

La Costituzione come bene comune

Relazione di Augusto Barbera

Corte costituzionale e “beni comuni”

I principi costituzionali costituiscono l’*“essenza”* di un ordinamento giuridico; danno *“identità”* ad una comunità nazionale; la **unificano** e ne fanno una **comunità politica**.

Bisogna tuttavia evitare di confondere – riprendo il suggestivo tema del Meeting di quest’anno – l’*essenza* con l’*accidens* (il *συμβεβηκός*, secondo Aristotele), ciò che connota le proprietà fondamentali di una entità e ciò che invece può variare nel corso del tempo.

Per chiarire questo passaggio anticipo quello che intendo dire: i principi e i valori costituzionali – che della Costituzione rappresentano l’*essenza* – vanno distinti dalle strutture di governo destinate a possibili mutamenti. I primi da conservare e difendere, i secondi, se necessario, da adattare o riformare.

Sono principi che caratterizzano la Costituzione repubblicana e su cui si costruisce il *“patriottismo costituzionale”* degli italiani : il **primato della persona**; i **doveri e le responsabilità sociali** della stessa; il **valore e la dignità del lavoro**; la **libera iniziativa privata**; i **principali diritti sociali**; il **principio di eguaglianza** e il divieto di discriminazioni per *sesso, razza, religione*; il **ripudio della guerra e la cultura della pace**; l’**apertura alle organizzazioni internazionali**; l’**informazione libera e pluralista**; la valorizzazione dei **partiti** e delle altre **autonomie sociali**.

Venivano così ribaltati i principi su cui si reggeva il precedente regime autoritario, il regime fascista: la persona in funzione dello Stato; vista come mezzo non come fine; la esaltazione del principio gerarchico; la esclusiva funzione familiare della donna; il partito e il sindacato unico; la guerra come *“igiene del mondo”*; il rifiuto dei vincoli internazionali; le varie e pesanti forme di censura.

“Noi vogliamo glorificare la guerra - sola igiene del mondo - il militarismo, il patriottismo, il gesto distruttore dei libertari, le belle idee per cui si muore e il disprezzo della donna”: è il punto nono del Manifesto del Futurismo di Marinetti che alimentò tanta parte del diciannovesimo fascista.

A salvaguardare questi *beni comuni* è ancora una volta chiamata a concorrere la Corte costituzionale; e in settori spesso di sensibile rilievo per la modernizzazione **sia** dell’economia, **sia** delle relazioni sociali.

Ho usato l’espressione *“bene comune”* facendo riferimento ai valori costituzionali *espressamente* previsti dalla nostra Costituzione non ai vaghi principi di ragione o di giustizia su cui una parte della letteratura nordamericana tenta di costruire una via intermedia tra *“originalism”* e *“progressive constitutionalism”* (v. Adrian Vermeule, *Common Good constitutionalism*, Polity Press, 2022, p.117 ss.).

Ricordo, per limitarmi a qualche esempio, la decisione con cui nelle settimane scorse è stata dichiarata la illegittimità costituzionale di quella normativa statale che, sospendendo il rilascio di nuove autorizzazioni per i servizi di autotrasporto non di linea, ha consentito *“di alzare una barriera all’ingresso dei nuovi operatori”*, con grave pregiudizio per i diritti dei cittadini (**sentenza n. 137 del 2024**).

Decisioni importanti per la **modernizzazione dell’economia italiana**; ma io aggiungo decisioni non meno importanti per la **modernizzazione della società civile** segnalando le sentenze (**131 del 2022 e, nel caso di adozioni, 135 del 2023 e ord. 18 del 2021**) con le quali la Corte ha stabilito che il cognome dei figli deve riflettere il *tratto identitario costituito dal doppio vincolo genitoriale* (come richiesto sia dal principio personalista, e sia dal principio di eguaglianza e di parità fra i coniugi) e

non deve essere legato, necessariamente, alla secolare tradizione patronimico-patriarcale del capo famiglia (salvo diversa decisione degli stessi coniugi).

Segnalo altresì alcune decisioni della Corte costituzionale, le quali hanno definito in modo puntuale il ruolo strategico del **terzo settore** per l'economia e la qualità della vita democratica del nostro Paese. Come specificato in importanti decisioni, la cura dell'interesse pubblico non è monopolio dell'istituzione pubblica ma coinvolge altri paradigmi (**in particolare la n. 72 del 2022 e n. 191 del 2022**). Importanti, al riguardo, le affermazioni nella giurisprudenza della Corte sul "volontariato" che così riassumeo *"apertura ai bisogni dell'altro che sottolinea la natura relazionale della persona umana"*; *"apertura che da un senso alla propria esistenza aprendosi ai bisogni dell'altro"* (**sentenza n. 72 del 2022**).

E ciò in sintonia con quanto contenuto nel **Codice del Terzo settore** (d.lgs. 3 luglio 2017, n.117) laddove si prevede la co-programmazione e la co-progettazione in tutte le attività di interesse generale, sia per quanto riguarda la individuazione dei bisogni da soddisfare, sia le modalità da seguire per la realizzazione degli stessi.

