappresentanti di un culto (presbiteri) fare propaganda astensionistica dal pulpito, invitando i fedeli a non andare a votare a un referendum abrogativo di una legge dello Stato, con ciò favorendo l'annullamento della votazione [il caso si è verificato in Italia per la legge n. 40/2004 sulla fecondazione assistita]? In pratica: dove deve finire l'auto-determinazione della formazione sociale, e dei suoi rappresentanti, rispetto alla normazione statale e dove incomincia, e va protetta, invece l'auto-determinazione del singolo individuo rispetto alla formazione sociale¹⁶? Può un figlio

¹⁶ Mi sono occupato del caso – che, a parer mio, è una forma di *ingerenza* illegittima di organi della Chiesa cattolica nei confronti dello Stato italiano: cfr. art. 98

accusare il proprio padre di essere stato «plagiato» in quanto, aderendo a una setta religiosa, ha ceduto ad essa tutti i suoi beni, abbandonando la famiglia [in pratica: il padre, in questo caso, ha un diritto all'auto-determinazione? E, se può, fino a che punto]? Può una madre chiedere una perizia psichiatrica per la propria figlia – maggiorenne, ricca, giovane e bella – che, dopo un percorso vocazionale, sceglie di farsi suora di clausura, rinunciando a tutto, ritenendo che sia stata indebitamente suggestionata da un prete [in pratica: quando le misure di accertamento/controllo predisposte dall'ordinamento oltrepassano il limite dell'ingerenza di fronte alla manifestazione di auto-determinazione religiosa della persona]? Così pure, è causa legittima di divorzio quella avanzata da una moglie contro il marito perché questi improvvisamente ha cambiato completamente la sua vita avendo aderito a una setta religiosa, per esempio a *Scientology*, con ciò determinando effetti negativi sulla sua vita coniugale [in pratica: dove finisce l'auto-determinazione (coniugale) della moglie e incomincia quella (religiosa) del marito]? Insomma, anche i pochi esempi fatti – per altro, e purtroppo, non di fantasia – confermano che la tutela della libertà individuale *all'interno* di tali particolari formazioni sociali (religiose) è tanto difficile quanto necessaria, proprio per la natura specialissima di tali enti intermedi, che in teoria dovrebbero garantire, proteggere e favorire la libertà di coscienza, ma che in pratica possono invece attentare, talora in forma subdola, ad essa. Come monitorare/controllare un dato così riservato e sensibile come la libertà di coscienza? Va detto che molti problemi discendono dal fatto che, in Italia, non abbiamo ancora una legge che definisca esattamente cosa si debba intendere per «religione» e culto religioso, distinguendo così gli stessi da altri fenomeni e manifestazioni associative, quali «sette» e varie forme di superstizione. A mio parere è su questo terreno – definizione del fenomeno religioso adeguata: dunque costituzionalmente compatibile – che occorre intervenire.

– Famiglia.

Quanto alla famiglia, tutti i classici diritti di libertà individuali (diritto di riunione e di associazione, libertà religiosa, rifiuto di trattamenti sanitari, diritti/doveri di natura sessuale, riservatezza,

del D.P.R. n. 361 del 1957 in materia di astensione elettorale – in *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici «religiose» dello Stato «laico»)*, Torino 2008, pp. 82 ss.

ecc.) sono protetti non solo in essa, ma anche – n.b. – *da essa*¹⁷. Potrebbe anzi dirsi che la differenza fra la *famiglia*, istituzione costituzionalmente protetta, e il *familismo*, degenerazione amorale della famiglia¹⁸, risieda essenzialmente nel fatto che solo la prima – in teoria – garantisce, protegge e favorisce l’auto-determinazione del singolo, mentre il secondo schiaccia l’individuo in un’angusta rete di relazioni chiuse e/o tribali che menomano la libertà individuale, e quindi l’auto-determinazione, dei suoi membri: moglie, marito, figli, altri conviventi (minori o anziani). Tutti questi soggetti potenzialmente subiscono forti lesioni della propria libertà e in particolare della *privacy*. Anche in questo caso gli esempi possono essere molti: se sono legittime alcune forme di limitazione genitoriale dell’auto-determinazione dei figli minorenni (dalla mancata concessione della «paghetta» settimanale al divieto di uscire per motivate ragioni), residuano invece innumerevoli forme e modi di lesione dell’auto-determinazione individuale all’interno della formazione sociale famiglia: si pensi al minore omosessuale costretto dal genitore a negare/rifiutare/occultare la propria attitudine/tendenza sessuale¹⁹; al coniuge che costringe l’altro, in virtù del vincolo di *coniugio*, a fornire prestazioni sessuali non desiderate o, esattamente all’opposto, che non ottempera ai suoi doveri coniugali (entrambe forme improprie/illegittime di auto-determinazione)²⁰; alla lettura della posta elettronica personale o

¹⁷ Per una riflessione sulle principali problematiche attuali della famiglia, per tutti e fra i moltissimi, cfr.: G. Scognamiglio, *Famiglia (stato di)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, pp. 217 ss.; L. Franco, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Napoli, 2012; E. Lucchini Guastalla, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. Dir.*, Ann. VI, Milano, 2013, pp. 77 ss. e, ora, S. Sileoni, *L’autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2014, pp. 605 ss. Per un’interessante disamina storico-sociologica dell’idea di famiglia in cinque Paesi (Russia/Unione sovietica, Impero ottomano/Turchia, Germania, Italia, Spagna), cfr. ora P. Ginsborg, *Famiglia Novecento*, Torino, 2013.

¹⁸ La primogenitura del termine si deve a E.C. Banfield, *The Moral Basis of a Backward Society* (1958), trad. it. come *Le basi morali di una società arretrata*, Bologna, 1976. Per un’applicazione recente del concetto: A. Rauti, A. Spadaro, *Senso dello Stato, familismo amorale e ‘ndrangheta: il problema dell’inquinamento criminale della partecipazione politica in Calabria*, in <http://federalismi.it> (n. 2 del 26-01-2011), ma anche in Aa.Vv., *Vincere la ‘ndrangheta*, a cura di C. La Camera, Roma, 2011, pp. 241-328.

¹⁹ Da ultimo, sul punto, cfr. A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, 2013 e F. Mannella, *I «diritti» delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, 2013.

²⁰ Su questa e altre problematiche connesse, cfr. più in generale – fra i molti – P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007 e U. Breccia, A. Pizzorusso, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. Romboli, Pisa, 2007.

degli sms telefonici da parte del coniuge, o del diario della figlia da parte del padre, o della vecchia corrispondenza del nonno; all'impedimento ad uscire dell'anziano costipato; alla pressione fisico-psicologica di un coniuge sull'altro in ordine ai propri gusti ed amicizie (fino allo *stalking* infra-familiare), ecc. Basti pensare che le forme di maggiore violenza, specialmente contro le donne e i bambini, sono tutte interne alle mura domestiche. La cosa peggiore è che tali gravi forme di menomazione della libertà sono spesso subdole, perché paradossalmente occultate dietro meccanismi e relazioni volte all'apparente tutela/protezione proprio della parte lesa. In tutte queste, e in tantissime altre, situazioni sembra che la libertà (auto-determinazione) sia messa radicalmente in gioco e solo la concreta giurisprudenza, diversa caso per caso, potrà dirci come effettivamente stanno le cose.

In conclusione, di auto-determinazione individuale si deve dunque parlare anche *all'interno* delle formazioni sociali, non solo quelle qui indicate, ma in ogni altra formazione a maggior ragione se di rilevanza costituzionale. Si pensi ancora, per esempio, alla libertà del docente dentro una scuola o un'università orientata confessionalmente. La questione è ben nota e non serve qui dilungarci, ma i casi F. Cordero e L. Lombardi Vallauri in Italia sono assai emblematici e significativi del suo carattere solo parzialmente risolto²¹. Come prevedibile, su questo terreno sarà ancora soprattutto la giurisprudenza, al solito *caso per caso*, a dirimere conflitti delicati e controversi.

7. Rapporto naturalmente dialettico – e in qualche caso tensione irriducibile – fra le due anime fondamentali del costituzionalismo contemporaneo: «eterocentrico-altruistica» e «individualistico-libertaria»

Come s'è detto – e com'è noto – la «macro-ideologia» del *costituzionalismo* presenta al suo interno più filoni, più volti, più antropologie. Qui si pone l'accento solo su «due» di questi

²¹ Emblematico il fatto che – per esempio nel caso di Lombardi Vallauri – proprio la Corte EDU (sent. del 20 ottobre 2009) abbia ritenuto il relativo contenzioso giudiziario viziato da lesione dei diritti alla *libertà di espressione* (provvedimento adottato senza contraddittorio e motivazione: art. 10 CEDU) e ad un *equo processo* (rifiuto a pronunciarsi opposto dai giudici amministrativi: art. 6 CEDU).

filoni, ma chiaramente non si reputa che siano gli unici, anche se plausibilmente sono i più importanti.

