

Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?

di Stelio Mangiameli

(Relazione tenuta al IV Laboratorio Sublacense su
«La comunità familiare e le scelte di fine vita»;
Abbazia di Santa Scolastica – Subiaco, 3-5 luglio 2009)

Sommario: 1. L'autodeterminazione e il catalogo dei diritti costituzionali. – 2. Le posizioni volte a superare il vincolo del catalogo costituzionale dei diritti: a) le tendenze fondate sull'art. 2 Cost. – 3. *Segue*: b) l'affermazione di un principio generale di libertà o di tutela dell'autonomia privata. – 4. La tipicità dei diritti e i fatti nuovi. Necessariamente "nuovi diritti"? – 5. Il catalogo dei diritti e la considerazione unitaria della persona umana. – 6. Il principio della persona umana e le "rivendicazioni di autodeterminazione individuali": il caso del diritto alla salute. – 7. *Segue*: il diritto alla salute e il diritto alla vita e il sistema dei diritti; il caso dell'obiezione di coscienza. – 8. Relativismo dei valori e Costituzione: individualismo e persona umana.

1. *L'autodeterminazione e il catalogo dei diritti costituzionali.*

Il c.d. *diritto all'autodeterminazione*, nel linguaggio corrente, è il riconoscimento della capacità di scelta autonoma ed indipendente dell'individuo e compare come espressione durante gli anni delle lotte femministe ⁽¹⁾.

Questa espressione, originata dalla lotta per i diritti civili e sociali delle donne, successivamente si arricchisce di un ulteriore riferimento: *il diritto all'autodeterminazione dei popoli* ⁽²⁾.

Il *principio di autodeterminazione dei popoli*, solennemente enunciato da Woodrow Wilson in occasione del Trattato di Versailles (1919), sancisce il diritto di un popolo sottoposto a dominazione straniera ad ottenere l'indipendenza, associarsi a un altro stato o comunque a poter scegliere autonomamente il proprio regime politico. Tale principio costituisce una norma di diritto internazionale generale cioè una norma che produce effetti giuridici (diritti ed obblighi) per tutta la Comunità degli Stati. Inoltre, questo principio rappresenta anche una norma di *jus cogens*, cioè diritto non derogabile mediante convenzione internazionale, in quanto rappresenta un principio supremo ed irrinunciabile del diritto internazionale. Come tutto il diritto internazionale, il diritto di autodeterminazione ratificato da leggi interne, per esempio la Legge n. 881 del 1977, vale come legge dello Stato che prevale sul diritto interno.

¹() V. sul punto la *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* del 1791, dovuta alle battaglie di Olympe de Gouges, finita ghigliottinata sotto Robespierre; il famoso saggio di Mary Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman: with Strictures on Political and Moral Subjects* (1792); nonché Stuart Mill, *La schiavitù delle donne* (1869).

²() Sul punto v. G. Arangio Ruiz, *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Encicl. Giur. Treccani*, Roma 1988, *ad vocem*; F. Lattanzi, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1987, vol. II, 4 ss.; G. Palmisano, *Nazione Unite e autodeterminazione interna*, Milano 1997, *passim*; D. E. Tosi, *Secessione e costituzione tra prassi e teoria*, Napoli 2007, 251 ss.; per un quadro sintetico dei classici sul principio in commento v. *Self-Determination in International Law*, ed. R. McCorquodale, Burlington 2000; nonché H. Ambruster, *Selbstbestimmungsrecht*, in *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin 1962, 250 ss..

Alla luce di questa premessa, la domanda che forma il titolo di questo intervento è estremamente problematica; essa riguarda la nozione di autodeterminazione e la Costituzione.

Si adopera un concetto che ha rilevanza giuridica quasi esclusiva nel diritto internazionale e che, per il resto, assolve in genere anche nel linguaggio comune ad un compito politico-rivendicativo e ci si chiede se l'“autodeterminazione”: a) sia un diritto e b) se abbia uno spessore costituzionale.

Ora, la Costituzione non parla di autodeterminazione in alcuna delle sue disposizioni, e ciò nonostante che la nozione di persona, nelle sue diverse aggettivazione (personale, personalità), sia richiamata 21 volte, quella di uomo (o umano) ben 9 volte, in alcuni casi in reciproca combinazione (nell'art. 3, comma 2, e nell'art. 32, comma 2, Cost.) e la dignità è richiamata due volte (nell'art. 3, comma 1, come dignità sociale, e nell'art. 41, comma 2, come dignità umana) ⁽³⁾.

Del resto il linguaggio del Costituente, in gran parte riconducibile a quello adoperato dalla legislazione del tempo non poteva considerare l'autodeterminazione come una espressione giuridica ⁽⁴⁾. Se si prende in considerazione, infatti, il codice del 1942 è facile constatare che i termini di riferimento sono esclusivamente il riconoscimento e la salvaguardia di diritti e di libertà: l'art. 832, a proposito della proprietà, afferma “Il proprietario ha *diritto* di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico” ⁽⁵⁾; l'art. 1321, la cui rubrica reca la dicitura “autonomia contrattuale”, si esprime così: “1. Le parti possono *liberamente* determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. 2. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico” ⁽⁶⁾. Infine, per comprendere l'intero sistema e il suo funzionamento, occorre considerare la previsione dell'art. 2907, nell'ambito del libro sesto, dedicato alla tutela dei diritti che recita: “Alla tutela giurisdizionale dei diritti

³() Sul tema della persona decisive sono le prospettive di diritto privato, per le quali v. G. Alpa e A. Ansaldo, *Le persone fisiche*, in *Il codice civile, commentario diretto da Schlesinger*, Milano 1996; A. Pizzorusso, R. Romboli, U. Breccia, A. De Vita, *Personae fisiche, Art. 1-10*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna –Roma, 1988. La nozione di persona sta al centro dell'attuale dibattito sulla bioetica, che tocca sia l'inizio e sia la fine della vita. Le contrapposte posizioni derivano, in genere, dal diverso modo di intendere la persona. Anche il tema della “dignità” (per il quale v. M. Di Ciommo, *Dignità umana*, in *Dizionario sistematico di Diritto costituzionale*, a cura di Stelio Mangiameli, Milano 2008, 381 ss.) è sottoposto a differenti tipi di interpretazione e la molteplicità di queste spinge parte della dottrina (M. Luciani) a valutare la nozione di dignità come una formula vuota, la qualcosa contrasta con il principio ermeneutica per il quale alle parole del legislatore (a maggior ragione del Costituente) si deve riconoscere un carattere prescrittivo.

⁴() Sul tema del linguaggio della Costituzione, sulle sue aporie, sul significato delle parole adoperate e sull'interpretazione costituzionale, secondo canoni diversi, a partire dall'interpretazione storico-normativa, sia consentito rinviare al nostro *Le materie di competenza regionale*, Milano 1992, ed ivi ampi ragguagli sui profili linguistici e sistematici con richiami di dottrina e giurisprudenza italiana e comparata.

⁵() Per il diritto di proprietà sia consentito rinviare a S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano 1986, *passim*.

⁶() Per la tutela dell'autonomia privata, in via indiretta, da parte degli artt. 41 e 42 Cost., v. Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 1969, in *Giur. Cost.* 1969, I, 1, 1246 ss.; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1997, I.

provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio" (7).

Anche quando limita o vieta il codice non presuppone una sfera di autodeterminazione, ma fa riferimento al concetto di "disposizione". Emblematico, in questo contesto, l'art. 5, sugli atti di disposizione del proprio corpo, per il quale "Gli atti di *disposizione* del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume" (8).

Quella che perciò si definisce comunemente come "autodeterminazione" non ha sicuramente nell'ordinamento giuridico una dimensione unitaria, ma è suscettibile di assumere valenza giuridica solo per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali all'ambito giuridico che le è loro proprio, e cioè ad una disposizione puntuale che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente.

Da qui perciò deriva essenzialmente che la Costituzione, che si esprime con un linguaggio giuridico in termini di diritti e di libertà, non esprime una nozione di autodeterminazione, ma semmai può qualificare alcune scelte e decisioni dell'individuo in modo puntuale.

Queste affermazioni sono confermate anche in relazione agli altri rami del diritto, come quello penale, che hanno contribuito alla redazione della parte prima della Carta. Basti considerare la perfetta coincidenza tra alcuni disposti costituzionali e i principi del codice penale: il principio di legalità penale, la regola del favor rei, la presunzione di non colpevolezza, ecc., che toccano situazioni individuali specifiche, ma non contemplano un principio generale di autodeterminazione individuale (9).

Si vuole così notare che la Costituzione ha tipizzato secondo il canone storico-normativo un complesso di figure che riguardano facoltà della persona e le ha qualificate in modo legale, come diritti e libertà, cioè come situazione positivamente contemplate e tutelate distintamente in base a discipline particolari e tipiche (10).

I diritti costituzionali, perciò, si pongono all'interno dell'ordinamento giuridico, a prescindere dalla circostanza se esprimono, o meno, una aspirazione etica o religiosa, e la loro positivizzazione dipende dalla disciplina giuridica che li concretizza. Tuttavia, i diritti costituzionali, pur essendo dipendenti dallo sviluppo della legislazione, hanno la capacità nel

7() V. F.D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1964.

8() Sulla disposizione in esame si vedano le osservazioni di: G. Alpa - A. Ansaldo, *Atti di disposizione del proprio corpo*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1996, 247 ss; V. Rizzo, *Art. 5 (Atti di disposizione del proprio corpo)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli 1991, 253 ss.; R. Romboli, *Persone fisiche, sub art. 5*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1988, 288; Id., *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. Dir.* 1991, 568.

9() V., in generale, P. Nuvoletto, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano 1953; C. Esposito, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961, 537; M. Siniscalco, *Giustizia penale e Costituzione*, Milano 1968; F. Bricola, *Rapporti civili: art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Brancaccio, Bologna 1981, 227ss; con specifico riferimento al diritto alla salute E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova 2000, 83 ss.

10() Sul punto P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, 1, II ed., Torino, 1991, 175 ss.; A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, in corso di stampa.

contesto delle disposizioni costituzionali che li contemplano di determinare limiti e confini proprio alla legislazione ordinaria, che, se superati, cagionano il vizio di incostituzionalità della legge (sanzionabile attraverso l'eventuale sindacato della Corte costituzionale). Da questo punto di vista rileva, perciò, la collocazione, costituzionale, o meno, di un determinato diritto ⁽¹¹⁾.