Potrei continuare su questi temi. Preferisco rinviare alla ottima sintesi di Claudio Cerasa ("Il Foglio" del 5 agosto), il quale sottolinea che le più recenti decisioni della Corte consentono *"più concorrenza e meno rendite, più mercato e meno corporativismo"*.

Lascio da parte queste ed altre decisioni intendendo concentrare, nel tempo disponibile, **l'attenzione su recenti decisioni strettamente legate a temi etici**, tra biopolitica e biodiritti.

Bipolarismo etico? alcune recenti decisioni

Materia assai delicata, sia per i contenuti, sia per i parametri costituzionali da utilizzare, non sempre rimasti immobili rispetto alla loro formulazione originaria (basti pensare al concetto di famiglia cui fa riferimento l'art. 29 della Costituzione).

Alle consuete bipolarizzazioni politiche del Novecento, fluttuanti fra la destra e la sinistra (cui aggiungere, oggi, quelle indotte dalla crisi climatica, fra ecologisti e produttivisti), si è andato accompagnando l'emergere di un incerto **bipolarismo etico**.

Da un lato i fautori di un *"etica dei valori"*: il valore della vita; il valore della famiglia; l'identità nazionale; la appartenenza ad una confessione religiosa; le appartenenze a comunità, territoriali e culturali; i legami delle tradizioni.

Dall'altro versante i fautori di una *"etica dei diritti"* (talvolta definiti "nuovi diritti"): le decisioni personali sul fine vita; la piena disponibilità del proprio corpo; la libera espressione della sessualità; l'identità personale; la fluidità di genere; la piena espansione dei diritti di inclusione per immigrati ed emarginati.

Sottolineare che il primo polo caratterizza la "conservazione" e il secondo il "progresso" coglie solo una parte della realtà, trattandosi di temi che fra loro si intrecciano, talvolta anzi sovrapponendosi. E che attraversano comunque sia le formazioni politiche di destra e sia quelle di sinistra (talora per sensibilità politiche e culturali diverse, talora per mero posizionamento politico).

Qualche esempio fra i tanti: tutelare il valore della vita o il diritto del paziente di decidere forme e tempi del proprio congedo dalla stessa? Quale il discrimine?

Riconoscere il valore della famiglia, società "naturale" e/o il diritto di una coppia, anche se dello stesso sesso, di dare vita ad una comunità di affetti?

L'antico *Habeas corpus*, dal 1215 nel Regno Unito protegge il corpo da coazioni fisiche esterne, ma può anche – come è stato detto – tradursi in un *"nuovo Habeas Corpus"*, nella piena e libera disponibilità dello stesso da parte di ciascun individuo?

Siamo all'interno di *"cleavages"* che giungono da oltre Atlantico e percorrono l'Europa e l'Italia (Adornato, in *Il Messaggero*, 19 giugno 2024; Pallante in *La Stampa*, 2 agosto 2024). Diverse le ascendenze culturali ma spesso comune è il germe dell'intolleranza (o comunque del conformismo ideologico) sia nel linguaggio *woke*, sia in quello del *politically correct*, sia in quello che alimenta la *cancel culture*.

E si tratta di temi che attraversano anche gli stessi movimenti; leggo in questi giorni ferragostani una discussione all'interno dei movimenti femminili fra letture opposte: l'esposizione e l'utilizzazione del nudo femminile continua ad essere una deleteria "mercificazione" maschilista oppure è ormai segno di "liberazione femminile"?

Mantenendomi in questo terreno richiamo le più significative decisioni degli ultimi mesi, ma devo in anticipo **scusarmi** per una inevitabile sovrapposizione di temi fra loro **così diversi sul piano umano (ed anche emotivo)**.

Mi riferisco alle recenti decisioni: sul **fine vita** (con un richiamo a quelle più antiche sulla interruzione della gravidanza); sulla **gestazione per altri**; sul **riconoscimento del terzo sesso**; sulla **prostituzione** come diritto; sulla **affettività dei detenuti**.

Le cito perché in esse la Corte è riuscita, grazie al nostro ordinamento costituzionale, a sfuggire ad una **paralizzante bipolarizzazione fra "valori" e "diritti"**.

Il valore della vita

Nei giorni scorsi la Corte costituzionale ha affrontato il tema del **suicidio assistito** (giornalisticamente conosciuto come "caso Cappato"). Un tema in cui si manifesta con toni drammatici la bipolarizzazione etica sopra ricordata.

La Corte è stata chiamata ad operare una sintesi fra posizioni estreme e opposte; **la prima**: la vita è comunque un *valore* ed è inviolabile, non disponibile; **l'altra**, ogni persona ha il *diritto* di decidere quando e come congedarsi dalla vita.

Nel 2018 di fronte a questioni sollevate da diversi Tribunali sulla legittimità costituzionale dell'articolo 580 del Codice penale, che punisce l'aiuto al suicidio, la Corte, tramite una tecnica giurisprudenziale innovativa, aveva deciso di rinviare l'udienza in cui avrebbe discusso e poi deciso la causa per consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa (**ordinanza n. 207 del 2018**).

