



Consejo Editorial

Elena Malfatti
Gianluca Famiglietti
Ascensión Elvira Perales
Itziar Gómez Fernández
Giuseppe Campanelli
María Elena Attard
Haideer Miranda
Marcelo Labanca

Gorki Gonzales Mantilla
(Coordinador)

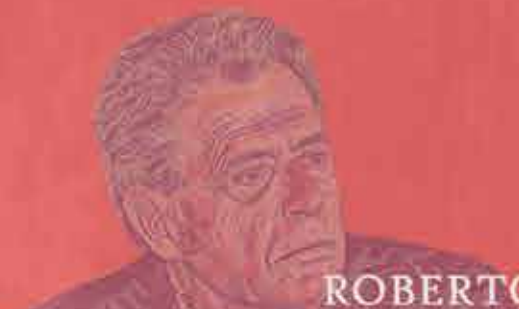
Pisa, Italia

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE

*Escritos en honor al
profesor Roberto Romboli*

TOMO I

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ



ROBERTO ROMBOLI

Roberto ROMBOLI (Pontedera, Pisa, 1950) es uno de los académicos más representativos del actual derecho constitucional italiano. Su sede natural es Pisa, la antigua universidad de Galileo, donde estudió y se desempeña como profesor Ordinario en las materias de Derecho Constitucional y Justicia Constitucional. En esa misma casa de estudios ha desempeñado, en diversos momentos, los cargos de Director del Departamento de Derecho Público y Decano de la Facultad de Derecho y también ha sido Director del Centro interdepartamental de Bioética de la Universidad de Pisa. Ha sido además coordinador del doctorado en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. En 1996, por méritos didácticos y científicos, recibió la Orden del Querubín, el más alto honor de la Universidad de Pisa.

Roberto Romboli tiene una importante labor como editor de la sección de *Giurisprudenza costituzionale e civile* de la revista *Il Foro italiano*, y como director científico de la *Rivista di diritto costituzionale* de la cual ha sido uno de sus fundadores. Integra el comité directivo de las revistas *Giurisprudenza costituzionale*, *Quaderni costituzionale* y *Questione giustizia*. Es parte del Consejo asesor de la Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile y del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, CEPC, Madrid. Es miembro de la *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, de la *Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo* y de la *Associazione Gruppo di Pisa* de la que también fue uno de sus fundadores. Es miembro correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y miembro honorario de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

Varios de los trabajos de su considerable obra académica han sido traducidos y publicados en revistas de habla hispana. *Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1981, un libro clásico e indispensable para el estudio de la independencia judicial, la imparcialidad y los problemas relacionados con la posición del juez en el ordenamiento constitucional, ha sido traducido al castellano y publicado bajo el título *El juez preconstituido por ley*, con el sello de la editorial Palestra (2009) y el auspicio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lo propio ha ocurrido con los trabajos que conforman el volumen *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*, editorial Palestra (2017). Su producción científica se extiende en el derecho constitucional y el derecho público y enfrenta los problemas más representativos de los derechos fundamentales, del sistema de las fuentes del derecho, de la justicia constitucional y de la función judicial. Roberto Romboli es el responsable científico e iniciador del "Curso de Alta Formación en Justicia constitucional y Tutela de los derechos" cuya primera edición tuvo lugar en el año 2011 y se mantiene vigente hasta el presente (disponible en www.roccosaltafornazionepisa.it).

En reconocimiento a su obra académica y la docencia ha recibido la distinción de profesor honorario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y también ha sido reconocido como doctor honoris causa en la Universidad Particular Ricardo Palma de Lima y en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE

Escritos en honor al profesor Roberto Romboli



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CULTURA
CONSTITUCIONAL
Y DERECHO
VIVIENTE

*Escritos en honor al
profesor Roberto Romboli*

TOMO I



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Colección “Publicaciones”
Ernesto Blume Fortini (Director)

©TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE
Escritos en honor al profesor Roberto Romboli
Gorki Gonzales Mantilla (Coordinador)
Consejo Editorial: Elena Malfatti, Gianluca Famiglietti,
Ascensión Elvira Perales, Itziar Gómez Fernández,
Giuseppe Campanelli, María Elena Attard,
Haideer Miranda, Marcelo Labanca.

Primera Edición: Octubre 2021

Diseño de carátula: María José Gonzales Z.

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2021-11541
ISBN O.C.: 978-612-4464-08-9
ISBN t.I : 978-612-4464-09-6

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra
sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright

Impreso en Perú

Tiraje: 50 ejemplares: Tomo I
50 ejemplares: Tomo II

Impresión: Q&P Impresores S.R.LTDA.
Av. Ignacio Merino N° 1546
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665
informes@qypimpresores.com

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERU**

Presidente

Marianella Ledesma Narváez

Vicepresidente

Augusto Ferrero Costa

Magistrados

Manuel Miranda Canales
Ernesto Blume Fortini
Carlos Ramos Núñez (+)
José Luis Sardón de Taboada
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Ernesto Blume Fortini

Director de Publicaciones y Documentación

Luis R. Sáenz Dávalos

Contenido

PRESENTACIÓN.....	17
<i>Ernesto Blume Fortini</i>	

AL MAESTRO ROBERTO ROMBOLI.....	19
<i>Gorki Gonzales Mantilla</i>	

I

EL GRUPPO DI PISA Y EL PROFESOR ROMBOLI

ROBERTO ROMBOLI E IL <i>GRUPPO DI PISA</i>	27
<i>Gianluca Famiglietti</i>	

A CUARENTA AÑOS DE “EL JUEZ NATURAL” DE ROBERTO ROMBOLI UNA CONTRIBUCIÓN FUNDAMENTAL A LA DEFINICIÓN DE UN CON- CEPTO COMPLEJO	49
<i>Antonello Lo Calzo</i>	

IL RI-ACCENTRAMENTO DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN ITALIA (A TRENT’ANNI DALLA FONDAZIONE DEL <i>GRUPPO DI PISA</i>)	79
<i>Tania Groppi</i>	

LA NOZIONE DI “GIUDICE” E “GIUDIZIO” NEL PENSIERO DI ROBERTO ROMBOLI	103
<i>Nicola Pignatelli</i>	

UN GIUDIZIO ANCORA “SENZA PARTI”. L’INTERVENTO DI TERZI NEL PROCESSO COSTITUZIONALE SULLE LEGGI E IL CONTRIBUTO DI RO- BERTO ROMBOLI PER UN ALLARGAMENTO DEL CONTRADDITTORIO....	129
<i>Emanuele Rossi</i>	

