

## LA ENCARNACIÓN DEL ESPÍRITU

(LA NATURALEZA HUMANA Y LA UNIDAD SUSTANCIAL DE CUERPO Y ALMA)

ANTONIO VERNACOTOLA GUALTIERI D'OCRE

### *La persona come “spirito incarnato” e l'argomentazione giuridica in materia bioetica. Fondamenti teoratici e soluzioni pratiche a partire dal caso dell'aborto procurato*

**Sommario:** 1. Note introduttive: intorno ai più frequenti “frintendimenti” della nozione di “persona” nell'argomentazione giuridica. - 2. L'idea di persona fra realismo metafisico e personalismo esistenzialistico. Profili teoratici ed ambiguità semantiche. - 3. Persona come “spirito incarnato” o persona come “autocoscienza”? Due soluzioni argomentative a confronto in materia di aborto procurato. -

#### *1. Note introduttive: intorno ai più frequenti “frintendimenti” della nozione di “persona” nell'argomentazione giuridica*

Il terreno della bioetica, delicato quanto percorso da laceranti fratture, sembra destinato a dover rammentare sempre più spesso un campo di battaglia abbacinato da violenti bagliori, piuttosto che ricordare un suolo ben arato e fecondo, rischiarato dai cristallini lucori della retta ragione. In tale settore, la prassi della dimostrazione argomentativa presenta invero un plesso di valenze che travalica in modo strutturale i piani della retorica e della stessa logica e viene ad assidersi, con pieno diritto, nei territori più articolati e consistenti dell'ontologia.

Entrando subito *in medias res*, di fronte a proposte argomentative «laiciste», facenti perno sull'evidenza di dati empirici assunti in modo assoluto ma con riferimento esclusivo alla loro contingenza *effettuale*, si delineano talvolta nell'area della bioetica *aperta alla verità*<sup>1</sup> dei percorsi dimostrativi tendenti ad accentuare, oltre il necessario od in modo improprio, quegli aspetti *percettivo-sensoriali*, *relazionali* ed *esistenziali*<sup>2</sup> che, se pure il personalismo politico-giuridico novecentesco ha assai valorizzato<sup>3</sup>, nell'ermeneutica giurisprudenziale andrebbero nondimeno innestati su una piattaforma *ontologica* e perciò raccordati, aristotelicamente, all'*essenza* ed all'*atto di essere* della *persona* in quanto *sostanza* secondo canoni di adeguata subordinazione<sup>4</sup>.

L'esito di siffatti approcci ad oggetto personalistico è evidentemente improduttivo e

---

<sup>1</sup> Per una trattazione del problema della “verità” in ambito giuridico secondo una prospettiva tomistica, si rinvia al documentato volume di E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus. L'epistemologia tommasiana di fronte alle problematiche del processo penale*, Torino, 2020.

<sup>2</sup> In effetti, capita con frequenza di assistere a pubblici dibattiti ove le posizioni da cui sarebbe lecito attendersi un'appropriata difesa della vita, neglignendo o deliberatamente rigettando l'attrezzatura teorica offerta dalla metafisica classica e dal pensiero scolastico, appaiono piuttosto attestarsi su tendenze filosofiche o mode culturali che risultano di fatto incapaci di fornire all'argomentazione biogiuridica un saldo fondamento nell'essere delle cose. Si rimanda in merito al prezioso contributo di L. PALAZZANI, *I significati del concetto filosofico di persona e implicazioni nel dibattito bioetico e biogiuridico attuale sullo statuto dell'embrione umano* in AA.VV., *Identità e statuto dell'embrione umano*, Città del Vaticano, 1998, pp. 53-74.

<sup>3</sup> Cfr. E. BERTI, *Il concetto di persona nella storia del pensiero filosofico*, in AA.VV., *Persona e personalismo*, Padova, 1992; M. COZZOLI (a cura di), *La soggettività tra individualismo e personalismo*, Roma, 1996; G. GALEAZZI, *Personalismo*, Milano, 1998.