In tal senso, la circostanza che la Costituzione abbia disposto *un catalogo definito di diritti e libertà* impone alcune distinzioni e comporta alcune conseguenze: in primo luogo tra diritti costituzionali e diritti previsti dalla legge; entrambi coprono l'intero comportamento umano e lo qualificano giuridicamente, ma non tutte le situazioni di diritto hanno una copertura costituzionale. In secondo luogo, mentre l'ordine legale è sottoposto al vincolo della completezza e, attraverso i procedimenti di analogia, si pone come privo di lacune, il sistema costituzionale dei diritti, basandosi sulla tipicità, per un verso, non è interpretabile analogicamente come le norme della legislazione, dal momento che si distingue ciò che è rilevante costituzionalmente, da ciò che non lo è, e, per l'altro, conduce ad escludere ogni interpretazione delle singole disposizioni costituzionali al di fuori delle fattispecie ad esse puntualmente riconducibili ⁽¹²⁾.

In definitiva, perciò, secondo Costituzione, non di "autodeterminazione" dell'individuo si dovrebbe parlare, ai fini di una valutazione sulla meritevolezza della tutela costituzionale, ma delle singole scelte e decisioni che questo assume o compie.

2. *Le posizioni volte a superare il vincolo del catalogo costituzionale dei diritti: a) le tendenze fondate sull'art. 2 Cost.*

In questa sede non si può negare che questa impostazione rigorosa è apparsa ad una parte della dottrina molto restrittiva e incapace di determinare l'adattamento della Costituzione ai cambiamenti dei tempi e all'impatto della tecnologia. A molti, ad esempio, non pare accettabile considerare la riservatezza, non come un diritto costituzionale, ma come un diritto legislativamente garantito (sulla base dell'art. 8 della CEDU), e solo in parte assai limitata costituzionalizzato ⁽¹³⁾.

I fautori di questa impostazione evolutiva possono raggrupparsi sotto due distinti profili: da un lato stanno coloro che considerano il catalogo dei diritti costituzionali non chiuso, ma aperto attraverso *la clausola dell'art. 2 Cost.* sui diritti inviolabili dell'uomo e, dall'altra, si collocano coloro che ritengono che dai diritti enumerati nella Carta si possa desumere *un principio generale di libertà o di tutela dell'autonomia privata*. All'interno di queste impostazioni troverebbe posto anche il concetto di autodeterminazione come espressione di ausilio ed esplicativa dei diritti non previsti e delle categorie giuridiche (autonomia privata, libertà individuale) che, pur non contemplate espressamente, avrebbero un rilievo costituzionale.

Si può cominciare dal primo aspetto, per dire subito che l'opera "creatrice" della giurisprudenza della Corte, chiamata più volte ad intervenire per "adeguare" il testo costituzionale alle esigenze reali, si connota come una

¹¹() Sulla configurabilità dei diritti costituzionali come limite al legislatore ordinario v. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1966.

¹²() P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 167 ss.

¹³() Per il carattere prevalentemente legislativo della riservatezza, v. S. Mangiameli, *Il giuramento dei non credenti davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1980.

costante dell'esperienza italiana. La Corte costituzionale ha avuto, infatti, il merito di ricondurre *nuove* fattispecie al testo della Costituzione, ampliando gli spazi di tutela dei cittadini e degli individui, come testimoniano le numerose decisioni in cui si è occupata del "diritto alla vita" (sentenze nn. 27 del 1975; 35 del 1997; 223 del 1996) ⁽¹⁴⁾, del diritto "all'identità personale" definito come "diritto ad essere se stessi" (sentenza n. 13 del 1994), della libertà personale, intesa non solo come garanzia da forme di coercizione fisica della persona, ma che comprende anche la libertà morale del soggetto (sentenza n. 30 del 1962) ⁽¹⁵⁾, del diritto d'informazione (sentenze n. 84 del 1969 e n. 348 del 1990), dell'obiezione di coscienza (sentenze n. 164 del 1985; n. 470 del 1989; e n. 467 del 1991), ecc.

Nell'ordinamento giuridico italiano, come è noto, il sistema dei diritti fondamentali trova fondamento nella norma di principio, contenuta nell'art. 2 Cost., per la quale "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, (...)". Il senso e la portata di questa disposizione può ben comprendersi solo se si considera il clima storico-culturale dell'Assemblea Costituente, frutto dell'incontro (e dell'accordo) di tre diverse ispirazioni di pensiero: quello liberale, quello cattolico e quello socialista ⁽¹⁶⁾.

La proclamazione dell'art. 2 Cost. segnerebbe il definitivo superamento dell'impostazione *statocentrica* e, riconoscendo il primato della persona rispetto allo Stato, assumerebbe il *principio personalista* come punto fermo della regolazione del *nuovo* rapporto individuo-comunità statale ⁽¹⁷⁾. La persona in quanto "fine del sistema delle libertà" ⁽¹⁸⁾ diviene titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la *Repubblica* s'impegna a salvaguardare.

Al di là di questa premessa, generalmente condivisa, però, attorno alla formula dell'art. 2 Cost. ha iniziato a ruotare la riflessione sul sistema dei diritti fondamentali e la *quaestio* interpretativa si è incentrata su due letture alternative: quella secondo cui la disposizione richiamata dovrebbe leggersi come norma "riassuntiva" dei soli diritti enumerati nel testo costituzionale, i quali sarebbero, in definitiva, un catalogo chiuso; e quella, invece, per la

¹⁴() V. G. Gemma, *Vita (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Giur. Pubbl.*, XV, Torino 2000, 670 ss.; I. Nicotra, *Vita*, in *Diritto costituzionale. Dizionario sistematico*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2008, 475 ss.

¹⁵() Sul contenuto della libertà personale intesa anche come libertà psichica o morale, v., P. Grossi, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205; secondo A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967, l'art. 13 avrebbe ad oggetto il libero sviluppo della persona umana. La tesi restrittiva della libertà personale è sostenuta da A. Pace, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano 1974, vol. XXIV.

¹⁶() v. P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei - A. Levi, Firenze, 1950, ove si afferma che "(...) come l'Assemblea da cui fu approvata, così anche la Costituzione fu necessariamente ispirata da quella politica di coalizione dei tre partiti cosiddetti 'di massa', che nel periodo della Costituente fu la base del Governo De Gasperi: fu, cioè, anch'essa, 'tripartita' (p. CXXVIII); Id., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, ora in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. III, Napoli, 1968, 511 (514 s.).

¹⁷() v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova 2003, 5; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Encicl. Giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, *ad vocem*; e Id., *Proprietà*, in *Encicl. Giuridica Treccani*, XXV, Roma 1991, *ad vocem*; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino 2002, 136 s.

¹⁸() G. Guarino, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, 88.

quale questa consentirebbe l'apertura del catalogo costituzionale, ricomprendendo anche diritti non enumerati espressamente.

L'impostazione dell'art. 2 come clausola "aperta" non intenderebbe interpretare la disposizione sui "diritti inviolabili" come affermazione di un generale diritto di libertà⁽¹⁹⁾, oppure come una forma di apertura al diritto naturale⁽²⁰⁾, ma semplicemente come uno strumento ermeneutico idoneo a legittimare sul piano costituzionale l'enucleazione di nuove fattispecie. Infatti, "una volta abbandonato il campo delle fattispecie giuridiche analitiche, puntualmente espresse dal testo costituzionale, non si può non operare di fatto, (...) un rinvio alla Costituzione materiale e ai principi di regime quali assunti dalla coscienza del giudice o dall'interprete"⁽²¹⁾.

Per chi crede in questa impostazione la problematica dell'art. 2 Cost. non andrebbe affrontata esaminando il valore ricognitivo o costitutivo del rinvio ai diritti inviolabili e neppure discutendo il dilemma della fattispecie aperta o chiusa, ma considerandola come una questione da porre in termini di politica del diritto⁽²²⁾.

Lo schema che l'orientamento riferito intenderebbe proporre è quello del libero sviluppo della persona, come *compito* da realizzare e non solo come *dato* da rispettare, per cui i valori della persona non avrebbero una funzione solo di *garanzia*, ma anche di *sviluppo*⁽²³⁾. Di conseguenza, è rispetto a questa prospettiva, legata all'affermazione dello "Stato democratico", che si sosterebbe, una volta avvertita la necessità di "abbandonare il tentativo defatigante di ingabbiare le libertà costituzionali in rigide situazioni giuridiche, quali appunto i diritti subiettivi", come sia giocoforza accogliere le "posizioni di chi invece attraverso detto articolo apre l'ordinamento ad altri valori non esplicitamente richiamati dal costituente", per cui si verrebbe a creare un effetto espansivo delle libertà che "non potrà non trovare un punto di sostegno, e nello stesso tempo un limite nella Costituzione materiale e nelle forze politiche, sociali e culturali che la determinano"⁽²⁴⁾.

¹⁹() v. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, p. 949 ("si potrebbe interpretare l'art. 2 cost. nel senso che si sia voluto affermare non già un diritto generale di libertà, ma piuttosto un principio che non si esaurisce interamente nelle singole fattispecie previste, e perciò consente all'interprete di desumerne dal sistema altre non contemplate specificamente").

²⁰() v. A. Barbera, *Art. 2*, cit., 83 ss. che sulla polemica tra diritto naturale e diritto positivo afferma: "una questione – questa fin troppo sopravvalutata; quale che sia il significato politico-filosofico del diritto naturale, per poter esso esprimersi come forza normativa nell'ordinamento non può che appoggiarsi su forze politiche e culturali, su gruppi cioè in grado di affermare la loro egemonia politico culturale in grado di determinare la Costituzione materiale". Il diritto naturale in questa prospettiva converge con il *giuspersonalismo* o con il *giusrazionalismo*, esprimendo niente altro che "valori storicamente rilevabili" (85).

²¹() A. Barbera, *Art. 2*, cit., 85, per il quale si tratterebbe, sia nel caso di "rinvio a valori di diritto naturale", che di "rinvio a valori emergenti nella costituzione materiale", di "un problema di scelta culturale e politica" (90).

²²() A. Barbera, *Art. 2*, cit., 83 esclude in maniera tassativa il valore ricognitivo dell'art. 2, richiamandosi all'insegnamento di *Esposito*, secondo il quale, se è vero che la sovranità nel nostro ordinamento spetta al popolo, tutto il diritto si fonda sulla volontà popolare, la quale ha valore costitutivo di qualsiasi diritto v. C. Esposito, *La Costituzione italiana*, *Saggi*, Padova, 1954, 22. Il rinvio che l'art. in questione fa ai diritti inviolabili avrebbe, quindi, un valore "costitutivo" e di "apertura" "ad altre libertà e ad altri valori personali non espressamente tutelati dal testo costituzionale" (84).

²³() v. A. Barbera, *Art. 2*, cit., 90.

I tentativi di sganciare il riconoscimento di ulteriori diritti fondamentali dalle fattispecie costituzionalmente previste sono paralleli alle posizioni di chi, attraverso l'art. 2 Cost., affronta il tema del *fondamento* dei diritti, prescindendo dal riferimento alle singole espresse disposizioni costituzionali. Secondo tale opinione, deve ritenersi che il Costituente, pur nel silenzio del testo costituzionale, abbia voluto implicitamente tutelare nella Carta anche quei diritti (come ad es. il diritto alla vita) che costituiscono, in qualche modo, il presupposto, o il fondamento *naturale* di quelli esplicitati e circondati di protezione giuridica ⁽²⁵⁾.