II

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS: LOS MALES DEL PASADO Y LOS DESAFÍOS DEL PRESENTE SIGLO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEFERENCIA HACIA EL LEGISLADOR (A PROPÓSITO DE LA REVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES)..... <i>Abraham Barrero Ortega</i>	155
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA A QUESTÃO DO LAWFARE E A NOVA EPISTEME DO DIREITO <i>Aldacy Rachid Coutinho</i>	177
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: A NECESSÁRIA VIGILÂNCIA NA MANU- TENÇÃO DOS AVANÇOS <i>Luiz Alberto David Araujo</i>	207
NO TODO ES LO QUE PARECE, O SOBRE DISTINTAS MANERAS DE “VIVIR SIN AMPARO” REFLEXIONES SOBRE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA <i>Francisco Javier Díaz Revorio</i>	223
TRANSFORMACIONES DEL PROCESO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO UN ESTUDIO A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ITALIANA..... <i>Marcelo Labanca Corrêa de Araújo</i>	257
TENDENCIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS EN VÍA INCIDENTAL, DE LA “DIFUSIÓN” HACIA UNA NUEVA CENTRALIZACIÓN <i>Elena Malfatti</i>	295
LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS TRATADOS EN EL PERÚ REFLEXIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL <i>Elvira Méndez Chang</i>	323
TENDENZE E QUALCHE ELEMENTO DI NOVITÀ A RIGUARDO DELLA CORREZIONE DI OMISSIONI O ERRORI MATERIALI CONTENUTI NELLE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA..... <i>Saullle Panizza</i>	365

L'UTILIZZO DEL DIRITTO COMPARATO DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA UN TENTATIVO DI CLASSIFICAZIONE PARTENDO DALLA GIURISPRUDENZA DEL PERIODO 2005-2020	379
<i>Paolo Passaglia</i>	
EL DEBATE (TENSIONAL) DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS NOCIONES MÍNIMO VITAL/EXISTENCIAL.....	409
<i>Luis Alberto Petit Guerra</i>	
RAPPORTI INTERORDINAMENTALI E MODIFICHE TACITE APPORTATE DALLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA AI DISPOSTI CHE LI RIGUARDANO E, A UN TEMPO, AL QUADRO DELLE SUE COMPETENZE	449
<i>Antonio Ruggeri</i>	
NORMAS SUBCONSTITUCIONALES RELATIVAMENTE BLOQUEADAS Y BLINDADAS EN UN RÉGIMEN DIFUSO DE CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	481
<i>Néstor Pedro Sagüés</i>	
LA GIURISPRUDENZA “CREATIVA” DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN MATERIA DI INIZIO E FINE VITA.....	497
<i>Gaetano Silvestri</i>	
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE CONTROLE REPUBLICANO	515
<i>Fernando Facury Scaff / Antonio Moreira Maués</i>	

III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS DESAFÍOS

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LA DIGNIDAD HUMANA EN JUEGO	537
<i>Antonio Arroyo Gil</i>	
LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES, FRENTE A CASOS DE CRISIS FINANCIERAS Y/O ECONÓMICAS.....	575
<i>Víctor Bazán</i>	

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CASO DE ESPAÑA	649
<i>Ana Carmona Contreras</i>	
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	681
<i>Marc Carrillo</i>	
TRES EXPLICACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS	711
<i>Rubén Martínez Dalmau</i>	
LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS	735
<i>Ascensión Elvira Perales</i>	
O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREI- TOS SOCIAIS NO BRASIL.....	761
<i>Estefânia Maria de Queiroz Barboza / Gustavo Buss</i>	
EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO: UNA NUEVA RAMA DEL DERE- CHO	785
<i>Fernando Rey Martínez</i>	
EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS Y EL DERECHO PENAL...	827
<i>Miguel Revenga Sánchez</i>	
DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN A LA DEFINICIÓN PARITARIA DE LA CIUDADANÍA	849
<i>Blanca Rodríguez Ruiz</i>	
EL ACCESO DE LAS PAREJAS <i>SAME-SEX</i> AL MATRIMONIO: EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTÁN- DAR COMÚN DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES EN EUROPA	881
<i>Silvia Romboli</i>	
PROBLEMÁTICA EN TORNO AL RECONOCIMIENTO DE LA EUTANASIA EN ITALIA A LA LUZ DE LOS ESCRITOS DEL PROFESOR ROMBOLI	911
<i>María Ruiz Dorado</i>	

RIFLESSIONI SULL'UTILIZZO DELL'ARGOMENTO DELLA DIGNITÀ UMANA NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLE CORTI COSTITUZIONALI.....	927
<i>Angioletta Sperti</i>	

IV ESTADO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

UN CAFÉ, ESCENARIO PROPICIO PARA UNAS BREVES REFLEXIONES DIA- LÓGICAS ENTRE MAMA OCLLO Y EL PROFESOR ROBERTO ROMBOLI: LA ACCIÓN POPULAR EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA	963
<i>María Elena Attard Bellido</i>	

LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DEL ESTADO DESDE UN ANÁLISIS HIS- TÓRICO-COMPARATIVO EN AMÉRICA LATINA.....	999
<i>Silvia Bagni</i>	

DEMOCRAZIA E “SINTOMATOLOGIA” COSTITUZIONALE: SPUNTI DAI PAESI MENA PER L'AMERICA LATINA.....	1035
<i>Michele Carducci</i>	

13

CARLO AZEGLIO CIAMPI, RAPPRESENTANTE DELL'UNITÀ NAZIONALE: IL PRESIDENTE DELL' “ORIZZONTE COMUNE”	1055
<i>Paolo Caretti</i>	

COLLOQUIANDO... CON TRE DENSE PAGINETTE	1099
<i>Paolo Carnevale</i>	

“SOCIAL” DEMOCRACY?	1135
<i>Pasquale Costanzo</i>	

LA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA ESPERANZAS Y DESAFÍOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL COMPARADO	1147
<i>Emanuele Corn</i>	

LA VACANCIA DE UN PRESIDENTE EN EL PERÚ DE HOY	1179
<i>Domingo García Belaunde</i>	

LA CONSTITUCIÓN COMO PACTO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.... <i>Luis López Guerra</i>	1205
LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA: ESPERANDO A GODOT.... <i>Augusto Martín de la Vega</i>	1231
“POLÍTICO” Y “JURISDICCIONAL” CIEN AÑOS DESPUÉS DEL VERFASSUNGSGERICHTSHOF (¿QUÉ QUEDA DE Kelsen?) <i>Lucio Pegoraro</i>	1265
SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN ESPECIAL SOBRE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA <i>Juan Manuel Sosa Sacio</i>	1313
STATO DI DIRITTO E FUNZIONE REQUIRENTE IN ITALIA: UN UNICUM EUROPEO?..... <i>Giovanni Tarli Barbieri</i>	1349

V
JUECES, INDEPENDENCIA JUDICIAL
Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA
EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN LOS RÉGIMENES CONSTITUCIONALES DE NUESTROS DÍAS; SUS LÍNEAS DE EVOLUCIÓN..... <i>Luis Aguiar de Luque</i>	1389
HANS Kelsen EL FUNDADOR DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD..... <i>Ernesto Blume Fortini</i>	1413
FORMAZIONE, SELEZIONE, RUOLO E ORGANIZZAZIONE LA COMPLESSA FIGURA DEL DIRIGENTE DELL'UFFICIO GIUDIZIARIO REQUIRENTE..... <i>Giuseppe Campanelli</i>	1445

LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO NEL DISEGNO DI LEGGE BONAFEDE DEL SETTEMBRE 2020	1463
<i>Francesco Dal Canto</i>	
SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS FISCALES COMO OPERADORES DE JUSTICIA (A PROPÓSITO DE LA INAMOVILIDAD EN EL CARGO Y LA ESTABILIDAD LABORAL)	1493
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i>	
LAS SENTENCIAS FUNDADORAS DEL SISTEMA EUROPEO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS	1515
<i>Itziar Gómez Fernández</i>	
JUECES Y RATIFICACIÓN JUDICIAL EN EL PERÚ: LA PERSISTENCIA AUTORITARIA	1557
<i>Gorki Gonzales Mantilla</i>	
L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE E LE SUE CONDIZIONI	1597
<i>Massimo Luciani</i>	
EL DIÁLOGO JUDICIAL EN DERECHOS HUMANOS	1615
<i>Haideer Miranda Bonilla</i>	
REPENSANDO EL PODER JUDICIAL UN HOMENAJE AL PROFESOR ROMBOLI	1639
<i>Giorgia Pavani</i>	
IL CONTRADDITTORIO NEL GIUDIZIO SULLE LEGGI IN VIA INCIDENTALE TRA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E NOVITÀ NORMATIVE	1677
<i>Andrea Pertici</i>	
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO ¿INCLUSO PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN? ...	1707
<i>Sabrina Ragone</i>	
LA RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE DEL CSM NEL “DISEGNO DI LEGGE BONAFEDE” (AC 2861) UN PUZZLE DI DIFFICILE RICOMPOSIZIONE	1729
<i>Carmela Salazar</i>	

Riflessioni sull'utilizzo dell'argomento della dignità umana nella recente giurisprudenza delle Corti costituzionali

✉ ANGIOLETTA SPERTI*

1. Introduzione

I richiami al principio della dignità umana non sono mai stati così ricorrenti nel dibattito pubblico, né così profondamente diffusi nel discorso politico e in quello giuridico sui diritti fondamentali (MC-CRUDDEN 2014, 1). La più recente giurisprudenza costituzionale, soprattutto su diritti socialmente controversi, evidenzia a livello sovranazionale una crescente tendenza della Corti costituzionali a dare risalto alla tutela della dignità umana. Questi sviluppi hanno attratto l'attenzione della dottrina costituzionalistica che negli ultimi anni ha parlato di “successo” della dignità, descrivendolo come un “fenomeno globale” (BARAK 2015, 1; DALY 2013, 7; DUPRÉ 2015, 1).

927

La dignità umana è invocata, per citare alcuni esempi, in relazione all'aborto ed ai cd. *reproductive rights*, al suicidio assistito ed al fine vita, alla sperimentazione e alla ricerca genetica, alla libertà di espressione, al riconoscimento dei diritti degli immigrati e spesso, sia a sostegno delle tesi favorevoli che di quelle contrarie al riconoscimento di questi diritti (SIEGEL 2012, 374 ss.). La grande diffusione dell'argomento della dignità ha quindi indotto una parte della dottrina a sostenere che esso costituisca solo “un'arma retorica” (O'MAHONEY 2012, 552) o un “*topos*

* Professoressa associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa.

argomentativo”, abusato o piegato ad un interesse strategico-argomentativo (VINCENTI 2009, 105 ss.).

La “duttilità e plasticità” (RIPEPE 2014, 24) della nozione di dignità e la difficoltà di ravvisarne una concezione universalisticamente condivisa, oltre il suo “*basic minimum core*” (MCCRUDDEN 2008, 679), fanno, infatti, sì che la dignità si presti ad essere invocata in differenti contesti costituzionali, costituendo la base per il confronto ed il dialogo tra le corti (SPERTI 2017, 154 ss.).

A livello giurisprudenziale, i riferimenti alla violazione della dignità nella motivazione accomunano tutte le corti costituzionali, non solo quelle europee tradizionalmente più propense a sviluppare una riflessione sul tema, anche grazie all’influenza della dottrina tedesca e della giurisprudenza costituzionale del Tribunale Costituzionale sull’art. 1 della Legge Fondamentale. Negli Stati Uniti, ad esempio –ove a Costituzione federale, per la sua matrice culturale, non sancisce il principio della dignità umana– i riferimenti alla dignità nella giurisprudenza costituzionale erano, in passato, alquanto sporadici e ricorrevano perlopiù in opinioni dissenzienti; inoltre, la dignità era intesa in un’accezione limitata, spesso coincidente con l’autodeterminazione individuale (RAO 2008, 202). Nella sua giurisprudenza più recente, invece, la Corte Suprema ha spesso invocato la dignità in connessione con il principio di non discriminazione e con la libertà individuale. Tribe (2015) ha descritto la relazione tra dignità ed eguaglianza con la metafora della *double helix*, sottolineandone le rilevanti implicazioni per la futura giurisprudenza costituzionale. Un’analoga attenzione da parte delle corti per i profili concernenti la violazione della dignità umana è stata descritta anche in Canada ed India ove, analogamente, tale principio non è enunciato in costituzione e non costituisce un parametro per la decisione (DALY 2013).

Tra gli ambiti giurisprudenziali in cui la tutela della dignità umana ha rappresentato il presupposto per un’estensione della tutela dei diritti fondamentali ed il superamento delle discriminazioni, particolarmente significativo è quello relativo ai diritti delle persone LGBT e delle coppie dello stesso sesso. Negli ultimi quindici anni, infatti, il tema dell’eguaglianza a prescindere dall’orientamento sessuale ha assunto,

infatti, una dimensione globale e la copiosa giurisprudenza costituzionale offre la possibilità di una più ampia riflessione sul piano filosofico-giuridico (ZANETTI, 2015).

In questo scritto intendo onorare un Maestro come il Prof. Roberto Romboli che proprio alla giurisprudenza costituzionale ha dedicato molto dei propri studi, offrendo un contributo essenziale sia alla dottrina italiana che a quella sovranazionale. Nelle pagine che seguono mi propongo, in primo luogo, di esaminare le diverse accezioni con cui la dignità è stata invocata dalle corti costituzionali a sostegno del riconoscimento del matrimonio egualitario. Dai diversi significati che la dignità assume nelle pronunce sul *same-sex marriage* muoverò, dunque, per prendere posizione rispetto alla tesi che ravvisa nel riferimento alla dignità un principio “di comodo” ed uno strumento retorico atto a condizionare gli esiti del bilanciamento dei diritti fondamentali, facendo pendere la bilancia a favore di uno degli interessi in gioco. Negato il valore della dignità come “arma retorica”, tenterò, infine, di individuare i motivi che inducono le corti costituzionali a fondare le proprie decisioni sulla dignità –spesso letta in rapporto con l’eguaglianza e con la libertà– piuttosto che sui tradizionali argomenti e tecniche di interpretazione consolidatisi nella giurisprudenza costituzionale nelle precedenti “stagioni” dei diritti civili e basati sull’eguaglianza e sull’identificazione dei fattori di discriminazione.

