



PILAR ZAMBRANO

## L'orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali. Un approccio su tre livelli a partire dal caso dell'aborto\*

### ABSTRACT

In this paper we intend to highlight the three levels of discourse that underlie every constitutional discussion, from the view point of the special case of abortion. We aim, in the end, to propose a reflection about what we could name the intelligibility conditions of our constitutional practices. With this purpose, we identify three discussions that converge in the discussion about the justice of decriminalizing abortion: (a) the explicit discussion about the claimed existence of a right not to be condemned for choosing abortion; (b) the implicit discussion about the nature of public reasons, as opposed to religious reasons; (c) the underlying discussion about the nature of concepts which are used in these two previous levels of discussion.

### KEYWORDS

Legal Interpretation – Public Reason – Pluralism – Human Rights – Abortion.

### 1. INTRODUZIONE

Le discussioni circa la salute riproduttiva, l'aborto, il carattere disponibile o meno della propria vita e altre simili questioni sono state protagoniste del dibattito costituzionale nordamericano almeno dalla fine degli anni Sessanta con la nascita della cosiddetta "era delle libertà"<sup>1</sup>. Il punto di confluenza fra tali questioni in apparenza diverse fu caratterizzato dalla Corte Suprema, nel voto maggioritario nel caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, come un tentativo di fissare «i limiti tra la libertà individuale e le esigenze di una società organizzata» per quanto riguarda questioni che «coinvolgono

\* Traduzione dal castigliano di Francesco Biondo.

1. La *preferred freedoms doctrine*, in base alla quale le libertà previste nel Primo Emendamento meriterebbero una speciale tutela, nacque, come è noto, dalla celebre nota 4 del giudice Stone nel caso *United States vs. Carolene Products Co.* e si sviluppò fondamentalmente intorno al problema del denominato "potere di polizia", o potere di restrizione della libertà individuale in vista della promozione del bene comune, come segnala ad esempio C. Wolfe, 2000. Sul caso che originò la dottrina, cfr. ad esempio B. A. Ackerman, 1985, 713, e J. A. Roy, 2002, 53. Sull'estensione di questa dottrina ad altri ambiti costituzionali, cfr. A. B. Bianchi, 1991.

le decisioni più intime e personali che una persona può fare lungo la sua vita, [e che sono] centrali per la [sua] autonomia e dignità personale»<sup>2</sup>.

Se si dovesse scegliere una controversia per la sua capacità di riflettere questo dibattito di fondo, la questione dell'aborto occuperebbe senza dubbio un posto privilegiato, in quanto concerne in modo diretto e principale i concetti di *persona* e di *dignità* e, per questo motivo, il cuore o la radice dell'intero dibattito costituzionale.

In verità, la domanda circa la giuridicità o antigiuridicità della pretesa di porre fine alla vita umana in gestazione potrebbe riformularsi nei seguenti termini: è ogni vita umana una vita personale? Domanda che suppone una risposta a queste altre domande di ordine filosofico e morale: quali sono il senso e il fondamento della dignità umana nei sistemi costituzionali? Qual è il riferimento di questo concetto? Qualunque membro della specie umana è dotato di dignità? Se lo è, perché?

La risposta a queste domande si ripercuote su, e insieme è condizionata da, alcuni dei concetti e proposizioni che configurano quello che potremmo chiamare l'orizzonte comprensivo di qualunque pratica costituzionale. Cioè, l'insieme delle proposizioni e concetti a partire dai quali una pratica costituzionale si lascia interpretare o comprendere come una pratica sociale dotata di senso e, pertanto, intelligibile.

La questione dell'aborto obbliga a ripensare, tra le altre cose, per lo meno due di questi concetti e proposizioni. In primo luogo, il concetto di *ragione pubblica* e la proposizione secondo la quale solo le ragioni e gli argomenti pubblici possono essere legittimamente e validamente introdotti nei dibattiti politici e giuridici circa una pratica costituzionale. La domanda rilevante su questo punto è se la pretesa secondo la quale la protezione pubblica o statale della vita umana deve cominciare con il concepimento è una pretesa pubblicamente difendibile oppure se, invece, concerne l'ambito privato della fede religiosa.

In secondo luogo, il dibattito sull'aborto esige di riconsiderare il senso del termine “concetto” o, più concretamente, la proposizione secondo la quale i concetti sono rappresentazione di un qualche tipo di idea o realtà. In particolare, esige di ripensare qual è la concezione o filosofia semantica che meglio si adeguia alla proposizione secondo la quale i diritti fondamentali raccolti nelle nostre pratiche costituzionali sono assoluti e universali.

La questione dell'aborto riunisce, quindi, tre dibattiti in uno, e non è solo una tra le tante che costituiscono uno spartiacque nelle democrazie costituzionali. È, invece, il *locus* dal quale si rivela in modo privilegiato quale sia l'orizzonte comprensivo a partire dal quale si definisce che tipo di società si aspira a essere e, più concretamente, che cosa si intende per Stato costituzionale di

2. 505 U.S., 833, 846, 852. Le aggiunte sono dell'autore, *N.d.T.*

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

diritto. Non tanto o non solo per gli argomenti che si formulano, ma piuttosto per le implicazioni di questi argomenti per il resto del diritto.

Questa capacità di sintesi e questa proiezione verso il nucleo dell'orizzonte comprensivo delle pratiche costituzionali forse può essere una buona spiegazione del fatto che il dibattito sull'aborto rimane vivo, malgrado la proliferazione delle voci levatesi nell'uno o nell'altro senso faccia pensare che la questione si sia ormai esaurita. Il dibattito continua, si potrebbe concludere, in quanto costituisce un punto di vista privilegiato per ripensare quali siano le condizioni affinché le nostre pratiche costituzionali siano, se non ragionevoli, almeno intelligibili o comprensibili.

Questo lavoro metterà in luce la relazione tra questi tre livelli del discorso, assumendo che tali livelli fanno parte dell'intero dibattito costituzionale, partendo dal caso concreto dell'aborto. Si mira, in ultima istanza, a proporre una riflessione circa ciò che potremmo denominare le "condizioni di intelligenza" delle pratiche costituzionali. Avendo di mira questo fine, si descriveranno successivamente i tre dibattiti che confluiscono nel dibattito sull'aborto: (a) il dibattito esplicito circa la presunta esistenza di un diritto fondamentale a che non si penalizzi l'aborto; (b) il dibattito implicito circa le condizioni affinché un argomento (e/o ragione) possa considerarsi pubblico; (c) il dibattito sottostante circa l'origine dei concetti che si utilizzano in questi due livelli di discussione.

### 2. IL DIBATTITO ESPPLICITO SUL PRESUNTO DIRITTO ALLA "NON PENALIZZAZIONE" DELL'ABORTO

#### 2.1. *L'argomento dell'intimità o privacy della Corte Suprema nordamericana*

Agli albori dell'era delle libertà, la Corte Suprema nordamericana dichiarò che la scelta di abortire formava parte della sfera dell'intimità o della privacy costituzionalmente protetta della madre o, ritornando alla definizione di *Casey*, della libertà individuale che dovrebbe permanere immune alle esigenze di ordine pubblico<sup>3</sup>. Tralasciando le differenze che qualunque analogia in realtà implica, si può affermare che la svolta verso la privacy nell'era delle *preferred freedoms* ebbe una parallelo in Europa in una serie di casi giurisprudenziali che – come negli Stati Uniti –, nel momento in cui si volle determinare i limiti o i contorni della privacy o dell'intimità personale di fronte all'ingerenza del potere pubblico, finirono per ingrandire la lista dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>4</sup>.

3. Cfr. *Roe vs. Wade*, 410 U.S., 1973, 153-5.

4. I casi paradigmatici in questo senso in Spagna furono la sentenza STC 53/1985, nel quale

Tra i fattori culturali che spiegano questo arricchimento per via giurisprudenziale del concetto di *privacy* o intimità, hanno un ruolo rilevante la nascita e lo sviluppo parallelo della bioetica all'inizio degli anni Settanta, come disciplina orientata alla riflessione teorica e pratica circa le implicazioni etiche dell'applicazione dei saperi scientifici e tecnologici alla vita umana<sup>5</sup>. Questo arricchimento reciproco tra il dibattito giurisprudenziale e il dibattito bioetico può a sua volta spiegarsi come una conseguenza possibile dello scontro tra il progresso continuo e costante delle scienze empiriche e della tecnica e un disorientamento esistenziale e morale sempre più marcato.