L'art. 2 rappresenterebbe, in tal senso, la garanzia costituzionale di questi diritti inespressi e comunque inviolabili, ma affinché non diventi "un involucro disponibile ad ogni contenuto", occorrerebbe delimitare la cornice entro cui ammettere l'esistenza di tali diritti. La disposizione richiamata rappresenterebbe perciò una *clausola aperta, ma assiologicamente delimitata*.

Detta clausola, tuttavia, opererebbe verso una duplice direzione, e cioè tanto nei confronti dei c.d. "diritti impliciti", quanto nei confronti dei c.d. "nuovi diritti"; in entrambi i casi l'effettività dei diritti sarebbe vincolata al quadro culturale di riferimento espresso originariamente dal Costituente ⁽²⁶⁾. L'art. 2 Cost. rappresenterebbe, pertanto, la fonte di legittimazione di tali diritti fondamentali e, benché la loro nascita vada collocata al di fuori del testo costituzionale, attraverso siffatta disposizione essi verrebbero ad essere tutelati giuridicamente, e cioè diventerebbero diritti in senso giuridico oltre che ontologico ⁽²⁷⁾.

Rispetto a questa prospettiva "espansiva", più limitativa sembra essere, invece, la posizione di chi, pur ritenendo che i diritti costituiscano dei *valori* ⁽²⁸⁾, riconduce la determinazione delle fattispecie a una sorta di combinato disposto tra le singole disposizioni sui diritti e l'art. 2 Cost., sul presupposto che in tale ultima disposizione sia consacrata la vera e primigenia norma sul libero sviluppo della persona umana. Il valore di fondo che si tutelerebbe attraverso questa norma sarebbe, perciò, il libero sviluppo della personalità ⁽²⁹⁾.

²⁴() A. Barbera, *Art. 2*, cit., 91, il quale parla della "forza espansiva che le libertà, divenute dei valori laddove erano puntuali schemi soggettivi, acquisteranno".

²⁵() A. Spadaro, *Il problema del fondamento dei diritti "fondamentali"*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 1990, Milano 1995, 235 ss.

²⁶() A. Spadaro, *Il problema del fondamento dei diritti "fondamentali"*, cit., "finché faremo i conti con l'attuale testo positivo non potremo stravolgerlo a piacimento, o adattarlo alle mutate esigenze dei tempi fino a sottrarlo a un sotterraneo svuotamento di senso".

²⁷() v. A. Spadaro, *Il problema del fondamento dei diritti "fondamentali"*, cit., il quale in questo modo vena la sua posizione in senso giusnaturalista e, criticamente verso la tesi della fattispecie chiusa afferma: "quella dottrina che riconduce ogni 'nuovo diritto' agli art. 13 ss. Cost., spesso ricomprende tra i diritti espressamente enunciati tali e tante situazioni giuridiche soggettive che a malapena possono essere definite attive alterando in tal modo i valori effettivamente protetti dalla costituzione".

²⁸() v. F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, 3 s., per il quale "in realtà quello che sembra sfuggire alla concezione della 'fattispecie chiusa' è che i diritti inviolabili, prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive, sono valori - tale a me sembra il seno specifico dell'art. 2 Cost. - e che nella logica dei valori - che non è la logica del tutto o niente, del sì o del no - essi tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e alla composizione, secondo le regole della fondazione, dell'opposizione e della complementarità".

²⁹() v. F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 2, 8.

Di conseguenza, secondo quest'orientamento, sembrerebbe inaccettabile la concezione dell'art. 2 come fattispecie *chiusa*, se in tal modo si intende la norma come ricognitiva dei diritti enumerati, in quanto "la tipizzazione-enumerazione costituzionale dei diritti è sufficiente a ricoprire potenzialmente tutte le direzioni o aree di libertà praticamente possibili", mentre "l'art. 2 come generale statuizione sul riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili, (...) può significare (...) che la libertà come valore non può essere circoscritta a previsioni determinate e specifiche delle esplicazioni e direzioni in cui esso si realizza" ⁽³⁰⁾ e che, perciò, "il riconoscimento-garanzia globale dell'art. 2" avrebbe "*per oggetto precisamente i diritti enucleabili dal contesto della Costituzione positiva*" ⁽³¹⁾.

Se si può trarre una conclusione dal dibattito italiano sui diritti inviolabili, che – è bene ricordarlo – li situerebbe tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale ⁽³²⁾, è che l'assunzione della posizione, in relazione al sistema dei diritti come *chiuso* o *aperto*, dipende dal modo di intendere la Costituzione medesima: se come atto normativo, avente, perciò, carattere valutativo e prescrittivo; oppure, come espressione (sia pure ricognitiva) di valori (pregiuridici) da dovere tradurre, di volta in volta, in prescrizioni di carattere giuridico.

Questo rilievo sulla determinazione della "norma costituzionale", peraltro, non è senza effetti in ordine alla valutazione stessa dell'attività del giudice costituzionale, soprattutto nei casi in cui questa ha dato luogo sulle medesime figure a cambiamenti giurisprudenziali.

La differenza tra coloro che vedono nell'art. 2 una fattispecie *chiusa* e coloro che la considerano una fattispecie *aperta* si situa, non solo nella circostanza che i primi ritengono essenziale una interpretazione secondo i canoni classici dell'ermeneutica giuridica, e specificamente in base al principio di specialità ⁽³³⁾, mentre i secondi tendono ad aprire ad una interpretazione dei diritti fondamentali in termini di "valori" ⁽³⁴⁾, anziché di "diritto soggettivo" ⁽³⁵⁾, quanto soprattutto nel modo di considerare la stessa azione di concretizzazione della Costituzione compiuta dal giudice costituzionale.

La diversa impostazione seguita, peraltro, non implicherebbe semplicemente di prendere atto del diverso modo di operare del giudice, per gli uni la riconduzione delle fattispecie, in via estensiva, alle singole

³⁰() F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 8.

³¹() Per il vero la posizione di F. Modugno (*I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 8) non è univoca. Infatti, al contempo, afferma che la Costituzione italiana, contenendo una ricca sistematica dei diritti, non favorirebbe l'emersione di *diritti nuovi* non ricompresi già tra quelli enumerati, ma consentirebbe l'individuazione di *diritti impliciti*, come necessarie o possibile conseguenze dei diritti enumerati ("Assumo che il catalogo costituzionale positivo, nella parte relativa alle libertà, se correttamente inteso, è onnicomprensivo" [p. 9]), il quale per quest'aspetto esprime la stessa posizione già espressa nella dottrina italiana da P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 55 s.

³²() v. Corte costituzionale, sentenza n. 1114 del 1988.

³³() Sul tema v. P. Grossi, *Diritti fondamentali e Diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in *Il Diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova 2005, 4; S. Mangiameli, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche. (A proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore)*, in *Giur. Cost.*, 1988.

³⁴() v. anche A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, ora in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 1 ss.

³⁵() Per cui configurerebbero l'art. 2 come una *clausola generale* dagli incerti contorni (sul punto v. *infra* par. 4).

disposizioni sui diritti ⁽³⁶⁾, per gli altri il dare ingresso, attraverso l'art. 2 Cost., ai *valori* da cui si desumerebbero i diritti non espressamente contemplati ⁽³⁷⁾, ma di considerare, o meno, la possibilità di mettere in relazione il pronunciamento giurisprudenziale alla stessa norma costituzionale, per cui la stessa sentenza della Corte costituzionale, oltre a essere la decisione che chiude il caso, appare valutabile in termini giuridici. Infatti, il limite ultimo della tesi dell'art. 2 come fattispecie aperta è che conduce a decisioni in cui l'aspetto fattuale (e politico) finisce con l'essere prevalente rispetto alla norma costituzionale e in una tale situazione non tranquillizza affatto, ai fini dell'effettiva tutela dei diritti previsti dalla Costituzione, l'affermazione che l'art. 2 Cost. farebbe fronte alle domande di libertà espresse dalla società, la quale farebbe affidamento sul ruolo del giudice costituzionale come "interprete chiamato a dar voce alla coscienza sociale" ⁽³⁸⁾.

A tal riguardo vale quanto è stato osservato che "Le ipotesi di diritti non previsti in Costituzione sono assai più limitate di quel che a prima vista potrebbe pensarsi: o perché tali ipotesi rientrano in fattispecie normative concernenti i diritti espressamente riconosciuti dalla stessa Costituzione (...) oppure perché un loro eventuale riconoscimento porrebbe delle insanabili antinomie con altre norme costituzionali" ⁽³⁹⁾.

Per cui la configurazione dell'art. 2 come una *clausola generale* dagli incerti contorni comporterebbe che "i diritti costituzionalmente previsti incorrono in una serie di limiti, mentre questi presunti nuovi diritti non essendo espressamente positivizzati, avrebbero un regime privilegiato" ⁽⁴⁰⁾ e di conseguenza che, quando si enucleano nuovi diritti, "non si medita a sufficienza sul fatto che all'affermazione di un 'diritto' spesso consegue automaticamente l'imposizione di un corrispondente 'obbligo' a carico di un altro soggetto privato, titolare anch'egli di diritti costituzionali" ⁽⁴¹⁾.

Nella sua prima giurisprudenza la Corte aveva accolto un'impostazione restrittiva dell'art. 2, asserendo che il principio espresso dalla disposizione richiamata "indica chiaramente che la Costituzione eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano *il patrimonio irretrattabile della persona umana*: che appartengono all'uomo inteso come essere libero" e, "alla generica formula di tale principio, fa seguire una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili" ⁽⁴²⁾.

³⁶() In quanto l'art. 2 Cost. consentirebbe la più ampia interpretazione e permetterebbe la lettura estensiva degli articoli 13 ss. Cost., per cui i nuovi, ulteriori diritti emergenti possono considerarsi una specificazione di quelli enumerati; si parlerebbe, a tal proposito, di "*Giuspositivismo temperato*" (P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 54).

³⁷() v. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit.; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996.

³⁸() P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 55.

³⁹() A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 4.

⁴⁰() P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit. 139.

⁴¹() A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 26-27.

⁴²() Corte costituzionale, sentenza n. 11 del 1956, in *Giur. Cost.*, 1956, 612 (corsivo ns.) l'affermazione dei diritti come *patrimonio irretrattabile della persona umana* rappresenta una costante della giurisprudenza costituzionale, anche se si avverte che l'art. 2 rimetterebbe "la tutela specifica ad altre norme costituzionali o a leggi ordinarie" (v. anche sentenza n. 33 del 1974, in *Giur. Cost.*, 1974, 123; sentenza n. 252 del 1983, *ivi*, 1983, 2628).