Nell'inerzia del Parlamento la Corte aveva ritenuto conforme a Costituzione la non punibilità di chi agevola l'altrui suicidio, ma solo in presenza di determinate condizioni; tre in particolare: se si tratta di un paziente pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli; che sia affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili; che sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale (così la **sentenza n. 242 del 2019**).

Sulla interpretazione dell'espressione "*trattamenti di sostegno vitale*" erano sorti molti dubbi (che addirittura avevano spinto alcune Regioni ad intervenire) ed è successivamente stata sottoposta una nuova questione alla Corte.

Quest'ultima con la recentissima sentenza del 18 luglio scorso (**n. 135 del 2024**) cerca di andare al di là del riferimento ai soli trattamenti di sostegno vitale forniti da macchine o congegni elettronici e ha precisato che si può fare comunque riferimento anche a trattamenti compiuti da personale sanitario o da familiari (ad esempio lo svuotamento di vescica o intestino); trattamenti che, **se sospesi o rifiutati**, determinano la morte del paziente.

Nessun cedimento ad inammissibili pratiche eutanasiche. Nella decisione viene affermato che "*ogni vita è portatrice di una inalienabile dignità, indipendentemente dalle concrete condizioni in cui essa si svolge*" e a tal proposito si cita la sentenza (**n. 50 del 2022**) con cui la Corte aveva non ammesso il referendum abrogativo che avrebbe di fatto reso legittimi possibili forme di eutanasia; viene invece riconosciuto – lo dico in sintesi – non un **diritto a darsi la morte** ma, se mai, solo un **diritto a lasciarsi morire**, rifiutando ulteriori terapie (come consentito dall'art.32 della Costituzione). Solo in taluni limitatissimi casi, sarebbe possibile richiedere un aiuto ad agevolare la propria decisione (**un aiuto a morire** e non solo "**nel morire**", come nel ricorso alle cure palliative).

Si può ovviamente essere d'accordo o meno sulla soluzione che la Corte costituzionale ha dovuto adottare: chi guarda ai *diritti* critica la se parla di un insufficiente passo in avanti verso una piena

libertà di scelta, chi guarda alla vita come *valore* denuncia una incrinatura dello stesso, in direzione eutanasi.

La Corte torna comunque con la decisione a ribadire la necessità di un intervento del Parlamento. Trovo in proposito interessante una recentissima pubblicazione di Monsignor Vincenzo Paglia, **dell'Accademia pontificia della vita** (v. La Stampa del 8 agosto), laddove sembra superare posizioni che in passato marcavano la presenza di limiti "*non negoziabili*" e mostra invece interesse ad un dialogo volto a individuare uno spazio perché il Parlamento sia in grado di fare le scelte migliori, che tengano conto delle "*diverse sensibilità, culture, religioni*".

Con le due decisioni sul fine vita si è operato un bilanciamento fra il valore della vita e, a certe condizioni, la autodeterminazione individuale. Un bilanciamento non molto distante rispetto a quello cui, nel 1975, dovette ricorrere la Corte costituzionale di fronte al tema della **interruzione della gravidanza (la sentenza n. 27 del 1975** che avrebbe ispirato poi la legge n. 194 del 1978).

Essa ebbe a riconoscere alla madre che si sottopone all'interruzione della gravidanza non l'esercizio di un diritto di libertà (la libera disponibilità del proprio corpo), né un mero *agere licere*, ma, alle condizioni previste dalla legge, un **diritto all'autodeterminazione terapeutica**, frutto di un bilanciamento fra il **diritto alla salute della stessa e la tutela del nascituro**, fra chi è persona e chi "*deve ancora diventarlo*". Riconoscimento ribadito con la **ordinanza n. 389 del 1988** che ha escluso l'intervento del padre da una decisione che rimane personalissima della madre.

Fu adottata una soluzione che sarebbe stata poi recepita dalla **legge n. 194 del 1978**. Ero in Parlamento in quella legislatura e ricordo ancora il clima, teso ma costruttivo, con cui ebbe a determinarsi una collaborazione virtuosa fra i gruppi parlamentari e fra il Parlamento e la Corte costituzionale.

La soluzione costruita dal legislatore ha consentito il bilanciamento di beni fra loro in conflitto, più di quanto non sia avvenuto in altri paesi (in Germania la Corte è intervenuta solo nel 1993 e ha mantenuto la disciplina all'interno del Codice penale quale possibile causa di non punibilità per le interruzioni effettuate nelle prime dodici settimane).

È comunque un tema, oggetto di un sofferto dibattito in varie parti dell'Occidente, anche nella attuale campagna elettorale nordamericana, dopo la sentenza *Dobbs v. Jackson*, che ha superato la celebre *Roe v. Wade* o, ancora, in Francia dopo la recente legge costituzionale.