<sup>4</sup> Per un'approfondita esposizione del tema, cfr. E. BERTI, *Il concetto di «sostanza prima» nel libro Z della Metafisica*, in «Rivista di filosofia», LXXX, 1989, 1, pp. 3-23.

contraddittorio, soprattutto se si tiene in considerazione il continuo richiamo da parte dei sostenitori delle tesi «laiciste»<sup>5</sup>, ai dati di una *effettività empirica* che sovente viene ammantata del vello aureo di un'«oggettività» del tutto *sui generis*<sup>6</sup>, quella presunta *oggettività* ovvero, desostanzializzata e perciò aporetica, che oggi si suole attribuire alla dimensione *fenomenica* non solo da parte delle correnti scientiste ma anche dagli stessi epigoni della frammentaria cultura post-moderna<sup>7</sup>. Ci proponiamo dunque, in questo contributo, di presentare una fenomenologia di questa avulsione dalla metafisica e dal *principio di realtà* in cui talora incorre l'argomentazione biogiuridica, investigandone le cause e fornendo del pari degli efficaci *exempla* comparativi.

## 2. *L'idea di persona fra realismo metafisico e personalismo esistenzialistico. Profili teoretici ed ambiguità semantiche*

Il più rilevante dei fraintendimenti teoretici ed argomentativi che questa avulsione viene a determinare dipende da quella che è stata definita, fra gli altri, dal De Anna come "l'ambiguità contemporanea del termine 'persona'"<sup>8</sup>, un'ambiguità dalle proporzioni talmente dilaganti da indurre più d'uno studioso ad interrogarsi circa l'opportunità di conservarne l'uso nella riflessione bioetica attuale. In merito a ciò, noi riteniamo, concordemente con la Palazzani<sup>9</sup> e con lo stesso De Anna<sup>10</sup>, che la nozione di *persona* possa ancora esplicitare un ruolo utile ed in qualche modo insostituibile per le discipline bioetiche, non solo in ragione della dote etico-assiologica di cui è latrice, quanto viepiù perché essa rivela, meglio di qualsiasi altro *nomen* o circumlocuzione fraseologica<sup>11</sup>, quella che è l'autentica identità dell'essere umano. E tale nozione, accolta nella sua versione originaria secondo le celebri formulazioni di Severino Boezio<sup>12</sup> e di S. Tommaso d'Aquino<sup>13</sup>, assolve egregiamente detta funzione di svelamento, considerando l'uomo come *ente sussistente di natura razionale* e cogliendolo quindi, in aderenza ad un icastico *principio di realtà*, nel suo specifico statuto ontologico, ovvero secondo la categoria del suo proprio *essere*<sup>14</sup>.

<sup>5</sup> Ricordiamo, per tutte, la posizione di U. SCARPELLI, *Bioetica e principi fondamentali*, in M. MORI (a cura di), *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo*, Milano, 1991, pp. 23-24. Sui principî filosofici su cui si sorregge una tale concezione, si veda M. BETTIOL, *Positivismo moderato. Della gius-filosofia analitica*, Napoli, 1985.

<sup>6</sup> Sul tema, si rinvia a: D. CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, 2002, pp. 13-17.

<sup>7</sup> Massimiliana Bettiol, ripercorrendo, con Scarpelli, le tesi della filosofia empirico analitica in ambito giuridico, parla esplicitamente di una ««etica del frammento» che, come recentemente ha evidenziato F. Viola, è l'espressione del relativismo contemporaneo, assolutizzato coscientemente nell'era cosiddetta del «post-moderno»» M. BETTIOL, *Metafisica debole e razionalismo politico*, Napoli, 2002, p. 9.

<sup>8</sup> G. DE ANNA, 'Persona': un'analisi storico critica di una babele filosofica, in G. BONIOLO, G. DE ANNA, U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano, 2007, p. 61.

<sup>9</sup> «Si tratta di un concetto – scrive Laura Palazzani – che fa parte della nostra *tradizione culturale* e, se usato nel suo significato proprio ed originario [...] può essere di aiuto (in senso fondativo) alla *tematizzazione* delle *spettanze obiettive di rispetto dell'essere umano*» L. PALAZZANI, *op. cit.*, p. 69.

<sup>10</sup> Bene il De Anna riconosce come le ragioni che hanno prodotto la parabola discendente dell'idea di persona siano di per sé discutibili (G. DE ANNA, *op. cit.*, pp. 128-129). Ciò però «non toglie che l'uso classico del termine rimanga legittimo». *Idem*, p. 137.