In verità, l'incrocio tra queste due tendenze in certo senso opposte ha fatto sorgere in maniera inevitabile la domanda circa il posto o il ruolo della tecnica nell'esistenza umana. Una domanda come questa, tuttavia, non può trovare risposta con i metodi e i concetti delle scienze empiriche e della tecnica, per la semplice ragione che non è una domanda scientifica – nel senso stretto di scienza – né una domanda tecnica, ma piuttosto una domanda etica<sup>6</sup>. L'incapacità della scienza di rispondere a tale domanda non sarebbe un problema se non si pretendesse che l'etica offra risposte altrettanto certe di quelle offerte dalle scienze matematiche o empiriche. È vero, tuttavia, che le risorse epistemologiche dell'etica non solo non soddisfano la *curiositas*, ma invece la stimolano, specialmente in un contesto culturale acutamente concettualizzato da Rawls come «pluralismo ragionevole», che si caratterizza per la convivenza di un insieme di concezioni etiche e antropologiche diverse e a volte anche confliggenti<sup>7</sup>.

In ultima analisi, tre fattori sono confluiti nella preoccupazione comune della bioetica e della pratica costituzionale di far prevalere l'autonomia e la *privacy* della persona in qualunque decisione concernente la tutela della vita e della salute: il pericolo della spersonalizzazione di processi intimi come la morte e la nascita, dato lo sviluppo costante della tecnica medica; un ambiente sociale caratterizzato dalla diversità etica; la pretesa di dotare le risposte etiche

il Tribunale Costituzionale dichiarò la costituzionalità della depenalizzazione dell'aborto, e le sentenze SSTC 212/1996 e 116/1999 nelle quali si dichiarò la costituzionalità delle leggi sulla donazione e utilizzo di embrioni e feti umani, e sulle tecniche di riproduzione umana assistita.

5. Su questa definizione e altre possibili di bioetica, cfr. ad esempio E. Sgreccia (1994), trad. esp. 1996, 45 ss.

6. La bioetica come ambito specifico dell'etica nasce, precisamente, davanti all'avvertenza dell'oncologo Van Rensselaer secondo il quale era necessario tendere un ponte tra i saperi tecnologici e umanistici al fine di evitare che il progresso dei primi non si concretizzasse in una seria minaccia all'ambiente e, di conseguenza, alla sopravvivenza dell'essere umano. La riflessione posteriore si centrò, invece, in modo più specifico sull'applicazione della tecnologia alla vita umana. Il termine "bioetica" fu introdotto per la prima volta nel 1970 da questo autore, P. Van Rensselaer, 1970, e si estese dopo con la pubblicazione del suo libro nel 1971. Cfr E. Sgreccia, (1994), trad. esp. cap. I.

7. Cfr. J. Rawls, 1987; 2005, XLV-XLVI.

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

di un grado di certezza quanto meno comparabile a quello delle scienze empiriche<sup>8</sup>. Mancando risposte sicure circa che cosa si deve fare, la cosa più sensata sembra essere lasciare la decisione a chi subisce l'atto (il paziente).

Il problema di questa soluzione consiste nel delimitare il campo di riferimento dei "pazienti" della prassi tecnica o biomedica, campo per il quale il principio di intimità o di autonomia non sembra sufficiente. In altre parole, va bene lasciare libertà di scelta al paziente, sempre che esista un principio oggettivo e incontrovertibile per definire chi può subire le conseguenze di tali decisioni.

Non sembra allora sufficiente stabilire il peso di una decisione nel campo delle scelte morali fondamentali di un soggetto, al fine di affermare il carattere privato di tale decisione. Altrettanto, se non più importante di tale dimensione, è la condizione di non rilevanza o di non ingerenza dell'ordine pubblico nella sfera privata.

Prendendo atto di questa condizione bivalente, la Corte nordamericana in *Roe* affermò due cose quando determinò il carattere privato della scelta di abortire. Da una parte considerò che si trattava di una decisione centrale per l'affermazione dell'«autonomia» personale – prendendo l'espressione dal caso *Casey* – o – utilizzando il vocabolario costituzionale spagnolo – per il «libero sviluppo della personalità»<sup>9</sup>. D'altra parte, aggiunse che, benché lo Stato fosse titolare di un legittimo interesse a proteggere il valore della vita umana, questo interesse non era sufficientemente rilevante da giustificare la proibizione dell'aborto nella tappa della gravidanza precedente alla sopravvivenza del feto fuori dal ventre materno<sup>10</sup>.

8. Sulla centralità del principio di autonomia nella riflessione bioetica contemporanea e sulla sua dipendenza da uno sfondo culturale pluralista, cfr., tra molti altri, J. F. Childress, 1982, *Prefazione*; e, in senso critico, argomentando per il contemporamento dell'autonomia con il principio della «cura», J. Kultgen, 1995, 77 ss. Anche se l'irruzione del principio di autonomia nel pensiero etico-filosofico contemporaneo è opera quasi esclusiva di Kant con il suo *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), è altamente discutibile in che misura il principio liberalcostituzionale di privacy e il principio di autonomia riproducano il principio etico kantiano. I dubbi emergono specialmente circa l'abbandono nel piano bioetico della massima kantiana di universalità, secondo la quale un precezzo che non si potesse richiedere universalmente non sarebbe in verità un precezzo autonomo (cfr. I. Kant, [1785], trad. esp. 1996, 135-6). Sui dubbi sul piano bioetico, cfr. T. L. Beauchamp, J. F. Childress, 1994, 58, 125; sul piano giusfilosofico il dibattito tra J. Finnis, 1987, 443, nota 47 e D. Richards, 1987, 457-71.

9. Cfr. art. 10.1 della Costituzione spagnola, utilizzato come prospettiva principale di difesa del presunto diritto ad abortire da parte del Tribunale Costituzionale nella sentenza STC 53/1985, FJ 11.

10. Cfr. *Roe*, cit., 154-6. Anche coloro che approvano la decisione presa in *Roe* rilevano la negazione della personalità come l'*holding* del caso. Cfr. J. Balkin, 2007, 845. D'altra parte, coloro che disapprovano la decisione presa in *Roe* segnalano la mancanza di ragioni giuridiche (e non soltanto morali) per negare il riconoscimento della personalità costituzionale del feto. Cfr. tra gli altri Ch. Lugosi, 2006, 361; M. Ronheimer, 1998, 158-9.



PILAR ZAMBRANO

## 2.2. *L'argomento di Ronald Dworkin della privacy religiosa – religiosità della decisione e azione di abortire*

L'argomento della natura eminentemente religiosa della scelta di abortire è un ulteriore giro di vite in più dell'argomento della privacy o dell'intimità. Si tratterebbe di un'applicazione concreta dell'argomento logico *ab maiore ad minus*: se la decisione o scelta di abortire ha una natura religiosa, a maggior ragione la si dovrà considerare una scelta privata o intima.

Ronald Dworkin difende questo argomento nella maniera seguente. In primo luogo indica due percorsi attraverso i quali qualcosa può diventare sacro in una cultura: un processo associativo e l'ammirazione di un processo creativo. La sacralità della bandiera, ad esempio, si fonda in un processo di associazione fra tale sacralità e altri valori che la bandiera rappresenta. La sacralità di un'opera d'arte, invece, viene riconosciuta non per ciò che simbolizza, ma per i processi di creazione umana che sono intervenuti nella sua realizzazione, processi che consideriamo «importanti e ammirabili»<sup>11</sup>.

Tenendo presenti queste distinzioni, secondo Dworkin la maggioranza di noi crede che la vita umana sia sacra non per un processo associativo, non perché la vita rappresenti o simbolizzi qualche altra cosa di cui riconosciamo valore, ma perché riconosciamo valore al processo di creazione della vita umana.

Ma allora, di che cosa riconosciamo il valore specificatamente in questo processo valutativo? Dworkin sostiene che ciò che è sacro della vita umana è dato dall'ammirazione prodotta in noi dalla complessità dei due, o piuttosto tre, processi creativi che danno luogo alla sua formazione: il processo naturale o divino, che le conferisce l'esistenza biologica; quello culturale, dal quale ciascun individuo riceve l'apporto di tutte le generazioni anteriori che contribuirono a formare la cultura in cui l'individuo si inserisce; quello personale, in virtù del quale «una persona si farà e rifarà se stessa»<sup>12</sup>.

Secondo Dworkin, la decisione circa quale sia tra questi tre processi di investimento – biologico, culturale e personale – quello che tiene priorità nella determinazione del valore intrinseco della vita umana è una decisione religiosa. E ciò che è essenzialmente religioso in questa decisione non risiede nel vincolare la vita umana a un Dio creatore, ma bensì nell'idea che «l'importanza della vita umana trascende l'esperienza soggettiva»<sup>13</sup>. La religiosità non dipende, in altre parole, dalla risposta teista o atea che si dà alla questione della radice o fondamento del valore intrinseco della vita umana, ma piuttosto dall'affermazione della trascendenza od oggettività di questo valore.