Mi sia consentito un **invito**: a non rimettere in discussione quel traguardo e ad evitare strumentalizzazioni! Non mi nascondo ovviamente alcuni importanti problemi come, ad esempio, la folta presenza di medici obiettori in alcune Regioni (denunciata dai movimenti femminili) o la scarsa attenzione nei Consultori (denunciata dai movimenti pro-vita) a quelle donne che si avvicinano in condizioni di estrema fragilità.

Altro tema. Netta è stata, in questi ultimi anni, la posizione della Corte nell'escludere la compatibilità con i principi costituzionali della **gestazione per altri**. Riporto una frase scolpita con chiarezza in più sentenze: "*la pratica della maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*" (è un *obiter* contenuto nella **sentenza n. 272 del 2017, paragrafo 4.2; ripreso e sottolineato dalla sentenza n. 33 del 2021 e dalla sentenza n. 79 del 2022**).

A tale prospettiva si affianca la appena menzionata **sentenza n. 33 del 2021** ove si legge l'ulteriore considerazione che "*gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate*", spinte ad "*affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita*". Detto in altri termini: una lesione della dignità della persona.

Peraltro la ricerca scientifica ha messo in evidenza che l'utero "*non è un semplice incubatore...bensì un raffinato strumento di comunicazione che costruisce un legame indissolubile fra gestante e feto che contribuisce a costituire la struttura psicoaffettiva del nuovo individuo...l'imprinting materno fetale*" (E.Porcu in La Repubblica, 2 giugno 2015).

La “gestazione per altri” resta per la Corte italiana un reato, come previsto dall’art. 12 della legge 40 del 2004, **senza distinguere** (opportunamente a mio avviso) **la c.d. surrogazione solidale da quella a pagamento**.

Che poi questo reato debba o meno essere considerato *reato universale* è scelta del tutto politica, tema peraltro in queste settimane in discussione in Parlamento e sulla quale non posso interferire.

Ma **altrettanto deciso** è stato l’invito della Corte al Parlamento a riconoscere **i diritti dei bambini e delle bambine**, figli e figlie di coppie omosessuali (**sentenza n. 230 del 2020; e soprattutto sentenze n. 32 del e n. 33 del 2021**), secondo scelte che spetta al legislatore realizzare (o la riscrittura delle condizioni per il riconoscimento o una nuova tipologia delle adozioni o altro ancora).

Concludeva la **sentenza 32 del 2021** prima richiamata: *“questa Corte non può esimersi dall’affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore”*.

La successiva sentenza **n. 33 del 2021** aggiungeva: *“Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori - non può che spettare... al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco”*.

E così concludeva: *“di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore”*.

Lo dico in breve: **i valori della persona** tutelati dall’art. 2 della Costituzione richiedono **sia** il divieto di questa intollerabile pratica, **sia** il perseguimento del “miglior interesse” dei figli, frutto di questa medesima pratica; il *The best interest* secondo le formule delle numerose Convenzioni internazionali sui diritti del fanciullo.

Ma quale miglior interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso (violando o meno la legge) la decisione di farlo venire al mondo se non quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti la coppia?

Ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre biologica che per nove mesi lo ha tenuto in grembo, ove quest’ultima – caso non consueto – intenda mantenere un rapporto (in alcuni paesi questa pratica è regolamentata prevedendo una espressa rinuncia ai diritti genitoriali della gestante).

Rinviamo ad altre pagine: fino a che punto il minore ha anche diritto a conoscere le proprie origini biologiche?

E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l’orientamento sessuale della coppia non incide – non può incidere – di per sé sull’idoneità all’assunzione di responsabilità genitoriali (**sentenza n. 221 del 2019** ma già Cassazione, sez. prima civile del 22 giugno 2016, n.12962).

Ma attenzione a non cadere in una distorsione ottica: con questo orientamento la Corte **ha inteso** riconoscere un **diritto del minore** ad avere un inserimento negli affetti propri di un nucleo familiare **non ha inteso** riconoscere come diritti costituzionalmente garantiti né un *“diritto alla genitorialità”* né *“un diritto a procreare”*; sebbene riferiti a interessi certamente meritevoli di tutela e collegati al pieno sviluppo della persona essi non sono suscettibili di realizzazione *“ad ogni costo e senza limiti”* (in questo senso **la sentenza n. 230 del 2020**, che richiama anche la menzionata **ordinanza n. 389 del 1988** riferito al mancato consenso del padre alla interruzione della gravidanza).

L’affettività

Cito, inoltre, fra le decisioni dell’ultimo anno, la sentenza sulla **affettività in carcere** (**sentenza n. 10 del 2024**). Con essa la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 18 della legge sull’ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa

essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la partner dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il **controllo a vista** del personale di custodia.

E ciò quando non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, qualora si tratti di un imputato, ragioni legate al procedimento giudiziario.