<sup>11</sup> Giovanni Boniolo avanza la proposta di sostituire il termine persona, che ritiene ormai isterilito da ipertrofiche incrostazioni storiche, filosofiche e teologiche, con quello, più neutro ed asettico di individuo umano. G. BONIOLO, *Dalla 'persona' all' 'individuo': una soluzione filosofica a partire dal fondamento biologico*, in G. BONIOLO, G. DE ANNA, U. VINCENTI, *op. cit.*, spec. pp. 13-15 e 57-59. Ed il Boniolo pregevolmente asserisce inoltre che «lo zigote umano è un individuo umano; l'embrione umano è un individuo umano; anche se entrambi in fasi precoci dello sviluppo». *Idem*, p. 59. Orbene, pur ravvisando la ragionevolezza della proposta, nonché delle conclusioni applicative cui essa conduce, e del pari apprezzandone il contributo di chiarificazione, ci sembra di poter ritenere che la nozione di individuo umano, piuttosto che sostituire il termine persona, debba svolgere nei confronti di questo una funzione di supplemento esplicativo, indicandone il puntuale riferimento concreto e la prima qualificazione determinativa. L'idea di individuo umano è infatti pienamente contenuta nella significazione boeziana e tomista del lemma *persona*, che si configura quivi nelle forme concrete della *ypostasis* aristotelica.

<sup>12</sup> S. BOEZIO, *Contra Eutychem et Nestorium*, III, 1-6; ID, *De duabus naturis et una persona Christi*, 3, 64, col.1345.

<sup>13</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I, q. 29, ad 2; ID., I, q. 29, a. 3.

<sup>14</sup> Si veda in proposito la vasta disamina sviluppata da F.A. LAMAS, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, 2013, pp.153-170.

La traslitterazione semantica che ha subito il concetto di persona in età moderna, soprattutto in forza delle rielaborazioni di Descartes, Hobbes e Locke, venendo quivi a configurarsi rispettivamente quale pura *res cogitans*,<sup>15</sup> centro di rappresentazione delle facoltà volitive<sup>16</sup> o mera *autocoscienza*<sup>17</sup>, ne ha fortemente ipotecato gli sviluppi futuri, facendo sì che il recupero novecentesco di tale idea, operato dal personalismo francese<sup>18</sup> e dalla fenomenologia tedesca<sup>19</sup>, faticasse notevolmente a rinvenire lo strumentario teoretico idoneo a reimpostarne il costruito su rette basi realistiche.

Ne è preclara espressione, come ben illustra Castellano, il dato teoretico che surrettiziamente si trova ad insistere su talune articolazioni della stessa filosofia neoscolastica, ovvero la tendenza ad individuare la persona più nella sua valenza di *atto*, che sotto la specie di *sostanza*. Infatti, se appare coerente con una metafisica realista attribuire un ruolo primario all'*actus essendi* dell'ente personale, laddove si riconosca però, come fa Stefanini preso a modello nel ragionamento di Castellano, l'atto di essere come "l'*apriori* dell'esperienza sensibile"<sup>20</sup>, sussiste tuttavia il rischio di una possibile trasmigrazione concettuale di tale nozione di *atto* dal piano *ontico* a quello *fenomenologico*; ne è possibile effetto una «comprensione» in senso idealistico dell'atto di essere, con la conseguente trasmutazione dell'ente in guisa di mera «*presenza*», come peraltro avviene in Mounier<sup>21</sup> e si riscontra anche, sotto taluni profili<sup>22</sup>, nella stessa *Metafisica della persona* di Stefanini<sup>23</sup>.

Una siffatta concezione, evidentemente, dischiude la via a soluzioni dottrinali che risultano perniciose soprattutto nel discorso biogiuridico. "La persona, infatti – osserva Castellano – non può essere ridotta all'«ente che si esprime a se stesso nell'atto in cui intende, vuole e ama»<sup>24</sup> perché questa definizione esclude dalle persone coloro che non intendono, non vogliono e non amano. Il neonato o il feto, per esempio, non hanno coscienza di sé come non ce l'ha l'essere umano che versa nello stato di coma o che dorme."<sup>25</sup>

Analoghe istanze di problematicità si ritrovano invero anche in altri personalismi<sup>26</sup>, da quello di Buber, ripiegato sulla dimensione dialogica<sup>27</sup>, a quello di Pareyson, connotato da forti tratti esistenzialistici<sup>28</sup>, da quello di Scheler, incentrato su una *filosofia del valori* di ascendenza

---

<sup>15</sup> R. DESCARTES, *Discours de la methode*, IV; ID., *Méditations touchant la première philosophie*, II, 6.

