

ESTENSIONE: GLI SCRITTI DI GIUSEPPE DALLA TORRE SU BIOETICA E BIODIRITTO

(a cura di FRANCESCO ZINI)

Presentazione

Il link a cui si rimanda permette di accedere ai contenuti di ulteriori saggi, studi e articoli di Giuseppe Dalla Torre che non sono presenti nel testo del volume cartaceo e che vogliono dare conto del suo contributo fondamentale alla bioetica e al biodiritto, fin dal sorgere di queste due discipline, che hanno in seguito assunto un rilievo scientifico autonomo e determinante per la comprensione di alcuni fra i principali e più complessi problemi della società contemporanea.

Da questa presentazione dei testi è possibile intravedere fin da subito una linea continua ed originale, innanzitutto stilistica. La chiarezza espositiva di Giuseppe Dalla Torre risulta sempre presente e costituisce una cifra ineludibile del suo lavoro di studio. Chiarezza non significa semplicità, ma il tentativo ogni volta di ricondurre tematiche complesse ad un'esposizione accessibile e comprensibile, dove si evidenziano i problemi e le analisi e dove si lasciano intravedere le risposte e le eventuali soluzioni.

L'altra cifra più contenutistica presente in tutti gli scritti di Giuseppe Dalla Torre è costituita dal continuo rimando ai principi ed ai valori fondamentali della persona umana. Anche in questo caso tali rimandi non costituiscono semplici deduzioni sillogistiche o asserzioni dogmatiche dalla quale dedurre giudizi o applicazioni consequenziali, anzi i valori fondamentali a cui Giuseppe Dalla Torre fa riferimento in ogni suo scritto, appaiono delle "scoperte" lungo il tracciato dell'esposizione, con continui spunti di riflessione dialettici, argomentando sempre pro e contro le singole questioni, per evidenziare i diversi livelli di analisi e per far emergere la giusta collocazione che emerge intrinsecamente dalle stesse argomentazioni, che mai si escludono o si contraddicono, ma si completano e si implementano tra di loro.

Questa forza intrinseca delle idee e dei valori costituisce la linea di pensiero che segue ogni suo contributo, sia nell'articolo per una prestigiosa rivista scientifica, sia per la partecipazione ad un convegno, sia per le questioni bioetiche e biogiuridiche più generali e sistematiche, sia per i contributi ai dibattiti legislativi *de iure condendo*.

Inoltre una terza cifra è possibile scorgere negli studi di Giuseppe Dalla Torre e costituisce un elemento innovativo e unico per l'illustre accademico: la continua tensione interdisciplinare che "scende" dalla dimensione teoretica ed astratta (*ex cathedra*), per immergersi nelle possibilità concrete di trovare delle soluzioni pratiche nel dibattito culturale, politico e parlamentare sui singoli temi di bioetica, per cercare di raggiungere quel "compromesso alto", inteso sempre come una "sintesi verticale" tra i diversi interessi, da contrapporsi ad un compromesso "basso e contingente", che non risolve i problemi, ma li amplifica.

In questo senso Giuseppe Dalla Torre non solo anticipa un metodo ermeneutico che sarà poi ripreso e risemantizzato dai suoi numerosi allievi, ma fonda una "bioetica critica" e argomentativa, che non rinuncia all'ampiezza e alla ricchezza degli interessi e degli argomenti sempre a favore della persona, facendo costantemente richiamo esplicitamente al fenomeno religioso e teologico. Questa ampiezza di significati racchiude la capacità di contenere dentro il testo dei suoi studi, i molteplici significati delle questioni bioetiche, così da "elevare" ogni volta il ricercatore e lo studioso verso ulteriori dimensioni di comprensione.

Infine è costantemente presente il riferimento al personalismo ontologico, inteso a richiamare e a riconoscere il valore della persona e il suo primato di fronte a tutti gli altri interessi. La persona che secondo Dalla Torre è sempre presente come criterio di giudizio nel biodiritto e nella bioetica, come un riferimento costante per garantire le tutele e i diritti soprattutto nelle condizioni di maggiore debolezza e fragilità.

Da questo punto di vista dobbiamo essere grati a Giuseppe Dalla Torre per un tale sintesi che ha manifestato lo sforzo intellettuale non solo per lo spessore indiscutibile degli studi sempre attuali, ma perché questa sua testimonianza preziosa di studioso ci riporta a "prendere sul serio" quella chiamata verso una tensione continua alla ricerca anche nel dibattito contemporaneo sulle principali questioni bioetiche e biogiuridiche, nelle quali ogni persona è inserita, partecipando attivamente e fecondando il proprio tempo a disposizione con responsabilità e attenzione. In questo senso la sua *lectio magistralis* potrà continuare a generare per il futuro nuovi approfondimenti da parte di giovani studiosi e a suscitare ulteriori e nuovi studi.

Indice

I diritti di inizio vita

1. G. DALLA TORRE, *Aborto e diritto alla vita: linee di una problematica attuale*, in «Iustitia», 2-3, 1972, pp. 236-253;
2. G. DALLA TORRE, *Una continua provocazione per la coscienza cristiana: stato attuale di applicazione della legge 194*, in *Ai confini della vita, Convegno nazionale di bioetica*, Palazzo Vecchio, Salone de' Dugento, Firenze, 28-29 Novembre 1992, Cassa di Risparmio-Le Monnier, Firenze 1995, pp. 30-33;
3. G. DALLA TORRE, *Le leggi contro la vita: il loro significato politico-giuridico*, in «*Evangelium Vitae*» e diritto, *Atti del Simposio Internazionale*, Città del Vaticano, 23-25 maggio 1996, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana 1997, pp. 99-119.

Diritti Fondamentali e Biodiritto

1. G. DALLA TORRE, *Gli interventi umanitari: le ragioni del diritto*, in «Iustitia» 1/1994, pp. 36-45;
2. G. DALLA TORRE, *Verso una nuova cittadinanza*, in *Il Vangelo della carità. Una risposta da Palermo*, Centro S. Pedro Arrupe, Palermo, 1995, pp. 59-74;
3. G. DALLA TORRE, *I diritti umani, fondamento, dell'etica pubblica*, in «Studium», 1/1995, pp.725-738;
4. G. DALLA TORRE, *La vita come valore giuridico. Saggi di analisi giurisprudenziale*, in «Studium» 1/1998, pp. 455-469;
5. G. DALLA TORRE, *Etica e diritto nella formazione dei moderni codici*, in *Studi in onore di Piero Bellini*, Rubbettino, Napoli 1999, pp. 303-319;
6. G. DALLA TORRE, *Diritto e bioetica*, in AA.VV., *Corso residenziale di bioetica*, Ospedale Pediatrico «Bambino Gesù», Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico, Tipografia Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 57-80;
7. G. DALLA TORRE, *Diritti umani e bioetica*, in «Pedagogia e Vita», 2009, pp.45-49.

8. G. DALLA TORRE, *Annotazioni sul diritto alla vita nell'ordinamento canonico*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Giuffrè, Milano 2010, pp.235-250;
9. G. DALLA TORRE, *Riflessioni su diritti umani e bioetica*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 795-807.

La sperimentazione clinica e i comitati etici

1. G. DALLA TORRE, *Profili giuridici dei comitati di bioetica. Fra jus conditum e jus condendum*, in AA.VV., *I comitati di bioetica. Storia analisi proposte*, Edizioni Orizzonte Medico, Roma,1990, pp. 69-99.

Laicità, Bioetica e Biodiritto

1. G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in «Studium», I, 1995, pp. 9-25;
2. G. DALLA TORRE, *Identità religiosa, comunità politica e diritto*, in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti. Studi raccolti da Francesco D'Agostino*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 51-67;
3. G. DALLA TORRE, *La bioetica nei rapporti tra Stato e Chiesa*, in A. TALAMANCA, M. VENTURA (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Barberini*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 237-250.

Multiculturalismo, pluralismo e società

1. G. DALLA TORRE, *Persona cittadino straniero. Per una introduzione giuridica*, in «Iustitia» 1/1993, pp. 1-15;
2. G. DALLA TORRE, *Multietnicità, bioetica e diritto*, in «Nuovi Studi Politici», III, 2001, pp.9-27;
3. G. DALLA TORRE, *Il diritto e le trasformazioni della famiglia*, in S. FANUELE (a cura di), *Bioetica e società. Speranze per l'umanità. Sfide scientifiche e morali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp.175-185;
4. G. DALLA TORRE, *Pluralismo religioso, multietnicità e biodiritto*, in «Medicina e Morale», 3, 2006, pp.533-554;
5. G. DALLA TORRE, *Il nuovo pluralismo religioso* in «Iustitia» 1/2019, pp.1-9.

1. **G. DALLA TORRE, *Aborto e diritto alla vita: linee di una problematica attuale*, in «Iustitia», 2-3, 1972, pp. 236-253**

SOMMARIO: I. Aborto, libertà e i miti del nostro tempo. – 2. La legalizzazione delle pratiche abortive: impostazione del problema, distinzione e tipologia delle legislazioni abortioniste. – 3. Cenni sulla dottrina della Chiesa in tema di aborto. – 4. L'interruzione della maternità: prospettiva confessionale e prospettiva laica entro cui inquadrare il problema. Necessità di una distinzione. – 5. Motivazioni addotte per giustificare una legislazione abortista e loro critica. – 6. Ecologia e sviluppo demografico. Le esperienze dei paesi che hanno depenalizzato l'aborto. – 7. Spunti per una soluzione del problema.

I. Quella in cui viviamo potrebbe, ben a ragione, essere definita l'epoca dei miti della libertà; o, almeno, tale definizione si addice molto più ad essa se non a quella scaturita dal turbine della rivoluzione francese. Non si tratta di una definizione di affetto, ma della constatazione di una tragica realtà in cui si confonde, appunto, la libertà con i suoi miti; in cui si contrabbandano per «diritti di libertà» le violazioni di tali diritti, la negazione stessa della libertà.

Tra questi miti del nostro tempo, tra quanti di essi sembrano primeggiare, vi è anche il mito della libera gestione della maternità da parte delle donne e, quindi, del conseguente diritto di abortire. Perché è un dato di fatto incontestabile che quello dell'aborto sia divenuto ormai un problema di scottante attualità, se si guarda almeno alle polemiche sollevate da qualche tempo a questa parte, ed in tutto il mondo, dai movimenti e dalle correnti d'opinione che spingono verso la legalizzazione o, addirittura la liberalizzazione dell'aborto, sulla base di motivazioni numerose e di vario genere. A tutto ciò fa seguito, direi prima ancora dell'avvento di una legislazione abortionista, un rapido e largo diffondersi di un modo di pensare, di una mentalità, di atteggiamenti favorevoli all'aborto. Questo mutamento in atto anche nella nostra società, è promosso e favorito dai mezzi di comunicazione sociale che con la potenza, l'aggressività, la capziosità, il potere persuasivo che sono loro propri, hanno una facile entrata nella massa, nel cervello dello sprovvisto uomo della strada, che si inebria dei modelli di comportamento impostigli di continuo dai *mass – media* come comportamenti moderni, civili, in cui la personalità può liberamente

spaziare, abbattuti i tabù caratterizzanti i costumi antichi. Così accade che egli è messo in condizione di non più ragionare, di non potersi più fare un'idea propria del problema.

Di qui tra l'altro – sia detto per inciso – l'opportunità del diffondersi di un dibattito chiarificatore ai vari livelli sulla questione che qui interessa, e soprattutto a livello di opinione pubblica, al fine, se non altro, di mettere quel famoso uomo della strada di fronte a diverse tesi a confronto; e di costringerlo, pertanto, ad una personale presa di posizione in senso o nell'altro.

Sarebbe veramente interessante andare a scoprire, più a monte della problematica che oggi appassiona l'una e l'altra parte, i motivi, le ragioni profonde per cui solo ora si è giunti ad una drammatizzazione del problema dell'aborto, quasi fosse un problema nuovo che impone una drastica ed immediata soluzione. Mentre, lo sanno tutti, si tratta di una questione che è vecchia quanto il mondo. Ma non è possibile, in questa sede, una disamina del genere.

Forse, molto più semplicemente, la ragione di fondo di questo fenomeno va ricercata in quella mitizzazione della libertà cui si accennava in apertura del presente scritto, e che è stata di recente messa magistralmente a fuoco da Arturo Carlo Jemolo, in una conferenza tenuta a Bologna appunto sui miti della libertà. Si intende cioè accennare a quella rivendicazione di libertà *tout court*, senza ulteriori determinazioni, che corrisponde all'attuale atteggiamento di molti, nel considerare tutte le regole, tutte le inibizioni, tutti i diversi posti dalle leggi – siano esse recenti o remote, religiose o civili ecc. – come limiti intollerabili alla libertà umana. Come è noto, quanti si battono per un siffatto tipo di libertà, intendono raggiungere un'utopistica comunità umana in cui l'espandersi di ogni uomo avvenga secondo la sua «vera essenza», cioè sia libero da costrizioni e tabù di qualsivoglia genere.

Se si mettono a confronto queste considerazioni con gli *slogans* creati e diffusi dai movimenti di emancipazione femminile – sorti un poco dovunque, nel mondo, in questi ultimi tempi, e nei quali bisogna individuare i primi promotori del fenomeno in questione – si scorge chiaramente la stretta interdipendenza esistente fra la pretesa legalizzazione o liberalizzazione dell'aborto, e la propugnata «liberazione» della donna dalle sue secolari schiavitù. Questa liberazione della donna in generale, che costituisce l'obiettivo di fondo dei programmi d'azione dei movimenti femministi, comporta anche la liberazione della «secolare schiavitù» della maternità, nel senso almeno della «libertà» e del «diritto» della donna di volere e di gestire la maternità. Si vuole, in altre parole, far cadere il «tabù» che è retaggio della maternità come ruolo primario, come funzione fondamentale della donna, e come massima esplicazione della sua personalità. Un «tabù» che è retaggio di secoli, e che sarebbe frutto di un errato concetto della procreazione intesa come imposizione dell'uomo sulla donna.

2. Ma, abbandonando con questi cenni il problema delle lontane origini circa l'attuale fenomeno del crescente favore nei confronti dell'aborto, s'impone una domanda, al fine di individuare precisamente i contorni della questione. E cioè: che cosa si deve intendere, innanzitutto, per aborto?

L'aborto è l'espulsione dell'utero materno di un feto vivente e non visibile, che non sia cioè capace di vivere autonomamente fuori dall'utero stesso. L'essenza dell'aborto consiste, dunque, nella separazione del feto dall'organismo materno. Il che significa che se il feto si trova ancora nell'utero, ma il contatto naturale necessario per la vita si è già – indipendentemente da qualsiasi azione esterna – interrotto, l'espulsione, anche provocata, che segue non è aborto, neppure in senso morale.

L'aborto può essere naturale o artificiale, a seconda se sia o meno causato da un intervento umano; terapeutico o criminale, a seconda se sia provocato o meno da una persona autorizzata dalla legge civile ad esercitare la medicina. L'aborto suole anche distinguersi in diretto ed indiretto. Nel primo caso l'espulsione del feto è voluta come mezzo per qualsiasi scopo – per salvare, ad esempio, la vita della madre in pericolo per la gravidanza –, o addirittura come fine. Nel secondo caso, invece, l'espulsione del feto avviene come effetto accidentale e secondario, in virtù di circostanze accidentali non volute e non causate dall'agente.

Pertanto ogni atto diretto a provocare l'espulsione del feto o l'interruzione della gravidanza, costituisce penalmente e moralmente l'aborto diretto. Ora è proprio dell'aborto artificiale o provocato, e provocato direttamente, che ci vogliamo occupare.

A questo punto, un'altra precisazione va fatta in ordine alle problematiche poste sul tappeto. Deve essere, cioè, immediatamente chiarita la sostanziale differenza tra il concetto di regolamentazione o legalizzazione dell'aborto, e quello di liberalizzazione dell'aborto. E questo proprio perché tali termini vengono molto spesso usati indifferentemente, mentre si riferiscono a concetti ed a situazioni completamente diversi. Difatti si ha la regolamentazione dell'aborto allorché, per legge, vengono precisati alcuni casi in cui è permesso alla donna di abortire pur rimanendo una previsione penalistica per l'aborto; si tratta di quei casi cioè non perseguibili penalmente, e che la legge prevede a controllare per evitare i possibili abusi. In genere la regolamentazione dell'aborto riguarda i casi più gravi di malattia, il pericolo di morte per la gestante, la probabilità di nascita di prole tarata. In questo senso è orientata la legislazione aborzionista della Norvegia, che risale al 1921; della Danimarca, in vigore dal 1931; della Svezia, introdotta nel 1939, e successivamente modificata nel 1946 e nel 1963; della Finlandia, del 1950, della Polonia, della Bulgaria e della Romania, che hanno regolamentato l'aborto nel 1956; della Cecoslovacchia, che risale al 1957; dell'Inghilterra che ha una normativa molto recente, perché varata nel 1968. Anche nella Germania Orientale esiste, dal dopoguerra, una legislazione che regola l'aborto, cui sono state apportate varie modifiche, ora amplificatrici ora restrittive, tra il 1950 ed il 1958.

Con la liberalizzazione dell'aborto, invece, viene abolita qualsivoglia previsione penalistica volta a reprimere le pratiche abortive, e si riconosce in definitiva alla donna un vero e proprio diritto di abortire. Nel senso almeno che, dichiarandosi l'aborto un semplice «affare privato», si viene così a consentire quello che suole in genere indicarsi col termine di «aborto a discrezione». Nelle legislazioni di questo tipo sono soltanto previste norme volte a garantire, in nome della tutela della sanità pubblica, la sicurezza

sanitaria dell'intervento e la gratuità della prestazione, al fine di evitare qualsiasi possibile speculazione. Tra le nazioni che hanno adottato questo secondo tipo di legislazione in materia di aborto, vanno ricordati il Giappone, dal 1948; alcuni stati degli U.S.A. e cioè: la California, il Colorado, il North Carolina, il Maryland, la Georgia, il Mississippi, l'Arkansas, il Kansas, il Nuovo Messico, il Delaware, lo stato di New York; ed infine l'Unione Sovietica che, dopo una serie di regolamentazioni ora larghe ora restrittive, ha attualmente un regime di libertà abortiva.

In Italia invece, come è noto, non è prevista alcuna forma di aborto legalizzato, visto che l'aborto è comunque punito come delitto dagli artt. 545 ss. del codice penale. Tuttavia in base all'art 54 c.p. – in cui è dichiarato non punibile chi compie, in stato di necessità, un atto perseguibile per legge, ai fini di salvare sé stesso o altri dal pericolo attuale di un danno grave – nel caso delle cosiddette indicazioni mediche ad abortire, quando cioè si giustifichi un aborto terapeutico, il medico può intervenire per interrompere la gravidanza, senza peraltro essere perseguito dalla legge.

Difronte a siffatta normativa, alcuni movimenti hanno intrapreso una intensa campagna propagandistica per una liberalizzazione o regolamentazione dell'aborto anche in Italia; campagna che, nella passata legislatura, ha avuto ripercussioni in parlamento. Difatti il 18 giugno 1971 i senatori socialisti Arialdo Banfi, Piero Caleffi e Giorgio Fenoaltea presentavano al Senato una proposta di legge per la regolamentazione dell'aborto, in cui cioè veniva mantenuto il divieto di abortire, ma era prevista la non perseguibilità dell'aborto nei seguenti casi: pericolo grave per la salute della madre; quando il parto o le cure del neonato si prevede nuoceranno gravemente alla madre; nel caso di diagnosi di un'embriopatia incurabile; quando la gravidanza è conseguenza di violenza o di incesto; quando la donna abbia già partorito cinque volte o abbia compiuto al momento del concepimento quarantacinque anni. In tutti questi casi l'aborto si sarebbe potuto praticare solo presso enti ospedalieri autorizzati, dopo che la domanda, fatta anche solo verbalmente, ma accompagnata sempre dal parere di un medico, fosse stata esaminata ed accolta da una commissione speciale, composta da un ginecologo, da un neuropsichiatra e da un assistente sociale.

Ben più drastica la proposta di legge di iniziativa popolare stilata dal Movimento di Liberazione della Donna (MLD) che prevedeva: l'abrogazione delle norme attuali; pene per chi eventualmente spingesse all'aborto donne non consenzienti o abusando della patria potestà; pene contro chi, con minacce o abuso di autorità civile o religiosa – si noti questo riferimento all'autorità religiosa! – impedisse a una donna di abortire. Nella proposta si leggeva tra l'altro: «Gli ospedali, le cliniche, le case di cura gestite da enti pubblici o che ricevano sovvenzioni pubbliche o che siano convenzionate... debbono assicurare anche il servizio sanitario per l'aborto volontario»; e ancora: «I medici condotti non possono rifiutare le loro prestazioni per il conseguimento dell'aborto». Mentre nel primo caso, dunque, si prevedeva la semplice regolamentazione dell'aborto, in questa proposta del MLD era sancita una vera e propria liberalizzazione dell'aborto, con il riconoscimento cioè dell'aborto libero e volontario.

3. Attualmente, in tema di aborto, la teologia morale e la deontologia medica sembrano dibattersi fra due opposte tendenze. Da un lato ci sono quelli che, credenti e non credenti, vengono troppo sbrigativamente tacciati di integralismo. Sono coloro che difendono a spada tratta, a qualsiasi costo, la vita del nascituro, e che sono accusati, per questa loro presa di posizione, di non avere un'uguale preoccupazione per la vita della madre. Non mancano persino moralisti che avanzano dubbi su tale condanna delle pratiche abortive. Ci sono d'altra parte di oltranzisti, patrocinatori dell'aborto a discrezione, i quali si preoccupano di salvaguardare la libertà della madre o del medico, ma mostrano di ignorare l'esistenza di altri valori che sono in gioco.

È bene lasciare i moralisti alle loro dotte disquisizioni e rifarsi, per un autentico criterio di giudizio, alla tradizionale dottrina della Chiesa, ripresa ed approfondita dal più recente magistero pontificio.

Nonostante il fatto che, nel mondo antico, l'aborto venisse per lo più considerato come una turpitudine anziché un vero e proprio reato, la Chiesa sin dagli inizi lo condannò come un crimine di particolare gravità, perché lesivo del comandamento posto a salvaguardia della vita. Subito pertanto, per stigmatizzare e combattere le pratiche abortive allora tanto diffuse, si cominciò a formulare una chiara dottrina in merito. Già San Paolo aveva condannato i Galati perché facevano uso di «*pharmakeia*», cioè di sostanze che, tra l'altro, procuravano l'aborto; così pure tali medicanti vengono condannati nell'Apocalisse. Nella Didaké, o Dottrina dei Dodici Apostoli, il procurato aborto viene equiparato all'omicidio, laddove, enumerandosi i vari comandamenti, si dice testualmente: «non uccidere il bambino con l'aborto (*phthora*)». Nella lettera di Barnaba, poi, ne viene precisato anche il motivo: e cioè perché l'aborto, in quanto uccisione di un innocente, è contro il precetto dell'amore del prossimo. Questo insegnamento viene ripreso e ampliato dai Padri apostolici e dagli altri scrittori cristiani, mentre numerosi concili, occupandosi del problema, ribadiscono la dottrina tradizionale della Chiesa in materia, condannano le pratiche abortive e comminano pene severe a coloro che abortiscono o procurano l'aborto. Si ricordano in proposito il Concilio Illiberitano (306), di Elvira (305), di Ancira (314), di Lerida (546), di Braga (572), il Concilio Trullano (692) e quello di Worms (869). Anche numerosi pontefici intervengono sull'argomento, precisando questioni e chiarendo problemi con il loro autorevole magistero; tra gli altri Gregorio II (731-741), Stefano V (885-895), Sisto V (1585-1590), Innocenzo XI (1691-1700). Fu così che, predicando la dottrina morale e aggravando le pene ecclesiastiche per l'aborto, la Chiesa era quasi riuscita ad estirpare il fenomeno. Ma il risveglio di paganesimo provocato dall'avvento dell'età umanistica fece riaffiorare la questione fra canonisti e moralisti, in seguito all'estendersi del fenomeno stesso. Nell'opera di Graziano, ad esempio, si viene a distinguere tra soppressione del feto animato e soppressione del feto inanimato. Tale distinzione fu ripresa e portata avanti per secoli, e ribadita da Gregorio XIV nella Costituzione *Sedes Apostolica* del 31 maggio 1591, ma poi fu abbandonata da Pio IX con la Costituzione *Apostolicae Sedis* del 12 ottobre 1869. La questione fu affrontata nel suo complesso

nel secolo scorso e, verso la fine di esso, il S. Ufficio con una serie di decisioni si pronunciò contro la liceità di qualsiasi aborto diretto. Nella codificazione canonica, poi, tale illiceità è ribadita e viene comminata la scomunica *latae sententiae*, nel canone 2350, a coloro che procurano l'aborto, sempre considerato come un delitto, un omicidio.

Negli ultimi decenni il magistero pontificio è tornato più volte a precisare e ribadire la dottrina tradizionale della Chiesa in materia, in ciò sollecitato soprattutto dal diffondersi sempre più di una mentalità abortizionista e dal susseguirsi di legislazioni che, in vari paesi, hanno liberalizzato o regolamentato le pratiche abortive.

Giova ricordare al riguardo le dure espressioni di condanna nei confronti di tale mentalità e di tali legislazioni, contenute nell'enciclica *Casti connubii* (1930) di Pio XI nella quale il pontefice stigmatizza, tra i vari mali che attentano la famiglia moderna «l'altro gravissimo delitto, col quale si attenta alla vita della prole, chiusa ancora nel seno materno. Per alcuni la cosa è lecita e lasciata al beneplacito della madre e del padre; per altri invece è proibita, salvo il caso in cui si diano molto gravi cagioni, che chiamano col nome di indicazione medica, sociale, eugenetica»; a questo riguardo, aggiunge il pontefice, «non mancano coloro i quali domandano che le pubbliche autorità prestino il loro aiuto in simili mortifere operazioni: enormità che purtroppo, in qualche luogo, si commette frequentemente, come è noto». «Per quanto riguarda l'indicazione medica o terapeutica – si legge ancora nell'enciclica – ..., quanta compassione Noi sentiamo per la madre la quale, per ufficio di natura, si trova esposta a gravi pericoli, sia della sanità, sia della stessa vita: ma quale ragione potrà mai avere forza a render scusabili, in qualsiasi modo, la diretta uccisione dell'innocente? Poiché qui si tratta appunto di questa. Sia che essa si infligga alla madre, sia che si cagioni alla prole, è sempre contro il comando di Dio e la voce stessa della natura: “Non ammazzare” (*Exod. XX, 13*; cfr. *Dec. Della S.C. del S. Ufficio*, 4 maggio 1889, 24 luglio 1895, 31 maggio 1884). È infatti egualmente sacra la vita dell'una e dell'altra, a distrugger la quale non potrà mai concedersi potere alcuno, nemmeno l'autorità pubblica». Pio XII a sua volta, in un discorso del 1951 al Fronte della Famiglia, afferma: «La vita umana innocente, in qualsiasi condizione si trovi, è sottratta dal primo istante della sua esistenza, a qualunque diretto attacco volontario. È questo un fondamentale diritto della persona umana, di valore generale nella concezione cristiana della vita; valido così per la vita ancora nascosta nel seno della madre, come per la vita già sbocciata fuori di lei; così contro l'aborto diretto, come contro la diretta uccisione del bambino, prima, durante e dopo il parto».

Anche il Concilio Vaticano II ha toccato il problema dell'aborto, precisando nel n. 51 della *Gaudium et spes* che: «Dio, padrone della vita, ha affidato agli uomini l'altissima missione di proteggere la vita; missione che deve essere protetta con la massima cura; l'aborto, come infanticidio, sono abominevoli delitti». Ancora ultimamente Polo VI, nella sua enciclica *Humanae vitae* (1968) sullo spinoso problema della regolamentazione delle nascite, ha affermato: «Dobbiamo ancora una volta dichiarare che è assolutamente da escludere, come via lecita per la regolazione delle nascite, l'interruzione diretta del

processo generativo già iniziato, e soprattutto l'aborto direttamente voluto e procurato, anche se per ragioni terapeutiche».

Secondo l'insegnamento tradizionale della Chiesa, dunque, è gravemente illecito uccidere direttamente l'uovo e l'embrione o il feto nel seno materno, e ciò in forza della stessa legge naturale, confermata dal quinto comandamento: «non uccidere». Questa uccisione rimane gravemente illecita anche quando la si intende solo per salvare la madre, perché il fine non giustifica i mezzi, e non è lecito fare il male perché ne derivi un bene. È altresì gravemente illecito procurare l'aborto diretto dell'embrione o del feto vivente, perché ciò equivale ad una uccisione diretta, visto che la creatura espulsa dal seno della madre non può vivere fuori di esso. L'illiceità rimane in ogni caso, per qualsiasi motivo l'aborto diretto venga procurato, e ciò in ragione di quanto sopra accennato. Resta quindi condannato non solo l'aborto criminale, ma ogni altro tipo di aborto direttamente provocato per indicazioni di carattere terapeutico, sociale, eugenico.

L'aborto indiretto, invece, è moralmente lecito quando vi sia una causa grave, grazie al principio della doppia causalità. È lecito cioè porre una azione buona o indifferente, dalla quale segua direttamente un doppio effetto: l'uno buono, al quale si mira; l'altro cattivo, che solo si tollera o si permette per un motivo proporzionalmente grave. Da notare la differenza tra questo caso ed il caso dell'aborto terapeutico. Difatti quest'ultimo si ha, a stretto rigore di termini, quando lo stato stesso di gravidanza crea un pericolo grave e non altrimenti evitabile per la vita della gestante. Nel primo caso, invece, non esiste nessun nesso tra lo stato di gravidanza ed il morbo della madre.

Di recente, di fronte al vertiginoso crescere del numero di aborti nelle nazioni che hanno una legislazione aborzionista, e di fronte ai sempre più pesanti tentativi di depenalizzare l'aborto nelle nazioni che ancora non l'hanno fatto, numerosi episcopati nazionali, fra cui anche quello italiano, sono intervenuti sul problema, talvolta solo per richiamare all'attenzione dei fedeli e della pubblica opinione i principi fondamentali dell'insegnamento cristiano in materia; altre volte per indicare il comportamento del legislatore o dei credenti di fronte alle nuove situazioni che vengono via via ponendosi. In questi documenti si insiste, in particolare, sul fatto che la legge non fa norma morale, non libera la coscienza dai precetti divini, e in particolare dalla norma delle indisponibilità della vita umana, anche qualora il legislatore conceda in certi casi l'aborto. È importante questa precisazione perché, come si vedrà, la liberalizzazione o la regolamentazione dell'aborto finiscono col creare una sorta di «legittimazione morale» delle pratiche abortive. E questa è una delle cause dell'espansione continua del ricorso all'aborto nei paesi che l'hanno, in tutto o in parte, depenalizzato.

4. Come si è visto, l'insegnamento della Chiesa è, nel corso dei secoli, costante nel condannare tutte le pratiche abortive, qualunque sia il grado di sviluppo del feto. Ed è stato autorevolmente ribadito di recente in seno alla grande assise ecumenica e del magistero pontificio di Paolo VI. Nessun dubbio, quindi, può sorgere per il cattolico circa la moralità dell'aborto, la sua gravità nelle conseguenze di foro

interno e di foro esterno, la necessità di operare per prevenire e reprimere tale piaga sociale. Ma a questo punto sorge un problema, sollevato negli ultimi tempi anche dal nostro paese sull'onda del movimento d'opinione messo in moto dalla propaganda per la depenalizzazione dell'aborto. Difatti si comincia a sentire qua e là, e purtroppo non soltanto da parte laica, la tesi secondo cui un cattolico, come tale, non può naturalmente ammettere l'interruzione della maternità, ma che tuttavia egli non può, in un ordinamento democratico e in una società pluralistica, imporre a chi vuole abortire il divieto di abortire. Si tratta di un tipo di ragionamento che sembra avere particolare successo presso l'opinione pubblica, e che è stato ampiamente e positivamente collaudato dai divorzisti durante la battaglia per l'introduzione del divorzio nel nostro ordinamento giuridico. È evidente la preoccupazione che sta a monte di tale tesi: dissuadere le forze politiche d'ispirazione cattolica dall'opporre ad una eventuale abrogazione dell'attuale disciplina penalistica in materia, e creare un'opinione pubblica favorevole in linea generale a siffatta depenalizzazione, perché convinta che l'aborto è un fatto personale e non sociale, un fatto che tocca esclusivamente la coscienza del singolo. Ma il problema si pone effettivamente in questi termini? Senza dubbio no. Peraltro tutto ciò dimostra ampiamente l'opportunità di porre e risolvere la questione – anche da parte dei cattolici – nell'ambito di una prospettiva meramente laica, civile, sociale, prescindendo da una prospettiva più strettamente confessionale, senza dubbio valida e legittima, ma nella situazione attuale certamente controproducente. L'esperienza del divorzio, infatti, dovrebbe insegnare qualcosa al proposito. Tutto ciò, fermo restando naturalmente il diritto – dovere dei cattolici e delle loro organizzazioni politico – sociali, di intervenire ai vari livelli e nei diversi settori al fine di bloccare qualsivoglia tentativo di liberalizzazione o regolamentazione dell'aborto nel nostro paese. Come pure fermo restando quella libertà inviolabile della Chiesa di «dare il suo giudizio morale, anche su cose che riguardano l'ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali della persona o dalla salvezza delle anime», come si legge nel paragrafo 76 della *Gaudium et spes*. E ci sembra che nella questione dell'aborto ricorrano puntualmente l'uno e l'altro caso.

L'opportunità di combattere la battaglia contro la depenalizzazione dell'aborto in una chiave meramente laica, civile, sociale, troverebbe, secondo alcuni moralisti, una sua giustificazione anche nella dottrina morale cristiana. Giova ricordare a questo proposito come, secondo la dottrina morale cristiana, se è lecito, talvolta, tollerare un minor male morale al fine di evitare un male maggiore o di promuovere un bene più grande, non è lecito neppure per ragioni gravissime, fare il male affinché ne venga il bene. Peraltro, come è stato osservato, il legislatore non può ragionare come il singolo, il quale è obbligato a interrogarsi sulla moralità dell'atto che sta per compiere. «Lo stato – ha osservato di recente padre Perico S.J. –, come responsabile del bene comune, pur dovendo tenere conto in partenza che le leggi morali dell'agire individuale costituiscono la base anche delle leggi civili, tuttavia è chiamato più specificatamente a valutare nelle sue scelte, le situazioni umane complessive, in rapporto al bene di tutta la comunità. È così che, da un punto di vista teorico, il legislatore, pur penetrato da genuine convinzioni morali, a un

certo punto può pensare che l'unico modo di uscire da una grave situazione comunitaria sia il ricorso a un'azione che pur essendo «male» nelle circostanze concrete costituisce il «male minore», che va preferito a un male certamente più grande e come tale verificato». In altre parole anche il problema dell'aborto, visto nella prospettiva propria del legislatore statale, va inquadrato in quella dottrina morale chiaramente enunciata da Pio XII in un discorso pronunciato nel 1955 ai Giuristi cattolici Italiani, e nel quale il pontefice rilevava che «il dovere di reprimere le deviazioni morali e religiose non può essere quindi un'ultima norma di azione. Esso deve essere subordinato a più alte e più generali norme, le quali, in alcune circostanze, permettono, e anzi fanno forse apparire come il partito migliore, il non impedire l'errore, per promuovere un bene maggiore». Un esempio significativo di applicazione di tale principio a un fatto sociale, si riscontra nel caso dell'intervento pubblico per la regolamentazione della prostituzione la quale, sotto il profilo morale, è pur sempre un male. Tale regolamentazione, infatti, è giustificata dalla necessità di evitare mali maggiori di vario genere provenienti dal libero meretricio.

Se si assume per buona siffatta impostazione del problema, inquadrando la questione dell'aborto in una prospettiva esclusivamente civile, sociale, si deve dedurre col Perico che «trattandosi di interrompere migliaia di processi generativi umani, solo la piena certezza che la via dell'aborto regolamentato costituisce, nelle situazioni concrete, l'unica via per raggiungere il bene comune, può giustificare una legge aborzionista, la quale, sempre nella linea logica delle premesse dovrà contenersi entro il miglior numero possibile di casi».

A questo punto il problema potrà essere risolto in un senso o nell'altro, a seconda se nella situazione concreta esistono le condizioni necessarie per l'esercizio di tale teorica possibilità; e cioè se la non perseguibilità di alcuni casi di aborto rappresenti veramente il male minore.

Ora non v'è dubbio che la tesi prospettata si manifesta chiaramente, a prima vista, come teorica, di scuola, inapplicabile nel caso dell'aborto, sia perché il diritto alla vita è comunque un diritto così radicale da non poter essere in alcun modo conculcato; sia perché – come dimostra ampiamente lo stesso Perico –, tutte le motivazioni addotte per giustificare la regolamentazione o la legalizzazione dell'aborto si dimostrano infondate. Di qui l'inapplicabilità al caso in questione del principio del ricorso al male minore.

5. Anche in Italia i movimenti che si battono per l'abrogazione della normativa penale vigente in materia di aborto, motivano tale loro presa di posizione con una serie di considerazioni che sono in tutto e per tutto identiche a quelle addotte negli altri paesi, da movimenti analoghi che si propongono o si sono proposti analoghe finalità. Tra le motivazioni più ricorrenti è da ricordare innanzitutto quella per cui non si terrebbe sufficientemente conto di quel «cambiamento di coscienza», che è in atto nella società contemporanea, nei confronti dell'aborto; di un intervento, cioè, che da molti contemporanei non sarebbe più avvertito come un male o, almeno, non in tutti i casi. È evidente immediatamente l'infondatezza di tale considerazione, che si basa sull'erronea concezione per cui i principi fondamentali della morale, del diritto naturale, sono tali in quanto raccolgono il consenso della maggioranza degli uomini. Difatti tali

principi sono fondamentali comunque, in ogni contesto storico, politico, sociologico, culturale, a prescindere dall'apprezzamento soggettivo che ne possono fare alcuni, siano pure molti, siano pure la maggioranza. Altrimenti si avrebbe una tale fluttuazione di valori in relazione a quei principi, da condurre alle conseguenze più aberranti. Anche per i nazisti, il genocidio degli ebrei non era considerato un male; ma per questo, allora, era morale?

Più fondata sembra, invece, la tesi per cui la depenalizzazione dell'aborto risolverebbe, almeno in buona parte, la triste piaga degli aborti clandestini, che in tutte le nazioni assommerebbero a centinaia di migliaia all'anno. La legalizzazione, e quanto meno, la regolamentazione della interruzione della maternità, servirebbe secondo alcuni a far diminuire se non altro il numero degli aborti illegali che in Italia, ad esempio, raggiungerebbero ogni anno la cifra record di 2-3 milioni. Si tratta peraltro di cifre che, quasi sempre, sono letteralmente campate in aria, anche perché in presenza di una repressione penalistica del fenomeno, è purtroppo naturale che la stragrande maggioranza dei casi rimanga sconosciuta. Comunque resta il fatto che, se non altro, i dati statistici addotti dai favorevoli alla depenalizzazione dell'aborto sono inattendibili, perché non esistono fonti al riguardo. Si pensi – per tornare all'esemplificazione – che l'ultimo annuario statistico sanitario italiano, pubblicato nel 1967, porta per quell'anno 147.604 aborti per tutta l'Italia, avvenuti per qualsiasi causa. Di essi 11 sarebbero stati di natura terapeutica, e nessuno criminale!

Strettamente connessa a tale motivazione è quell'altra relativa alla mortalità femminile per pratiche abortive, a sostegno della quale si portano delle cifre ancora meno attendibili. Per avere un'idea dei grossolani falsi operati al riguardo, e già smascherati da più parti, si pensi che nella relazione introduttiva al disegno di legge sulla regolamentazione dell'aborto presentato nella passata legislatura, il senatore Banfi sosteneva che in Italia non meno di 20.000 donne muoiono ogni anno in seguito ad aborto clandestino. Nulla di più falso, visto che secondo incontrovertibili dati ufficiali, e tanto per fare un esempio, nel 1970 la mortalità femminile per qualsiasi causa, relativamente alle donne fra i 14 ed i 45 anni – quelle cioè in grado di abortire –, ha raggiunto appena le 10.957 unità, e non è certo detto che tutte queste donne siano morte in seguito a pratiche abortive!