11. R. Dworkin (1993), trad. esp. 1998, 102-3.

12. *Ibid.*

13. Ivi, 205.

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

Una volta stabilito che l'aspetto religioso si basa sull'affermazione del valore intrinseco della vita, e non nei suoi fondamenti, Dworkin conclude che lo Stato non può assumere, né tanto meno imporre, una posizione determinata circa questo valore senza violare il primo emendamento. Però lo Stato può e deve assicurarsi, invece, che i cittadini contino su di un ambito di immunità sufficiente per riflettere e stabilire da soli le radici di quella affermazione<sup>14</sup>. Non solo, lo Stato non dovrebbe limitarsi a creare le condizioni affinché gli individui riflettano liberamente circa il valore intrinseco della vita umana, ma dovrebbe anche assicurarsi che la riflessione avvenga davvero. Deve sostenere la coscienza generale che la vita è intrinsecamente dotata di valore, con il limite della libertà religiosa, limite che gli impedisce di rendere concreto questo concetto generico<sup>15</sup>.

### 2.3. *L'argomento scientifico contro/a favore del diritto a vivere del soggetto nascituro*

Forse perché la frammentazione morale delle società latinoamericane non è tanto evidente o tanto radicale come in Nord America o in Europa, l'era delle libertà fondamentali con il suo caratteristico allargamento del concetto di intimità arrivò a toccare questo tema con qualche ritardo e soprattutto con una marcata tendenza in un'altra direzione. Anche se nel corso degli anni Settanta del Novecento si discussero alcune questioni tipiche di questa tappa storica<sup>16</sup>, il problema centrale dell'aborto non fu oggetto di una discussione costituzionale fino alla prima decade del xxI secolo. A differenza di ciò che avvenne in Nord America e in Europa, la tendenza fu quella di collocare l'aborto al di fuori del campo del diritto e della sfera intima della madre, per collocarlo invece nell'ambito del diritto alla vita del nascituro<sup>17</sup>.

Uno dei primi tribunali a decidere in questo senso fu la Corte Suprema argentina, nel caso *Portal de Belén*. Si trattava di determinare la costituzionalità di un'autorizzazione data dal Ministerio de Salud per il consumo e la vendita

14. Ivi, 210-1.

15. Cfr. ivi, 195 ss.

16. Cfr. ad esempio la serie di casi relativi alla penalizzazione del consumo di stupefacenti nella giurisprudenza costituzionale argentina, *Colavini Ariel Omar s/infracción ley 20771*, Fallos: 300: 254 (1978); *Roldán, Graciela s/infracción ley 20771*, Fallos: 301: 673 (1979); serie continuata nella decade degli Ottanta in *Bazterrica, Gustavo y Capalbo, Alejandro s/infracción ley 20771*, Fallos: 308: 1392.

17. Cfr. T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Fallos: 324: 5 (2001); e *Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*, Fallos: 325: 292 (2002), della Corte Suprema Argentina; la sentenza Rol 740, 18/04/08, del Tribunal Constitucional Chileno (Tcc); e la sentenza del Tribunal Constitucional peruviano nel caso 02005-2009.

di un anticoncezionale che agiva inibendo l'impianto dell'ovulo fecondato. La costituzionalità era stata messa in dubbio dall'associazione Portal de Belén, con l'argomento normativo secondo il quale l'art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica e la dichiarazione interpretativa introdotta dall'Argentina nella Convenzione dei diritti del bambino – entrambe norme di rango costituzionale – proteggono la vita dal concepimento.

L'art. 4.1. del Patto stabilisce testualmente che «qualunque persona ha diritto a che si rispetti la sua vita. Questo diritto è protetto dalla legge e, in generale, a partire dal momento del concepimento. Nessuno può essere privato della vita arbitrariamente». L'espressione «in generale», se ci atteniamo all'uso ordinario del linguaggio, suppone che, *a sensu contrario*, gli Stati possono privare certe vite della protezione legale. La domanda a cui doveva rispondere la Corte era allora: quali vite e con quale fondamento il Patto autorizza a non proteggere? Il *nasciturus* è incluso tra le vite che possono essere private di protezione legale?

Il patto non offre una risposta tassativa a nessuna di queste domande. Offre, invece, un criterio generale nella seconda parte dello stesso art. 4.1. L'espressione «in generale», in verità, viene seguita da un'altra indicazione: nessuno può essere privato della vita arbitrariamente. In questo senso, l'espressione «in generale» implicherebbe che solo in casi eccezionali si potrebbe prescindere della protezione legale della vita dal momento del concepimento, e sempre quando questo prescindere non sia arbitrario. Il concetto di arbitrarietà opera allora come un filtro che limita le possibili eccezioni al mandato generale di protezione contenuto nella prima parte dell'articolo<sup>18</sup>. Il ragionamento della Corte può spiegarsi, nello stesso senso, nel modo seguente: dato che le persone dalla nascita sono innocenti per definizione, la mancata protezione legale della loro vita prevista nell'autorizzazione statale a commercializzare la «pillola del giorno dopo» costituisce un procedimento arbitrario vietato dalla seconda parte del primo comma dell'art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica.

Tuttavia, questo ragionamento, a sua volta, presuppone la conclusione di un altro ragionamento, che la Corte si sforzò di rendere esplicito: il concepimento della persona umana si produce con la fecondazione. Di fronte alla trama aperta delle norme internazionali, che parlano solo di concepimento della persona, senza specificare il fatto a cui tale concetto si riferisce, si trattava di definire la linea divisoria tra persone e cose per il diritto internazionale costituzionalizzato. Si richiedeva, in altre parole, di integrare l'universo giuridico positivo con qualche altro universo concettuale che potesse dotarlo di senso. La Corte ricorse alla scienza genetica e, basandosi sull'opinione di eccellenti biologi e genetisti, comprese che a partire dalla fecondazione, e anche

18. Cfr. in questo senso J. Barberis, 2005, 11-26.

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

prima dell'annidamento, già esiste per il diritto costituzionale argentino una persona umana, protetta nei suoi diritti tanto da norme nazionali quanto da norme internazionali.

Seguendo questo ragionamento, segnalò che:

La disciplina che studia la realtà biologica umana sostiene che “quando i ventitré cromosomi paterni si incontrano con i ventitré cromosomi materni già si è riunita tutta l'informazione genetica necessaria e sufficiente per determinare ciascuna delle qualità innate del nuovo individuo. [...] Che il bambino debba poi svilupparsi durante nove mesi nel ventre della madre non cambia questi fatti, la fecondazione extracorporea dimostra che l'essere umano comincia con la fecondazione”<sup>19</sup>.

Con questo ragionamento la Corte pretese di risolvere la questione presentata nei seguenti termini: nel diritto argentino qualunque essere umano è persona. Non ci sarebbe, quindi, per questo tribunale alcuna distinzione tra esseri umani personali ed esseri umani non personali o tra vita umana personale, da un lato, e vita umana non personale o vita oggetto, dall'altro.

### 3. CARATTERE PRIVATO O PUBBLICO DI AZIONI E RAGIONI

#### *3.1. I limiti dell'argomento della natura privata dell'atto di abortire*

È chiaro che ci sono norme e pratiche costituzionali più esplicite e dettagliate di altre, e che il margine di azione dell'orizzonte comprensivo dell'interprete si restringe o si estende secondo il livello di precisione che possiedono le norme. Cosicché, mentre la Costituzione nordamericana non si pronuncia circa il momento in cui comincia giuridicamente la personalità o titolarità dei diritti, l'American Declaration of the Rights and Duties of Man (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá 1948) riconosce la personalità a partire dal concepimento. Tuttavia, per quanto il margine dell'orizzonte comprensivo si restringa, non sparisce mai interamente, come è chiaro se consideriamo i limiti degli argomenti qui esposti.

Cominciando dall'argomento della privacy delineato dalla Corte Suprema nordamericana, la determinazione secondo la quale l'aborto non tocca l'interesse statale a proteggere la vita umana potenziale presuppone una interpretazione previa e più radicale circa il silenzio costituzionale sulla personalità della vita intrauterina. Si trattava di determinare, in realtà, se questo silenzio (a) autorizzava o (b) obbligava a negare la personalità del feto, o se (c) autoriz-

19. CSJN, cit., cons. 4º.

zava o (d) obbligava ad affermare tale personalità. Alla luce del xiv emendamento, che garantisce il cosiddetto “giusto processo”, la Corte nordamericana optò per la seconda di queste quattro opzioni: il silenzio doveva interpretarsi come una negazione della tesi della personalità costituzionale del feto, negazione che obbligava gli Stati membri ad astenersi dal penalizzare l'aborto durante le prime fasi della gravidanza<sup>20</sup>.