2. I diversi significati della dignità nelle pronunce costituzionali sul matrimonio egualitario:

2.1. Dignità come eguale valore degli individui

Sebbene non sia sempre agevole tracciare una netta distinzione tra i diversi contenuti che la dignità assume nella giurisprudenza costituzionale sul matrimonio egualitario, il concetto di dignità umana ricorre, in primo luogo, nel suo significato coincidente con il valore intrinseco di ciascun essere umano (MCCRUDDEN 2008, 679; WALDRON 2012, 17).

In questa accezione la dignità non rappresenta l’esito dello sviluppo della personalità, ma costituisce una qualità propria dell’essere umano, inerente alla sua stessa natura. La dignità, così intesa, “enfattizza il potenziale umano, non il suo effettivo esercizio” (RAO 2011, 187) ed è

connessa all'eguaglianza formale, implicando anche l'impegno dello Stato affinché lo *status* dell'individuo non venga leso (WALDRON 2012, 17) .

Nella dottrina tedesca –riprendendo la formula kantiana che vieta di “degradare l'uomo ad oggetto, semplice strumento, realtà fungibile”– la dignità è stata qualificata come “una qualità insopprimibile, inalienabile e irrinunciabile dell'essere umano” (DÜRIG 1956) che implica una pretesa di rispetto (*Achtungsanspruch*) e di protezione (*Schutzanspruch*) da parte dello Stato (sul tema, Luther 2007). In questo modo, la dignità viene sottratta al bilanciamento con altri valori costituzionali, perché –come affermato dal Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza sul conflitto tra satira politica e diritto all'onore e dignità– “la dignità umana, come radice di tutti i diritti fondamentali, non è suscettibile di bilanciamento con nessun diritto fondamentale singolare”¹.

930

Questa prima accezione della dignità intesa come “eguale valore degli individui” si rinviene nelle pronunce sul matrimonio egualitario laddove le corti sottolineano l'illegittimità costituzionale della scelta del legislatore di riservare a quest'ultime un istituto distinto dal matrimonio quale quello delle unioni civili. Tale differenziazione dei regimi giuridici, sul modello tedesco del cd. doppio binario –ossia della distinzione tra “*eingetragenen Partnerschaften*” per le coppie *same-sex* e matrimonio per le coppie di sesso diverso, accolto anche dal legislatore italiano nella legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso– appare come una riproposizione della dottrina del “*separate but equal*”² avanzata dalla stessa Corte Suprema degli Stati Uniti ai tempi della segregazione razziale.

Le corti canadesi hanno per prime evidenziato la violazione della dignità umana derivante dalla differenziazione dei due regimi giuridici e dal diniego alle persone gay e lesbiche della protezione, dei diritti e degli obblighi attribuiti invece agli eterosessuali attraverso il matrimonio: la Corte Suprema, nel celebre *Egan v. Canada* del 1995, ha, infatti,

1 (1987) BVerfGE 75, 369 (380), cd. sentenza sulla satira politica.

2 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

sottolineato il rapporto tra eguaglianza e dignità intesa come eguale valore degli individui affermando che “l’eguaglianza significa che la società non può tollerare disparità sul piano legislativo che trattino certe persone come cittadini di serie B, le sviliscano, le considerino dotate di minore capacità senza adeguata giustificazione o che altrimenti offendano la fondamentale dignità umana”³.

Nel 2003, in *Goodridge v. Department of Public Health*⁴ –uno dei *landmark cases* sui diritti delle persone LGBT– la *Judicial Court* del Massachusetts fece propri gli stessi argomenti, sostenendo che la Costituzione dello stato del Massachusetts “riconosce la dignità e l’eguaglianza di tutti i cittadini” e “vieta la creazione di cittadini di serie B”. La Corte aggiunse che “la persona che ha una relazione intima ed esclusiva con un partner dello stesso sesso e cui sono negati i benefici, le tutele e gli obblighi derivanti dal matrimonio civile, è privato dell’appartenenza ad uno degli istituti più gratificanti ed ambiti. Tale esclusione è incompatibile con i principi costituzionali del rispetto per l’autonomia e l’eguaglianza delle persone”⁵.

931

Ancor più netta è stata la posizione delle corti costituzionali statali degli Stati Uniti. La Corte Suprema della California –in *In Re Marriages Cases* (2008)⁶– ha, ad esempio, ritenuto che l’impossibilità di qualificare come «matrimonio» la relazione ufficiale tra due persone dello stesso sesso, costituisca una violazione della dignità e dell’eguaglianza delle coppie *same-sex*. Dopo aver osservato che, lo Stato della California non aveva modificato la propria disciplina di diritto di famiglia, ma aveva al contrario rafforzato la distinzione tra «matrimonio» e «*domestic partnerships*» la Corte concluse che “attribuire una differente denominazione ... pone quanto meno un serio rischio di negare alle relazione familiare delle coppie dello stesso sesso una stessa dignità e rispetto”. “Sebbene –aggiunse– le disposizioni sulle *domestic partnerships* riconoscano alle

3 *Egan v. Canada*, 2 SCR 513 (1995), § 104-5.

4 *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2003), in part. 312.

5 *Ibidem*.

6 *In Re Marriages Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008), 700 ss.

coppie dello stesso sesso la gran parte dei diritti sostanziali tipici del diritto di matrimonio, le leggi vigenti della California devono essere intese come lesive del diritto delle coppie *same-sex* al matrimonio sulla base della Costituzione della California”⁷.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha, invece, richiamato la dignità in relazione al diritto delle coppie di godere di “una piena cittadinanza”. Sin dalla sentenza *Windsor*⁸ –in cui ha giudicato incostituzionale la definizione federale di matrimonio come “unione tra un uomo ed una donna”⁹– il giudice Kennedy ha, infatti, osservato che il mancato riconoscimento a livello federale dei matrimoni *same-sex* conclusi negli Stati, “priva alcune coppie, ma non altre, sia dei diritti che dei doveri” inerenti il matrimonio”.¹⁰ Nel 2015, in *Obergefell v. Hodges*¹¹, ha pertanto definito il diritto al matrimonio come un diritto fondamentale che gli Stati non possono negare in considerazione dell’orientamento sessuale dei nubendi. I “*same-sex marriage bans*” in vigore in alcuni Stati –concluse in *Obergefell*– “sono essenzialmente discriminatori: le coppie dello stesso sesso sono private di tutti i benefici riconosciuti alle coppie di sesso diverso ed è impedito loro l’esercizio di un diritto fondamentale. A fronte di una lunga storia di disapprovazione delle loro relazioni, l’impossibilità per le coppie *same-sex* di unirsi in matrimonio produce un danno serio e persistente. L’imposizione di questa disabilità verso i gay e le lesbiche li priva di rispetto e li subordina... [Le coppie *same-sex*] sperano di non essere condannate a vivere in solitudine, private di uno degli istituti più antichi della civilizzazione. Esse chiedono eguale dignità di fronte alla legge. La Costituzione garantisce loro tale diritto”¹².

