

GARANZIA E CURA: L'INTERPELLO DELLE GENERAZIONI FUTURE

ANGELO ABIGNENTE

*Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Napoli "Federico II"
angelo.abignente@unina.it*

ABSTRACT

The demand arising from future generations has not only a moral but also a legal connotation. It intimates a thorough reformulation of the classical conceptuality based on rights and obligations linked to legal subjects understood as present subjects. In line with the need of such a reformulation this paper, by mainly drawing on the motives of care and guarantee, seeks to discuss some practical jurisdictional instantiations by means of which Ferdinando Menga's book can be viewed as a source of inspiration and critical appropriation.

KEYWORDS

Intertemporality, responsibility, justice, guarantee, care

1. Ferdinando Menga in una prospettiva etico-fenomenologica, all'esito di una attenta lettura critica degli autori *confidenti* e *scettici* di fronte alla responsabilità per le generazioni future, dei classici ma, soprattutto, di quelli che possiamo definire i classici del nostro tempo tra i quali emerge Hans Jonas con il suo *principio responsabilità*, pone in evidenza come la riflessione sulla intergenerazionalità nel dibattito contemporaneo sia "avviluppata" su un presente auto-concluso. Può cogliersi solo in John Rawls e nei suoi principi di giustizia un germe capace di innovare il nostro modo di pensare alle generazioni future ed il "velo di ignoranza", non esente da una lettura critica, può cogliersi come la razionalità densa di idealità che ci rende tutti contemporanei. Con il principio del "giusto risparmio" che travolge la massimizzazione del profitto e la riduzione dei costi, le generazioni future si manifestano come uno scacco alle nostre categorie tradizionali.

Le decisioni cruciali della nostra storia (emblematica e centrale la bomba atomica) assumono un carattere di irreversibilità che stravolge il nostro individualismo possessivo e ci fa cogliere nelle generazioni future una presenza che ci appartiene. La soggettività incontra le generazioni future come alterità che la costituisce ed ho più volte enunciato, ma ancora non soddisfatto, la mia curiosità di discutere con

Ferdinando di un possibile recupero in questo senso della dialogicità comunicativa di Habermas, per molti versi critico di Rawls a cui pure attribuisce un rilievo predominante.

Ma seguiamo Ferdinando: il “primato etico dell’alterità” postula un “ripensamento radicale” della morale radicata nella “semantica della presenza o della presenzialità dei soggetti etici”. Nell’approccio fenomenologico, oltre Husserl, è la più significativa novità del discorso di Ferdinando e la fecondità del suo scritto. Chiamando in causa i suoi autori, Levinas, Derrida, Ricoeur e Waldenfels, Ferdinando pone in evidenza come il “soggetto” vada inteso “come connotato fin dall’inizio della sua insuperabile condizione intersoggettiva, ossia, più precisamente, da una condizione tale per cui esso è già sempre interpellato da e chiamato a rispondere alle istanze dell’alterità ancor prima di poter pervenire pienamente a se stesso e reclamare, dunque, una costituzione della relazione etica a partire da un presupposto autoriflessivo”¹.

Assumo questa considerazione di Ferdinando come chiave di lettura del suo libro per sottolineare alcuni passaggi che a me appaiono significativi ed ineludibili anche per una riflessione prettamente giuridica sul tema. Innanzitutto che la responsabilità nasce da un “appello” che proviene dal futuro e che nella sua proprietà interpellante è irriducibile al presente. Si tratta, seguendo le orme di Waldenfels, di un “futuro anteriore” che, “essendoci già sopraggiunto dal futuro stesso in forma di ingiunzione, ci ha già costretti a una risposta immediatamente responsabile verso di esso. Vale a dire, a una risposta che, proprio perché connotata dalla semantica della responsabilità, non può che parlare anche al futuro il linguaggio del passato”². Una responsabilità, quindi, che si radica in ciò che si è contribuito a determinare nel presente e che stravolge le teorie della *responsabilità indiretta*, dell’*autoreferenzialità* in quanto proiezione di una soggettività costitutivamente intersoggettiva in grado di porsi in dialogo con l’alterità per rispondere alle sue istanze. Il soggetto è vocato ad un impegno nel presente, ad una decisione responsabile che assume il futuro non già per esigenza di ulteriorità o per una generica *intuizione morale* ma per la necessità di rispondere qui ed ora ad un’istanza già pervenuta nel suo orizzonte di conoscenza e valutazione; un’istanza che si pone in termini di *indisponibilità* nel presente.