La Corte scelse di applicare, di fronte al silenzio, l'argomento *a contrario sensu*, secondo il quale se qualcosa non è prescritto, è perché non si è voluto prescriverlo. Tuttavia, è un luogo comune nella logica deontica avvertire che tutte le volte in cui tale argomento è rilevante dal punto di visto strettamente logico è ammissibile anche l'argomento analogico<sup>21</sup>.

In questo caso, l'argomento analogico avrebbe potuto funzionare nel modo seguente: le somiglianze tra la vita umana non nata e la vita umana nata sono sufficienti per riconoscere alla prima tutti i privilegi costituzionali che si riconoscono alla seconda. O, dal punto di vista delle differenze, si potrebbe dire che non sono tanto rilevanti da giustificare un trattamento differente. La Corte avrebbe potuto intendere, ad esempio, che la personalità del soggetto nascituro era una derivazione possibile del principio enunciato nello stesso caso, principio secondo il quale lo Stato ha un interesse generale e astratto alla protezione della vita umana, interesse che è indipendente tanto dal grado di sviluppo della vita come dall'interesse che i soggetti possano avere circa la protezione della loro vita<sup>22</sup>.

È vero che nessuna di queste letture del testo e della pratica costituzionale è necessaria dal punto di vista logico o concettuale. Tuttavia, non era logica o concettualmente necessaria neppure la lettura che fece la Corte. Si tratta, in tutti i casi, di interpretazioni o determinazioni possibili.

Si conclude, allora, che quando la Corte decise che la scelta di abortire entrava nella sfera privata della madre, intese anche affermare, alla luce delle considerazioni metagiuridiche fatte, che un soggetto nascituro non è persona o titolare di diritti<sup>23</sup>.

20. Cfr. *Roe*, 157-9.

21. Cfr. ad esempio G. Kalinowski (1965), trad. esp. 1973, 177-9; e specialmente L. Lombardi Vallauri, 1995, 95-100.

22. La Corte nordamericana considerò esplicitamente la possibilità di rivedere la giurisprudenza consolidata in *Roe* a partire da questo principio, fondamentalmente in due occasioni. Primo, nel caso *Webster vs. Reproductive Health Services et Al.*, 492 U.S. 490 (1989); dopo nel citato caso *Casey*, in cui cambiò parte della giurisprudenza posteriore a *Roe*, che proibiva in forma assoluta qualunque azione statale destinata a proteggere la vita umana del nascituro durante il primo trimestre. Cfr. *Casey*, cit., 844-69. Principio che, d'altra parte, fu applicato ventiquattro anni dopo per negare un presunto diritto a suicidarsi in *Washington vs. Glucksberg*, 521 U.S. 702 e *Vacco vs. Quill*, 521 U.S. 793.

23. Cfr. i riferimenti della nota 10.

*3.2. I limiti dell'argomento della natura religiosa  
della decisione di abortire*

L'argomento della libertà religiosa elaborato da Dworkin è, come si è detto, l'argomento rafforzato della privacy, ragione per cui a esso possono essere estese queste stesse considerazioni. Secondo Dworkin, la scelta di abortire incarna una concezione circa i fondamenti del valore sacro della vita – la concezione secondo la quale la sacralità della vita è direttamente proporzionale al grado di «investimento personale» che si è rivolto a essa. Per la stessa ragione, si tratterebbe di una scelta religiosa protetta dal primo emendamento e, più in generale, dal diritto alla privacy o all'intimità.

Il primo problema di questo argomento è che non distingue adeguatamente tra la natura religiosa o laica di una convinzione e il carattere privato e/o religioso delle azioni motivate da convinzioni religiose. In verità, il rapporto motivazionale tra una convinzione religiosa e un modo di agire non è sufficiente per concludere che il secondo è protetto dalla libertà religiosa. Inoltre, si dovrebbe mostrare, come in qualunque esercizio della libertà, che la condotta presuntivamente ancorata a convinzioni religiose non tocca il contenuto essenziale dei diritti di terzi e/o l'ordine pubblico.

Tornando all'argomento di Dworkin, si potrebbe concludere che l'affermazione secondo la quale la scelta di abortire è essenzialmente religiosa, e pertanto garantita dalla libertà religiosa, presuppone la tesi secondo la quale tale scelta non tocca in forma sostanziale né i diritti di terzi né il legittimo interesse dello Stato – riconosciuto come valido da Dworkin – a preservare la coscienza collettiva del valore della vita umana. Ciò implica, in ultima analisi, affermare che il soggetto nascituro non è persona o titolare di diritti.

Tuttavia, oltre a non distinguere adeguatamente tra convinzioni e condotte motivate da convinzioni religiose, la definizione di «concezione religiosa» proposta da Dworkin è difficilmente sostenibile. È vero, come avverte Dworkin, che molte convinzioni «tipicamente religiose» hanno forti implicazioni morali e vengono assunte con una pretesa di oggettività o «trascendenza». Tuttavia, nessuno di questi tre fattori – somiglianza con contenuti tipicamente religiosi, implicazioni morali e pretesa di oggettività – sono qualità sufficienti per definire una convinzione come religiosa dal punto di vista costituzionale.

Se così fosse, la penalizzazione dell'aiuto al suicidio, all'omicidio, al furto, all'aggressione sessuale e fisica dovrebbero considerarsi violazioni della libertà religiosa. Infatti, oltre a sembrare «sufficientemente simili» al decalogo ebraico-cristiano che, senza dubbio, forma parte di credenze che sono «evidentemente religiose», in tutti questi casi il bene protetto è la vita umana, indipendentemente dal «grado di investimento personale» compiuto su di essa. Il diritto prende partito, quindi, riconoscendo la sacralità della vita in forma indipendente dal grado di investimento personale effettuato sulla stessa vita.

In verità sono molti, se non la maggioranza, i principi costituzionali, penali, civili ecc. che riproducono la sostanza o il contenuto di principi religiosi, come negli esempi proposti. Così, il principio costituzionale di uguaglianza potrebbe ben considerarsi un'applicazione concreta del principio cristiano di co-fraternità, secondo il quale qualunque uomo è considerato figlio di Dio e, per ciò stesso, ugualmente titolare di un trattamento degno.

Che cosa, allora, definisce la religiosità di una convinzione, una norma o un argomento? La proposta di John Rawls in relazione alla natura religiosa o pubblica degli argomenti sembra maggiormente conciliabile con le nostre pratiche costituzionali. In questa proposta, il carattere confessionale di un argomento non dipende tanto dalla sua materia o dal suo contenuto, quanto dalla sua intelligibilità. Un argomento confessionale o religioso sarebbe incomprensibile o inintelligibile alla luce dei concetti, delle proposizioni e dei modi di derivazione logica propri di quella che Rawls chiama «ragione pubblica». Se, invece, un argomento può ricollegarsi ad altri argomenti che sì sono intelligibili alla luce della ragione pubblica, attraverso modi di derivazione logica che sono altrettanto propri di questa ragione, il fatto che *per di più* tale argomento si possa collegare materialmente o sostanzialmente a convinzioni religiose non lo rende *di per sé* un argomento «religioso». E ancora, dal punto di vista della stabilità e della legittimità dell'ordine giuridico, è desiderabile che i cittadini possano ricollegare il contenuto delle norme giuridiche con il contenuto delle loro credenze morali e religiose<sup>24</sup>.

In questo senso, e lasciando da parte per ora i limiti del concetto rawlsiano di «ragione pubblica», si potrebbe dire che la natura religiosa di una convinzione non dipende né dal suo contenuto materiale, né dal peso che il soggetto le attribuisce nel suo schema di decisioni morali, ma dipende dalla sua visibilità o intelligibilità e dalle ragioni per le quali la si accetta. Una convinzione è religiosa quando, precisamente perché il suo contenuto non è intelligibile alla luce della ragione – naturale e quindi pubblica –, la si condivide per rispetto a una autorità divina. Una convinzione invece è laica quando il suo contenuto è intelligibile alla luce della ragione naturale, e tale intelligibilità è la ragione per condividerla, difenderla e proporla nell'ambito pubblico<sup>25</sup>.

24. Lo stesso Rawls indica che l'inserimento di ragioni comprensive nei dibattiti pubblici non ufficiali rafforza l'ideale della ragione pubblica in due casi: (a) la «dichiarazione» (*declaration*) mediante la quale si mostra la compatibilità tra la dottrina comprensiva propria e una concezione politica ragionevole di giustizia; (b) la congettura con la quale si mostra ad altri cittadini la compatibilità delle loro dottrine comprensive con una concezione politica ragionevole della giustizia. Cfr. J. Rawls, 1997, 786-7; 2005, 465-7.