Tra le motivazioni che si adducono a favore di una legislazione aborzionista, quella che, forse, trova maggior credito nell'opinione pubblica riguarda l'opportunità di eliminare la prole tarata. Si tratta indubbiamente di uno dei casi pietosi che commuovono l'uomo della strada, portandolo non di rado ad essere favorevole nella situazione specifica all'aborto, pur rimanendo in linea di principio contrario all'interruzione della maternità. Tutti conoscono i drammi familiari che seguono la nascita di un figlio infelice, tarato; è un argomento che non può non toccare intimamente, per cui è facile comprendere quanti ritengono che, per il bene dei genitori e dello stesso bambino, sia opportuno, se non addirittura necessario impedire che venga al mondo un essere destinato ad una vita infelice, si direbbe quasi inumana. Si è dunque di fronte ad un motivo che lascia pensare. Peraltro anche tale motivo risulta insostenibile. In

primo luogo perché l'opera di prevenzione che la medicina, oggi, può prestare è tale da ridurre al minimo la drammatica eventualità di una prole tarata. In secondo luogo perché non esiste mai, secondo il parere degli stessi medici, una certezza assoluta circa l'esistenza di malformazioni o meno del feto. A tale proposito è bene ricordare che in questi ultimi anni, ad opera soprattutto di medici australiani, è stato ampiamente dimostrato che la rosolia, qualora colpisca una gestante nei primi mesi di gravidanza, può produrre gravi malformazioni fetali a carico del cervello, del cuore, degli occhi, dell'apparato auditivo. Di qui la proposta di ricorrere in questi casi all'aborto terapeutico. Tuttavia è stato ampiamente dimostrato che solo il 10% dei nati in quelle circostanze presenta le malformazioni indicate. Ciò significa che, adottando l'aborto terapeutico per tutte le gestanti che abbiano contratto la rosolia, si verrebbe ad uccidere novanta bambini su cento, inutilmente. Del resto – ed è questa la considerazione di fondo contro le argomentazioni a favore della eliminazione della prole tarata –, non c'è dubbio che sopprimere i tarati, o coloro che presentano probabilità di qualche tara, significherebbe non soltanto commettere una grave violazione morale ed un grave delitto, ma significherebbe anche aprire la via ad ogni genere di abuso: dall'eutanasia alla soppressione degli anziani o degli inabili. E la Germania nazista ha, purtroppo, insegnato qualcosa al riguardo. Altro che il famigerato Taigetol!

Non ci sono dubbi: esistono dei casi pietosi, e non soltanto quelli di prole nata tarata. Si pensi ai drammi di fanciulle sedotte, violentate, ingannate e abbandonate con il loro piccolo fardello nella più squallida miseria; al pericolo che può costituire, per una madre con molti figli ed in età avanzata, una ulteriore gravidanza; alle penose condizioni di tante famiglie povere, per le quali la nascita di un altro figlio può determinare il tracollo di una situazione già di per sé difficilissima, se non tragica. Ma è lecito chiedersi: è possibile alleviare la sofferenza ricorrendo al delitto? Si può commettere il male per riparare la colpa? Se tali interrogativi presuppongono necessariamente una risposta negativa sotto il profilo morale, altrettanto necessariamente tale risposta sarà negativa considerando il problema sotto un diverso profilo, quello umano, cioè, sociale e civile. Difatti non è possibile venir meno al principio generale «Non uccidere», che è norma fondamentale di vita associata, senza aprire la porta ad abusi e disordini di ogni genere. Del resto pensare e agire in senso contrario – e il ragionamento è valido per qualsiasi motivazione si sostenga a favore dell'aborto – sarebbe in evidente, drastico contrasto con tutto l'orientamento attuale dell'umanità, che giustamente ha posto quello della vita fra i sacri, fondamentali valori umani; lo ha inserito fra i diritti fondamentali dell'uomo, quello cioè che devono godere di una tutela fermissima; tende sempre più all'abolizione della pena di morte, in considerazione appunto del fatto che il valore della vita umana è di gran lunga superiore ai delitti del criminale; si adopera in ogni modo, grazie al progresso tecnico – scientifico e medico, per eliminare la mortalità infantile, per salvaguardare la vita dell'uomo ed allungarne la durata. Se tutto ciò costituisce, come di fatto è, un indubbio progresso civile, sociale ed anche morale, come si può decretare, con l'aborto, la morte di tanti innocenti, senza ritornare nella più oscura barbarie?

6. Tra le varie argomentazioni degli abortisti non poteva mancare, naturalmente, anche quella di carattere ecologico, visto che l'ecologia oggi è tanto di moda. Nel mondo siamo già in troppi – si afferma –, le risorse naturali si rarefanno, la produzione non può essere aumentata all'infinito. Di qui la necessità di ridurre il tasso di natalità, facendo ricorso alla misura drastica dell'aborto, visto il fallimento della politica dei contraccettivi anche nei paesi più evoluti. È stato osservato da qualcuno, quasi con rimpianto, che se l'Italia invece di avere gli attuali 55 milioni di abitanti fosse rimasta ai 40 milioni di prima della guerra, l'incidenza distruttiva sul nostro ambiente sarebbe di gran lunga minore. Questa argomentazione economico – ecologica – sotto cui ci sono correnti di pensiero neo-maltusiane e, soprattutto, enormi interessi economici a livello mondiale – non è priva di una suggestione, ma è chiaramente infondata. Lo dimostra tra l'altro il fatto che la densità di popolazione non è di per sé stessa causa di miseria. Difatti i paesi Europei a più alto tenore di vita – come l'Inghilterra, la Germania occidentale, il Belgio, l'Olanda – sono anche quelli con il tasso di natalità più alto. Al contrario i paesi a più basso indice di popolazione – l'Irlanda, l'Albania, il Portogallo, la Spagna, la Grecia, la Jugoslavia – sono anche quelli in cui il tenore di vita è più basso. Del resto non si può negare che gli attuali 55 milioni di italiani vivano, oggi, nel complesso molto meglio dei 40 milioni dell'anteguerra. E ciò nonostante gli innegabili danni all'ambiente che pure, con una opportuna legislazione ed una seria vigilanza, potevano essere evitati, o perlomeno di gran lunga ridotti. Sarà bene comunque ricordare ai maltusiani d'oggi che una drastica riduzione della natalità, soprattutto in un paese sviluppato e industriale come l'Italia, è pericolosissima, perché nel giro di pochi anni ridurrebbe il paese in un paese di vecchi, con bassissimo indice di produttività e miseria assicurata per tutti.

Da quanto detto sin qui, si evince chiaramente l'infondatezza di tutte le motivazioni addotte a favore di una liberalizzazione o, almeno regolamentazione dell'interruzione della gravidanza. Ma c'è di più. L'esperienza dei paesi che hanno in tutto o in parte penalizzato l'aborto, conferma quanto sopra osservato, e dimostra che l'aborto legale finisce con l'aggravare i problemi che, invece, vorrebbe risolvere. Difatti è certo ormai che la legalizzazione degli interventi diretti a troncane la maternità provoca inevitabilmente un vertiginoso aumento degli aborti. Esistono al riguardo delle statistiche molto significative. Basti qui ricordare il clamoroso esempio del Giappone in cui, dopo la liberalizzazione dell'aborto, destò sorpresa non solo l'espansione dei ricorsi ai centri abortivi, ma anche l'aggravarsi della clandestinità. Si pensi che in quel paese l'aborto è stato depenalizzato completamente dal 1948; ebbene, contro gli iniziali 246.104 aborti del 1949, si giunse ben presto, nel 1954, a 1.143.059. Si ebbe poi una lieve flessione in seguito ad una campagna piuttosto vasta – indetta dal governo, preoccupato per l'aggravarsi del fenomeno – a favore degli anticoncezionali e della sterilizzazione. Comunque gli aborti annui sono rimasti tuttora a livelli molto alti.

Si pensi ancora – e tanto per fare l'esempio di un paese europeo alla marcia dell'aborto in Inghilterra. Nel 1966 in quel paese i bambini uccisi nel seno materno furono 6.000; nel 1967 con l'*Abortion Act* viene legalizzato l'aborto per ragioni mediche, economiche e sociali, per cui immediatamente il numero degli aborti comincia a salire in modo vertiginoso: 59.000 nel 1969, 83.000 nel 1970, 125.000 nel 1971. Da notare che dei bambini concepiti nel 1971, uno su sette è stato «legalmente» assassinato, e che nelle ultime quattro settimane dello scorso anno, si sono sottoposte all'aborto legale 246 ragazze inferiori ai sedici anni di età. Prudenti stime fanno prevedere che, alla fine di quest'anno, il numero degli aborti supererà le 15.000 unità. Sono dati che non hanno bisogno di commenti.

Il fenomeno dell'aumento degli aborti, che è sempre seguito in tutti i paesi non appena introdotta una legalizzazione, si spiega facilmente, nel senso che la legge permissiva dell'aborto viene in definitiva recepita dall'opinione pubblica come una legittimazione morale, che fa cadere ogni remora, anche di coscienza.

Tra gli altri problemi che la legalizzazione dell'aborto porta con sé, vanno ricordati gli inconvenienti e le gravi conseguenze fisiche e psichiche sulle donne che hanno abortito: soprattutto a livello psichico sono dimostrati dalla medicina i danni che seguono, per la psiche della madre, alla provocata espulsione del feto, danni che portano dai più o meno gravi squilibri nervosi alla pazzia. È ricorrente nelle donne che hanno abortito l'incubo notturno dell'affollarsi nella loro mente delle immagini, del fantasma dei piccoli a cui hanno tolto la vita!

Nei paesi con una legislazione che regola l'aborto, permettendolo cioè solo in determinati casi, si riscontra puntualmente un progressivo ampliamento di questi casi. Si pensi in proposito al «pericolo di complicazioni psichiatriche per la gestante», che così frequentemente viene proposto negli Stati Uniti per ottenere il permesso di abortire; si tratta – superfluo il sottolinearlo – del motivo meno documentato ma, senza dubbio, di quello più facile da far passare.

Da segnalare, infine, l'aumento del malcostume che segue ogni liberalizzazione o regolamentazione dell'aborto. Negli Stati Uniti, ad esempio, per oltre i due terzi delle donne che chiedono l'aborto, si tratta di giovani, nubili, con età inferiore ai venticinque anni.

7. Tirando le fila, a mò di conclusione, di quanto detto sin qui, al fine di potere individuare alcuni spunti di soluzione del problema dell'aborto nel nostro paese, viene fatto immediatamente di fare un'osservazione: quella, cioè, relativa all'assoluta inoperanza della legge penale, che pure è così rigida. Basta scorrere le statistiche annuali relative all'andamento della macchina della giustizia in Italia, per rendersi subito conto del fatto che i procedimenti penali relativi alle varie fattispecie del reato di aborto si contano letteralmente sulla punta delle dita. E ciò nonostante che, innegabilmente, esista un alto numero di aborti clandestini, anche se non si raggiungono quelle cifre vertiginose messe in giro dalla ben orchestrata propaganda aborzionista. Il che sta a significare evidentemente che un problema dell'aborto

esiste – lo dimostra tra l'altro, il fatto che attorno ad esso si polarizzano tanti interessi – e va risolto. Di qui, ancora, l'esigenza di individuare le cause profonde, di vario genere, che inducono le donne ad abortire, e quindi di porvi rimedio, almeno per quanto possibile. E ciò per non fermarsi ad una cieca e, forse, sterile posizione di difesa contro la liberalizzazione dell'aborto, quasi che il problema non esistesse.

Quindi abbandonando la via estremista che porta al riconoscimento di un vero e proprio diritto all'aborto, e l'altra più moderata – ma ugualmente da respingere – tendente a far estendere al massimo, a certe condizioni, i casi di aborto procurato non punibile penalmente, non resta che una terza via: quella cioè di agire sulle cause che sono a monte del triste fenomeno dell'abortività clandestina. Non è una via di ripiego, ma la via giusta. Le altre sono, invece, delle vie di ripiego, e senza dubbio le peggiori.

Non è certo il caso di individuare e approfondire in questa sede tali cause, che possono essere di vario genere: fisiche, psichiche, pedagogiche, ambientali, socio-economico. Basti qui porre in evidenza il fatto che esistono interi spazi di azione, tuttora trascurati, in cui operare per poter stroncare l'aborto clandestino. Si pensi al potenziamento degli studi medici e dell'organizzazione sanitaria; all'educazione sessuale da sviluppare; alla necessaria educazione sociale in materia di maternità e gravidanza, oggi pressoché inesistente, che abbatta tanti «tabù» in materia di gravidanza fuori dal matrimonio, o di malinteso onore. Si pensi a quanto può fare, per prevenire tanti interventi abortivi, il legislatore: dal varare una adeguata legislazione familiare alla tutela della maternità clandestina; dal rendere efficiente l'istituto dell'adozione allo stanziare provvidenze per le famiglie numerose. Si pensi, ancora, alle innumerevoli possibilità di intervento sociale: dai consultori medici e psichiatrici, agli asili – nido per i figli delle donne che lavorano, agli istituti per i nati che le madri non vogliono tenere con sé o riconoscere. E l'esemplificazione potrebbe continuare. Difatti non sono le idee che mancano in proposito, ma la volontà di affrontare il problema alla radice, che senza dubbio è la soluzione migliore come è la più difficile. Per questo si preferirebbe, da parte di alcuni, ricorrere alla soluzione più semplice e sbrigativa, quella cioè della legalizzazione dell'aborto. Che poi, come si è visto, non è una soluzione.

È tanto quello che si può fare in questo campo, forse troppo. Non si può attendere ulteriormente, ed aspettare tutto dallo Stato. La strage degli innocenti non può proseguire di fronte alla indifferenza di tutti.

In tale senso la responsabilità della Chiesa e dei cattolici, sia come singoli che nelle loro organizzazioni, sono immense, come immense sono le loro possibilità. Ricorre veramente questa volta uno di quei casi in cui le opere assistenziali ecclesiastiche hanno un loro, esclusivo, peculiare ruolo da svolgere. Uno di quei casi che si collocano nello spazio intermedio, nella terra di nessuno, esistente fra il continuo emergere di bisogni nuovi, provocati dall'evolversi della moderna società, ed il punto in cui è giunta la macchina dell'istituzionalizzazione e dell'assistenza pubblica. È uno spazio si direbbe fatto appositamente per la Chiesa, nel quale le sue intuizioni assistenziali possono svolgere una preziosissima e insostituibile opera di testimonianza profetica, ed aprire la strada all'istituzionalizzazione pubblica. Del

resto, non sono i poveri, gli afflitti, i diseredati, gli emarginati, quanti soffrono nello spirito e nel corpo coloro ai quali maggiormente si rivolgono le materne cure, sollecitudini ed attenzioni della Chiesa?

Per quanto riguarda il problema che qui interessa, esistono esempi quanto mai significativi. Come quella decisione radicale cui si è giunti in una diocesi inglese, di fronte alle proporzioni assunte – si pensi che esiste ormai un gran numero di domande di adozione in vitro, perché non esistono più bambini abbandonati – dal fenomeno dell’aborto legalizzato. Si è deciso, infatti, di porre tutti i beni diocesani a disposizione delle donne che ritengono di essere nella necessità di abortire, al fine di metterle in condizione di condurre serenamente a termine la loro gravidanza, di poter regolarmente partorire, di poter tenere con sé il loro bambino se lo desiderano, o di poterlo affidare in caso contrario ad istituti specializzati che penseranno a trovargli una famiglia. Esempi come questo non possono non lasciar pensare.

2. G. DALLA TORRE, *Una continua provocazione per la coscienza cristiana: stato attuale di applicazione della legge 194*, in *Ai confini della vita. Convegno nazionale di bioetica*, Firenze, 28-29 Novembre 1992, Cassa di Risparmio - Le Monnier, Firenze, 1995, pp. 30-33.

Vorrei partire, sono un culture di discipline giuridiche, da una considerazione di carattere generale. Un richiamo alla Costituzione; un richiamo che potrebbe apparire inattuale, viste le discussioni recenti in tema di riforma costituzionale, ma un richiamo a cui mi incoraggia anche l’intervento precedente dell’On. Casini. Perché un richiamo alla Costituzione? Perché la Costituzione stabilisce per definizione il minimo etico comune di un paese, fino al momento in cui non si decida tutti di cambiarla, almeno nei valori, nei principi fondanti. Ecco, vorrei invitare soltanto a rileggere, chi l’ha letta, o a leggere, chi non l’avesse mai letta, quella bellissima pagina di Maritain dell’Uomo e lo Stato in cui appunto si tratta delle costituzioni come la “religione secolare” o la “religione laica” delle moderne democrazie. Un richiamo alla Costituzione perché nelle Costituzioni, ce lo insegna l’esperienza giuridica, più che nelle altre leggi affiora o riaffiora il diritto naturale, cioè quel diritto in cui, come è stato bene detto, è saldamente ancorato il principio di tutela della vita, senza distinzioni di momento e di tempi. Un richiamo alla Costituzione perché questo è vero soprattutto per la nostra Costituzione, così come per alcune delle Costituzioni, nate dopo la seconda guerra mondiale nel continente europeo, che avevano alle spalle gli orrori dell’eccesso di positivismo giuridico. Le Costituzioni con impianto giusnaturalistico appunto quella italiana, quella tedesca e così via. Ma mi sia consentito anche un altro richiamo che forse per i non giuristi può sembrare

strano, ma per chi conosce i problemi del diritto strano non è: cioè il richiamo a quello che noi giuristi chiamiamo il diritto vivente. Esiste un diritto scritto, ma esiste anche un diritto vivente, cioè il modo in cui il diritto è sentito. Innanzi tutto il diritto si regge per il consenso della comunità: il diritto viene meno quando la comunità non consente più in certe norme. Ma un diritto è vivente anche nel modo con cui è interpretato e applicato dalla Magistratura, dalla Pubblica Amministrazione, da tutti coloro che sono anche nell'esercizio professionale degli operatori, sotto la legge, sotto la norma. Quindi, di fronte alla possibilità che la norma scritta presenti sempre una pluralità di interpretazioni, spetta a chiunque, non soltanto al tecnico del diritto, cercare di dare quella interpretazione che sia più conforme a giustizia. In questo caso l'interpretazione che sia più coerente con questa esigenza o con questa direttiva di valore, che nasce dalla Costituzione, cioè quella della tutela della vita in ogni fase e stadio. Molte volte l'atteggiamento di chi non è uomo politico, di chi non è parlamentare, di fronte alla situazione in cui si trova, in relazione alla materia in particolare dell'aborto, è quella in un certo senso rinunciatario di dire "ma io che cosa posso farci, oltre a testimoniare eventualmente il mio dissenso?". Certamente dobbiamo muoverci e l'opinione pubblica può avere un'importanza, anche se un'opinione pubblica minoritaria, ma le minoranze molte volte sono più forti delle maggioranze. Possiamo muoverci per una legislazione possibile. Sarebbe impossibile pensare adesso ad un ritornare indietro, a ciò che è accaduto, ma a miglioramenti della legge, che vengano incontro a quelle che sono le esigenze di una maggiore tutela, questo penso che sia possibile. Ma soprattutto dobbiamo anche muoverci, in quanto comunità che vive o fa vivere il diritto, per un'interpretazione del diritto vivente possibile sotto questo profilo. Ad esempio, e qui vorrei dare una testimonianza, da giurista, a coloro che sono professionisti dell'arte sanitaria, della pratica dell'obiezione di coscienza sanitaria. Si tratta di una eccezione alla regola e ciò significa in sostanza richiamare o rievocare quel valore di fondo che presiede al nostro ordinamento circa la tutela della vita. Non per niente la legge 194, noi potremmo dire con una certa ipocrisia, ma il giurista guarda a ciò che è scritto, come sappiamo, dice all'articolo 1 che "lo Stato tutela la vita umana dal suo inizio": non dalla nascita. Il che significa che, in linea di principio, c'è una intangibilità della vita umana parentale sancita dalla stessa legge 194. Questo potrà essere utile per prospettare un diritto possibile, sia pure all'interno di una problematica che noi di per sé rifiutiamo in blocco, perché antitetica e perché sostanzialmente antiggiuridica. Quali sono i problemi nodali dal punto di vista tecnico – giuridico dell'applicazione della legge 194, quindi, fermo restando la non – eticità di principio?

Primo, mi pare, riassumendo, l'insuccesso dell'azione preventiva. L'azione preventiva è inesistente e qui naturalmente hanno avuto uno spazio positivo e importante tutte quelle istituzioni di volontariato, in particolare il Movimento per la Vita, per il contributo che hanno dato, ma al di fuori dei meccanismi della legge e noi sappiamo perché.

Secondo, e questo è un aspetto ancora più grave e pericoloso per il futuro, la tendenza alla anticipazione ed alla parallela privatizzazione degli atti abortivi. C'è un aborto sempre più precoce il quale,

quindi, può essere raggiunto attraverso strumenti che sono al di fuori di quelli tradizionali, al di fuori delle strutture pubbliche e al di fuori di quella medicalizzazione che rappresenta un aspetto negativo, ma anche, in un certo senso, la preoccupazione della legge di evitare la assoluta discrezionalità, arbitrarietà nel decidere della vita.

Ed infine è l'obiezione di coscienza. Questi mi sembrano i tre punti critici, in maniera molto sintetica, sui quali ci si potrebbe soffermare, ma, per ragioni di tempo, non mi trattengo.

Tenendo conto di questi elementi quali possono essere le vie possibili di un'evoluzione del diritto, come dire, graduale, per settori, per spunti. Certo sarebbe bello poter modificare tutta la situazione, ma questo, evidentemente, almeno in tempi brevi o in tempi medi, è irrealistico e dovremo guardare le possibilità concrete. Io credo che il primo impegno sia quello di allacciarsi alla problematica più generale, dal punto di vista giuridico, dell'embrione, a cui prima è stato fatto giustamente riferimento. Esistono dei precedenti importanti, delle indicazioni importanti a livello di organi europei e comunitari, esiste il precedente importantissimo della Germania, che giustamente è stato richiamato: la legge del '90. Esiste anche una legge recentissima francese che certamente ha degli aspetti negativi, ma presenta anche l'aspetto positivo di iniziare una disciplina su una materia, che invece da noi è rimasta non disciplinata e quindi territorio selvaggio. All'interno di un discorso sullo statuto giuridico dell'embrione, evidentemente, c'è uno spazio notevole per poter, come dire, agganciare, ad un discorso di maggior rigore in materia di interruzione della gravidanza, anche coloro che sono lontani. Abbiamo avuto segnali, negli ultimi mesi o negli ultimi anni, da parte di persone di posizioni diverse dal punto di vista ideologico, ma che sono sensibili a questa problematica. Secondo punto, la rivalutazione dell'attività preventiva dell'interruzione volontaria della gravidanza; rivalutazione del colloquio consultorio e l'obbligo che questo avvenga in una struttura pubblica od una struttura privata, però abilitata a questo; la estromissione del medico di fiducia, che molte volte è la causa di tutti quei provvedimenti urgenti a cui prima si faceva riferimento; la separazione fra colloqui e certificazione. Ecco, tutto questo è un itinerario che certamente non risolve il problema dell'aborto, ma sul quale possiamo, io penso, trovare dei compagni di viaggio anche tra persone che ragionano in maniera diversa da noi.

Altro aspetto la responsabilizzazione del padre, sia nella fase consultoriale, sia, eventualmente, e qui mi rendo conto che le resistenze sarebbero molto più forti, nella fase decisionale. Ancora: la accentuazione della motivazione medica, che è un "in nuce" nella legge, ma è radicata nella sentenza della Corte Costituzionale. La Corte Costituzionale, in sostanza, dà solo questa motivazione medica per giustificare l'eccezione al principio della tutela costituzionale del concepito, anche se poi il ragionamento della Corte sul concepito, che persona ancora non è, può lasciare evidentemente discutere e molto. Faccio riferimento a tutti i punti che sono in linea con principi che sono dentro la legge 194 e quindi che possono dare la possibilità di un dialogo e di un discorso con chi appunto è in posizioni diverse da noi. Ancora: il superamento delle ragioni economico – sociali all'interruzione volontaria della gravidanza, il che è

inammissibile nell'ambito di uno Stato sociale, è la sconfitta dello Stato. Il problema è nodale, capisco di difficile soluzione dopo la sentenza famosa della Corte Costituzionale del giudice tutelare; se avrò tempo tornerò un momento su questo. Il problema dell'allargamento e della precisazione dell'obiezione di coscienza, anche di questo se avrò tempo tornerò un momento, soprattutto sulla questione dell'obiezione di coscienza dei farmacisti. Il divieto dell'utilizzo dei feti deceduti in seguito alla interruzione della gravidanza e la sanzione penale, e questo ricollegabile anche all'obiezione di coscienza del farmacista, a cui facevo riferimento, per l'uso e il commercio di farmaci, di strumenti abortivi, al di fuori di quelli che sono i casi previsti dalla legge. Questa mi sembra una serie di punti di riferimento che certamente non tolgono ai nostri occhi l'antieticità della legge, ma che potrebbero costituire un cammino di miglioramento nei limiti in cui questo è possibile. Vorrei soffermarmi un momento sui problemi della obiezione di coscienza, lascio alcune altre considerazioni che avrei sviluppato volentieri se avessi avuto più tempo, in relazione soprattutto, alla non – applicazione della legge nella sua previsione di prevenzione dell'aborto. Per quanto riguarda il problema dell'obiezione di coscienza, vorrei ricordare i due punti dell'obiezione di coscienza del giudice tutelare e dell'obiezione di coscienza del personale parasanitario. Problema di coscienza del giudice tutelare. Sappiamo che la Corte Costituzionale ha risposto in maniera negativa, però il discorso della Corte Costituzionale è molto problematico e, a mio avviso, assai ambiguo, perché le cose sono due: o il giudice tutelare è chiamato ad integrare la volontà della minore e allora evidentemente è lui che decide l'aborto e quindi evidentemente non può essere invocato quel principio di primato della coscienza e quindi il diritto a sottrarsi ad un obbligo di legge che uno ritiene in contrasto con il proprio convincimento interiore che, a mio avviso, forse farà stupire qualche giurista presente, ha un fondamento nella Costituzione stessa, e non ha di per se radicalmente bisogno di una *interpositio legislatoris*. In secondo luogo, se ciò non è vero, cioè se il magistrato evidentemente ha soltanto la funzione di accertare la capacità naturale della minore a prendere la decisione, evidentemente noi verremmo in sostanza a condizionare quella che è la volontà del magistrato, la posizione giuridica soggettiva della donna.

Problemi molto più gravi però si sollevano in relazione all'obiezione di coscienza del personale sanitario e parasanitario. Cioè noi siamo di fronte anche qui ad una giurisprudenza che è stata molto rigorosa nel restringere l'ambito della obiezione di coscienza. In sostanza siamo di fronte ad una giurisprudenza che ha distinto, in maniera molto netta, tra attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza e assistenza antecedente e susseguente l'intervento. Mentre invece sappiamo che certe procedure, certi iter, hanno una stretta connessione tra di loro.

Mi limito soltanto a fare menzione dell'altro problema che mi pare molto importante, cioè quello della possibile ed eventuale obiezione di coscienza del farmacista, non solo oggi, in relazione alla eventualità di una prescrizione di farmaci a scopo sostanzialmente abortivo, anche se in maniera o con destinazione formalmente diversa, ma soprattutto domani, nella eventuale introduzione della famosa pillola abortiva. Ora la questione, dal punto di vista giuridico, non è semplice. Vi sono posizioni di chi

ritiene che, in relazione al carattere eccezionale dell'obiezione di coscienza e in relazione al carattere di pubblico servizio ed incaricato di pubblico servizio del farmacista, non è possibile configurare, nella situazione giuridica attuale, un'obiezione di coscienza del farmacista, perché questa verrebbe a considerare il reato di omissione o il rifiuto di atti di ufficio. Io credo però che sia possibile anche seguire una strada, in via interpretativa, diversa: a cominciare appunto dalla affermazione che il principio per l'obiezione di coscienza è un diritto costituzionale, soprattutto, tenuto conto di una serie di altri aspetti. Primo: l'attività del farmacista che somministra il farmaco abortivo è legata in maniera indissolubile, in senso tecnico e cronologico, all'intervento abortivo. Secondo: il rifiuto del farmacista di somministrare farmaci abortivi dovrebbe configurarsi come un atto doveroso nel contesto di una legislazione abortiva tutta fondata sui principi della procedura e della pubblicizzazione dell'aborto. Quindi, laddove questo ricorso al farmacista fosse per evitare quello che è il procedimento voluto dalla legge di pubblicizzazione del procedimento, evidentemente sarebbe in contrasto con la legge. Terzo: tenere conto del fatto che in base alla legislazione vigente, chi ha la farmacia, ha la responsabilità e un potere di controllo non meramente formale sull'uso dei farmaci che vengono richiesti. Un controllo, tra l'altro, che riguarda la congruenza del farmaco prescritto con la terapia, con l'ovvia conseguenza di una specifica responsabilità civile, disciplinare e penale del farmacista, in caso di omissioni di tali controlli. Vorrei dire ancora qualche cosa di più, ma non vorrei abusare della vostra pazienza. Credo comunque di aver dato alcuni elementi di valutazione per riflettere non solo sulla situazione attuale di gestione della legge, ma soprattutto, spero, sulle prospettive possibili di un suo superamento.

3. G. DALLA TORRE, *Le leggi contro la vita: il loro significato politico-giuridico*, in «*Evangelium Vitae*» e diritto, Atti del Simposio Internazionale, Città del Vaticano, 23-25 maggio 1996, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997, pp. 99-119

1. IL MAGISTERO, LA VITA, IL DIRITTO

Un nuovo capitolo si viene rapidamente scrivendo nella secolare vicenda delle relazioni fra Chiesa e comunità politica; una vicenda caratterizzata, come in altra sede ho già avuto modo di sottolineare, da «frontiere mobili», in ragione delle condizioni ambientali e storiche in cui, di volta in volta, esse si debbono calare¹.

È il capitolo della bioetica: una questione che insorge nei tempi più recenti per una serie complessa di fattori, la quale con sempre maggiore urgenza pone la necessità di ricercare i principi etici capaci di orientare l'agire umano dinnanzi alle acquisizioni scientifiche e tecnologiche che toccano la vita. È noto, infatti, che il sapere sperimentale, che in tali acquisizioni si accresce, non è in grado di trovare in se stesso criteri valoriali che possano guidarne lo sviluppo ed orientarne la prassi applicativa, definendone al contempo i limiti di liceità.

La ricerca di tali principi, d'altra parte, appare necessaria per le scelte politiche e legislative che si impongono, ad esempio, nell'ambito biomedico, al fine di organizzare i comportamenti individuali e sociali secondo criteri di eticità (ordine bioetico) e di giustizia (ordine giuridico), capaci tra l'altro di sottrarre le conoscenze scientifiche e le innovazioni tecnologiche ad un uso arbitrario o ad un uso di parte.

Per più aspetti la questione bioetica, al centro della quale è il tema della tutela della vita, appare rilevante nella peculiare prospettiva dei rapporti fra Chiesa e comunità politica. Soprattutto perché essa pare accentuare quella transizione, in corso, circa il modo di pensare i rapporti in questione e le modalità nel tradurli in atto, che vede sostanzialmente spostare il punto focale da essa Chiesa alla persona umana, dalla ricerca di garanzie volte ad assicurare la *Libertas Ecclesiae*, alla ricerca di garanzie volte ad assicurare la *dignitas hominis*. Una transizione attiva, come noto, da quel passo della Cost. past. *Gaudium et spes* in cui tra i punti di forza del sistema di relazioni fra Chiesa e comunità politica, si pone il diritto di essa Chiesa

¹ G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica*, Ave Roma 1996, p. 35 ss. ed in partic. p. 53 ss. Ma prima ancora *Nuove frontiere dei rapporti fra Chiesa e comunità politica, la questione bioetica*, in *Archivio Giuridico*, 1994, fasc. 3-4, pp. 275-290.

di «dare il suo giudizio morale, anche su cose che riguardano l'ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali della persona o dalla salvezza delle anime»².

Una riprova della valenza della questione bioetica sul terreno politico – giuridico, ed in particolare su quello delle relazioni Chiesa – Stato, si è avuta dal contenuto (imprevedibile) di alcune delle relazioni polemiche (del tutto previste) di parti della pubblica opinione, seguite alla pubblicazione dell'Enciclica *Evangelium vitae*. Contenuto in cui si invita sostanzialmente la Chiesa a tornare «nell'ordine suo», a non intromettersi negli *interna corporis* di una sovranità statale che è qualificata dal principio di «non ingerenza», a non fomentare nella compagine sociale fenomeni di secessione morale e di resistenza civile nei confronti dell'autorità dello Stato che si esprime nella legge³.

All'origine della *querelle* erano i passaggi del documento pontificio sulla inidoneità delle leggi contro la vita ad obbligare, non solo in coscienza ma nello stesso foro esterno, e viceversa sull'obbligo «preciso e grave [...] di opporsi ad esse mediante obiezione di coscienza»⁴. Passaggi nei quali venivano ripresi, ma vigorosamente accentuati, principi già richiamati in precedenti documenti ecclesiastici afferenti alle problematiche della bioetica⁵.

Il nodo delle leggi contro la vita, su cui sempre più spesso ormai il magistero è provocato a tornare, viene affrontato in maniera tanto sintetica quanto chiara e decisa in un passo dell'Enciclica *Evangelium vitae*, che si colloca nel contesto della più ampia trattazione sui rapporti fra ordine giuridico e ordine morale. Secondo il documento pontificio «le leggi che autorizzano e favoriscono l'aborto e l'eutanasia si pongono [...] radicalmente non solo contro il bene del singolo, ma anche contro il bene comune e, pertanto, sono del tutto prive di validità giuridica». La ragione dell'affermazione è nel fatto che «il misconoscimento del diritto alla vita [...]. Proprio perché porta a sopprimere la persona per il cui servizio la società ha motivo di esistere, è ciò che si contrappone più frontalmente e irreparabilmente alla possibilità di realizzare il bene comune. Ne segue che, quando una legge civile legittima l'aborto o l'eutanasia cessa, per ciò stesso, di essere una vera legge civile, moralmente obbligatoria»⁶.

In questo passo, nel quale l'antica dottrina della Chiesa in tema di legge ingiusta viene approfondita e trova applicazione alle nuove manifestazioni dell'esperienza giuridica, gli estremi dell'aborto e dell'eutanasia legalizzati divengono paradigma forte di ogni attentato alla vita che l'ordinamento giuridico positivo possa consentire, considerata, essa vita, in ogni stadio di sviluppo, in qualunque ambiente di vita, in qualsivoglia stato di salute, in qualsiasi situazione esistenziale.

² Cost. past. *Gaudium et spes*, § 76, cfr. Anche can. 747 § 2 CIC e can. 595 § 2 CCEO.

³ Con riferimento alla situazione italiana cfr. G. DALLA TORRE, *L'Enciclica, il magistero e l'ordinamento italiano*, in *Justicia*, 1995, pp. 105-108.

⁴ Si veda in particolare *Evangelium vitae*, § 73.

⁵ Cfr. in particolare l'istruzione della Congregazione per la Dottrina della Fede *Donum vitae*, del 22 febbraio 1987, in AAS 80 (1988), p. 70 ss, in cui si affermava che in nessun ambito di vita la legge civile può sostituirsi alla coscienza e si sollecitava all'obiezione di coscienza nel caso di leggi contrarie alla morale (cfr. p. 100).

⁶ *Evangelium vitae*, § 72 in fine.

La questione investe, al contempo, piano politico e piano giuridico, sia sotto il profilo dell'organizzazione, delle forme di governo, delle leggi della *pólis*, sia sotto il profilo dell'attività umana specifica (la *práxis del politéuein*) nell'agire e vivere da cittadini.

2. LA VITA E IL DIRITTO: LE AMBIGUE EVOLUZIONI DELL'ESPERIENZA GIURIDICA

Le evoluzioni recenti dell'esperienza giuridica sono segnate, per quanto attiene alla tutela della vita, da profonde ambiguità, cioè da indicazioni di senso molteplici e contraddittorie fra di loro.

Ciò vale innanzitutto a livello di contraddizioni interne al sistema di norme che costituiscono ciascun ordinamento giuridico. Si pensi, ad esempio, alla solenne affermazione con cui si apre la legge italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza, per cui lo Stato «tutela la vita umana dal suo inizio», cui seguono però le disposizioni che sanciscono un'ampia legalizzazione dell'aborto⁷; ovvero si pensi alla legge olandese sull'eutanasia, che non ha modificato la norma del codice penale che punisce «chi toglie la vita ad una persona su espressa e seria richiesta di quest'ultima» (art. 293), introducendo peraltro una singolare procedura di notificazione degli interventi di eutanasia all'autorità giudiziaria da parte del medico responsabile del caso ed attivando così una singolare fattispecie di silenzio – assenso⁸.

Le rilevate ambiguità si colgono poi a livello di «diritto vivente», cioè sul piano di come il diritto scritto viene interpretato ed applicato in sede amministrativa e giudiziaria. La banalizzazione delle disposizioni che, nelle leggi abortive dei vari Stati, prevedono adempimenti e procedure volte ad accertare l'effettiva ricorrenza nel caso singolo dei requisiti posti dalla legge perché l'atto interruttivo della gravidanza sia legittimo è fenomeno troppo diffuso e noto per dovercisi soffermare in queste sede⁹.

Ma le ambiguità e le contraddizioni emergono anche, al di là dei singoli ordinamenti statuali, a livello – per così dire – planetario, della più generale esperienza giuridica, così come si può cogliere in una visione comparativistica.

Molto significativo, al riguardo, è l'orientamento del tutto opposto rilevabile dalla giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana, cioè relativa a due Stati dagli ordinamenti ben comparabili e con Carte costituzionali assai simili, aventi un forte aggancio giusnaturalistico, entrambe frutto dello stesso dramma di coscienza vissuto da una generazione di giuristi. Una generazione allevata al culto del positivismo giuridico, cui la caduta delle dittature e la guerra perduta avevano, finalmente, svelato di che lacrime e di

⁷ Si tratta della legge 22 maggio 1978, n. 194, su cui cfr. M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Cedam Padova 1992.

⁸ Sui profili giuridici dell'eutanasia, con riferimenti comparativistici, cfr. G. IADECOLA, *Eutanasia problematiche giuridiche e medico – legali*, Liviana Editrice Padova 1991.

⁹ Per riferimenti alla situazione italiana cfr. L. EUSEBI, *La legge sull'aborto: problemi e prospettive*, relazione tenuta nell'ambito del 45° Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi cattolici Italiani (Perugia, 1-3 dicembre 1995), su *La vita e il diritto*, in corso di pubblicazione negli atti.

che sangue grondassero le istituzioni giuridiche, in cui pure aveva creduto e che aveva contribuito a costruire. Difatti in una importante sentenza del 28 maggio 1993 la Corte costituzionale tedesca non ha avuto esitazioni nell'affermare che tra i valori giuridici protetti dalla carta fondamentale ne esiste uno che si sottrae alla ordinaria e generalizzata applicazione di quel criterio, ricorrente nella giurisprudenza delle Corti costituzionali, secondo cui tra valori fondamentali richiamati da interessi in conflitto debba darsi luogo al criterio di una bilanciata comparazione fra gli interessi in gioco. Secondo la Corte costituzionale tedesca – che peraltro non veniva poi a trarre dal riconoscimento di principio tutte le logiche conseguenze – il valore connesso alla tutela della vita umana, anche embrionale, è per sua intrinseca natura sottratto di norma al criterio del bilanciamento degli interessi. In tal senso militano le ragioni dell'unicità e dell'irrepetibilità di ogni vita umana, sicché il sacrificio di essa a vantaggio di altro non può mai essere provvisorio, ma è sempre definitivo e irreversibile; ma anche le ragioni date dal limite strutturale stesso del diritto, cui spetta solo prendere atto dell'esistenza di ogni nuova vita umana ed assicurarle le dovute tutele, senza scendere in atti di riconoscimento o di legittimazione¹⁰. Proprio nel senso del bilanciamento degli interessi si era invece pronunciata la Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 287 del 1975 dove, dopo aver detto che fra i diritti inviolabili dell'uomo protetti dall'art. 2 Cost. «non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito», giungeva però alla conclusione secondo cui «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepimento può venire a collisione con altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed esclusiva, negando ai secondi una adeguata protezione». La Corte concludeva affermando 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»¹¹.