L’affermazione secondo cui escludere le coppie *same-sex* dal matrimonio reiteri la discriminazione nei loro confronti ed, al tempo stesso, le privi dell’eguale rispetto e valore dovuto agli esseri umani è stata avanzata

7 *Ibidem*.

8 *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2694 (2010).

9 *Defence of Marriage Act (DOMA)* 1996.

10 *Windsor*, cit., 133 S. Ct., 2694.

11 *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

12 *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2605-6.

anche dalla Corte costituzionale del Sud Africa nel caso *Fourie*¹³. “Il segno della passata e continua discriminazione nei confronti delle persone gay e lesbiche –scrisse– risiedeva nel chiaro messaggio trasmesso [dal divieto del matrimonio], ossia che queste persone, sia come individui che come coppie, non possedevano dignità pari a quella di tutti gli altri esseri umani e non erano degne di uguale rispetto al pari degli eterosessuali e delle loro relazioni. ... [Il divieto del matrimonio] negava ai gay ed alle lesbiche sia l'eguaglianza che la dignità fra loro strettamente connesse, in particolare l'idea che tutte le persone hanno lo stesso intrinseco valore e la stessa dignità come esseri umani, quali che siano le loro differenze”. La Corte costituzionale concluse, quindi, che “l'esclusione delle coppie same-sex dai benefici e dai doveri del matrimonio (...) rappresenta una dura ed indiretta affermazione da parte del diritto che tali coppie sono da considerarsi degli «outsiders» e che il loro desiderio di tutela delle proprie relazioni affettive in quanto esseri umani ha meno valore di quello delle coppie di sesso diverso”¹⁴.

2.2. Dignità e riconoscimento sociale

Nelle pronunce delle corti costituzionali sul matrimonio egualitario la dignità viene in considerazione, in secondo luogo, in relazione alla socialità delle coppie *same-sex* ed alla loro aspirazione al rispetto ed al riconoscimento sociale. La dignità –quale aspetto della socialità dell'uomo (HOFMANN 1993)– presuppone l'eguale valore degli individui, ma implica al tempo stesso la loro aspirazione al rispetto reciproco, al riconoscimento pubblico del proprio valore e di quello delle proprie relazioni (ZANETTI 2015). Intesa in questi termini, dunque, la dignità presuppone l'impegno positivo dello Stato a tutelare la consapevolezza di sé da parte dei cittadini e la loro posizione nella comunità (RAO 2011, 188).

La giurisprudenza canadese ha spesso richiamato questa dimensione della dignità e la sua relazione con il riconoscimento sociale delle minoranze. “La dignità –scrisse la Corte Suprema– significa che un

¹³ *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie*, Case CCT 60/04 (2005) ZACC 19, § 50.

¹⁴ *Ivi*, § 71.

individuo o un gruppo prova rispetto di sé e consapevolezza del proprio valore. La dignità umana è lesa quando gli individui ed i gruppi vengono marginalizzati, ignorati o privati del loro valore, mentre viene tutelata quando la legge riconosce il pieno valore di tutti gli individui ed i gruppi nella società canadese. La dignità umana, come garanzia dell'eguaglianza, non attiene allo *status* o alla posizione dell'individuo nella società *per se*, ma piuttosto riguarda il modo in cui una persona si sente nel momento in cui si pone di fronte alla legge¹⁵.

934

L'importanza del riconoscimento emerge sia a livello personale in cui –come sottolinea Taylor (1992, 21)– “le relazioni affettive sono viste come i luoghi decisivi della scoperta e dell'affermazione di sé” e “il singolo sviluppa la propria identità nel continuo dialogo e confronto con gli altri significativi”, ma anche sul piano sociale, “ove la comprensione delle identità si forma attraverso un dialogo aperto, che non prende la forma di un copione sociale predefinito” (*ivi*, 22). Entrambi questi livelli emergono nelle pronunce sul matrimonio egualitario in cui il riconoscimento della dignità evidenzia la transizione delle coppie *same-sex* “dal disgusto all'umanità” (NUSSBAUM 2010) e “traduce tale cambiamento socio-culturale in un cambiamento giuridico” (FINCK 2016, 28).

Questa accezione della dignità si rinviene soprattutto in quei passaggi delle pronunce dei giudici costituzionali relativi al valore sociale e comunicativo dell'istituto del matrimonio. L'istituto del matrimonio ha, infatti, un forte valore espressivo perché molte coppie “ritengono che la dichiarazione [di volersi unire in matrimonio] implichi una risposta da parte della società: ci si dichiara amore e devozione e la società, in risposta, riconosce e nobilita l'impegno reciproco” (NUSSBAUM, 2010).

La Corte di Appello dell'Ontario, ad esempio, –richiamando l'importanza del matrimonio quale espressione di amore e di reciproco impegno dei coniugi– ha interpretato la dignità non solo come possibilità dell'individuo di realizzare sé stesso nella propria sfera privata, ma anche come riconoscimento delle coppie sul piano sociale, poiché

15 *Law v. Canada*, [1999] 1 SCR 497, § 53.

la celebrazione del matrimonio reca con sé un “messaggio di approvazione” da parte della comunità¹⁶. Allo stesso modo, la Corte Suprema degli Stati Uniti, dichiarando in *Obergefell*¹⁷ che il matrimonio implica “riconoscimento, stabilità e certezza”, si è riferita non solo alle conseguenze di questo istituto per la sfera personale dei nubendi, ma anche alla “liberazione” delle coppie e delle loro famiglie dallo “stigma” legato all’omosessualità. Infine, anche la Corte costituzionale del Sud Africa, ha sottolineato l’importanza del riconoscimento del diritto al matrimonio in termini di eguaglianza e dignità intesa come riconoscimento sociale: “La Costituzione protegge il diritto ad essere riconosciuti eguali e dotati di pari dignità di fronte alla legge. L’amore delle coppie *same-sex*, una volta confinato nella clandestinità, può ora osare di pronunciare il proprio nome. ... Considerato l’impatto simbolico e pratico che l’esclusione dal matrimonio ha per le coppie *same-sex*, ci può essere una sola risposta alla domanda se le coppie siano private dell’eguale protezione della legge e siano sottoposte ad un’illegittima discriminazione”¹⁸.

2.3. Dignità ed autodeterminazione

In ultimo, la dignità viene in considerazione nelle pronunce dei giudici costituzionali sul matrimonio egualitario nel suo rapporto con la libertà e l’autodeterminazione individuale. In questa accezione, la dignità è, quindi, intesa non come una dote innata dell’individuo, ma come sua acquisizione, grazie ad un processo di sviluppo della propria personalità ed identità personale (PODLECH 1989).

Negli Stati Uniti, ove la dignità viene perlopiù intesa in rapporto con la libertà dell’individuo di compiere le scelte che riguardano la propria sfera intima e personale, la Corte Suprema ha sottolineato che la dignità rappresenta un valore “*at the root of any decent system of ordered liberty*”¹⁹ e che “tutti gli individui godono in egual misura di un diritto all’autodeterminazione ed alla libertà di definire la propria idea di

16 *Halpern v. Canada*, OJ No 2268, 65 OR (3d) 161 (2003) (Can. Ont. C.A.)