2. Tralasciando, nell’economia del mio intervento, riflessioni di carattere etico e filosofico fortemente stimulate dallo scritto di Ferdinando e limitandomi ad assumere l’angolo prospettico del teorico del diritto che mi è più congeniale, non posso non considerare come questa impostazione del discorso sulle generazioni future determini uno *scandalo* nelle nostre categorie giuridiche, tutte configurate sulla *presenza* che impronta il codice binario di diritti-doveri: le generazioni future

¹ F.G. Menga, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2016, pag. 99.

² Ivi, pag. 107.

implicano la “rottura della contemporaneità”, con le parole che Ferdinando riprende da Gustavo Zagrebelsky.

L'appello dell'alterità delle generazioni future non può considerarsi proveniente da un soggetto che è titolare di diritti e la stessa espressione “diritti delle generazioni future” è equivoca perché esse non hanno diritti: si tratta dell'*ostacolo della non esistenza*, rilevato da Ferdinando, che nel diritto diventa particolarmente problematico. Ciò rende difficile la traduzione nel linguaggio e nelle categorie del diritto, improntato alla preminenza del diritto soggettivo ed ai codici binari diritti-obblighi o diritti-doveri. Il “binomio contraddittorio: ‘non ancora’ e ‘ora’” crea un “paradosso”, come afferma Zagrebelsky, perché “il ‘non ancora’, per poter diventare attuale, cioè per venire a esistere, dipende precisamente dall’‘ora’”³.

È questo paradosso che a mio avviso si riverbera in alcune questioni giudiziarie, ad esempio in tema di inizio vita dove ci si interroga sulla situazione giuridica del nascituro e del concepito. Vi è sul tema un dibattito che non sembra sopirsi: può riconoscersi al nascituro un diritto prima della nascita se il nostro ordinamento afferma che la capacità giuridica si acquista solo con la nascita? Se il diritto appartiene ai viventi e con esso la potenza e se “Coloro che non esistono non hanno alcun titolo giuridico da opporre a coloro che esistono” la potenza dei secondi si rivela “pre-potenza”⁴, l'*ostacolo dell'asimmetria* di cui parla Ferdinando. Come uscire da questa *impasse*?

Zagrebelsky, evocando Bobbio, propone di passare dall'età dei diritti all'età dei doveri. È un riferimento implicito, per quanto mi sembra non testuale, al libro di Luciano Violante, *Il dovere di avere doveri*, scritto in una chiave critica dello speculare *Diritto di avere diritti* di Rodotà. Ma qui la prospettiva di Zagrebelsky si allarga alle generazioni future intendendo il “dovere *in assoluto*”, scollegandolo dal rapporto di reciprocità, rileggendolo come posizione giuridica autonoma che vive di vita propria, “diritto oggettivo” collegato a “principi di giustizia oggettiva”⁵. Sicché, “una cosa è il dovere come soggezione a un potere; un'altra cosa è il dovere come risposta a una chiamata in responsabilità nei confronti della condizione dei propri contemporanei e nei confronti di coloro che dovranno venire dopo di noi. I doveri verso i contemporanei sono doveri di giustizia; i doveri verso chi succederà a noi sono doveri verso l'umanità”⁶.

Assume così valore centrale la responsabilità, nell'etimologia propria del verbo *respondeo*: “se una grande opportunità o un'immane tragedia [una decisione irreversibile come quella sulla bomba atomica] dipende solo da te, e tu non hai la sponda a cui aggrapparti che potrebbe essere una norma giuridica vincolante, la tua

³ G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino 2017, pag. 120.

⁴ Ivi, pag. 121.

⁵ Ivi, pag. 96.

⁶ Ivi, pag. 94.

responsabilità, connessa alla tua libertà, diventa *somma* responsabilità”⁷. Per Zagrebelsky si tratta di una responsabilità morale, non giuridica ma io credo – e il libro di Ferdinando penso che possa dare alimento a questa mia riflessione – che qui si celebra un incontro ineludibile tra diritto e morale. Il tema interroga perciò i giuristi e se ne colgono nella letteratura più recente tracce significative.