Siffatti dis-orientamenti risultano particolarmente significativi sul piano delle relative ambiguità nell'esperienza giuridica contemporanea, se si considera non solo il carattere paralegislativo¹² che (sostanzialmente) hanno le sentenze dei giudici della costituzionalità, ma anche il ruolo che la loro giurisprudenza riveste, a livello universale, insieme ad altre fonti (dichiarazioni, carte dei diritti ecc.) nel definire sempre più precisamente l'elenco dei diritti umani.

¹⁰ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale tedesca in M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè Milano 1994 p. 113 ss.

¹¹ Per il testo della sentenza cfr. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1975, p. 375 ss. con il mio commento *Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27/1975 in tema di aborto*, ivi, p. 594 ss.

¹² Di espressione di una funzione sostanzialmente legislativa o paralegislativa del sindacato di legittimità costituzionale aveva già parlato, con riferimento all'ordinamento italiano, P. CALAMANDREI, *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 1956, p. 7 ss., ora in *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, III, Morano Napoli 1968, p. 609 ss. Per la situazione italiana cfr. anche P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, Il Mulino Bologna, 1982. Per una comparazione tra i diversi sistemi di giustizia costituzionale cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè Milano, 1970.

3. SEGUE: TRE AMBITI DI PECULIARE RILIEVO

A me pare che del complesso di ambiguità caratterizzanti, nei diversi settori ed ai differenti livelli, l'odierna esperienza giuridica, tre aspetti meritino di essere precisamente indicati.

Il primo attiene all'*area della giuridicità*, intendendo con questa espressione l'area coperta dal diritto positivo. L'ambiguità è qui data dal fatto che, senza alcuna coerenza, tale area tende ad estendersi da un lato, ma dall'altro lato tende a ritirarsi, con effetti contraddittori sulla concreta tutela della vita.

Per quanto attiene alla prima tendenza, basti riflettere ad esempio sulla più accentuata sensibilità per la protezione della vita in qualunque ambiente vitale che ha condotto – soprattutto in via giurisprudenziale – alla creazione della categoria giuridica civilistica del danno biologico, inteso come lesione dell'integrità psico – fisica della persona. Tale integrità è, secondo siffatta configurazione, un bene protetto in sé e per sé, in rapporto al diritto alla salute che generalmente gode di protezione costituzionale¹³, e cioè a prescindere dalla capacità del danneggiamento di produrre ricchezza. Il risarcimento del danno biologico spetta pertanto, e principalmente, in tutti i casi di invalidità permanente temporanea e prescindere dalle conseguenze relative alla attività lavorativa o alla capacità di guadagno della persona, riallacciandosi cos' alle disposizioni del diritto civile in tema di risarcimento del danno illecito.

È del tutto evidente la rilevanza, sul piano della tutela della vita in una prospettiva non meramente economicistica, ma piuttosto personalista, data dal riconoscimento giuridico del danno biologico; come è del tutto evidente che a tale riconoscimento consegue un allargamento – positivo – dell'area della giuridicità. Anche se, occorre dirlo, non sempre a tali acquisizioni sono seguite conseguenze coerenti. Così ad esempio la giurisprudenza italiana ha riconosciuto il danno biologico del concepito non ancora nato, con evidenti effetti estensivi dell'area giuridicamente protetta in un ambito – quello della vita prenatale – legislativamente sottotutelato¹⁴; ma al tempo stesso ha riconosciuto il danno biologico subito dalla madre per l'intervento abortivo effettuato *ex lege*, ma medicalmente non riuscito, cui pertanto sia seguita la nascita!¹⁵.

¹³ Cfr. per l'esperienza italiana M. V. DE GIORGI, *Danno. II) Danno alla persona*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1988.

¹⁴ Così è stato deciso che ha diritto al risarcimento del danno biologico, oltre ai danni patrimoniali e morali, il concepito che sia stato leso nella sua legittima aspettativa a nascere: Tribunale di Verona, sentenza 15 ottobre 1990, in *Il foro italiano*, 1991, 1, col. 261 ss., con nota di richiami di R. SIMONE. Su tale decisione si vedano anche le note di E. NAVARRETA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1990, p. 1053 ss.; E. PUCELLA, *Responsabilità medica per la lesione del diritto a nascere sani: tutela del nascituro e dei prossimi congiunti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, p. 370 ss.; G. LOTTO, in *Il nuovo diritto*, 1991, p. 135 ss.

¹⁵ Cfr. Corte di Appello di Bologna, sentenza 19 dicembre 1991, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1993, p. 1081 ss., con nota di L. CEI, *La tutela della salute ed il padre del concepito*. Cfr. anche Tribunale di Cagliari, sentenza 23 febbraio 1995, in *Responsabilità civile*, 1995, p. 599 ss., con nota di M. GORGONI, *Sul danno in caso di non riuscito intervento di interruzione della gravidanza: un'anarchica*

In tema di danno biologico si è dunque giunti ad affermare che, in assenza delle condizioni che consentono l'interruzione della gravidanza e posto che il concepito vanta una legittima aspettativa alla nascita come individuo sano, è ingiusto il danno derivante da una inesatta valutazione del quadro clinico precedente al parto, da cui sia conseguita una totale ed irreversibile compromissione dell'integrità psico – fisica del nato¹⁶. D'altra parte si è sostenuto che l'insuccesso dell'intervento interruttivo della gravidanza, pur in mancanza di un danno alla salute della donna, determina un diritto al risarcimento del danno meramente economico¹⁷.

Assai più marcata è, tuttavia, l'altra tendenza: quella del contrarsi dell'area della giuridicità, nel senso della de – giuridicizzazione o piuttosto della de – legificazione di settori bioeticamente rilevanti¹⁸. Siffatto fenomeno ha molte facce: può essere il risultato del non intervento del legislatore nella disciplina di un nuovo settore dell'attività bio-medica (ad esempio in materia di riproduzione artificiale della vita); ovvero il risultato della scelta del legislatore di depenalizzare una determinata materia, senza neppur sostituirvi un sistema di sanzioni civili ed amministrative efficaci (è il caso di molte legislazioni sull'aborto); ovvero ancora l'opzione legislativa per un «diritto debole», meramente procedimentale, che non fa scelte valoriali e non prende posizione fra interessi in conflitto (è quanto accade in diverse legislazioni sulle pratiche di fecondazione artificiale). Alle volte l'ambiguità di siffatto processo di ritrazione dell'area della giuridicità è sottile: si pensi ai casi nei quali all'intervento del legislatore si sostituisce un altro soggetto, come un ordine professionale. Il proliferare di codici deontologici può essere letto anche come segno dell'arretrarsi della giuridicità con un sostituto generalmente apprezzabile, ma non equivalente, offrendo essi una tutela debole ed indiretta e comunque mancando, nel caso, l'elemento di terzietà rispetto agli interessi in conflitto¹⁹.

Molte le ragioni di tale fenomeno, non ultima quella che nella cultura contemporanea il diritto non è affatto apprezzato; anzi, è piuttosto oggetto di sospetto e concepito in una mera funzione strumentale per rapporto a fini che, di volta in volta, altri ha individuato²⁰.

Il secondo aspetto da segnalare attiene all'*area dei soggetti protetti*. Qui non si può fare a meno di notare che lo svilupparsi del dibattito bioetico e biogiuridico ha riaperto con grande incisività, quasi

decisione di merito; Cassazione civile, sentenza 8 luglio 1994, n. 6464, in *Responsabilità civile*, 1994, p. 1029 ss., con nota di M. GORGONI, *Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva*.

¹⁶ Così Tribunale Verona, sentenza 15 ottobre 1990, cit., col. 261 ss.

¹⁷ Così ad esempio Tribunale di Padova, sentenza 9 agosto 1985, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1986, p. 115 ss., con nota di P. ZATTI. Ad avviso dei giudici patavini il danno risarcibile deriverebbe dai maggiori disagi affrontati per effetto della nascita avvenuta in un momento di difficoltà, nonché dagli ostacoli che i nuovi doveri verso il figlio abbiano portato alla realizzazione anche della coppia.

¹⁸ Sulle lacune dell'ordinamento italiano in materia di bioetica rinvio alle considerazioni già svolte in G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli Torino 1993, p. 29 ss.

¹⁹ Critiche annotazioni su tale problema in M. BARNI, *Impunità e colpa. Il concetto di responsabilità professionale alla luce dell'evoluzione sociale e giuridica*, in *Archivio giuridico*, 1996, p. 163 ss.

²⁰ Per lo sviluppo di siffatte argomentazioni, con specifico riferimento all'ambito biomedico, cfr. F. D'AGOSTINO, *Medicina e diritto*, in *Filosofia del diritto*, Giappichelli Torino, 1993, p. 227 ss.

prepotentemente, la discussione sulla soggettività giuridica in riferimento alla vita umana. Il problema si è posto partendo dal terreno della biologia e della genetica, sull'interrogativo circa l'inizio della vita dell'individuo umano, così come da quello, propriamente filosofico, relativamente al concetto di persona umana. Sul piano del diritto il problema si è sviluppato intorno al concetto di soggettività giuridica, con specifico riferimento al sorgere della titolarità del diritto alla vita ed alle sue vicende.

Al riguardo devesi osservare, come bene è stato evidenziato di recente, che non esiste alcuna impossibilità logica di parlare del concepito come di un centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, come del resto conferma lo stesso diritto positivo di molti Stati²¹.

La rilevata ambiguità sta nel fatto che tale dibattito ha per certi aspetti avuto il grande merito di rimettere in discussione la questione dell'aborto. Difatti, dinnanzi all'uso delle tecniche di riproduzione artificiale, al problema degli «embrioni soprannumerari», alla liceità o meno della sperimentazione non terapeutica sugli embrioni umani o alla produzione degli stessi per uso commerciale, si nota una generale convergenza circa la necessità di stabilire legislativamente uno «statuto dell'embrione», che segni confini e limiti. Ma lo stesso porsi della questione dello statuto giuridico dell'embrione, non può non riproporre la questione dell'aborto. E ciò per la semplice ragione che altrimenti si verrebbe ad accertare una diversità di trattamento, quanto a tutela giuridica, tra individui umani prodotti artificialmente ed individui umani prodotti naturalmente, a tutto vantaggio dei primi rispetto ai secondi e con palese contraddizione di quel principio di eguaglianza senza distinzione – fra l'altro – di condizioni personali e sociali (e tali sono le modalità del concepimento), che costituisce caposaldo delle moderne democrazie²².

Considerazioni analoghe possono farsi sul terreno della fine della vita, come sta esemplarmente a dimostrare l'esperienza olandese. La legge 30 novembre 1993, infatti, si basa sul presupposto che l'eutanasia non sia punibile nella misura in cui l'intervento attivo del medico, effettuato per porre termine intenzionalmente ad una vita, avvenga in base alla richiesta esplicita del paziente; la prassi, tuttavia, sta ad indicare che la distinzione fondamentale tra interruzione «volontaria» e interruzione «involontaria» della vita viene perdendo significato²³. Ciò vuol dire che da un lato la sfera giuridica soggettiva tende ad allargarsi, attraverso un indebito – sia sul piano bioetico che su quello giuridico – trasferimento al paziente di attribuzioni che sono proprie del medico (il principio di beneficenza al livello minimale del *neminem laedere*); dall'altro lato tale sfera viene ridotta, giungendosi anzi ad una sorta di sdoppiamento tra individuo

²¹ F. MASTROPAOLO, *Lo statuto dell'embrione*, relazione al Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuridici Cattolici Italiani su *La vita e il diritto*, cit., in *Justitia*, 1996, p. 126 ss. Ma cfr. anche la documentazione pubblica in appendice nel volume di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna 1995.

²² Sui dati scientifici che militano a favore della parità di trattamento giuridico tra concepito e già nato, in ordine all'invulnerabilità del diritto alla vita, cfr. A. SERRA, *Pari dignità all'embrione umano nell'Enciclica «Evangelium vitae»*, in *Medicina e morale*, 1995, 4, p. 793 ss.

²³ Cfr. H. TEN HAVE, *L'eutanasia in Olanda: un'analisi critica della situazione attuale, relazione tenuta al corso Bioetica e diritto e diritto in Bioetica. Terza giornata di studio sulla bioetica in Italia*, promosso dalla Fondazione Lanza (Padova 20 maggio 1995), in corso di pubblicazione negli atti.

e persona, nella misura in cui viene trasferito al medico il diritto di vita o di morte (con violazione del principio bioetico di autonomia e di quello giuridico dell'*unicuique suum tribuere*).

Il terzo aspetto, infine, attiene all'*area della relazione medico – paziente*. L'esperienza giuridica, infatti, sembra veicolare con decisioni il passaggio, tipico della modernità, da una medicina paternalistica ad una medicina contrattualistica. La legislazione e, soprattutto, la giurisprudenza tendono sempre più all'affermazione del principio di autonomia nel rapporto medico – paziente, delineando di conseguenza le configurazioni giuridiche di quest'ultima attorno al concetto dei diritti – inviolabili – del malato, anziché su quello del suo bene, proprio della tradizione medica occidentale²⁴. E tuttavia la stessa esperienza giuridica manifesta, sempre più spesso, orientamenti di segno del tutto opposto: l'accrescimento oltre misura del potere medico con parallela compressione del principio di autonomia.

Talvolta il fenomeno può essere ricondotto ad un rozzo e banale effetto di ritorno, del veduto passaggio dalla medicina paternalistica alla medicina contrattualistica. Si pensi soltanto all'esperienza più avanzata e significativa in tema di consenso informato all'atto medico, quella nordamericana, dove l'obbligo – o quantomeno la prassi – della manifestazione di volontà con atto scritto, si è venuto, poco a poco, convertendo da strumento di tutela del paziente a strumento di tutela (civile e penale) del medico.

Più spesso, peraltro, il fenomeno in questione è frutto di una più profonda ambiguità, a causa della quale l'esperienza giuridica conduce sostanzialmente verso una meta del tutto opposta a quella che sostanzialmente si persegue. Tipico, ancora una volta, il caso olandese sull'eutanasia. Per quanto la legislazione sia frutto della protesta della pubblica opinione e del sentire dei più contro il potere della medicina contemporanea sulla morte, proprio tale legislazione finisce per accrescere il potere medico a scapito della c.d. «riappropriazione» di sé da parte del paziente, che è tipica di una medicina contrattualistica. Sicché si è potuto affermare, con sottile ironia, che «dopo tutto l'eutanasia è l'ultimo passo nell'interventismo medico: la sofferenza va alleviata con ogni mezzo, anche se questo comporta la morte di colui che soffre!»²⁵.

In conclusione si può osservare come le contraddizioni che segnano, nell'età contemporanea, l'esperienza giuridica in tema di tutela della vita, siano frutto del capovolgimento di un rapporto: dal primato del diritto sulla politica al primato della politica sul diritto. Siffatto capovolgimento ha avuto l'effetto di vuotare il diritto della sua potenza, riducendo a mera realtà formale, estremamente mutevole e non coerente nella complessità dei suoi comandi. In altre parole il diritto è divenuto strumento autoritativo di imposizione della volontà del più forte: da quella autocritica del tiranno a quella della maggioranza nelle democrazie.

²⁴ Si tratta di un fenomeno ben conosciuto a quanti si occupano di bioetica, incisivamente descritto ed interpretato da G. GRACA, *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, ed. it., San Paolo, Cinisello Balsamo 1993.

²⁵ H. TEN HAVE, *L'eutanasia in Olanda, un'analisi critica della situazione attuale*, cit., p. 9 del dattiloscritto.

Paradossalmente, lo «svuotamento» del diritto appare più evidente proprio nelle democrazie, laddove la mutevole volontà delle variabili maggioranze arricchisce l'ordinamento di comandi contraddittori, che hanno la loro *ratio* non nella logica del diritto ma nella volontà dominante che si forma, di volta in volta, sulla specifica questione.

Invero si deve rilevare l'impossibilità di trovare, fuori della *struttura* del diritto, un principio ordinatorio, un criterio unificante, che dia logica organicità al sistema giuridico e che lo renda funzionalmente coeso al perseguimento ed alla garanzia di rapporti interpersonali giusti²⁶.

4. LE LEGGI CONTRO LA VITA E IL SENSO DELLA POLITICA

In una prospettiva classica può essere agevolmente colto, sul piano della politica, il significato delle leggi contro la vita. Secondo quella tradizione di pensiero, che affonda le sue radici nella *Politica* aristotelica, passa attraverso il pensiero romano (Cicerone, Seneca) e la prima riflessione cristiana (Agostino), si costituisce e si struttura nell'elaborazione di Tommaso d'Aquino, oggetto della politica è il bene comune: «*finis civitatis, propter quod civitas instituta est, est ipsum bene vivere*»²⁷. La stessa legge, che è espressione dell'agire politico, ha come scopo essenziale il bene comune: «*omnis lex ad bonum commune ordinatur*»²⁸.

Il bene comune non è un bene soprapersonale, un bene dello Stato, un bene della comunità politica complessivamente intesa, ma è il bene di tutti, partecipato da tutti: «*bonum unius hominis non est ultimus finis, sed ordinatur ad commune bonum*»²⁹. il bene comune, dunque, è fine ultimo della vita sociale; esso ponendosi come criterio fondamentale di convivenza da un lato esige che ogni persona sia trattata come fine e non come mezzo, dall'altro lato, ricadendo su ciascuna persona, la aiuta a raggiungere la propria perfezione umana.

Il bene comune, pertanto, postula la vita di ogni individuo ed alla sua tutela è preliminarmente orientato. Siffatto bene è di conseguenza negato ogni qual volta la legge dispone, o anche permette, la violazione della vita innocente.

Alla luce della concezione classica, che nello svolgimento del pensiero moderno conosce importanti riviviscenze (si pensi all'apporto di un Rosmini³⁰ o di un Maritain),³¹ ogni qual volta il principio

²⁶ Sulla funzione propria del diritto cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè Milano, 1985, p. 165 ss.

²⁷ *In III Politicorum*, lect. 7.

²⁸ *Summa Theologiae*, I-II q. 90, a. 2.

²⁹ *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 3.

³⁰ Cfr. *Filosofia del diritto*, vol. II, n. 641.

³¹ Cfr. *La persona e il bene comune*, tr. it., Morcelliana Brescia 1963.

dell'indisponibilità della vita viene meno nell'ordinamento giuridico positivo, la politica stessa è privata di senso.

Ma lo stesso pensiero moderno ha dato vita ad una pluralità di concezioni politiche, in molte delle quali l'idea di bene comune viene negata o, comunque, fortemente indebolita: dalla politica come potere del Machiavelli, che si esalta poi nelle ideologie totalitarie del nostro secolo, alla politica avente come scopo di volta in volta il bene come la libertà, l'eguaglianza nelle condizioni materiali di vita, l'utilità personale³².

È possibile un diverso approccio alla questione, attraverso il quale può forse tentarsi un cammino comune tra differenti posizioni di pensiero; quel cammino che appare sempre più arduo nell'ambito della concezione classica, ormai non più comunemente condivisa.

Il punto di forza di siffatto approccio è dato dai diritti umani, cioè da quelle spettanze che sono proprie di ogni uomo in quanto uomo, sempre, dappertutto;³³ per parafrasare la nota espressione kantiana, quelle spettanze la cui violazione avvenuta in un punto della terra, è avvertita come intolleranza in ogni parte di essa. Si tratta di diritti preesistenti all'ordinamento giuridico positivo, che questo conseguentemente *riconosce* non *attribuisce*, immutabili nel tempo ancorché storicamente precisabili sul terreno dello *jus positum* – specie in rapporto al mutare dell'ambiente fisico e sociale dell'uomo, sotto l'urgere dei progressi della scienza e della tecnologia –, come dimostra la vicenda storica delle elencazioni dei diritti dell'uomo nelle carte costituzionali e nelle dichiarazioni internazionali.

Sul fondamento di tali diritti, come noto, il dibattito è aperto. Non è mancato chi, e con grande autorevolezza, ha persino teorizzato l'impossibilità di accettare una qualsiasi fondazione dei diritti umani all'interno di un pensiero razionale³⁴, con l'effetto tra l'altro di aprire la strada ad una forma di quel relativismo etico che risponde allo spirito del nostro tempo e che caratterizza al fondo tutto il dibattito bioetico.

In questa sede non interessa la questione del fondamento: questione certamente aperta, che peraltro non smorza nel giurista contemporaneo la insopprimibile sollecitazione a superare i limiti di una cultura giuridica che s'arrestava alla volontà del legislatore espressa nella legge; a ricercare più avanzati punti di legittimazione che vedano nella norma positiva la traduzione dell'idea di giustizia (*jus quia iustum*).

In questa sede interessa piuttosto rilevare proprio come il pensiero giuridico contemporaneo sembri cercare, concordemente, nella dottrina dei diritti umani il superamento dello statualismo da un lato e del positivismo giuridico dall'altro; in essa tale pensiero si è riconosciuto, dopo le atroci esperienze

³² Si veda al riguardo, in sintesi, V. POSSENTI, voce *Bene comune*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. BERTI E G. CAMPANINI, Ave Roma 1993, p. 32 ss.

³³ Cfr. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè Milano 1981, p. 137 ss.; ID., *Il diritto naturale e l'universalizzazione del diritto*, in AA.VV., *Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI secolo* (Atti del Colloquio internazionale dell'Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici: Roma 10-13 gennaio 1991), Giuffrè Milano 1993, p. 25 ss.

³⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi Torino, 1990.

dei totalitarismi di questo secolo, per sottrarre finalmente il diritto positivo ad un uso arbitrario o di parte e per recuperare una visione assiologica del diritto.

A bene vedere i diritti umani rappresentano, nella società post – moderna, la nuova faccia della laicità dello Stato. Se, infatti, laicità dello Stato è espressione che sta ad indicare l'esistenza di limiti al potere, di dimensioni del reale che sono sottratte alla sovranità temporale, di desacralizzazione della politica, cioè di riconduzione di questa all'ordine (ma solo all'ordine) che è suo proprio, i diritti umani costituiscono specularmente ciò che Stato non è, ciò che non è disponibile dal potere, ciò che non attiene all'ordine della politica, ma che questo trascende ed i cui confini in negativo contribuisce a definire e delimitare.

I diritti umani, dunque, contro l'assolutizzazione della politica. Nel caso delle leggi contro la vita, di conseguenza, cioè nel caso di leggi che pretendano affondare i propri effetti sul terreno dei diritti umani, la politica invade un campo non suo; essa torna ad affermare quell'idea di sovranità, che è all'origine dello Stato moderno e che rende «tendenzialmente» totalitarie persino le democrazie, qualora in essa si riconoscano. Un'idea di sovranità che trasferisce alla politica l'attributo divino dell'onnipotenza, con ciò negando al contempo la laicità dello Stato ed il senso autentico della politica, nell'atto di confondere – per usare l'immagine evangelica – ciò che è di Cesare da ciò che è di Dio.

È interessante notare come, dal punto di vista della storia del pensiero politico giuridico, l'eclissi del concetto di bene comune sia stata facilitata ed accelerata dalla dottrina dei diritti umani, nella misura in cui il fine sociale, oggetto della politica, è stato individuato nella garanzia dei diritti dell'individuo, illuministicamente considerato esclusivamente in sé. Insomma: nel piano dell'esperienza giuridica sull'art. 1 della costituzione francese del 1793, secondo cui «scopo della società è la felicità comune», ha storicamente fatto aggio l'art. 2 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, secondo il quale «scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo».

Ma è altresì interessante notare come proprio il più recente magistero sociale della Chiesa indichi vie di superamento di posizioni di pensiero escludentisi reciprocamente, nella misura in cui i diritti umani sono riguardati come contenuto precipuo del bene comune ed ufficio proprio dell'attività politica. Come si legge in un passo dell'Enciclica *Pacem in terris* di Giovanni XXIII, a giusto titolo richiamato nell'Enciclica *Evangelium vitae* di Giovanni Paolo II, «nell'epoca moderna l'attuazione del bene comune trova la sua indicazione di fondo nei diritti [...] della persona. Per cui i compiti precipui dei poteri pubblici consistono, soprattutto, nel riconoscere, rispettare, comporre, tutelare e promuovere quei diritti»³⁵. Diritti intesi peraltro, a differenza di quanto postulato da una cultura giuridica di derivazione illuministica, con riferimento all'individuo non considerato il sé solo, quasi avulso dal contesto sociale, bensì inserito nella fitta trama di relazioni sociali nella quale si svolge la sua personalità.

³⁵ Lett. enc. *Pacem in terris*, 11 aprile 1963, in AAS 55 (1963), p. 273 s.

5. LE LEGGI CONTRO LA VITA E IL SENSO DEL DIRITTO

Sono note le ambiguità che, almeno dal punto di vista giuridico, il termine laicità reca con sé³⁶; un termine certamente polisemico³⁷, che però se attribuito allo Stato significa sicuramente illegittimità dell'imposizione coattiva di un'etica.

In sintesi può dirsi che il principio di laicità è contraddetto da una duplice tentazione in cui, come l'esperienza insegna, può cadere lo Stato. Da un lato la tentazione di servirsi del diritto positivo per imporre un'etica, con gli inevitabili e ben noti esiti integralistici, sia nel caso in cui tale etica risulti radicata in un credo religioso, sia nel caso in cui essa abbia un radicamento filosofico o ideologico; dall'altro lato la tentazione di tradurre in norme la prassi sociale ispirata a certi principi etici, ovvero il sentire dei più, con la conseguenza che comunque attraverso il diritto positivo si impone un'etica alle altre. Senza dire poi, in rapporto a questa seconda tentazione, dalla contraddizione insita nel voler rimettere i giudizi di valore etico al principio maggioritario³⁸.

Si deve d'altra parte rilevare che il pluralismo etico sussistente nell'odierna società secolarizzata, porta a cadere in un circolo vizioso, dal quale pare impossibile uscire senza contraddizioni. Difatti se il legislatore fa propria un'etica fra le tante, viola il principio di laicità; se in nome di tale principio si astiene dal legiferare, lascia il campo libero ai conflitti ed alla sopraffazione dei più deboli da parte dei più forti, tradendo la funzione sua propria; d'altra parte il «politeismo etico» sussistente nel corpo sociale rende impossibile, nella prassi biomedica, decidere in base a principi etici condivisi, postulando di nuovo l'intervento del legislatore. Di questa situazione contraddittoria uno dei sintomi più evidenti è dato dal proliferare delle obiezioni di coscienza rivendicate che, non a caso, si moltiplicano proprio nel campo della ricerca e della prassi biomedica. Perché è evidente che quanto più la società è pluralista dal punto di vista etico, tanto più facilmente si verificano situazioni di contrasto fra le norme interne, tanto più

³⁶ Su di esse mi sono soffermato in G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile, in il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Studium, Roma 1992, p. 35 ss.

³⁷ Per una sintetica ma puntuale rassegna cfr. L. CAIMI, voce *Laicità*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. BERTI E G. CAMPANINI, Ave, Roma, p. 417 ss.

³⁸ In campo etico, infatti, «i giudizi di valore e la loro verità non vengono affermati dalla decisione democraticamente assunta dalla maggioranza, ma in base a ben precise circostanze oggettive e riesaminabili e, cioè, in base ai loro risvolti ed alle loro conseguenze per l'esistenza umana, sia nel contesto dell'autorealizzazione della singola persona, che in quello del vivere comunitario»; F. FURGER, voce *Volontà popolare* in *Dizionario di bioetica*, a cura di S. LEONE E S. PRIVITERA, Edizioni Dehoniane – Istituto Siciliano di Bioetica, Bologna – Acireale 1994, p. 1061. Sull'applicabilità delle indicazioni dell'Enciclica *Evangelium vitae* nelle società politicamente democratiche ed ideologicamente pluraliste cfr. F. COMPAGNONI, *La responsabilità dei politici nella Evangelium vitae*, in *Medicina e morale*, 1995, 4, p. 739 ss.

facilmente si verificano situazioni di contrasto fra le norme interne, quelle proprie della coscienza individuale, e le norme esterne espresse nei comandi del legislatore³⁹.

La dottrina giuridica ha tentato varie vie per uscire dal circolo vizioso. Una indicata, e con autorevolezza⁴⁰, è quella del cosiddetto «diritto debole». Si intende con tale espressione l'intervento del legislatore avente un contenuto meramente regolamentare, che segni tempi, modi e procedure, senza avere la pretesa di toccare i principi e, quindi, di fare delle opzioni etiche.

Siffatta prospettiva non è priva di una certa forza di suggestione, almeno per un duplice ordine di ragioni.

Il primo di carattere pratico, giacché evidentemente in tal modo è più agevole per il legislatore intervenire in una società dalle molte etiche, senza dovere fare delle scelte e senza dover rischiare il dissenso e la disobbedienza.

Il secondo ordine di ragioni ha, invece, un carattere più teorico. Nel senso che un diritto meramente procedimentale, sostanzialmente «ecumenico» perché rispettoso delle varie opzioni etiche, sarebbe espressione speculare e necessaria del carattere relativistico che, ad avviso di una diffusa opinione, sarebbe proprio di ogni autentica democrazia.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sul punto, che peraltro è oggetto di rilievo critico nell'Enciclica *Evangelium vitae*⁴¹. Si deve tuttavia osservare che, se sottoposta ad attenta analisi, la tesi in questione mostra i suoi insuperabili limiti, dati dal fatto che un «diritto debole», meramente procedimentale, non è per natura sua in grado di risolvere i conflitti insorgenti nel corpo sociale. In tal modo peraltro, come è agevole comprendere, il diritto finisce con l'abdicare alla funzione sua propria, che è appunto quella di prevenire tali conflitti, o di dirimerli una volta insorti, contemperando i vari interessi in gioco – qualora siano meritevoli di tutela – secondo un criterio di giustizia.

Paradigmatico in materia è il caso della fecondazione eterologa. Difatti il «diritto debole» può regolamentare – ad esempio – la raccolta del seme, la sua selezione, il suo controllo onde evitare la trasmissione di patologie, la sua idonea conservazione nelle banche del seme, le modalità da seguire nelle varie metodiche di fecondazione e quant'altro. Esso tuttavia non sarà mai in grado di risolvere i conflitti fra gli interessi coinvolti: ad esempio l'interesse del donatore di seme all'anonimato e quello del concepito all'accertamento della paternità; l'interesse della donna nubile ad avere un figlio attraverso fecondazione artificiale e l'interesse del figlio ad avere un padre; l'interesse del marito della donna fecondata con seme

³⁹ Rinvio al riguardo a quanto ho scritto nel saggio *obiezione di coscienza ed opzione di coscienza in materia sanitaria*, ora in *Bioetica e diritto*, cit. p. 107 ss. cfr. anche in merito L. VANNICELLI, *L'obiezione di coscienza degli operatori sanitari*, Mucchi Modena 1985.

⁴⁰ Così ad esempio S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DI MEO E C. MANGIA (a cura di), *Bioetica*, Laterza Bari 1989, p. 41 ss.

⁴¹ Si veda in particolare il § 70; ma cfr. anche l'Enciclica *Veritatis splendor*, 101. Per una critica a queste posizioni del magistero cfr. R. BODEI, *Elogio del relativismo etico*, in *Micro Mega*, 1995, 2, p. 146 ss.

di donatore a disconoscere la paternità e l'interesse del così procreato a veder riconosciute le responsabilità genitoriali dell'uomo⁴².

Le considerazioni accennate sin qui, mettono sufficientemente in evidenza come il problema della laicità dello Stato, rispetto alla pluralità di opzioni etiche rilevabili in rapporto alle prassi biomediche, divenga poi sostanzialmente il problema della laicità del suo diritto. Ma le considerazioni sin qui sviluppate pongono altresì in evidenza la difficoltà, per non dire l'impossibilità, per il legislatore di produrre un diritto laico, intendendo questa espressione nel senso di un diritto «neutrale» dinnanzi alle diverse tavole di valori etici professate nel corpo sociale.

In verità il diritto positivo non è mai neutrale; per natura sua *non può* essere neutrale, comportando sempre un giudizio di valore: quando impone un comportamento, che quindi considera buono, così come quando ne proibisce un altro, che perciò giudica malvagio. Ciò vale a maggior ragione quando, al di là di un ruolo meramente garantistico, cioè di tutela statica di interessi ritenuti meritevoli di salvaguardia, il diritto è chiamato a svolgere una funzione «promozionale», vale a dire allorché si muove secondo quella prospettiva dinamica – che i canonisti chiamerebbero la «*ratio boni perficiendi*» – che è diretta a favorire la crescita, quanto a titolarità ed a fruizione, degli interessi protetti.

La stessa concezione meramente procedimentale o regolamentare del diritto non evita siffatto scoglio, giacché le regole e le procedure rispondono pur sempre, in ultima analisi, a dei modelli valoriali che si ritiene debbano essere imposti e salvaguardati.

Probabilmente alle radici del problema e di tutti gli equivoci che ne derivano è il condizionamento che la cultura giuridica e quindi la prassi, subiscono ancora dalla lunga stagione del positivismo giuridico, le cui influenze negative, nonostante tutto, tardano a morire. Ma se la tematica dei diritti umani pone in evidenza il nodo della soggezione del diritto positivo ad un modello giuridico superiore, sul quale valutarne la legittimità, è da domandarsi se il problema delle scelte etiche del diritto non debba essere considerato alla luce di siffatto rapporto.

In altri termini il problema non è se il diritto debba scegliere una fra le tante tavole di valori etici, se debba privilegiare un'etica rispetto alle altre, se debba garantire una qualsivoglia etica. Il problema è piuttosto di veder quale sia la specificità strutturale del diritto, ciò che ne individua il *proprium* sul terreno del «dover essere», cui questo deve necessariamente rimanere coerente, pur nella diversità delle scelte che poi, sul terreno del diritto positivo, il legislatore è chiamato di volta in volta ad operare.

⁴² In questa prospettiva esemplare può essere il recente «caso di Cremona», laddove con discussa sentenza si è proceduto al disconoscimento di paternità del figlio nato a seguito di inseminazione artificiale eterologa, accertata *l'impotentia generandi* fin dalla nascita del marito, il quale peraltro aveva prestato il proprio consenso alla pratica inseminativa (Tribunale Cremona, sent. 17 febbraio 1994, in *Il diritto di famiglia e delle persone* 1994, p.702 ss., per il quale a nulla rileva il consenso prestato dal marito all'inseminazione artificiale della moglie, sia per l'inesistenza nel vigente ordinamento di una norma specifica che a tale consenso riconnetta l'esclusione dell'azione di disconoscimento; sia perché unico e imprescindibile presupposto di ogni rapporto giuridico di filiazione è il rapporto biologico di sangue; sia perché un consenso in tal senso sarebbe comunque inefficace, vertendo su uno *status* personale indisponibile).

Al riguardo si è rilevato che il diritto, come modalità di relazione intersoggettiva, si struttura come specifica risposta alle esigenze – ontologicamente oggettivabili – della coesistenza, e si è osservato che esso ha un carattere universale e trans – culturale. Il diritto cioè è universale, «perché nel suo ambito di applicazione si rivolge a tutti gli uomini, indistintamente, in virtù della loro mera appartenenza alla specie umana»; è al tempo stesso trans – culturale perché, al di là delle differenti specificazioni sul terreno positivo, «è singolarmente costante nella sua esigenza strutturale di difesa e promozione dei bisogni umani (come si rende evidente nel fatto che è solo per suo tramite che le culture, per quanto lontane possano reciprocamente essere, possiedono tuttavia una via di comunicazione reciproca)»⁴³.

Si è giunti a dedurre, da quanto sopra, il carattere laico del diritto. Nel senso che il diritto è *laico* nel suo principio perché riconosce all'uomo le spettanze che ad esso vanno riconosciute, in modo assoluto; perché tali spettanze riconosce all'uomo non «in virtù della sua provenienza etnica, della sua confessione religiosa, dei suoi meriti intellettuali o morali, o in ossequio a una volontà divina o umana, ma esclusivamente in virtù della sua dignità di essere umano. Ecco perché ciò che nei costumi, nelle razze, nelle lingue, nelle ideologie appare diviso e spesso incapace di comunicazione, viene invece riunito e saldato dal diritto»⁴⁴. È proprio del diritto, dunque, il suo porsi come strumento di comunicazione universale tra gli uomini, il suo essere struttura di convivenza e di pace. Per dir così, la sua «etica» è caratterizzata da alcuni principi basilari quali il reciproco riconoscimento della dignità di essere umano, la simmetria delle posizioni e quindi la reciprocità dei diritti e doveri, il criterio di giustizia nella definizione delle relazioni intersoggettive, nel quale è la garanzia che non siano illegittimamente sacrificati interessi individuali meritevoli di tutela e viceversa.

Nel campo bioetico tutto ciò è gravido di significative conseguenze. Qui interessa in particolare fissare l'attenzione sulle fattispecie nelle quali l'azione che si vuole porre in essere risulta di per sé giuridicamente illecita, proprio perché incide su principi qualificanti l'etica del diritto. Così ad esempio nell'aborto, giacché nel rapporto madre – figlio l'interesse della prima è fatto prevalere su quello del secondo; anzi, la salvaguardia dell'interesse della madre passa necessariamente attraverso la compromissione irreversibile, perché non più restaurabile, dell'interesse del secondo. E ciò non solo allorché il rapporto si ponga fra interessi giuridicamente – ancorché non moralmente – considerati «equivalenti», quali il diritto alla vita della madre ed il diritto alla vita del figlio⁴⁵; ma anche – ed è

⁴³ F. D'AGOSTINO, *Ripensare la laicità: l'apporto del diritto*, in AA.VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, a cura di G. DALLA TORRE, Giappichelli, Torino 1993, p. 49 s. In materia si veda anche G. LO CASTRO, *Il diritto laico*, in AA.VV., *Il principio di laicità nello stato democratico*, a cura e con introduzione di M. TEDESCHI, Rubbettino, Soveria Mannelli 1996, p. 255 ss.

⁴⁴ ID., op. ult. Cit., p. 50 s.

⁴⁵ In tal senso era tutta la tradizione penalistica a proposito de c.d. «aborto terapeutico», e cioè dell'aborto procurato intenzionalmente dal sanitario per salvare la gestante da un grave pericolo per la sua vita. La dottrina giuridica riconnetteva tale fattispecie alle «scriminanti» o «cause di giustificazione» (ed in particolare allo stato di necessità), laddove cioè l'azione non contrasta con gli interessi della comunità, cioè laddove manca danno sociale come viceversa normalmente accade, perché in quelle determinate situazioni «è necessaria per salvare un interesse che ha un valore sociale superiore, o per lo meno uguale a quello che si sacrifica» (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 8° ed. a cura di L. CONTI, Giuffrè, Milano 1980, p.

notoriamente la fattispecie ricorrente nella prassi abortizionista – qualora il rapporto intercorra tra interessi non comparabili, quali ad esempio il diritto alla salute della madre ed il diritto alla vita del figlio.

Nel caso dell'aborto l'illiceità giuridica deriva dalla mancata valutazione degli interessi in gioco; anzi, dalla rinuncia stessa a quella tutela della parte più debole ed innocente nel rapporto, di contro alla parte più forte, che per vocazione è propria del diritto. Lo stesso dicasi per l'eutanasia. Difatti essa, in quanto procedura che coinvolge due soggetti (medico e paziente), altera la struttura relazionale del paziente, anche contro la volontà di costui e quindi asservendolo al proprio volere; sia nel caso in cui, al contrario, sia il paziente a poter pretendere dal medico l'atto eutanasi, asservendo costui e la sua professionalità alla propria volontà (sino al caso limite del soggetto che si ritenga, erroneamente, malato inguaribile e che da ciò sia stato indotto a pretendere dal medico l'intervento interruttivo della vita)⁴⁶.