La scelta della Corte costituzionale di non rimanere strettamente ancorata alla sua prima giurisprudenza, che non dava un significato prescrittivo alla disposizione sui “diritti inviolabili” dell’art. 2 Cost., appare così superata. Gli schemi entro cui si muove la problematica dei diritti inviolabili, al fine di ampliare i margini di tutela sono così, nelle loro linee essenziali, definibili in tre figure: a) la combinazione di un diritto costituzionale specifico con l’art. 2 Cost., che serve a rafforzare il diritto come tipizzante la forma dello Stato democratico-repubblicano; b) la riconduzione di una fattispecie riguardante una particolare facoltà ad un diritto costituzionale specifico e all’art. 2, al fine di ricondurre dette facoltà all’ambito normativo di un diritto costituzionale, intensificandone la tutela con la previsione dell’invulnerabilità; c) l’autonoma individuazione di fattispecie, definite come diritti inviolabili in relazione diretta ed esclusiva con l’art. 2 Cost.

Una volta metabolizzati detti schemi qualificatori nell’ambito dei diritti inviolabili dell’uomo garantiti dall’art. 2 Cost., la giurisprudenza costituzionale inizia a riconoscere i c.d. “nuovi diritti”, come quelli al proprio decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione ⁽⁴³⁾, e – particolarmente significativo, in relazione alla problematica dell’aborto – il diritto alla vita del concepito ⁽⁴⁴⁾; ed anche il “diritto alla vita” ⁽⁴⁵⁾.

Anche se diverse sono le figure che la giurisprudenza costituzionale tocca, in relazione all’art. 2 Cost., unico è il campo privilegiato che la Corte tende a salvaguardare e questo è rappresentato dall’individuo-persona ⁽⁴⁶⁾; e, in questa prospettiva, le diverse pronunce assumono una dimensione unificante ed anche sistematica: sia che si faccia riferimento al diritto alla salute dell’art. 32 Cost. ⁽⁴⁷⁾, sia che vengano in discussione i diritti previdenziali dell’art. 38 Cost. ⁽⁴⁸⁾, l’art. 2 fonda, anche direttamente, un diritto al risarcimento del danno all’integrità fisica, senza che ciò comporti “di dischiudere la sfera dell’art. 2 Cost. a situazioni soggettive che il testo fondamentale manca di prevedere” ⁽⁴⁹⁾.

⁴³() Corte costituzionale, sentenza n. 38 del 1973, in *Giur. Cost.*, 1973, 354 ss.; con osservazione di G. Pugliese, *Diritto all’immagine e libertà di stampa*, in *Giur. cost.*, 1973, 355.

⁴⁴() Corte costituzionale, sentenza n. 27 del 1975, in *Giur. Cost.*, 1975, 117 (119) ss., con osservazione di R. D’Alessio, *L’aborto nella prospettiva della Corte costituzionale* e di C. Chiola, *Incertezze sul parametro costituzionale per l’aborto*, *ivi*, 1975, 1098; sul tema dell’aborto e del diritto alla vita del concepito la Corte si pronunciava, definendo il c.d. “bilanciamento” dei diritti, peraltro in assenza di una specifica legislazione che sarebbe arrivata solo con la legge n. 194 del 1978.

⁴⁵() Corte costituzionale, sentenza n. 54 del 1979, in *Giur. Cost.*, 1979, 413 (426).

⁴⁶() v. Corte costituzionale, sentenza n. 132 del 1985, in *Giur. Cost.*, 1985, I, 934, dove si afferma che “è sempre la persona che troviamo circondata dalle garanzie configurate dall’art. 2 Cost.” (pag. 946).

⁴⁷() v. Corte costituzionale, sentenza n. 132 del 1985, *cit.*, I, 946 ss., e si tenga conto che per il diritto alla salute, di cui all’art. 32 Cost., la Corte avrà modo di sostenere comunque che “il valore costituzionale della salute, esplicitamente garantito dall’art. 32 Cost.”, rappresenta un “diritto fondamentale e inviolabile” (sentenza n. 227 del 1987, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 1710).

⁴⁸() v. Corte costituzionale, sentenza n. 319 del 1989, in *Giur. Cost.*, 1989, I, 1442 e, in particolare, 1450 ss.

⁴⁹() Corte costituzionale, sentenza n. 132 del 1985, *cit.*, 1985, I, 946; di particolare rilievo appare peraltro che il giudice costituzionale utilizzi l’art. 2 per riconoscere il medesimo diritto al risarcimento ai familiari della vittima sulla base della considerazione che si tratta di “diritti che s’inquadrano nello schema di questa disposizione costituzionale (...) riconosciuti non solo al singolo, ma all’uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”.

In questo modo di utilizzare la disposizione sui diritti inviolabili dell'uomo, da parte del giudice costituzionale, è evidente come possa diventare secondario ed occasionale il collegamento con le altre previsioni costituzionali in tema di diritti fondamentali, e non perché un collegamento con le singole fattispecie normate non sia, in via interpretativa, pur sempre possibile, ma in quanto la riconduzione della fattispecie all'art. 2 appare di più immediata efficacia anche simbolica, come nel caso del diritto all'identità e alla libertà sessuale. Infatti, la Corte, pur potendo fare intervenire altri parametri, assume la verifica della censura "in riferimento al solo art. 2 Cost.", dichiarando che "tale disposto non è violato quando e per il fatto che sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità" ⁽⁵⁰⁾; così, con riferimento alla violenza carnale, afferma che nell'ordinamento giuridico penale "costituisce la più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale" e, "essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire" ⁽⁵¹⁾.

Su queste basi la Corte, in alcuni casi, preferisce individuare diritti qualificati inviolabili in assenza o in concorso di una puntuale previsione e, in tal modo, oscilla tra l'innovazione al sistema dei diritti fondamentali, riconoscendo nuove fattispecie autonome, e l'estensione dell'invulnerabilità a diritti previsti dalla Costituzione, ma per cui questa non contempla espressamente detta qualificazione ⁽⁵²⁾.

3. Segue: *b) l'affermazione di un principio generale di libertà o di tutela dell'autonomia privata.*

Anche nelle posizioni che tendono ad ammettere un principio generale di libertà ricorre il fondamento dell'art. 2 Cost., come norma da cui enucleare ulteriori e generali principi che accolgono al loro interno l'autodeterminazione, dotandola di una copertura costituzionale.

In questo ambito si segnala lo sforzo di chi tenta di enucleare un principio generale di rango costituzionale entro il quale si collochi l'autonomia

⁵⁰() Corte costituzionale, sentenza n. 161 del 1985, in *Giur. Cost.*, 1985, I, 1173 ss., in particolare 1186-87 dove prevede anche che "correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo (il diritto all'identità sessuale), per dovere di solidarietà sociale".

⁵¹() C. Cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3535, in particolare 3539, ed aggiunge, combinando anche la sua giurisprudenza sulla risarcibilità diretta, ex art. 32 Cost., del "danno biologico" (sentenza n. 184 del 1986), che "la violenza carnale comporta, invero, di per sé, la lesione di fondamentali valori di libertà e dignità della persona, e può inoltre dar luogo a pregiudizi alla vita di relazione. Tali lesioni hanno autonomo rilievo sia rispetto alle sofferenze ed ai perturbamenti psichici che la violenza carnale naturalmente comporta, sia rispetto agli eventuali danni patrimoniali a questa conseguenti: e la loro riparazione è doverosa, in quanto i suddetti valori sono, appunto, oggetto di diretta protezione" (pag. 3540).

⁵²() Sul punto sia consentito rinviare alla nostra voce *Nuovi diritti*, in *Diritto costituzionale*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2008, 433 ss.

privata⁽⁵³⁾. L'impostazione prende lo spunto da alcune affermazioni di studiosi del diritto civile sulla copertura da parte delle disposizioni della Costituzione dei "confini attuali del diritto civile e il suo essenziale contenuto"⁽⁵⁴⁾.

Affermazione questa corretta, come corretta appare anche l'impostazione che vede in alcune disposizioni costituzionali il rilievo costituzionale (ma non la garanzia) dell'autonomia dei privati⁽⁵⁵⁾.

Tuttavia, da queste premesse non si può trarre la conclusione che "con l'espressione autonomia privata si fa riferimento alla posizione dei soggetti privati nell'ordinamento, una posizione connotata da un robusto tratto di autodeterminazione e dunque di libertà", dal momento che si tratterebbe "della configurazione dello Statuto giuridico della persona, dello spazio fatto alla sua autodeterminazione e del livello di garanzia ad esso assicurato"⁽⁵⁶⁾.

Le perplessità su questa impostazione discendono dal salto logico che determina il passaggio dall'autonomia alla libertà, entrambi ben noti al sistema costituzionale. Queste due categorie non si possono confondere in alcun modo, in quanto la prima indica un potere dinamico, la seconda una pretesa ed una condizione in via di principio statica. Ad affermare che la libertà sia un potere si finirebbe con il restringere lo spazio di libertà, dal momento che l'esercizio del potere presuppone non solo la capacità giuridica, ma anche quella di agire, e di fatto risulterebbero così privati dei diritti di libertà tutti coloro che sono incapaci, i minori gli interdetti; per non considerare, poi, che ogni specifica libertà non esercitata non sarebbe perciò stesso non goduta⁽⁵⁷⁾.

In ogni caso, la tesi non convince in quanto non aggancia in modo puntuale i poteri di autonomia a specifiche fattispecie di libertà, come quando si afferma che dal combinato disposto dell'art. 2 con l'art. 41 (e con i limiti ivi indicati) si assicurerebbe una qualche copertura costituzionale all'attività negoziale, ma si afferma come costituzionalizzata l'autonomia privata *tout court* e con essa l'autodeterminazione del privato⁽⁵⁸⁾.

Analoghe considerazioni valgono per questa impostazione che prende le mosse dalla seguente affermazione: il sistema dei diritti fondamentali di libertà poggia su due principi, che ne costituiscono i cardini: il riconoscimento, a ciascun soggetto dell'ordinamento, della libertà, anche morale, di disporre della propria persona, di cui è elemento essenziale la garanzia della libertà personale (art. 13) e il riconoscimento della libertà di formare liberamente le proprie convinzioni o libertà di coscienza, di cui è elemento essenziale la garanzia della libertà di religione e di culto (art. 19)⁽⁵⁹⁾.

Già qui lo schema interpretativo appare capovolto, ma questo capovolgimento risulta completato dalle affermazioni che dall'insieme dei

⁵³() M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova 2003, per il quale "le libertà si realizzano attraverso l'azione del singolo nella società, nell'intessere rapporti con i consociati, con funzione, di volta in volta, di presupposto, di ausilio o di vera e propria realizzazione del contenuto della libertà" (193).