Soprattutto i costituzionalisti leggono nella *intertemporalità* delle Costituzioni moderne la *humus* in cui è possibile fondare una *giustizia intergenerazionale* che superi il tradizionale lessico diritti/doveri. Nella sua lettura delle *clausole intergenerazionali* presenti in numerose parti della nostra costituzione, guidato dalla lente prospettiva della ragionevolezza che reca in sé il senso del *limite* e dell’*autolimita* ovvero “l’idea che nella valutazione di quello che posso fare oggi deve avere un ruolo anche l’analisi degli effetti che scelte, comportamenti, decisioni possono determinare per il futuro, quando questi effetti hanno un impatto potenzialmente irreversibile e tale da compromettere la conservazione e la trasmissione alle generazioni future di beni, risorse, condizioni di vita che noi stessi riteniamo essenziali”⁸, D’Aloia ritrova le radici di una solidarietà che “si pone in antitesi tanto all’individualismo quanto al presentismo, entrambi estranei alla visione e ai significati del personalismo costituzionale”⁹. Da qui il passo è breve per coniugare la “responsabilità verso la Costituzione” che pone un “vincolo rovesciato” nella libertà della generazione presente intorno all’uso dei beni verso quelle future: è, come sottolinea l’autore, il tema noto e dibattuto dell’“atteggiamento custodiale” che ha animato il costituzionalismo americano con la tesi di Jefferson dell’usufrutto – non della proprietà – della terra, per cui la terra viene usata dalla generazione presente come usufruttaria non come proprietaria.

Penso che questa prospettiva sia importante, quasi speculare a quella di Zagrebelsky intorno agli obblighi che D’Aloia sviluppa con attenzione intorno all’uso delle risorse e dei beni, oggi al centro di un ampio dibattito sui beni comuni. Si generano situazioni giuridiche che rivelano il ruolo del diritto di creazione di vincoli e obblighi verso le generazioni future ma che al tempo stesso esigono una svolta linguistica, specie sotto un profilo argomentativo, che si emancipi dall’“azzardo” di “Parlare di ‘diritti’ delle generazioni future dentro il modo tradizionale di concepire i diritti soggettivi”, perché “I diritti non sono solo risorse dei soggetti, ma ‘beni’, interessi oggettivi, che riflettono principi di giustizia assunti dall’ordinamento come propri criteri di riconoscimento; esprimono una identità dinamica, un modo di essere di un ordinamento, indicano i suoi fini essenziali”¹⁰.

⁷ Ivi, pag. 120.

⁸ A. D’Aloia, “Costituzione e protezione delle generazioni future”, in F. Ciaramelli, F.G. Menga (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, pag. 308.

⁹ Ivi, pag. 309.

¹⁰ Ivi, pagg. 318 s.

In questa prospettiva, credo che l'interrogazione delle generazioni future al diritto volta alla rivisitazione linguistica delle categorie e degli istituti tradizionali – diritto/obbligo, soggetto/capacità – impegni in uno sforzo ulteriore che si concentri sul nesso *garanzia e cura*. Qui ritengo che giochi un ruolo essenziale la questione della tutela giudiziaria dei diritti e dell'ineludibile ruolo interpretativo ed argomentativo dei giudici

Quando nel nostro ambiente si parla di *garanzia* e soprattutto di *garantismo* si incontra un dibattito che vede contrapposto un garantismo fondato sui principi, particolarmente quelli tradizionali, ed un garantismo costituzionale in senso stretto. Questo in particolare fa capo alle note tesi di Ferrajoli¹¹ che intravede nella Costituzione la *magna charta*, la fonte di consacrazione delle funzioni di garanzia, *primaria e secondaria*. Qui non voglio riprendere le sue teorie ed addentrarmi in una giustificazione articolata di una possibile dissonanza che richiederebbe un discorso articolato e complesso, forse ridondante. Mi limito ad osservare che a mio avviso si può alzare lo sguardo più in lato: non si tratta solo delle garanzie, primarie e secondarie, offerte dalla nostra costituzione, ma della nostra partecipazione al diritto in termini di libertà. Con tutte le declinazioni possibili: dalla tutela della partecipazione, l'istanza habermasiana della legittimazione data dalla controfattuale accettazione da parte di tutti i *potenziali* partecipanti, alla conservazione della terra e dell'ambiente per finire all'accesso alla giustizia.