<sup>16</sup> T. HOBBS, *Leviathan*, XVI, 1-2.

<sup>17</sup> J. LOCKE, *Essay on human understanding*, II, 27, 11.

<sup>18</sup> G. LIMONE, *Tempo della persona e sapienza del possibile. Valori, politica, diritto in Emmanuel Mounier*, vol. I, Napoli, 1988; A. DANESE, *Unità e pluralità. Mounier e il ritorno alla persona*, pref. di P. Ricoeur, Roma, 1984; ID. (a cura di), *La questione personalista. Mounier e Maritain nel dibattito per un nuovo umanesimo*, pref. di A. Pavan, Roma 1986; AA.VV. *Persona e personalismo*, a cura della Facoltà teologica dell'Italia settentrionale, Padova, 1992.

<sup>19</sup> G. CUSINATO (a cura di), *Max Scheler. Esistenza della persona e radicalizzazione della fenomenologia*, Milano, 2007; A. ALES BELLO, F. ALFIERI, *Edmund Husserl e Edith Stein. Due filosofi in dialogo*, Brescia, 2015; V. FILIPPONE-THAULERO, *Max Scheler. Fenomenologia della persona*, pres. di V. Di Marco, intr. di G. Ferretti, Roma, 2018.

<sup>20</sup> L. STEFANINI, *Metafisica della persona*, Padova, 1950, p. 14.

<sup>21</sup> E. MOUNIER, *Le personalisme*, Paris, 1949, tr. it. *Il personalismo* a cura di A. Cardin, Milano, 1952, p. 43. Cfr. G. GOISIS, *Mounier e il labirinto personalista. Saggi sulla formazione di Mounier*, Venezia, 1988.

<sup>22</sup> Cfr. D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, 2007, pp. 38-42.

<sup>23</sup> Cfr. E. COLICCHI, *Luigi Stefanini. L'utopia della persona*, Roma, 1983; G. CRINELLA (a cura di), *Luigi Stefanini. Linguaggio, interpretazione, persona*, Roma, 2001; G. CAPPELLO, R. PAGOTTO (a cura di), *Uomo e persona in Luigi Stefanini*, Padova, 2012; M. DE BONI, *Le ragioni dell'esistenza. Esistenzialismo e ragione in Luigi Stefanini*, Milano-Udine, 2017.

<sup>24</sup> L. STEFANINI, *op. cit.*, p. 64.

<sup>25</sup> D. CASTELLANO, *ult. op. cit.*, p. 41.

<sup>26</sup> Per una ricognizione critica delle varie forme del personalismo novecentesco si rimanda, oltre al già citato testo di Castellano, a: E. AGAZZI, *Personalismo e problematicismo*, Scandicci (FI), 1985; AA.VV., *Persona e personalismi*, a cura di A. Pavan e A. Milano, Napoli, 1987.

<sup>27</sup> Cfr. G. BON, *La filosofia dialogale di Martin Buber*, Firenze, 1998.

<sup>28</sup> Cfr. L. PAREYSON, *Esistenza e persona*, Genova, 1985. Si riprende in proposito, in maniera del tutto adesiva, l'interpretazione di D. CASTELLANO, *ult. op. cit.*, pp. 63-64 e di don D. COMPOSTA, *Il diritto naturale tra naturismo e personalismo esistenzialista*, in «Doctor Communis», a. XL, 1987, 1, p. 53.

fenomenologica<sup>29</sup>, fino a quello fatto proprio da diverse Carte Costituzionali ed in ispecie da quella italiana<sup>30</sup>.