25. Il concetto rawlsiano di «ragione pubblica» è forse uno dei principali filoni della discussione della sua proposta, all'interno e all'esterno del liberalismo. Riguardo l'applicazione di questa proposta al problema dell'aborto, in particolare, cfr. J. Finnis, 1998; R. P. George, 1997. Per una critica generale, cfr. M. Galston, 1994, 1842 ss.; M. Sandel, 1994, 1765. Una buona sintesi di

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

In questa prospettiva, la condanna dell'aborto sarebbe religiosa agli occhi del diritto se si basasse solo su argomenti di fede o di autorità come, ad esempio, l'argomento secondo il quale qualunque vita umana è una vita creata e voluta da Dio. Tuttavia, se la condanna dell'aborto si fonda su argomenti che sono comprensibili alla luce della ragione, il fatto che oltre a questi si presentino argomenti di fede o di autorità, o che la condanna sia manifestata da un gruppo confessionale, non altera la natura laica della condanna stessa. Inoltre, la manifestazione pubblica di questi argomenti di fede che confluiscano con gli argomenti di ragione dovrebbe prendersi come una prova del valore del pluralismo, che è un valore essenziale di qualunque democrazia costituzionale<sup>26</sup>.

### *3.3. L'argomento implicito nel dibattito esplicito: una precomprensione filosofica – non scientifica – del concetto di persona*

I limiti degli argomenti della privacy e della libertà religiosa mostrano come entrambi dipendano da un pre-concetto di *persona* come titolare di diritti che, a sua volta, non è del tutto controllato né dal testo né dalla pratica costituzionale. La prima domanda rilevante è se entro gli spazi di creatività interpretativa, all'interno dei quali né il testo né la pratica costituzionale controllano l'interpretazione, la decisione dipende da giudizi empirici o scientifici, come sembra dedursi dalla decisione della Corte Suprema argentina.

Il fatto, però, che la Corte nordamericana interpretasse gli stessi dati scientifici in modo contrario a come li interpretò la Corte argentina permette di supporre che neppure la scienza empirica offre argomenti autosufficienti per la determinazione del concetto costituzionale di persona.

In realtà, la scienza è carente di risorse epistemologiche che offrano una definizione di persona, sia essa una definizione giuridica o filosofica. Pertanto, le differenze tra la Corte argentina e la Corte nordamericana circa il significato delle scoperte della genetica non sono propriamente scientifiche, ma piuttosto giuridiche e, prima ancora, filosofiche. Sono differenze giuridiche in quanto non dubitano che la vita che deve nascere appartiene alla specie umana, ma piuttosto riguardano la domanda se qualunque individuo della specie umana è trattato con uguale considerazione da parte del diritto. E sono differenze filosofiche, poiché davanti al silenzio o all'indeterminatezza delle norme giuridi-

queste obiezioni si trova in H. M. Hurd, 1995. All'interno del liberalismo, Jeremy Waldron ha obiettato l'esclusione dal campo della ragione pubblica non già di principi morali controversi, ma anche di altri principi di giustizia differenti dai principi liberali (cfr. J. Waldron, 1999, 153-61). Sullo sviluppo attuale del dibattito in ambito anglosassone cfr. G. P. Magarian, 2011, 119.

26. Anche John Finnis sostiene (in polemica con Rawls) che la convinzione politica secondo cui qualunque essere umano è ugualmente degno rispetto a un altro è un'eredità della rivelazione cristiana, e che senza questa base religiosa tale convinzione è ingiustificabile di fronte a un pubblico che non condivide l'*ethos* liberale. Cfr. J. Finnis, 2011b, 51-3.

che circa il riferimento o l'estensione del concetto costituzionale di persona, la domanda adeguata per determinare questa estensione è essenzialmente di filosofia politica: che cosa valorizza e che cosa protegge il diritto in un individuo della specie umana quando riconosce la sua dignità o personalità?

Su questo punto si coglie con tutta la sua forza il nucleo del dibattito costituzionale sull'aborto. Si tratta di decidere quali enti meritano il riconoscimento della personalità giuridica costituzionale e perché. Davanti all'assenza di una definizione da parte del diritto costituzionale, la risposta dipende dall'orizzonte comprensivo, o, se si vuole, dai preconcetti filosofico-politici a partire dai quali si interpreta globalmente una Costituzione.

Molto si è scritto sulla concezione della persona che una democrazia costituzionale dovrebbe accogliere, se pretende di considerarsi giusta. Dietro l'apparente molteplicità e diversità di opinioni su quale concezione di persona sia più o meno giusta, ci sono due alternative chiaramente delineate: o la nozione di persona e quella di dignità umana sono una costruzione sociale, oppure tali nozioni sono realtà oggettive e, soprattutto, indipendenti dai cambi di umore delle società che si considerano «democratiche».

#### 4. IL DIBATTITO SULLA NATURA DEI CONCETTI<sup>27</sup>

L'assunzione di un pre-concetto filosofico di persona a partire dal quale si interpreta il concetto costituzionale di dignità o personalità è, allora, il risultato di una presa di posizione in un secondo livello del dibattito, un livello più generale, però allo stesso tempo più fondamentale.

Si tratta del dibattito semantico che ruota intorno alle seguenti domande: come si classificano le cose nel mondo in generale e nel mondo giuridico in particolare? Le classificazioni concettuali sono il prodotto di un dibattito riflessivo e in certa misura esplicito, che il diritto è chiamato a riprendere nella misura in cui sono oggetto di un consenso? Sono un'imposizione interessata di un gruppo dominante, che il diritto accoglie per aggiungerle la propria forza coattiva? O sono, invece, qualcosa come il prodotto della rappresentazione di una realtà che ci si presenta già classificata, se non in tutto, almeno in parte?

La concezione consensuale dei diritti fondamentali di Rawls presuppone una visione «costruttivista» del linguaggio e della conoscenza morale che, logicamente, si proietta sulla sua nota asserzione secondo cui tutta la pratica costituzionale si basa su una «concezione politica, non metafisica della persona»<sup>28</sup>. D'altra parte, la scuola critica concepisce i principi dei diritti umani come una creazione borghese funzionale agli interessi di classe; o come l'ultima carta

27. Le idee seguenti sono state sviluppate anche in P. Zambrano, E. Sacristán, 2012.

28. Sul carattere costruttivo del concetto di persona in Rawls, cfr. specialmente J. Rawls, 2005, 20, e sul costruttivismo come sua teoria epistemologico-pratica cfr. ivi cap. 3.

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

delle minoranze di fronte a una presunta dominazione culturale esercitata attraverso il linguaggio<sup>29</sup>. Infine, l'alternativa della corrispondenza tra i principi dei diritti umani e i beni umani, la cui individuazione (in una certa misura) è indipendente della volontà umana, è propria della tradizione giusnaturalista classica<sup>30</sup>.

Molto probabilmente tutte queste opzioni, o meglio una combinazione di tutte, sono corrette se si tratta di descrivere globalmente qualunque pratica giuridica concreta. In verità, in qualunque pratica giuridica ci sono concetti tecnici che – legittimamente o illegittimamente – sembrano introdursi nel mondo del diritto attraverso la mano di lobby o la pressione di un qualche gruppo di interesse. Così uno dei conflitti più violenti tra i piccoli e i medi esercizi commerciali da una parte e le grandi imprese di distribuzione (i supermercati e ipermercati) dall'altra è quello che concerne la determinazione del campo di riferimento del concetto di «prezzo predatorio». Questo concetto fu recepito da parte del diritto dal campo delle scienze economiche con il significato di «politica di vendita di un prodotto o servizio a un prezzo molto basso con l'intenzione di espellere i concorrenti dal mercato»<sup>31</sup>. I secondi, la cui politica di vendita è centrata su campagne promozionali, spingono per ridurre al massimo il suo riferimento, mentre i primi, che indubbiamente si vedono toccati da queste campagne promozionali, spingono in direzione opposta<sup>32</sup>.

Altri concetti sembrano essere la trasposizione nel campo giuridico di classificazioni concettuali derivanti da un dibattito o discorso sociale un po' più ampio e riflessivo. Così, ad esempio, si potrebbe pensare ai concetti di «inopponibilità della personalità giuridica» o di «lacerazione del velo societario», che è una creazione giurisprudenziale e in parte dottrinaria diretta a garantire che non si abusi del riconoscimento della persona giuridica o, espresso positivamente, che la personalità giuridica si utilizzi per i fini sociali in funzione dei quali fu riconosciuta<sup>33</sup>.

