

Capitolo Primo

Il corpo fra realtà naturali e artifici giuridici

1. Natura e artificio. Una differenziazione oggi problematica

«La nostra tradizione giuridica naturalizza la persona, la confonde con l'individuo stesso, e allo stesso tempo la distingue da esso. Di conseguenza, i soggetti di diritto si presentano come una curiosa mescolanza di realtà corporea e astrazione. Per questa ragione, poiché bisogna coniugare due realtà confuse ma distinte, nelle dottrine moderne e contemporanee è così difficile rappresentarsi l'unità di queste due nature, come mostrano in particolare le controversie dei civilisti del XIX secolo. Per coniugare la realtà corporea dell'essere umano vivente e l'astrazione della sua persona giuridica, la dottrina ha proposto tutte le combinazioni immaginabili: non esiste formula che non sia stata provata per conciliare l'inconciliabile. Queste distinzioni spesso bizantine (il corpo come costitutivo della persona, il corpo tra i diritti della personalità, il corpo come proprietà della persona), valevano tuttavia solo all'interno dei limiti nei quali questa nozione era intesa a partire dal diritto comune: tra la nascita e la morte del soggetto»¹.

Questa lunga citazione tratta da Yan Thomas mette in luce la problematicità di una distinzione ad opera della scienza giuridica fra realtà naturali e artifici giuridici, fra causalità e imputazione, sottolineando lo sforzo teorico continuo di regolare i fatti sociali attraverso strutture di qualificazione giuridica. Uno sforzo oggi particolarmente poderoso in un contesto giuridico innovato dall'affermarsi delle biotecnologiche e che procede ad una frammentazione con-

¹ Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 128-129.

tinua del corpo, ad una sua riconfigurazione ben oltre gli ambiti tradizionalmente pensati, oltre che ad un inseguimento continuo del biologico in un paradigma mutato profondamente, che si traduce in una sempre più evidente sussunzione della *vita*, nelle sue infinite manifestazioni, nell'ambito del giuridico.

Per un verso, infatti, si assiste ad una crisi delle categorie basate su un concetto di tipo naturalistico-biologico, come si registra in riferimento al tema della procreazione, rispetto al quale le modalità di riproduzione assistita e la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa testimoniano la rilevanza delle tecniche medicali e l'ausilio crescente di materiale genetico esterno alla coppia, per un altro, si rincorrono le tappe di una maternità naturale, attraverso l'istituto della gestazione per altri, che evidenzia come la dimensione del corpo nella valenza biologica sia spesso radicalizzata in nome di una concezione naturalistica della genitorialità.

In un ambito come quello del biodiritto fortemente in evoluzione, si affermano, infatti, processi che richiedono una riconfigurazione dei limiti del corpo rispetto a quella dialettica natura/artificio tradizionalmente centrale del dibattito fra giusnaturalismo e positivismo giuridico e che oggi mostra un'inedita attualità davanti alle infinite possibilità aperte progressivamente dalla tecnica, che consentono una «plasmabilità della natura mai sinora viste»².

Si affermano pratiche che rendono indubbiamente più prismatica la fisionomia della natura, rendendola difficilmente separabile da ciò che è artificiale, in un quadro che tende a dissociare progressivamente riproduzione, nascita, fine vita. Temi che evidentemente implicano questioni relative a procreazione medicalmente assistita, alimentazione, cura nonché le problematiche particolarmente urgenti del traffico degli organi, della tratta di esseri umani.

Tem e problemi che si intersecano in tale dialettica mostrando le molteplici forme del discorso bioetico e la difficoltà di un intervento regolativo della vita, nella sua significazione più immediata,

² Così i curatori del volume dedicato al tema: A. CATANIA, F. MANCUSO, *Natura e artificio. Norme. corpi, soggetti tra diritto e politica*, Mimesis, Milano, 2011, p. 7.

mettendo a nudo le finitezze del diritto, i limiti delle strutture formali di qualificazione giuridica al cui confronto la concretezza dell'esistenza umana tende a replicare variabili infinite e imprevedibili dall'astrattezza della norma.