### **3. Persona come “spirito incarnato” o persona come “autocoscienza”? Due soluzioni argomentative a confronto in materia di aborto procurato**

L'accoglienza da parte di quest'ultima di una simile idea di persona ha avuto invero delle conseguenze affatto rimarchevoli sulla legislazione e sulla giurisprudenza costituzionale<sup>31</sup>. Ne è caso paradigmatico l'ermeneutica sviluppatasi intorno al tema dell'aborto procurato. Ben lungi dall'essere, come scriveva Bettiol, “adoratori della Carta Costituzionale”<sup>32</sup>, frutto compromissorio dell'incontro fra cattolicesimo liberal-modernista, materialismo storico dialettico e progressismo social-democratico, ciò che intendiamo rimarcare con il presente studio è come l'adesione o la rinuncia ad un approccio di tipo propriamente ontologico-realista da parte della giurisprudenza, indipendentemente dalla tipologia di legge a cui ci si riferisce, rivesta una rilevanza strategica e dirimente in ordine alla tutela di quei diritti della persona che possono esser definiti «fondamentali» in quanto risultano connaturati ai suoi finalismi essenziali ed esistenziali<sup>33</sup>. E questo, a nostro avviso, lo si può ben apprezzare mediante la comparazione di alcuni pronunciamenti giurisprudenziali, dei quali in questa sede non si può che presentare qualche profilo coerente con gli scopi che ci siamo dati. Tenteremo ordunque di sviluppare brevemente un confronto, per gli aspetti *sostanziali* della questione, fra il bilanciamento di stampo positivistico-personalista operato dalla sent. 27/1975 Cort.cost. e la più accorta ponderazione dell'ontologia dei soggetti coinvolti effettuata invece dalla sent. 35/1997 Cort.cost., soffermandoci poi, per gli elementi propriamente *tecnici*, sulle differenze d'impostazione fra la sent. 108/1981 Cort.cost. e la sent. 27539/2019 Cort.Cass.

Prendiamo anzitutto in esame la sent. 27/1975 Cort.cost., in riferimento alla quale il Dalla Torre ha parlato opportunamente di “profonde ambiguità e di dis-orientamenti giurisprudenziali”<sup>34</sup> e nella quale, in effetti, è dato riscontrare un impianto sillogistico fortemente discutibile. Con questa sentenza la Corte apre di fatto la via ad una liceizzazione dell'aborto, asserendo, nella *motivazione in diritto*, che “non esiste una equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare”<sup>35</sup>. Ora, notiamo invero come al procedere della Corte soggiacciono quivi almeno due indirizzi: in primo luogo, vi si afferma una pronunciata istanza giuspositivistica, espressa dalla qualificazione della nozione costituzionale di persona non in base ai dati della realtà, bensì, normativisticamente, riferendosi al dettato dell'art. 1 c.c. – cosa invero alquanto singolare, considerato l'attestarsi della prima parte della Costituzione non sul piano economico patrimonialistico proprio del Codice civile, bensì, come riconosciuto dalla sent. 1146/1988 Cort.cost.<sup>36</sup>, sulla sfera dei *valori supremi*

<sup>29</sup> M. SCHELER, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori. Nuovo tentativo di fondazione di un personalismo etico*, ed. it. a cura di G. Caronello, Cinisello Balsamo (MI), 1996.

<sup>30</sup> La Costituzione italiana risulta informata da un generale orientamento «personalistico». Ne mettono in luce gli aspetti di maggior produttività, pur senza sottacerne difficoltà e manchevolezze d'applicazione: G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993, pp. 38-40; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, pp. 47-53; G.P. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, Torino, 1999, pp. 151-156; D. COCCOPALMERIO, *Le vere morfologie della Costituzione*, in AA.VV., *L'incerta transizione. Riforme istituzionali e teoria giuridica*, a cura di D. Castellano e G. Cordini, Napoli, 2000, pp. 87-93.

<sup>31</sup> Si rimanda all'ampia trattazione svolta da Castellano sul tema: *il «concetto» di persona negli Atti dell'Assemblea costituente e l'impossibile fondazione del politico*, in D. CASTELLANO, *ult. op. cit.*, pp. 87-132.

<sup>32</sup> G. BETTIOL, *Verso un nuovo codice penale*, in ID., *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6. V. 1982*, a cura e con pref. di L. Pettoello Mantovani, Padova, 1984.

<sup>33</sup> Così R. PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, 1999<sup>3</sup>, p. 302.

<sup>34</sup> G. DALLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma, 1996, p. 171.