⁵⁴() v. R. Nicolò, *Diritto civile*, in Enc. dir., XII, Milano 1964, 904.

⁵⁵() v. P. Barile, *Il soggetto privato nella costituzione*, Padova 1953.

⁵⁶() M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 93.

⁵⁷() v. P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 254 ss.

⁵⁸() v. ancora M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 195 e 196.

⁵⁹() M. Mazziotti, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Milano 1993, II, 191 s.

limiti apposti alla sfera pubblica e del potere, di cui risulta disseminato il sistema costituzionale (artt. 97 e 23; 24 e 113; 28 e diritto di resistenza ai pubblici ufficiali) e dalla garanzia del giudice sottoposto soltanto alla legge (art. 101, c.2, Cost.) si può derivare “che, nello Stato di diritto, il cittadino, potendo opporsi ad ogni atto della pubblica amministrazione che gli vieti di fare ciò che non gli vieta la legge, gode effettivamente del diritto di fare ciò che per legge non gli è proibito, ossia gode di quello che si può chiamare diritto generale di libertà” ⁽⁶⁰⁾.

E continuando, si conclude affermando che “se si immagina il diritto generale di libertà come una sfera di esplicazione della personalità umana protetta dalla legge, i singoli diritti di libertà possono concepirsi come gli aspetti più preziosi e più minacciati di questa libertà, ai quali è perciò data una maggiore protezione” ⁽⁶¹⁾.

In questo modo perciò sarebbero le libertà positive della Costituzione a iscriversi dentro il principio generale di libertà, secondo l’assioma che tutto ciò che non è vietato costituzionalmente, o non risulta nella disponibilità del potere pubblico è garantito e ciò che è garantito è libertà.

In parte analoga è la posizione di chi, pur muovendo da alcuni disposti costituzionali e, in particolare, dai diritti c.d. inviolabili artt. 2, 13, 14 e 15 giunge ad enucleare un generale principio della libertà morale ⁽⁶²⁾.

Anche in questo ambito si muove dalla proposta costituente di rifondazione della sfera individuale e si mette in evidenza anche lo stato di tensione tra i diritti di libertà e i doveri di solidarietà; ma, attraverso la critica al catalogo dei diritti che giustificerebbe “la presunzione del numero chiuso delle libertà individuali”, riprende a valorizzare i principi di “libertà, dignità sociale, eguaglianza, sviluppo della persona umana” a suo tempo indicati come le *valvole di sicurezza* che avrebbero messo a riparo la Costituzione repubblicana da avvicendamenti riduttivi”, e, in questo modo, tenta “di trovare nell’art. 2 qualcosa di molto simile al nono emendamento della costituzione statunitense” (*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*) ⁽⁶³⁾.

Questa impostazione costruisce così l’interrogativo sulla plausibilità di “una costituzione che ruota attorno alla centralità della persona umana” e “si sia occupata esclusivamente dell’agire esterno del singolo ed abbia trascurato la dimensione interiore della sua libertà”, e si giunge così ad affermare che “in ogni caso l’interprete attuale della costituzione ha l’obbligo di dare forma compiuta ad un vero e proprio diritto alla libertà morale” ⁽⁶⁴⁾.

Questa libertà viene intesa come aderenza dell’ordinamento ai convincimenti interiori dell’individuo e come valorizzazione dell’autodeterminazione da parte delle prescrizioni giuridiche. Gli esempi di una tale tendenza dell’ordinamento sono tratti in primo luogo dalla sentenza sul giuramento del 1979 (n. 117) che aggiunse la dicitura nella formula di giuramento “se credente” ridimensionandone il significato in relazione all’ateo del vincolo assunto davanti a Dio di dire la verità; dalla sentenza sul referendum del 1978 (n. 16), per la quale il quesito deve essere chiaro, semplice e non eterogeneo, per non contraddire la libertà del voto e la

⁶⁰() M. Mazziotti, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., 193.

⁶¹() M. Mazziotti, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., 195.

⁶²() R. Nania, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino 1989, 11 ss.

⁶³() R. Nania, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, cit., 24.

⁶⁴() R. Nania, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, cit., 27 ss.

partecipazione democratica (art. 1 e art. 48 Cost.), asserendo che qui è il concetto di libertà del voto ad essere reinterpretato alla luce dell'idea di autodeterminazione del singolo sub specie di libertà morale del votante; e, infine, dalla sentenza sull'aborto del 1975 (n. 28), rispetto alla quale, pur sottolineandosi la differenza con la giurisprudenza statunitense, si evidenzia come la prospettiva della decisione costituzionale privilegi il diritto alla vita e alla salute della donna tutelato nell'art. 32, dando rilievo al profilo psichico della salute della donna ⁽⁶⁵⁾.

Ne deriva una impostazione nella quale libertà morale e autodeterminazione finiscono con il coincidere e con il radicarsi in un ambito che viene definito costituzionale e che finisce con l'appoggiarsi, inevitabilmente, all'art. 2, inteso come clausola semi-aperta. Si critica la tesi dell'elenco chiuso dei diritti costituzionale, in quanto questa tesi vuole impedire che le rivendicazioni di autodeterminazione individuali si presentino sempre come questioni di diritto costituzionale. E di contro si sostiene che quello della libertà morale è un valore diffuso nel nostro attuale sistema costituzionale ⁽⁶⁶⁾.

In realtà, della libertà morale si era occupata anche la Corte costituzionale in modo espresso in non recenti decisioni che sono state alla base di aspre polemiche in dottrina; in particolare collegandola alla libertà personale dell'art. 13 Cost., dove distingue tra prestazioni imposte e violazione della libertà morale per opera di "sostanziali restrizioni, fisiche o morali, di libertà, equiparabili allo 'arresto', che sono da comprendere tra le ispezioni personali previste dall'art. 13 della Costituzione" ⁽⁶⁷⁾.

È evidente che in questa ipotesi non della tutela della libertà morale si tratta, ma pur sempre di quella fisica. Di per sé, peraltro, la libertà morale non è espressamente indicata in Costituzione, se non come forma specifica di tutela avverso la violenza *morale* esercitata "sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà" (art. 13, comma 4, Cost.). La salvaguardia della sfera morale, semmai, appare riconducibile, in modo riflesso, ad alcune disposizioni della Costituzione, come l'art. 23 Cost., inteso come norma di chiusura del sistema dei diritti costituzionali. Infatti, questa disposizione prevede solo "la esclusività del comandare e del minacciare delle leggi e degli atti delle autorità (pubbliche e private) fondati sulle leggi e si limita a statuire che i limiti alla persona che non urtano contro specifiche garanzie espresse da puntuali norme della Carta devono essere previsti dalla legge (principio di legalità), sostanziando un diritto di libertà solo verso i terzi, in quanto esclude che un potere, pubblico o privato, diverso da quello della legge possa imporre o anche solo minacciare limitazioni alla persona, e verso la legge medesima, dal momento che da questa norma non potrebbe trarsi "una potestà 'generale' o 'assoluta' della legge" ⁽⁶⁸⁾.

⁶⁵() R. Nania, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, cit., 139 ss.

⁶⁶() R. Nania, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, cit., 161 ss.

⁶⁷() Corte costituzionale, sentenza n. 30 del 1962, "la garanzia dell'habeas corpus non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere".

⁶⁸() C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 17, nt, 26, e 47, nt. 109.

In conclusione, poi, ai limiti metodologici e sistematici già enunciati, per queste impostazioni, si aggiunga che l'affermazione di un potere di autodeterminazione, deducibile da diversi principi generali (autonomia, libertà generale, libertà morale) della cui fondatezza sul piano costituzionale si può sensatamente dubitare, comporterebbe una conseguenza paradossale, e cioè a fronte di una pretesa assoluta di costituzionalità, rimarrebbe una indeterminatezza dei limiti di questo potere di autodeterminazione, per cui questo potrebbe espandersi, come di fatto è accaduto, violando le garanzie e superando i limiti apposti alle libertà costituzionalmente previste o attraverso tecniche non più ermeneutiche ma di politica del diritto. Basti pensare a quanto accaduto in questi anni nella giurisprudenza della Corte con il c.d. bilanciamento, la ragionevolezza, la proporzionalità, il contenuto essenziale del diritto, ecc.. Tutti argomenti che mettono in discussione la portata garantista delle disposizioni sui diritti costituzionali e che non sono riconducibili ad un vero modello interpretativo ⁽⁶⁹⁾.

4. *La tipicità dei diritti e i fatti nuovi. Necessariamente “nuovi diritti”?*

Le “nuove pretese di libertà”, che possono incessantemente sorgere, in quanto “strettamente annesse al libero sviluppo della persona umana”, non implicano come logica conseguenza una lettura astratta del testo costituzionale o basata su una visione “aperta” dell’art. 2, in modo da attribuire a queste una indiscriminata copertura costituzionale.

Anzi, la Costituzione rappresenta una salvaguardia anche nei confronti di eventuali richieste che, alzando una pretesa di tutela costituzionale finiscono con l’alterare l’equilibrio tracciato dalle norme costituzionali tra i diritti e i doveri di solidarietà politica, economica e sociale e con il mettere in discussione proprio le libertà e i diritti previsti nella Carta.

Non a caso è stato osservato che, ammettendo in modo indiscriminato fattispecie nuove e non riconducibili al novero dei diritti costituzionali, “i diritti costituzionalmente previsti incorrono in una serie di limiti, mentre questi presunti nuovi diritti non essendo espressamente positivizzati, avrebbero un regime privilegiato” ⁽⁷⁰⁾ e di conseguenza che, quando si enucleano nuovi diritti, “non si medita a sufficienza sul fatto che all’affermazione di un ‘diritto’ spesso consegue automaticamente l’imposizione di un corrispondente ‘obbligo’ a carico di un altro soggetto privato, titolare anch’egli di diritti costituzionali” ⁽⁷¹⁾.

Semmai, il problema della collocazione delle nuove pretese che elevano la richiesta di una configurazione come libertà e rivendicano una tutela costituzionale, andrebbe risolto tenendo conto del “concreto modo in cui gli specifici diritti inviolabili sono riconosciuti nelle disposizioni costituzionali positive che li riguardano” ⁽⁷²⁾. Infatti, le disposizioni costituzionali che disciplinano i diritti fondamentali nella nostra Carta avrebbero una potenzialità normativa ampia ed elastica che comprenderebbe “qualsiasi ipotesi che lo sviluppo della coscienza sociale o della civiltà

⁶⁹() Sul punto sia consentito rinviare al nostro *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano 2006, 471 ss.

⁷⁰() P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit. 139.

⁷¹() A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 26-27.

⁷²() A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, 20 s.

giuridica (...) propongono come ‘nuovi diritti’”. Pertanto, questi nuovi diritti sono molto spesso, per un verso, “diritti impliciti” essendo inclusi nel contenuto semantico di diritti già espressamente riconosciuti in Costituzione; per l’altro, “diritti strumentali” ovvero, diritti definiti per dare concreto significato e garanzia ai diritti specificamente previsti ⁽⁷³⁾.