Esistono infine altri concetti giuridici che sembrano riflettere un ordine precedente a qualunque decisione umana. Così ad esempio la distinzione all'interno del concetto di filiazione tra filiazione «per natura» o «per adozione», codificata nell'articolo 240 del Codice civile argentino. È vero che può pensarsi a una zona di penombra, in cui il riferimento di questa distinzione è discutibile e in cui, pertanto, ha luogo la dimensione costruttiva del diritto. Tuttavia, questa è una proprietà di tutti i concetti che non dimostra che il linguaggio è

29. Cfr. circa il primo senso P. Masurek (1989), trad. esp. 1992, 343; e circa il secondo senso, assumendo le tesi di Jacques Derrida sul linguaggio e la dominazione, E. A. Baker, 1991, 221.

30. Il rappresentante attuale più riconosciuto di questa tradizione è, quasi senza dubbio, J. Finnis, 2011a.

31. Cfr. G. Medina, 2011, 1.

32. Cfr. *ivi*, 3 e 4.

33. Cfr. A. V. Verón, 2011, 2.

pura costruzione, ma che dimostra piuttosto che, al massimo, nella parte più oscura del riferimento dei concetti può esserci spazio per la costruzione.

In sintesi, ci sono zone in cui il linguaggio giuridico è il frutto di una costruzione sociale connessa con interessi settoriali più o meno passeggeri, e più o meno legittimi. Ci sono altre zone del linguaggio giuridico che sono anch'esse frutto di una costruzione sociale, ma che si collegano con i fini esistenziali del diritto o, se si vuole, con interessi in certo senso universali e stabili. Infine, ci sono zone – minoritarie – in cui il linguaggio giuridico si limita a riconoscere distinzioni o classificazioni chiamandole così «previe» o «naturali».

È naturale che così sia poiché il diritto dirige e ordina le relazioni umane in tutti gli ambiti dell'esistenza (o in quasi tutti): quelli che sono per natura o necessità permeabili alla decisione umana e quelli che non lo sono. Per la stessa ragione, quelle domande non dovrebbero formularsi in termini generici con riferimento a tutto il diritto, ma piuttosto con riferimento a problemi o dibattiti giuridici concreti.

In relazione al problema della personalità del soggetto nascituro, la domanda potrebbe allora riformularsi nel seguente modo: la determinazione che il soggetto nascituro rientra nel campo di riferimento del concetto filosofico, e in quello anche giuridico, di persona è soggetta all'arbitrio umano o appartiene, invece, all'ordine delle cose che si presentano all'intelligenza come già date, come *ob-jectum*? Ancora una volta la risposta può essere elaborata a partire da una prospettiva sociologica descrittiva, nel qual caso si dovrebbe concedere che tale risposta assomigli più a un concetto costruito sulla base di pretese variabili che non a un concetto «scoperto» o rappresentato a partire da una realtà che si impone all'intelletto. È sufficiente in questo senso tentare di decifrare il significato di quella entità intermedia tra le cose e le persone, alla quale si deve un «rispetto speciale», secondo il *common law* nordamericano<sup>34</sup>.

L'oscurità o persino il non senso di questi concetti che cominciano a diffondersi è una proiezione logica dell'ambiguità od oscurità di altri concetti altrettanto nuovi, ai quali la comunità giuridica in generale li lega; concetti come il diritto alla salute riproduttiva e alla salute sessuale in Argentina; e, con un po' più di fondamento, il concetto di privacy applicato alla riproduzione e alla vita sessuale in generale, negli Stati Uniti. Tutti questi, come quelli, sono concetti relativamente nuovi rispetto a concetti giuridici più tipici della dogmatica civile e penale, come quello del danno o delitto o atto giuridico.

34. Il concetto di rispetto speciale fu utilizzato per la prima volta nel famoso caso *Davis vs. Davis*, 842 S.W. 2d. 588 (1992), nel quale si determinò che uno dei genitori aveva diritto a opporsi all'impianto degli embrioni eccedenti in un processo di fecondazione in vitro. Sull'utilizzazione posteriore di questo concetto nel *common law* nordamericano è chiara la sintesi contenuta nel caso *Roman vs. Roman*, 193 S.W. 3d 40 (Tex.App.Hous. (1 Dist.) 2006). Sulla sua vacuità si può consultare P. Zambrano, E. Sacristán, 2012.

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

In questa tappa ricostruttiva, nella quale il senso di alcuni concetti sembra condizionato dal senso di altri, la domanda sociologico-descrittiva apre a sua volta la strada alla seguente domanda concettuale: vi è un qualche riferimento necessario cui la costruzione concettuale completa dovrebbe riferirsi, se davvero pretende di conservare l'eredità dei diritti fondamentali? Sarebbe come domandarsi: il concetto di diritto fondamentale, con le sue caratteristiche proprie di universalità e assoltezza (*incondicionalidad*), limita il criterio di costruzione semantica, per quanto concerne il valore della “vita del nascituro” e il concetto giuridico di “persona”?

### 4.1. *Prassi semantica e diritti fondamentali*

I dibattiti circa quale sia la *praxis* semantica che meglio si adatta a queste caratteristiche dei diritti umani e fondamentali sono estesi e difficilmente riproducibili in questa sede<sup>35</sup>.

Alcuni autori dicono di situarsi in una posizione intermedia in questa disputa, posizione secondo la quale il significato non risulta dal mero uso dei concetti da parte di una determinata comunità linguistica, quanto piuttosto dalla pratica di riflessione circa quale sia il corretto uso del concetto all'interno della comunità linguistica<sup>36</sup>. Anche se questa proposta perfeziona il criterio per definire che cosa significa usare un concetto, essa continua a situarsi in linea con la proposta che conferisce priorità al significato e che riduce il significato all'uso. Sembra, allora, che le alternative possano lasciarsi ricondurre alle due accennate: o i principi dei diritti fondamentali sono costruzioni sociali che precedono e determinano il proprio campo di riferimento; oppure il loro riferimento – un qualche bene umano fondamentale – precede e determina il loro significato<sup>37</sup>.

Se i principi dei diritti fondamentali sono costruzioni concettuali che determinano il proprio campo di riferimento o di applicazione attraverso l'uso, difficilmente può affermarsi che l'universalità e l'assoltezza sono carat-

35. Almeno nell'ambito nordamericano Michael S. Moore occupa un posto centrale in questo dibattito, specialmente con il suo articolo del 1985, che fu poi ripreso, tra gli altri, da J. L. Coleman, B. Leiter, 1995; G. Walker, 1990; S. C. Brubaker, 1987, 261; B. Leiter, 1993, 187; N. Stavropoulos, 1996; B. Bix, 1993, 133-77; 1992; A. Marmor, 1992.

36. M. Green, 2003, 1913-4.

37. Come è noto, l'alternativa tra attribuire priorità al riferimento o al significato nella determinazione del senso dei concetti fu sviluppata nell'ambito della filosofia del linguaggio da Saul Kripke e Hillary Putnam, in S. Kripke, 1980; H. Putnam, 1973. Queste teorie furono applicate al problema dell'indeterminazione giuridica da Michael S. Moore, tra gli altri lavori in M. S. Moore, 2001, e, con alcune differenze, anche da N. Stavropoulos, 1996, e D. Brink, 2001. Per una revisione critica di queste teorie si può consultare B. Bix, 2003. Sul ruolo della semantica come limite alla creatività interpretativa cfr. ad esempio J. Wróblewski (1979), trad. esp. 2001, 108; P. Zambrano, 2009.

teristiche necessarie o definitorie di questi principi. Infatti, l'uso di un concetto non è che un fenomeno sociale che, come qualunque fenomeno sociale, accade nel tempo e nello spazio, ed è soggetto all'arbitrio umano. Le tre condizioni – temporalità, spazialità e soggezione all'arbitrio umano – fanno dell'uso linguistico – e del significato del diritto fondamentale che risulta di questo uso – una realtà fenomenica relativa a una comunità linguistica particolare, e variabile tanto dentro la comunità linguistica, quanto comparativamente in relazione con altre comunità<sup>38</sup>.

La conclusione è quasi ovvia. Se il significato o il concetto dei diritti fondamentali si costruisce con l'uso, e se questo uso determina il proprio ambito di riferimento, difficilmente potrebbe predicarsi l'universalità e l'assoltezza dei principi dei diritti fondamentali. Saranno, invece, principi tanto estesi quanto esteso è il consenso nella comunità linguistica nella quale si basa quel significato o concetto, e assoluti nella misura in cui si mantenga questo stesso consenso circa la volontà di non strumentalizzare l'essere umano.