Se infatti, la contingenza della vita richiede al diritto una serie infinita di risposte che quasi un ventennio fa erano inimmaginabili, è fortemente cresciuta in un contesto enigmatico, perché in profonda evoluzione, l'aspettativa di riconoscimento di posizioni soggettive: ad esempio i diritti delle coppie gay che, come è noto, in Italia, hanno trovato una regolamentazione con il decreto Cirinnà che ne ha consentito l'unione civile³ ai quali si affianca la richiesta di giuridificazione di pratiche effettive, che evidenziano quello scarto mai neutralizzabile fra normatività ed effettività⁴.

Rispetto al susseguirsi di istanze plurime di riconduzione della vita al tema del giuridico, il diritto si mostra in affanno nel tentativo di estendere le sue categorie a situazioni che coinvolgono interessi differenti da quelli per cui sono state costruite, d'altro canto, è nell'intersezione fra vita, salute e corpo che si tracciano le coordinate di scelte giuridiche complesse, destinate a generare divisioni

³ Analizza l'evoluzione storico-sociologica della famiglia e l'istituto della convivenza in Europa, L. PANNARALE, *Le regole dell'amore. Famiglie e diritti in Italia e in Europa*, in *Politica del diritto*, XXXVIII, 2007, p. 217 ss. Sul *same sex marriage* e il riconoscimento delle unioni civili, cfr. V. IVONE, *The Right to Relate and the Sexual Orientation: El derecho a una vida privada*, in *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, 2/2015, p. 191; D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 162 ss.

⁴ Così Alfonso Catania: «La dimensione dell'effettività all'interno di una concezione giuridica imperniata sul modello dicotomico validità-effettività, non è per nulla una concezione che si rassegni al trionfo del fatto. Un modello di tipo normativo alla Kelsen o alla Hart concepisce sempre l'effettività come un quid problematicamente legato alla dicotomia dover essere (norma) essere (realizzazione della norma). L'effettività in un modello di questo tipo non è riduzione del diritto a ciò che avviene ma è la possibilità della realizzazione del diritto sul presupposto dell'effettività, che è una cosa diversa. Il richiamo all'effettività diventa il richiamo a prendere sul serio il diritto». A. CATANIA, *Effettività e modelli di diritto*, in ID., *Effettività e modelli normativi. Studi di Filosofia del Diritto*, a cura di V. GIORDANO, Giappichelli, Torino, 2013, p. 67.

culturali che fuori e dentro il diritto incidono in maniera fortemente pervasiva sui modelli della società, mettendo a dura prova l'equilibrio dei poteri.

Si assiste, infatti, progressivamente ad una dilatazione del biodiritto⁵ in ambiti prima attinenti alla sola sfera privata, dal momento che è in forte espansione la sfera dei dilemmi etico-giuridici sollevati dalla relazione fra bioetica, scienza della vita e diritto, in un contesto nel quale le nuove frontiere della medicina rendono esperibili azioni e pratiche che richiedono scelte difficili. Scelte che si collocano oggi fra sentieri interrotti del giuridico, che riflettono le perplessità sulla regolazione giuridica di pratiche effettive. Esse lanciano nuove sfide alla scienza giuridica e ne mettono in discussione i costrutti artificiali, in un gioco di normativizzazione continua di pratiche agite fuori dalle previsioni legislative rispetto alle quali risulta determinante l'intervento delle corti.

Si tratta di una normatività del fattuale⁶, di una normatività sganciata dalla forma giuridica, dalla regolazione astratta della legislazione ma che fuoriesce dalla necessità di dar voce a plurime situazioni giuridiche controverse, nella persistenza di una domanda di diritto incessante, sollevata nei confronti della giurisprudenza dall'emergenza della vita. Tale aspetto tende a potenziare l'operato dei giudici in uno squilibrio crescente fra controllo e bilanciamento reciproco di poteri secondo il modello tradizionale del *check and balance*, rendendo indubbiamente enigmatica la prevedibilità di una regolazione giuridica basata sulla specificità del caso.