In particolare, da un lato, una parte non trascurabile del costituzionalismo è propriamente rivolta all'affermazione della libertà – se si preferisce: auto-determinazione – dell'individuo-persona, che da tale macro-ideologia viene protetto non solo nei confronti dello Stato, ma anche nei confronti di qualunque altro soggetto collettivo (s'è detto: famiglia, associazione, sindacato, partito, Chiesa, ecc.).

Da un altro lato v'è, poi, accanto a quello ricordato, un ulteriore e non meno rilevante filone. Si tratta di un altro volto, un'altra anima, che non è in contrasto con quella, cui si accennava, di tipo individualista, ma che è orientata – all'opposto – al sostegno dei più deboli, se si vuole: alla solidarietà sociale. Questo doppio volto del costituzionalismo emerge già all'interno del pensiero cattolico, laddove esso cerca di coniugare – e quindi declinare armonicamente – il personalismo ed il comunitarismo, al punto che si è parlato di un «personalismo comunitarista» o di un «comunitarismo personalista»²². Questi due approcci di dottrina sociale, presenti già «all'interno» del mondo cattolico, in realtà convivono a fatica: potremmo parlare di una corrente *cristiano-liberale* e di una corrente *cristiano-sociale*. A seconda del vento della storia, ora prevale l'una, ora l'altra²³.

In questa prospettiva, non esiste solo un'auto-determinazione in senso individuale e negativo coincidente, per così dire, con

²² Cfr. spec. E. Mounier, *Al servizio del personalismo comunitario* (Paris, 1961), trad. it. di A. Lamacchia, Bari, 1965. Com'è noto, il pensiero di questo filosofo francese – insieme a quello di J. Maritain – ha in parte influenzato i costituenti cattolici italiani del 1946.

²³ L'orientamento prevalente del soglio di Pietro, nel momento in cui scriviamo, è nettamente favorevole alla linea cristiano-sociale, con tratti dichiaratamente anti-capitalistici. Cfr. in merito, la chiara esortazione apostolica di Papa Francesco, *Evangelii gaudium*, Roma, 2013, nn. 53-56, 180-192, 201-206, ma v. *passim*. *Contra*, invece una non trascurabile parte del mondo cattolico, che può ben essere rappresentata spec. dallo studioso americano, già consigliere del Presidente USA R. Reagan, M. Novak, il quale ora ha esplicitamente attaccato Papa Francesco [del resto, cfr. già il suo *L'etica cattolica e lo spirito del capitalismo*, Milano, 1994, scritto sulla scia della tradizione protestante ben colta in passato da M. WEBER nel suo *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1904-5), Firenze, 1970]. Sulla crescente opposizione alla linea di attuazione post-conciliare, *aperta* e *sociale*, seguita da Papa Francesco – «all'interno» stesso della Chiesa cattolica – cfr.: A. Melloni, *Il governo di Francesco*; M. Ansaldo, *Cbi e perché rema contro papa Francesco*; F. Peloso, *Santa Marta, l'anti-curia vaticana*; tutti e tre in *Limes*, 3 marzo 2014, rispettz. pp. 55 ss., 77 ss., 109 ss., ma v. tutto il numero della rivista (intitolato «Le conseguenze di Francesco») interamente dedicato al difficile rinnovamento iniziato da Bergoglio.

un mero *non facere* dello Stato (e, in genere, delle organizzazioni collettive). La soddisfazione piena ed integrale del principio di auto-determinazione presuppone anche un *facere* attivo dello Stato (o delle organizzazioni collettive) e, a ben vedere, va oltre il singolo soggetto, coinvolgendo intere collettività, in un quadro più ampio e *globale*, dove l'intreccio di diritti – in questo caso «sociali» – e doveri, parimenti «sociali», stravolge il tradizionale concetto di auto-determinazione di tipo «individualistico» così com'è comunemente inteso in Occidente. La problematica accennata appartiene al secondo filone prima ricordato e non va trascurata²⁴.

Più in generale, semplificando molto, potremmo riassumere questi due filoni nel classico binomio *libertà-uguaglianza*²⁵, ma in realtà quel che cerchiamo qui di dire probabilmente è qualcosa di più: dietro le due anime tradizionali del costituzionalismo contemporaneo (*libertà/uguaglianza*), si cela un confronto dialettico durissimo fra due più ampie e diverse antropologie o *Weltanschauungen*, che non sempre trova un «bilanciamento» concretamente adeguato – ragionevole – negli ordinamenti positivi particolari²⁶.

In breve: il vero, profondo, aspro confronto è fra l'*auto-centrismo* e l'*etero-centrismo*.

Questi due diversi approcci, cui corrispondono almeno due diverse antropologie – che potremmo anche definire, semplificando per comodità, *liberale* e *socialista* – «coesistono», come due filoni paralleli, che a loro volta presentano ulteriori specificazioni, all'interno della stessa macro-ideologia che chiamiamo «costituzionalismo».

I «poli» principali del confronto dialettico cui qui si accenna sono i seguenti:

²⁴ Per alcune indicazioni in merito, se si vuole, cfr. il mio *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali»*. *La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Sovieria Mannelli, 2005 (ivi ulteriore bibl.).

²⁵ Per il quale, per tutti, cfr. spec. le sagge riflessioni di G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

²⁶ Sulle notevoli difficoltà, ma insieme sulla assoluta necessità, di un «bilanciamento», per quanto imperfetto, v. i miei *Bilanciamento*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. II, Milano, Bompiani, 2006, pp. 1261 s. e ancora *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, *op. loc. cit.*, ma prim'ancora, in una prospettiva più generale, Aa.Vv., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre, A. Spadaro, Torino, 2002.

- auto-centrismo / etero-centrismo;
- tendenza al monismo metodologico / tendenza all’olismo metodologico;
- pluralismo (anarchia) / costituzionalismo (gerarchia)²⁷;
- antropologia liberale / antropologia socialista;
- filone cristiano-liberale / filone cristiano-sociale;
- interesse del privato / interesse del pubblico;
- preoccupazione del presente (diritti dei vivi) / preoccupazione del futuro (aspettative delle generazioni future);
- diritti dei vicini (cittadini) / diritti dei lontani (stranieri)²⁸;
- atteggiamento di chi pone «il singolo» e la sua libertà al centro dell’ordinamento / atteggiamento di chi invece pone «gli altri», con le loro esigenze, al centro del sistema giuridico.

Ne discende – appunto all’interno della stessa tradizione culturale occidentale del costituzionalismo – una varietà di impostazioni generali, con molteplici «sfumature» diverse, a seconda

²⁷ La discutibile, ma oltremodo indicativa, contrapposizione è di N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Che si tratti di una dicotomia esasperata e contestabile, anche nelle attuali società post-nazionali, è confermato dall’esistenza di un costituzionalismo *evolutivo* delle istituzioni europee [cfr. A. Spadaro, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1998, pp. 343 ss.; Id., *Il caso esemplare della Costituzione Europea come «insieme di atti» (puntuali nel tempo) e «insieme di processi» (storici): dalle C.E.E. (Comunità Economiche Europee), alla C.E. (Comunità Europea), all’U.E. (Unione Europea), agli U.S.E. (Stati Uniti d’Europa)*, in Aa.Vv., *Verso una Costituzione europea*, a cura di L. Leuzzi, C. Mirabelli, Roma, 2003, pp. 621 ss.; G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell’Unione*, Roma, 2011, pp. 27 ss. ma v. *passim*], e soprattutto nel fatto che comunque le Costituzioni contemporanee sono pluralistiche e spesso più «processi storici» circolari che «atti puntuali» piramidali (così: A. Spadaro, *L’idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni «geometriche» dell’«albero» della Costituzione e un’unica, identica «clausola d’Ulisse»*, in Aa.Vv., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid, 2003, pp. 169 ss. e in RBDC, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6, 2005, pp. 119 ss.), o – se si preferisce – processi reticolari (fra gli altri: P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, 1999, pp. 157, 166 e P. Carrozza, *Constitutionalism’s Post-modern Opening*, in M. Loughlin, N. Walker (a cura di), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 169).

²⁸ Su questi ultimi due punti – amore dei lontani e dei vicini, nello spazio e nel tempo – cfr. A. Spadaro, *L’amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0045_spadaro.pdf, nonché in *Dir. soc.*, n. 2, 2008, pp. 23 ss. e, con lievi modifiche, in *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici «religiose» dello Stato «laico»)*, cit., spec. pp. 93 ss.

del Paese considerato e del momento storico, in cui ora sembra che prevalga il principio di *auto-determinazione* individuale (è il caso, per esempio, di alcuni ordinamenti anglosassoni), ora invece il principio di *solidarietà* (è il caso, per esempio, dei modelli tedesco e, a me pare, italiano).