In questa prospettiva, pur tuttavia, il ruolo dell’art. 2 Cost., in sede di interpretazione, non sarebbe affatto secondario, in quanto rappresenterebbe un “principio espansivo dotato di grande forza maieutica, nell’opera di individuazione dei diritti conseguenti a quelli enumerati” ⁽⁷⁴⁾. Infatti, “l’art. 2 non (aggiungerebbe) nuove situazioni soggettive a quelle concretamente previste dalle successive particolari disposizioni, ma (potrebbe) riferirsi anche ad altre potenziali e suscettibili di essere tradotte in (nuove) situazioni giuridiche positive. L’art. 2 sotto il profilo qui considerato (andrebbe) inteso perciò come avente la sola – anche se fondamentale – funzione di *conferire il crisma dell’inviolabilità* ai diritti menzionati in Costituzione: diritti peraltro da identificare (...) non solo in quelli dichiaratamente enunciati in Costituzione, ma anche in quelli ad essi *conseguenti*”. Esso sarebbe “in una parola *matrice* e *garante* dei diritti di libertà, non *fonte* di altri diritti al di là di quelli contenuti in Costituzione” ⁽⁷⁵⁾.

5. *Il catalogo dei diritti e la considerazione unitaria della persona umana.*

Viene in discussione la necessità di una sintesi tra la constatazione che il sistema dei diritti costituzionali è composto da un insieme articolato e definito di salvaguardia e il carattere unitario della persona umana, presa costantemente e variamente in considerazione – come si è osservato all’inizio – dalle disposizioni della Carta. Altrimenti detto ci si è chiesti, se nel contesto dell’ordinamento costituzionale italiano, collegando l’interpretazione dell’art. 2 alle altre disposizioni sui diritti inviolabili, sia possibile affermare la vigenza di un principio di carattere generale di salvaguardia della persona umana analogo a quello dell’art. 1 della *Grundgesetz*, per il quale “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*” (La dignità dell’uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla) ⁽⁷⁶⁾.

In effetti, l’individuazione della nozione di “persona umana” rappresenta un autorevole insegnamento, per il quale dall’art. 2 Cost. si possono individuare “le linee comuni della considerazione della persona umana, nel nostro ordinamento costituzionale, come centro di riferimento di garanzia della libertà”. Si mirerebbe così ad evidenziare il profilo unitario che sul piano costituzionale investe la persona umana nella sua completezza e nella sua totalità.

In questo contesto, perciò, la disposizione dell’art. 2 confermerebbe il riferimento, in perfetta concomitanza, ai diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali e configurerebbe queste ultime quali contesti in cui si svolge la sua personalità. Emergerebbe, infatti, abbastanza chiaramente un collegamento tra il riconoscimento e la garanzia dei diritti

⁷³() v. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., 20 s.

⁷⁴() A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., 20 s.

⁷⁵() P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1988, 56.

⁷⁶() G. Lombardi, *Persona umana (libertà della)*, in *Nss. Dig. It.*, Torino 1968, XII, 1082.

inviolabili dell'uomo e la loro affermazione come patrimonio non soltanto dell'individuo isolatamente considerato, ma altresì calato in un contesto più ampio; nel primo caso libertà dell'individuo, nel secondo libertà della persona umana, entrambe non in contrapposizione, in quanto la prima troverebbe il necessario completamento nella seconda.

Questo concetto di libertà della persona umana, peraltro, non mancherebbe di ripercuotersi sulla considerazione costituzionale delle libertà, dal momento che sarebbe in grado di "permettere la salvaguardia del massimo di garanzie con il massimo di integrazione sociale della persona considerata nel suo momento di libertà" ⁽⁷⁷⁾

La libertà della persona umana, in questo modo, sarebbe in grado di costruire una garanzia costituzionale sul piano dei principi istituzionali nei confronti di quegli interventi che diversi da quelli rigorosamente individuati negli artt. 13, 14, 15 e seg. sono tuttavia di per sé idonei a porre in pericolo la consistenza di quella sfera intangibile che la Costituzione italiana ha voluto garantire non solo contro i pubblici poteri, ma, con efficacia assoluta, anche nei confronti dei poteri cosiddetti di fatto e degli stessi soggetti privati ⁽⁷⁸⁾.

6. *Il principio della persona umana e le "rivendicazioni di autodeterminazione individuali": il caso del diritto alla salute e del diritto alla vita.*

Questa impostazione, volta a ricostruire il ruolo della nozione di persona umana nella Costituzione, perciò, mette insieme la salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo, come regolati nelle disposizioni costituzionali, e la prospettiva comunitaria dell'art. 2 Cost.. In questo modo essa consente una interpretazione più accurata delle singole fattispecie in relazione alla loro possibile tutela costituzionale. Infatti, al fine di valutare se le disposizioni sui diritti possano coprire, o meno, e in che misura, un determinato fatto o dare fondamento ad una qualche pretesa, la nozione di persona umana (diversa da quella di individuo) costituisce un complemento metodologico utile ad apprezzare le "rivendicazioni di autodeterminazione individuali" e a determinare se queste pretese possano presentarsi come "questioni di diritto costituzionale".

Diventa possibile misurare, così, nel contesto delle disposizioni costituzionali l'aspirazione ad una totale preservazione dell'identità individuale (come espressione assoluta della volontà del singolo, che eleva la pretesa all'autodeterminazione).

L'autodeterminazione individuale, come noto, anche alla luce di recente tragici eventi, viene richiamata nell'interpretazione dell'art. 32, comma 2, Cost. ⁽⁷⁹⁾. A tal riguardo si sostiene che nel principio secondo cui

⁷⁷() G. Lombardi, *Persona umana (libertà della)*, cit., 1082.

⁷⁸() Così G. Lombardi, *Persona umana (libertà della)*, cit., 1083 e più tardi, per una approfondita riflessione sul punto, Id., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1970, *passim*.

⁷⁹() "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". V. D. Vincenzi Amato, *Rapporti Etico-sociali. Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976, 174; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.* 1980; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, 21; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984; R. Ferrara, *Salute (Diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino 1997, XIII, 513, D.

“nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario” bisogna riconoscere un diritto all’autodeterminazione in ordine al rifiuto della cura, alla scelta del fine vita, alla legittimità dell’eutanasia, come forma di salvaguardia della dignità umana, ecc. ⁽⁸⁰⁾.

È bene dire subito che queste pretese così formulate non hanno fondamento costituzionale e non si possono basare su questa disposizione della Carta, né su altre, che anzi il sistema costituzionale sembra porsi in una diversa direzione.

L’art. 32, comma 2, Cost., alla cui formulazione contribuì particolarmente la componente cattolica presente in seno all’Assemblea Costituente, fonda non un diritto di libertà individuale di cura del quale farebbe parte anche il rifiuto delle terapie, ma un “limite” nei confronti del potere pubblico, in quanto è affidato alla legge (e non al giudice o all’amministrazione) il potere di imporre il trattamento sanitario come obbligatorio ed è la legge che consente l’operatività degli altri poteri dello Stato. Poiché era ancora forte il ricordo dei campi di concentramento e la scoperta degli esperimenti sugli esseri umani, così come della sterilizzazione di massa, proprio grazie all’intervento dell’On.le Moro si giunse ad una formulazione della garanzia della riserva di legge, non come semplice riserva di competenza al legislatore, ma inserendo una peculiare previsione, imponendo che in nessun caso la legge può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana; sicché la riserva dell’art. 32, comma 2, si configura come rafforzata e consente un controllo di costituzionalità rapportato non semplicemente alla ragionevolezza dei trattamenti sanitari obbligatori, ma anche alla loro consistenza e alle modalità attraverso cui questi si estrinsecano, le quali non possono essere tali da offendere la persona del paziente o da svolgersi in modo degradante.

Per il resto, al di fuori dei trattamenti obbligatori, il tema della salute e della cura si muovono per intero dentro l’orizzonte del primo comma dell’art. 32 ⁽⁸¹⁾ e cioè tra il diritto fondamentale dell’individuo alla salute e l’interesse della collettività alla salute individuale. Unico diritto in Costituzione per il quale si prevede un concorrente interesse della collettività, rispetto alla situazione giuridica soggettiva tutelata e che integra una pretesa generale (in ciò diversa, ad esempio, dall’istruzione – che fa riferimento, per i gradi più alti degli studi, ai “capaci e meritevoli” – e simile a quello dell’amministrazione della giustizia [“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”]) azionabile solo se la Repubblica costituisce strutture e assicura servizi che lo concretizzano.

In questo contesto, con l’adempimento di un compito (creazione di strutture e servizi) da parte della Repubblica, il diritto alla salute e l’interesse della collettività alla salute dell’individuo diventano entrambi effettivamente reali e misurabili. Infatti, qui, nell’art. 32, comma 1, Cost., trovano sede le

Morana, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, Milano 2002; A. Simoncini – E. Longo, Art. 32, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di r. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, Torino 2006, I, 655 ss.

⁸⁰() V., per una rassegna delle opinioni, G. Pelagatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma 1995; nonché L. Mezzetti, A. Zama, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Torino 1999, XV, 336; G.U. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 2008, 109; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna 2008.

⁸¹() “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”.

questioni relative al rapporto di collaborazione tra paziente e medico ⁽⁸²⁾, quelle inerenti al consenso informato ⁽⁸³⁾, il rispetto e l'applicazione delle risultanze della scienza medica ⁽⁸⁴⁾, il distinguo tra la cura e l'accanimento terapeutico ⁽⁸⁵⁾, la valutazione sulle prestazioni da assicurare in sede di sanità pubblica ⁽⁸⁶⁾ e sui comportamenti che le autorità sanitarie devono suggerire dal punto di vista dell'interesse pubblico e dell'individuo ⁽⁸⁷⁾.

In particolare, le decisioni su ciò che si può sollecitare e pressare in termini di cura e terapia e ciò che si deve lasciare alla decisione negativa che pone fine alla vita rappresentano una combinazione tra il diritto alla salute e l'interesse della collettività da valutare in relazione al caso concreto, tenendo conto che, se nella Costituzione italiana, diversamente da altre Costituzioni

⁸²() Si collocano qui anche i "diritti della famiglia", cui fa riferimento l'art. 29, comma 1, Cost., e la deontologia del medico che collocherebbe il suo fondamento nell'art. 4, comma 2, Cost., "Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società".