L'irriducibile problematicità del biodiritto emerge, pertanto, in maniera allarmante nei tribunali, chiamati di volta in volta a decidere su temi complessi che chiamano in gioco il temperamento

⁵ Sulla distinzione fra biodiritto e bioetica, cfr. J. SANDOR, *New Dimensions of Bioethics in the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights: Response to Roberto Andorno*, in G. GASTMANTS et al., (ed.), *Source New Pathways for European Bioethics*, Intersentia, Antwerpen, 2007, pp. 139-160.

⁶ Il riferimento immediato sulla forza normatività del fattuale è a G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, J. Springer, Berlino, 1921, p. 337 ss. Per una discussione del tema, cfr. M. LA TORRE, *La crisi del Novecento, giuristi, e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari, 2006, specie p. 20.

di interessi spesso in antitesi, fra la richiesta di implementazione di nuovi diritti e le esigenze di ordine pubblico, in un clima che carica la cultura giuridica di un compito arduo.

Il percorso giurisprudenziale nel trovare soluzioni che raccordi-no aspettative e scelte individuali con le condizioni previste dal linguaggio giuridico è solo a tratti lineare e basato su processi di risemantizzazione del lessico dei diritti; tende, inoltre, ad approdare verso soluzioni frequentemente generative di tensioni politico-culturali in un delicato equilibrismo fra diritti e poteri.

2. Diritti e poteri nelle democrazie costituzionali

Nel solco del rapporto tradizionale fra diritti e poteri, paradigmatica dell'espansione del ruolo delle corti è infatti la proliferazione del discorso bioetico come discorso giudiziario che attesta, per un verso, l'inadeguatezza della regolamentazione legislativa nel far fronte alla multiforme imprevedibilità della vita, per un altro, la problematicità di una risposta giuridica a temi che afferiscono alla sfera privata e che sollevano dilemmi etico-politici particolarmente complessi. Indubbiamente, il tema della vita, da intendersi come riferita al suo incipit, alla sua fine e alle sue complesse trasformazioni sempre più legate all'immagine di un corpo fungibile, frammentato, scomponibile, concerne una pluralità di casi difficili, di casi nei quali non è agevole individuare una soluzione giuridica: casi che trasformano le decisioni dei giudici nei luoghi nei quali si consumano scelte etiche complesse, radicalizzando quella tendenza implicita nello Stato costituzionale di concentrazione del "politico" nella dimensione giudiziaria.

Come è noto, infatti, i processi di costituzionalizzazione dei sistemi giuridici costituiscono il motore di una grande trasformazione politica e costituzionale delle democrazie globali che enfatizzando il ruolo delle corti e la natura dialogico-discorsiva dei diritti, sollecita un ripensamento di tutte le questioni legate al rapporto diritto/morale/politica a partire dalla rivalutazione in chiave pratico-argomentativa della razionalità implicita nelle costituzioni.

Una razionalità, in alcuni casi riletta come il superamento dell'artificio giuridico e nella quale sembrerebbe essere trasposta nelle forme di un giusnaturalismo laico e conciliato la sfera religiosa⁷: in nome di un ateismo che affida la ragione umana alla bellezza immanente di una natura omnicomprensiva⁸. In altri casi, una razionalità implicita nella specifica "forma di vita" degli ordinamenti costituzionalizzati, nei quali sarebbe tradotta dentro la procedura democratica, l'istanza kantiana, svuotata del suo tratto *a priori*⁹.