L'evidente difficoltà a trovare sempre un *equilibrio* ragionevole, un *bilanciamento* adeguato, fra queste due anime del costituzionalismo, trova conferma in due fattori: *a)* da un lato la natura incerta e altalenante della giurisprudenza «internazionale», soprattutto della CEDU, che evidentemente risente di pressioni opposte, ma che alla fine – quando può – sembra far prevalere il principio di auto-determinazione; *b)* i diversi orientamenti assunti, su molteplici aspetti, dalle supreme magistrature «nazionali» (in larga parte, le Corti costituzionali nazionali) che spesso – probabilmente più dei giudici di Strasburgo – sembrano far prevalere esigenze collettive di uguaglianza e dunque, per dir così, il principio solidarista. Ciò vale, parrebbe, soprattutto per l'Italia dove, per esempio in materia di «diritti sociali», questo scarto sembra piuttosto evidente²⁹.

Ora, di fronte alla tendenza alla *koinè* della giurisprudenza internazionale, soprattutto europea, a mio avviso il rischio che quasi inavvertitamente si è corso negli ultimi decenni, e che tuttora corriamo, è che si annacqui – o peggio progressivamente, si disperda, fino a cancellare – proprio questa seconda anima sociale e solidarista del costituzionalismo, che di solito, anche se non sempre, è di ascendenza culturale *latina* e per lo più presente nei Paesi di *Civil law*. Soprattutto dopo l'affermazione mondiale del mercato e della globalizzazione, questo filone del costituzionalismo appare invece indispensabile al fine di realizzare

²⁹ A conferma di questo «scarto», v. per es. la sent. cost. n. 264/2012, annotata da A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale («a prima lettura» di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Consulta online* (2012), e R. Dikmann, *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e CEDU*, in *Federalismi.it*. (15-09-2013). In generale sul punto, fra i molti, v. C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista online dell'AIC*, 2013, 1 ss.; ma sia consentito rinviare pure ai miei *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista online dell'AIC*, n. 4, 2011 e *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in Aa.Vv., *L'Europa di fronte alla crisi. La prospettiva dei costituzionalisti e dei giuslavoristi*, a cura di B. Caruso e G. Fontana (in corso di stampa, Bologna, 2015).

una maggiore «giustizia sociale», che – non va dimenticato – è uno dei contenuti assiologici pregnanti del costituzionalismo.

In breve: oggi più che mai, il diritto all'auto-determinazione individuale non è, e non può essere, un diritto alla ricerca della felicità in senso individualistico e senza limiti, almeno se a quest'accezione si attribuisce un significato politicamente libertario, economicamente liberista e culturalmente individualistico, come talvolta «sembra» che accada in taluni ordinamenti, non soltanto di *Common Law*, ma di solito in prevalenza WASP (*White, Anglo, Saxon, Protestant*), non casualmente legati a una cultura calvinista che valorizza molto la libertà e la ricchezza individuale come segni di benevolenza divina. Ovviamente, si tratta di comode semplificazioni, utili solo a tratteggiare i contorni della problematica in esame: è ben nota, per esempio, la densità assiologica di un termine-concetto come *welfare*, che comporta invece mutue e complesse implicazioni fra felicità individuale e benessere collettivo. Ma tant'è: è difficile negare anche la contestuale esistenza di correnti sotterranee che – verrebbe da dire come demoni – talora si celano dietro apparentemente innocue posizioni o modelli teorici generalissimi, meramente culturali.

Insisto: quel che mi preme segnalare è la *relazione fortemente dialettica* – che in qualche caso diventa addirittura una *tensione insanabile* – fra le due anime fondamentali del costituzionalismo contemporaneo: «eterocentrico-altruistica» e «individualistico-libertaria».

In ogni caso rasserena il fatto che – in entrambi i modelli generali ricordati – non dovrebbe esistere un'auto-determinazione che possa coincidere con un «diritto alla misantropia» o, non cambia, con un «diritto al solipsismo», anche se il solipsismo ci piacesse e ci illudessimo che esso ci rende felici. Quando, con Aristotele, si ricorda che «l'uomo è un animale sociale» (*zōon politikón*), non si mette in luce soltanto la natura «relazionale» della condizione umana, ma si sottintende – si deve sottintendere – infatti, che non esiste vera relazionalità senza *razionalità*, *affettività-empatia* e *solidarietà*; se si vuole, riprendendo la tradizione laica della «trinità costituzionale francese», senza *fraternità*.

Un terreno – questo della «fraternità» – naturalmente non ignorato in passato³⁰, ma solo da poco adeguatamente ricostruito

³⁰ Come dimenticare lo straordinario sforzo di L. Lombardi Vallauri (*Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano,

e studiato³¹, che andrebbe sfrondata da pericolose sovrastrutture posticce (per lo più nazionalistiche e/o massoniche) e andrebbe invece riscoperto proprio per la sua radice antichissima, interculturale e interreligiosa, a ben vedere fondativa del costituzionalismo universale *tout court*³².

Quest'idea *positiva e costruttiva* di «socialità» – che ha le sue radici nel troppo presto dimenticato principio di fraternità – appare indispensabile anche alla stessa Corte costituzionale italiana la quale, sia pure con il linguaggio proprio della giurisprudenza, ricorda che esiste «una primigenia vocazione sociale dell'uomo (...) una profonda socialità che caratterizza la persona stessa» (sent. cost. n. 75/1992).

Naturalmente – poiché ogni eccesso è un difetto – al pari del filone «individualistico», anche quello «solidaristico» non dovrebbe rinnegare la sua originaria natura, riducendosi a mero obbligo giuridico, né pretendere di assorbire e schiacciare ogni

1969)? Ma, se si vuole, v. pure i miei *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, spec. pp. 209 s.; *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, op. loc. cit., e *Costituzione e altruismo*, prefazione a *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Mesiano (Vibo Valentia), 2013, pp. 9 ss.

³¹ Cfr. spec.: F. VIOLA, *La fraternità nel bene comune*, in *Persona y Derecho*, n. 49, 2003, pp. 141 ss.; Aa.Vv., *La fraternità come principio del diritto pubblico*, a cura di A. Marzanati e A. Mattioni, Roma, 2007; I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: «come se» fossimo fratelli*, Napoli, 2011; F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012. Si segnala pure, per la ricchezza di dati, la tesi di dottorato di I. Vita, *La fraternità come principio giuridico: una prospettiva de iure condito e de iure condendo* (Università Cattolica Milano, a.a. 2012-2013). Com'è noto, considera sostanzialmente intercambiabili «fraternità» e «solidarietà» G. Peces-Barba Martinez, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, *passim*.

³² Coglie molto bene il punto il filosofo della politica A.M. Baggio, che sottolinea la natura universale dell'idea di fraternità, da recuperare rispetto a quella, speculare, di conflitto: «L'uguaglianza, tra fratelli, consiste nella possibilità di essere, ciascuno, libero nella propria diversità (...) Il concetto di fraternità implica dunque una relazione tra libertà (differenza) e uguaglianza (parità) (...) Pensiamo al ruolo di Caino ed Abele nella tradizione biblica, di Seth e Osiride in quella dell'antico Egitto, o quella di Romolo e Remo nella tradizione romana» (*Introduzione. La fraternità come categoria politica*, in Aa.Vv., *Caino e suoi fratelli. Il fondamento relazionale nella politica e nel diritto*, a cura di A.M. Baggio, Roma, 2012, pp. 11 s.). Perciò, secondo lo stesso Autore, il trittico francese *liberté, égalité, fraternité* «ha osato l'inosabile (...) avendo trasferito la fraternità (...) dall'ambito della famiglia a quello della società (...) la fraternità è dunque condizione per la libertà e per l'uguaglianza (...trasferendo...) una condizione di privilegio riservata a pochi in una condizione universale di cittadinanza» (Id., *Fraternità o solidarietà? Il ritorno di un dibattito antico*, in *Nuova Umanità news online*, 2012, pp. 202 s.).

altro aspetto del costituzionalismo. Se si preferisce: non dovrebbe cancellare gli altri interessi in gioco, parimenti meritevoli di tutela.

Troppo spesso assistiamo, invece, a pericolose esasperazioni/estremizzazioni delle due tradizionali componenti del costituzionalismo qui ricordate. Ne derivano «rischi» speculari:

a) l'accentuazione estremistica (irragionevole...) della corrente individualistica porta al rischio del *libertarismo costituzionale*, ossia alla tendenza ad annullare, o gravemente menomare, contestuali e ineludibili istanze di solidarietà sociale, accentuando il primato dei c.d. diritti del soggetto, nella presunzione di un «diritto alla ricerca della felicità individuale» sostanzialmente senza limiti (si tratta di una variante patologica di ben più nobili ideali anarchici);

b) l'accentuazione estremistica (irragionevole...) della corrente solidaristica porta al rischio del *paternalismo costituzionale*, ossia alla tendenza a contenere, sia pure a fin di bene ma sino all'oppressione, alcune insopprimibili esigenze dell'individuo, accentuando il primato dei c.d. doveri, nella presunzione che sia possibile realizzare una «felicità pubblica», quasi un paradiso in terra (anticamera purtroppo e invece – come la storia dei totalitarismi ci insegna – dell'inferno in terra)³³.