Dunque nel caso dell'eutanasia la illiceità giuridica dell'atto deriva dal fatto che, nell'una come nell'altra fattispecie, una delle due parti in rapporto è fatta oggetto e schiava della volontà assoluta dell'altra. Come incisivamente affermato in un suo recente parere, il Comitato Nazionale per la Bioetica italiano «ritiene non etico riconoscere ai medici un simile potere. E ritiene di conseguenze che ove questo potere fosse legalizzato (come peraltro già avvenuto in alcuni ordinamenti giuridici) esso non solo altererebbe profondamente e irrimediabilmente l'identità della professione medica, ma la stessa fiducia che i consociati devono nutrire nel diritto»⁴⁷. Insomma: le leggi contro la vita privano di senso il diritto; esse sono il termine di arrivo d'una «battaglia contro il diritto»⁴⁸.

6. L'AGONIA DEL DIRITTO AGNOSTICO ED IL RUOLO DELLA CHIESA

222s. sulla disciplina penalistica dell'aborto in Italia prima della legge n. 194 del 1978 cfr. ID., *Parte speciale*, I. 6° ed., Giuffrè Milano 1972, p. 89 s.). Nelle scriminanti il fondamento politico – sostanziale della liceità del fatto viene individuato «nell'interesse mancante o nell'interesse prevalente o nell'interesse equivalente [...] Tutte le altre scriminanti postulano, invece, un conflitto di interessi, il cui bilanciamento si risolve con la prevalenza dell'interesse [...] o in base alla equivalenza degli interessi di pari valore» (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 1979, p. 219 ss.). Sull'illiceità morale dell'aborto terapeutico, in quanto uccisione diretta di un innocente, cfr. C. RIZZO, *Aborto terapeutico*, in *Dizionario di teologia morale*, diretto da F. ROBERTI E P. PALAZZANI, vol. II, 4° ed., Studium, Roma 1968, p. 13 ss. In generale cfr. G. D'AVANZO, *Interruzione della gravidanza*, in *Nuovo dizionario di teologia morale*, a cura di F. COMAPAGNONI – G. PIANA – S. PRIVITERA, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo 1990, p. 608 ss. e partic. P. 615.

⁴⁶ Cfr. in proposito S. COTTA, *Aborto ed eutanasia: un confronto*, in *Rivista di filosofia*, n. 25/27, 1983, p. 22.

⁴⁷ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere su Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, 19 luglio 1995.

⁴⁸ Sulla liberalizzazione dell'aborto come «battaglia contro il diritto» cfr. V. MATHIEU, *Prolusione*, in AA.VV., *Difesa del diritto alla nascita* (Atti del XXIII Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani: Roma, 7-9 dicembre 1972), Giuffrè, Milano 1975, p. 3 ss., in cui vedasi anche l'intervento di SERGIO COTTA, p. 97 ss.

Con molta efficacia si è parlato di recente, dinnanzi alle ricadute sull'ordine giuridico positivo del relativismo che segna la post – modernità, di «agonia del diritto agnostico»⁴⁹. Si è inteso così segnalare quel fenomeno per cui l'utopia di un diritto neutrale e, quindi, staccato da un ordine valoriale oggettivo (la morale, il diritto naturale), produce ineluttabilmente la crisi della legalità e della stessa legittimità.

Secondo il «diritto agnostico», frutto dell'ideologia liberal – radicale fondata sull'agnosticismo religioso ed il relativismo morale, la razionalità delle leggi è data soltanto dalle decisioni della maggioranza su quanto si debba permettere o tollerare; dalla capacità del legislatore di emanare una regola capace di salvaguardare una pluralità di etiche e, quindi, di prassi giuridicamente legittime.

La crisi è evidente agli occhi di tutti. In effetti in ordinamenti democratici fondati sul relativismo etico, lo stesso diritto positivo è minato, nella misura in cui non appare più vincolato alla tutela della verità e dei valori oggettivi nei quali si sostanzia la dignità della persona umana. Difatti esso è, di volta in volta, portato a privilegiare, nella dinamica sociale, le ragioni del più forte, con evidente alterazione di ogni giustizia nelle relazioni umane. E d'altra parte il progressivo dilatarsi del fenomeno delle obiezioni di coscienza rivendicate, al fondo del quale è la frammentazione del corpo sociale e l'impossibilità di ogni convivenza, sta ad indicare una estesa delegittimazione del diritto positivo, la cui forza e la cui effettività in ultima analisi riposano nella rispondenza che la norma ha nella coscienza individuale, piuttosto che nel timore della sanzione.

La crisi del diritto, a sua volta, porta a privilegiare, nella dinamica sociale, le ragioni del più forte, con evidente alterazione di ogni giuridicità nelle relazioni umane e con conseguente violazione dei diritti umani. Dalle considerazioni che si sono venute sviluppando sin qui, risulta che ogni autentico rinnovamento della vita della comunità politica passa attraverso il recupero della consapevolezza della verità dell'uomo, dei valori morali oggettivi di cui si sostanzia la sua dignità, dei diritti inalienabili della persona come diritti iscritti in un ordine giuridico eguale sempre, dappertutto, per tutti.

Tale rinnovamento passa, ancora, attraverso una piena coscienza della non distinguibilità fra una morale pubblica ed una morale privata; della stretta solidarietà, quanto a contenuti etici, dei rapporti dell'uomo con Dio, con se stesso, con gli altri; dello stretto nesso che lega, pur nell'innegabile diversità che segna i due ambiti, morale e diritto. Il sentire etico, radicato e diffuso nel corpo sociale, è un pre-requisito della democrazia e pertanto lo Stato deve restituire all'etica ed al diritto il primato sulla politica.

In siffatta prospettiva, si deve restituire alla religione il ruolo pubblico che ad essa compete. Una particolare responsabilità grava, dunque, sulla Chiesa, Madre e Maestra, chiamata a «dare il suo giudizio morale, anche su cose che riguardano l'ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali

⁴⁹ J. HERRANZ, *L'agonia del diritto agnostico*, in *Studi cattolici*, n. 397-98, 1994, p. 166 ss.

della persona o della salvezza delle anime»⁵⁰. Quella Chiesa che, diceva già Agostino, deve «insegnare ai re a essere previdenti verso i popoli e ad ammonire i popoli ad essere buoni sudditi del re»⁵¹.

La *potestas magisterii* della Chiesa ed il congruente operare del popolo cristiano nell'esplicazione delle faccende terrene, possono offrire un contributo originale ed importante. Si direbbe, anzi, che è precisamente su questo terreno il ruolo «politico» proprio della Chiesa: nutrire il tessuto sociale di valori etici, senza i quali la democrazia diventa mera regola del gioco nello scontro fra interessi e il diritto positivo strumento autoritario di imposizione del volere del più forte.

DIRITTI FONDAMENTALI E BIODIRITTO

1. G. DALLA TORRE, *Gli interventi umanitari: le ragioni del diritto*, in «Iustitia» 1/1994, pp. 36-45;

1. *Questioni terminologiche e questioni sostanziali*

Le evoluzioni dei rapporti internazionali e delle situazioni interne degli Stati sono venute ponendo sempre più l'attenzione degli studiosi, e non solo di costoro, la questione dell'ambito e dei limiti delle esperienze di solidarietà internazionale, nel rispetto di un equilibrato rapporto fra le ragioni delle sovranità nazionali e le ragioni della tutela dei diritti umani.

Si tratta di una questione divenuta di particolare e drammatica attualità negli ultimi tempi (si pensi alle tragiche vicende che segnano la cronaca più recente in varie parti del globo: dalla ex Jugoslavia alla Somalia), sulla quale è stata richiamata l'attenzione dei giuristi da parte della più alta cattedra. Più volte Giovanni Paolo II ha rivolto, infatti, espliciti e pressanti inviti perché, in rapporto ad un quadro normativo certamente lacunoso e ad una tradizione giuridica senza dubbio non favorevole, gli studiosi del diritto

⁵⁰ CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo *Gaudium et spes*, § 76.

⁵¹ AGOSTINO, *De moribus Ecclesiae catholicae*, I, cap. 30, n. 63, PL 32, 1336.

indaghino su ambiti, modi, limiti di interventi della comunità internazionale, che possano giungere fino all'ingerenza nelle questioni interne degli Stati, dettate da ragioni umanitarie.

Siffatto, autorevole invito interpella in modo speciale, nella vocazione e nella condizione professionale loro proprie, i giuristi cattolici, che da sempre hanno posto a specifico e principale oggetto della loro riflessione scientifica quel problema dei diritti umani che, a ben vedere, costituisce moderna espressione nella quale si manifestano le perenni e ricorrenti ragioni del diritto naturale.

Le tematiche soggiacenti il tema degli interventi umanitari non possono trovare un serio approfondimento, senza un adeguato approccio metodologico che prenda le mosse dalla stessa questione terminologica.

È di comune esperienza, infatti, notare che nel linguaggio corrente, soprattutto nell'uso dei *mass-media*, espressioni come «interventi umanitari» ed «ingerenze umanitarie» vengono usate indifferentemente, quasi abbiano il medesimo significato. Ragioni di maggior precisione concettuale, che sono indispensabili al giurista per poter addivenire a conclusioni chiare e corrette, sembrano invece dover imporre una distinzione. Da un lato gli *interventi umanitari*, locuzione in cui vanno ricomprese tutte quelle politiche e quelle iniziative di aiuto a paesi in difficoltà per ragioni diverse (sottosviluppo, calamità naturali, guerre civili, ecc.), caratterizzate da aiuti economici, ovvero dalla prestazione di beni e servizi (si pensi agli aiuti alimentari o sanitari, ai programmi di cooperazione, ecc.), che hanno ormai alle spalle non solo una certa prassi, ma anche una qualche normazione interna ed internazionale. Dall'altro lato le *ingerenze umanitarie*, espressione sotto la quale più propriamente si vogliono indicare quelle azioni dirette sul territorio ed a favore della popolazione di un determinato Stato, caratterizza in genere anche dall'uso della forza e giustificate in ragione della tutela dei diritti umani, nelle quali la solidarietà internazionale si esplicita in attività al tempo stesso assistenziali e di polizia. Si tratta di azioni che non possono vantare una normazione altrettanto consistente.

Il discrimine tra gli interventi umanitari e le ingerenze umanitarie, dinnanzi alla stessa ragione legittimatrice data dalla esigenza di tutela della persona umana, può essere più propriamente individuato per rapporto al principio di sovranità. Gli interventi umanitari, infatti, non contraddicono la sovranità dello Stato verso il quale sono diretti, ma esplicitano nel rispetto di questa e nell'ambito di una cooperazione internazionale che esprime la volontà positiva dello stato ricevente; le ingerenze umanitarie, al contrario, si pongono in contrasto con quella sovranità statale di cui il principio di non ingerenza costituisce uno dei contenuti concreti, in ragione del primato dell'uomo sullo Stato e, quindi, dei diritti umani sulle pretese della sovranità.

L'espressione *interventi umanitari* può d'altro canto essere assunta anche con un significato più ampio e generico, volto ad indicare sia gli interventi che le ingerenze che trovino giustificazione in ragioni di solidarietà umana. Ed in questo senso più generico l'espressione è posta ad indicare l'oggetto dell'indagine che qui viene affrontata, offrendo così la possibilità di approfondire l'una e l'altra questione.

2. I profili di diritto internazionale, tra norma e prassi

La questione degli interventi umanitari presenta diversi profili: etici, culturali, sociali, economici, politici. In questa sede essa verrà affrontata sotto il profilo giuridico, e non solo per motivi di carattere soggettivo, giacché a studiosi ed operatori del diritto può seriamente essere domandato di contribuire all'approfondimento di una tematica così complessa soltanto *iuxta propria principia*; ma anche per motivi di carattere oggettivo, nel senso che proprio nei principi generali del diritto è possibile rinvenire ragioni e legittimazione di interventi umanitari destinati a spingersi, se necessario, fino all'ingerenza negli *interna corporis* delle sovranità statuali.

In rapporto a tali principi generali il primo piano d'indagine si svolge sul terreno del diritto internazionale. Per vedere più chiaro nella questione, occorre partire da una constatazione. E cioè che gli interventi umanitari hanno una debole fondazione sul piano del diritto internazionale scritto, dove forte risulta l'affermazione dei principi di non ingerenza, di non intervento, del dominio riservato, che discendono dal più generale e fondante principio di sovranità dello Stato.

Viceversa gli interventi umanitari possono contare su un'antica e radicata tradizione nella vita internazionale. Per non andare troppo indietro nei secoli, basti ricordare che già il domenicano spagnolo Francisco de Vitoria, fra i più autorevoli rivendicatori dei diritti degli *indios* nei primi decenni della conquista spagnola del nuovo mondo, affermava la tesi che si può procedere in base al diritto internazionale contro uno Stato che nega ai propri cittadini i diritti fondamentali dell'uomo, come quello del libero esercizio delle pratiche religiose.

Una vera e propria prassi umanitaria comincia a svilupparsi nel secolo scorso. Le prime esperienze possono essere individuate negli interventi delle grandi potenze europee volte a proteggere i cristiani, sudditi dell'impero ottomano, dalle vessazioni che essi dovevano subire nello Stato di appartenenza in ragione della loro fede religiosa.

È interessante notare che, ieri come oggi, gli interventi umanitari sono in qualche modo collegati, direttamente o indirettamente, alla questione religiosa e volti anche ad assicurare la garanzia della relativa libertà ma soprattutto è da rilevare il valore giuridico, normativo, di tale prassi umanitaria, nella misura in cui – come è noto – il diritto internazionale generale prende vita innanzitutto dalla consuetudine che, nel tempo, si instaura nel relazionarsi degli Stati fra di loro.

Del resto anche sul piano del diritto internazionale scritto non mancano elementi che consentono, seppure in casi eccezionali come quello posto da ragioni umanitarie, l'ingerenza negli affari interni degli Stati. Difatti è vero che l'art. 2 par. 7 dello statuto dell'ONU ribadisce che nessuna disposizione può autorizzare le Nazioni Unite «ad intervenire in questioni che appartengono

essenzialmente alla competenza interna di uno Stato». Ma è altresì vero che l'art. 56 dello stesso statuto precisa che gli Stati membri si impegnano ad agire, collettivamente o singolarmente, in cooperazione con l'Organizzazione per raggiungere i fini propri, fra i quali è «il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione» (art. 55).

Rispetto a questo quadro normativo, certamente lacunoso ed insufficiente, ed anche all'esperienza giuridica maturatasi nella vita della comunità internazionale, la riflessione sui principi generali del diritto può fornire utili elementi di valutazione.

3. I profili di diritto interno, con riferimento ai principi costituzionali

Sia il tema degli interventi umanitari, sia quello delle ingerenze umanitarie, si prestano ad approfondimenti anche sotto l'angolo di visuale del diritto interno italiano.

In particolare, per quanto attiene all'ordinamento costituzionale, il primo e fondamentale richiamo da fare all'art. 2 Cost. sono a tutti ben noti i problemi interpretativi che pone questa disposizione, sia per quanto riguarda l'ambito soggettivo garantito, vale a dire se ed eventualmente in quale misura anche gli stranieri siano titolari dei diritti e dei doveri ivi enunciati; sia per quanto riguarda l'ambito oggettivo, in specie se la disposizione si ponga come norma riassuntiva dei diritti enunciati nei vari articoli della Costituzione o se, invece, debba considerarsi come norma aperta, attraverso la quale viene operata una sorta di adattamento automatico dell'ordinamento all'emergere dei diritti fondamentali nell'esperienza giuridica, segnatamente in quella internazionale.

Certo è che la ricerca del fondamento e della legittimazione di interventi al di fuori del territorio dello Stato, ed in particolare di interventi che, per ragioni umanitarie, possono anche giungere all'uso della forza, passa necessariamente attraverso l'art. 2 della Costituzione. Non è forse superfluo rilevare al riguardo che detto articolo, insieme a pochissimi altri – si pensi in particolare all'art. 3, dove è sancito il principio di eguaglianza in senso formale e sostanziale –, consente quella che Jemolo chiamava la «forza espansiva della Costituzione», cioè la capacità di adeguamento di un testo costituzionale storicamente datato alle sempre nuove esigenze poste dalla mutevole realtà. Un adeguamento che peraltro, grazie al dettato dello stesso art. 2, rimane pur sempre vincolato al rispetto di quei valori giuridici pre – positivi, che vengono prima della Costituzione e che l'esperienza giuridica porta progressivamente a scoprire, a conoscere, ed affermare.

Ora nel caso specifico degli interventi umanitari e delle ingerenze umanitarie, il generalissimo impegno della Repubblica a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. può, nell'odierno contesto internazionale, legittimare atti interni ed atti esterni volti a contribuire a rendere

concreto il rispetto universale e l'osservanza dei diritti e delle libertà fondamentali. La particolare formula dell'articolo in esame può, in altre parole, consentire un ripensamento delle responsabilità che lo Stato Italiano ha, oggi, in rapporto alla tutela dell'uomo, al di fuori dei consueti limiti territoriali e personali che discendono dalle tradizionali concezioni della sovranità statale.

Un'altra disposizione costituzionale il cui richiamo appare necessario è quella contenuta nell'art. 11 Cost., dove è posto, fra l'altro, il principio del ripudio della guerra e, quindi, del ricorso all'uso della forza nelle relazioni internazionali. L'interpretazione dominante, secondo cui la norma in questione legittimerebbe l'uso delle armi solo nell'ipotesi di una guerra difensiva, deve ora essere riconsiderata alla luce delle esigenze che vengono ponendosi in ordine ad interventi militari italiani, fuori del territorio nazionale, motivati da ragioni umanitarie, coerenti con la direttiva costituzionale sulla garanzia dei diritti inviolabili ed in ottemperanza di precisi impegni contratti in sede internazionale. Tra l'altro lo stesso art. 11 Cost., disponendo che l'Italia «consente [...] alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» e che essa «promuova e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo», fonda e legittima impegni – come quello contenuto nell'art. 56 dello statuto dell'ONU –, che vincola fra l'altro l'Italia ad agire, da sola o insieme ad altri Stati, perché i diritti umani siano riconosciuti e concretamente garantiti anche al di fuori del proprio territorio.

In altre parole è necessario che, sotto l'angolazione propria del diritto costituzionale, sia apra una riflessione sulla portata dell'art. 11 Cost., sia per quanto riguarda le potenzialità ancora inesprese in rapporto all'azione internazionale dell'Italia, sia anche per quanto riguarda i limiti inviolabili che esso segna nel ricorso alla forza armata. Ed al riguardo è interessante rilevare come proprio nell'art. 11 Cost. ricompaia quel principio di reciprocità, che quanto alla condizione giuridica dello straniero l'art. 10 Cost. ha espunto dal nostro ordinamento. Nel senso che le limitazioni alla sovranità dello Stato Italiano, giustificate dalla formazione di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia nei rapporti internazionali, sono legittimate a condizione di parità con gli altri Stati. Sicchè affievolite risultano, da questa angolazione prospettica, le prerogative e le pretese di non ingerenza, discendenti dal principio di sovranità, negli altri Stati.

Nell'art. 2 Cost., dunque, sono posti i binari entro i quali può configurarsi la legittimità di un intervento italiano negli *interna corporis* di altri Stati, laddove fosse necessario anche attraverso gli strumenti che sono approntati dall'apparato militare dello Stato.

Infine può essere utilmente richiamato l'art. 52 Cost., che consacra il «sacro dovere» del cittadino di difendere la Patria e pone, all'ultimo comma, il principio per cui l'ordinamento delle forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica. Come metteva in evidenza l'indimenticabile Vittorio Bachelet nei suoi studi sull'ordinamento militare, questo principio di democrazia interna non deve essere interpretato secondo i criteri ed i canoni della democrazia politica e rappresentativa, inconcepibili ed inattuabili in un rapporto del tutto peculiare com'è quello militare.

Il richiamo allo spirito democratico che deve ispirare l'ordinamento militare sta, invece, a significare l'adesione e l'armonizzazione di questo a quei grandi valori che segnano il nostro ordinamento costituzionale, fra cui appunto quelli sottesi all'art. 2 Cost. a proposito dei diritti inviolabili dell'uomo, ovvero quelli soggiacenti all'art. 11 Cost., sulla pace e la giustizia *fra* gli stati, che non possono realizzarsi senza pace e giustizia *negli* Stati.

4. *Ragioni umanitarie e politica di presenza della Santa Sede nella vita internazionale*

Un'ultima riflessione vien fatto di fare proprio in rapporto alla fonte dell'invito rivolto ai giuristi, perché riflettano su interventi ed ingerenze umanitarie. Nel senso che negli ultimi tempi, si è potuto registrare un mutamento nelle ragioni e nei modi della presenza della Santa Sede nell'ambito della vita internazionale. Tale mutamento può essere colto e riassunto in due grandi linee direttive.

La prima è caratterizzata dall'abbandono progressivo di quello che era stato, per secoli, il consueto orientamento della Santa Sede nei rapporti internazionali, vale a dire la rivendicazione della propria libertà (l'antica idea della *libertas Ecclesiae*) e dei propri diritti; libertà e diritti funzionali all'espletamento della missione propria della Chiesa. Tale orientamento appariva strettamente connesso con le ragioni stesse della politica di presenza nell'ordinamento internazionale sviluppata dal papato, nei secoli XVII e XVIII, per emancipare la Chiesa – ed in particolare le Chiese locali – dall'assorbente pressione degli Stati giurisdizionali; per sottrarre la stessa Chiesa dalla totalizzante giurisdizione di questi; quindi per recuperare nell'ambito dell'ordinamento internazionale, a favore dell'istituzione ecclesiastica, quella libertà e quell'autonomia di cui essa poteva essere privata all'interno degli ordinamenti nazionali, o che da questi erano messe in pericolo.

Oggi l'impegno della Santa Sede nella comunità internazionale sembra piuttosto essere caratterizzato dall'obiettivo primario della promozione dei diritti umani, cui solo in via secondaria ed eventuale accede la difesa della libertà e dei diritti della Chiesa, se minacciati.

La seconda è data dal fatto che la crescente presenza della Santa Sede nel commercio internazionale, nei decenni più vicini a noi è stata caratterizzata – almeno nel giudizio di molti, e non senza fondamento – da una politica di allineamento alle posizioni del fronte terzomondista. Nel senso che molto spesso la Santa Sede si è trovata allineata, nell'attività internazionale, sulle posizioni dei Paesi del Terzo Mondo.

Quali le ragioni di questo fenomeno? Molto probabilmente esse vanno ricercate nel fatto che la Santa Sede, e quindi la Chiesa Cattolica, non potevano né possono condividere una concezione del diritto internazionale com'era quella affermata con la pace di Westfalia e consolidata nel corso del tempo, incentrata sul principio di sovranità, fondata sul principio di potenza, caratterizzata da una visione del

diritto inteso come forza (*jus quia iussum*). In altre parole il diritto internazionale ereditato dal passato era il diritto espresso ed imposto in qualche modo dalle grandi potenze, più che un diritto rispondente alle ragioni di un ordine giusto (*jus quia iustum*). Di conseguenza un diritto che i nuovi Paesi, i Paesi del Terzo Mondo, venivano a trovarsi già elaborato ed imposto, senza aver potuto partecipare alla sua produzione.

L'allineamento della Santa Sede alle posizioni di questi paesi era la concreta ed ineludibile conseguenza, sul piano della politica internazionale, della non divisibilità da parte della Chiesa della filosofia giuridica sottostante a tale modello internazionale. Per la Chiesa il diritto non può che essere, secondo la natura sua propria, strumento di giustizia; esso non può mai essere strumento di dominio.

Oggi il quadro appare in mutamento. Grazie anche all'azione dell'ONU e delle Organizzazioni internazionali governative, sempre più ampia incisiva è la partecipazione di tutti gli stati, in condizione di parità, alla produzione del diritto internazionale; questo, di conseguenza, appare sempre meno rispondente alle ragioni delle grandi potenze. Ed in questo contesto si può registrare con interesse la partecipazione della Santa Sede stessa ai procedimenti delle norme di diritto internazionale, un tempo non ricorrente se non nella specifica e limitata attività concordataria. Al riguardo la sua attiva partecipazione alla Convenzione di Helsinki (1975) è emblematica.

Sembra che ci si stia avviando verso una nuova esperienza internazionalistica, cui è sottesa una concezione del diritto – non solo del diritto internazionale – più congruente con quella propria della Chiesa, precisata e ribadita più volte nel recente magistero sociale. Una concezione, ripeto, del diritto inteso come strumento di giustizia, non di potenza e di dominio.

In questo contesto, in rapporto al quale può risultare di grande utilità l'approfondimento della dottrina sociale della Chiesa sui rapporti fra gli Stati, anche la questione delle ingerenze umanitarie, e più in generale, degli interventi umanitari, viene a trovare una diversa e più coerente configurazione.

L'impegno dell'opera presente è, per i giuristi, di saper cogliere appieno i profili di novità che lo svolgersi dell'esperienza fa progressivamente intravedere, per poter poi contribuire a ripensare il diritto, e segnatamente il diritto internazionale, in armonia con le ragioni della persona umana piuttosto che con le pretese delle sovranità statuali.

2. G. DALLA TORRE, *Verso una nuova cittadinanza, in Il Vangelo della carità. Una risposta da Palermo*, Centro S. Pedro Arrupe, Palermo, 1995, pp. 59-74

1. *La cittadinanza: le evoluzioni semantiche di un termine*

Il termine cittadinanza appartiene al novero sempre più numeroso di espressioni che, nel nostro tempo, conoscono una singolare evoluzione semantica: dallo specifico al generale, dal tecnico al generico. Si tratta di un fenomeno che non sempre – anzi: quasi mai – ha caratteri positivi, manifestando piuttosto il corrompersi di quella chiarezza di concetti, di categorie, di termine, che è a sua volta significativo disvelamento di una cultura in declino, incapace di usare un linguaggio rigoroso, e quindi, di farsi comprendere senza equivoci e fraintendimenti.

In particolare il termine cittadinanza, derivato dal latino *civitas*, aveva tradizionalmente un'accezione chiara, precisa, univoca, consolidata, propria al terreno politico giuridico. Esso stava, infatti, ad indicare l'appartenenza di un individuo ad una determinata comunità politica; appartenenza che ne definiva lo *status*, la condizione giuridica, come fascio di diritti e di doveri propri ed esclusivi dei componenti la comunità stessa.

Ancora oggi nel diritto pubblico, e segnatamente nel diritto costituzionale, il termine cittadinanza ha un significato tecnicamente ben preciso, stando ad indicare l'appartenenza di un soggetto ad un determinato Stato. Si tratta di un termine che ha rilievo sotto un duplice profilo: da un lato esso è strumentalmente destinato ad individuare il popolo, cioè uno degli elementi costitutivi dello Stato, dato appunto dall'insieme di tutti coloro ai quali l'ordinamento giuridico statale assegna lo stato di cittadini; dall'altro lato esso indica il presupposto dei diritti e dei doveri civili e politici, che sono propri ed esclusivi di coloro che appartengono a quel determinato Stato. Così, ad esempio, la nostra Costituzione dispone che il diritto di elettorato attivo e passivo appartiene a tutti «i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età» (art. 48, primo comma), e soltanto a loro; così, ancora, dispone che la «difesa della Patria è sacro dovere dei cittadini» (art. 52, primo comma) o che «tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi» (art. 54, primo comma).

Oggi il termine cittadinanza viene progressivamente acquistando significati molteplici, diversi e sfuggenti, che vanno al di là del terreno propriamente giuridico, e che finiscono per invadere quello storico, politologo, economico, filosofico, soprattutto sociologico, con particolare riferimento ai lineamenti dello Stato solidarista e sociale.

L'effetto dell'odierno rinvio ad un orizzonte semantico vasto e spesso non chiaramente definito, può portare ad una certa ambiguità nell'uso del termine cittadinanza. Nel nostro caso tuttavia il ricorso

ad esso si giustifica, e quindi ha in sé una certa ed evidente positività, in quanto capace di evocare la novità e la complessità dei problemi che il forte mutamento sociale ed il declino dello Stato moderno, come forma tipica e forte di organizzazione della comunità politica, portano con sé.

2. *Ascesa e declino dell'idea di cittadinanza*

Per chi guarda al divenire della storia con occhio attento a cogliere gli elementi di continuità e quelli di difformità, la categoria della cittadinanza costituisce senza meno un campo di analisi interessante e significativo.

Difatti essa ha sempre svolto, dal punto di vista politico – giuridico, la funzione di indicare l'appartenenza alla comunità politica. Ma di contro a questa costante, si debbono rilevare nelle varie epoche differenze non trascurabili. Nell'età classica, ad esempio, quella categoria viene a marcare la distinzione fra cittadino e straniero, nel senso di una concezione del diritto inteso quale vincolo fra i membri di una comunità su cui si fonda lo *status civitatis*, ed i cui effetti non si estendono a quanti ad essa sono estranei. Un'idea di diritto, per la quale solo il *civis* può avere la piena capacità giuridica, mentre lo straniero può semmai aspirare al riconoscimento di una limitata capacità di agire, nei ristretti ambiti in cui ciò sia conforme, o comunque non contrario, agli interessi della comunità politica considerata nella sua complessità e nei suoi singoli componenti. *Civis romanus sum*: l'affermazione dell'apostolo Paolo è, come a tutti ben noto, la rivendicazione della pienezza dei propri diritti in quanto appartenente alla comunità politica romana, diritti fra cui quello di essere giudicato dal tribunale dell'imperatore a Roma (cfr. *Atti* 25,12) e, prima ancora, di non essere sottoposto a tortura (cfr. *Atti* 22, 22-29).

Diverso il ruolo che la categoria della cittadinanza viene a svolgere agli albori dell'età contemporanea. Di fronte alla strutturazione della società per classi, tipica delle società d'*ancien régime*, in ragione della quale diversa era la pressione dell'ordinamento giuridico nei confronti delle persone a seconda della loro classe sociale e nonostante l'appartenenza di tutte alla stessa comunità politica, la Rivoluzione francese afferma la categoria del *citoyen* come unica ed egemonizzante, dal punto di vista del diritto, il far parte della comunità politica. Essa non serve soltanto a marcare la distinzione tra cittadino e straniero, ma anche a definire una posizione di assoluta eguaglianza, quanto a condizione giuridica, degli appartenenti alla medesima comunità politica. Nei confronti di costoro l'ordinamento giuridico si dispiega con la medesima forza, senza distinzione alcuna.

Insomma: se all'esterno dello stato la categoria di cittadinanza rafforza in qualche modo, con la distinzione rispetto allo straniero, la contrapposizione fra amico e nemico; all'interno dello Stato, viceversa, essa tende ad abbattere tale contrapposizione fra classi.

La condizione giuridica di ciascun cittadino, così come le relazioni intersoggettive degli appartenenti alla medesima comunità politica, sono giuridicamente definite secondo le linee valoriali

segnate, insieme, dalle *liberté, dall'égaliè, dalla fraternité*. Nel caso delle prime due, si tratta di valori la cui affermazione è difficile, ma progressiva. Viceversa per la *fraternité*, giacché questa può solidamente radicarsi ed affermarsi solo in una visione religiosa del mondo e della vita, che porta a sentire la comune discendenza («Padre nostro», recita la preghiera cristiana per eccellenza), per la quale appunto si è fratelli e ci si riconosce tali.

La grande rivoluzione, figlia dell'illuminismo scettico e irreligioso, non poteva fornire giustificazioni accettabili e condivisibili del principio di fraternità, che non a caso rimase (e rimase sostanzialmente) lettera morta.

La categoria del *citoyen*, comunque, non ha una affermazione immediata nelle sue radicali potenzialità. La forma di Stato che si afferma a seguito del moto rivoluzionario, cioè lo Stato democratico e di diritto, realizza progressivamente, e non senza battute di arresto e contraddizioni, il principio di eguaglianza che quella categoria comporta. Si pensi soltanto alla materia elettorale, per rapporto alla progressiva estensione dei diritti relativi, fino alla – tardiva – affermazione del suffragio universale. In Italia, come noto, nonostante l'art. 24 dello Statuto albertino dicesse che «tutti i regnicoli godono ugualmente dei diritti politici» (ma, aggiungeva, «salve le eccezioni determinate dalle leggi»), i diritti in materia elettorale furono riconosciuti a tutti i cittadini di sesso maschile solo nel 1912, mentre l'estensione del voto alle donne si ebbe soltanto nel 1946.

Non c'è dubbio, tuttavia, che dopo una lunga ascesa, la categoria della cittadinanza conosca ormai una fase di declino. Molte le ragioni di tale fenomeno, che non è dato in questa sede di investigare. Qui preme soprattutto notare che siffatto moto discendente si coglie, per dir così, sia *ab intra* che *ab extra* della comunità politica, cioè sia per rapporto ai cittadini che per rapporto agli stranieri.

Nei confronti dei primi, infatti la categoria della cittadinanza, intesa come indicatore di appartenenza ad una comunità politica, segnata dalla compresenza di diritti e di doveri eguali per tutti, senza distinzione, è posta in crisi dall'affermazione del principio di eguaglianza in senso sostanziale. Perché questo postula che il parametro sul quale misurare l'eguale trattamento giuridico non sia quello, generalissimo, dell'appartenenza alla stessa comunità politica, bensì quello dell'appartenenza, all'interno di detta comunità, a categorie che presentino situazioni di fatto omogenee (i minori, le donne, gli anziani, i lavoratori, gli handicappati, ecc.). la rivendicazione del «diritto alla diversità» o meglio, del diritto alla propria identità, che caratterizza oggi in molti casi il dibattito sull'eguaglianza, costituisce un indice assai eloquente di come l'affermazione del principio di eguaglianza in senso sostanziale contribuisca a mettere in crisi una categoria, come quella di cittadino o di cittadinanza, nella misura in cui questa s'era affermata negli ultimi due secoli soprattutto sul principio, opposto, della pari pressione dell'ordinamento giuridico nei confronti di tutti i conoscitori, senza distinzione alcuna.

Anche nei confronti degli altri, gli stranieri, detta categoria risulta ormai debole e cedevole. Si tornerà più avanti sul punto, ma è certo che tanto più progredisce la teoria e, soprattutto, l'esperienza dei

diritti umani, come spettanze di ogni uomo, sempre, dappertutto, quanto più viene tendenzialmente ad omogeneizzarsi la posizione giuridica fondamentale dello straniero rispetto a quella del cittadino. Sembra quasi che l'esperienza giuridica contemporanea venga a riprendere ed a portare alle più coerenti conclusioni i principi che già il mondo classico, quasi al suo declinare, aveva acquisito. Vale a dire il superamento, nelle elaborazioni dello *jus gentium*, dell'idea primitiva del diritto come vincolo esclusivo fra membri di una stessa comunità, i cui effetti non si estendono a quanti fuori di essa.

3. *Le nuove dimensioni della cittadinanza: a) dalla cittadinanza politica alla cittadinanza economica e sociale*

L'esperienza giuridica mostra egregiamente i limiti della cittadinanza politica, cioè di un'appartenenza qualificata dalla compresenza di diritti e di doveri che si pongono formalisticamente sul piano politico – giuridico, sul terreno dei diritti costituzionalmente garantiti.

Si tratta di un'osservazione che vale non solo per i diritti tecnicamente definiti come politici (diritto di elettorato attivo e passivo, diritti di associarsi in partiti politici, libero accesso agli uffici pubblici ed alle cariche elettive ecc.), ma anche per questi. Al riguardo basti pensare che con l'abbassamento della maggiore età a diciotto anni, nel 1975, l'esercizio dei diritti politici venne esteso a più ampie fasce di popolazione; eppure c'è ormai chi si pone l'interrogativo del perché i minori degli anni diciotto – ad esempio gli infrasedicenni – non possano vedere riconosciuto, almeno in parte, l'esercizio di diritti politici, quantomeno a livello locale e soprattutto in rapporto alle questioni che direttamente li riguardano, quando ciò è ormai garantito in altri ambiti della legge. Si osserva in merito che in più casi il legislatore ammette i cosiddetti «grandi minori», cioè i minori che hanno raggiunto una adeguata maturità, a compiere delle scelte significative per la loro vita, mediante il diretto esercizio dei diritti loro riconosciuti dall'ordinamento: si pensi, ad esempio, alle nuove disposizioni concordatarie, che consentono al minore di scegliere o meno l'insegnamento della religione cattolica, all'atto dell'iscrizione alla scuola secondaria superiore; si pensi alle disposizioni del codice civile che, sia pure previo accertamento del tribunale dei minorenni, consentono ai minori infrasedicenni di contrarre matrimonio.

È dunque singolare che i minori siano totalmente esclusi dall'esercizio di diritti politici, quando pure sono ammessi a compiere direttamente determinate scelte di vita, ben più gravi ed incisive. A ben vedere, tuttavia, la questione involge la più ampia tematica dei diritti fondamentali.

Proprio il tema dei diritti fondamentali e del loro personale e diretto esercizio da parte dei minori risulta esemplare nel cogliere gli odierni limiti della cittadinanza politica. Una questione sulla quale – come noto – la dottrina giuridica e la giurisprudenza si arrovellano da tempo, per trovare il punto di equilibrio tra due principi dotati di una forte consequenzialità logica: il principio per il quale non è data possibilità di rappresentanza e di sostituzione (dei genitori, e del tutore ecc.), in diritti personalissimi, quali

ad esempio quelli relativi alle scelte di vita, in materia politica, ideologica, religiosa ecc.; il principio per il quale occorre una sufficiente capacità perché si possa parlare di effettivo, perché consapevole, libero, responsabile esercizio di diritti, che tanto profondamente incidono nella sfera del soggetto. Può dirsi, dunque, che i minori costituiscono in qualche modo una categoria la cui cittadinanza è dimezzata.

Ma l'esperienza, italiana e straniera, ha fatto conoscere molti altri e diversi casi dai quali si sono evidenziati i limiti della cittadinanza intesa in senso tradizionale. Basti pensare all'influsso delle ideologie sulla concreta definizione dello statuto della cittadinanza. Prima della caduta, nel 1989, dei famosi muri, ordinamenti giuridici pure indiscutibilmente democratici prevedevano per ragioni ideologiche il divieto di accesso negli uffici ed a determinate cariche pubbliche ad alcune categorie di cittadini, a causa delle idee politiche professate. Sono del tutto evidenti e persino comprensibili le ragioni di tale esclusione, se si pensa da un lato alla grande spartizione di Yalta e dall'altro alla tragica divisione in due della Germania; ma altrettanto evidenti sono i limiti della cittadinanza politica derivanti dal fattore ideologico.

Ma a prescindere da questi esempi, in fondo del tutto singolari, si deve tuttavia riconoscere che in concreto la cittadinanza intesa nella tradizionale accezione non assicura una partecipazione piena ed effettiva di ognuno alla comunità politica di appartenenza. E ciò, nonostante i riequilibri posti in essere dal principio di eguaglianza in senso sostanziale.

Non c'è dubbio cioè che esistono fasce di cittadini i quali hanno, per le ragioni più diverse, un'appartenenza debole alle comunità politica. Nel senso che non sono in grado di far valere appieno, o quantomeno sufficientemente, le proprie ragioni e la propria volontà, in rapporto alle scelte che la comunità politica viene ad operare, a livello nazionale così come nelle sue diverse articolazioni territoriali.

In alcuni casi tale appartenenza «debole» deriva da ragioni che sono propriamente economiche. In una società mercantile come la nostra, nella quale, primeggia l'aver sull'essere, i giovani, gli anziani, i disoccupati, i disabili, i detenuti e via dicendo, costituiscono fasce di popolazione cui il riconoscimento della cittadinanza in senso formale non comporta un effettivo riconoscimento sociale ed un concreto peso nelle determinazioni della società. Le cosiddette «povertà immateriali», come nel caso dei giovani o dei barboni; le povertà estreme, come nel caso dei malati di mente; le povertà che derivano dalle condizioni proprie di una società interculturale, costituiscono tutte cause di sostanziale ed effettiva emarginazione, che si riflettono sulla sfera della cittadinanza. In altre parole, sembra non poterci essere piena cittadinanza se non si ha un peso economico nella società, se non si è integrati nel mondo produttivo e del lavoro.