Se, infatti, si registra una rinascita di prospettive in senso ampio giusnaturalistiche, che rileggono i processi di costituzionalizzazione delle democrazie contemporanee quale manifestazione del carattere *naturale* del diritto, è pur vero che un fattore endogeno dello sviluppo del diritto transnazionale¹⁰ è costituito proprio dall'incremento del potere decisionale dei tribunali. Se prescindiamo dall'assunzione di un *ethos* condiviso quale filtro dei processi di interpretazione costituzionale, non si può dubitare del fortissimo rilancio della valenza dialogico-argomentativa¹¹ delle pratiche di *judge-*

⁷ F. VIOLA, *Religione civile: uso e abuso di un concetto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2014, p. 109.

⁸ In questa direzione si colloca l'ultimo lavoro di R. DWORKIN, *Religion without God*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2013, in cui è individuato un elemento unificante a tutte le religioni che prescinde da un riferimento teistico.

⁹ Il riferimento è a R. ALEXYS, *Teoria dell'argomentazione giuridica, La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998; ID., *La natura del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

¹⁰ Sulla rivoluzione generata dalla *global governance* cfr. M.R. FERRARESE, *Soft Revolution with Hard Political and Legal Effects*, in *Soft Power, Rivista euro-americana de Teoria e historia de la política y del derecho*, 1, 2014, pp. 35-56.

¹¹ «La teoria del discorso ha il vantaggio di poter fondare la democrazia e la tolleranza su una metatetica non relativistica. Si è democratici e tolleranti in questa prospettiva non perché tutte le opinioni si equivalgono, posizione che condanna alla ingiustificabilità democrazia e tolleranza e che finisce per ritorcersi contro sé stessa; lo si è invece perché la discussione, il discorso, il dialogo richiedono per aver luogo la pluralità e la libertà delle opinioni, e perché la discussione, il discorso, il dialogo sono beni oggettivi, cioè non relativi al soggetto»: M. LA TORRE, *Appendice all'edizione italiana di A. ALEXYS, Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 384.

made law che si consumano su scala globale. Esse svolgono nelle democrazie contemporanee una funzione di istituzionalizzazione del conflitto in una prospettiva di crescente proceduralizzazione dei sistemi giuridici, data la tendenza a leggere il diritto a vocazione globale quale ragionamento giuridico¹².

La rivalutazione della razionalità che origina proprio dall'ampliamento del potere decisionale delle corti risulta infatti determinante per l'evoluzione del diritto transnazionale: un diritto sempre più sganciato da una matrice legislativa, data la sua vocazione giudiziaria e privatistico-contrattuale.

Una strada di senso che per certi versi sembrerebbe confermare quel deficit di legittimazione dello stato secolarizzato contemporaneo che vive di presupposti che di per sé non può garantire¹³ toccando i punti nevralgici di quel processo weberiano di disincantamento su cui è edificata la razionalità artificialistica moderna. Una razionalità che sembra oggi vacillare dinanzi alla crisi della mediazione politica e a quel processo di sconfinamento del diritto e dei diritti¹⁴ ge-

¹² In tale prospettiva, al centro della problematizzazione teorica è posto il tema della giustificazione del diritto, sulla scorta di un codice della ragion pratica. Il punto di partenza è costituito dal manifesto delle teorie dell'argomentazione giuridica che è fatto risalire a: A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENICK, *I fondamenti del ragionamento giuridico*, 1981, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. 1 (tr. it. parziale), Giappichelli, Torino, 1987, pp. 121-187. In tale direzione razionalistica: R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit.; N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001; A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987; A. PECZENICK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1989. Per una discussione critica su questo tema, mi permetto di rinviare al mio V. GIORDANO, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

¹³ Si tratta del famoso teorema di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. PRETEROSSO, Laterza, Roma-Bari, p. 53. Della necessità di individuare nuove ragioni legittimanti il potere discute F. MANCUSO, *Le verità del diritto. Pluralismo dei valori e legittimità*, Giappichelli, Torino, 2013.

¹⁴ L'espressione ricalca il famoso libro di M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

nerato dalle inedite dislocazioni dei poteri globali che emergono fuori dalle tradizionali geometrie politico-giuridiche e che tendono a scalfire quella immagine monolitica e autoreferenziale proiettata dalla modernità politico-giuridica.