Potrebbe forse dirsi che il rischio di *paternalismo costituzionale* sia maggiore «all'inizio» della vita di uno Stato democratico, quale reazione quasi naturale all'opposto e oppressivo regime precedente, sotto forma di forte limitazione all'auto-determinazione individuale (e collettiva) in senso politico: si pensi al divieto di ricostituzione dei partiti eversivi o anti-sistema [il disciolto partito fascista in Italia (XII disp. trans. e fin., Cost. 1948)] o alla disciplina del *Berufsverbot* nella RFT (1949). Ma – anche a prescindere dal fatto, ovvio, che contestualmente i nuovi regimi costituzionali del dopoguerra hanno dato vita a un pluralismo politico, prima impedito da regimi mono-partitici – è facile capire che si tratta comunque di semplificazioni insufficienti. Tutto, infatti, dipende dai «campi» dell'auto-determinazione: in Spagna, per esempio, subito dopo la caduta del franchismo e l'avvento

³³ Sui concetti-termini di «paternalismo costituzionale» o «paternalismo etico», utili cenni, fra gli altri, in F. Rimoli, *Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future*, in Aa.Vv., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania, P. Ridola, vol. II, Torino 2006, pp. 527 ss. e C. Pinelli, *Principio di laicità, libertà di religione, accezioni di relativismo*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2006, p. 828. Se si vuole, cfr. pure il mio *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale*, cit., pp. 101 e 221, ma v. *passim*.

della nuova Costituzione – pur di fronte a un’iniziale tolleranza *politica* verso il passato regime e i suoi adepti – in materia di *bioetica* si è assistito, come si accennerà più avanti, a una sorta di esplosione di forme di auto-determinazione individuale, che il precedente regime aveva invece coartato per decenni. Insomma, su questo terreno, più che mai l’uso di un metodo «relazionista» è necessario: tutto dipende, dunque, dalla prospettiva (storica e temporale) in cui ci si colloca e dal campo (oggetto di indagine) che si prende in esame³⁴.

In ogni caso, sia il *libertarismo costituzionale* che il *paternalismo costituzionale* sono due rischi che tutti gli ordinamenti liberaldemocratici e personalisti corrono «di continuo»: ora è maggiore l’uno, ora l’altro. Ed entrambi – anche se i giuristi usano i due termini talora come forma di accusa reciproca – sono, a ben vedere, degli «ossimori giuridici». Infatti, è proprio l’aggettivo «costituzionale» – il quale implicitamente rinvia a un «sistema di limiti» – che stona accanto ai ricordati due «ismi» (*libertarismo* e *paternalismo*) con pretese assolutistiche. Insomma, se fossero veramente «costituzionali», non dovrebbero essere possibili né *libertarismo*, né il *paternalismo*. Infatti, nel momento stesso in cui l’uno o l’altro prevalgono, non c’è più, o comunque viene alterato, appunto l’*equilibrio costituzionale* come «sistema di limiti».

Che di un difficile equilibrio si tratti (*bilanciamento*) da mantenere con i complessi e controversi rimedi tecnici apprestati dal diritto contemporaneo (*ragionevolezza*) può dedursi dal fatto che i valori in gioco non sono mai affermati perentoriamente *in via esclusiva* o, non cambia, annullati *in toto*. Essi, piuttosto, vengono reciprocamente «temperati» sicché, mentre se ne espande uno, specularmente se ne affievolisce un altro, e viceversa, essendo destinati a «convivere». Quest’equilibrio è frutto dell’utopia che la macro-ideologia del costituzionalismo cerca di realizzare, senza mai riuscirci pienamente: una sorta di *felicità «con gli altri»*, dove i diritti non schiaccino i doveri (e viceversa) e, contemporaneamente, le esigenze della collettività pubblica non opprimano le istanze del singolo (e viceversa). Un *mix*, com’è inevitabile, intrinsecamente imperfetto, storicamente mutevole e

³⁴ Per quest’approccio metodologico, ben diverso da quello relativista, sia consentito rinviare al mio *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo «relazionista» nel diritto costituzionale)*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1996, pp. 399 ss.

diverso da Stato da Stato, ma probabilmente senza alternative concrete reali. Si badi: pur non essendo questa la sede per un approfondimento, va rimarcato il fatto che l'idea di una *felicità «con gli altri»* non è semplicemente un mito religioso (con solida fondazione teologica) e un tradizionale principio giuridico (legato ai doveri costituzionali di solidarietà sociale), ma un dato di fatto acquisito anche dalla stessa filosofia liberale e dalla scienza³⁵, oltre che da altre scienze sociali, segnatamente sociologia e psicologia: insomma, sembra assodato che – per esistere – la felicità sia un bene che va condiviso... o non è.

Questa acquisizione *interdisciplinare* e *intersoggettiva* delle scienze sociali è forse minima, ma tutt'affatto trascurabile. Essa – pur scontrandosi poi con le modalità pratiche di realizzazione concreta dell'armonia fra istanze assiologiche apparentemente molto distanti – alla fine trova ulteriore conferma nel fatto che tali istanze, per *concordantia oppositorum*, si rivelano intrinsecamente connesse. In fondo e al di là di ogni difficile dialettica, si può parlare di due facce di una stessa medaglia: infatti, come non si può «imporre» la *libertà*, così nemmeno l'*altruismo* può essere imposto. Per essere veramente tale, anche l'eterocentrismo deve essere «spontaneo», libero, ossia espressione di un'autentica auto-determinazione dell'individuo³⁶. Così pure, però, un'auto-determinazione in senso esasperatamente individualistico, che non tenga conto delle ragioni e dei diritti degli altri – soprattutto dei lontani nello spazio (non cittadini) e nel tempo (generazioni future) – appare, nella sua opposizione al solidarismo, irresponsa-

³⁵ Sul piano filosofico – per una ricostruzione di una società autenticamente liberale, con fondazione paradossalmente cristiana, contrapposta ai modelli utilitaristici e individualistici – cfr. il recente studio di L. Siedentop, *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*, Allen Lane, First Harvard University, 2014. Sul piano delle scienze biologiche, è appena il caso qui di ricordare la scoperta dei neuroni-specchio (capacità istantanea e automatica di parti del cervello umano di attivarsi in termini visceromotori alla percezione delle emozioni altrui) e i connessi studi sul meccanismo neurale di «partecipazione empatica» (comportamento bio-sociale precedente la comunicazione linguistica). Su questa problematica complessa e controversa cfr., per tutti, G. Rizzolatti, C. Sinigaglia, *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Milano, 2006.

³⁶ Non a caso di una «misura ragionevole di fraternità esigibile» parla F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, cit., 24, evidentemente preoccupato della «giuridicizzazione» del principio. La questione non si può, qui, approfondire, ma certo – a mio parere – bisogna cercare di non confondere i piani: l'altruismo/eterocentrismo (la «fraternità per qualcuno») può essere, anzi a mio avviso è, «insieme» *premessa* antropologica e *fine* implicito del diritto costituzionale, ma proprio per questo è concetto che «precede» e va «ben oltre» il diritto, lambendo aspetti e profili chiaramente metagiuridici.

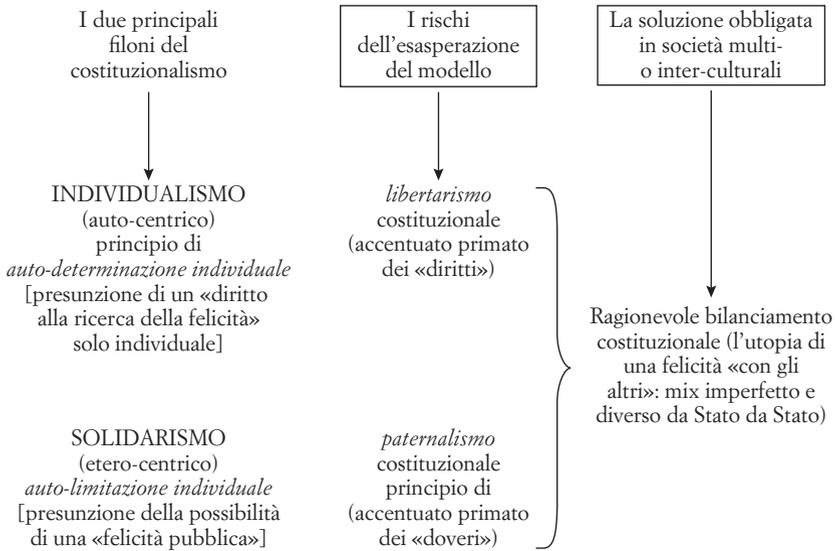


FIG. 2

bile ed egoistica. Tale auto-determinazione «libertaria», ergendosi schmittianamente a valore assoluto e tirannico (e paradossalmente camuffandosi da difesa delle libertà individuale), si rivela incompatibile anche con la semplice natura autenticamente *relazionale*, se non si vuole dire eterocentrica, del costituzionalismo.