17 *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2590.

18 *Fourie*, cit., § 78.

19 *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1996), 92.

esistenza, invece di vedersi attribuita un'identità ed un ruolo sociale dallo Stato" (TRIBE 2015, 16).

È per questo motivo che in *Obergefell* il giudice Kennedy scrive che "le fondamentali libertà protette dal XIV Emendamento includono la maggior parte dei diritti enumerati nella Carta dei diritti. Inoltre, queste libertà si estendono a quelle scelte personali centrali per la dignità e l'autonomia individuale, incluse quelle che definiscono l'identità e le convinzioni personali"²⁰.

Ancor prima la Supreme Court of Massachusetts nel citato caso *Goodridge* aveva richiamato il rapporto tra dignità e libertà individuale, affermando che il "concetto essenziale di dignità umana tutelato dalla Costituzione degli Stati Uniti al XIV Emendamento preclude allo Stato ogni intrusione nella sfera, profondamente personale, dell'espressione di intimità tra adulti consenzienti e nella scelta di un partner. Il ruolo centrale che la decisione di sposarsi e di generare dei figli riveste nella definizione dell'identità personale deve essere riaffermato"²¹.

936

Anche le corti europee hanno richiamato la relazione tra dignità e libertà individuale nelle proprie sentenze sul matrimonio egualitario. Il Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio, nella sentenza n. 198 del 2012, ha ritenuto che il matrimonio egualitario –introdotto nell'ordinamento spagnolo dal 2005– non ledesse la garanzia istituzionale del matrimonio sancita dall'art. 32 C.E. in quanto "implica rispetto per l'orientamento sessuale delle coppie *same-sex*" e rappresenta "un passo in avanti verso la garanzia della dignità personale e del diritto al libero sviluppo della personalità sancito dall'art. 10 C.E., quale fondamento dell'ordine costituzionale spagnolo"²². Un analogo argomento è stato sviluppato anche dal Tribunale costituzionale portoghese che nella sentenza sul matrimonio del 2009²³ ha rinvenuto il fondamento del diritto

20 *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2597.

21 *Goodridge*, cit., 312.

22 Sentenza n. 198 del 2012, § 11.

23 Sentenza n. 359 del 2009.

al matrimonio nei principi di uno stato di diritto basato sul rispetto della dignità umana e della libertà.

3. Un uso retorico e strumentale dell'argomento della dignità?

Le sentenze sul matrimonio egualitario rivelano l'importanza che l'argomento della dignità riveste nella giurisprudenza sui diritti fondamentali, in particolare nella soluzione di casi difficili e socialmente controversi in cui le corti sono chiamate a confrontarsi con l'assenza di precedenti giurisprudenziali, con i limiti dell'interpretazione letterale delle carte costituzionali e sovranazionali (che, ad esempio, si riferiscono testualmente all'"uomo" o alla "donna"²⁴ o non definiscono il matrimonio²⁵, né qualificano l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione²⁶), nonché con il peso dell'argomento della "tradizione giuridica". Le pronunce richiamate illustrano, inoltre, la varietà di significati che la dignità assume, né mancano –come in passato nel dibattito sul diritto all'aborto (SIEGEL 2012, 374 ss.)– esempi di uso dell'argomento della dignità a sostegno di tesi più conservatrici le quali, in particolare, propongono una lettura restrittiva della natura, dell'origine e della titolarità del diritto al matrimonio (TOLLEFSEN 2013).

937

24 Si v. ad esempio l'art. 32 della Costituzione Spagnola che, al primo comma, dispone che "L'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica"; l'art. 12 CEDU secondo cui "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto".

25 Come, ad esempio, espresso nell'art. 29 Cost. italiana, nell'art. 36 della Costituzione portoghese o nell'art. 6 della Legge fondamentale tedesca che si riferiscono al matrimonio attribuendo a tale istituto una speciale protezione senza fornirne alcuna definizione. In alcune costituzioni –come nella Costituzione degli Stati Uniti o in quella francese– non vi è, invece, menzione del matrimonio e del diritto di sposarsi.

26 Questo rappresenta un tratto comune delle costituzioni e delle carte internazionali dei diritti approvate dopo la fine della II guerra mondiale le quali richiamano quei fattori di discriminazione che più in passato avevano generato disuguaglianze (la razza, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche) senza contemplare l'orientamento sessuale. All'orientamento sessuale si riferisce, invece, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (art. 21, 1 comma).

Il significato complesso e “sfuggente” della dignità²⁷, le sue “molteplici potenzialità di sviluppo” sul piano interpretativo (Ridola 2012, 66) hanno fatto supporre il rischio di un suo utilizzo di comodo (Vincenti 2009, 105 ss.) e constatare l’uso talora improprio della sua nozione, anche da parte della nostra Corte costituzionale (Monaco 2011, 16; Ruggeri, Spadaro 1991, 358). Anche nelle pronunce sul matrimonio, una volta che le corti hanno assunto il valore di ogni essere umano a prescindere dal suo orientamento sessuale, la dignità sembra spostare l’ago della bilancia a favore del riconoscimento del matrimonio egualitario.

Occorre, dunque, rispondere, in primo luogo, all’obiezione circa l’esistenza di una funzione retorica e strumentale della dignità e chiedersi, conseguentemente, quali ragioni possano spiegare la crescente importanza che tale principio riveste nell’interpretazione costituzionale e nella soluzione di *hard cases* in tema di diritti.

938

L’esame delle pronunce evidenzia che la dignità, letta dalle corti in rapporto con i principi di libertà ed eguaglianza, traduce la garanzia comunitaria e quella del libero sviluppo individuale e si pone, com’è stato osservato, “come sintesi ideale dei valori fondamentali del sistema costituzionale” (SILVESTRI 2009, 85). Quando, nel caso *United States v. Windsor*²⁸, la Corte Suprema degli Stati Uniti scrive che “fino a pochi anni fa, molti cittadini non avevano neppure considerato la possibilità che due persone dello stesso sesso potessero aspirare ad occupare lo stesso *status* e la stessa dignità di un uomo ed una donna uniti in matrimonio” o quando il Tribunale costituzionale spagnolo nel 2012 osserva che il matrimonio egualitario è oramai stato accettato dalla società e dalla cultura spagnole e conclude che, con la sua introduzione, “il legislatore ha compiuto un passo in avanti ... verso la garanzia della dignità personale ed il libero sviluppo della personalità umana”,²⁹ queste corti stanno sotto-

27 Cfr. Case C-36/02 *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, [2004] ECR I-09609, § 74 (“There is hardly any legal principle more difficult to fathom in law than that of human dignity”).

28 *United States v. Windsor*, cit., 133 S. Ct., 2689.

29 Sent. n. 198 del 2012, § 9.

lineando –attraverso la dignità umana– il passaggio delle coppie *same-sex* “dall’esclusione all’inclusione” sociale (FINCK 2016, 29).