<sup>35</sup> Corte Cost., sent. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro Italiano*, 1976, p. 170.

<sup>36</sup> Corte Cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, con la nota non titolata di A. PIZZORUSSO, in *Foro Italiano*, 1989, I, p. 609.

dell'ordinamento costituzionale<sup>37</sup>. In secondo luogo, si evince nella sentenza in parola la ricezione di una interpretazione dell'idea di persona conforme ai principi filosofici di quel personalismo esistenzialistico che, respingendone l'identificazione tradizionale con una *substantia*, un *subsistens* avente un *actus essendi* corrispondente alla sua *natura*, ed avvalorandone invece una visione di tipo «progettuale», ne postula una determinazione di carattere «progressivo», legata non all'atto di essere in sé, ma al concreto dispiegarsi delle sue manifestazioni empiriche.

Al contrario, con la sent. 35/1997, che pure non risolve la questione modo definitivo, la Corte Costituzionale, guardando espressamente alla dimensione ontologico-costitutiva del concepito, ne afferma la piena titolarità del diritto alla vita in forme di un'evidenza che mai prima l'ordinamento giuridico italiano aveva così esplicitamente accreditato, riconoscendone l'afferenza a quel “nucleo assiologico primigenio”<sup>38</sup>, per usar le parole di Baldassarre, nel quale sono noverati i “beni fundamentalissimi”<sup>39</sup> dell'ordinamento. Con la sentenza in oggetto<sup>40</sup>, tale diritto, sfrondata dalle equivocità di cui la giurisprudenza precedente ne aveva in parte ammantato il nitore, è in grado infine di assurgere a quella classe di principi che, a norma della sent. 1146/88 Cort.cost., ivi richiamata, in quanto “appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione

<sup>37</sup> Cfr. G. P. CALABRÒ, *op. cit.*, pp. 55-59.

<sup>38</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p.46.

<sup>39</sup> M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Padova 1992, p. 9.

<sup>40</sup> Si ritiene valga la pena di riportare alcuni dei passaggi più significativi della sent. n. 35 del 10 febbraio 1997: di elevato interesse risulta essere anzitutto l'ampia ripresa del dettato della sent. 27/1975, dal quale viene però escluso, assai significativamente, il riferimento alla citata costruzione sillogistica per la quale “non esiste una equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare”. Il giudice costituzionale si sofferma qui su altri punti: “Basilare resta fra tutte la sentenza n. 27 del 1975, con la quale la Corte, nel dichiarare la illegittimità costituzionale parziale dell'art. 546 del codice penale del 1930, ebbe modo di affermare i principi di ordine costituzionale in materia. Disse la Corte: che ha fondamento costituzionale la tutela del concepito, la cui situazione giuridica si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione, denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale; che del pari ha fondamento costituzionale la protezione della maternità (art. 31, secondo comma, della Costituzione), che sono diritti fondamentali anche quelli relativi alla vita e alla salute della donna gestante; che il bilanciamento tra detti diritti fondamentali, quando siano entrambi esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto; che al fine di realizzare in modo legittimo questo bilanciamento, è “obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire nella gestazione” e che “perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla””.

Di più, la Consulta prende quivi in considerazione la stessa legge 194/1978, in quella sua parte, l'art. 1, che enuclea i diritti costituzionali che essa – invero contraddittoriamente – si dichiara chiamata a proteggere. Recita infatti la sentenza: “Detto articolo, oltre a ribadire – come si è visto – i principi costituzionali del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e del valore sociale della maternità, stabilisce che la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio. Questo principio, già affermato in modo non equivocabile dalla sentenza n. 27 del 1975 di questa Corte, ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento, anche sul piano internazionale e mondiale. Va in particolare ricordata, a questo riguardo, la Dichiarazione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York, nel cui preambolo è scritto che “il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita”. Così pure si è rafforzata la concezione, insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – “all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana””.

Le conclusioni che la Corte ne trae, pur eludendo un intervento sulla questione delle “disposizioni di carattere penale” che comporterebbe degli “obblighi di incriminazione”, è lapidaria: “Ciò che la Costituzione non consente di toccare mediante l'abrogazione, sia pure parziale, della legge 23 maggio 1978, n. 194, è quel nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante”. Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997 n. 35 della Corte Costituzionale, consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0035s-97.htm>.

italiana”<sup>41</sup>, “non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”<sup>42</sup>.