Per un'articolazione in concreto della mia proposta, potrei riferirmi a quella elaborazione dottrinale tedesca nota con il termine *Schutzpflichten*, assunta nel nostro dibattito dottrinale e giurisprudenziale con il termine *obblighi (doveri) di protezione* che, originariamente applicata alla teoria dei contratti (il comportamento esorbitante dall'obbligo contrattuale che incide sui terzi o sulla stessa controparte, come previsto dall'art. 2087 cc. o da varie norme ad es. in materia di protezione degli alunni scolastici) è ora riletta nell'istituto della *responsabilità da contatto* (specie nell'ambito della responsabilità medica ma anche dell'azione amministrativa). Non posso però ritenerla esaustiva, per quanto suggestiva nell'allargamento delle categorie dommatiche, perché essa implica sempre la presenza di un soggetto capace, titolare di diritto, mentre nel nostro caso le generazioni future non hanno soggettività e diritti riconosciuti dal nostro ordinamento.

3. Preferisco però prendere a modello del mutamento dei paradigmi verso la *garanzia* e la *cura* un noto dibattito giurisprudenziale che ha coinvolto particolarmente la III sez. civ. della Cassazione e le Sezioni Unite. Si tratta della protezione da riconoscere al nato portatore di *handicap* ed al nascituro ed della tutelabilità della sua posizione in termini risarcitori per la malformazione riportata:

¹¹ L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, Il Mulino, Bologna 2013; Id., *Jura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2015; Id., *Due modelli di costituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

la sua genesi può essere identificata con il famoso *affaire Perruche*, dal nome di un caso giudiziario che vide nel 2000 la adunanza plenaria della Corte di Cassazione francese riconoscere il risarcimento ad un bambino portatore di *handicap*, sollecitando il legislatore che successivamente è intervenuto con disposizioni limitative della responsabilità medica e del diritto al risarcimento sia dei genitori che del bambino.

Ponendosi il problema della risarcibilità del danno subito da un nato portatore di *handicap* per un errore diagnostico o terapeutico durante la gestazione o per mancata informazione alla madre di un danno possibile, in una sentenza rilevante¹² la Cassazione si è posta il problema che nel nostro ordinamento l'art. 1, co 1, cc. prevede che la capacità giuridica si acquista con la nascita, non potendosi far perno sul secondo comma dello stesso articolo che in ipotesi particolari ed espressamente previste nell'ordinamento giuridico riconosce diritto al concepito ma solo al momento della nascita, in quanto appunto si tratta di diritti che devono essere previsti.

Il giudice di legittimità¹³ aveva già affermato che, in base all'art. 32 Cost., “la tutela della salute è garantita come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che interesse della collettività ritenendo che esso non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionate, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli per l'integrità del nascituro nel periodo che la precedono” e, pur riconoscendo che il concepito non aveva personalità giuridica, aveva comunque ritenuto che poteva leggersi nel nostro ordinamento l'intento di “tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute”.

Intervenendo sul tema nel 2009, la Corte ritiene che tale affermazione non è condivisibile nella parte in cui attribuisce al concepito un interesse protetto senza riconoscergli personalità giuridica. Essa, pertanto, elabora una distinzione tra *soggettività* e *personalità* giuridica e riconosce al concepito, ancor prima della nascita una soggettività, azionabile però soltanto all'avverarsi della *conditio iuris* della nascita attributiva della personalità giuridica.

Si è parlato, a questo proposito, di un diritto *adespota*, cioè privo di un titolare: la titolarità che lo renderebbe azionabile sarebbe subordinata alla nascita. Ma da qui il passo è breve per una questione ulteriore: di quale diritto si tratta? Si potrebbe dire: il diritto a nascere sano otterrebbe tutela, sotto il profilo del cd *danno conseguenza*, a seguito della nascita. Ma allora, specularmente, si potrebbe dire che il concepito ha un diritto a non nascere se non sano, il che contrasterebbe con i principi di tutela della vita che sono impressi nella nostra Costituzione.

¹² Cass. 10741/2009, relatore Spagna Musso.

¹³ spc. Cass. 11503/1993.

Questi sono, emblematicamente, i dilemmi che sorgono quando ci sentiamo costretti nelle categorie dommatiche tradizionali, del diritto, della capacità giuridica, della soggettività.