Come ho tentato di dimostrare in altri scritti (SPERTI 2017) –le pronunce delle corti, in particolare delle corti costituzionali– hanno spesso un valore ed un significato che trascende la soluzione dei casi concreti: esse contribuiscono a tradurre in linguaggio giuridico un cambiamento sociale –di cui, infatti, le sentenze sul matrimonio egualitario danno atto– ma, al tempo stesso, contribuiscono a “plasmare” gli argomenti costituzionali orientando il futuro dibattito costituzionale. La dignità, con il suo ampio significato, consente alle corti di “consolidare” il cambiamento sociale, ma al tempo stesso di aprire ad un più ampio riconoscimento dell’eguaglianza a favore di gruppi in passato svantaggiati.

In questa prospettiva, quindi, la dignità non assolve una funzione meramente retorica, ma esprime la sintesi di valori sostanziali degli ordinamenti costituzionali di tradizione giuridica occidentale, “obiettivizzati nella coscienza dei popoli che si danno le diverse costituzioni positive” (SILVESTRI 2009, 85), “aspetti di un unico ideale umanistico” (DWORKIN 2002, 139). Le considerazioni sull’aspirazione delle coppie *same-sex* a non essere private dell’opportunità dei doveri e dei diritti del matrimonio hanno, quindi, anche un valore normativo. “Tutte le rappresentazioni del diritto alla dignità non risolvono semplicemente un caso, né esprimono un imperativo legislativo, costituzionale o internazionale, ma piuttosto forniscono ... l’espressione di aspirazioni collettive che devono essere ricercate da tutti i membri della società” (GLENSY 2011, 135-6).

939

4. Dignità e nuove istanze di tutela in una società pluralista

Interrogandosi sulle ragioni che spingono le corti costituzionali a richiamare la dignità –anche nei casi in cui essa non trova esplicita enunciazione nel dettato costituzionale e non costituisce pertanto un parametro del giudizio– MCCRUDDEN (2008) riconduce questo principio all’esigenza di mediazione tra un’interpretazione dei diritti fondamentali alla luce delle carte internazionali ed un’interpretazione ispirata alla protezione di istanze locali e nazionali. La dignità “ci fornisce uno strumento concettuale per mediare tra le opposte istanze del pluralismo e della

ricerca del bene comune in un modo globalizzato. ... Il suo ruolo, in pratica, è quello di consentire di inglobare il contesto locale sotto la parvenza del ricorso ad un principio universale. La dignità in ambito giudiziario, non solo permette di incorporare contingenze locali nell'interpretazione delle disposizioni sui diritti umani, ma al tempo stesso lo impone. La dignità permette a ciascun ordinamento di sviluppare la propria prassi sui diritti umani" (MCCRUDDEN 2008, 714) .

Nell'affrontare l'uso transnazionale dell'argomento della dignità SIEGEL (2012, 536), invece, osserva quanto esso sia ricorrente anche al di fuori dell'ambito giudiziario, nelle affermazioni di movimenti sociali e delle organizzazioni religiose.

940

Entrambe queste interpretazioni colgono, a mio giudizio, alcune ragioni dell'importanza della dignità nella giurisprudenza costituzionale. Le istanze delle coppie, basate sulla dignità, sono infatti emerse dapprima nell'ambito dei movimenti sociali e sono state fatte proprie dalla politica per essere, quindi, sottoposte alle corti ordinarie e, solo al termine di un lungo percorso, sono giunte alle corti costituzionali e supreme (cfr. YOSHINO 2015; ma sul punto anche ZANETTI 2015). Al tempo stesso, alcune corti costituzionali di più recente istituzione (per esempio, la Corte costituzionale del Sud Africa o le corti costituzionali dell'Europa dell'Est) ricorrono all'argomento della dignità al fine di evidenziare un cambiamento in senso democratico del proprio ordinamento. La Corte costituzionale ungherese, ad esempio, sin dalle sue prime pronunce, ha riletto alla luce del valore della dignità umana i diritti fondamentali già sanciti a livello costituzionale sotto la vigenza del vecchio regime (sent. n. 8 del 1990). La Corte costituzionale del Sud Africa ha evidenziato il cambiamento in senso democratico della forma di stato ed il dovere delle istituzioni "di porsi nella corrente della prassi democratica internazionale"³⁰.

30 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso v Commanding Officer Port Elizabeth Prison* (CCT19/ 94, CCT22/ 94) [1995] ZACC 7 (22 Settembre 1995), § 51.

Inoltre, la dignità fornisce un argomento che consente di mediare tra le istanze di nuovi gruppi o minoranze ed, al tempo stesso, tra particolarità e pluralismo (SPERTI 2017, 158). L'idea della dignità umana, fondata sull'intrinseco valore di ogni essere umano, soddisfa l'aspirazione all'universalismo dei diritti umani e agli ideali del costituzionalismo condivisi dalla tradizione giuridica occidentale; tuttavia, laddove –nella soluzione dei casi concreti– essa viene letta in rapporto con altri diritti o principi espressi nelle costituzioni nazionali, consente al tempo stesso di soddisfare specificità culturali, storiche e sociali.

Mentre in passato le corti hanno risposto alle nuove rivendicazioni ampliando la portata del principio di eguaglianza ed, in particolare, identificando nuovi fattori di discriminazione (*suspect classifications*) che impongono un più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale (*strict scrutiny*), oggi la dignità rappresenta un argomento con cui le corti possono soddisfare nuove richieste di tutela, senza però incorrere nelle difficoltà derivanti da un'argomentazione interamente fondata sul principio di eguaglianza. In questo modo, le corti non sono poste di fronte alla scelta di selezionare gruppi che meritano maggiore tutela, né devono individuare nuovi fattori di discriminazione: ragionare unicamente in termini di eguaglianza, non solo –infatti– non consentirebbe loro di mediare fra le istanze di gruppi diversi, ma al tempo stesso condizionerebbe la futura giurisprudenza costituzionale. Ad esempio, restando ai casi in precedenza illustrati, l'individuazione dell'orientamento sessuale” come un fattore di discriminazione illegittimo, comporterebbe la presunzione di illegittimità costituzionale di ogni disparità di trattamento fondata su di esso, con l'effetto di limitare i futuri margini di apprezzamento degli organi politici, ma anche la possibilità di future mediazioni e bilanciamenti tra gli interessi in gioco da parte delle stesse corti.

Negli Stati Uniti, la Corte Suprema ha soprattutto avanzato una lettura della dignità in rapporto con eguaglianza e libertà. La dottrina americana ha giustificato l'attenzione a questi principi alla luce dell'”ansia di pluralismo” che pervade l'attuale società americana spingendo le corti a rispondere alle istanze di tutela di “nuovi” gruppi (in conseguenza dell'immigrazione da altri paesi) o di gruppi che hanno

acquistato “visibilità” (grazie ai movimenti sociali) (YOSHINO 2011, 747). “L’argomento fondato sulla dignità e la libertà è stato il modo in cui la Corte Suprema ha raggiunto un compromesso tra un diretto ampliamento dell’applicazione del principio di eguaglianza ed una sua assoluta chiusura” (YOSHINO 2011, 776).