Se il significato del concetto di *diritto fondamentale* – o di qualsiasi altro concetto giuridico – si costruisce con l'uso, e solo con l'uso, la determinazione del riferimento nei casi oscuri sarà necessariamente arbitraria. Forse i casi oscuri o difficili saranno, puramente e semplicemente, casi situati fuori dal margine d'uso dei concetti. Sono, cioè, casi privi di significato o di senso. Se, invece, il riferimento precede la costruzione, o meglio, l'astrazione del significato, il consenso sociale, l'autorità giuridica, o entrambe, potranno costruire significati intricati e oscuri, come di fatto lo hanno fatto fino ad ora in relazione ai concetti giuridici di *persona* e di *rispetto*. Tuttavia lì si trova la realtà cui fanno riferimento questi concetti giuridici e morali per illuminare ciò che l'uso o l'abuso del linguaggio rende oscuro. Quindi, per quanta forza o *imperium* gli uni o gli altri possiedano per costruire e ricostruire concetti nell'ambito sociale e nell'ambito giuridico in particolare, questi non hanno il potere di trasformare, e ancor meno negare, il quadro di riferimento di questa costruzione.

In altre parole, se il riferimento precede il significato, i principi dei diritti umani o fondamentali, con le loro note di universalità – per tutti – e assoltezza – sempre –, si rendono invulnerabili all'abuso del linguaggio<sup>39</sup>. Giunti a questo punto, è necessario allora per l'ultima volta domandarsi: quale pratica semantica meglio corrisponde a queste caratteristiche concettuali, e pertanto

38. Questa relatività si manifesta nella critica di Green a Dworkin, secondo la quale l'errore di Dworkin consiste nel limitare eccessivamente lo spazio della comunità linguistica rilevante per studiare il concetto di diritto. È chiaro che Green non giunge mai a spiegare quali sono i limiti spaziali di questa altra comunità, né il momento concreto nel quale si visualizza tale comunità, nè meno ancora perché questi limiti e non altri. Cfr. M. Green, 2003, 1925.

39. Sulle difficoltà interpretative alle quali indusse l'uso di una semantica costruttivista in *Roe* cfr. per esempio J. M. Breen, M. A. Scaperlanda, 2006, 304.

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

necessarie, dei diritti umani? Una pratica che costruisce i concetti a partire dal nulla, o una pratica che li costruisce a partire dal riconoscimento del reale? Se la seconda alternativa è quella corretta, allora in che modo la realtà cui il concetto di diritto umano fa riferimento limita la costruzione del concetto giuridico di persona? Non è forse, imponendo l'unica condizione secondo la quale il suo riconoscimento sia universale – a qualunque essere umano – e assoluto – in qualunque situazione?

### 5. ALLA RICERCA DI QUALCHE CONCLUSIONE: FEDELTÀ AUTENTICA AL CONSENSO DEMOCRATICO E PREMINENZA DELLA REALTÀ

Il dibattito intorno all'aborto riunisce tre dibattiti in uno: il dibattito esplicito sull'aborto, il dibattito sulle condizioni di ingresso di una ragione nel dibattito pubblico e il dibattito sull'origine dei concetti di qualsiasi discorso pubblico.

Nel livello esplicito di discussione, la proposizione secondo la quale esiste un diritto alla «non penalizzazione» dell'aborto deriva da un iter argomentativo come il seguente: (a) il *non nato* non è persona nel senso giuridico del concetto; (b) la decisione di abortire è di tale importanza per lo sviluppo dell'autonomia della madre che potrebbe considerarsi di natura religiosa; (c) pertanto l'atto di abortire è protetto dal diritto alla privacy.

Questo livello esplicito di discorso si basa su una risposta implicita al secondo e al terzo livello del dibattito, che potrebbe sintetizzarsi in questo altro iter argomentativo: (a) solo gli argomenti o le ragioni che sono oggetto di consenso morale sono ammissibili per delineare una concezione della persona e della dignità nell'ambito pubblico; (b) poiché l'ammissibilità di una ragione nel dibattito pubblico dipende dal suo livello di consenso, i concetti della ragione pubblica sono pure costruzioni, dal principio alla fine.

Questo secondo iter argomentativo permette di estendere e ampliare la conclusione dell'iter esplicito nel modo seguente: il feto non è persona nel senso giuridico – non è titolare di diritti – perché non lo è neppure nel senso morale-filosofico, che è ciò che illumina il senso del concetto giuridico. Il feto è escluso dal campo di riferimento del concetto morale filosofico perché così si è evoluto il discorso morale delle società democratiche. Avrebbe potuto evolversi diversamente, però di fatto si è evoluto così, e non c'è nessuna realtà oltre questo discorso che possa servire come prospettiva per metterlo in dubbio. I concetti, se non tutti almeno i concetti morali e giuridici, sono pura creazione o costruzione sociale.

È opportuno domandarsi, per concludere, fino a che punto l'iter argomentativo completo che conduce al riconoscimento di un diritto alla depenalizzazione dell'aborto, nei tre livelli del dibattito, è coerente con il concetto stesso di diritto fondamentale. In particolare, con il concetto di diritti fondamentali come *atout* di fronte ai possibili abusi delle maggioranze. O, se si vuole, come

sfera dell'essere e della libertà che, in quanto rappresentano aspetti fondamentali della persona, non sono negoziabili.

Cominciando con il dibattito sulla natura pubblica delle ragioni, non sembra obiettabile la preoccupazione di distinguere tra ragioni o argomenti che sono pubblicamente difendibili e ragioni che non lo sono. Una delle note essenziali di un sistema di governo costituzionale è la pubblicità degli atti del governo, e la pubblicità degli atti del governo non si limita a esigere che il potere pubblico faccia conoscere i suoi atti, ma esige di più. Esige che ci faccia conoscere le ragioni dei suoi atti, e ancora di più: che queste ragioni siano genuine ragioni. Cioè, argomenti e motivazioni comprensibili per qualunque essere umano alla luce della ragione, indipendentemente dalla fede che la persona professi. L'esigenza di pubblicità è tanto più necessaria, e pertanto possiede tanta più capacità di legittimazione, in una società pluralista nella quale convivono diverse, e financo contrapposte, concezioni etiche e religiose.

Sembra tuttavia un errore confondere «accettabilità» con «costruzione», come se l'unica cosa accettabile per un pubblico pluralista fossero i concetti costruiti da questo stesso pubblico, in forma indipendente da qualunque riferimento alla *res humana*. Se si considerano bene le cose, se si tratta di offrire ragioni «accettabili», allora bisogna offrire ragioni che siano accettabili tanto per ciò che concerne i casi concreti per i quali furono pensate, quanto per ciò che concerne il resto dei casi ai quali tali ragioni possono estendersi. E se c'è qualcosa che possa reputarsi come una verità «acquisita» e condivisa dalle democrazie occidentali è che nessuno può ergersi a giudice della dignità degli altri<sup>40</sup>.

Sbaglia allora Rawls quando sostiene che il consenso politico delle democrazie occidentali si basa su una concezione dei diritti umani o fondamentali, a partire dal diritto alla vita, secondo la quale il loro significato è una pura costruzione sociale. In questo caso, allora, la loro forza protettiva dipenderebbe dall'incontro tra i gusti, le convinzioni o la fede di una maggioranza mutevole, e dalla creatività di chi interpreta il volere di questa maggioranza. E questo equivarrebbe ad affermare che si è lasciato da parte definitivamente il cammino dei diritti umani come strategia di difesa dall'abuso del potere.

Questa critica alla proposta rawlsiana non si basa sul rifiuto del potere legittimante del consenso, ma piuttosto sul suo contrario: sulla pretesa di una fedeltà autentica al consenso politico delle società democratiche. Fedeltà alle stesse convinzioni politiche di cui parla Rawls, uguaglianza e libertà, però concepite in maniera coerente con la convinzione politica ed etica secondo la

40. Per segnalare il principio personalista come radice del pluralismo ma allo stesso tempo come punto di incontro dentro il pluralismo nelle democrazie costituzionali cfr. per esempio F. Viola, 2007, 416. In una logica simile, insistendo nella necessaria corrispondenza tra il concetto giuridico di persona e il concetto antropologico-filosofico, cfr. J. Finnis, 2011c, 33.

## L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

quale i diritti fondamentali non sono una grazia che concede una maggioranza, o una minoranza efficientemente organizzata, quanto piuttosto un principio etico intrinsecamente ragionevole.

Quando si pretende, allora, che i diritti fondamentali si basino su di una filosofia semantica realista, secondo la quale il campo di riferimento dei concetti ha una preminenza sulla dimensione costruttiva del significato, non si tratta di disconoscere le convenzioni morali maggioritarie o il consenso tra queste convinzioni. Non si tratta di lasciare da parte i fondamenti delle nostre convinzioni politiche, come la convinzione che tutti gli esseri umani sono ugualmente degni, e hanno pertanto un diritto fondamentale alla vita. Si tratta piuttosto di liberare di nubi l'orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali, mostrando le condizioni di intelligibilità delle sue convinzioni fondamentali.

### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACKERMAN Bruce A., 1985, «Beyond Carolene Products». *Harvard Law Review*, 98, February: 713-46.

BALKIN Jack M., 2007, «How Genetic Technologies Will Transform Roe vs. Wade». *Emory Law Review*, 56: 843-64.

BARBERIS Julio, 2005, «El derecho a la vida en el Pacto de San José de Costa Rica». In *Liber Amicorum Cançado Trindade*, Tomo 3. Fabris, Porto Alegre.

BEAUCHAMP Tom L., CHILDRESS James F., 1994<sup>4</sup>, *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford University Press, New York.

BIANCHI Alberto B., 1991, «Las llamadas “libertades preferidas” en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina». *Régimen de la Administración Pública*, 146: 7-49.

BIX Brian, 1992, «Micheal’s Moore Realist Approach to Law». *University of Pennsylvania Law Review*, 140, April: 1293-332.

Id., 1993, *Law, Language, and Legal Determinacy*. Clarendon Press, Oxford.

Id., 2003, «Can Theories of Reference and Meaning Solve the Problem of Legal Determinacy?». *Ratio Iuris*, 16, September: 281-95.

BREEN John M., SCAPERLANDA Michael A., 2006, «Never Get Out'a the Boat. *Stenberg vs. Carhart* and the Future of American Law». *Connecticut Law Review*, 39: 297-323.

BRINK David, 2001, «Legal Interpretation, Objectivity and Morality». In *Objectivity in Law and Morals*, edited by Brian Leiter, 13-65. Cambridge University Press, Cambridge.

BRUBAKER Stanley C., 1987, «Conserving the Constitution». *Journal of the American Bar Foundation*, 12: 261-80.

BUKER Eloise A., 1991, «Rhetoric in Postmodern Feminism». In *The Interpretive Turn*, edited by David R. Hiley, James F. Bohman, Richard Shusterman, 218-45. Cornell University Press, Ithaca, New York.

CHILDRESS James F., 1982, *Who Should Decide? Paternalism in Health Care*. Oxford University Press, New York.

COLEMAN Jules L., LEITER Brian, 1995, «Determinancy, Objectivity, and Authority». In

*Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, edited by Andrei Marmor, 203-78. Clarendon Press, Oxford.

DWORKIN Ronald, 1993, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. Knopf, New York (trad. esp. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona 1998).

FINNIS John, 1987, «Legal Enforcement of "Duties to Oneself": Kant v. Neo-kantians». *Columbia Law Review*, 87: 433-56.

ID., 1998, «Public Reason, Abortion, and Cloning». *Valparaíso University Law Review*, 32: 361-82.

ID., 2011a, *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press, Oxford.

ID., 2011b, «Religious and Public Life in Pluralist Society». In Id., *Collected Essays*, Vol. v: 42-55. Oxford University Press, Oxford-New York.

ID., 2011c, «The Priority of Persons». In Id., *Collected Essays*, vol. ii, 19-35. Oxford University Press, Oxford-New York.

GALSTON Miriam, 1994, «Rawlsian Dualism and the Autonomy of Political Thought». *Columbia Law Review*, 94: 1842-59.

GEORGE Robert P., 1997, «Public Reason and Political Conflict: Abortion and Homosexuality». *Yale Law Journal*, 106: 2475-504.

GREEN Micheal, 2003, «Dworkin Fallacy or What the Philosophy of Language Can't Tell Us about Law». *Virginia Law Review*, 89: 1897-952.

HURD Heidi M., 1995, «The levitation of Liberalism». *Yale Law Journal*, 105: 795-824.

KALINOWSKI Georges, 1965, *Introduction a la logique juridique*, Pichon et Durand-Auzias, Paris (trad. esp. *Introducción a la lógica jurídica*. Eudeba, Buenos Aires 1973).

KANT Immanuel, 1785, «Grundlegung der Metaphysik der Sitten». In Id., *Gesammelte Schriften*, vol. iv, 387-463. Academie-Ausgabe, Berlin 1907 (ed. bilingue de J. Mardomingo, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona 1996).

KRIPKE Saul, 1980, *Naming and Necessity*. Blackwell, Oxford.

KULTGEN John, 1995, *Autonomy & Intervention. Parentalism in the Caring of Life*. Oxford University Press, New York.

LEITER Brian, 1993, «Objectivity and the Problems of Jurisprudence». *Texas Law Review*, 72: 187-209.

LOMBARDI VALLAURI Luigi, 1995, *Corso di filosofia del diritto*. Cedam, Padova.

LUGOSI Charles, 2006, «Conforming to the Rule of Law: When Person and Human Being Finally Mean the Same Thing in the Fourteenth Amendment Jurisprudence». *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 4.2: 361-452.

MAGARIAN Gregory P., 2011, «Religious Argument, Free Speech Theory, and Democratic Dynamism». *Notre Dame Law Review*, 86: 119-82.

MARMOR Andrei, 1992, «No Easy Cases?». In *Wittgenstein and Legal Theory*, edited by Dennis M. Patterson, 189-206. Westview Press, Oxford.

MAZUREK Per, 1989, «Marxistische und sozialistische Rechtstheorie». In *Einführung in Rechtsphilo-sophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, edited by Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, 357-74. Müller, Heidelberg (trad. esp. «Teoría marxista y socialista del Derecho». In *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edited by Arthur Kaufmann. Debate, Madrid 1998, 333-48).

MEDINA Graciela, 2011, «Políticas de ofertas de los supermercados, defensa de la competencia y precios predatores». *La Ley Argentina*, 2011-C: 692-704.

L'ORIZZONTE COMPRENSIVO DELLE NOSTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

MOORE Michael S., 1985, «A Natural Law Theory of Interpretation». *Southern California Law Review*, 58: 277-396.

Id., 2001, «Constitutional Interpretation and Aspirations to a Good Society: Justifying the Natural Law Theory of Interpretation». *Fordham Law Review*, 69: 2087-117.

PUTNAM Hillary, 1973, «The Meaning of Meaning». *The Journal of Philosophy*, 70: 699-711.

RAWLS John, 1987, «The Idea of an Overlapping Consensus». *Oxford Journal of Legal Studies*, 7: 1-25.

Id., 1997, «The Idea of Public Reason Revisited». *University of Chicago Law Review*, 64: 765-807.

Id., 2005, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York (expanded edition).

RICHARDS David, 1987, «Kantian Ethics and the Harm Principle: A Reply to John Finnis». *Columbia Law Review*, 87: 457-71.

RONHEIMER Martin, 1998, «Fundamental Rights, Moral Law and the Legal Defense of Life in a Constitutional Democracy». *American Journal of Jurisprudence*, 43: 135-84.

ROY Jeffrey A., 2002, «Carolene Products: A Game-Theoretic Approach». *Brigham Young University Law Review*, 1, March: 53-109.

SANDEL Michael, 1994, «Political Liberalism». *Harvard Law Review*, 107: 1765-94.

SGRECCIA Elio, 1994, *Manuale di bioetica*. Vol. 1, *Fondamenti ed etica biomedica*. Vita e Pensiero, Milano (trad. esp. *Manual de Bioética*, Diana, México, 1996).

STAVROPOULOS Nicos, 1996, *Objectivity in Law*. Clarendon Press, Oxford.

VAN RENNSLAER POTTER, 1970, «Bioethics: The Science of Survival». *Perspectives in Biology and Medicine*, 14: 127-53.

Id., 1971, *Bioethics. Bridge to the Future*. Prentice Hall Publications, Englewood Cliffs, New Jersey.

VERÓN Alberto V., 2011, «Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad». *La Ley Argentina*, Volumen 2011-D, 10 agosto: 1-7.

VIOLA Francesco, 2007, «La via europea della ragione pubblica in Europa». In *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di Isabel Trujillo, Francesco Viola, V1: 407-31. il Mulino, Bologna.

WALDRON Jeremy, 1999, *Law and Disagreement*. Clarendon Press, Oxford.

WALKER Graham, 1990, *Moral Foundations of Constitutional Thought*. Princeton University Press, New Jersey.

WOLFE Christopher, 2000, «Forum on Public Morality: Public Morality and the Modern Supreme Court». *American Journal of Jurisprudence*, 45: 65-92.

WRÓBLEWSKI Jerzy, 1979, *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Edited by Aulis Aarnio. Jurídica, Helsinki (trad. esp. *Sentido y hecho en el derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México 2001).

ZAMBRANO Pilar, 2009, «Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia». *Persona y Derecho*, 60: 132-52.

ZAMBRANO Pilar, SACRISTÁN Estela, 2012, «El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia constitucional norteamericana y argentina». *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 134: en prensa.