Mi sembra che una possibile via di soluzione a questi dilemmi possa individuarsi in una sentenza successiva della stessa sezione della Corte di Cassazione¹⁴ che, pur destinata ad una rivisitazione da parte delle Sezioni Unite¹⁵, conserva pregio argomentativo nell'intento di superare la tradizionale dommatica del diritto soggettivo, riconoscendo il concepito non come *soggetto* giuridico ma come *oggetto di tutela*, dando così risonanza implicita a quei "principi di giustizia oggettiva" di cui parla Zagrebelsky ed a quella coniugazione dei diritti come "beni" o "interessi oggettivi" a cui ha fatto riferimento D'Aloia. È una sentenza molto complessa ma non posso esimermi dal riportarne alcuni passaggi significativi, quando afferma che "la protezione del nascituro non passi necessariamente attraverso la sua istituzione a soggetto di diritto, ovvero attraverso la negazione di diritti del tutto immaginari, come quello a 'non nascere se non sano', locuzione che semplicemente non rappresenta un diritto", per giungere ad affermare che "È tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro oggetto di tutela, se la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all'essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette".

A giustificazione dell'assunto, la Corte riprende pronunce della Corte Costituzionale in tema di diritti della madre e dell'embrione¹⁶, della stessa Corte di Cassazione¹⁷ e valuta le evoluzioni del nostro ordinamento dal 1942 ad oggi, alla luce delle norme costituzionali e del ruolo sempre più incisivo delle fonti sovranazionali, per giungere ad affermare che "La locuzione 'centro di interessi suscettibile di tutela' è peraltro espressione anfibologica, dalla quale è lecito dedurre tanto la conclusione (non necessaria) della soggettività giuridica del nascituro, quanto quella, più realisticamente aderente al dato normativo ed alla stessa concezione del soggetto in termini di fattispecie [...], in termini, cioè, di oggetto di tutela 'progressiva' da parte dell'ordinamento, in tutte le sue espressioni normative e interpretative"; Ciò comporta che il concepito è da intendersi "come oggetto di tutela e non anche come soggetto di diritto. [...] Chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento. Oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello

¹⁴ Cass. 16754/2012, relatore Travaglino.

¹⁵ Cass. SU 25767/2015.

¹⁶ C. Cost. 27/1975.

¹⁷ Cass. 9700/2011.

funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita”.

Al di là di questioni risarcitorie, anche sotto il profilo della individuazione del nesso di causalità, esaminate nella sentenza con uguale attenzione ma che richiederebbero una riflessione specifica, credo che l’argomentazione della Cassazione possa valere nel qui e nell’ora a fondare una nostra responsabilità che assume tonalità non solo morali ma giuridiche nel garantire le condizioni che consentiranno alle generazioni future di esercitare i loro diritti, sull’ambiente (è di prima evidenza) ma anche ad esempio nelle condizioni di vita materiale e nel lavoro. In particolare, di urgente emergenza, nella partecipazione, civile e politica, e nell’accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti perché è proprio nell’ambito del giudizio che situazioni giuridiche astrattamente riconosciute trovano effettiva consistenza.

Ho detto di “nostra responsabilità”, declinando al plurale la responsabilità di cui parla Ferdinando in prima persona ma pur implicitamente proiettandola nella dimensione plurale. Si tratta di una responsabilità che richiede attenzione, vigilanza e cura nel presente, tessuta da quella immaginazione¹⁸ richiesta dall’*ostacolo della non determinatezza* di Ferdinando.

Mi sembra che questa prospettiva che ho cercato di delineare, si rilevi sintonica con la indicazione di Ferdinando dell’“articolazione temporale” del *futuro anteriore* e mi consenta di concludere con lui: “l’appello a una responsabilità *per* il futuro si origina non perché noi ci proiettiamo verso quest’ultimo a dal presente, ma perché è l’appello stesso a sopraggiungerci *dal* futuro, da una lontananza che già sempre ci ingiunge e si mostra irriducibile al dominio della presenza. È proprio in questa articolazione diacronica e pratica dell’appello dal futuro che insorge incontrovertibilmente un senso di giustizia dal carattere letteralmente *intempestivo* e simultaneamente *iperbolico*”¹⁹.

¹⁸ F.G. Menga, *Lo scandalo del futuro*, cit., pag. 114.

¹⁹ Ivi, pag. 117.