Se, d’altro canto, prendiamo ora in esame la decisione 108/1981 Cort.cost., non possiamo esimerci dal rilevarne la deliberata debolezza argomentativa; con essa, infatti, la Corte si autopreclude la facoltà di esprimere valutazioni sulla legittimità della l.194/78 sulla *interruzione volontaria della gravidanza*<sup>43</sup> a cagione di una propria asserita interdizione, ai sensi dell’art. 25 Cost., ad istituire una “regola incriminatrice nuova”<sup>44</sup>. Ora, se da una parte tale impianto prevede la clamorosa abdicazione della Corte alla tutela di beni, come quelli protetti dagli artt. 2, 3, 29 c.2, 30 c.1 e 32 Cost., la cui mancata salvaguardia non può non incidere in modo diretto sull’assetto e sulla natura stessi di un ordinamento giuridico, dall’altra esso appare inficiato, tanto nella forma quanto soprattutto nella sostanza, dall’infondatezza sul piano filosofico della riconducibilità di una norma alla sfera del diritto penale solo mediante il procedimento della qualificazione sanzionatoria, assunto che di fatto viene ad ottundere o dimidiare il valore e l’autonomia del concetto, invero fondamentale, di *bene giuridico penalmente rilevante*.

Di contro, capovolgendo la chiave di lettura adottata dalla Consulta nella sentenza dell’81, prefigurante una visione del diritto penale prettamente positivistico-sanzionatoria che di fatto interpone uno iato fra il diritto e l’architettura assiologica del reale, il pronunciamento della Cassazione n. 27539/2019 sembra ragionare in un senso diametralmente opposto, da un lato assumendo non la sanzione, ma il *bene giuridico*, vera *ratio* della norma, come perno ermeneutico della scienza penale e pietra di paragone fra fattispecie legali differenti<sup>45</sup>, dall’altro concependo e prendendo in considerazione il *bene giuridico* medesimo a partire, essenzialmente, dalla sua datità realistico-sostanziale<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Sentenza 29 dicembre 1988 n.1146 Cort. Cost. c. 3, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1988, p. 5566.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Di un “atteggiamento un po’ «pilatesco»” della Corte, citando un testo di Carlo Casini *Gli anni di Erode*, ha parlato fra gli altri l’on. Angela Napoli nella Relazione di presentazione della Proposta di legge n. 763 “*Norme in favore della maternità*” presentata il 12 giugno 2001 (in *Atti Parlamentari*, Camera dei Deputati, XIV Legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti, p.d.l. 763, p. 5). In tale discorso la Deputata ha altresì avuto modo di osservare come il declino della Democrazia Cristiana sia imputabile, prima ancora che agli eventi giudiziari di cui alcuni tra i suoi principali esponenti sono stati protagonisti nel ‘92, al suo progressivo allontanamento dai principi di valore che ne avrebbero informato in origine la cultura politica, il cui primo passo è stata l’acquiescenza della tensione antiabortiva di una discreta parte della sua rappresentanza politica (*idem*, pp. 2-3).

<sup>44</sup> Mantenendo la presente riflessione nell’orizzonte di ricerca della filosofia del diritto, non si può qui non rilevare l’aspetto, per dir così, “sostanziale” che detta sentenza lascia trasparire con l’adozione di quella prassi rinunciataria, significativamente compendiata con l’espressione «decidere di non decidere», che diventerà una costante nei pronunciamenti della Consulta in materia bioetica (cfr. A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2006, 3846 ss.; A. MORELLI, *Fecondazione assistita. Quando la Corte decide di non decidere*, in «Quaderni costituzionali», 2007, 154 ss.). Il ragionamento qui adottato dalla Corte desta invero non poche perplessità sotto il profilo logico: nel caso di specie, infatti, la Consulta, ancorandosi al disposto dell’art. 25 Cost., prende la decisione di astenersi dal formulare un vero e proprio giudizio di merito sugli articoli (4 e 5) di una nuova norma (la l. 194/1978) dei quali era espressamente chiamata a valutare la legittimità per non introdurre “una nuova fattispecie di reato”, come stabilito da una precedente sentenza (la 42/1977) ivi richiamata; però, così facendo, essa rinuncia di fatto non a determinare, come detto, “l’insorgenza, nel contesto della normativa censurata, di una regola incriminatrice, appunto, nuova”, bensì ad enunciare un giudizio su un disposto normativo che di per sé statuisce l’abrogazione di fattispecie di reato precedentemente previste dall’ordinamento e la non punibilità di condotte lesive di beni giuridici di eminente rilevanza costituzionale, cosa peraltro esplicitamente ammessa, al contrario, dalla menzionata sentenza 42/1977 Cort.cost..