La sentenza *Obergefell* sul matrimonio –sviluppando il rapporto tra libertà, eguaglianza e dignità ed il riconoscimento del carattere fondamentale del diritto al matrimonio di *tutti* gli individui a prescindere non solo dal loro orientamento sessuale³¹– dimostra l’intento della Corte Suprema di non impostare la questione esclusivamente in termini di discriminazione verso le persone gay e lesbiche. Come ha scritto Tribe (2015), “l’eguale dignità degli esseri umani –un concetto dotato di un solido fondamento dottrinale– non guarda semplicemente alla subordinazione operata intenzionalmente nel passato, ma piuttosto pone le premesse per un continuo dialogo costituzionale tra i diritti fondamentali e il significato dell’eguaglianza”.

942

Anche le corti costituzionali europee hanno spesso preferito affrontare i casi sul matrimonio soffermandosi sulla violazione della dignità, in rapporto con libertà ed eguaglianza. Il Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio, nel citato caso n. 198 del 2012, ha soprattutto richiamato l’art. 10, comma 1, CE –che garantisce la dignità umana e il libero sviluppo della personalità– invece di fondare le proprie conclusioni sulla violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 14 CE. La Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 138 del 2010, ha escluso che l’art. 3 Cost. costituisca un parametro della decisione menzionando, invece, il diritto delle coppie dello stesso di vivere liberamente la propria condizione di coppia ex art. 2 Cost. Infine, il *Conseil constitutionnel* francese, nella sua sentenza sul *mariage pour tous*³², ha semplicemente affermato che “la

31 La Corte Suprema richiama, infatti, in *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2614) anche il caso *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) che dichiarò incostituzionale i divieti di matrimoni interrazziali in vigore in alcuni stati (*anti-miscegenation laws*) osservando come in quella pronuncia non avesse voluto riconoscere uno specifico “diritto al matrimonio interrazziale”, ma piuttosto un diritto generale al matrimonio per tutti gli individui.

32 *Décision* n. 2013-669 DC, 17 maggio 2013, *considérant* n. 22.

differenza tra le coppie formate da un uomo e da una donna e le coppie dello stesso sesso non può più essere giustificata dal fatto che quest'ultima non possa vedersi riconosciuto lo status e la protezione giuridica che sono associati al matrimonio”.

In conclusione, quindi, nell'attuale stagione dei diritti, la dignità, per l'ampiezza dei suoi contenuti e la sua duttilità sul piano interpretativo (Barak 2015), consente alle corti –in particolare a quelle costituzionali che più avvertono la necessità di preservare la propria legittimazione dalle accuse di un uso “politico” del controllo di legittimità costituzionale– di mediare tra eguaglianza e libertà, identità nazionali e locali ed aspirazioni ad una dimensione universale dei diritti fondamentali.



Bibliografia

1. BARAK, Aharon. 2015. *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press
2. DALY, Erin. 2013. *Courts, Constitutions and the Worth of the Human Person*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press
3. DUPRÉ, Catherine. 2015. *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*. Oxford: Hart Publishing
4. DÜRIG, Gunter. 1956. “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde.” *Archiv des öffentlichen Rechts*, 81,2: 117-157
5. DWORKIN, Ronald. 2002. Tr. It. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*. Milano: Feltrinelli
6. HOFMANN, Hasso. 1993. “Die versprochene Menschenwürde.” *Archiv des öffentlichen Rechts* 118,3: 353-377
7. FINCK, Michèle. 2016. “The Role of Human Dignity in Gay Rights Adjudication and Legislation: A Comparative Perspective.” *International Journal of Constitutional Law (ICon)* 14, 3: 26-53
8. GLENSY, Rex D. 2011. “The Right to Dignity.” *Columbia Human Rights Law Review* 43,1: 65-142
9. LUTHER, Joerg. 2007. “Ragionevolezza e dignità umana.” In *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di Augusto Cerri, 185 ss. Roma: Aracne

10. MCCRUDDEN, Christopher. 2008. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights." *European Journal of International Law* 19:4, 655-724
11. MCCRUDDEN, Christopher. 2014. "In Pursuit of Human Dignity. An Introduction to Current Debates." In *Understanding Human Dignity*, edited by Christopher McCrudden, 1-58. Oxford: Oxford University Press
12. MONACO, Giuseppe. 2011. "La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative." *Politica del Diritto*. 2011, 1: 45-78
13. NUSSBAUM, Martha. 2010. *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press
14. PODLECH, Adalbert. 1989. "Art. 1 abs. 1." In *Alternativkommentar zum Grundgesetz*³. Newwied: Kriftel
15. RAO, Naomi. 2008. "On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law." *Columbia Journal of European Law* 14, 2:201- 255
16. RAO, Naomi. 2011. "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law." *Notre Dame Law Review* 86:1, 183-271
17. RIDOLA, Paolo. 2012. "La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea." In *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, a cura di Roberto Nania, 61-144. Torino: Giappichelli
18. RIPEPE, Eugenio. 2014. *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*. Torino: Giappichelli editore
19. RUGGERI, Antonio e Spadaro, Antonino. 1991. "Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)." *Politica del Diritto*, 1991, 3: 343-377
20. SIEGEL, Reva. 2012. "Dignity and Sexuality: Claims of Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-Sex Marriages." *International Journal of Constitutional Law* 10:2, 355-379
21. SILVESTRI, Gaetano. 2009. *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*. Milano-Bari: Laterza
22. SPERTI, Angioletta. 2017. *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*. Oxford: Hart Publishing
23. TAYLOR, Charles. 1992. *The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press (in traduzione italiana 2003. *La politica del riconoscimento*. Milano: Feltrinelli)
24. TOLLEFSEN, Christopher. 2013. "The Dignity of Marriage." In *Understanding Human Dignity*, Christopher McCrudden editor, 482-499. Oxford: Oxford University Press

25. TRIBE, Lawrence H. 2015. "Equal Dignity: Speaking Its Name." *Harvard Law Review Forum*, 1:16, 129
26. VINCENTI, Umberto. 2009. *Diritti e dignità umana*. Roma-Bari: Laterza
27. WALDRON, Jeremy. 2012. *Dignity, Rank and Rights*. Oxford: Oxford University Press
28. WEINRIB, Jacob. 2016. *Dimensions of Dignity. The Theory and Practice in Modern Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press
29. YOSHINO, Kenji. 2011. "The New Equal Protection." *Harvard Law Review* 124, : 747-803
30. YOSHINO, Kenji. 2015. *Speak Now: Marriage Equality on Trial*. New York: Crown Publishers
31. WALDRON, Jeremy. 2007. "Dignity and Rank." *Archives Européennes de Sociologie*, 48,2:201-237
32. ZANETTI, Gianfrancesco. 2015. *L'orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*. Bologna: Il Mulino