In altri casi quella appartenenza «debole» deriva da ragioni che sono più propriamente sociali. Si deve cioè riconoscere che l'appartenenza in senso politico ed economico alla comunità politica non è completa se manca quella che potrebbe definirsi anche una cittadinanza «sociale». Ciò in quanto le condizioni personali e sociali possono costituire ragione di una diversa influenza sulle determinazioni pubbliche, sulla espressione della volontà generale. Si pensi solo al caso delle minoranze: la loro

marginalità, rispetto alla composizione della società, rappresenta spesso la ragione di una cittadinanza che di fatto risulta essere parzialmente svuotata delle sue potenzialità.

Ma quella appartenenza può risultare depotenziata, in qualche modo lesa, anche da altri fattori che hanno una diversa incidenza. Si pensi soltanto alle discriminazioni giuridiche e sociali che possono derivare dalle modalità della nascita. Un tempo il problema si poneva per i figli che venivano detti «illegittimi»; oggi ci sono situazioni nuove di potenziale discriminazione. È il caso della legge da più parti auspicata che, per far fronte al disordine che attualmente caratterizza la cosiddetta «procreatica», impedisce ai nati da fecondazione artificiale eterologa di poter agire giudizialmente per l'accertamento della paternità. Una legge di tal genere è invocata per l'esigenza, del tutto comprensibile, di tutelare la segretezza dei donatori di seme, senza la quale le pratiche di fecondazione eterologa sarebbero pressoché impossibili. Ma è del tutto evidente che qualora il Parlamento varasse una legge del genere si produrrebbe immediatamente una grave discriminazione fra cittadini per motivi sociali, cioè per motivi attinenti le modalità della nascita, giacché ad una intera categoria di cittadini sarebbe interdetto l'esercizio di un diritto che pure è oggetto di previsione costituzionale.

Di carenze di una cittadinanza sociale può parlarsi anche in rapporto ad altri fenomeni: basti riflettere ai limiti che i tempi di lavoro impongono all'operatività della pur apprezzabile legislazione sul volontariato; ovvero ai limiti che, sempre i tempi di lavoro dei familiari, arrecano all'altrettanto apprezzabile legislazione sui portatori di handicap.

4. *Segue: b) gli stranieri*

Le tradizionali concezioni della cittadinanza politica sono messe in crisi anche dai nuovi, imponenti fenomeni immigratori, grazie ai quali la presenza di stranieri sul territorio nazionale diviene ogni giorno di più, da fenomeno marginale, fenomeno particolarmente consistente.

Al riguardo giova ricordare ancora una volta la singolarità degli effetti posti, sul piano dell'esperienza giuridica, della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, che pure costituì uno dei frutti più preziosi della grande Rivoluzione. Difatti, guardando con gli occhi della storia, si deve pur convenire sul fatto paradossale per cui il testo che segna la nascita nella espressione giuridica positiva dei diritti dell'uomo, e che quindi dovrebbe essere all'origine di una radicale eguaglianza fra cittadino e straniero, finì col divenire ragione legittimante di discriminazione tra essi. Nel senso che il fatto stesso di distinguere, nel testo normativo, i diritti dell'uomo da quelli del cittadino, indusse fatalmente alla lettura della condizione dello straniero come una sorta di uomo dimezzato, dai diritti limitati, dalla capacità giuridicamente depotenziata.

A ciò si aggiungano gli influssi deleteri, sul piano del diritto, del configurarsi della politica nel contesto della contrapposizione amico – nemico, cioè in un meccanismo di incorporazione ed esclusione al tempo stesso, che comporta una disparità sostanziale fra uomini, a seconda del possesso o meno dello *status civitatis*. L'affermazione del principio di reciprocità nei rapporti fra gli Stati, secondo il quale agli stranieri è riservato un trattamento giuridico uguale a quello che i rispettivi Stati di appartenenza riservano ai cittadini dello Stato ospitante, ha condotto fatalmente ad una sostanziosa negazione degli stessi diritti umani (anche di quelli definiti come «diritti civili», cioè comuni a tutti, cittadini e stranieri) a chi non può qualificarsi come cittadino. Il problema degli stranieri, in rapporto alle nuove configurazioni della cittadinanza, si pone in una duplice prospettiva.

La prima è quella, più evidente, data dalla situazione degli immigrati. Nel caso italiano essa riguarda in particolare coloro che vengono definiti come «extracomunitari», cioè i lavoratori stranieri che non godono della condizione giuridica comune a tutti i cittadini degli Stati appartenenti all'Unione europea.

Si tratta di soggetti che contribuiscono con il loro lavoro, intellettuale o manuale, al «progresso materiale o spirituale della società», secondo l'espressione dell'art. 4, secondo comma, della Costituzione; di soggetti che, in altre parole, contribuiscono in maniera evidente alla produzione della ricchezza nazionale e che non di rado svolgono attività alle quali gli italiani non intendono più dedicarsi, perché considerate non socialmente qualificanti o perché troppo onerose. Ebbene questi lavoratori, che pure soggiacciono alle leggi italiane, che pure pagano le tasse, che pure contribuiscono all'accrescimento della ricchezza nazionale, sono tuttavia esclusi dai benefici derivati dalla cittadinanza e dalla «effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», secondo il dettato del secondo comma dell'art. 3 della Cost. come è stato incisivamente esemplificato, anche il lavoratore extracomunitario che vive e lavora legittimamente, in una delle nostre città, paga ad esempio la tassa sui rifiuti urbani; tuttavia in quanto straniero non può partecipare ad eventuali *referendum* consultivi indetti dall'amministrazione comunale per migliorare, con le modalità di raccolta, il servizio municipale in materia.

In altre parole si pone anche qui la questione del superamento dell'antica idea di cittadinanza, per una nuova accezione che, sia pure con distinzioni e graduazioni, definisca in maniera nuova l'appartenenza ad un determinato sistema giuridico e sociale, individuando i diritti e doveri relativi.

Al riguardo giova notare che la Convenzione di Strasburgo del 5 febbraio 1992 sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale, ha disposto l'estensione allo straniero di un certo numero di diritti e di libertà che un tempo erano propri del cittadino, fino al riconoscimento del diritto di voto alle elezioni locali. Ciò nella considerazione che – come è data leggendo nel *Preambolo* della Convenzione stessa – «i residenti stranieri solo a livello locale generalmente sottoposti agli stessi doveri dei cittadini», così come nella consapevolezza «della partecipazione attiva dei residenti stranieri alla vita ed allo sviluppo della prosperità della collettività locale», nonché nella convinzione «della necessità di

migliorare la loro integrazione nella comunità locale, in particolare potenziando le possibilità di partecipazione agli affari pubblici locali».

L'Italia ha dato esecuzione alla Convenzione con legge 8 marzo 1994 n. 203, ma parzialmente, giacché ha escluso della stessa proprio la parte più significativa, vale a dire il riconoscimento ai residenti stranieri del diritto di veto alle elezioni amministrative (o elezioni locali, come lo definisce l'art. 6 della Convenzione). L'esclusione di questo diritto è dovuta al fatto che l'art. 48 della Costituzione riserva ai soli cittadini l'elettorato attivo e passivo.

Nonostante ciò, la legge n. 203 ha un peculiare rilievo nel garantire e promuovere una integrazione dei residenti stranieri nelle comunità cittadine. In applicazione di tale legge, ad esempio, è stato modificato lo Statuto del comune di Roma, per poi istituire in seno al Consiglio comunale ed ai Consigli circoscrizionali la figura dei consiglieri aggiunti, con voto consultivo, in rappresentanza degli stranieri legittimamente presenti nel territorio nazionale e residenti nella Capitale o aventi in essa il domicilio per ragioni di studio o lavoro.

Problema diverso è, evidentemente, quello degli stranieri all'estero. Qui sembrerebbe davvero che non possa in alcun modo evocarsi la questione cittadinanza. Eppure nell'età presente sempre più numerosi sono i problemi che acquistano una rilevanza planetaria; sempre più numerose e complesse sono le relazioni fra comunità nazionali; le ragioni della solidarietà travalicano ormai sempre più i confini nazionali.

Si tratta di fenomeni che, a ben guardare, pongono in evidenza nuovi limiti ai tradizionali modi di concepire la cittadinanza. Ogni giorno di più l'universalizzazione dei problemi, così come la planetarizzazione degli interessi, affievolisce la cittadinanza nazionale ed impone l'essere cittadini del mondo. Se ciò che accade in altre parti del globo non può più essere indifferente a ciascuno di noi, quale che sia la sua collocazione geografica o la sua appartenenza nazionale, ciò significa che le dimensioni della comunità politica si sono estese sino ai confini della terra. Il bene comune non può più essere inteso come il bene delle singole comunità locali o nazionali, bensì come il bene dell'intera famiglia umana.

Il tema degli interventi umanitari, che possono svilupparsi fin nelle ingerenze umanitarie, risulta emblematico al riguardo.

Come nell'apogeo dell'impero romano, allorchè la *Constitutio Antoniniana* del 212 venne ad estendere la cittadinanza romana a tutti gli abitanti del mondo conosciuto, così oggi la tensione è verso l'acquisizione di un concetto simile di cittadinanza, che porti a considerare l'orbe intero come *communis patria*. Un concetto di cittadinanza che giuridicamente si radica nei diritti umani e che da essi coerentemente si sviluppa.

La questione ecologica e la questione bioetica, che in maniera così incisiva segnano l'esperienza di questa fine di secolo, portano inesorabilmente ad allargare, dal punto di vista *diacronico*, i contenuti della categoria della cittadinanza.

Difatti tali questioni pongono nuovi problemi in ordine alle garanzie da assicurare alle generazioni future, circa l'ambiente esterno da un lato e il patrimonio genetico dell'uomo dall'altro. Il problema non è solo etico, politico, sociale, economico, scientifico o tecnologico. Esso ha una serie di ricadute anche sul terreno più strettamente giuridico, sul quale appunto le postulate garanzie sono pensate ed organizzate.

Ma qui si apre un capitolo nuovo per i giuristi, sul quale costoro non sono ancora attrezzati concettualmente per dare risposte adeguate ed efficaci. Si vuole fare riferimento al problema, concettuale e tecnico al tempo stesso, dato dal modo con cui poter tutelare i diritti di chi non è ancora nato; di chi, addirittura, non è stato ancora neppure concepito.

I giuristi, in altre parole, sono abituati a concepire la titolarità dei dritti in rapporto ad una persona sussistente: come recita tuttora l'art. 1 del codice civile, «la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita». La questione ecologica e la questione bioetica pongono, invece, una nuova categoria di *diritti senza soggetto*: così i diritti degli appartenenti alle future generazioni ad avere un ambiente naturale sano, non inquinato; ad avere un patrimonio genetico non manipolato. Si tratta di una categoria nuova, che a sua volta implica una nuova concezione della cittadinanza.

6. *Segue: d) i soggetti collettivi*

In tema di nuove dimensioni della cittadinanza, non può essere trascurato il peso che tuttora, ha sull'esperienza giuridica, una certa cultura d'ascendenza illuministica. Trattasi di una cultura che ebbe espressione già nella ricordata legge rivoluzionaria francese del 17 giugno 1791, detta legge Le Chapelier dal nome del suo presentatore; le formazioni sociali – dalla famiglia, alle comunità religiose, alle corporazioni dei mestieri etc. – erano da essa concepite come realtà nelle quali l'individuo viveva condizionato e costretto. L'affermazione dei diritti e delle libertà individuali, in altre parole, poteva effettivamente essere assicurata solo attraverso l'emancipazione dell'individuo dalle formazioni sociali.

Per avere il senso della diffidenza che il pensiero illuministico nutre nei confronti delle formazioni sociali, basti richiamare quella celebre pagina dell'opera di Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene*, che riguarda la prima delle formazioni sociali: la famiglia. «Funeste ed autorizzate ingiustizie – scrive Beccaria – furono approvate dagli uomini anche i più illuminati, ed esercitate dalle repubbliche più libere, per aver considerato piuttosto la società come una unione di famiglia che come una unione di uomini. Vi siano

centomila uomini, o vi siano ventimila famiglie, compresi il capo che le rappresenta: se l'associazione è fatta per famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottantamila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno centomila cittadini e nessuno schiavo». Ed aggiungeva: «Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo, lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o delle miserie degli uomini».

Si tratta di una concezione fragile, non vera, cioè non aderente alla realtà, la quale – come insegna l'esperienza comune – vede ognuno vivere e realizzare se stesso nel contesto di una fitta trama di relazioni sociali. Quella realtà che trova espressione, ma al tempo stesso giuridica garanzia, nell'art. 2 della Costituzione, laddove sono riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo «sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità».

In altre parole, il testo costituzionale coglie la realtà data dal fatto che, ordinariamente, le formazioni sociali non sono strumento di costrizione e limitazione della personalità individuale, bensì mezzi atti a favorire la sua piena esplicazione.

Nonostante il primato della Costituzione nel sistema delle fonti normative e la sua autorevolezza dal punto di vista valoriale, l'ordinamento giuridico risulta tutt'ora segnato profondamente dalla concezione individualistica che discende dall'età dell'illuminismo. Basti guardare la diffidenza che traspare dalla disciplina civilistica delle associazioni, il cui riconoscimento giuridico non a caso non è un diritto, essendo rimesso alla discrezionale valutazione della pubblica amministrazione; basti guardare alla pressochè completa irrilevanza della famiglia in quanto tale, rispetto ai servizi socio – sanitari. Questi risultano in buona sostanza ancora impostati con riferimento al singolo, anziché al gruppo familiare in cui si svolge la sua personalità.

Il problema delle nuove dimensioni della cittadinanza investe, dunque, anche il problema della cittadinanza dei soggetti collettivi. Ciò significa riconoscere loro, in quanto tali ed in maniera distinta rispetto ai singoli che li compongono, una soggettività giuridica, politica e sociale; significa considerare anche le formazioni sociali, come tali, membri della comunità politica, con specifici diritti e doveri.

Per quanto riguarda in particolare la famiglia (ma il discorso potrebbe essere esteso ad altre formazioni sociali, come le associazioni di volontariato ecc.), è necessario progettare la partecipazione ai processi di decisione pubblica. Non è sufficiente – anche se sarebbe già un grande passo avanti – considerare la famiglia come un «oggetto» da regolamentare ed a favore della quale attivare una serie di provvidenze e servizi. È necessario che essa possa divenire soggetto capace di intervenire efficacemente nelle determinazioni pubbliche, ai vari livelli, che possono incidere sulla sua sfera di operatività.

In questa prospettiva non è forse inutile richiamare il suggerimento, già fatto in altra occasione, di pensare ad una «Costituzione delle famiglie», da istituirsi nei vari livelli in cui si articola la comunità politica, fornita di incisivi poteri di proposta, di indirizzo, di controllo. Potrebbe, questo, essere uno

strumento utile per l'attivazione della famiglia nella funzione politica di società intermedia; per ridare quella cittadinanza che, per natura, le spetta.

7. *Cittadinanza e solidarietà*

Si è detto, in precedenza, che la solidarietà è il nuovo nome – secolarizzato – della non raggiunta *fraternità*, dalla quale venne la fondazione della moderna cittadinanza. Ma che cosa è la solidarietà? Non c'è dubbio che il termine esprima un'aspirazione che ha grande attualità. Difatti si tratta di un termine che è divenuto comune e ricorrente nel linguaggio politico, laddove cioè l'uso corrente della lingua più facilmente e prontamente si piega alla sensibilità del momento, al senso dei più. Ma accanto all'attualità, non si può non cogliere anche l'ambiguità di un termine, di cui ognuno può avvertire la polisemia. Solidarietà è ciò che spinge un'associazione di volontariato a servire i più deboli; ma solidarietà c'è anche nella società mafiosa. Anzi: la mafia sembra essere in alcuni casi il luogo nel quale maggiormente quel sentimento si esprime.

Né è possibile nascondersi il fatto che, non di rado, dietro vaghi richiami alla solidarietà, mal si celino programmi politici e sociali tutt'altro che solidaristici. Se si guarda alle proposte di alcune parti politiche, relativamente ad esempio ai lavoratori extracomunitari o ai nomadi, ci sarebbe da concludere piuttosto che la solidarietà è alla fine.

La realtà è che la solidarietà non è espressione vaga o contraddittoria, solo laddove la si colga nel senso suo proprio, che è quello di avere cura di sé in relazione con l'altro. La solidarietà esprime necessariamente una relazione: come la cittadinanza. Si è cittadini perché si è solidali; perché si coglie la dimensione fondamentale dell'«esserci»; perché si avverte che il bene personale è strettamente connesso col bene dell'altro, degli altri.

Sotto questo profilo la solidarietà viene prima, non dopo il diritto. Vero è che, come dice l'art. 2 della Costituzione, la Repubblica non solo riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, ma altresì «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Ciò significa che il diritto positivo – nel caso, alla sua massima espressione – può fondare, e concretamente fonda, doveri di solidarietà, che costituiscono i vincoli della cittadinanza.

Ma è altresì vero che non può sussistere il diritto positivo senza la sussistenza di vincoli di solidarietà nel corpo sociale; che il diritto positivo acquista effettività, cioè produce i suoi effetti, nella misura in cui sussista una solidarietà fra i componenti del corpo sociale, così come fra questi ed il legislatore. Per fare un esempio banale, la stragrande maggioranza dei consociati non uccide non per paura della sanzione, bensì per solidarietà con l'altro e per condividere delle ragioni che inducono il legislatore a punire penalmente l'omicidio.

La solidarietà ha molte facce: c'è una solidarietà paternale (che è cosa diversa da paternalista); c'è una solidarietà fraterna; c'è una solidarietà sociale, che si estrinseca non solo a livello di comunità politica, ma anche a livello delle formazioni sociali, *nelle e fra* le formazioni sociali.

Solidarietà esprime più l'essere «prossimo» che l'essere «socio»: in questo senso essa indica più precisamente le nuove dimensioni della cittadinanza. Queste, infatti, impongono il superamento della tradizionale concezione della *societas* come realtà assicuratrice di utilità personali, per allargarsi, positivamente, alla concezione della *communitas*, realtà nella quale ciò che è comune fonda sentimenti ed atteggiamenti solidaristici.

8. *Verso una nuova cittadinanza: il ruolo della Chiesa*

Il cammino per una nuova cittadinanza, lungo e non facile, non è lastricato solo di buone intenzioni politiche e di saggi interventi legislativi. Tutto questo è certamente necessario, ma non sufficiente. Il perseguimento dell'obiettivo chiede qualche cosa di più. È necessario promuovere una cultura ed un'etica, pubblica e privata, capaci di supportare modelli di comportamento aperti alla solidarietà, che è in definitiva il vincolo su cui si costruisce effettivamente la cittadinanza.

In questo contesto è richiesto un impegno dei singoli e delle varie agenzie formative, perché la consapevolezza di certe verità sull'uomo, per troppo tempo offuscate o negate, venga a ravvivarsi nella coscienza individuale e nel sentire comune. Ed in siffatto compito una particolare responsabilità grava sulla Chiesa, madre e maestra.

La *potestas magisterii* della Chiesa ed il congruente operare del popolo cristiano nell'esplicazione delle faccende terrene possono offrire un contributo originale ed importante al rinnovamento della vita sociale e politica, tale da configurare sostanziose ed efficaci nuove forme di cittadinanza. Si direbbe, anzi, che è precisamente su questo terreno il ruolo *politico* della Chiesa, tra proclamazione (della gerarchia) e testimonianza (del popolo di Dio); nutrire quel tessuto di valori etici, senza i quali la società si disgrega, non vale più la forza del diritto ma si afferma il diritto della forza, la persona umana viene sopraffatta e violata. Valori etici fra i quali primeggia il riconoscimento di ciascuno nella sua dignità di uomo. Come dire: il riconoscimento della comune cittadinanza.

3. G. DALLA TORRE, *I diritti umani, fondamento, dell'etica pubblica*, in «*Studium*», 1/1995, pp.725-738

1. *Una tematica controversa*

In un bel saggio di quasi vent'anni fa, con il consueto acume, Sergio Cotta metteva crudelmente in evidenza l'attualità, ma al tempo stesso l'ambiguità, del moderno discorrere dei diritti umani. Sottolineando come la tematica dei diritti umani (o diritti fondamentali) venga generalmente affrontata o in termini di celebrazione retorica, o in termini di esegesi dei testi, notava come in entrambi i casi non venisse squarciato il velo della problematicità sottesa a quella tematica.

La problematicità cui quel saggio alludeva, e che nello stesso era fatta oggetto di indagine, riguardava essenzialmente la sussistenza o meno di un consenso universale sui diritti umani, non tanto in rapporto alla loro elencazione, quanto in rapporto al loro fondamento. E mettendo in evidenza come proprio sulla questione del fondamento dei diritti umani tale consenso non era dato di registrare, come anzi per molti fosse una «impresa disperata» la determinazione di tale sfuggente fondamento, osservava tra l'altro come «vien fatto di supporre che le effettive difficoltà e riluttanze ad applicare i diritti fondamentali non siano conseguenza soltanto di una cattiva volontà degli uomini, bensì anche della loro irrisolta problematicità».

Il tempo è trascorso, le ideologie sono cadute, vi sono stati in molte parti del mondo grandiosi mutamenti istituzionali, l'esperienza giuridica è andata avanti, ma non si può dire che il quadro generale sia mutato. Può ancora parlarsi di attualità ed ambiguità dei diritti umani.

L'attualità è di comune esperienza, sia nella crescente attenzione del sentire comune all'esigenza di salvaguardare i diritti umani, sia nella rivendicazione continua di «nuovi» diritti umani, sia nell'esperienza giuridica che purtroppo dimostra come i diritti umani, tanto proclamati a parole, continuino ad essere gravemente calpestati nei fatti.

Alla suggestione di questo «spirito del tempo» non è riuscito a sottrarsi, per un certo periodo almeno, lo stesso legislatore canonico, che nell'opera di rifacimento del venerando *corpus* normativo della Chiesa latina, onde adeguarlo alle deliberazioni del Concilio Vaticano II ed alle nuove esigenze dei tempi, aveva elaborato un (discusso) testo di *Lex fundamentalis Ecclesiae*, distinto dal testo del nuovo *Codex juris canonici*, nel quale la tematica dei diritti fondamentali dell'uomo e del cristiano veniva formalizzata e messa in rilievo. Un progetto poi caduto, probabilmente anche in ragione della pericolosità insita nel trasferimento in seno all'ordinamento canonico, di cui sono note le peculiarità, di una categoria affermatasi per rapporto agli ordinamenti giuridici secolari e, per giunta, tutt'altro che chiara ed univoca. Anche l'ambiguità della tematica dei diritti umani è sotto gli occhi di tutti.

Per certi aspetti, anzi, le ambiguità sono cresciute, sia nella riflessione filosofico-giuridica, sia nella rivendicazione politica, sia – forse – nella stessa esperienza giuridica. Dal terreno del loro fondamento, le ambiguità sembrano essere scese anche su quello più concreto della loro identificazione e quantificazione, con l'effetto di mettere in crisi l'assunto – che sostanzialmente finiva per accomunare pensatori di diverso orientamento, da un Maritain ad un Bobbio – per il quale l'accordo era possibile e doveva essere ricercato proprio sul definitivo terreno dei singoli diritti umani da applicare e garantire. Dall'esperienza internazionalistica più recente, infatti, sembra evidenziarsi una crescente difficoltà nel trovare un comune consenso attorno all'enumerazione dei vari diritti umani.

Ulteriore effetto di tale fenomeno è stato quello di riprodurre, nella concreta individuazione dei diritti in questione, le divisioni e le contrapposizioni che già prima si registravano in rapporto al problema del fondamento dei diritti stessi. Esempio, in tal senso, il dibattito sviluppatosi a vari livelli nell'ambito della bioetica, dove in materie quali l'aborto, l'eutanasia, la procreazione assistita, la categoria dei diritti umani è stata invocata per le più disparate ed opposte conclusioni sul piano dello *jus condendum*. Ma non si è sottratta a tale ambiguità anche l'esperienza internazionale e sovranazionale: si pensi ai tormentati lavori della Conferenza del Cairo sulla demografia; si pensi a quanto sotteso alla discussa risoluzione del Parlamento europeo in materia di matrimonio degli omosessuali.

Dunque l'espressione *diritti umani*, della quale oggi spesso si abusa, richiede una attenta riflessione che, per quanto qui interessa, è teso a focalizzare due punti nodali: il primo, volto a cogliere il senso in cui i diritti umani costituiscono un fondamento dell'etica pubblica; il secondo, volto a ricercare quale etica pubblica sia fondabile a partire dai diritti umani.

2. I diritti umani come fondamento dell'etica pubblica

Per affrontare la questione centrale dei diritti umani come fondamento dell'etica pubblica va chiarito e sciolto preliminarmente il nodo centrale relativo alla fondazione stessa dei diritti umani, giacché è del tutto evidente che dal modo stesso di intendere tale fondamento discende il modo di intendere i diritti umani come fondamento dell'etica pubblica.

Come è ben noto, il dibattito sul fondamento dei diritti in questione è assai ampio ed articolato; esso può tuttavia essere ricondotto in sintesi entro due opposte prospettive: quella giuspositivistica, a sua volta divisa in un orientamento legalistico ed in uno individualistico, e quella giusnaturalistica.

La prospettiva giuspositivistico-legalista attribuisce ai diritti umani una valenza esclusivamente pratico-politica. Essa si muove nel contesto di un relativismo teoretico e di un non cognitivismo, per il quale non esiste una verità assoluta, che di conseguenza non è conoscibile.

In siffatta prospettiva i diritti umani sono considerati il risultato di un accordo pragmatico, di una convenzione, espressa dalla volontà politica storicamente determinata. I diritti umani non si possono «giustificare» ma, semmai, solo «proteggere» (Bobbio); hanno una valenza politica e storico-sociologica, quindi sono per loro stessa natura contingenti; la loro esistenza è *secundum quid*, subordinata alla validità formale ed estrinseca.

Insomma: per questa scuola di pensiero i diritti umani esistono in quanto «posti» dal potere politico, sia esso la volontà del legislatore internazionale sia esso la volontà del primo costituente. Illuminante in questo senso la storia del costituzionalismo, nella quale sono numerosi e ricorrenti gli esempi di Carte in cui diritti dell'uomo sono quelli risultanti da un atto di sovrana autolimitazione dell'autorità detenente il potere assoluto; autolimitazione che il soggetto sovrano si può magari impegnare ad osservare lealmente, ma che può venire meno con contrario atto, espressione anch'esso di potere sovrano. E ciò a prescindere dalle diverse posizioni culturali ed ideologiche di partenza: si pensi, ad esempio, alle Costituzioni ottriate o concesse dell'Ottocento, ovvero alle Costituzioni delle democrazie popolari nel nostro secolo.

A sua volta l'orientamento individualistico del giuspositivismo interpreta i diritti umani ponendo come prioritario il diritto del soggetto, dell'«io», sugli altri soggetti. Nella tipica prospettiva del soggettivismo giuridico moderno, i diritti umani altro non sono che la esplicitazione delle pretese individuali: i diritti umani sono posti dalla volontà politica che attribuisce valenza giuridica alla volontà del singolo. Si tratta di una variante del giuspositivismo, che subordina i diritti al potere politico e questo, a sua volta, alla volontà individuale, che proprio nell'ambito della bioetica: sembra oggi manifestare la sua più vigorosa espressione. In siffatta prospettiva, ad esempio, si colloca buona parte delle leggi che negli Stati occidentali hanno ammesso l'interruzione volontaria della gravidanza.

Come già osservava Cotta, il giuspositivismo legalistico e il giuspositivismo individualistico sono due espressioni del volontarismo pratico»: in entrambi i casi i diritti umani hanno un fondamento contingente, convenzionale, e quindi necessariamente caratterizzato nel senso dell'arbitrarietà, sia esso collettivo (la volontà politica), sia esso individuale (la volontà soggettiva).

Al contrario, la prospettiva giusnaturalistica riconosce ai diritti umani una valenza teoretico-speculativa: i diritti umani sono giustificabili in quanto pre-esistono, meta-positivamente, alla volontà politica, essendo connaturati all'uomo stesso. In tal senso il fondamento dei diritti umani è assoluto, in quanto radicato ontologicamente ed antropologicamente nell'uomo stesso; essi hanno pertanto un valore intrinseco, indipendente dalla statuizione contingente della volontà politica. Insomma: i diritti dell'uomo o sono eguali sempre, dappertutto e per tutti, o non sono.

Siffatta prospettiva è evidentissima in alcune Carte costituzionali dell'immediato secondo dopoguerra, specialmente quella tedesca e quella italiana, allorché la «crisi di coscienza» di una generazione di giuristi, allevata al culto del positivismo giuridico, impose la ricerca e l'ancoraggio ad un ordine valoriale

oggettivo e antecedente alle determinazioni dello stesso legislatore costituzionale. In particolare l'orientazione giusnaturalistica è evidente nella Costituzione Italiana in vigore, specie nell'art. 2, dove è detto che «la Repubblica *riconosce* i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», dove quel «riconosce» significa eloquentemente la volontà di armonizzare l'ordinamento giuridico positivo a principi e norme pre-esistenti. Ma si pensi anche a quel primo comma dell'art. 29, secondo cui «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia *come società naturale* fondata sul matrimonio»: una norma non a caso da qualche tempo oggetto di contorsionismi interpretativi da parte di orientamenti della cultura giuridica, ancora fortemente suggestionati dai dogmi del giuspositivismo. Giova notare come nella prospettiva giusnaturalistica i diritti umani abbiano uno statuto che non pare azzardato definire «paradossale»: da un lato sono irrinunciabili (culturalmente), ma dall'altro lato sono irrealizzabili (storicamente).

L'irrealizzabilità o, meglio, il limite di principio alla loro compiuta attuazione dipende da due fattori. Innanzitutto per il fatto che la realizzazione dei diritti umani è giuridicamente e costitutivamente «parziale», in quanto la rivendicazione delle pretese individuali deve essere compatibile con le pretese altrui, giacché i diritti umani non sono i diritti del singolo individuo, del soggetto, bensì di tutti gli uomini, *dei* soggetti. In secondo luogo per il fatto che, per forza di cose, i diritti umani non saranno mai enumerabili esaustivamente. La tematizzazione delle spettanze della natura umana richiede un continuo e mai finito sforzo ermeneutico, sicché appare ingenua la pretesa di chi voglia esplicitare quantitativamente tutti i diritti umani: questi, infatti, hanno una valenza *qualitativa*, in quanto radicata nella natura umana, per sé inoggettivabile.

D'altra parte, i diversi contesti storici, sociali e culturali, postulano una delicata opera ermeneutica del legislatore positivo, chiamato a regolare nel contesto concreto le modalità di esercizio dei diritti umani. Qui è, come a me pare, la risposta a chi, ponendosi in una prospettiva prettamente storicistica, critica l'impostazione giusnaturalistica dei diritti fondamentali, facendo leva sulla considerazione dell'incrementarsi nel tempo del loro numero.

Per concludere sull'interrogativo da cui si è partiti, può dirsi che, in ragione delle considerazioni sin qui svolte, risulta evidente che i diritti umani possono essere fondamento dell'etica pubblica in una duplice, diversa prospettiva.

Nella prospettiva giuspositivistico, legalista e individualista, i diritti umani sarebbero un fondamento contingente e arbitrario dell'etica pubblica, politico e/o individuale; al contrario nella prospettiva giusnaturalistica tale fondamento sarebbe assoluto ed oggettivo. Secondo il positivismo giuridico, i diritti umani possono costituire un fondamento della convivenza civile, se riconosciuti dal potere politico o rivendicati dalla volontà individuale; secondo i giusnaturalisti, i diritti umani fondano costitutivamente e strutturalmente la coesistenza umana.

3. *Etica pubblica ed etica privata: questioni terminologiche e di sostanza*

Va ora chiarito il secondo dei punti nodali prospettati in apertura: quale etica pubblica è fondabile a partire dai diritti umani. Va subito detto, in via preliminare, che l'espressione «etica pubblica» ha uno statuto ambiguo, che richiede alcune precisazioni non solo terminologiche ma di sostanza.

L'aggettivo «pubblico» in riferimento all'etica è un termine entrato nel linguaggio filosofico recentemente, e per lo più frequentemente usato nell'ambito della filosofia anglo-americana; In particolare, con l'espressione «etica pubblica» viene solitamente indicato un ramo della filosofia politica anglosassone contemporanea e, più precisamente, si fa riferimento ad autori quali R. Nozick, J. Rawls, B. Akermann, R. Dworkin, T. Nagel, J. Harsany – per ricordarne soltanto alcuni tra i più rappresentativi –, che hanno avuto una certa influenza anche sul pensiero filosofico italiano. Si tratta di una corrente di pensiero che non costituisce un movimento organico, quanto piuttosto una tendenza culturale in senso lato, il cui dato distintivo è individuabile nell'aver posto in primo piano nell'ambito della riflessione morale la sfera sociale e politica. La peculiarità dell'«etica pubblica» anglosassone è costituita dall'aver individuato nella crisi dell'etica la radice della crisi della società attuale: da qui è avvertita la necessità di elaborare, razionalmente, criteri morali che guidino l'azione collettiva al fine di garantire lo sviluppo ordinato della vita associata.

Ma, a ben vedere, l'etica è sempre stata «pubblica». Già Aristotele considerava l'etica una parte della politica, e precisamente quella parte che studia la condotta dell'uomo nel perseguimento del fine suo proprio che è la felicità. Essendo l'uomo un «animale sociale», non esistendo pertanto un individuo separato dalla *polis*, ne risulta che la riflessione morale sull'agire dell'uomo coincide inevitabilmente con la riflessione morale sociale e politica. Del resto, per Aristotele è la giustizia la virtù etica per eccellenza, proprio perché ha una valenza sociale. La giustizia, infatti, è *ad alterum*.

Insomma: la *politiké epistémé* di Aristotele, così come la *scientia civilis* di Tommaso d'Aquino, erano «etiche pubbliche» *ante litteram*. In tal senso risulta evidente che l'etica pubblica non è certo una neonata disciplina d'oltreoceano: la terminologia è recente, ma il significato dell'espressione «etica pubblica» ha origini ben più remote.

Viene allora fatto di domandarsi: perché mai proprio oggi si è accentuata l'attenzione sul «pubblico», nel contesto del dibattito morale? La risposta all'interrogativo richiede una, seppur breve, ricognizione delle tappe principali dell'evoluzione del pensiero morale.

In seguito al processo di secolarizzazione e immanentizzazione del pensiero della modernità, è venuto a cadere in etica il riferimento oggettivo ad una tavola di valori comuni, che era proprio del periodo classico e di quello medievale. Il crollo della fiducia nella ragione umana di conoscere la verità oggettiva, e cioè il relativismo gnoseologico, ha aperto la strada al relativismo teoretico e,

conseguentemente, al relativismo morale: se non esiste una verità assoluta, di conseguenza non esistono principi e valori morali assoluti. La frantumazione e l'atomizzazione dei principi e dei valori morali ha chiuso l'etica nella sfera individuale, pertanto «privata», della coscienza del singolo.

In effetti è comune esperienza quella per cui, oggi, viviamo in una società «panteistica» dal punto di vista etico. Non esiste più un'etica condivisa, e ciò crea problemi anche sul più concreto terreno dell'esperienza giuridica. Si pensi alle sempre più frequenti difficoltà che i legislatori incontrano nel dettare norme che siano compatibili con le varie etiche professate dai singoli appartenenti alla comunità politica, così come nel rimanere fedeli al principio di «laicità» che caratterizza le moderne forme di Stato dette di democrazia pluralista; si pensi, correlativamente, al moltiplicarsi delle obiezioni di coscienza rivendicate nel corpo sociale, per l'inevitabile moltiplicarsi dei casi di contrasto fra la norma esterna, contenuta nel diritto positivo, e la norma interna alla coscienza individuale, caratterizzata da estrema variabilità. È da tali presupposti che, in definitiva, muove l'attuale crisi del diritto e della legalità in tutto l'Occidente democratico, che ha fatto parlare incisivamente di «agonia del diritto agnostico» (Herranz).

È su questo snodo, del resto, che si colloca l'Enciclica *Veritatis splendor* (6 agosto 1993), circa alcune questioni fondamentali dell'insegnamento morale della Chiesa, che non è una trattazione casuistica né precettistica, ma un vigoroso contributo di pensiero che delinea con chiarezza la crisi etica sopra accennata e riporta la riflessione in materia sulla retta ragione naturale e sulle verità trascendenti.

Dunque la questione dell'«etica pubblica» è terminologicamente emersa non a caso oggi, nel contesto di un pensiero «laico». Essa scaturisce inevitabilmente dalle difficoltà che il moderno pensiero secolarizzato incontra, nel confronto con le problematiche reali attuali. L'etica, chiusa individualisticamente nel «privato», l'etica come affare privato, è continuamente sollecitata dal «pubblico»: tante, e sempre più complesse, sono le questioni emergenti dal sociale, delle quali l'etica non può disinteressarsi. Si pensi soltanto alle ricordate, recenti questioni di bioetica, sorte in seno al progresso scientifico e tecnologico in ambito bio-medico; si pensi alle questioni ambientali, che coinvolgono l'intera biosfera e l'ecosistema.

Anzi, è stato sostenuto che proprio le problematiche di bioetica hanno «messo in crisi uno dei più tipici postulati della moderna etica laica» (D'Agostino), quello della separazione tra le questioni politiche di rilievo pubblico e le questioni etiche affidate al «tribunale della coscienza».

Esiste al riguardo un ritardo storico del pensiero «laico» e da questo stesso riconosciuto, come esplicitamente ammesso da U. Scarpelli, considerato il «portavoce» della bioetica «laica» italiana. Un ritardo nell'occuparsi delle questioni bioetiche che, a ben vedere, risulta imputabile proprio alla necessità, avvertita dal pensiero «laico», di aprire il «privato» al «pubblico», la filosofia morale alla filosofia sociale e politica. Tale necessità, al contrario, non è mai stata trascurata dalla morale cristiana, che da sempre ha riconosciuto la stretta interrelazione tra morale e politica, e che pertanto ha recepito con rapidità le istanze che in tal senso provenivano dallo svilupparsi della questione bioetica.

Queste preliminari chiarificazioni storiche e semantiche sull'espressione «etica pubblica» permettono ora di esaminare ulteriori questioni. E cioè: che cosa si intende, filosoficamente, per «etica pubblica»? E quindi: in che senso i diritti umani possono costituire un fondamento dell'etica pubblica?

Occorre dire subito che l'espressione «etica pubblica» nasconde una ulteriore ambiguità, che va portata alla luce. Difatti nell'uso corrente di detta espressione «pubblico» non ha solo il significato di sociale, politico, collettivo, in riferimento all'oggetto della riflessione morale, oltre che ai soggetti cui si rivolge. Nel linguaggio oggi comune elaborare un'«etica pubblica» significa piuttosto elaborare un'etica «razionale», nel senso di non confessionale, non dogmatica, non teistica, non aprioristica. In siffatto contesto l'«etica pubblica» indica un'etica condivisibile e partecipabile dal maggior numero possibile di individui; anzi, da tutti gli individui, in forza dell'esclusivo appello alla razionalità e con purificazione da qualsivoglia elemento fideistico.

A questo punto non è possibile esimersi, quantomeno, da un brevissimo accenno al dibattito tra «etica laica» ed «etica cristiana» (e «cattolica»).

L'intento esplicitamente dichiarato della prima è quello di elaborare un'etica «etsi Deus non daretur», ossia grozianamente come se Dio non fosse, in assenza di Dio. Solo su tali basi è possibile, secondo il pensiero «laico», elaborare una «etica pubblica», nel senso di un'etica «universale», condivisa da tutti. Ma a ben vedere anche i credenti, pur appellandosi alla fede, non negano la razionalità. La morale detta «cristiana» non è solo una morale per i credenti: è una morale che, sforzandosi di cogliere intellettivamente il senso della realtà, si rivolge a tutti gli esseri umani in quanto dotati di ragione. Sia l'etica «laica» che l'etica «cristiana» si appellano alla ragione: ma si tratta di una razionalità diversa, giacché la prima ha una matrice empirico-fattuale, la seconda ha un'apertura metafisica.