Certo, il processo di costituzionalizzazione delle democrazie contemporanee¹⁵ ha comportato la giuridificazione di gran parte dei principi elaborati dal giusnaturalismo razionalistico ed illuministico¹⁶ e la strada internazionale sembra averne rafforzato in chiave artificialistica la dimensione normativa e deontologica, ma al di là della loro proclamata incondizionatezza, i processi di interpretazione-applicazione dei diritti restituiscono inevitabilmente il loro carattere controverso e la matrice culturale e politica dei diritti¹⁷.

Se, infatti, l'intero senso della modernità trova la sua epitome nella potenza normativa di un diritto assunto a strumento e tecnica di un progetto politico, poggiate su un'effettività non data, non pre-

¹⁵ Sull'evoluzione italiana cfr. R. GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Ragion Pratica*, n. 11, 1998.

¹⁶ Il dibattito sui principi è amplissimo. Si registrano letture asimmetriche del costituzionalismo contemporaneo per lo più modellate sulla distinzione fra regole e principi. Una distinzione che sul piano metateorico non risulta neutrale rispetto all'assunzione di un determinato modello cui rapportarne le scelte di valore. Soltanto a titolo esemplificato, cfr. N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, 1966, Torino; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997 e *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia*, 1985; L. PRIETO SANCHÍS, *La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas*, in J. BETEGÓN, M. GASCÓN, J.R. de PÁRAMO, L. PRIETO, *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw Hill, Madrid 1997; J.J. MORESO, *Conflicti fra principi costituzionali*, in *Ragion Pratica*, 2002, n. 18. Sulle implicazioni nella teoria generale del diritto del processo di positivizzazione dei principi, mi permetto di rinviare al mio *Il Positivismo e la sfida dei principi*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2004.

¹⁷ Una chiave di lettura dei processi di globalizzazione nei termini di una giustizia non esclusivamente iscrivibile alla comunità politica locale è offerta da I. TRUJILLO PEREZ, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'uguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 2007.

supposta come coerente o ordinata, ma sbilanciata sull'idea di compimento, di un progetto che costruisce l'ordine¹⁸, l'effettività del diritto globale sembra svincolarsi sempre più dalle limitazioni formali della norma, aprendosi a modelli di autoregolazione giuridica, che conferiscono un'impronta procedurale all'odierno lessico giuridico e che attenuano quella diade sovranità/obbedienza fondante l'auto-rappresentazione del moderno.

In questo senso, il lungo faticoso processo democratico che aveva visto la legittimazione della rappresentanza e il controllo, si svuota di senso¹⁹.

3. *La partita dei corpi nella governance globale*

L'impossibilità sopravvenuta ad «afferrare il sovrano»²⁰ ci pone dinanzi ad un orizzonte intriso di interrogativi più che di soluzioni, di ambivalenze e dilemmi, più che di ancoraggi e traguardi, che registrano una discontinuità delle forme ed una porosità dei confini giuridici, rendendo insidioso il tentativo di una delimitazione unitaria del dispositivo diritto. Interrogativi che registrano sul piano della teoria generale, la difficoltà di dar conto con un armamentario immutato delle profonde trasformazioni che attraversano le democrazie contemporanee in un contesto che vede una massiccia proliferazione delle fonti di produzione normativa, fra sistemi di *multi-level governance*, di tipo pubblico-privato²¹.

¹⁸ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, in V. GIORDANO, A. TUCCI (a cura di) *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 3.

¹⁹ Così, L. BAZZICALUPO, *Politica, identità, potere. Il lessico politico alla prova della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 103. Alla crisi della mediazione politica delle democrazie contemporanee europee è dedicato il saggio di M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6/2017, n. 1.

²⁰ L'espressione è di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Laterza, Roma-Bari, p. 137.

²¹ Cfr. M.R. FERRARESE, *La governance fra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.