Uno schema di sintesi può aiutare (fig. 2).

8. Le inevitabili contaminazioni etnico-culturali delle c.d. società liquide e la necessità di un *equilibrio* costituzionale, per quanto sempre imperfetto e *in fieri*. Cenni di confronto fra Italia e Spagna

Le società contemporanee, multi-etniche e multi-culturali – se viste in tutta la loro complessità – in qualche caso sembrano non solo frammentate assiologicamente e quindi ingovernabili, ma instabili, dispersive, *liquide*³⁷. È evidente che esse abbiano un disperato bisogno, soprattutto attraverso il lavoro di bilanciamento

³⁷ L'espressione, com'è noto, è di Z. Bauman, *Communitas. Uguali e diversi nella società liquida*, a cura di C. Bordoni, Reggio Emilia, 2013.

delle Corti costituzionali, di trovare stabilità attraverso l'«equilibrio» costituzionale invocato. Ma qual è questo punto di equilibrio?

Sarebbe illusorio pensare che il generico limite «collettivo» degli interessi pubblici e della morale sociale possa, sempre e comunque, *prevalere* sul principio «individuale» di auto-determinazione, anche quando avessimo un'idea pregiudizialmente positiva, anzi mitica, dell'intervento pubblico e quindi delle limitazioni derivanti dalla «legge»³⁸. Ma sarebbe pure estremamente superficiale, e in fondo pericoloso, esaltare la *libertà* – e quindi il principio di auto-determinazione – «individuale» come fondazione prima ed ultima di un ben più complesso e sofisticato «sistema» di valori costituzionali³⁹. Con una facile metafora, potremmo dire che una vera Costituzione non può essere *l'assolo*, per quanto virtuoso, di un singolo musicista [libertà o auto-determinazione], ma piuttosto un'armoniosa *sinfonia* musicale frutto delle qualità di molti artisti [più valori: libertà, uguaglianza, solidarietà, ecc.].

Nel caso specifico italiano (ma anche tedesco), la natura dichiaratamente personalista dell'ordinamento tende ad escludere che il nostro costituzionalismo possa mai ridursi, o indulgere, al mero principio di auto-determinazione in senso strettamente *individualistico*. Altrimenti detto: pur senza rimarcare più di tanto

³⁸ Da un punto di vista storico-antropologico, questo è il punto di vista tradizionale, per esempio, della comunità ebraica, che ha sempre esaltato, su ogni altra pretesa «individuale», il ruolo e i vincoli della «legge» per eccellenza del popolo eletto: la *Torah*. A ben vedere, tuttavia, un'analisi appena più approfondita rivela che anche una simile prospettiva, pur non potendosi considerare alla stregua di un mero luogo comune, andrebbe comunque soggetta a una più attenta revisione. Cfr. in merito, il bel saggio di L. Sestieri, *La Torah: costrizione o libertà?*, in Id., *Ebraismo e cristianesimo. Percorsi di mutua comprensione*, Milano, 2000, pp. 25 ss.

³⁹ Nel senso del primato esclusivo e fondativo della libertà, perché la Costituzione sarebbe «un'etica pubblica fondata sulla libertà», si esprime G. Zagrebelsky, *Intervento*, in Aa.Vv., *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2008, p. 431. Ma, *contra*, cfr. A. Spadaro, *Replica*, in Aa.Vv., *Annuario 2007*, cit., pp. 447 ss.: «può [lo Stato costituzionale] essere fondato *solo* sulla libertà? Davvero la libertà basta, da sola? E gli altri valori costituzionali: l'eguaglianza, la solidarietà, ecc.? (...) credo che si possa (...) ricordare quello che – pur con tutti i suoi limiti ed eccessi – ha sempre sottolineato C. Schmitt, ovvero che quando un valore fondante pretende di essere uno, ed uno soltanto, allora inevitabilmente finisce col diventare assolutistico, ossia «tirannico» (finendo col cancellare/danneggiare gli altri). È questo, credo, uno dei non molti aspetti della lezione schmittiana su cui tutti possiamo concordare. Insomma, la *libertà* – presa da sé sola – diventa inevitabilmente *libertarismo*. Né è vero che, se la *libertà* non costituisce l'«unico» valore fondativo della convivenza civile, allora vuol dire che automaticamente si stia evocando al suo posto il principio di *autorità*: dicendo questo, dimentichiamo che probabilmente alcuni valori superiori si auto-legittimano (come dicono i tedeschi, proprio per i valori costituzionali: *selbst-legitimation*)».

l'incidenza dell'*original intent*, il rilevante peso che le componenti socialista e cattolica hanno avuto nella redazione della Carta italiana [e che, analogamente, hanno avuto i costituenti socialdemocratici e cristiani, cattolici e protestanti, nella RFT] tende ad escludere che sia possibile un'interpretazione estremistica, di tipo meramente *libertario*, dei diritti individuali. Ne consegue, almeno in tali ordinamenti, una concezione largamente «relazionale» dei diritti dell'individuo, che viene quindi inteso – s'è già visto – come persona immersa attivamente nella vita di diverse comunità intermedie.

La Spagna invece – pur essendo un Paese cattolico e latino: come tale, in astratto profondamente influenzato da componenti solidaristiche – ha scelto di darsi un ordinamento diverso, in cui l'auto-determinazione individuale *sembra* prevalere su altri interessi pur costituzionalmente protetti. Si tratta, probabilmente, di una comprensibile reazione collettiva a decenni di dittatura franchista e alla conseguente oppressione culturale, cui – piaccia o no – ha partecipato, godendo di non pochi privilegi, la Chiesa cattolica ispanica, al punto che è stato possibile parlare, per questo lungo periodo, di *clerico-fascismo*. Inoltre in Spagna è sostanzialmente mancato, o comunque ha avuto un ruolo del tutto marginale, un cattolicesimo politico «di sinistra» – che invece ha costituito parte non trascurabile della storia costituzionale italiana⁴⁰ – in grado di farsi portavoce delle istanze *solidaristiche*, rimaste *in toto* affidate alla cultura socialista iberica, per altri versi sensibile ai temi dell'auto-determinazione libertaria. Per questi, e altri, motivi, l'atteggiamento prevalente dell'opinione pubblica spagnola, dopo la caduta di Franco e l'instaurazione della democrazia costituzionale, è stato una «reazione» verso il passato e, quindi, una sorta di liberazione esasperata⁴¹. In Italia, dal 1948 a oggi – per quanto si tenda a sottolineare l'ingombrante presenza del Vaticano – le cose sono andate diversamente: ciò, per molti versi, è stato un bene, ma per altri versi no.

Un rapido confronto tra i due Paesi su alcuni temi, tradizionalmente più scottanti per il principio di auto-determinazione, rende evidenti le differenze.

⁴⁰ Da ultimo, v. ancora G. Dossetti, «Non abbiate paura dello Stato!». *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno. La relazione del 1951: testo e contesto*, cit., *passim*.

⁴¹ Cfr., per es., P. Ginsborg, *Famiglia Novecento*, cit., *passim*.

aborto sostanzialmente libero (con pochissime limitazioni)
 fecondazione assistita omologa ed eterologa; embrioni soprannumerari usabili per la ricerca fino al 14° giorno¹
 matrimonio gay³
 testamento biologico⁵

aborto sostanzialmente controllato (e il 70% dei medici e personale paramedico è obiettore)
 fecondazione assistita omologa e, ora, anche eterologa; impossibilità di uso per la ricerca degli embrioni soprannumerari²
 meri progetti di legge sulle unioni civili (PACS)⁴
 meri progetti di legge sulle DAT⁶

Note: ¹ La normazione spagnola è fra le più protettive nel mondo dell'auto-determinazione della donna, al punto di prevedere l'inseminazione artificiale anche oltre i 50 anni (ma quest'ipotesi si verifica rarissimamente). In Italia ciò è del tutto impossibile e la cosa, insieme ad altri vincoli, favorisce il turismo procreativo (v., per tutti, il caso della cantante Gianna Nannini, di 55 anni). Inoltre in Spagna, già dal 1988, è possibile l'uso per la ricerca degli embrioni soprannumerari fino al 14° giorno. Ho espresso molte perplessità sulla ben diversa disciplina italiana in *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, cit., 71 ss.

² Mentre sulla fecondazione eterologa la Corte già si è espressa favorevolmente il 9 aprile 2014 [sent. n. 162/2014], sulla questione dell'uso per la ricerca degli embrioni pende, nel momento in cui scriviamo, un ricorso alla Corte costituzionale contro la l. n. 40/2004: cfr. l'ordinanza n. 166 del 7 dicembre 2012 emessa dal Tribunale di Firenze nel procedimento civile promosso da CSA e PG contro il Centro di fecondazione assistita «Demetra» S.r.l. e Presidenza del Consiglio dei ministri, in cui si lamenta, fra l'altro, la violazione del diritto al consenso informato, alla salute e all'auto-determinazione sul trattamento sanitario. In tema di consenso informato – quale diritto autonomo dalla prestazione medica e legato solo al rispetto dell'auto-determinazione del paziente – v. anche, ora, Cass. Civ., sez. III, 11 dicembre 2013, sent. n. 27751.