Come bene è delineato nell'Enciclica *Veritatis splendor*, nell'ambito del pensiero «laico» la ragione elabora l'etica autonomamente: l'istanza normativa scaturisce dall'uomo stesso. È l'uomo che conferisce, volontaristicamente, senso alla realtà, in se stessa priva di senso, muta ed opaca, in quanto a-nomica, cioè priva del *nomos*. Nell'ambito del pensiero «cristiano» e, in senso lato, metafisico, la ragione umana coglie o, meglio, riconosce un senso inscritto nella realtà, un *logos* che costituisce oggettivamente un orizzonte normativo.

Da questi brevi accenni emerge con chiarezza che l'etica «pubblica» nel pensiero «laico» è elaborata su basi volontaristiche e contingenti, laddove nell'orizzonte metafisico – che è proprio del pensiero cristiano – essa si fonda, in ultima analisi, sulla ragione umana.

4. L'etica «pubblica» dei diritti umani

Nel trarre alcune linee di conclusione da quanto si è venuti sin qui rilevando, si deve dire che l'applicazione delle categorie concettuali relative all'etica «pubblica» alla contrapposizione fra giuspositivismo e giusnaturalismo, conduce a dare differenti soluzioni al quesito posto in apertura. Risulta, cioè, un diverso modo di intendere i diritti umani quale fondamento per un'etica pubblica.

Difatti, nella prospettiva giuspositivistica legalista e individualista di matrice «laica» i diritti umani sono destinati a fondare in modo contingente l'etica sociale. Essendo i diritti umani l'espressione della volontà politica storicamente determinata e della volontà individuale, essendo dunque essi stessi contingenti, non possono che fondare su basi arbitrarie, non oggettive, i criteri per la convivenza sociale. E la stessa convivenza sociale, regolata contingentemente dai diritti umani, risulta non «universale», ma necessariamente «parziale».

Se i diritti umani, quali criteri per regolare l'azione collettiva, hanno una fondazione volontaristica, si radicano cioè nella volontà politica o nella volontà individuale, ne consegue che non tutti i soggetti umani sono tutelati giuridicamente. L'uomo non è soggetto di diritti in forza della natura umana: l'uomo è «oggetto» del diritto, ossia è preso in considerazione dal diritto in modo accidentale, non necessario. È la volontà politica che attribuisce all'uomo la capacità giuridica; è la volontà individuale, ossia la capacità soggettiva di rivendicazione dei diritti, che costituisce la soggettività giuridica.

Emblematica, sotto questo profilo, tutta la vicenda dottrinale e giurisprudenziale dell'interruzione volontaria della gravidanza, che in punto di diritto si è sostanzialmente giocata proprio attorno alla questione della soggettività giuridica del concepito. Da una parte della dottrina, infatti, in un eccesso di positivismo dimentico di tutta la grande tradizione giuridica ereditata dal diritto romano, con argomentazioni rasantanti il sofisma, si è sostenuto che il concepito non ancora nato, non avendo a norma dell'art. 1 del codice civile acquistato la capacità giuridica, non può essere titolare di diritti e, quindi, neppure del diritto alla vita. Per parte sua la Corte costituzionale, con la famosa sentenza n. 27 del 1975, dichiarò parzialmente illegittimo l'art. 546 cod. pen., ritenendo prevalente il diritto «alla salute di chi è già persona, come la madre, rispetto alla salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». È evidente che questi modi di argomentare esprimono la concezione di un ordinamento giuridico che decide, arbitrariamente, chi è persona e chi tale non è, chi è soggetto di diritti (e quindi oggetto di garanzia) e chi no.

L'esito discriminatorio di siffatte correnti di pensiero è talmente evidente da non avere necessità di ulteriori dimostrazioni. Qui giova rilevare come l'etica «pubblica» così fondata, contingentemente, dai diritti umani è essa stessa contingente, oltre che «particularista». Senza contare poi il fatto che, in concreto, su questa linea di pensiero si lasciano sostanzialmente insoluti alcuni interrogativi fondamentali, che toccano immediatamente la questione dell'etica «pubblica» e che vengono via via sempre più in evidenza nell'evoluzione della società. Si pensi, appunto, al caso in cui la volontà politica non attribuisca capacità giuridica all'uomo; si pensi, ancora, al caso del soggetto incapace di rivendicare i propri diritti, come nella

realtà degli individui umani ai confini della vita, ovvero nei casi «marginali», quali gli embrioni, i malati terminali, i cerebrolesi, gli handicappati e simili.

Al contrario, nella prospettiva giusnaturalistica i diritti umani costituiscono la fondazione assoluta ed oggettiva dell'etica sociale. Essendo tali diritti radicati nella natura umana, ad ogni uomo in quanto uomo è riconosciuta la soggettività giuridica. I diritti in questione sono costitutivamente e strutturalmente «riconosciuti» – secondo l'incisiva espressione dell'art. 2 della Costituzione Italiana – ad ogni uomo in forza della natura umana, e non arbitrariamente e volontaristicamente attribuiti, magari secondo la logica del più forte (politicamente, economicamente, fisicamente ecc.). Insomma: in detta prospettiva ad ogni individuo umano è riconosciuta la dignità umana, ossia la capacità di essere (anche) soggetto e non (solo) oggetto di studio.

In tal senso, l'etica pubblica non può che assumere una valenza universale poiché, come si è già accennato, i diritti umani sono tali sempre, per tutti, dappertutto; e poiché – per usare le celebri parole di I. Kant – la loro violazione avvenuta in un punto qualsiasi della terra viene avvertita come intollerabile in ogni parte di essa. L'etica minima – non certo minimalista – veicolata, giusnaturalisticamente, dai diritti umani, è l'etica universale della dignità umana, che rispetta tutto l'uomo e tutti gli uomini.

5. *Conclusioni*

Solo nell'orizzonte giusnaturalistico, dunque, i diritti umani fondano oggettivamente l'etica «pubblica».

Si tratta di una fondazione razionale, che in quanto tale può conseguentemente porsi come punto di convergenza tra credenti e non credenti, così come tra i diversi orientamenti morali che caratterizzano l'attuale pluralismo etico. Si tratta, ancora, di una fondazione universale, perché radicata nell'uomo e rivolta a tutti gli uomini.

In tale prospettiva l'etica dei diritti umani costituisce l'etica «minima»: minima in quanto irrinunciabile, dal momento che la rinuncia alla dignità umana significherebbe rinuncia alla coesistenza, dunque la stessa esistenza; minima in quanto condizione necessaria dell'agire etico, giacché se non si rispettano almeno i diritti umani, non è pensabile alcuna azione morale.

È evidente che il rispetto e l'attuazione dei diritti umani non esauriscono l'orizzonte morale: i diritti umani veicolano il «minimo etico», cioè l'etica «pubblica» della coesistenza. Si tratta di un'etica fredda, sviluppata nella dimensione orizzontale dei rapporti intersoggettivi: è l'etica dell'eguaglianza, della simmetria, della reciprocità. In altre parole è quella che efficacemente viene definita come l'«etica del diritto» (D'Agostino), la quale non può essere violata impunemente dal diritto positivo senza che questo finisca col negare se stesso e la funzione sua propria.

Ma è ben noto che l'agire morale, in senso proprio, si attua in una dimensione ulteriore: la dimensione verticale, la quale si spinge nel profondo del rapporto interpersonale, dell'accoglienza calda, gratuita e caritatevole dell'altro. La carità va oltre la giustizia, anche se la giustizia ne è la condizione; la carità è asimmetrica, perché dona e perdona, senza chiedere il contraccambio. Lo ha insegnato in maniera insuperabile – anche dal punto di vista letterario – l'apostolo Paolo, quando ha scritto che «la carità è paziente, la carità è benevola, non ha invidia; la carità non si vanta, non si gonfia, non agisce disonestamente, non cerca il proprio interesse, non si adira, non tiene conto del male, non gode della ingiustizia, ma si rallegra della verità. Tutto scusa, tutto crede, tutto spera, tutto sopporta» (1 *Cor* 13, 4-7). L'etica «pubblica» dei diritti umani, dunque, costituisce la piattaforma per un dialogo morale universale «minimale». Ma l'impegno del singolo è chiamato ad andare oltre, in una prospettiva di compimento pieno della legge nell'esperienza della carità (*Gal* 5, 13-14).

NOTA BIBLIOGRAFICA

AA.VV., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, Milano 1981.

AA.VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, a cura di G. Concetti, Roma 1982.

AA.VV., *Medicina e diritti dell'uomo*, Roma 1991.

N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990.

A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari 1988.

S. COTTA, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali dell'uomo* (Atti del XXVII Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani: Roma, 6-8 dicembre 1976), Milano 1977, pp. 1-23, ora in *Diritto, persona, mondo umano*, Torino 1989, p. 95 ss.

Id., *Diritto naturale: ideale o vigente?*, in *Diritto naturale. Verso nuove prospettive* (Atti del Convegno celebrativo del quarantesimo dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, Roma, 9-11 dicembre 1988), Milano 1990, p. 5 ss.

Id., *Il diritto naturale e l'universalizzazione del diritto*, in *Diritto naturale e diritto dell'uomo all'alba del XXI secolo* (Atti del Colloquio internazionale dell'Union Internazionone des Juristes Catholiques, Roma 10-13 gennaio 1991), Milano 1993, p. 25 ss.

F. D'AGOSTINO, *I diritti dell'uomo: tra filosofia e prassi 1789-1989*, in *Frammenti di filosofia del diritto*, Catania 1990, p. 127 ss.

Id., *La filosofia del diritto, i diritti dell'uomo e il carattere paradigmatico del diritto*, in *Il diritto come problema teologico*, Torino 1992, p. 57 ss.

Id., *Etica laica ed etica cristiana*, in *Orientamenti sociali*, 1992, p. 25 ss.

Id., *I diritti dell'uomo*, in *Filosofia del diritto*, Torino 1993, p. 185 ss.

- G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo o diritti del cristiano?*, in *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, a cura di E. CORECCO-N. HERZOG-A. SCOLA, FRIBOURG-FREIBURG I.BR, Milano 1981, p. 125 ss.
- Id., *Il primato della coscienza, Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma 1992.
- Id., *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino 1993.
- J. HERRANZ, *L'agonia del diritto agnostico*, in *Studi cattolici*, n. 397-398 (1994), pp. 166-171.
- S. MAFFETTONE, *Etica pubblica*, in *Dizionario di bioetica*, a cura di S. LEONE E S. PRIVITERA, Bologna-Acireale 1994, p. 156 ss.
- G. MORELLI, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne. Dalla «dottrina pura del diritto» al «sistema dell'ordinamento democratico positivo»*, Milano 1974.
- V. POSSENTI, *Le società liberali al bivio. Lineamenti di filosofia della società*, Torino 1991.
- U. SCARPELLI, *La bioetica alla ricerca dei principi*, in *Biblioteca della libertà*, 99 (1987), p. 7 ss.
- M. VIDAL, *Etica civile e società democratica*, Torino 1992.
- F. VIOLA, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Torino 1989.

4. G. DALLA TORRE, *La vita come valore giuridico. Saggi di analisi giurisprudenziale*, in «Studium» 1/1998, pp. 455-469

1. *Un'affermazione autoevidente?*

L'affermazione per cui la vita è un valore giuridico suona, a prima vista, con tale autorevolezza, da apparire del tutto scontata. In effetti il diritto è pensabile solo sul presupposto dell'«esserci» di soggetti umani in relazione e, quindi, viventi; d'altro lato l'esperienza giuridica sia venuta sviluppando attorno all'esigenza di garantire nella maniera più piano del diritto alla vita. In tal senso esemplare, negli ultimi due secoli, la storia costituzionale e delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani.

Ad una più approfondita analisi, tuttavia, quella affermazione risulta tutt'altro che autoevidente. Anzi, essa appare certamente controvertibile e controversa, sia sull'individuazione di che cosa si debba intendere – rispetto all'uomo – per vita, sia sull'individuazione sia di che cosa debba intendersi per valore giuridico.

Da un lato, infatti, la cultura corrente non tende più a considerare l'uomo, nel quadro di una precisa concezione creazionistica, come eccellente in dignità perché fatto ad «immagine somiglianza» di Dio. Essa ne considera piuttosto la specificità all'interno del mondo dei viventi, nel contesto di un modello evuzionista in cui non vi è posto per principi estrani alla natura osservabile, come ad esempio l'anima immortale. Il tema della vita tende pertanto spostarsi su altri piani: quello della qualità della vita, ad esempio, o quello della persona umana come soggetto portatore di un bene, la vita appunto, che deve essere difeso. Di qui le domande «forti» della bioetica, che divengono poi interrogativi sul piano del diritto, come ad esempio quella se l'embrione sia già persona, se lo sarà l'anencefalico, se lo sia ancora il decerebrato⁵².

Dall'altro lato, lo stesso concetto di valore giuridico appare controverso⁵³. Perché a fronte di una concezione del diritto che pensa la norma positiva come vincolata a valori metalegislativi, che costituiscono il paradigma del «diritto giusto», sta una parallela concezione del diritto – del tutto dominante – che pensa alla norma positiva come luogo di produzione di valori. Nel primo caso questi costituiscono i primi regolatori della produzione legislativa, dell'attività giurisprudenziale, in genere della interpretazione, anche di quella dottrinale; nel secondo caso la *iuris-prudentia*, intesa sia come scienza del diritto sia come attività pratica volta ad applicare il diritto, ha precisamente lo scopo di attuare le valutazioni assiologiche fatte dal legislatore e di portarle a compimento, sviluppandole coerentemente nel caso di lacune dell'ordinamento giuridico positivo.

A fronte di siffatte complessità definitorie, che attingono alla sostanza di un diverso approccio filosofico sia il tema della vita che a quello dei valori e del diritto, pare particolarmente interessante affrontare l'analisi della tematica in esame partendo non da una astratta posizione teoretica⁵⁴, ma dalla concreta esperienza giuridica. Si tratta di vedere, cioè, se, in che senso, in quale misura il legislatore, la giurisprudenza, la stessa scienza giuridica, vengano a percepire la vita come valore giuridico.

Del tutto peculiare e significativo, al riguardo, il ruolo della giurisprudenza rispetto alla legislazione. Perché dinnanzi alle nuove frontiere che sul tema della vita la scienza e la tecnologia vengono rapidamente ed in maniera sempre nuova delineando, il legislatore interviene solitamente in ritardo, talvolta in maniera parziale (ad esempio con regole meramente procedimentali), talora addirittura non interviene, per evitare di dover scegliere tra le differenti e contrapposte tavole valoriali sussistenti nel corpo sociale. In siffatta condizione, laddove insorga un conflitto fra interessi è la giurisprudenza

⁵² Cfr. F. COMPAGNONI, *Diritto alla vita*, in *Dizionario di Bioetica*, a cura di S. Leone e S. Privitera, Edizioni Dehoniane, Bologna-Acireale 1994, p. 269 ss. Si veda anche dello stesso *Vita*, in AA.VV., *Etica della vita*, a cura di F. COMPAGNONI, Cinisello Balsamo 1996, p. 33 ss.

⁵³ Al riguardo vedasi F. D'AGOSTINO, *Le tendenze culturali della Bioetica e dei diritti dell'uomo*, in *Bioetica (nella prospettiva della filosofia del diritto)*, Giappichelli, Torino 1996, p. 3 ss.

⁵⁴ Un importante contributo al riguardo è stato di recente offerto, Sul piano della scienza giuridica, da S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano 1997.

chiamata a produrre diritto, cioè ed elaborare la regola destinata a risolverlo. Ciò significa che per cogliere se, in che senso ed in quale misura la vita sia un valore giuridico, occorre guardare precipuamente alla giurisprudenza, laddove cioè alle nuove frontiere della vita invocano l'intervento della *prudentia iuris*. Ed è soprattutto alla giurisprudenza che, conseguentemente, si rivolgerà l'attenzione delle pagine che seguono.

2. *L'esperienza giuridica tra «giuridicizzazione» e «degiuridicizzazione»*

In materia di tutela della vita, l'esperienza giuridica sembra svilupparsi con una certa ambiguità, nella misura in cui senza coerenza tende ad estendersi per alcuni aspetti, ma al tempo stesso a restringersi per altri, l'area protetta e disciplinata dal diritto positivo. Si tratta di una evoluzione che, tra l'altro, ha intuibili effetti contraddittori sulla concreta tutela della vita.⁵⁵

Non c'è dubbio, ad esempio, chi l'ha più accentuata sensibilità per la protezione della vita in qualunque ambiente vitale ha prodotto l'elaborazione della categoria giuridica civilistica del danno biologico, inteso come lesione dell'integrità psico-fisica della persona. Come noto, tale integrità è un bene protetto in sé per sé, in rapporto al diritto alla salute che gode di protezione costituzionale, a prescindere dalla capacità del danneggiato di produrre ricchezza. Il risarcimento del danno biologico spetta pertanto e principalmente, in tutti i casi di invalidità permanente o temporanea a prescindere dalle conseguenze relative all'attività lavorativa o alla capacità di guadagno della persona, riallacciandosi così alle disposizioni del diritto civile in tema di risarcimento del danno illecito.

Non può certamente sfuggire la rilevanza che il riconoscimento giuridico del danno biologico assume sul piano della tutela della vita, in una prospettiva non meramente economicistica ma piuttosto personalista. Tale riconoscimento, cui consegue fenomeno di «giuridicizzazione» di un'area precedentemente non regolamentata né tutelata dal diritto positivo, appare assai significativo di un processo in atto, che vede allargarsi del senso valoriale della vita sul terreno giuridico.

E tuttavia a tale fenomeno di giuridicizzazione non sempre sono seguite, nella giurisprudenza, conseguenze coerenti dal punto di vista assiologico. In particolare la giurisprudenza italiana ha riconosciuto il danno biologico del concepito non ancora nato, con evidenti effetti estensivi dell'area giuridicamente protetta in un ambito – quello della vita prenatale – legislativamente sottotutelato. Così è stato deciso che ha diritto al risarcimento del danno biologico, oltre danni patrimoniali e morali, il concepito che sia stato leso nella sua legittima aspettativa a nascere⁵⁶. Tuttavia la giurisprudenza ha, nella

⁵⁵ Per alcuni approfondimenti al riguardo rinvio a G. DALLA TORRE, *Le leggi contro la vita: Il loro significato politico-giuridico*, in *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Studium, Roma 1997, p. 165 ss.

⁵⁶ Tribunale di Verona, sentenza 15 ottobre 1990, in *il foro italiano*, 1991, I, col. 261 ss.

stessa materia, contraddittoriamente riconosciuto il danno biologico subito dalla madre per l'intervento abortivo effettuato *ex lege*, ma medicalmente non riconosciuto, cui pertanto sia seguita la nascita⁵⁷.

Sempre in tema di danno biologico si è giunti ad affermare che, in assenza delle condizioni che consentono l'interruzione della gravidanza e posto che il concepito vanta una legittima aspettativa alla nascita come individuo sano, è ingiusto il danno derivante da una inesatta valutazione del quadro clinico precedente al parto, da cui sia conseguita una totale ed irreversibile compromissione dell'integrità psico-fisica del nato⁵⁸. D'altra parte si è sostenuto che l'insuccesso dell'intervento interruttivo della gravidanza, pur in mancanza di un danno alla salute della donna, determina un diritto di risarcimento del danno meramente economico: ad esempio secondo il tribunale di Padova, il danno risarcibile deriverebbe dai maggiori disagi affrontati per effetto della nascita avvenuta in un momento di difficoltà, nonché dagli ostacoli che i nuovi doveri verso il figlio abbiamo portato alla realizzazione anche della coppia⁵⁹.

La decisione della terza sezione civile della Cassazione dell'8 luglio 1994 n. 6464⁶⁰, che essa con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Venezia del 23 luglio 1990, più coerentemente appare ricondurre la questione entro le coordinate poste dal diritto positivo italiano. Secondo tale decisione, laddove ricorra il caso di responsabilità medica per mancata interruzione della gravidanza, il danno risarcibile deve essere individuato alla luce degli interessi protetti dall'art. 4 della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, e cioè nel pregiudizio o nel pericolo per la salute della partoriente, a nulla rivelando il fatto di aver dovuto prima del tempo sopportare gli oneri economici conseguenti alla nascita intempestiva del figlio.

Ma esiste anche un'altra tendenza della più recente esperienza giuridica, caratterizzata dal contrarsi dell'area della giuridicità nel senso della sottrazione di settori bioeticamente rilevanti alla regola giuridica. Si tratta di un singolare fenomeno di degiuridicizzazione che si esprime in modi diversi: può essere il risultato del non intervento del legislatore, come accade in Italia in materia di riproduzione artificiale della vita; ovvero il risultato della scelta del legislatore di depenalizzare una determinata materia, senza neppure sostituirvi un sistema di sanzioni civili ed amministrative efficaci, come in molte legislazioni sull'aborto; ovvero ancora l'opzione legislativa per un «diritto debole» meramente procedimentale, che non fa scelte valoriali e non prende posizione fra interessi in conflitto, come in diverse legislazioni sulle pratiche di fecondazione artificiale⁶¹.

Alcune volte esprime una chiara regressione dell'esperienza giuridica, come quando si recupera il requisito della «vitalità», dal quale per secoli il diritto positivo ha fatto derivare l'acquisto della capacità giuridica, per rendere operanti le tutele giuridiche apprestate per la vita nascente. È quanto sembra

⁵⁷ Cfr. Corte di appello di Bologna, sentenza 19 dicembre 1991, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1993, p. 1081 ss.

⁵⁸ Cfr. Tribunale di Verona, sentenza 15 ottobre 1990, cit, col. 261 ss.

⁵⁹ Cfr. Sentenza 9 agosto 1985, in *la nuova giurisprudenza civile commentata*, 1986, p. 115 ss.

⁶⁰ Cfr. In *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 342 ss.

⁶¹ Rinvio al riguardo a G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato in questione bioetica*, in *Le Frontiere della vita*, cit., p. 111 ss.

soggiacere, ad esempio, alla legge spagnola 28 dicembre 1988 n. 42, relativa alla donazione ed utilizzazione di embrioni e feti umani, per la cui legittimità si è pronunciato il *Tribunal Constitucional* con la sentenza 19 dicembre 1996 n. 212⁶². Valutata con gli occhi della storia, quella legge e questa sentenza appaiono far retrocedere l'esperienza giuridica alla lunga stagione che dall'età di mezzo si protende fin quasi a noi, nel corso della quale, come noto, per l'acquisto della capacità giuridica – e quindi della titolarità di diritti, a cominciare da quello alla vita – non era sufficiente il solo evento della nascita, postulandosi che il nato fosse vivo e vitale⁶³.

In tale prospettiva pare ben garantista persino quell'art. 1 del codice civile italiano di cui una legge di iniziativa popolare vuole la modifica poiché, nella misura in cui collega all'evento della nascita l'idoneità del soggetto ad essere titolare di posizioni giuridiche, esprime l'arbitrarietà, della rimettere al legislatore la decisione su cui debba essere considerato giuridicamente «persona», cioè su quale individuo umano debba essere ammesso alla fruizione dei diritti posti dall'ordinamento. Perché quell'articolo, abbandonato il requisito della vitalità ancora presente nel codice Pisanelli, cioè non richiedendo l'idoneità fisica alla sopravvivenza e neppure una durata minima di vita, lega al solo fatto della nascita l'acquisto della capacità giuridica.

Altre volte l'ambiguità del processo di ritrazione dell'area della giuridicità è più sottile: si pensi casi nei quali all'intervento del legislatore si sostituisce un altro soggetto, come un ordine professionale. Il proliferare di codici deontologici può essere letto anche come segno dell'arrestarsi della giuridicità con un sostituto generalmente apprezzabile, ma non equivalente, offrendo essi una tutela debole ed indiretta e comunque mancando, nel caso, l'elemento di terzietà rispetto gli interessi in conflitto.

Un altro esempio può essere colto nella tendenza a rimettere a Commissioni scientifiche o a Comitati di etica la soluzione giuridica dei problemi bioetici, in linea generale o nei singoli casi. È quanto risulta sotteso, ad esempio, alle leggi 29 luglio 1994 nn. 653 e 654, con cui il Parlamento francese ha dettato norme relative alla bioetica, ed alla correlata sentenza del *Conseil Constitutionnel* del 27 luglio 1994 n. 94.343.344⁶⁴, che dichiara la legittimità delle norme impugnate, respingendo, tra l'altro, il rilievo di incostituzionalità per violazione del principio di separazione dei poteri in ragione delle attribuzioni riconosciute dal legislatore ordinario alla *Commission Nationale de médecine et biologie*⁶⁵.

⁶² Cfr. BOE, n. 19, Supplemento, 22 enero 1997, p. 33 ss.

⁶³ Vedasi in merito G. Dalla Torre, *Bioetica: il nuovi problemi della cittadinanza*, in AA.VV., *La Bioetica: profili culturali, sociali, politici e giuridici*, a cura di G. DALLA TORRE E L. PALAZZANI, Studium, Roma 1997, p. 13 ss., e partic. p. 19 ss.

⁶⁴ Cfr. In *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, 27^e cahier-chronique, p. 19 205 ss.

⁶⁵ Sulla necessità di non confondere le competenze dei Comitati etici con quelle del legislatore cfr. G. DALLA TORRE, *Profili Giuridici dei Comitati etici* (fra ius conditum e jus condendum), in *Bioetica e Diritto Saggi*, Giappichelli, Torino 1993, p. 141 ss. Vedasi anche C. VIAFORA, *Comitati etici: la bioetica all'interno delle situazioni sanitarie*, AA. VV., *Bioetica in medicina*, a cura di A. Bompiani, Cic Edizioni internazionali, Roma 1996, p. 434 ss., nonché F. D'AGOSTINO, *Perché i Comitati di bioetica?*, in *Bioetica*, cit. p. 291 ss.

Il veduto fenomeno dell'allargarsi o del restringersi dell'area che s'è detta della «giuridicità», cioè dell'area oggetto di regolamentazione legislativa o giurisprudenziale, conduce a riflettere su quanto sia mutevole la considerazione della vita come valore giuridico.

3. *Il «valore» della vita e i diritti fondamentali*

Il progresso della scienza e della tecnologia nell'ambito biomedico ha avuto, tra gli altri, l'effetto di riaprire tra i giuristi il dibattito. Sui diritti umani (o diritti fondamentali). Un dibattito, tuttora in corso, che ha toccato i due poli del fenomeno di tali diritti e della loro individuazione concreta⁶⁶.

Giova notare come la questione dei diritti fondamentali in ambito biomedico sia passata dal livello del dibattito puramente scientifico ed accademico, al più consistente e «toccante» livello della prassi medica, con l'ovvia conseguenza di investire la giurisprudenza.

Al riguardo un esempio assai evidente e molto significativo si desume dalla giurisprudenza statunitense in tema di suicidio; essa venendo ad assumere una libertà di scelta dell'individuo di come e quando morire, e giungendo di conseguenza a configurare un vero e proprio diritto al suicidio assistito, necessariamente si confronta con la questione del fondamento dei diritti fondamentali, sia pure in riferimento al quadro costituzionale che è proprio degli Stati Uniti.

È interessante rilevare come due recenti sentenze americane in tema di suicidio, pur fondando in maniera differente, per certi aspetti contrapposta, la legittimità dell'assistenza medica al suicidio, convergano in una medesima concezione dei diritti fondamentali. Difatti secondo la Corte d'appello della Nona Circostrizione (sent. 6 marzo 1996 n. 94-35534)⁶⁷, non «v'è alcuna prova che in generale gli Americani approvino il suicidio. Negli ultimi anni, tuttavia, si è manifestata un'approvazione sempre più diffusa nel consentire ai malati terminali di affrettare la propria morte e di evitare una fine della vita penosa, non dignitosa e inutile. Sembra che gran parte degli Americani semplicemente non consideri tali atti come suicidio [...]. Come mostrano tali sondaggi, v'è un'adesione popolare indiscutibilmente crescente a che i medici siano autorizzati a fornire assistenza ai pazienti malati terminali che desirino affrettare la propria morte».

Da parte sua la Corte d'appello della Seconda Circostrizione⁶⁸ Ricusa l'invito dei ricorrenti ad individuare un nuovo diritto fondamentale, cioè il diritto al suicidio assistito, non solo con il rilievo formale della riluttanza della Corte Suprema ad estendere ulteriormente la lista dei diritti in questione, ma

⁶⁶ Una rassegna critica al riguardo in G. DALLA TORRE, *I Diritti umani, fondamento dell'etica pubblica*, in *Le frontiere della vita*, cit., p. 13 ss.

⁶⁷ Cfr. Il testo in traduzione italiana pubblicato in *Bioetica*, 1996, 3, p. 524 ss., con premessa una nota di V. POCAR, *Le sentenze americane sull'assistenza al suicidio*, pp. 523-524.

⁶⁸ Sent. 2 aprile 1996 n. 95-7028 : cfr. *Ibid.*, p. 534 ss.

anche sulla base della constatazione di fatto che il diritto al suicidio assistito preteso dai ricorrenti non risulta essere «profondamente radicato nelle tradizioni e nella storia della nazione».

Ancor più esplicitamente nel parere separato allegato a questa seconda decisione, sottoscritto dal giudice Calabresi, è scritto che «Quando una legge non è né manifestatamente incostituzionale [...] né manifestatamente costituzionale, le corti non dovrebbero decidere definitivamente in merito alla validità della legge senza dichiarazioni, recenti e chiaramente espresse, dal popolo o dai suoi rappresentanti elettivi, dagli interessi dello Stato che vi sono coinvolti», ed in particolare che «la ratio della proibizione del suicidio assistito per lo Stato di New York si è rosa col passare del tempo. Nel secolo diciannovesimo il suicidio ed il tentato suicidio erano delitti e l'assistenza tali crimini era, conseguentemente, a sua volta un delitto. Il suicidio e il tentato suicidio, però, non sono più delitti»⁶⁹.

Si tratta, dunque, di una concezione storicistica e contrattualistica dei diritti fondamentali la quale peraltro offre un fondamento debolissimo ai diritti stessi, sottoponendo la loro esistenza al volubile volgere dell'opinione pubblica e delle maggioranze parlamentari.

In siffatta prospettiva assai duro e netto è il pronunciato del *Conseil constitutionnel* francese, più sopra ricordato, che nel ritenere la legittimità costituzionale della legge sulla bioetica, evita di confrontarsi sul problema della titolarità del diritto alla vita. Il *Conseil* si limita a constatare che il legislatore «ha ritenuto che il principio del rispetto di ogni essere umano dall'inizio della sua vita» non si applica agli embrioni.

Il raffronto con la sentenza della Corte costituzionale italiana 10 febbraio 1997 n. 35⁷⁰, in materia di ammissibilità dei *referendum* popolare sulla legge n. 194 del 1978 sull'aborto, è assai interessante a questo punto, in ragione del netto contrasto di impostazione. Difatti la sentenza che per certi aspetti sembrerebbe accennare ad un *revirement* della giurisprudenza della Consulta in tema di interruzione volontaria della gravidanza, afferma il contenuto costituzionalmente vincolato della legge in questione nella misura in cui tutela la vita umana sin dal suo inizio. Ma nel far ciò postula evidentemente una interpretazione dell'art. 2 Cost. – che poi, è, a mio avviso, quella corretta – inteso come norma di apertura ad un ordine giuridico preesistente e, quindi, non disponibile. Non a caso la Corte individua il diritto alla vita, anche del concepito, nella formula dell'articolo in questione, che genericamente e generalmente parla di «diritti inviolabili dell'uomo».

L'*excursus* sulla giurisprudenza, per quanto rapido e del tutto parziale, pone sufficientemente in evidenza come l'irrisolto nodo del fondamento dei diritti umani si rifletta inevitabilmente non solo sul grado di tutela, in concreto, della vita umana, ma addirittura sulla definizione assiologica della vita sul terreno del diritto. In particolare è evidente che una concezione puramente giuspositivistica dei diritti umani porta a donna indebolimento del senso del valore giuridico della vita, giacché anche il diritto alla

⁶⁹ *Ibid.*, p. 539 ss.

⁷⁰ Cfr. In *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 1, p. 281 ss. Con note di C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, p. 293 ss., e M. OLIVETTI, in *La corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*, p. 312 ss.

vita e precariamente fondato su convenzioni contingenti (quali il volgere della pubblica opinione) e caratterizzato in definitiva dall'arbitrarietà (delle volubili maggioranze parlamentari o delle determinazioni del giudice).

4. Il «valore» della vita e il principio di eguaglianza

L'eguaglianza e l'altro grande principio chiamato in causa dai progressi della scienza e della tecnologia nell'ambito biomedico. Nel senso che, accanto alla questione di quali siano i diritti invocabili come fondamentali in materia, si pone correlativamente il problema di chi siano i titolari di tali diritti o, se si vuole, di quale sia l'estensione della loro titolarità. Ed in siffatta prospettiva il principio di eguaglianza finisce per essere ineludibile paradigma di riferimento.

Anche il rapporto al principio di eguaglianza è dato rilevare, nell'esperienza giuridica, aporie e contraddizioni: basterebbe pensare a livello di dibattito dottrinale, alla questione dell'elaborazione di uno status o dell'embrione. Sulla necessità di addivenire a tale statuto tutti concordano, in ragione dell'esigenza di tutelare ogni individuo umano e, più in generale, il genere umano, da ogni manipolazione che finisca per offendere la dignità che è propria dell'uomo. Semmai il dibattito si svolge tuttora sui contenuti e sull'estensione di tale statuto, non essendo tutti d'accordo sui limiti temporali della sua applicabilità (sin dalla fecondazione dell'ovulo? dopo il quattordicesimo giorno? ecc.), né sui contenuti delle garanzie da assicurare (liceità dei soli interventi terapeutici? liceità di interventi aventi finalità di ricerca? ecc.).

È del tutto evidente che la questione dello statuto dell'embrione finisca col far riemergere, Ed in maniera forte, la questione dell'aborto. Perché sarebbe in insanabile ed irragionevole contrasto col principio di eguaglianza, cardine di tutti i sistemi democratici moderni, che si venisse a creare un diverso *status* giuridico del concepito non ancora nato, a seconda delle modalità - naturali o artificiali - con cui è stato chiamato alla vita; addirittura con una condizione - almeno tendenzialmente - peggiore, quanto a tutela, di chi è stato procreato naturalmente, rispetto a chi è stato procreato in maniera artificiale.

La cosa singolare e di dover rilevare come, nel dibattito dottrinale, politico e culturale in generale, alla spinta per l'elaborazione di un sistema più o meno ampio di garanzie a favore dell'embrione prodotto artificialmente, risponda una contropinta a non voler considerare la questione dell'aborto.

La giurisprudenza già menzionata riflette fedelmente le aporie e le contraddizioni che, il rapporto al principio di eguaglianza, è dato rilevare sia nel dibattito dottrinale che negli orientamenti del legislatore. A cominciare dalla ricordata sentenza della Corte costituzionale italiana n. 35 del 1997, in tema di ammissibilità del *referendum* abrogativo di disposizioni contenute nella legge sull'aborto.

Come già detto, la decisione ha ritenuto inammissibile la richiesta referendaria, sulla scorta del principio elaborato dalla stessa giurisprudenza costituzionale sull'art. 75 Cost., principio secondo cui non si possono ammettere referendum abrogativi di leggi ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato.

Attraverso una attenta rilettura della legge n. 194 del 1978, alla luce della sentenza costituzionale n. 27 del 1975⁷¹, con cui fu dichiarata l'incostituzionalità parziale della disposizione del codice penale del 1930 che puniva l'aborto volontario, la Corte costituzionale afferma con forza alcuni punti: il concepito è essere umano; anche il concepito gode, di conseguenza, della tutela costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo; esiste pertanto un diritto del concepito alla vita, costituzionalmente tutelato; esiste anche il diritto alla vita e alla salute della madre; «Il bilanciamento di tali diritti fondamentali, quando siano entrambi esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre»; a tal fine sono necessari seri accertamenti sulla realtà e gravità del pericolo che alla madre potrebbe derivare dalla prosecuzione della gravidanza.

È evidente che la sentenza costituisce rispetto alla legge n. 194 e, soprattutto, rispetto alla banalizzante prassi dell'interruzione volontaria della gravidanza, una sensibile svolta rigorista, nella misura in cui non solo riconosce ogni preteso diritto della donna di abortire, ma vincola la legittimità dell'interruzione della gravidanza ad accertamenti medici seri sul pericolo grave ed attuale per la vita o la salute della madre⁷². In particolare, la sentenza omette l'affermazione di principio contenuta nella sentenza n. 27 del 1975, e che suscitò tanto scalpore, secondo cui «Non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona non è ancora. Non può che constatarsi con piacere questa omissione, che appare coerente con le premesse logiche della decisione in esame e con i postulati di un principio di eguaglianza, per il quale le modalità del concepimento o lo stadio di sviluppo dell'individuo umano sono irrilevanti. Tuttavia non si comprende poi perché, una volta ammesso che il concepito è uomo, e quindi persona, il bilanciamento di interessi in conflitto debba continuare a svolgersi tra il suo diritto alla vita il diritto della madre non solo alla vita, ma anche alla salute. È degno di nota, comunque, lo sforzo della Corte costituzionale di ancorare la tutela costituzionale dei diritti inviolabili - tra cui il diritto alla vita - al dato autoevidente dell'«esserci»; Sforzo del resto coerente con il limite strutturale del diritto, cui spetta solo prendere atto dell'esistenza di ogni nuova vita umana ad assicurare le dovute tutele senza scendere in atti di riconoscimento o di legittimazione. In tal senso la giurisprudenza costituzionale italiana sembra avvicinarsi a quella della Corte costituzionale tedesca, espressa in particolare nella importante sentenza del 28 maggio 1993 in tema di aborto⁷³; viceversa si allontana sensibilmente dalla giurisprudenza francese giacché ancora nella ricordata decisione del 27 luglio 1994 del *Conseil constitutionnel* è ribadito il concetto che spetta al legislatore decidere se il rispetto di ogni essere umano dall'inizio della vita si debba estendere

⁷¹ per il testo della sentenza cfr. *Il diritto di famiglia e le persone*, 1975, p. 375 ss., con la mia nota *Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27/1975 in tema di aborto*, p. 594 ss.

⁷² Cfr. M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, Cedam, Padova 1992. Per riferimenti alla prassi applicativa della legge, nonché alle prospettive *de jure condendo*, Cfr. L. EUSEBI, *La legge sul l'aborto: problemi e prospettive. Le questioni aperte in materia costituzionale e l'evoluzione legislativa possibile, con un'analisi dei criteri etici di intervento sulle c.d. norme imperfette*, in *Justitia*, 1996, p. 239 ss.

⁷³ Cfr. Il testo in traduzione italiana in M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano 1994, p. 113 ss.

anche agli embrioni e , conseguentemente, che in caso di mancata estensione non possa essere invocato in materia il principio di eguaglianza.

La giurisprudenza dei giudici della costituzionalità delle leggi presenta, quindi, diversi livelli di considerazione della vita come valore giuridico. È interessante notare come anche la già menzionata giurisprudenza americana in tema di suicidio assistito ponga problemi in ordine alla considerazione della vita, per rapporto al principio di eguaglianza.

Difatti la sentenza della Corte d'appello della Nona Circostrizione ha ritenuto che il divieto di suicidio assistito posto dalla legge dello Stato di Washington non violi il principio di eguaglianza o *Equal Protection Clause*, bensì concretizzi una violazione della *Due Process Clause*, per la quale ai cittadini statunitensi è garantito che ogni limitazione alla vita, alla libertà e alla proprietà da parte della Stato debba avvenire sulla base di una procedura legale corretta. Difatti secondo la sentenza il limite posto alla legge ordinaria all' assistenza al suicidio non rifletterebbe la sussistenza di interessi generali dello Stato, che nel sistema statunitense legittimano la limitazione per legge della libertà personale anche in ordine al tempo e al modo della propria morte.

Viceversa la sentenza della Corte d'appello della Seconda Circostrizione ha ritenuto che il divieto posto dalla legge dello Stato di New York il suicidio assistito contrasti con la *Due Process Clause*, non sussistendo nell'ordinamento statunitense nessun diritto al suicidio, costituzionalmente garantito; ma contrasti piuttosto con il principio di *Equal Protection Clause*.