<sup>45</sup> Si segnala, in questa particolare area di ricerca, la fertile produzione dottrinale di Mauro Ronco, nella quale la valenza del *bene giuridico* nella teoria generale del reato viene tematizzata nei suoi peculiari aspetti di oggettività e di costitutività onto-teleologica. Si suggerisce, nel vasto novero di studi dell’Autore in materia: M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in ID. (opera diretta da), *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell’imputazione penale. Il requisito dell’offensività del fatto*, Tomo I, Bologna, 2011<sup>2</sup>.

<sup>46</sup> Con un ampio ragionamento che non possiamo qui ripercorrere nella sua integralità, la Cassazione riconosce infatti che “il reato di omicidio e di infanticidio-feticidio tutelano lo stesso bene giuridico, e cioè la vita dell’uomo nella sua interezza. Ciò si desume anche dalla terminologia adoperata dall’art. 578 cod. pen. – «cagiona la morte» – identica a quella adottata per il reato di omicidio, in quanto evidentemente «si può cagionare la morte soltanto di un essere vivo». Il legislatore, quindi, ha sostanzialmente riconosciuto anche al feto la qualità di uomo vero e proprio, giacché «la morte

E questo ricolloca in primo piano, nel diritto, il valore della *prudentia iuris*, che, secondo un'impostazione di cui siamo in larga parte debitori al Gentile, se rettamente ed integralmente riguardata, appare di per sé compenetrata, in forza delle sue funzioni conoscitive, discretive e valutative, da una congenita istanza di realismo. “La prudenza – scrive il Patavino – è la misura del volere e dell'agire allo stesso modo in cui misura della prudenza è la *ipsa res*, la cosa stessa”, per cui “il conformarsi del volere e dell'agire alla verità significa il conformarsi del volere e dell'agire all'essere, o natura delle cose. La realizzazione del bene presuppone la conoscenza della realtà”<sup>47</sup>. Concludendo, un'argomentazione giuridica che risulti coerente non solo con la realtà delle cose, ma anche con quel compito di *diaconia* che, come argomenta il Coccopalmerio<sup>48</sup>, l'ordinamento deve adempiere a servizio della persona e della sua dignità<sup>49</sup>, necessita quindi di riposizionarsi nel solco della metafisica classica. In tale prospettiva, l'uomo va assunto quale *sinolo ilemorfico*, composto di un'anima spirituale e di una materia corporea, o meglio, secondo la magistrale fraseologia del card. Sgreccia, quale *unitotalità corporeo-spirituale*<sup>50</sup> e, del pari, in forza del proprio essere ed a prescindere dalle sue transeunti condizioni esistenziali e dal contingente esercizio delle sue capacità, va identificato come *persona* in ogni fase del suo sviluppo diacronico e diatopico.

Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre

---

è l'opposto della vita» (Sez. 1, n. 46945 del 2004, cit.; Sez. 4, n. 4090 del 13/02/1979, non massimata). I due reati, quindi, vigilano sul bene della vita umana fin dal suo momento iniziale e il *dies a quo*, da cui decorre la tutela predisposta dall'uno e dall'altro illecito è il medesimo”. Corte di Cassazione, Area Penale, Sez. 4, Sentenza n. 27539 anno 2019.

<sup>47</sup> F. GENTILE, *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2009, p. 97.

<sup>48</sup> Cfr. D. COCCOPALMERIO, *Il diritto come diakonia*, Milano, 1993.

<sup>49</sup> Cfr. anche: G. P. CALABRÒ, P. B. HELZEL, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino, 2007, pp. 14-15.

<sup>50</sup> Card. E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, vol. I, IV ed. rivisitata ed ampliata, Milano, 2007, p. 72.