Non siamo di fronte, né ad un mero rinvio al legislatore (lo aveva già fatto senza successo la **sentenza 301 del 2012**), né al riconoscimento di un diritto soggettivo, ma alla fissazione di un non meno importante vincolo per l'amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza, in attuazione del limpido art. 27, terzo comma, Cost. per il quale le pene non possono consistere in *"trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"* Sulla base di questi principi - sottolinea la Corte - l'intimità degli affetti non può essere sacrificata oltre la misura del necessario

Credo sia una innovativa e coraggiosa decisione (*auto applicativa* aggiungo) anche se ha suscitato la delusione di qualche commentatore che avrebbe preferito l'esplicito riconoscimento di un *"diritto all'affettività"*, azionabile dai detenuti o dai familiari, secondo le regole generali dell'ordinamento (che comprenderebbero provvedimenti d'urgenza dell'autorità giudiziaria ed eventuali risarcimenti per la lesione del diritto sia per detenuto sia per i conviventi?).

La piena disponibilità del proprio corpo

È configurabile un diritto alla libera disposizione del proprio corpo?

Mettendo da parte le varie e vivaci posizioni sulla configurabilità di questo nuovo *Habeas Corpus*, si può ritenere che il nostro ordinamento tuteli interessi siffatti, ma solo nei limiti marcati da valori costituzionali (l'articolo 32 Cost., ad esempio, per le vaccinazioni o i trattamenti sanitari) e nel rispetto del principio di legalità. Cosa ben diversa è il riconoscimento di un diritto costituzionalmente tutelato, che vada al di là del necessario rispetto del principio di legalità, alla ricerca di un limite superiore, quello costituzionale

Sulla base di questo preteso diritto non sono mancati giuristi che - per sconcertante coerenza ideologica - hanno avanzato dubbi sulla legittimità costituzionale della legge n. 7 del 2006 che, introducendo l'art. 583-*bis* nel Codice penale, considera reato le pratiche non terapeutiche di **mutolazione** degli organi genitali femminili (escissioni o infibulazioni), ed esonera invece le sole pratiche di circoncisione per i maschi.

Sempre misurandosi sul terreno di questo preteso *Habeas corpus*, la Corte ha dovuto escludere che le varie forme di **prostituzione** possano considerarsi espressione di un diritto fondamentale della persona alla libera disponibilità del proprio corpo, come *"aspetto della libertà di autodeterminazione"* (in questo senso l'ordinanza di rinvio della Corte d'Appello di Bari che in realtà aveva ad oggetto i connessi reati di favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione).

Con le **sentenze 141 e 278 del 2019**, la Corte ha affermato che la scelta di *"vendere sesso"* non è compatibile con i valori costituzionali.

Anche se non penalmente perseguite e spesso tollerate, le varie forme di prostituzione non possono assurgere alla dignità di un diritto costituzionalmente tutelato.

Ben diversa e molto più solida, come evidente, la **"libertà sessuale"**, riconosciuta con la **sentenza n. 561 del 1987**. È la sentenza con cui la Corte ebbe a riconoscere il valore non meramente riepilogativo dell'art. 2 della Costituzione. Si trattava di una libertà fino ad allora priva di un'effettiva protezione costituzionale in quanto non espressamente elencata nel testo costituzionale.

Voglio richiamare in proposito le limpide e corrette espressioni della decisione: *"Il diritto alla libertà sessuale, concernendo uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va compreso ...tra i diritti inviolabili della persona umana garantiti ai sensi dell'art. 2 Cost."*. Il giudizio a quo riguardava il mancato riconoscimento di *"danni di guerra"*

ad una donna che era stata sottoposta a stupro da parte di milizie straniere (tema ripreso nel drammatico film interpretato da Sofia Loren "La ciociara").

Più complesso il tema della detenzione a titolo personale **delle droghe**, o la possibile assunzione delle stesse, e quindi la libertà di auto-determinazione dell'individuo.

A legislazione vigente è reato la produzione, la commercializzazione e lo spaccio degli stupefacenti (non entro nel tema di questi giorni attorno al divieto di vendita anche di prodotti light); invece il referendum del 1993 ha abrogato l'art. 72 primo comma del d.P.R. n. 309 del 1990 (c.d. legge lervolino Vassalli) che così si esprimeva "È vietato l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I, II, III e IV, previste dall'articolo 14". Per alcuni tale esito referendario favorisce la ricerca di un modo migliore per combattere la diffusione delle droghe, per altri è invece il riconoscimento di un diritto di libertà ("a right to do wrong").

La differenza fra le due posizioni non è di poco conto. Se si dovesse trattare di diritti di libertà non solo questi comportamenti non potrebbero essere eventualmente puniti, ma non potrebbero neanche essere ostacolati con misure amministrative (ad esempio in alcuni casi con il ritiro della patente).

Anzi, vi è nel costituzionalismo liberaldemocratico la tendenza ad affermare che i diritti di libertà costituzionalmente riconosciuti devono essere non solo tutelati ma altresì favoriti nel loro esercizio. Escluso che qualcuno pensi di favorire l'esercizio di detta libertà, mi limito ad una domanda: detenere ed assumere droghe significa esercitare un diritto di libertà oppure significa narcotizzare le menti e privarsi di una libertà? Non abbiamo una specifica decisione della Corte. Essa è ripetutamente intervenuta sulla ragionevolezza e proporzionalità del trattamento sanzionatorio ma non ha mai inteso allentare lo stesso (**sentenze 179 del 2017 e n. 40 del 2019**). Comunque non credo che a detto interrogativo si possa rispondere positivamente richiamandosi, in base agli artt. 2 e 13 della Costituzione, ad un diritto alla libera disponibilità del proprio corpo (o alla libera disponibilità della propria mente, vista la funzione assegnata a talune droghe psichedeliche: Aldous Huxley ripreso nei giorni scorsi da Edoardo Camurri in Repubblica del 18 agosto).