A prescindere dall'assoluta contraddizione fra le due decisioni, che giungono peraltro – come più sopra messo in evidenza - ritenere giuridicamente legittima l'assistenza medica al suicidio, interessante notare le ragioni per le quali, ad avviso della Corte d'appello della Seconda Circostrizione, in materia sarebbe stato violato il principio di eguaglianza. La Corte, infatti, ricorda in premessa che da tempo è riconosciuto nello Stato di New York il diritto a rifiutare un trattamento medico, anche qualora il rifiuto produca la morte del soggetto. Di conseguenza lo stato non tratterebbe in maniera eguale persone che si troverebbero in situazioni simili: «A Coloro che nelle fasi finali di una malattia terminale utilizzano mezzi di sostegno vitale - si legge nella sentenza - consenti uno di affrettare la loro morte disponendo la sospensione di tali mezzi, mentre a coloro che, trovandosi nelle medesime condizioni tranne che per la ragione che non hanno previamente fatto ricorso a strumenti di sostegno vitale, non è consentito di affrettare la morte autosomministrando si farmaci letali che siano stati loro prescritti».

anche a prescindere dalla pur consistente considerazione che, dal punto di vista sia etico sia giuridico, esiste una sensibile differenza tra lasciare che la morte sopravvenga e procurare la morte, resta il fatto che a ben vedere il parallelismo tra le due posizioni è più apparente che reale. Soprattutto perché il parallelismo è semplificato e reso possibile guardando solo all' individuo che non vuole curarsi o che vuole morire, e non alla complessità dei rapporti soggiacenti alla fattispecie.

Ben diverso il quadro se si guarda a tale complessità, a cominciare dalla relazione inevitabile tra paziente e medico, che si struttura in diritti e doveri diversi. Non a caso il principio di autonomia ed il principio di beneficenza costituiscono capisaldi riconosciuti dalla bioetica⁷⁴, laddove autonomia significa libera determinazione del soggetto ai trattamenti sanitari e beneficenza significa dovere-diritto del medico di esercitare la propria professionalità a «difesa della vita, della salute fisica e psichica dell'uomo, al sollievo della sofferenza nel rispetto della dignità della persona umana» (così il nuovo *Codice deontologico* dei medici italiani)⁷⁵.

Nel rapporto fra medico e paziente il principio di autonomia e quello di beneficenza non si rivolgono separatamente; essi piuttosto rivestono una funzione regolativa delle spettanze di ciascuno di essi. In nome del principio di autonomia non si richiede al medico di rinunciare al suo criterio morale di beneficenza, ma di interpretarlo come *un* principio morale, che deve essere articolato con quelli propri delle altre parti del Rapporto medico-malato, a cominciare dall'autonomia del paziente (e considerando altresì altri principi, come quello di giustizia).

Il rispetto del principio di autonomia, dunque, non comporta che il medico debba rinunciare al principio specifico del proprio agire virgola che è appunto quello di beneficenza.

Concludendo sul punto, può osservarsi come anche sul terreno dell'eguaglianza certamente principio fondamentale degli ordinamenti costituzionali contemporanei, sia dato di rilevare significative ambiguità nell'evoluzione dell'esperienza giuridica. Di fronte problemi nuovi, la giurisprudenza si muove in alcuni casi disattendendo il principio di eguaglianza, in altri casi guardando all' eguaglianza come principio relativo legato alle condizioni personali e sociali.

5. Conclusioni

L'esame condotto, seppure per spunti e frammenti, sulle evoluzioni dell'esperienza giuridica contemporanea, mette in evidenza l'ambiguità e contraddizioni rispetto alla questione posta se la vita umana sia virgola in che senso ed in quale misura, un valore giuridico.

Per certi aspetti parrebbe di dover scorgere, sulle frontiere delle tutele della vita umana, un arretramento rispetto al passato; un arretramento non solo negli strumenti giuridici di garanzia, ma nella stessa concezione della vita e della vita come valore.

E tuttavia se si guarda con attenzione alle evoluzioni che il diritto positivo ha conosciuto negli ultimi due secoli, non si può fare a meno di notare anche elementi di diverso segno. Si pensi alle

⁷⁴ Cfr. Sinteticamente al riguardo C. Viafora, *Principi della bioetica*, in *Dizionario Di Bioetica*, CIT., p. 740.

⁷⁵ Per il testo del nuovo *Codice Di Deontologia Medica*, Approvato dal consiglio nazionale della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri del 24 -25 luglio 1995, Cfr., *Il medico d'Italia*, n. 22,30 giugno 1995.

codificazioni del secolo scorso e del nostro, destinate ad una società di proprietari; si pensi alle legislazioni lavoristiche e sociali dei tempi più vicini a noi, destinate all'uomo produttore, imprenditore, o prestatore di lavoro. Nell'un caso come nell'altro il diritto positivo è legato a modelli antropologici che, come acutamente osservava Luigi Mengoni anni orsono, guardando alla persona nella sua qualità di essere «capace» di diritti virgola e quindi idoneo ad agire «giuridicamente».

Siffatti modelli antropologici risultano messi in discussione dall'affermarsi dell'eguaglianza in senso sostanziale, intesa «Come momento essenziale del valore della dignità umana, elevato [...] a istanza assiologica suprema di controllo dell'ordinamento positivo. In questo senso virgola che si definisce primariamente a livello antropologico, il principio di eguaglianza significa che la dignità umana non dipende dalle circostanze esteriori, dai ruoli sociali occupati ma è un valore che inerisce all'uomo in quanto tale»⁷⁶

A maggior ragione detti modelli antropologici risultano messi in discussione da una cultura e da una prassi di diritti umani in cui riemerge, con forza, la tematica antica del giusnaturalismo; una cultura ed una prassi nelle quali, con la tematizzazione della «dignità umana», avanza prepotentemente il senso della persona, non come mero soggetto di diritto ma come struttura di valore ⁷⁷.

Sotto questo profilo i progressi della scienza e della tecnologia applicati al campo biomedico, se da un lato pongono le nuove problematiche della biogiuridica e mettono in crisi antiche e consolidate forme di tutela della persona, dall'altro lato inducono la riflessione e l'esperienza giuridica a ricercare più profondamente il senso e le ragioni del valore giuridico della vita umana.

Le pur ambigue evoluzioni della giurisprudenza costituiscono evidente espressione delle sollecitazioni che al diritto derivano dalle nuove frontiere della vita; nel loro pur tormentato cammino, palesano tuttavia l'insoddisfatta e permanente ricerca del senso giuridico della dignità umana.

⁷⁶ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle età dell'uomo virgola in diritto e valori*, Il Mulino, Bologna 1985, p. 134.

⁷⁷ Si veda al riquadro L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Giappichelli piselli, Torino 1996.

5. **G. DALLA TORRE, *Etica e diritto nella formazione dei moderni codici*, in *Studi in onore di Piero Bellini*, Rubbettino, Napoli, 1999, pp. 303-319.**

1. *Il problematico governo di una società eticamente «politeista»*

L'esperienza viene ogni giorno di più evidenziando le crescenti difficoltà di governo della società pluralistica. Si tratta di un fenomeno complesso, dovuto ad una molteplicità di ragioni sociali, culturali, economiche, anche psicologiche, interagenti fra loro, che mette in crisi consolidate concezioni ed antiche prassi per ciò che concerne il ricorso allo strumento principe di governo della società: il diritto. La funzione di organizzazione e regolamentazione sociale che questo ha sempre svolto, nel corso della storia umana, sembra essere oggi sempre più indebolita da una serie diversa di fattori, alcuni dei quali appaiono sempre più evidenti anche agli occhi dei nostri non giuristi.

Uno di questi, e certamente fra i non secondari, è dato dal processo di frammentazione etica che è proprio di una società pluralista. Come emblematicamente evidente nella questione bioetica⁷⁸, il venir meno di un'etica condivisa e il frazionarsi del corpo sociale in una pluralità di tavole di valori etici, una distinta dall'altra e non di rado in reciproco conflitto, pone al legislatore la crescente difficoltà di elaborare regole comuni di comportamento capaci di essere condivise da tutti.

Sempre più di frequente si verifica, a livello personale così come a livello di gruppi, l'insorgenza di contrasti fra la norma esterna, posta dal legislatore, e la norma interna, professata nella coscienza individuale; contrasti che sfociano nel moltiplicarsi delle obiezioni di coscienza rivendicate nei confronti dell'ordinamento positivo⁷⁹.

Da parte sua la pubblica autorità guarda con sospetto al fenomeno dell'obiezione di coscienza, colto quale sintomo della progressiva erosione delle basi di quell'identità nazionale sulla quale si fonda lo Stato, ma al tempo stesso come fattore di disgregazione sociale che tale erosione finisce per accelerare. Essa peraltro avverte che l'effettività e, quindi, l'osservanza della legge positiva dipende non solo – o non tanto – dalla sanzione, quanto dalla rispondenza che il comando posto dal legislatore trova nella coscienza individuale. La coincidenza tra norma interna e norma esterna costituisce, insomma, la migliore garanzia dell'effettività di quest'ultima.

⁷⁸ Al riguardo rinvio al cap. IV, p. 111 ss.

⁷⁹ Sull'obiezione di coscienza cfr. AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, a cura di R. BOTTA, Milano 1991; AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di B. PERRONE, Milano 1992.

Di qui il dilemma ricorrente per il legislatore di una società pluralista: quale etica per la legge? Perché se da un lato ogni comando del legislatore, anche quello che parrebbe a prima vista più lontano da una prospettiva assiologica, veicola valori e presuppone scelte etiche, prescrivendo conseguentemente ciò che è lecito, ciò che è dovuto e ciò che è proibito; dall'altro lato in una società «politeista» dal punto di vista etico, che non ha più un'etica condivisa, risulta sempre più arduo trovare regole giuridiche rispondenti al sentire di tutti e non solo a quello dei più.

La problematica che, con sommari cenni, è stata delineata è ben presente all'odierno dibattito giuridico. Essa è stata esaminata sotto diversi aspetti e sono state proposte anche diverse soluzioni: dal ricorso alla Costituzione quale tavola di valori comuni per definizione, perché in essi si è convenuto; alla ricerca di una regola giuridica nella quale è possibile individuare il cosiddetto «minimo etico» condiviso dall'intero corpo sociale e, quindi, universalmente accettata; alla opzione per un diritto meramente procedimentale, un diritto «delle regole» e non dei «valori», che può definirsi «diritto debole», da alcuni ritenuto come l'unico possibile nella società dalle molte etiche proprio perché non farebbe delle scelte valoriali⁸⁰.

Molto meno l'attenzione dei giuristi si è soffermata su un altro aspetto della questione. Un aspetto che non attiene più ai rapporti fra diritto positivo e società, frammentata in tante tavole valoriali, bensì ai rapporti fra diritto positivo ed etica.

E tuttavia sembra che i problemi di governo di una società complessa, com'è quella pluralistica, nascano, prima ancora che dal dilemma sulle scelte etiche da compiere, dalla concezione stessa del diritto che la modernità reca con sé e, quindi, dal suo rapporto con l'etica. Si tratta di una concezione che, preparata da una precisa cultura giuridica, si è venuta storicamente affermando con il processo di codificazione da cui è segnata la storia giuridica degli ultimi due secoli. Tra l'altro con l'effetto, che pare ineluttabile conseguenza nel sistema della codificazione, di escludere dall'orizzonte mentale del giurista ogni altra dimensione della giuridicità che non sia quella positivizzata con atto di volontà del legislatore.

2. Il paradigma di riferimento: l'ordine giuridico medioevale

Per cogliere appieno il grado di frattura esistente, in ordine alla questione etica, tra la concezione del diritto così come coltivata lungo i secoli e quella che viene veicolata dalle codificazioni, può assumersi come paradigma di riferimento quell'ordine giuridico medioevale, i cui modelli culturali e le cui costruzioni giuridiche – senza meno nell'ambito del diritto privato – si prolungano per buona parte dell'età moderna, nell'alveo della grande esperienza del diritto comune.

⁸⁰ Cfr. più oltre, p. 119 ss.

Con grande efficacia è stato detto che la costruzione giuridica medioevale si pone come interpretazione di un ordine giuridico soggiacente, in una società la cui costituzione più profonda è giuridica e nella quale il diritto appare una «dimensione radicale e fondante della società, un basamento stabile che fa spicco rispetto alla caoticità e alla mutevolezza del quotidiano, cioè degli eventi politici e sociali d'ogni giorno»⁸¹. Una società nella quale esiste un primato del diritto sulla politica, nella quale il diritto è a prescindere dai poteri politici e dalla sussistenza di un legislatore; una società nella quale l'effettività non discende dalla capacità coattiva del *princeps*, bensì dalla ragionevolezza dell'ordine di cui è espressione. Insomma un «diritto senza Stato»⁸², cioè un diritto difficilmente comprensibile per noi moderni, avvezzi a ridurre il fenomeno giuridico nel sistema, rigido e coeso gerarchicamente, delle norme poste dal legislatore statale, espressione del potere politico.

La grande esperienza del diritto comune, che in siffatto contesto si sviluppa, viene a costruirsi attorno a due capisaldi – a due «principi supremi dell'ordinamento costituzionale», diremmo noi moderni con le nostre categorie –, che danno vita ed allo stesso tempo costituiscono un vincolo alle regole positive poste a disciplina della vita sociale: lo *jus naturale* e l'*aequitas*.

Il primo è il diritto scritto nella natura, inderogabile così come sono inderogabili le regole naturali che fissano la rotazione degli astri o il volgere delle stagioni. Un diritto *dato*, dunque, un diritto *evidente*, che la concezione creazionistica propria di un uomo e di una società segnate da una profonda religiosità non fa fatica a ricondurre allo stesso Dio. «Natura, *id est Deus*», diranno con efficace sintesi i canonisti medioevali⁸³.

La seconda, che nulla ha a che fare con il concetto di equità sotteso alla cultura legalista dei moderni, costituisce la manifestazione della giustizia *nelle* norme poste dagli uomini; è l'espressione della congruenza del diritto positivo con la *lex naturalis*. In altre parole l'*aequitas* è il segno dell'unità fra la realtà naturale, col suo ordine voluto dall'opera modellatrice di Dio, e il mondo manipolato dall'impegno umano⁸⁴. Una unità che riassume e fa concordia del duplice – e solo apparentemente contraddittorio – precetto biblico: essere *nel* creato quell'uomo, che al tempo stesso è vocato a *dominarlo e trasformarlo*, proseguendo così in qualche modo nel tempo l'opera del Creatore⁸⁵.

Come noto, proprio su quell'unità verrà rovinosamente ad operare la modernità: assolutizzando dapprima la figura dell'*homo faber*, capace di manipolare a piacimento la natura (con i conseguenti disastri ambientali e gli effetti terrificanti di una scienza selvaggia); regredendo poi la posizione dell'uomo rispetto

⁸¹ Così nel bellissimo volume di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Bari 1995, p. 14, che ho tenuto costantemente presente nello stendere le riflessioni che seguono.

⁸² Ancora efficacemente, in *ibid.*, p. 234.

⁸³ Cfr. P. FEDELE, *Diritto divino e diritto umano nella vita della Chiesa*, in AA.VV., *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Congresso internazionale di diritto canonico* (Roma, 14-19 gennaio 1970), I, Milano 1971, p. 62 ss. Una ricostruzione critica in P. BELLINI, *Repubblica sub Deo. Il primato del Sacro nella esperienza giuridica della Europa preumanista*, Firenze 1981.

⁸⁴ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, cit., p. 177 ss.

⁸⁵ *Gen* 1, 26 e 28.

a quella di ogni altro essere vivente e persino del mondo inanimato (secondo i canoni oggi in voga dell'animalismo e dell'ambientalismo più rozzi).

Sul piano del diritto la rottura di quell'unità portò all'oblio del primo precetto ed all'assolutizzazione del secondo, aprendo la porta alla – almeno tendenziale – arbitrarietà del legislatore umano⁸⁶.

L'esperienza giuridica che si diparte dall'età medioevale e si protende nell'età moderna presenta, dunque, un diritto tutto orientato verso una regola ultima che lo renda tale, che lo anima di senso, che gli conferisce la sostanza sua propria, che gli dà *ratio*. Di qui una *lex* che non è mera volontà o atto di imperio, ma «lettura delle regole ragionevoli scritte nella natura delle cose»⁸⁷; di qui una *interpretatio*, che è prodotto tipico della *scientia juris*, dei *probati auctores*, e non della servitù del giudice alla legge che è tipica di noi moderni⁸⁸. Quindi una *interpretatio* che non è volta a cogliere la volontà del legislatore, che non si rinchiude in sofisticazioni ermeneutiche, ma che è opera chiarificatrice e creatrice.

Si è, dunque, dinnanzi a un diritto positivo che risulta essere tutto coeso secondo quella che può essere definita l'«etica del diritto»⁸⁹, cioè secondo ciò che è uso proprio: essere garanzia di rapporti interpersonali giusti; essere strumento di comunicazione universale tra gli uomini e struttura di pace.

3. Un tornante nella storia: il processo di codificazione

Il processo di codificazione costituisce, rispetto all'esperienza giuridica precedente, un tornante nella storia. Esso tuttavia non può essere compreso appieno senza considerare adeguatamente il ruolo avuto, nella sua preparazione, dalla formazione dello Stato cosiddetto moderno e dai presupposti filosofico – politici sui quali esso viene a costruirsi. Perché il mutare della forma – Stato e, prima ancora, della concezione dello Stato, incide profondamente sul modo stesso di concepire il diritto. Il risultato è quello di un insuperabile contrasto fra il sistema del diritto comune e il diritto dello Stato moderno, di cui la codificazione costituisce logica conseguenza. Difatti questa forma di Stato si afferma con l'imporsi dell'idea di sovranità, intesa come categoria filosofico – politica prima ancora che giuridica. Con essa si esprime la visione per cui al di sopra dello Stato non vi è alcuna autorità ed alcuna legge; il suo agire, che è propriamente politico, non incontra limiti o condizionamenti di sorta provenienti dall'esterno. Il Principe, come insegnano i giuristi piegando alle nuove ragioni politiche principi giuridici di derivazione

⁸⁶ Si vedano peraltro, in merito, i rilievi problematici di S. COTTA, *Diritto naturale*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, p. 647 ss.

⁸⁷ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, cit., p. 138.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 163.

⁸⁹ F. D'AGOSTINO, *Ripensare la laicità: l'apporto del diritto*, in AA.VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, a cura di G. DALLA TORRE, Torino 1993 p. 39 ss.; G. LO CASTRO, *Il diritto laico*, in AA.VV., *Il principio di laicità nello Stato democratico*, cit., p. 255 ss.

romanistica ed elaborazioni dottrinali dell'età di mezzo⁹⁰, è *legibus solutus*. Neppure la morale può condizionare le ragioni della politica: qui è il senso profondo del machiavellico fine (politico) che giustifica i mezzi. Politica ed etica sono come due parallele, destinate a non incontrarsi mai. La prima è chiamata a dominare la sfera del pubblico, la seconda può esorbitare da quella del privato⁹¹.

Sul piano dell'organizzazione sociale, e quindi del diritto, si deve segnalare l'insofferenza del moderno Principe, accentratore ed unitario, per le autonomie locali e sociali. Lo Stato moderno nasce con un patrimonio genetico marcato dai geni della burocratizzazione e della centralizzazione.

Sul piano della produzione normativa, quel processo si esprime in un movimento volto ad eliminare la molteplicità delle fonti esistenti, tipica della grande stagione del diritto comune; movimento teso, per converso, a formare un corpo di leggi unico, unitario ed uniforme per tutto lo Stato⁹². La riorganizzazione della vita giuridica dello Stato sulla base di tale direttiva, diviene esigenza vitale per lo Stato moderno, che comincia ad affermarsi con le forme dell'assolutismo.

Siffatto progetto postula l'asservimento strumentale del diritto alle ragioni della politica: in particolare l'unificazione nazionale e l'accentramento del potere. Ma per essere realizzato, il progetto abbisogna anche di un mutamento profondo del modo stesso di intendere il diritto. Di qui una polemica culturale verso il passato: la polemica col diritto comune, per definizione non fondato sul principio di territorialità, che non erroneamente veniva riguardato come ostacolo insormontabile alle prospettive di un diritto nazionale, radicato invece proprio nel principio di territorialità della legge; la polemica anti romanistica, destinata a sfatare l'antica concezione del valore universale ed eterno del diritto romano, per affermare le ragioni di un diritto storicamente mutevole, rispondente alle mutevoli esigenze dei tempi e dei luoghi⁹³.

Di contro al diritto romano e al diritto comune, costituenti un grandioso, secolare sforzo volto a modellare regole di vita sociale aderenti alla struttura, alla sostanza proprie del diritto, ma progressivamente avvertiti come un diritto straniero anche in ragione della lingua in cui sono scritti, si affermava «l'idea di un sistema giuridico non più imperniato su ideali di carattere universalistico [...] ma sull'esistenza di un complesso unitario di norme uniformi per tutto il territorio dello Stato»⁹⁴.

In sostanza nell'età moderna si avvia un grande processo che rivoluziona i rapporti fra diritto e politica, che porta a capovolgere l'antico primato del primo sulla seconda. Il diritto viene ridotto al solo diritto positivo, al solo diritto nazionale, sostanzialmente al solo diritto pubblico. Un diritto pubblico

⁹⁰ Cfr. R. DE MATTEI, *Assolutismo*, in *Enciclopedia del diritto*, III. Milano 1958, p. 917 ss.

⁹¹ O. GIACCHI, *Lo Stato laico*, Milano 1975.

⁹² Cfr. V. PIANO MORTARI, *Codice (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII; Milano 1960, p. 230.

⁹³ Anche se a tratti tale polemica appare contraddittoria: da un lato, infatti, tende a realizzare un diritto «nazionale», dall'altro lato peraltro è diretta contro l'assolutismo, che precisamente in quel diritto «nazionale» trova uno dei propri punti di forza. Cfr., ad esempio, la lett. CI delle *Lettres persanes* di Montesquieu (1721) e l'analisi che ne fa F. CHABOD in *Storia dell'idea di Europa*, Bari 1995, p. 86 ss., e particolarmente p. 91.

⁹⁴ V. PIANO MORTARI, *Codice*, cit., p. 231.

anche quando viene a disciplinare i rapporti fra privati, in quanto di esclusiva produzione statale. All'antico diritto civile, come diritto regolatore dei rapporti fra privati, valido ovunque e per tutti – che rappresentava uno dei grandi primati raggiunti dalla civiltà europea, uno dei grandi fattori del processo di formazione dell'identità europea –, si sostituisce il diritto del cittadino, cioè il diritto di colui che appartiene a pieno titolo a quella determinata comunità politica. Dal primato dello *jus commune* si passa al primato dello *jus proprium*⁹⁵; dall'universalità alla particolarità del diritto.

Non a caso la radicalizzazione della distinzione giuridica fra cittadino e straniero si è venuta storicamente delineando, con assoluta chiarezza, solo in età moderna, allorché le norme in materia di cittadinanza hanno acquistato autonomia legislativa. Per quanto possa apparire singolare, determinante nell'accennato processo di autonomia legislativa delle norme sulla cittadinanza, è nientemeno che la Rivoluzione francese con la sua *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Difatti in una sorta di eterogenesi dei fini il testo che segna la nascita nell'espressione giuridica positiva dei diritti dell'uomo, e che quindi dovrebbe essere all'origine dell'«emancipazione» dello straniero, finisce col divenire ragione legittimante la distinzione, che si riduce ad essere discriminazione, fra uomo e uomo per il solo motivo della diversa cittadinanza. La distinzione operata dalla *Déclaration* fra i diritti dell'uomo e quelli del cittadino induce fatalmente ad una lettura della condizione dello straniero come un uomo a capacità giuridica dimidiata.

La non appartenenza ad una comunità politica determinata comporta di fatto, nell'esperienza giuridica fra Ottocento e Novecento, non solo congruenti (almeno in parte) incapacità nel diritto pubblico, ma anche ampie, sostanziose e sostanzialmente ingiustificate incapacità nel diritto privato⁹⁶.

Con l'affermazione del primato della politica il diritto, sempre più ridotto nelle dimensioni della legge positiva, tende inesorabilmente a divenire espressione del più forte (*jus quia iussum*) militarmente, economicamente, politicamente, anche elettoralmente, ma non sempre risulta diretto alla giustizia (*jus quia iustum*); dall'orientazione verso il bene personale e comune, il diritto che si esprime nella norma dettata dal legislatore viene piegato al *bonum Principis*, all'interesse dello Stato.

Riguardate in siffatta prospettiva, le codificazioni costituiscono non il punto di partenza, bensì il punto di arrivo di un processo di lunga durata. Esse comunque costituiscono un elemento di frattura con il passato, dal punto di vista culturale prima ancora che sul piano concreto dell'esperienza giuridica. Sono un punto di non ritorno.

Siffatta rottura con il passato ha – tra gli altri – un effetto di enorme rilievo: dall'«etica del diritto» si passa inevitabilmente alle varie opzioni etiche del diritto. Il problema, da quel momento, non sarà più quello di trovare regole giuridiche aderenti alla «natura delle cose», bensì quello di individuare, nella pluralità di tavole valoriali che segnano l'inarrestabile processo di frammentazione della società

⁹⁵ Riferimenti al dibattito dottrinale sull'evoluzione del sistema di diritto comune in M. CARNEVALE, *ordinamenti giuridici dell'Europa medioevale*, Bologna 1994, p. 304 ss.

⁹⁶ Per alcuni approfondimenti al riguardo, *infra*, pp. 69-109 (cap. III).

occidentale, i valori di riferimento funzionali alle ragioni politiche. Ciò avverrà in un primo tempo con le religioni, come bene espresso dalla regola augustana del *cuius regio eius religio*, poi con le ideologie infine – e siamo all’oggi – con le varie famiglie etiche⁹⁷.

Divenuto strumento della politica, ridotto a mera forma ma sostanzialmente svuotato della propria sostanza, il diritto si riduce ad essere mezzo – fra gli altri – di imposizione autoritativa di un’etica: quella che di volta in volta sarà postulata dalle culture che ispireranno l’azione politica. Oltre ad altri strumenti, primo fra tutti la scuola⁹⁸, il diritto codificato, nella misura in cui costituisce un modello di comportamento imposto con la forza, tende a modificare la cultura, i costumi, il sentire comune. Sembra quasi che il diritto, da strumento di giustizia, tende ad avere una funzione meramente pedagogica; meglio: di controllo sociale.

Giova notare che se le accennate evoluzioni dell’esperienza giuridica accomunano tutti gli stati moderni, esse tuttavia sono evidenti e marcate soprattutto negli Stati che abbracciano il sistema codificatorio. Si direbbe quasi che il codice assolutizzi i fenomeni accennati, costituendo l’espressione per eccellenza del nuovo modo di intendere e di vivere il diritto.

A fronte delle ampie sussistenze, nella modernità, di istituti che vengono dalla grande esperienza del diritto romano e del diritto comune, che si possono agevolmente cogliere negli ordinamenti di *common law*, vi sono le totali chiusure con il passato degli ordinamenti a codificazione. Si pensi da un lato allo spazio che ha, nella funzione di produzione normativa, la consuetudine (o la giurisprudenza), rispetto alla posizione del tutto residuale che essa riveste nel sistema delle fonti degli ordinamenti codificati; si pensi alla significativa posizione del giudice, «servo della legge», che è tipica dei sistemi a codificazione. La stessa affermazione dell’art. 1372 del nostro codice civile, per cui «il contratto ha forza di legge tra le parti», che sembrerebbe dilatare a dismisura una modalità di produzione normativa al di fuori dello Stato e che sembrerebbe, quindi, negare la sussistenza di un monopolio statale nella produzione normativa, appare invero in tutta la sua inconsistenza di affermazione meramente formale alla luce delle condizionanti disposizioni di legge – codiciali o extracodiciali – in materia di contratti, ovvero alla luce di disposizioni generali di chiusura dell’ordinamento, quale la clausola dei «limiti dell’ordine pubblico» (art. 31 preleggi; ma cfr. oggi la legge 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritti internazionale privato*, in particolare l’art. 16).

Del resto, detta norma non dice che il contratto «è legge» tra le parti, cioè non riconosce al contratto natura di fonte del diritto, bensì accorda per legge, alle convenzioni contrattuali che si uniformino agli schemi predisposti dal legislatore, la forza che della legge è propria.

⁹⁷ J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, tr. It., Milano 1975, p. 129 ss.

⁹⁸ Sulla scuola come apparato ideologico dello stato cfr. G. DALLA TORRE, *La questione scolastica nei rapporti fra Stato e Chiesa*, 2^a ed., Bologna 1989.

Sul versante del diritto pubblico la «politicizzazione» del diritto, che conosce l'apice proprio nei sistemi a codificazione, apre la via ad inquietanti interrogativi. Forse non è un caso che le degenerazioni totalitarie o autoritarie dello Stato siano storicamente avvenute (prevalentemente) negli Stati con ordinamenti a codificazione e non in quelli di *common law*, laddove cioè la «pubblicizzazione» del diritto ha finito per privare il sistema sociale di ordinari contrappesi e bilanciamenti rispetto al sistema politico.

In altra prospettiva, le vedute collusioni fra processo di codificazione e mutamento «genetico» nell'esperienza del diritto inducono a comprendere meglio le ragioni delle difficoltà che, nell'istituzione ecclesiastica, si incontrarono nell'abbracciare il sistema codificatorio. Difficoltà che impedirono la realizzazione di moderni codici nello Stato Pontificio, nonostante gli avanzati lavori preparatori al riguardo e le non insignificanti esperienze, soprattutto per l'inconciliabilità della cultura del codice con le peculiarità del sistema delle fonti del diritto nell'ordinamento pontificio⁹⁹, ed in particolare con le insuperabili esigenze poste dall'affermazione della vigenza del diritto naturale. Furono le stesse difficoltà che nell'ordinamento interno della Chiesa, e nonostante i voti espressi in occasione del Concilio Vaticano I, ritardarono al 1917 il processo di codificazione canonica¹⁰⁰.

Per altro verso, proprio l'esperienza dell'istituzione ecclesiastica sta a dimostrare che una cosa è lo strumento del codice ed altra è la cultura della codificazione; che il ricorso a quello non postula necessariamente adesione alla filosofia soggiacente alle esperienze storiche di codificazione.

4. *Alcuni esempi in materia civilistica*

Il passaggio dall'«etica del diritto» alle «opzioni etiche del diritto», che si radicalizza con la codificazione, appare con evidenza da un seppur sommario esame del volgere dei codici nel tempo. Valgano per tutti, a titolo di esempio, alcuni sintomatici casi tratti dall'esperienza italiana in materia civilistica.

Il primo, particolarmente significativo, si coglie nell'ambito delle disposizioni codiciali volte a disciplinare fattispecie non regolate. Trattasi, com'è intuibile, di materia assai delicata, perché investe in pieno principi cardini che presiedono all'idea di codificazione: quello per cui il legislatore deve formulare norme tanto generali ed astratte, da essere capaci di ricomprendere ogni fattispecie concreta che la vita dovesse suscitare nel tempo; quello per cui, comunque, il codice deve essere idoneo a fornire una risposta normativa, paradossalmente anche nel caso di «lacune» dell'ordinamento.

Orbene, nel secondo comma dell'art. 3 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale, del codice civile del 1865, si diceva: «Qualora una controversia non

⁹⁹ Cfr. Alcuni cenni in C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari 1979, p. 248 ss., ed ivi riferimenti bibliografici.

¹⁰⁰ m. falco, *Introduzione allo studio del «codex iuris canonici»*, Torino 1925, in particolare p. 7 s.

si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; ove il caso rimanga tutta via dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto». Viceversa nel secondo comma dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile del 1942 è detto: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Il passaggio dai *principi generali del diritto* del codice Pisanelli ai *principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato* del codice vigente segna una differenza sostanziale nei contenuti normativi che è il riflesso di una scelta valoriale precisa: dal riferimento, ancora, all'«etica del diritto» sottesa al vincolo ai principi generali del diritto¹⁰¹, al superamento della stessa vincolando l'opera dell'interprete ai valori etici sottesi alla codificazione del fascismo¹⁰²; dai principi giuridici accolti nella comunità umana, alla soggezione ai soli principi «accolti» dal legislatore del codice.

Considerazioni analoghe possono farsi a proposito della condizione giuridica degli stranieri. L'art. 3 del codice civile del 1865 disponeva che «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini», laddove l'art. 6 delle preleggi del codice vigente dispone che «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali». Quest'ultima disposizione – peraltro superata dall'art. 10 della Costituzione¹⁰³ – dimostra eloquentemente come il codificatore del 1942, in coerenza con l'etica sottesa all'ideologia nazionalistica del tempo, intendesse derogare al principio, proprio dell'«etica del diritto», di riconoscere ad ogni uomo le spettanze sue proprie, a prescindere dalle condizioni personali e sociali, fra le quali la cittadinanza. Rispetto al primo Codice civile italiano, il codice del 1942 manifesta dunque in modo molto chiaro il passaggio da un diritto civile inteso come diritto regolatore dei rapporti tra privati, valido per tutti ed ovunque, ad un diritto civile del cittadino, cui lo straniero può, a determinate condizioni, essere assimilato.

Particolarmente evidente la scelta del legislatore fra diverse tavole valoriali in un ambito, come quello del matrimonio e della famiglia, per natura sua caratterizzato da forti emergenze del fattore etico¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. AA.VV., *Soggetto e Principi generali del diritto*, Atti del XV Congresso nazionale della Società Italiana di filosofia politica e giuridica, Milano 1985; AA.VV., *I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1992. Per un singolare esempio di raccordo fra sistema codiciale e sistema romanista, ad opera del rinvio ai «principi generali del diritto», cfr. S. SCHIPANI, *Codici e rinvio ai «principi generali del diritto»*. Il Codice Civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei, ora in *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996, p. 83 ss.

¹⁰² Anche se, come noto, venne a mancare la progettata codificazione dei principi generali del diritto fascista: R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna 1980, p. 128 ss.

¹⁰³ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova 1992.

¹⁰⁴ Per ciò Jemolo poteva – secondo la ben nota raffigurazione – rappresentare la famiglia come un'isola che il mare del diritto può lambire soltanto: A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto, in pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano 1975, p. 222 ss. In generale vedasi AA.VV., *famiglia, diritto e diritto di famiglia*, studi raccolti da F. D'AGOSTINO, Milano 1985. Per una interpretazione delle evoluzioni storiche del diritto di famiglia cfr. F. D'AGOSTINO – G. DALLA TORRE, *per una storia del diritto di famiglia in Italia: modelli ideali e disciplina giuridica*, in AA.VV. *le stagioni della Famiglia. La vita quotidiana nella storia d'Italia dall'Unità agli anni settanta*, a cura di G. CAMPANINI, Cinisello Balsamo 1994, p. 215 ss.

Al riguardo si può prendere un esempio fra i tanti, ma particolarmente significativo: quello relativo alla disciplina giuridica delle responsabilità educative dei genitori.

Il primo comma dell'art. 138 del codice civile 1865, coerentemente con tutta la plurisecolare tradizione giuridica, disponeva che «il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare ed istruire la prole», laddove evidente appariva la rispondenza della norma a ciò che è assiologicamente proprio del diritto: definire gli obblighi di chi si è assunta la grave responsabilità, umana e sociale, di dare la vita ad un altro essere umano, senza entrare nei contenuti – anche valoriali – della funzione educativa.

Viceversa nell'art. 147 del codice civile del 1942, si disponeva che l'opera educativa e di istruzione doveva essere conforme «ai principi della morale» ed avere lo scopo di allevare i minori in conformità al «sentimento nazionale fascista». Rispetto al precedente codice, dunque, si vincolava la funzione educativa ad una precisa scelta etica, riducendo pertanto il diritto codificato a strumento politico di manipolazione della formazione della persona e di controllo sociale.

Per parte sua l'art. 147 del codice civile, così come innovato dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, recita: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli». Giova notare che solo apparentemente la riforma recupera, in materia, l'autenticità funzionale del diritto, liberando la norma da ogni scelta etica estranea a ciò che ad esso è proprio. In realtà la disposizione in esame tradisce ancora una volta le scelte etiche del legislatore, sensibile alla cultura radicale, libertina ed individualista del tempo, laddove vincola l'opera educativa alle «inclinazioni naturali» ed alle «aspirazioni» dei figli. Come autorevolmente rilevato¹⁰⁵, verrebbe da domandarsi: anche le inclinazioni malvage? Anche le aspirazioni degeneri?

Nel campo del fenomeno associativo, come noto, la cultura di cui fu espressione la legge Le Chapelier (1791)¹⁰⁶ ebbe una larga influenza sulla legislazione dello statuto Liberale. Di qui il silenzio del codice del 1865 sulle corporazioni, lasciate alla disciplina della legislazione speciale precedente¹⁰⁷.

Il codice civile vigente, invece, disciplina la materia e nell'art. 12 dispone: «Le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto dal presidente della Repubblica». Detto riconoscimento avviene con atto amministrativo discrezionale, avente – a differenza di quanto avveniva in età liberale – carattere costitutivo e non dichiarativo. Viceversa per le società per azioni, le quali acquistano la personalità

¹⁰⁵ L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra «pubblico» e «privato»*, Milano 1979, p. 282.

¹⁰⁶ Per alcuni aspetti, anche sotto il profilo pubblicistico, cfr. P. RIDOL, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano 1987, in particolare p. 18 ss.

¹⁰⁷ Si veda in merito F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, artt. 11-35, Bologna – Roma 1969; ID., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, *ibid.*, artt. 36-42, Bologna – Roma 1972.

giuridica (all'atto della iscrizione nel registro delle imprese: art. 2331 cod. civ.), senza alcun intervento della pubblica autorità.

La diversa regolamentazione in materia ha – come noto – la sua *ratio* nell'attività economica: scopo del contratto di società è la divisione degli utili, come precisa l'art. 2247 cod. civ.; scopo che non caratterizza per sé le associazioni. Di qui l'evidenza di una scelta etica precisa del legislatore del codice – sotto questo profilo erede ancora della tradizione liberale –, volta a favorire le formazioni sociali aventi finalità economiche rispetto a quelle aventi finalità culturali, sociali, religiose e quant'altro. È da chiedersi al riguardo come possa essersi mantenuto, rispetto alle società, il regime di disfavore per le associazioni, soggette ad un atto discrezionale per essere ammesso al regime giuridico delle associazioni riconosciute, in vigenza della Costituzione repubblicana, che non solo valorizza le formazioni sociali, ma pone quel principio di eguaglianza davanti alla legge, il quale non riguarda soltanto le persone fisiche¹⁰⁸.

Un ultimo esempio può cogliersi in materia di deliberazione di sentenze straniere, relative allo stato delle persone.

Nella vigenza del codice di procedura civile dello Stato liberale, emanato con r.d. del 25 giugno 1865, la giurisprudenza era giunta a concludere che dette sentenze non avessero bisogno di giudizio di deliberazione, essendo direttamente efficaci nell'ordinamento Italiano¹⁰⁹. Al contrario gli artt. 796 e seguenti del codice di procedura civile del 1940 regolavano in maniera minuziosa il giudizio di deliberazione di qualsiasi sentenza straniera, ponendo sostanziosi «filtri» all'ingresso nell'ordinamento italiano di pronunciati stranieri, nella misura in cui essi veicolassero valori in contrasto con l'ordinamento giuridico nazionale¹¹⁰. Da parte sua l'art. 64 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato¹¹¹, pone il principio generale per cui «la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento».

Il codice del fascismo, a differenza di quanto disposto sia dal codice dell'età liberale sia della più recente legislazione italiana in materia, si preoccupava con la norma ricordata di tutelare le opzioni etiche effettuate dal legislatore nazionale rispetto a quelle, eventualmente diverse, operate da altri ordinamenti statuali e veicolate dalle sentenze dei relativi giudici nazionali.

Dagli esempi fatti, in conclusione, risulta come le disposizioni in materia di rapporti civili siano mutate e mutevoli nel tempo, in ragione non di nuove fattispecie concrete da regolare secondo i principi

¹⁰⁸ Cfr. E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova 1989.