³ Cfr. R. Ibrido, *L'interpretazione evolutiva e il matrimonio omosessuale. Il caso spagnolo*, in *Forum online dei Quad. cost.* (8 aprile 2014).

⁴ In merito sia consentito rinviare, fra i molti, per la specificità del caso italiano – che probabilmente non consente (a Costituzione invariata) un matrimonio, ma solo «unioni civili» parimenti protette, omosessuali – ad A. Spadaro, *Matrimonio «fra gay»: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it (9 settembre 2013) e in www.gruppodipisa.it (settembre 2013).

⁵ Al di là della legge sulla «morte degna» (2010) del Parlamento andaluso, che consente al paziente di rifiutare un trattamento che prolunghi la sua vita in modo artificiale, proibendo l'accanimento terapeutico, in Spagna esiste l'istituto del testamento biologico, che permette ai cittadini iberici – in alcuni casi anche minorenni – di decidere come morire, firmando un documento, revocabile in qualsiasi momento, con cui il testatore, mentalmente lucido, dichiara quali siano le terapie che intende (o meno) accettare nell'eventualità in cui dovesse trovarsi nella condizione di incapacità di esprimere la propria opinione in merito. È pur vero, però, che – dal 2002 ad oggi – solo 150.000 spagnoli hanno depositato un testamento biologico, dando concreta applicazione alla *Ley de Autonomía del Paciente*. Né può ignorarsi, talvolta, una certa pericolosa vaghezza delle disposizioni normative spagnole. Si pensi, per esempio al c.d. diritto dei catalani «a vivere con dignità il processo della propria morte».

⁶ Una buona sintesi della problematica giuridica italiana sul punto è quella di C.S. Vigilanti, *Le DAT (dichiarazioni anticipate di trattamento) ovvero quando il diritto diventa latitante*, in www.forumcostituzionale.it, 2010.

Partendo dal presupposto che bisogna rispettare le legittime diversità fra i due ordinamenti – espressione di sensibilità storico-culturali diverse – si può dire che la Spagna sia «più avanti» in ordine al principio di auto-determinazione. Se ciò in parte è sicuramente vero, in realtà – come subito si dirà – tale principio (se non edonista, certo individualista) proprio per la sua unilate-

ralità, non sembra, almeno a chi scrive, una risposta sufficiente alla necessità dell'*equilibrio* costituzionale prima invocato.

In particolare pensiamo, sul punto, che l'atteggiamento della società e della classe politica italiana sia stato oscillante: il nostro Paese, in fondo, ha resistito bene al progetto di legge liberticida del centro-destra che, dopo il c.d. caso Englaro, prevedeva il trattamento sanitario obbligatorio generalizzato nel caso di idratazione e alimentazione artificiale – tant'è che fortunatamente esso non si è mai tradotto in legge – ma invece non è stato ancora capace di prevedere unioni civili, disciplinando giuridicamente le coppie di fatto, omosessuali e non solo. Purtroppo e in genere, in Italia, in materia di bioetica permangono molti pregiudizi ideologici e molta ignoranza.

A mio avviso l'Italia, quindi, potrebbe imitare, almeno in parte, la Spagna, su tre piani: *a*) ammettendo l'uso per la ricerca scientifica degli embrioni soprannumerari, criocongelati e non impiantabili in utero, altrimenti destinati alla spazzatura⁴²; *b*) disciplinando giuridicamente, per evitare speciose discriminazioni, le unioni di fatto (gay e non solo), senza per questo accedere in via automatica al matrimonio gay (cfr. la ricordata sent. cost. n. 138/2010); *c*) esplicitamente e finalmente normando il c.d. testamento biologico.

Per converso la Spagna – che si è immersa nella postmodernità con una reazione *tranchant* e forse eccessiva al clima oppressivo e oscurantista del franchismo – forse potrebbe guardare al modello italiano, limitando meglio (nel senso di sottoporla a controlli più rigorosi) la facoltà di interruzione della gravidanza⁴³.

⁴² È, come si è detto, un'idea su cui insisto da tempo (cfr. *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, op. loc. cit., e *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, cit., pp. 438 ss.) e su cui speriamo che la Corte ora, finalmente, intervenga sulla base della ricordata q.l.c. di recente sottoposta.

⁴³ Com'è noto, in Spagna è stato ora presentato un disegno di legge del Ministro della Giustizia Alberto Ruiz-Gallardón («Protezione della Vita del Concepito e dei Diritti della Donna Gravida») di abrogazione della ley organica n. 2/2010 di Zapatero («Salute sessuale e riproduttiva e interruzione della gravidanza»). Nonostante alcuni punti discutibili – o forse solo da chiarire meglio – di tale normativa (v. spec. la questione dell'accertamento delle anomalie fetali), mi sembra che essenzialmente il disegno di legge «limiti» e «controlli» più rigorosamente l'interruzione della gravidanza. Aspramente contro tale progetto di legge – con non trascurabili argomentazioni (ma forse con qualche eccesso) – S. Mancini [*Spagna: la riforma dell'aborto e le nostalgie patriarcali*, in www.forumcostituzionale.it (29 marzo 2014)], che parla di «autodeterminazione femminile (...)» e sottolinea come «non di (bio)etica si discute, ma della pienezza della cittadinanza femminile», in quanto «se il disegno di legge verrà ap-

9. Conclusioni: necessità di una «gerarchia» delle situazioni giuridiche soggettive. «Oltre» l'individualismo volontaristico («auto-determinazione»), verso il personalismo solidaristico («libertà di coscienza»)

L'impressione generale che mi sono fatto è che ogni Paese ha i suoi tempi di «maturazione» per conseguire il difficile obiettivo dell'*equilibrio* costituzionale fra le opposte esigenze di garanzia della libertà *individuale* («diritto» all'auto-determinazione) e di tutela della morale *sociale* («dovere» di solidarietà pubblica). Credo anche che – una volta garantiti i principi fondamentali costituzionali e, in particolare, i diritti essenziali delle minoranze – sia giusto rispettare le diverse sensibilità culturali «maggioritarie» dell'opinione pubblica: la democrazia funziona così e, per quanto costose possano essere le sue regole, non possiamo accettarle solo quando ci fanno comodo o ci piacciono. Insomma, l'attività giuridico-costituzionale di *bilanciamento ragionevole* fra le due esigenze – che esige un sofisticato e raffinato lavoro delle Corti costituzionali – necessariamente comporta che non si forzino i tempi di sensibilizzazione sociale su alcuni temi, soprattutto i più delicati e complessi, i quali spesso sono oggetto invece di pericolose forzature strumentali e manipolazioni ideologiche, presenti un po' su ogni versante.

Del resto, chi studia veramente e seriamente – quindi liberamente – queste problematiche raramente assume atteggiamenti rigidi, *tranchant*, di sostanziale intolleranza verso l'altrui punto di vista, cedendo a facili massimalismi e intransigentismi.

Emblematico, in merito, è il caso di quel che forse potrebbe essere considerato il principe dei diritti di auto-determinazione: il diritto alla riservatezza. Bene, ormai è evidente ai più che – accanto alla classica tutela «della riservatezza»⁴⁴ – ormai occorre anche una tutela... «dalla riservatezza», che non va abusata⁴⁵.

provato, l'accesso all'aborto non sarà più governato dai tempi, ma dalla ricorrenza di determinate condizioni: che la gravidanza sia l'esito di una violenza sessuale per cui sia stata sporta denuncia (entro la dodicesima settimana) e che sussista un rischio di «menomazioni importanti e durevoli per la salute fisica e psichica della donna o un pericolo importante per la sua vita» (entro la ventiduesima settimana)».

⁴⁴ V., fra i tanti, per esempio: D. Caldirola, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006.

⁴⁵ Cfr. spec. S. Scagliarini, *La riservatezza e i suoi limiti. Sul bilanciamento di un diritto preso troppo sul serio*, Roma, 2013.

Ma non dissimile è il caso delle normative che pretenderebbero di punire «opinioni» per esempio legate all'orientamento sessuale. Fermo restando ogni chiaro e netto divieto di discriminazione in merito, e non solo, sono innegabili i rischi e le problematiche che, in mancanza di testi giuridici ben formulati, ne potrebbero discendere per la libertà di manifestazione del pensiero⁴⁶.