L'identità personale

A queste recenti decisioni ne aggiungo altre che hanno approfondito i **diritti legati alle identità personali**, anche sotto il profilo dell'ordinamento dell'anagrafe (ho già detto prima della decisione relativa al cognome).

Erano stati sollevati dubbi nei confronti dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982, nella parte in cui non prevede il riconoscimento anagrafico di un **genere "non binario"** (né maschile, né femminile).

L'eccezione di legittimità è stata dichiarata inammissibile -non si è quindi entrati nel merito - in quanto l'eventuale introduzione di un terzo genere nello stato civile postulerebbe necessariamente un *"intervento legislativo di sistema, nei vari settori dell'ordinamento e per i numerosi istituti attualmente regolati con logica binaria"* (**sentenza n. 143 del 2024**)

Nulla di più! Ho letto invece **sia** editoriali allarmati **sia** dichiarazioni soddisfatte. Mi sento solo di precisare che non vi è nella sentenza il tentativo di spingere a legiferare per porre un riparo ad un *vulnus* ma solo il rinvio al Parlamento, *"primo interprete della sensibilità sociale"*, alla sua discrezionalità politica, qualora volesse farsi carico di questo *"significativo disagio individuale e sociale"* alla luce degli articoli 3 e 32 della Costituzione

Il metodo di lavoro della Corte

Siamo di fronte a fratture culturali e ideologiche che non potevano non lambire anche la Corte costituzionale. L'attività politica o parlamentare può anche ignorare o ritardare uno scontro su principi – e questi possono nello scontro affinarsi ancor più (o logorarsi!) – ma un Giudice delle leggi

(anche se “legislatore in negativo”) non può eludere le risposte (non può contare su un *non liquet*) e deve necessariamente puntare ad un **compromesso, il più “alto”** possibile.

Abbiamo potuto lavorare (a me pare) con buoni risultati grazie ad alcuni punti di forza.

1) In primo luogo, la capacità di **ascolto reciproco** che caratterizza i giudici della Corte costituzionale italiana.

Causa non ultima di questo ascolto il tipo di nomina ed elezione degli stessi, necessariamente provenienti da esperienze e culture diverse. A differenza di quanto accade in altre Corti (anche quella americana) nessun Giudice viene nominato od eletto senza un ampio consenso maturato o in Parlamento o negli organi deputati ad esprimerli.

Come da tempo suggerisce Jürgen Habermas, in queste materie non devono scontrarsi pregiudizi ideologici o *ragioni assolute*; vanno operati, argomentando e in forma “discorsiva”, bilanciamenti ispirati a criteri di “accettabilità razionale”, vale a dire di “ragionevolezza” e di “proporzionalità” (Habermas, Il Mulino, 2006, 18 ss.).

Un paradigma che altrove ho definito *metodo laico* (Barbera, *Laicità. Alle radici dell'Occidente*, Il Mulino 2023, 176 ss.); metodo in grado non solo di accomunare non credenti e credenti, ma, soprattutto, di spingere al rifiuto di contrapposti fondamentalismi e di chiusure dogmatiche, sia nel campo religioso, sia in quello culturale, sia in quello giuridico ed anche, soprattutto, in quello politico.

Anche chi ha la fortuna di possedere certezze interiori, sa che deve essere aperto alle ragioni degli altri e non può pretendere di possedere le chiavi per una verità certa e indiscussa.

2) Aggiungo la sperimentata tecnica (propria anche di altre Corti supreme ma che in prima battuta dovrebbe in realtà spettare allo stesso legislatore) volta al ragionevole **bilanciamento fra diritti o valori** aventi pari dignità costituzionale.

Non solo l'apprezzamento dei diritti individuali ma anche dei valori presenti nell'ordinamento costituzionale, (sfuggendo quindi alla strettoia della bipolarizzazione etica cui prima mi riferivo).

La Costituzione italiana non ha certamente a modello uno “*stato etico*”, ricolmo di “proibizionismi”, ma non impone neanche al legislatore un modello “*libertario*”, rassegnato ad ogni “permissivismo”. Il pluralismo che costituisce l'essenza delle costituzioni liberal-democratiche non si traduce nell'*accidens* della mera rimozione di ogni impedimento giuridico: questa può essere un mezzo, non è, di per sé, un fine.

Se la lettura “per valori” della Costituzione ha comportato la più ampia estensione dei diritti individuali ne deriva che altri valori collegati **ne possono parimenti segnare il con-fine**.