⁸³() Recentemente v. C. Cost. n. 438 del 2008, con nota di M. Dorana, *A proposito del fondamento costituzionale per il 'consenso informato' ai trattamenti sanitari*, (Osservazione a Corte cost., 23.12.2008, n. 438), in *Giur. cost.*, 2008, 4970; in dottrina A. Santosuosso (a cura di), *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano 1996; F. Albergiani, *Il consenso dell'avente diritto*, in *Studium iuris*, 1996, 1233; Id., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995; A. Abbagnano Trione, *Considerazioni sul consenso del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 1999, 316; F. Agnino, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico: profili penalistici e civilistici*, Torino 2006; C. Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545.

⁸⁴() Corte costituzionale, sentenze n. 282 del 2002, n. 338, del 2003; n. 438 del 2008; n. 151 del 2009.

⁸⁵() P. Veronesi, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso Welby*, in *Studium iuris*, 2008, 1074; D. Maltese, *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*, in *Il Foro italiano*, 2007, 2231

⁸⁶() V. Corte costituzionale n. 282 del 2002, sul trattamento dell'elettroshock v. L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1450.

⁸⁷() Si pensi, per fare degli esempi di stringente attualità, al contrasto verso determinate malattie dipendenti dallo stile di vita, come l'obesità, derivata da cattiva ed eccessiva alimentazione; come le malattie cardio-circolatorie, rispetto alle quali si sollecita, oltre ad una corretta alimentazione, una pratica sportiva o attiva del corpo; come le malattie polmonari e il cancro, che hanno ispirato le campagne contro il fumo, ecc.; a tal riguardo si può richiamare anche quanto affermato dal giudice costituzionale italiano nella sentenza (n. 180 del 1994) a proposito dell'obbligo per i motociclisti di indossare il casco, per il quale il giudice *a quo* aveva sostenuto l'illegittimità della relativa norma, dal momento che l'ingerenza statale nella sfera del cittadino sarebbe consentita solo se sia posto in pericolo il diritto alla salute di terzi individui, mentre quando "la collettività nei confronti della salute dell'individuo vanta un mero interesse" sarebbe "illegittima ogni imposizione o limitazione" di diritti di libertà. La Corte costituzionale, in proposito, osserva: «L'assunto, secondo cui l'art. 32 della Costituzione consentirebbe limitazioni al diritto di circolazione solo se venisse in gioco il diritto alla salute di soggetti terzi rispetto a colui cui vengono imposte quelle limitazioni, con la previsione di sanzioni in caso di inosservanza, non può essere condiviso. Specie quando, come nella materia in esame, si è in presenza di modalità, peraltro neppure gravose, prescritte per la guida di motoveicoli, appare conforme al dettato costituzionale, che considera la salute dell'individuo anche interesse della collettività, che il legislatore nel suo apprezzamento prescriva certi comportamenti e ne sanzioni l'inosservanza allo scopo di ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali. Non può difatti dubitarsi che tali conseguenze si ripercuotono in termini di costi sociali sull'intera collettività, non essendo neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in tale funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all'ausilio delle strutture

(e dalle Carte europee), non esiste un diritto espresso alla vita, bensì derivato implicitamente dall'art. 32, comma 1, Cost., in combinato con l'art. 2 Cost. ⁽⁸⁸⁾, certamente non esiste un diritto alla morte e, in particolare, alla morte per mano pubblica, come ci rammenta l'art. 27, comma 4, Cost., che afferma "Non è ammessa la pena di morte" ⁽⁸⁹⁾.

Il dibattito sul diritto alla "vita" comprende – com'è stato autorevolmente chiarito – non solo il tema del "diritto alla vita in senso stretto" (vale a dire, il diritto a non essere uccisi, con il corrispondente dovere di non uccidere), ed il "diritto a nascere" ovvero "a essere lasciati venire alla vita" (cui corrisponde il dovere di non abortire o di non procurare l'aborto), ma – e per quanto interessa qui – anche il "diritto a non essere lasciati morire" e il "diritto a essere mantenuti in vita" o diritto alla sopravvivenza, ai quali corrispondono il dovere di soccorrere chi si trova in pericolo di vita e di offrire i mezzi minimi di sostentamento a chi ne fosse privo ⁽⁹⁰⁾.

La circostanza poi che il rifiuto della terapia e il lasciarsi morire (e persino il suicidio ⁽⁹¹⁾) non trovi una sanzione penale ciò non vuol dire che la condotta rientri nell'esercizio di un diritto di libertà e che si possa considerare lecita secondo l'ordinamento. Infatti, questa condotta ancorché non sanzionata, per il fatto stesso che possa danneggiare la (propria) vita, o possa farla finire volontariamente, infrange il precetto legislativo che muove dall'indisponibilità del bene della vita ⁽⁹²⁾. Né questo è l'unico caso di condotte non sanzionate che non possono costituire esplicitazione di un diritto costituzionale ⁽⁹³⁾.

assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili. Le misure dirette ad attenuare le conseguenze che possano derivare dai traumi prodotti da incidenti, nei quali siano coinvolti motoveicoli, appaiono perciò dettate da esigenze tali da non far reputare irragionevolmente limitatrici della "estrinsecazione della personalità" le prescrizioni imposte dalle norme in questione».

⁸⁸() Il diritto alla vita, come diritto non disponibile è costituzionalmente una nozione presupposta che si desume comunque dalla legislazione (Sul diritto alla vita, come diritto non disponibile v. C. cost. n. 223 del 1996. In dottrina: R. Dworkin, *Il dominio della vita, aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994; R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *Foro it.*, 1991, I, 17; M. Ruotolo, *Libertà di disporre del proprio corpo ed accertamento della verità processuale. Note a margine di un riuscito bilanciamento tra valori*, in *Giur. cost.*, 2006, 2310; L. Violini e A. Osti, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartaria, Bologna 2007, 185 ss.).

⁸⁹() Così la Costituzione italiana, dopo la revisione compiuta con legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1.

⁹⁰() In questi termini, N. Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte, Il dibattito attuale sulla pena di morte* (1983), ora in *"A tutti i membri della famiglia umana"*, a cura di U. Villani, Milano, 2008, p. 245.

⁹¹() ... ma non l'omicidio del consenziente, art. 579 c.p., e l'istigazione o l'aiuto al suicidio, art. 580 c.p.

⁹²() F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74; A. Vallini, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, 539; F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto Penale e processo*, 2007, 5; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalista*, Torino 2008.

⁹³() Infatti, si può dire che non sempre ciò che non sanzionato in via costituzionale o legislativa possa considerarsi lecito, o permesso, o possibile, secondo l'ordinamento giuridico, e perciò non per questo può considerarsi esplicitazione di libertà o diritto costituzionale. Basti considerare l'art. 4 che considera il lavoro come un diritto di libertà sotto il profilo della scelta e un dovere sotto quello dello svolgimento, ma che non punisce chi omette di svolgere un lavoro; bisognerebbe concludere, allora, che simili persone, che per

In ogni caso la mancanza di sanzione penale, o di rimedi di natura amministrativa, per un comportamento non qualificabile in termini di diritto o comunque non riconducibile alla disciplina di questi, va valutata come una questione rimessa alla discrezionalità del legislatore e non un limite del diritto, rispetto alla sua capacità di regolare l'autonomia individuale, di operare in situazione anche etiche estreme come la vita e la morte⁽⁹⁴⁾; anzi proprio le richieste che si sono avanzate circa la necessità di leggi sull'aborto, sulla procreazione assistita, sul testamento biologico, ecc., dimostrerebbero esattamente l'opposto che alla legge e allo Stato viene richiesto di farsi paladino di determinate questioni poste sulla soglia dell'imponderabile.

7 *Segue: il diritto alla salute e il diritto alla vita e il sistema dei diritti; il caso dell'obiezione di coscienza.*

Quanto sin qui detto, peraltro, non sta a significare che l'interpretazione dell'art. 32 debba essere isolata dal contesto costituzionale, così come dai necessari sviluppi legislativi dell'ordinamento. Anzi, tutto il contrario, non ci si può dimenticare di quali interferenze sia stato oggetto il diritto alla salute rispetto alla libertà religiosa dell'art. 19 Cost. e alla potestà dei genitori, rispetto ai doveri di cui all'art. 30, comma 1, Cost., "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio"; rispetto alle emo-trasfusioni ai testimoni di Geova e ai loro figli minori, con soluzioni tutte affatto opposte in termini di qualificazione della fattispecie, di azioni e di effetti⁽⁹⁵⁾.

Per completezza si deve osservare che in questo contesto si pongono anche le questioni inerenti all'obiezione di coscienza dei medici e del personale sanitario in relazione a determinate pratiche, alla prescrizione di alcune cure e terapie e alla somministrazione di specifiche medicine.

Anche in questo caso si deve notare che, se si dovesse ammettere un diritto all'autodeterminazione di rango costituzionale (collegato ad esempio alla tesi della libertà morale), dovrebbe riconoscersi sempre e comunque come conseguenza di questo il diritto all'*obiezione di coscienza*. Un diritto costituzionale generale di libertà, infatti, potrebbe comportare sempre la giustificazione dell'obiezione di coscienza rispetto a quello che comandano o vietano le leggi dell'ordinamento.

Ed invece, così non è, non tanto perché in questo modo l'ordinamento smarrirebbe il suo senso, quanto soprattutto perché in realtà la coscienza, come foro interno, anche qui diversamente che in altri ordinamenti costituzionali, non trova posto in Costituzione e la sua tutela costituzionale può darsi solo per quei frammenti estremamente limitati che ridondano in libertà costituzionali (come l'art. 19 e l'art. 21) e nei confronti di leggi che,

autodeterminazione rifiutano il lavoro, esercitano un diritto di libertà costituzionalmente garantito, affermazione che francamente appare in contrasto con il principio lavorista della Costituzione.

⁹⁴() Così, invece, M. Olivetti, *Art. 1, in Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco – m. Cartaria – A. Celotto, Bologna 2001, 50-51.

⁹⁵() V. V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.* 1982, 576 ss. S.P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1979, 875; R. D'Alessio, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari"*, in *Dir. Soc.*, 1981, 529.

prive di giustificazioni proprie dal punto di vista costituzionale, violano questi diritti ⁽⁹⁶⁾.

Non è un caso che secondo l'orientamento che appare preferibile il diritto di obiezione di coscienza risulta ancorato nel nostro ordinamento, non alla Costituzione, ma alla legge e risponde a quelle valutazioni di opportunità che il legislatore considera prevalenti nell'organizzazione degli apparati pubblici (sanità, giustizia, fisco, forze armate, ecc.) e in relazione alla collisione dei diritti e alla combinazione di diritti e doveri ⁽⁹⁷⁾.

8. *Relativismo dei valori e Costituzione: individualismo e persona umana.*

Uno dei problemi più complessi nell'interpretazione della Costituzione è divenuto la circostanza che l'attività dei giudici non appare sostenuta più da un modello sociale univoco o quanto meno omogeneo. La tutela della persona umana, il suo sviluppo in modo pieno e la dignità dell'uomo, ma anche lo stesso diritto alla vita e la morte, sono diventate oggetto di una pluralità di concezioni etiche e di visioni del mondo contrapposte, incommensurabili e tutte ritenute democraticamente non rifiutabili.