Come è facile percepire, la questione ora accennata (*reati di opinione*), su cui per altro non manca giurisprudenza costituzionale, è molto complessa e delicata, per cui non è consentito l'uso di comode scorciatoie legate a semplicistiche soluzioni univoche e *tranchant*, quali la scelta di porre *sempre* un limite a opinioni infami o, esattamente al contrario, quella di non porre ad esse *mai* un limite: si pensi, per esempio, al ripugnante «negazionismo sulla Shoah»⁴⁷. In tutti questi casi, bisogna riconoscere che si devono ricercare soluzioni di *bilanciamento ragionevole*, come tali purtroppo spesso intrinsecamente «imperfette» [per esempio: riconoscimento generale della piena libertà di manifestazione del pensiero, ma inammissibilità specifica di esternazioni di idee storicamente o scientificamente aberranti in particolari «contesti educativi»?]. Anzi, forse sarebbe bene ammettere *a priori* l'insufficienza del diritto, almeno la sua insufficienza logico-procedimentale rispetto a superiori, e perciò sempre *in fieri*, esigenze di giustizia, destinate a realizzarsi solo in forme inconsuete e/o in tempi molto lunghi⁴⁸. Infatti, i giuristi, e segnatamente i costituzionalisti, sanno benissimo che, nelle situazioni ricordate, *tirando la coperta da un lato il letto resta scoperto dall'altro* o, se si preferisce, che talvolta *il rimedio apprestato rischia di rivelarsi peggiore del male che si cerca di combattere*. È quindi lecito chiedersi se, per combattere efficacemente un fenomeno socialmente negativo, sia sempre necessario qualificarlo in senso penale come anti-giuridico. Forse, in alcuni casi, altri mezzi si rivelano più efficaci e con minori «contro-indicazioni». Soprattutto di fronte ai c.d. reati di opinione

⁴⁶ Mi riferisco al disegno di legge c.d. Scalfarotto sull'«omofobia», testo nel momento in cui scrivo ancora in discussione e dunque passibile di perfezionamento. Sul punto cfr., per esempio, C. Caruso (*Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti». Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2013, spec. pp. 810 ss.), che in questo senso coglie molto bene l'impossibilità di una lettura unitaria, piattamente omogenea e quindi semplicistica, del concetto di dignità umana.

⁴⁷ Su cui, da ultimo, cfr. S. Parisi, *Il negazionismo dell'olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2013, pp. 879 ss.

⁴⁸ Non a caso F. Carnelutti, in *Iustitia*, n. 5, 1952, parla di «miseria del diritto».

sembra difficile negare – almeno in una prospettiva strettamente liberale – l'estrema labilità del confine fra lo Stato costituzionale (dove la mera libertà di manifestazione del pensiero individuale dovrebbe incontrare il minor numero di limiti possibile) e lo Stato totalitario (dove invece si pretende, istituzionalmente, di indirizzare il pensiero individuale nel quadro di un pensiero collettivo)⁴⁹.

La verità è che, oltre un certo limite, i bilanciamenti sono, sì, necessari e ragionevoli, ma non sono – solo perché materialmente «non possono» essere – espressione di un equilibrio perfetto, senza alcun danno collaterale. Con linguaggio medico potrebbe dirsi che alcune medicine sono necessarie, e vanno dunque somministrate, ma inevitabilmente presentano anche «contro-indicazioni», o «effetti indesiderati», non trascurabili, per i quali bisognerà comunque adottare provvedimenti (di controllo, tutela, risarcimento, sanatoria, ecc.). Per esempio è fuori dubbio che, nel caso dei reati di opinione, la loro sanzione porta sempre con sé, più o meno consapevolmente, lesioni di altri interessi/diritti costituzionalmente protetti. È evidente, infatti, che l'acritica ed esasperata tutela di un diritto paradossalmente porta con sé alla «negazione dei diritti in nome dei diritti»⁵⁰. E lo stesso ragionamento può farsi per la gran parte di ogni altra situazione giuridica soggettiva attiva espressione di c.d. auto-determinazione.

Molte possono essere le forme di limitazione degli «effetti indesiderati», o perversi, conseguenti alle manifestazioni più forti di auto-determinazione «individuale», per cercare di contenerne i danni. Ne ipotizziamo, indicandole, almeno 3:

⁴⁹ Sulla base della differenza scientifica fra *libertà di manifestazione del pensiero* e *libertà di agire*, in passato ho immaginato una conseguente distinzione fra «tolleranza teorica assoluta» (contrarietà di principio all'idea in sé dei «reati di opinione») e «tolleranza pratica relativa» (punizione di «comportamenti» discriminatori). Cfr. *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., pp. 261 ss., ma spec. 286. Tale impostazione non è affatto relativistica e ultratollerante, ma a ben vedere e semmai solo «moderatamente» tollerante» – come ho precisato in altra sede [Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (*Notarella sul metodo «relazionista» nel diritto costituzionale*), cit., 408] – oltre che in sintonia con il punto di vista di K. Popper [*La società aperta e i suoi nemici* (London, 1966), trad. it., vol. I, Roma, 1974, 360], secondo cui «se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro l'attacco degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi [... noi dovremmo...] proclamare, in nome della tolleranza, il diritto a non tollerare gli intolleranti». Ma la legittimità della reazione contro gli intolleranti dipende – a parere di chi scrive – essenzialmente dai comportamenti (per esempio: atti terroristici) e non dall'esplicitazione di mere idee (per quanto aberranti esse siano).

⁵⁰ Cfr. G. Palombella, *The Abuse of Rights and the Rule of Law*, in *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights*, The Hague, 2006 (ed. A Sajó), pp. 5 ss.

I. Limitazione, o parcellizzazione, degli effetti temporali delle forme più intense di auto-determinazione

Innanzitutto si può immaginare che, ove possibile, l'affermazione del principio di auto-determinazione abbia *effetti limitati nel tempo*, come nel caso delle azioni positive in funzione antidiscriminatoria. S'intende che la misura indicata (fissazione di un termine *ad quem* di cessazione degli effetti) costituisce solo un'attenuazione del danno, ma al solito un bilanciamento equilibrato esige che, di fronte all'impellenza dell'affermazione della situazione giuridica soggettiva – che è «individuale», ma non deve diventare «individualistica» – almeno si riducano nel tempo i danni sociali. In altri casi, piuttosto che interrompersi, si articolerà nel corso del tempo un effetto giuridico (*parcellizzazione* o scaglionamento): si pensi, soprattutto dopo la revisione dell'art. 81 Cost., alla somministrazione graduale di benefici finanziari o previdenziali, senz'altro dovuti ma distribuiti in più scaglioni per evitare pericolosi picchi di aumento della spesa pubblica.

II. Gerarchizzazione, o riconoscimento della differenza, fra le situazioni giuridiche soggettive attive

Può essere pure utile immaginare una *configurazione* più complessa e sofisticata, dunque opportunamente «*gradualistica*», delle *c.d. situazioni giuridiche soggettive*, che non possono – e non devono – essere disciplinate/tutelate tutte allo stesso modo: infatti e per esempio, non tutte le situazioni giuridiche «*non punite*» sono, per ciò solo, *diritti* e parimenti non tutti i «*diritti*» sono, automaticamente, *diritti fondamentali*. Le forme di auto-determinazione o tutela – e specularmente, le forme di intervento «*limitative*» dell'auto-determinazione – possono, anzi devono, essere molteplici, perché profondamente diverse sono le corrispondenti situazioni giuridiche. Una delle patologie più frequenti nell'uso distorto del concetto di auto-determinazione è appunto quella di far assurgere qualunque situazione giuridica «*non punita*» addirittura a «*diritto inviolabile dell'uomo*»⁵¹. Per quanto certo perfezionabile

⁵¹ Per esempio, il fatto che l'interruzione della gravidanza – n.b.: alle condizioni indicate dalla legge italiana n. 194/1978 – giustamente non venga punita, non significa affatto, almeno a parere di chi scrive, che la facoltà di abortire possa essere considerata, per ciò stesso e in astratto, alla stregua di un diritto in senso stretto e segnatamente di un diritto inviolabile (tant'è che l'art. 1 della stessa legge dice che «Lo Stato (...) tutela la vita umana dal suo inizio. L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui

e quindi approssimativa essa sia (e me ne scuso), si può dunque immaginare almeno la seguente scala gerarchica progressiva di situazioni giuridiche soggettive: 1) stato di applicazione di un'«attenuante» (circostanza di fatto che consente una riduzione della pena, da contestualizzare però nel quadro di una situazione giuridica *passiva* di rilevanza penale in cui si trova il soggetto); 2) stato di applicazione di un'«esimente» o «scriminante» (causa di giustificazione legata a una situazione giuridica che potrebbe essere definita *quasi-attiva*, in quanto addirittura permette la non punibilità del soggetto); 3) «interesse legittimo» (situazione giuridica *attiva* che un soggetto privato vanta nei confronti della pubblica amministrazione, a sua volta tenuta al rispetto della legge); 4) mero «diritto» (situazione giuridica *attiva*, protetta però solo a livello sub-costituzionale da parte dell'ordinamento giuridico); 5) «diritto costituzionalmente protetto» (situazione giuridica *attiva*, espressione di interessi tutelati al massimo livello giuridico nazionale); 6) «diritto riconosciuto dall'Unione europea» (situazione giuridica *attiva* protetta dalla Carta di Nizza, per la c.d. Piccola Europa: i 28 Paesi dell'UE); 7) «diritto riconosciuto a livello continentale dalla CEDU» (situazione giuridica *attiva* protetta dalla c.d. Grande Europa, ossia dalla Convenzione Europea); 8) «diritto inviolabile dell'uomo» (situazione giuridica *attiva universale*, protetta sul piano globale dalle convenzioni internazionali sui diritti umani). È evidente, e ben noto, che in taluni casi di tutela internazionale, questa è apprestata anche agli interessi legittimi oltre che ai diritti. Per altro, non poche sono le differenze di disciplina e tutela fra i diversi livelli indicati. Potremmo anzi e ironicamente dire che proprio queste, talora strane, differenze danno da vivere a una buona parte dei giuristi, specialmente internazionalisti, comunitaristi e costituzionalisti.