Sotto questo profilo una Costituzione non è solo una “**carta dei diritti**” ma molto di più? è anche una “**carta dei valori**”? La mia è una domanda e so che le risposte non sono scontate ma su un punto comunque insisto: le Costituzioni non possono essere costruite sulla base di modelli di logica giuridica auto-referenti, fino a tradursi nella tautologica “**libertà di volere liberamente**” (o nel non meno tautologico “*diritto ad avere diritti*” impropriamente sottratto alla penna di Hanna Arendt).

3) A sostegno della giurisprudenza della Corte prima citata ha concorso la distinzione fra la *mera liceità* di un comportamento, affidato al *principio di legalità* (un comportamento è lecito fino a quando non sia diversamente disposto dalla legge), e il suo ingresso tra i diritti di libertà costituzionalmente tutelati. Può essere utile, il precedente esempio sulle droghe: assumere droghe anche pesanti non è attualmente illecito sulla base del principio di legalità (a partire dal referendum del 1993), ma non sarebbe contraria a Costituzione una legge che si dovesse proporre di

ripristinarne il divieto (tanto più che l'esito del referendum del 1993 risale a diverse legislature orsono).

Il tema è complesso ma lo dico anche qui in breve: non tutte le aspirazioni e i desideri dell'individuo devono necessariamente tradursi in "diritti soggettivi" E, in ogni caso, non tutti i diritti soggettivi devono necessariamente assumere il rango di **diritti fondamentali**.

Qualora fosse riconosciuta ad essi detto rango ne conseguirebbero **tre effetti**; il primo: sarebbero, secondo la tradizione del costituzionalismo liberaldemocratico, "*inviolabili*" da parte dello stesso legislatore. Il secondo: richiederebbero che l'ordinamento non solo ne **consenta** l'esercizio ma anche, per quanto necessario, li sostenga e **ne incentivi** l'esercizio. Terzo: i limiti dovrebbero trovare fondamento direttamente nell'ordinamento costituzionale o nelle fonti cui (per lo più la legge) cui esso espressamente rinvia.

4) Ed infine ha concorso positivamente la sintonia che la Corte ha sempre cercato di mantenere **sia** con la Corte europea dei diritti, **sia** con il Parlamento.

A parte la mancata **collaborazione fra Corte e Parlamento** sui temi del fine vita o della tutela di minori (su cui sono tornato ad insistere poco fa), significative sono state le occasioni di diretta o indiretta collaborazione: per esempio lo scorso anno sull'ergastolo ostativo ma prima ancora (come ricordavo) per l'interruzione della gravidanza o per le unioni civili (la legge che le ha regolamentate – legge n. 76 del 2016 c.d. legge Cirinnà – era stata preceduta dal riconoscimento delle famiglie di fatto, come formazioni sociali, operato dalla **sentenza n. 138 del 2010**).

Si è di fatto mantenuta negli anni una comune capacità di lettura e adeguamento dei parametri costituzionali, al di là delle tentazioni "originaliste" che percorrono invece altre Corti dell'Occidente. Ho già avuto modo di sottolineare in altra sede che la Corte "*si sente custode della Costituzione ma che questa non è la Costituzione dei soli custodi*". Intendevo dire che la lettura della Costituzione non spetta in linea di principio ai soli giudici costituzionali, in particolare laddove i parametri invocati hanno bisogno di letture aggiornate. Dette letture hanno bisogno, ove possibile, di un rapporto con le rappresentanze parlamentari.

Quanto detto vale, io credo a maggior ragione, anche per i Giudici ordinari tenuti ad applicare la legge non a sindacarla, tranne per gli stessi la importante possibilità di sollevare dinanzi alla Corte costituzionale questioni di legittimità costituzionale che se accolte hanno effetti *erga omnes*.

Dai diritti individuali alle istituzioni politiche

Dalla seconda metà degli anni Ottanta è andata sempre più allargandosi la platea dei **diritti costituzionali** sulla base, come accennavo, di una interpretazione "aperta", non meramente riassuntiva, dell'art. 2 della Costituzione, in cui si afferma che "*La Repubblica riconosce e garantisce la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo*" (dopo iniziali rifiuti, per esempio la **sentenza n. 98 del 1979**, **la piena accettazione con la menzionata sentenza n. 561 del 1987**).

Del resto, negli stessi anni anche in altri ordinamenti si affermavano interpretazioni non testualmente sillogistiche, destinate a mettere l'accento sui "*principi*", espressivi (più ancora delle "*regole*") di valori legati *alla base materiale pluralista* della società.

Ma quel giacimento, non ancora esaurito, ed anzi ancora ampiamente utilizzato dalla Corte costituzionale e soprattutto da tanti giudici ordinari, ci mette oggi di fronte ad un ulteriore traguardo: rendere **attiva anche la seconda parte dell'art. 3**, ovvero sia il compito assegnato alla Repubblica di "*rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza e impediscono il pieno sviluppo della persona*".