In un contesto simile, ciò che per qualcuno è vita degna, per altri diventa vita indegna; ciò che salvaguarda la persona umana, per altri la degrada. È una condizione che chi vive una dimensione assiologica e religiosa, accanto ad una civile, conosce bene.

Sul piano giuridico e, soprattutto, su quello costituzionale, però, questo dilemma, nel momento in cui non appare risolvibile più con la semplice interpretazione della Costituzione, va ricomposto con una "decisione costituzionale" sempre che dalle disposizioni della Carta si possano dedurre argomenti sufficienti a dare luogo ad una decisione secondo il diritto costituzionale vigente (c.d. *Rechtsfindung*) ⁽⁹⁸⁾.

Una delle soluzioni prospettate, in questo senso, è quella di dare libero sfogo all'autodeterminazione individuale in tutti quei casi in cui i comportamenti riguardano l'individuo che compie le sue scelte. Si dice: il fatto che si esercitano delle facoltà (non delle libertà) individuali che non obbligano gli altri soggetti che seguono una differente visione del mondo (*Weltanschauung*) non può formare oggetto di divieto da parte dell'ordinamento ⁽⁹⁹⁾. Sarebbero così naturalmente lecite, non solo

⁹⁶() S. Mangiameli, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, cit.

⁹⁷() V. A. D'Atena, *Art. 9 l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Le nuove leggi civili commentate* 1978, 1650 ss.; S. Mangiameli, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, cit.; di recente anche N. Gimelli, *Libertà di religione tra Carta europea dei diritti fondamentali e Costituzione italiana*, in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, a cura di A. D'Atena e P.F. Grossi, Milano 2004, 273 ss.

⁹⁸() Non si può escludere, anzi si deve ritenere, che attraverso l'interpretazione costituzionale si possano definire quali parti delle diverse concezioni del mondo possano ritenersi accettabili e praticabili dalle disposizioni costituzionali e possano addirittura formare oggetto della tutela delle disposizioni costituzionali sui diritti e sulle libertà. Tuttavia, qualora la questione non sia risolvibile in via ermeneutica, non si può semplicemente rifiutarne la qualificazione sul piano costituzionale, se le norme costituzionali, attraverso il sistema che invero consentono di assumere una decisione.

⁹⁹() Di recente, questa posizione è stata sostenuta anche da costituzionalisti come L. Elia, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova 2008, 3 ss.

l'eutanasia, l'aborto, l'eugenetica, l'assunzione di sostanze stupefacenti, ma anche le mutilazioni genitali femminili, purché volontarie, e si potrebbe continuare con tutti quei comportamenti i cui effetti immediati sembrano ricadere in via diretta solo sull'individuo.

Poiché nessuno è obbligato per legge a praticare eutanasia, aborto, mutilazioni, ecc., tutti questi comportamenti non dovrebbero rappresentare il contenuto di prescrizione che ne escludono la pratica. In questa prospettiva, l'ordinamento diventerebbe attivo solo se, e nella misura in cui dalla decisione individuale possa derivare una concreta situazione di pericolo o di danno a terzi.

Questa impostazione ovviamente finisce con il rappresentare una certa concezione dell'uomo e del diritto e al suo interno si collocherebbe anche un certo tipo di costituzione, non certamente prescrittiva e assiologicamente orientata, non rivolta alla persona, in quanto tale, ma al raccordo delle diverse concezioni (e dei diversi gruppi) attorno ad un denominatore minimo di coesistenza e di integrazione. Qui il pensiero corre all'*Integrationslehre* smendiana⁽¹⁰⁰⁾, ma per ricordare anche come una siffatta teoria si mostrò sin dal suo apparire così debole che storicamente la realtà da essa fotografata (la Repubblica di *Weimar*) è quella che portò al nazismo.

Non mancano riedizioni di queste tendenze culturali, anche nel più recente pensiero giuridico occidentale di stampo democratico⁽¹⁰¹⁾.

A tal riguardo, con riferimento a queste tendenze nel campo del diritto costituzionale è stato già osservato in altra sede⁽¹⁰²⁾ come il richiamo al "relativismo dei valori" operi un salto di qualità, grazie al quale il campo di osservazione preso in considerazione (definito dalla dimensione assiologica di un gruppo) si pone in alternativa al diritto costituzionale positivo e/o in contrasto con questo, il cui effetto – spesso anche dichiarato – è quello di depotenziare le prescrizioni costituzionali e di rimettere la decisione concreta delle questioni all'apprezzamento dei giudici, i quali deciderebbero non sulla base dei dati dell'ordinamento, ma secondo la loro più o meno condivisa filosofia politica.

In proposito, è stato affermato che se per un verso la "costituzione è meglio concepita se permette alle maggioranze di scegliere tra un ventaglio di filosofie politiche, piuttosto che imporre alla nazione di optare per una in particolare"; per l'altro, poi, "chi vive in una società plurale dovrebbe diffidare dei giudici" e, perciò, dovrebbe "cercare di fare in modo che [i giudici] non possano invalidare delle leggi sulla base della filosofia politica che trovano più congeniale"⁽¹⁰³⁾.

¹⁰⁰() V. R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. it., Milano 1988.

¹⁰¹() V. in Italia i contributi di R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 9 ss.; ma anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, 147 ss.; F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino 1999. Questi autori sono molto spesso tributari ai lavori di R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, trad. it., Bologna 1982, 79 ss.; Id., *A matter of principle*, Oxford 1986, 237 ss.; e di R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1986, 125 ss.; Id., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg - München 1992, 137 ss.

¹⁰²() La "laicità" dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e "pluralismo confessionale e culturale" (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile), in *Dir. soc.* 1997, 42.

¹⁰³() C.R. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, 99.

L'osservazione, riferita al sistema americano, dove svolge un forte ruolo di integrazione del dato costituzionale la tradizione ⁽¹⁰⁴⁾, appare ormai ripetibile anche per i sistemi di *civil law*, nei quali maggiormente si avverte una attenuazione del vincolo della costituzione e della legge e nei quali, per via del mito della "volontà" della legge, alla tradizione non si riconosce un valore vincolante ⁽¹⁰⁵⁾.

La riduzione del principio di legalità e l'assenza della tradizione, perciò, portano ad un livello più complesso lo scontro tra i valori che animano le visioni del mondo di cui i singoli individui si fanno portatori ⁽¹⁰⁶⁾.

Una simile situazione, ispirata d un estremo individualismo, però, implicherebbe che l'ordinamento non sia più capace di esprimere una dimensione relazionale (bilateralità) e che la Costituzione non sia in grado di manifestare garanzie effettive (né forti, né deboli) per la persona. La legge e, ancor più, i giudici opererebbero secondo la *Weltanschauung* dei diversi gruppi, scegliendo di volta in volta il riferimento da seguire.

Questa impostazione, invocata ora come una espressione del principio democratico, per il quale la dignità umana sarebbe determinabile di volta in volta dal legislatore ordinario, o direttamente dal giudice, ignora che le costituzione del secondo dopoguerra, tra cui spicca quella italiana, proprio per via degli orrori che avevano umiliato la dignità umana, si sono fatte carico di disciplinare puntualmente diritti e libertà, valorizzando il contesto sociale in cui la persona umana si sviluppa e la comunità adempie all'obbligo di solidarietà, per cui la circostanza che determinate decisioni individuali ricadono sul singolo, non abiliterebbe a ritenere queste come non suscettibili di essere sottoposte a valutazione e a divieto ⁽¹⁰⁷⁾.

Anzi, rispetto al sistema dei diritti, poiché i comportamenti individuali hanno sempre un rilievo comunitario e vengono in considerazione per i loro riflessi sulla visione dell'uomo che sottintendono, devono essere considerati ammissibili, o meno, in relazione alla visione antropologica positivizzata dalla Carta costituzionale.

Ora, nell'impostazione seguita dalla Costituzione, incentrata sulla nozione di persona umana (e sulla sua dignità come *status* che la contraddistingue, atta perciò a limitare le pretese individuali), prescindendo pure dalla questione se la "salute" e la "vita" siano, oltre che un diritto, anche un dovere, non possono ritenersi storicamente comprese quelle impostazioni individualistiche che consentirebbero agli interessati di violare verso se stessi il principio del rispetto della persona umana, come ad esempio la pratica volontaria delle mutilazioni, oppure l'assunzione di sostanze che possono alterare o danneggiare lo stato di salute fisica e psichica ⁽¹⁰⁸⁾; né perciò, a maggior ragione, possono permettersi pratiche che volontariamente mettano fine alla vita ⁽¹⁰⁹⁾. Ed anche quando i singoli atti di autodeterminazione individuale si possano porre per il singolo come estrinsecazione di un diritto

¹⁰⁴() V. C.R. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., 100

¹⁰⁵() Sul punto, non a caso, mancano cospicui contributi; uno dei pochi contributi sul tema è dato da A. Blankenagel, *Tradition und Verfassung*, Baden-Baden 1987, 196 ss.

¹⁰⁶() V. C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, trad. it., in *Rass. dir. pubbl.* 1970, I, 1 ss.

¹⁰⁷() Valga per tutte il caso dell'obbligo di portare il casco nella conduzione di una moto (v. supra nt. 87).

¹⁰⁸() V. M. Olivetti, *Art. 1*, in *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco – m. Cartaria – A. Celotto, Bologna 2001, 38 ss.; P.F. Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di M. Siclari, Torino 2003, 48-49.

rispetto ad un altro (il classico esempio è quello del diritto alla salute o alla vita, in relazione alla non accettazione per motivi religiosi della emotrasfusione) deve dirsi che la valutazione del legislatore, nell'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, deve essere compiuta pur sempre nel rispetto della dignità della persona umana ⁽¹¹⁰⁾.

¹⁰⁹() V. in proposito, problematicamente, P.F. Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 41 ss., che concepisce la dignità umana come limite all'esercizio delle libertà ed afferma: "la soluzione dipende, a mio avviso, dalla natura del diritto alla vita: se esso si qualifica, come a me pare preferibile, alla stregua di un diritto di libertà, è evidente che si tratta di una nozione giuridica presupposta. La quale (...), per la contraddizione che non lo consente, può liberamente e volontariamente subire limitazioni ed autolimitazioni anche gravose e particolarmente pesanti, che possono pur sempre farsi rientrare in una forma negativa del suo godimento, ma non è mai definitivamente rinunziabile, proprio perché la rinunzia definitiva si palesa come negazione radicale ed assoluta della stessa libertà che ne forma oggetto ed è perciò concettualmente inammissibile" (49).

¹¹⁰() V., in tal senso, Corte costituzionale, sentenza n. 347 del 1998; nonché, sentenza n. 45 del 2005.