In ogni caso, la prospettiva pur fugacemente qui accennata, può aiutare a una migliore qualificazione, di volta in volta, del

alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite»). Ciò è tanto più vero, quanto più è evidente che la normativa in esame costituisce il frutto di un discusso «bilanciamento», confermato dalla giurisprudenza costituzionale, fra il riconoscimento per la donna del potere di interrompere la gravidanza – se questo è l'orientamento ultimo della sua coscienza – e il diritto alla vita del nascituro: il tutto alle condizioni comunque imposte dalla legge (rischio di salute psichica o fisica, ecc.), anche a tutela di altri interessi: per esempio la libertà degli operatori sanitari – obiettori di coscienza – di «non» collaborare allo scopo.

concreto concetto di auto-determinazione: infatti, grazie a questo approccio «gradualistico», una situazione giuridica non punita (legata ad un'*esimente*) ovviamente non può essere fatta equivalere a una situazione giuridica protetta sul piano sovranazionale (*diritto inviolabile dell'uomo*). Così pure, una situazione giuridica protetta a un livello maggiore (*diritto costituzionale*) almeno in teoria dovrebbe godere anche, di solito, della protezione a un livello minore (mero *diritto* sub-costituzionale). Né può escludersi una doppia o tripla tutela (per esempio: internazionale, comunitaria e costituzionale), fermo restando che – nel caso di più forme di protezione di un diritto – in teoria e ove possibile, si dovrebbe applicare la più ampia.

III. Dall'auto-determinazione alla libertà di coscienza

Infine, credo occorra fare un uso più accorto e moderato proprio dello stesso termine, intrinsecamente volontaristico, quando non aggressivo, di *auto-determinazione* (cfr. § 1). Se invece si discutesse piuttosto di *libertà di coscienza* – concetto ben più profondo e mite⁵² – ne avremmo tutti (credenti e non credenti) un gran vantaggio: «se è vero, infatti, che l'obiettivo finale e supremo dello Stato costituzionale è la realizzazione del principio di dignità della persona umana, e se è vero che ciò è possibile solo a condizione che la coscienza dell'individuo sia libera, francamente non sappiamo se tale obiettivo possa essere definito *laico* o *religioso*. È *laico*, infatti, nella misura in cui la libertà della coscienza può certo prescindere dalle religioni secolari, ma è anche *religioso*, visto che – per il credente – Dio parla “solo” nella voce della coscienza (...) *La libertà della coscienza costituisce, in effetti, l'essenza della “libertà religiosa” e contestualmente l'essenza della “laicità”*»⁵³. Lavorando sul concetto

⁵² L'appello alla «mitezza» obbliga a ricordare l'approccio, che per quest'aspetto si condivide, espresso da G. Zagrebelsky ne *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

⁵³ Mi esprimevo così in *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici «religiose» dello Stato «laico»)*, cit., p. 235 e proseguivo dicendo: «Dunque, l'accentuazione delle garanzie giuridico-costituzionali in tema di libertà di coscienza è il terreno comune a credenti e non credenti su cui si può costruire un vero Stato laico, laddove *laicità* e *religiosità* diventano concetti contigui e in rapporto di mutua integrazione». Su questo delicato tema, con accenti diversi, fra gli altri, v. già G. Di Cosimo, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000 e, ora, V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, 2009 e D. Paris,

di libertà di coscienza, probabilmente troveremo più facilmente soluzioni imperfette, ma «condivise», ai rischi di eccessi connessi al principio di auto-determinazione.

In conclusione, la lezione del costituzionalismo non si riduce semplicemente alla lotta per la libertà. Non possiamo fermarci, quindi, alla mera declamazione/celebrazione, più o meno narcisistica, dell'«io», in tutte le sue forme. Il diritto costituzionale contemporaneo, per il suo afflato sociale, non può ridursi a mero «rivendicazionismo soggettivistico» (edonismo ammantato di auto-determinazione). Il diritto costituzionale non è semplicemente una «tecnica delle libertà», ma una forma evoluta e solidale dell'organizzazione sociale, è un «noi».

Ciò significa che dovremmo avere il coraggio di andare «oltre» il principio di auto-determinazione (*individualismo* costituzionale), senza il timore che il c.d. *olismo* costituzionale sia sempre e necessariamente espressione di *paternalismo*, più o meno autoritario.

Naturalmente l'ordinamento costituzionale non può «pretendere» dal singolo consociato, per la laicità che lo caratterizza, l'assunzione automatica di «atteggiamenti supererogatori» di tipo religioso: anche a prescindere dal fatto che un simile vincolo («obbligo di donazione gratuita») sarebbe una *contradictio in adiectu*, e quindi un ossimoro giuridico, anch'essa si rivelerebbe, alla fine, una forma patologica di oppressione totalitaria, dunque incompatibile con lo Stato costituzionale. Una cosa, infatti, è l'*auspicio* che l'ordinamento miri alla formazione spontanea di un'alta e generosa coscienza civica, un'altra che dalle speranze si passi all'obbligo giuridico: non è in ciò che, a ben vedere, risiede il dovere di fedeltà alla Repubblica⁵⁴.

Ma è comunque impensabile il *costituzionalismo* senza «solidarietà», senza «altruismo», senza un intrinseco «etero-centrismo» di tutta l'organizzazione sociale, che tende a tutelare il debole, le minoranze (e non solo: anche i non cittadini e le generazioni future). Non si fa qui riferimento, dunque, ad un generico «senso dello Stato», che è possibile anche in regimi autoritari e totalitari, ma ad un particolare «senso» dell'organizzazione sociale di tipo

L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica, Firenze, 2011.

⁵⁴ Su cui, da ultimo, v. ora A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013.

solidaristico. E tutto ciò, piaccia o no, comporta un forte costo in termini di *auto-limitazione* della libertà individuale. Altro che *auto-determinazione*! Forse potrebbe dirsi, in questo senso, che il costituzionalismo contemporaneo – che certo deve accettare una certa *disomogeneità* culturale, e quindi anche normativa, fra i diversi Paesi – sia il tentativo di realizzare un difficile «mix» fra i diversi, anzi opposti, principi di *auto-limitazione* e *auto-determinazione*.

Si ribadisce che si tratta di un «mix» inevitabilmente imperfetto e instabile, forse non sempre conflittuale ma tutt'altro che irenico e – per quanto illuminato e caratterizzato da valori epocali (e per taluno sovra-epocali) – sicuramente di diritto positivo: il frutto di una «costruzione attraverso un confronto il più possibile aperto, dialogico, compromissorio»⁵⁵. Ciò può dedursi dalla sua intrinseca flessibilità: non solo esso oscilla da Stato a Stato, ma anche all'interno dello Stato, persino da tempo a tempo. Del resto, quanti casi abbiamo di evoluzione, o peggio di *overruling*, nelle giurisprudenze di un po' tutte le Corti costituzionali, proprio in materia di auto-determinazione? Esaminare in dettaglio se e quando sono legittimi – nel senso di costituzionalmente compatibili o, addirittura, costituzionalmente previsti – tali fenomeni di disomogeneità o contraddittorietà, persino intra-ordinamentale, non rientra nei compiti che ci siamo dati in questo studio. Qui piuttosto si è cercato di mettere in evidenza solo la *possibilità* di una lettura drammaticamente ambivalente del principio in esame, a seconda delle due correnti costituzionali più rilevanti.

Nel quadro delineato, mi sembra che il concetto di *libertà di coscienza* colga meglio l'idea di un «io» che cerca di convivere armonicamente con un «noi». E passare dall'*individualismo* volontaristico («auto-determinazione») a un *personalismo* solidaristico («libertà di coscienza») non è una semplice operazione di «*maquillage* linguistico», ma un fattore che dovrebbe caratterizzare giuridicamente lo Stato costituzionale. Almeno così a me pare e sempre che ancora ci stiano a cuore «tutte» e due le anime del costituzionalismo cosmopolita contemporaneo⁵⁶.

⁵⁵ Così M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno AIC, 28 ottobre 2011: vedila in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 78.

⁵⁶ Su cui, fra gli altri, v. spec. Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.