La formula intendeva riferirsi **sia** alle strozzature che impediscono il godimento di importanti diritti, pur legati alla tradizione liberale (oggi si potrebbe dirlo per le libertà dell'informazione travolte dalla diffusione dei social e dall'incidenza delle piattaforme), **sia** ai "*diritti sociali*" e alle intollerabili ineguaglianze cui essi dovrebbero porre rimedio.

Tuttavia, la cultura giuridica e politica prevalente preferisce **concentrare l'attenzione sulla "massimizzazione dei diritti"**, facendo della Costituzione solo un *"insieme crescente di pretese"* individuali.

Non è difficile capirne le ragioni. I diritti civili (vecchi e nuovi) richiedono, una mera astensione del potere pubblico rispetto a dinamiche più o meno presenti nella società civile, mentre i secondi richiedono, in positivo, complesse risorse organizzative e finanziarie; e soprattutto coraggio politico nell'affrontare interessi consolidati.

L'esperienza svolta come Giudice della Corte costituzionale mi conferma una convinzione da tempo maturata: *"rimuovere ostacoli di carattere economico e sociale"* è compito pressoché impossibile da perseguire anche attraverso la più avanzata e ardita attività giurisdizionale.

L'utilizzazione in chiave giurisdizionale del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione era stato alla base dei primi percorsi della dottrina dell'**"uso alternativo del diritto"** (inizialmente abbracciata da "Magistratura Democratica") ma si è presto scontrata con la *"dura realtà degli enunciati normativi"* (immediatamente e lucidamente richiamata da Nicolò Lipari - mi piace ricordarlo con commozione a pochi giorni dalla sua scomparsa - in *L'uso alternativo del diritto, a cura di Pietro Barcellona, Laterza 1973, p.43*).

Lo sottolineo: al superamento delle più intollerabili diseguaglianze deve in primo luogo provvedere il **"potere politico"**; **istituzioni politiche robuste, in grado di "decidere"**; di progettare il futuro e non solo amministrare il presente; un potere politico che agisca secondo scelte democraticamente espresse, ma che abbia capacità, autorevolezza e durata; **che non viva alla giornata** ma sia in grado di decidere secondo piani e programmi e non sia alla ricerca continua di posizionamenti politico-propagandistici.

Mi pongo una domanda: sono obbiettivi che possono essere perseguiti da istituzioni politiche fragili? Da istituzioni di governo instabili, o sottoposte alla necessità di assommare programmi non omogenei destinati a precari (e spesso assai costosi) compromessi dilatori?

Da istituzioni che possono costituire esse stesse un ostacolo alla effettiva partecipazione democratica di cittadini e lavoratori *"alla organizzazione politica, economica e sociale"* della nostra Repubblica?

Il rischio che le istituzioni politiche siano talvolta condizionate o addirittura paralizzate da interessi particolari aleggia in ogni democrazia, anche le più forti; questo rischio diviene certezza se ci si trova dinanzi a istituzioni politiche deboli, incapaci di decidere. **Non è qui uno dei nodi dell'ormai trentennale "declino" del nostro Paese, come dimostrato dai dati economici?**

Non basta mobilitare le **culture e le pratiche della sussidiarietà**; anch'esse hanno bisogno del **supporto di Istituzioni politiche forti ed efficienti**. Istituzioni non totalizzanti ma in grado di accrescere efficienza ed incisività al sistema nel suo complesso.

Occorre – sottolinea Giorgio Vittadini su *"Il Sole"* del 19 luglio – una *"riorganizzazione dello Stato, dal centro alle Regioni agli enti locali, perché si doti degli strumenti per conoscere e monitorare l'andamento dei bisogni e delle risposte"*.

Sotto vari profili, quindi, appaiono **ineludibili le riforme delle istituzioni repubblicane**. Si cominciò a discuterne fin dal timido decalogo Spadolini (1982), poi con la commissione Bicamerale presieduta da Aldo Bozzi (1983) e quelle presiedute da Ciriaco De Mita e Nilde Iotti (1992) e da Massimo D'Alema (1997); poi con la Commissione dei Saggi (2013) e le ripetute esortazioni di Giorgio Napolitano; infine, i tentativi di Silvio Berlusconi (2006) e Matteo Renzi (2016). Le scelte possono andare in diverse direzioni: o un più robusto sistema parlamentare (quello vigente è un sistema "a parlamentarismo imperfetto") o la elezione diretta del capo dello Stato o quella del Presidente del consiglio ma si dovrebbe evitare di ricadere in quel "gioco dell'oca", con ripetuto ritorno alle caselle di partenza, che non giova al prestigio e alla incisività delle istituzioni repubblicane.

All'ordine del giorno sono anche le riforme volte ad attuare il "regionalismo differenziato". Esse hanno portato ai primi provvedimenti legislativi che daranno luogo a interventi della Corte, sia per

il preannunciato ricorso di alcune Regioni, sia per il giudizio di ammissibilità di alcune iniziative referendarie che ove perfezionate daranno luogo ad un giudizio di ammissibilità della Corte. Giunti a questo punto **devo fermarmi**: un mio intervento che vada più in profondità su questi temi non è consentito al Presidente della Corte costituzionale.