¹⁰⁹ Cfr. *Codice di procedura civile del Regno d'Italia illustrato con le principali decisioni delle Corti del regno*, per cura di A. BRUNO, Firenze 1915, pp. 349 e 351 in nota. Cfr. in dottrina P. FIORE, *Sentenze straniere ed atti*, in *Digesto italiano*, XXI, 2, Torino 1891-1896, pp. 737-786.

¹¹⁰ Cfr. Ad esempio in merito P. MENGOZZI, *Diritto internazionale privato italiano*, Torino 1986; G. CAMPEIS – A. DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero. Lineamenti di diritto processuale civile internazionale*, Giuffrè, Milano 1986.

¹¹¹ Su cui cfr. P. MENGOZZI, *La riforma del diritto internazionale privato. La legge 31 maggio 1995 n. 218*, Napoli 1996; M.R. SAULLE, *Lineamenti del nuovo diritto internazionale privato. L. 31 maggio 1995 n. 218 e norme richiamate*, Napoli 1995.

propri del diritto, ma in ragione di nuovi orientamenti valoriali che impongono di modificare fattispecie già note e precedentemente regolate in maniera diversa.

5. Conclusioni

Secondo una autorevole, recente analisi, il grado di frammentazione della società sarebbe oggi tale, da non permettere più il comune ritrovarsi nella Costituzione, intesa come accordo sui valori da tutti condivisi. Occorrerebbe tornare al codice, regola di rapporti fra privati che prescinde dalle diversità di parte. In particolare l'indebolimento della Costituzione avrebbe restituito al codice civile una inattesa responsabilità: «Tutti i valori della collettività, già fissati nelle norme costituzionali, ed oggi messi in questione e caduti nella disputa politica, sembrano raccogliersi nella *particolarità dei fini*, negli interessi (di individui o di gruppi) della società civile. Il codice risale, per così dire, all'originario primato: al codice spetta – siccome al corpo di leggi civili, in cui si è depositata la tradizione dei principi, e si custodiscono tecniche di discipline e categorie ordinatrici –, di assumere la *responsabilità dell'unità*. Esso supplisce alla Costituzione, svolge la funzione interinale di garanzia, protegge la continuità della vita civile»¹¹².

A ben guardare, nonostante la indubbia suggestività della tesi, sembra di dover rilevare che anche il codice civile soggiace ai medesimi fenomeni «erosivi» della Costituzione. E ciò propriamente perché – «il codice civile non trattiene e fissa un diritto naturale degli affari economici, ma un diritto politico, come politico è il grande teatro dell'autonomia privata»¹¹³.

A me pare, alla luce di quanto si è più sopra veduto, che occorre distinguere tra un'autonomia privata come fonte di diritto, da una codificazione che in realtà limita, condiziona ed orienta tale autonomia. La prima è tipica degli ordini giuridici precedenti al processo codificatorio, così come di quelli che da esso sono rimasti fuori. Perché siffatta autonomia privata – o, meglio, siffatto modo di intendere l'autonomia privata –, è inesorabilmente schiacciata dalla codificazione, essa risponde di per sé ad un'idea di diritto, che non è quella sottesa ad ogni codice.

In realtà, la storia insegna come le codificazioni siano state il paradigma forte di ogni altro intervento del legislatore statale. Anche dopo l'entrata in crisi del sistema della codificazione, quando cioè si evidenziarono i limiti di uno dei suoi capisaldi ideologici – la capacità di ricomprendere in un'unica legge organica le tante mutevoli fattispecie poste dallo scorrere della vita – e venne a svilupparsi

¹¹² N. IRTI, *Codificazione civile e società politica*, Bari 1995, p. 13 s.

¹¹³ *Ibid.*, p. 18.

enormemente quella legislazione speciale che ridusse il codice ad un ruolo marginale e suppletivo¹¹⁴, il legislatore ed i giuristi sono rimasti legati al modello del codice ed alla relativa cultura giuridica.

Quel paradigma conduce fatalmente, nel passaggio dall'«etica del diritto» al «diritto strumento di un'etica»¹¹⁵, ad imboccare delle strade al termine delle quali possono esservi degli esiti esiziali: la degenerazione totalitaria dello Stato, in cui il diritto inteso come strumento del più forte serve all'imposizione di un'ideologia, di una cultura, di un'etica; l'agonia del diritto «agnostico», cioè senza valori¹¹⁶, e la degenerazione della democrazia. In quest'ultimo caso, dinnanzi al «politeismo etico» caratterizzante una società pluralista, la tentazione è forte per il legislatore di rinunciare ad intervenire ogni qual volta non sia in grado di dettare regole universalmente condivise. Ma facendo ciò, la società degenera nel caos (si pensi, per l'esperienza italiana, al cosiddetto *far west* della procreatica), mentre si afferma di fatto la volontà del più forte anche nei rapporti privati, perché i conflitti non sono più mediati – secondo criteri di giustizia – dal diritto, bensì risolti a danno dei più deboli.

Qualora poi il legislatore decidesse comunque di intervenire, facendo una opzione fra le tante etiche presenti nel corpo sociale e quindi imponendo autoritativamente una etica fra le tante, l'esito sarà quello di far esplodere e prorogare le obiezioni di coscienza: un fenomeno dinnanzi al quale la democrazia è provocata¹¹⁷, ma che nelle sue più late conseguenze rischia di toccare il conflitto sociale e la dissoluzione dello Stato.

6. G. DALLA TORRE, *Diritto e bioetica*, in AA.VV., *Corso residenziale di bioetica*, Ospedale Pediatrico «Bambino Gesù», Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico, Tipografia Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 57-80

¹¹⁴ Cfr. di nuovo N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 3° ed., Bari 1990.

¹¹⁵ Per alcune osservazioni sull'«ideologia della neutralità» sottesa all'esperienza codificatoria del fascismo cfr. C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, p. 266 ss.

¹¹⁶ Sull'attualità del tema dei valori nella più recente dottrina giuridica, giudicato un fatto «senza dubbio significativo e importante, poiché segna una grossa crepa nel compatto edificio del positivismo giuridico tradizionale», S. COTTA, *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*, in «Rivista di diritto civile», 3, 1993, parte prima, p. 317 ss.

¹¹⁷ Sulla «cedevolezza» delle democrazie rispetto all'obiezione di coscienza cfr. V. TURCHI, *Obiezione di coscienza*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, XII, Torino, 1995, p.518 ss.

PRESIDENTE: Un saluto a tutti voi ed ai colleghi di Palidoro che, come vedete, sono in collegamento anche oggi. Oggi siamo alla terza riunione di questo Corso che è stato deciso dal Consiglio di Amministrazione, anche sotto sollecitazione vostra, perché ci avete fatto pervenire più volte il desiderio di volere approfondire questo argomento sul piano culturale.

Quindi, abbiamo cercato di organizzare una serie di presentazioni di argomenti chiave, o di settori di interesse bioetico, per poi arrivare, dopo questa presentazione di tipo più formale, magistrale, ad una conversazione più agile con coloro che praticano al letto del malato la Bioetica. Oggi, abbiamo la possibilità di ascoltare il Prof. Dalla Torre. Io ho la fortuna di conoscere da molti anni il Prof. Dalla Torre. Vi leggo rapidamente il suo curriculum perché è giusto che anche voi lo conosciate; sapete che è anche membro del nostro Consiglio di Amministrazione, ma oggi è qui in veste di studioso; di studioso del Diritto e di studioso di Bioetica, e noi siamo molto interessati a conoscere anche sotto il nome di Bioetica, che si è verificato negli ultimi 30, 40 anni, ormai, e che ha caratterizzato la seconda metà del secolo che si è appena concluso. Il Prof. Giuseppe Dalla Torre è nato nel 1942, qui a Roma; ha conseguito la laurea in giurisprudenza presso L'Università La Sapienza, e anche la Laurea in Diritto Canonico presso la Pontificia Università Lateranense, nel '68.

Ha iniziato la propria attività scientifica presso l'Università di Modena; assistente ordinario presso l'Università di Bologna, e poi, nell'80 ha vinto il concorso per Professore Ordinario. È stato chiamato alla facoltà di Giurisprudenza presso l'Università di Bologna, dall'80 al '90 vi ha insegnato Diritto Ecclesiastico e vi ha anche tenuto, per supplenza, il Corso di Diritto Costituzionale dal 1987 al 1990. Io lo conosco nella duplice veste di Docente del Diritto Ecclesiastico e Diritto Costituzionale; ha dei lavori splendidi. Attualmente, è rettore della libera Università Maria Santissima Assunta, presso la quale ha insegnato Istituzioni di Diritto Pubblico, e ora, Diritto Ecclesiastico e Storia del Diritto Canonico. Insegna rapporti fra Chiesa e Comunità Politica nella Pontificia Università Lateranense. Ha partecipato, come Segretario della Delegazione Governativa, ai lavori della Commissione Paritetica per la revisione del Concordato fra l'Italia e la Santa Sede, i cui lavori sono durati dal '76 all'83, e si è conclusa con il Secondo Concordato, come viene detto in termini attuali. È componente, dalla sua costituzione, del Comitato Nazionale per la Bioetica, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e, come ho già detto ieri, cercai subito di assicurare la sua partecipazione. Fa altresì parte del Consiglio Universitario Nazionale, cioè del CUN. È Vice – Presidente del Coordinamento Regionale delle Università del Lazio, Presidente Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani.

Fa parte anche del Consiglio Scientifico dell'Istituto Enciclopedia Treccani ed è Presidente del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano e Consultore di alcuni Dicasteri Pontifici.

Al suo attivo si annoverano più di cento pubblicazioni scientifiche, tra monografie e saggi, su tematiche relative al Diritto Canonico, al Diritto Ecclesiastico italiano e al Diritto Pubblico. Tra le sue opere, si possono segnalare: «L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano», «La Chiesa,

particolare Comunità Politica», «La riforma della Legislazione Ecclesiastica», «La questione scolastica nei rapporti tra Stato e Chiesa»; probabilmente avrete letto su «Avvenire», più volte, i suoi articoli, in questi ultimi tempi, proprio dedicati a questo scottante problema; ed ancora: «Il primato della coscienza», «Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea», e questo sarà anche uno dei punti forse sui quali il relatore vorrà in qualche modo condurci, perché qui siamo in ambiente medico, quindi abbiamo la necessità di prendere decisioni anche immediate, rapide, con quella libertà di una coscienza formata, in qualche modo, verso determinati valori.

Proseguo con: «Il fattore religioso nella Costituzione»; «La città sul monte, contributo ad una teoria canonistica nelle relazioni fra Chiesa e comunità politica» e «Le frontiere della vita: Etica, Bioetica e Diritto», che è recentissimo, del '97, e che vi segnalo in quanto è una serie di messe a punto proprio di questo rapporto fra Diritto e Medicina nelle forme più avanzate che vanno, appunto, dalla libertà del malato, o dall'autonomia del malato, al problema dei Comitati Etici; quindi, tutta una serie di tematiche che è, per noi, di estrema importanza. Do subito la parola al Prof. Dalla Torre.

PROF. DALLA TORRE: Esprimo subito i miei sentimenti di gratitudine per questo invito, ringrazio il Presidente Prof. Bompiani, ringrazio tutti i presenti, e debbo anche dire di un certo imbarazzo nel prendere la parola per, almeno, tre ordini di ragioni. La prima, per questa presentazione così ampia e calorosa del Prof. Bompiani, in cui, evidentemente, vedo l'amico piuttosto che il Presidente di una Istituzione come il Bambino Gesù che mi ha invitato a tenere questa conversazione; la seconda ragione, perché parlo dopo due lezioni, certamente di altissimo livello, conoscendo il valore degli studiosi che le hanno tenute; la terza ragione è per quella certa diffidenza che nella società contemporanea, almeno nel nostro paese, si ha nei confronti dei giuristi. Il giurista è temuto, ma non amato.

In genere, quando una persona viene presentata come giurista, l'atteggiamento della platea è di condiscendente simpatia nei confronti dell'oratore, ma anche di un certo distacco e di una certa prevenzione. Cercherò di non essere un giurista noioso, cercherò di essere un giurista che, invece, fa capire che il Diritto non è soltanto una meccanica di regole, ma che ha dentro un'anima che, insomma, ha dentro un'anima, come del resto tutte quante le scienze e tutte quante le discipline.

Vorrei dividere questa conversazione in due momenti: un momento più teorico, più fondativo, sul rapporto tra etica e diritto, e quindi sui problemi Bioetici e Biogiuridici; poi, un momento di riflessione più concreta, relativa ai grandi principi che sono contenuti nella nostra Carta Costituzionale e nell'ordinamento civile e penale, che possono avere una rilevanza bioetica e, quindi, un rilievo sul terreno concreto dell'attività sanitaria.

Il primo aspetto, innanzitutto. Noi sappiamo che etica e diritto sono due dimensioni, due sfere di saperi, sono due realtà, le quali hanno dei rapporti, ma hanno fra di loro anche delle differenze e delle distinzioni.

Innanzitutto, per ciò che attiene alle finalità, perché la finalità dell'Etica è la finalità di distinguere ciò che è buono e ciò che è cattivo, e la finalità del diritto, invece, è quella di distinguere ciò che è giusto e ciò che è ingiusto. Ora, non sempre queste due dimensioni finalistiche, questi due aspetti, coincidono. Certamente vi sono degli ambiti di sovrapposizione, ma altrettanto certamente vi sono degli ambiti nei quali la sovrapposizione non c'è, e quindi rimangono delle sfere sostanzialmente distinte.

Nell'ambito della Bioetica, il Diritto ha un ruolo importante: in fondo, la peculiarità della Bioetica è data dal fatto di affrontare i problemi relativi alla Biomedicina da un'angolazione assolutamente interdisciplinare, in cui, cioè, tutte le discipline che sono interessate vengono ad essere coinvolte per raggiungere alla determinazione, alla precisazione, alla individuazione di una scala di valori che deve essere osservata in relazione all'attività medica. Ora, proprio nell'ambito della bioetica si possono avere degli ambiti nei quali c'è una diversificazione, o si può verificare una diversificazione fra ciò che è conforme alla legge o ciò che è conforme al diritto.

Occorre cioè tenere presente una distinzione che, in genere, nella consapevolezza dei più non è così chiara: tra il Diritto e la Legge. Una cosa è il Diritto, ciò che è giusto, ciò che corrisponde a giustizia: altra cosa è la Legge, ciò che è legale, ciò che è conforme alla volontà del legislatore positivo. Noi non abbiamo spesso questa consapevolezza per il semplice fatto che – e non sto qui a fare la storia – da almeno un secolo, si è accentuata una concezione cosiddetta – positivistica – del Diritto, per cui il Diritto è inteso soltanto come la norma scritta, come norma codificata, come soltanto la volontà del Legislatore, anche se rimane, nella sensibilità e nella coscienza comuni, un «parametro» di valutazione, per cui diciamo: «Quella norma è giusta, quella norma è ingiusta».

È giusta ed ingiusta rispetto a che cosa? Rispetto, evidentemente, ad un archetipo, ad un modello, ad un paradigma sul quale siamo portati a confrontare la rispondenza della volontà del legislatore, diventa legge, rispetto al modello stesso. Non c'è dubbio che, per fare un esempio rozzo, ma facilmente comprensibile, tutti i criminali nazisti si siano comportati «legalmente»: ma certo non si sono comportati «legittimamente». Si sono comportati legalmente perché hanno obbedito alle leggi: non a caso, al processo di Norimberga, la difesa di questi criminali è stata: «...abbiamo obbedito alla legge»: ma non si sono comportati legittimamente perché hanno agito contro la giustizia, che reclamava il rispetto dell'uomo, della sua dignità.

Questo esempio, rozzo quanto si vuole, tuttavia mette in evidenza il fatto che, se nel sentire comune vi è l'idea che il diritto si esaurisce tutto nella Legge scritta, tuttavia sussiste una consapevolezza profonda, nella nostra coscienza, del fatto che il diritto non si esaurisce nella legge, e che addirittura la legge può essere contro il diritto, per cui, agire secondo la legge, è un agire legittimo, ma è un agire «ingiusto».

Quali sono i rapporti tra Etica e Diritto che possono essere, dal punto di vista bioetico, rilevanti in linea generale? Vorrei osservare al riguardo che i problemi della bioetica nascono solo o soprattutto in ragione del progresso della scienza e della tecnologia applicata al campo biomedico.

Certo, questo processo è quello che provoca la casistica oggetto dell'indagine bioetica, ma il problema della Bioetica non nasce da questo processo: esso nasce altrove, cioè, dal fatto che la società contemporanea, ed in particolare la società occidentale, è, da qualche decennio a questa parte, una società frammentata attorno alle tavole dei valori etici. Tutto l'Occidente ha conosciuto, da quattro o cinque secoli a questa parte, un processo di frammentazione della primitiva unità.

Questa frammentazione è nata nel 1500, con la Riforma Protestante, che ha creato la pluralità della Chiesa; è poi passata sul terreno dell'ideologia: tra l'800 ed il '900 abbiamo visto la pluralità delle ideologie che hanno diviso. La frammentazione è ora giunta fino all'etica, tanto è vero che se noi pensiamo a quello che potevano essere la sensibilità etica ed i costumi morali, per esempio, nell'Europa di 50 anni fa, in relazione a determinati fatti che attengono alla vita medica – pensiamo al problema della tutela della vita, o al problema dell'aborto –, ci rendiamo conto di come sia mutato e come si sia frammentato. Oggi, siamo dinanzi ad una società molto divisa in relazione, per esempio, a questo tipo di problema. Tanto è vero che, mano mano, sono state espunte dai codici penali dei nostri Paesi Occidentali le norme che, invece, prevedevano l'aborto come reato, e che, quindi, esprimevano una coscienza morale che 50 o 60 anni orsono era ancora compatta, su questo punto, intorno ad una comune tavola di valori.

Dunque, il problema della bioetica non è tanto dato dai progressi della scienza e della tecnologia, ma è dato dal fatto che, dinanzi a questi progressi, che impongono un giudizio morale, e quindi, un giudizio anche sull'agire concreto, la società presenta una molteplicità di tavole di valori morali, per giunta confliggenti tra loro. È quello che un grande sociologo tedesco alla fine del secolo scorso, Max Weber, aveva in qualche modo già diagnosticato – con la capacità che hanno i geni di vedere più avanti di quello che sappiamo vedere noi, comuni mortali –, definendo la nostra Società come una società politeista dal punto di vista etico. È ricorrente, fra coloro che si occupano di bioetica, questo riferimento a Max Weber, ed all'Occidente come società politeista.

Il problema vero, quindi, è che, dinanzi a ciò che la scienza e la tecnologia ci permettono di fare, non abbiamo un orientamento etico comune. In fondo il ruolo della Bioetica è proprio quello di ritrovare, all'interno di una società che è così frammentata, dei punti di riferimento comuni, condivisi, attraverso l'apporto dei vari saperi, delle diverse conoscenze, delle diverse scienze e discipline; dei punti di riferimento comuni che possano guidare non solo il divenire della Scienza, ma soprattutto l'applicazione delle scoperte scientifiche o delle acquisizioni di carattere tecnologico.

Da quanto detto è possibile rendersi subito conto del fatto che, in contesto bioetico, il diritto ha un ruolo molto più importante di quello che potrebbe apparire, nonostante la diversità fra etica e diritto, e nonostante la diversità fra diritto, come legge scritta, e diretto come criterio di giustizia. Perché?

Perché il diritto positivo, la legge scritta, sempre veicola un valore, che possiamo definire etico; sempre. Non c'è norma che non veicoli un valore etico. Gli esempi più facili li potremmo trarre dal codice penale, perché la legge penale appare più prossima alla legge morale. È evidente che la norma del codice penale che punisce l'omicidio o il furto, veicola un principio etico. Però vorrei fare presente che anche quelle regole poste dal legislatore positivo, dal legislatore dello Stato, che sembrerebbero più lontane da ogni valenza etica, che sembrerebbero meramente norme tecniche, procedimentali, formali, in realtà hanno dentro di sé un valore etico che le ispira e al quale dovrebbero in qualche modo essere strumentalmente dirette. Faccio un esempio: cosa c'è di più arido, di apparentemente più lontano da un ambito etico o valoriale, delle norme che regolano il processo? Le nullità della citazione, i vizi di forma, la decorrenza dei termini, le scadenze, sembrerebbero non aver niente a che vedere con un diritto, quale ad esempio quello penale, che è animato, chiaramente, da valori; il valore della vita, il rispetto della persona, il rispetto della sua proprietà, del buon nome e così via.

Eppure, se riflettiamo più approfonditamente, anche le norme sul processo, così aride, così fredde, così burocratiche, in realtà incarnano e veicolano dei valori. Per esempio, chi di noi riterrebbe giusta una sentenza in cui una parte non abbia potuto difendersi? Allora, la nullità di una notifica, perché io non sono venuto a conoscenza di essere oggetto di un procedimento penale, o di essere chiamato in causa per una causa civile, evidentemente, un formalismo, arido quanto vogliamo, ma è un formalismo che porta però, a tutelare un valore che non è solo giuridico, ma anche etico.

Chi non riterrebbe giusta una sentenza pronunciata da un giudice non imparziale, ma notoriamente di parte, per ragioni politiche, per ragioni sindacali, per ragioni ideologiche? Ma allora, le norme che prevedono la ricusazione del giudice, la nullità di tutta la procedura se il giudice che si trovi in quelle condizioni non abbia provveduto ad astenersi, che non sono meri formalismi, ma sono formalismi che veicolano un valore etico. Dunque è evidente che in una società pluralista dal punto di vista etico, in una Società eticamente politeista, come diceva Max Weber, il grosso problema del legislatore è quello di trovare di volta in volta la norma rispondente ad esigenze etiche oggettive, ma che allo stesso tempo possa fondarsi nella coscienza morale di coloro che fanno parte di quella determinata comunità. Per quale ragione, per esempio, in Italia non abbiamo ancora una legge in materia di procreazione assistita? Per il semplice fatto che il legislatore non riesce a conciliare posizioni etiche assai diversificate, e le differenti politiche in materia riflettono posizioni etiche assai diversificate.

È evidente che il legislatore dello Stato, si trova in grande difficoltà – quanto più la società è frammentata, e quanto più la società è provocata dai progressi della scienza e della tecnologia – a trovare la regola giusta, cioè rispondere ad esigenze concrete di giustizia, e, nello stesso tempo, idonea ad essere accolta dalla coscienza dei più, se non dalla totalità.

Qui è un altro aspetto che occorre tenere presente. Solitamente abbiamo del diritto una concezione autoritaria: il diritto è comandato: il diritto è diritto perché c'è un'autorità che lo fa osservare;

il diritto è diritto perché c'è un apparato di polizia, un apparato di giustizia, che ci persegue nel momento in cui è violata la legge.

Questo è vero ma fino ad un certo punto. Non c'è dubbio che il diritto ha, in qualche modo, una funzione deterrente, però non c'è dubbio che la forza del diritto non viene tanto dal timore che nasce dalla sanzione; i criminali questo timore non ce l'hanno. I paesi che hanno la pena di morte hanno una criminalità spesso più elevata rispetto ai paesi che non hanno la pena di morte. Questo significa che il timore della sanzione vale, sì, ma entro certi limiti.

Paradossalmente la forza del diritto positivo riposa innanzitutto nella coscienza individuale, cioè è nel rispetto che, innanzitutto, ciascuno di noi sente di dover dare ad un determinato comando. Naturalmente, questo presuppone anche la condivisione della bontà del comando. Perché, se questa manca, non c'è autorità, non ci sono carabinieri, non ci sono magistrature che riescano a controllare una situazione. Pensiamo, per fare un esempio (banale, anche qui) al codice stradale, al problema delle cinture di sicurezza. Andiamo in giro e vediamo quanta gente guida l'automobile mettendo le cinture di sicurezza. La generalità contravviene la legge... questo significa, in qualche modo, che la legge non è stata recepita; ma se tutti disobbediscono, qualsiasi apparato di repressione o sanzionatorio è inutile, addirittura impossibile. Non so se si sono mai chiesti quale è la ragione per cui, nelle nostre società occidentali, aumenta progressivamente il numero delle obiezioni di coscienza. Parlo, non solo delle obiezioni di coscienza «legittimate» – in Italia ne abbiamo sostanzialmente due, quella del servizio militare e quella del personale sanitario e l'aborto –, ma anche e soprattutto di quelle che non sono state legittimate, in cui, cioè, chi obietta paga per la propria obiezione.

Qual è la ragione dell'aumentare di questo fenomeno, che è forte? Obiezione di coscienza nei rapporti di lavoro, obiezione di coscienza fiscale, obiezione di coscienza tributaria, ecc.: aumentano i casi proprio perché la società è sempre più frammentata. Difatti, quanto più è frammentata eticamente la società, tanto più si verifica frequentemente il divario tra la norma esterna, il diritto positivo che obbliga ad un comportamento, e la norma interna, morale, di coscienza, che invece obbliga ad un comportamento contrario.

E quando questo conflitto tra norma esterna e norma interna diventa «intollerabile» (entro certi termini lo tolleriamo tutti), si preferisce non obbedire alla legge, ma subire la sanzione, pur di affermare il primato della propria coscienza. Da quanto detto sin qui si capisce quale sia la connessione in materia bioetica del diritto, del diritto anche nella sua espressione positiva. Ma qualcuno potrebbe domandarsi: a questo punto la situazione è disperata, perché è evidente che il processo di frammentazione è un processo che va avanti, che non torna indietro, e d'altra parte, il diritto, in quanto diritto, ha necessità di trovare il consenso in cui tutti si ricominciano e che dà forza, insieme alla volontà dell'autorità, per la sua vigenza. E naturalmente questo è uno dei problemi bioetici e biogiuridici più importanti ai quali sono state date alcune risposte.

La risposta più frequente e comune, anche da parte di autorevoli giuristi ed importanti «opinionisti», è che una società di questo tipo non si possa, in materia bioetica, che pensare a delle regole giuridiche sulle procedure, perché sui valori non troveranno mai l'accordo. Che vuol dire ciò? Pensiamo, per esempio, alla tematica della procreazione assistita. Secondo questo modo di pensare, la legge sulla procreazione assistita potrà venire, e potrà trovare un consenso, nella misura in cui si fermerà soltanto agli aspetti strettamente procedurali, trovando quindi dei centri autorizzati, delle banche del seme, delle modalità di raccolta, delle modalità di controllo perché si eviti la trasmissione di malattie, ecc, ecc. secondo siffatto tipo d'impostazione, occorre fermarsi qui, perché su questo livello si è tutti d'accordo.

Quando si passa al livello successivo, l'accordo non c'è e quindi, naturalmente, è inutile fondare una regola giuridica che risponda ad un sentire etico, ad un sentire morale, di parte. In realtà questa posizione che è una posizione intelligente e culturalmente affascinante, risulta però da un punto di vista giuridico, una posizione molto debole. Perché è una posizione molto debole? Perché in realtà non risolve i problemi di fondo cui il diritto deve far fronte. Certo, siamo d'accordo, che è bene evitare la trasmissione del virus HIV nelle pratiche di procreazione assistita. Ma è del tutto evidente che un diritto meramente procedimentale, se evita tale pericolo, non risolve i problemi più profondi e gravi del conflitto tra interessi contrapposti: della madre, del figlio così concepito, del padre genetico, del padre giuridico, della madre eventualmente gestante ma non biologica, e così via.

Si crea un intreccio di interessi che debbono essere in qualche modo composti tra di loro, dando prevalenza – se si guarda a ciò che è proprio del Diritto, quindi a ciò che è giusto – agli interessi meritevoli di tutela perché sono giusti, e tutelando le posizioni più deboli, giacché le posizioni più forti si difendono da sole per il fatto stesso di essere forti. Dunque, un diritto meramente procedimentale o regolamentale non risolve questi problemi e lascia le situazioni in una realtà di conflitto in cui, di fatto, i forti – che possono essere i più vari – hanno il sopravvento.

Pensate ad esempio al marito che ha dato il consenso all'inseminazione eterologa e che poi, ad un certo punto, cambia idea e si fa forte della norma del codice civile che prevede il disconoscimento della paternità. A prescindere dal fatto se ciò sia giusto o no da un punto di vista etico, dal punto di vista giuridico egli certamente agisce facendo forza su una norma che il codice prevede e dispone; (naturalmente si tratta di una norma scritta in un tempo in cui queste cose non erano neppure pensabili), ma più forte potrebbe essere colui che ha «commissionato» – nel caso di un utero in affitto – la pratica di fecondazione; o più forte, per esempio, potrebbe risultare la posizione della donna nei confronti del concepito, e così via.

Gli esempi accennati dimostrano che non sempre, anzi, quasi mai, il problema del conflitto di interessi, viene risolto secondo giustizia, cioè attraverso una graduazione degli interessi oggettivamente meritevoli di tutela. È dunque inevitabile fare un passo avanti, perché il «diritto debole», cioè il diritto

meramente procedimentale, non risolve i problemi e il «non diritto», a maggior ragione, finisce per essere la legge del più forte.

Una seconda ipotesi di soluzione, molto cara ai giuristi, è quella di ancorarsi e fare leva sui grandi valori intorno ai quali, in una società democratica e pluralista quale è quella occidentale, e quindi, quale è anche quella italiana del nostro tempo, tutti si riconoscono, quanto meno per definizione, perché è il presupposto stesso della convivenza sociale. Mi riferisco alla Costituzione.

Il richiamo alla Costituzione è importante per tutti se si parte dall'idea che, in fondo, la Costituzione è la tavola di valori sui quali si dà per scontato che abbiamo tutti convenuto fino a prova contraria; cioè, fino a prova di cambiare la Costituzione stessa. Non è un caso che per cambiare la Costituzione non basta una semplice maggioranza parlamentare, ma occorrono delle procedure e delle maggioranze particolari, perché è la Casa Comune in cui tutti debbono trovarsi a proprio agio. Possiamo pensare religiosamente come vogliamo, possiamo pensare ideologicamente come vogliamo, possiamo pensare politicamente come vogliamo, ma ci sono alcuni valori generali sui quali dobbiamo convenire, perché sono il presupposto per essere una Comunità Politica. Questa sussiste laddove vi è qualcosa in comune; altrimenti, è la disgregazione sociale e l'affermazione del più forte. Badate che questa non è una scoperta di oggi. È una cosa che in qualche modo, aveva intuito con molta lucidità un grande pensatore del nostro tempo, Jacques Maritain, che, tra l'altro, ha anche avuto un grande influsso sulla elaborazione della Costituzione Italiana. Maritain diceva giustamente che in una civiltà democratica e pluralista, in cui non c'è più una religione condivisa, in cui non c'è più un'etica condivisa, in cui non c'è più un'ideologia condivisa, nella quale pertanto il pluralismo è una situazione di fatto, ci deve essere una specie di «religione secolare», un nucleo di valori attorno ai quali i cittadini si riconoscono e per i quali si sentono uniti. A questa funzione provvede la Costituzione.

Certo teoricamente si potrebbe anche pensare ad una Costituzione che contiene norme contrarie all'etica, o contrarie ai principi del «diritto» di cui parlavo prima; però di fatto la Costituzione – così come le Dichiarazioni internazionali dei Diritti dell'Uomo, ecc. – sono il frutto di una evoluzione della esperienza giuridica che ha fatto decantare tutto ciò che era contingente e negativo, o, comunque, di legato a fattori storici, per arrivare all'essenziale.

Nella nostra Costituzione ricorre una serie di principi che hanno una grande valenza sul piano della Bioetica. E questo è un punto di forza perché, per definizione, non possiamo non riconoscerci tutti nei valori della Carta Costituzionale. Ognuno di noi può dire: «non condivido la tua ideologia, non condivido la tua religione, la tua politica; ma non possiamo dire – non condivido i valori della nostra Carta Costituzionale». È il presupposto stesso del nostro essere insieme. Non è un caso – e lo sottolineo solo per inciso – che la Costituzione, all'art. 54, dice che «...tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi». Cioè, non solo pone il dovere di osservare la Costituzione e le leggi, il che è del tutto ovvio, ma pone il dovere di essere fedeli alla Repubblica. Cosa

significa essere fedeli alla Repubblica, se non essere fedeli al patto associativo, a quel nucleo di valori in cui noi ci siamo riconosciuti e su cui abbiamo voluto costruire la Casa Comune?

Il riferimento alla Costituzione è un forse limitato ma importante punto di forza per agire non arbitrariamente nella situazione di pluralismo in cui ci troviamo. Il ruolo della nostra Costituzione, come di tutte le Costituzioni nei Paesi Democratici, è in fondo quello di essere una sorta di tavola di valori etici minimi condivisi da tutti, in particolare: la dignità della persona, l'uguaglianza delle persone, la libertà, la responsabilità, la solidarietà, ecc.

Passo ora a delle riflessioni di natura pratica in relazione ai profili bioetici nella Costituzione. Vorrei seguire al riguardo, la sistematica che è tipica e consolidata, nella indagine bioetica, seguendo i tre grandi principi: il principio di autonomia, il principio di beneficenza ed il principio di giustizia. Partiamo dal principio di autonomia. Il principio di autonomia, come tutti sanno, regola le istanze etiche del paziente che, in forza della sua dignità di soggetto, ha il diritto di decidere autonomamente se accettare o rifiutare quando si intende fare su di lui, sia dal punto di vista diagnostico, sia dal punto di vista terapeutico.

Questa è una delle definizioni correnti del principio di autonomia. Il principio di autonomia si è venuto ad affermare con forza negli ultimi tempi. Non a caso, nel dibattito fra bioeticisti, si discute se – gerarchicamente e temporalmente – venga prima il principio di autonomia o prima il principio di beneficenza; cioè venga prima la posizione del paziente nei confronti dei trattamenti sanitari o venga prima la posizione del sanitario nella sua responsabilità – come vedremo – di fare il bene, di curare la salute e la vita della persona.

Io credo non si tratti di un problema di gerarchia; vi sono anche qui degli interessi che possono essere concorrenti ma che possono anche essere contrapposti, come mette bene in luce la pratica medica. Certo il principio di autonomia è ormai entrato particolarmente in rilievo, tra l'altro provocando quell'atteggiamento odierno di diffidenza nei confronti della categoria medica, che porta ad un contenzioso, sempre più frequente, davanti ai tribunali civili, e penali, nei confronti dei medici; un atteggiamento che, come noto, è molto sviluppato, nella società americana, ed è anche il modello – come sappiamo bene – che ha visto passare dalla vecchia medicina di tipo paternalistico, dell'affidamento (il medico di fiducia, il medico di famiglia) ad un diverso modello di medicina caratterizzato da un contratto che viene definito tra le parti: il medico e il paziente. Cioè un modello di medicina nel quale, attraverso il contratto, cioè l'accordo giuridico tra medico e paziente, si mira al raggiungimento di un risultato. Quando, però, i risultati vengono meno, sorgono i problemi giuridici di risarcimento per il risultato non conseguito e per i danni subiti.

Quali sono i riscontri che, a livello giuridico, nel nostro ordinamento, si possono trovare del principio di autonomia? Certamente, vi sono alcuni riscontri di carattere generalissimo quali, per esempio, quello contenuto nell'art. 2 della Costituzione che pone la centralità della persona. La nostra Costituzione pensa alla società come ad una sorta di piramide rovesciata al cui vertice è l'uomo, la persona umana nella

sua dignità, e che poi, si allarga, a livello di formazioni sociali sempre più ampie, per giungere fino allo Stato. Non vi è dubbio che il principio di autonomia postula, innanzitutto, questa centralità della persona, nella sua dignità, nei suoi diritti inviolabili, diritti che non sono dati dallo Stato ma di cui è portatore ciascuno di noi in quanto tale, in quanto uomo; postula una sostanziale uguaglianza fra tutti, perché i diritti sono fondamentali, sono inviolabili, sono umani, nella misura in cui sono di tutti, dappertutto ed in ogni tempo altrimenti sono i diritti del bianco e del nero, del ricco o del povero, dell'adulto o del minore. Potremmo richiamare in merito l'art. 13 della Costituzione sulla inviolabilità personale, che certo, storicamente, è nato per tutelare l'immunità e la libertà fisica, ma che oggi tocca i settori della bioetica, così come tocca la materia della privacy in una società altamente informatizzata. Oggi i confini dell'invulnerabilità personale sono qui. Ma la norma chiave è contenuta nell'art. 32 della Costituzione, il quale non solo, nel primo comma, riconosce la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, ma, nel secondo comma, pone il principio della libertà dei trattamenti sanitari. I trattamenti sanitari – e usiamo questo termine nel senso più ampio, quindi anche a livello diagnostico, per esempio, e non soltanto a livello terapeutico sono nel nostro ordinamento, in linea di principio, liberi e volontari: non sono obbligatori. La norma dice: «...nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Tra l'altro è da notare come il trattamento sanitario obbligatorio sia un qualcosa di più, ma anche di diverso, rispetto al trattamento sanitario coercitivo. Esistono trattamenti sanitari coercitivi, ma sono pochissimi nel nostro ordinamento; ad esempio, in materia di malattie mentali, in casi estremi. Viceversa trattamenti sanitari obbligatori non sono coercitivi: le vaccinazioni obbligatorie, per esempio, la cui inosservanza comporta sanzioni amministrative o penali.

Dunque, altra cosa è l'obbligatorietà, altra cosa è la coercitività. Il principio costituzionale della libertà dei trattamenti sanitari trova riscontro in una serie di disposizioni del codice penale, che il personale sanitario evidentemente conosce e deve conoscere. Per esempio, l'inosservanza del principio comporta reati quali la violenza privata, lo stato di incapacità procurato mediante violenza, e così via. C'è anche l'aspetto dell'esonero da responsabilità penali quando, invece, sia stato prestato il consenso.

Il problema del consenso, è il problema dei problemi, nell'ambito della bioetica e della biogiuridica, per tutte le fattispecie articolate, complesse, sempre diverse che la realtà ci porta. Perché il consenso sia valido, è necessario che abbia determinate caratteristiche: che sia personale, specifico rispetto al singolo trattamento, consapevole, per cui la persona che consente deve essere conscia di ciò a cui va incontro, dei rischi che il trattamento comporta, della possibilità di cure alternative o di metodi diagnostici diversi, e così via. Ma è soprattutto necessario che la persona sia capace... e qui si incontrano i casi estremi (ma che sono, poi, vita comune nelle strutture sanitarie), della persona che non può consentire o della persona che non sa consentire. La persona che non può consentire perché è in stato di coma, oppure il minore, oppure l'incapace naturale, in cui si pongono problemi che sono giuridici, ma

che sono anche etici e di grande rilievo in relazione all'atto medico, ed in cui il bilanciamento delle diverse posizioni, dei diversi interessi, in genere si gioca intorno alla situazione dello stato di necessità.

Questo legittima il medico, come è noto, ad intervenire anche a prescindere dal consenso. Si tratta di una problematica che è aggravata naturalmente in un ospedale pediatrico come il nostro, dove si pone il problema della rappresentanza, cioè della sostituzione dei genitori, nel consenso, rispetto a chi non può consentire.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica, mi pare, elaborò un parere, nel 1992, in cui, in sostanza, si diceva che poteva prestare il consenso anche chi aveva con il paziente vincoli familiari di comunanza di vita, tali da giustificare la responsabilità di conoscere e il potere di decidere. Ma la giurisprudenza, a livello civile e a livello penale, si muove in maniera molto più rigida, molto più restrittiva rispetto all'orientamento del Comitato Nazionale per la Bioetica.

Seconda prospettiva, è quella del principio di beneficenza. Per tale principio, compito del medico è la difesa della vita, la difesa della salute fisica e psichica dell'uomo ed il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della dignità della persona umana. Traggo questa definizione dal Codice Deontologico e quindi è, in qualche modo, una definizione codificata. L'orientamento della professionalità medico – sanitaria al bene del paziente è riconducibile, anche qui, ad un quadro normativo di carattere generale. Per esempio, quello dei generali doveri di solidarietà. La nostra Costituzione sancisce all'art. 2, non solo che sono riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, ma che «la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». In particolare, la nostra Costituzione all'art. 4 (un articolo molto spesso dimenticato), secondo comma, dispone che... «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta un'attività o funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Questo è uno dei doveri inderogabili, generalmente previsti dall'art. 2 della Costituzione, come pagare le tasse o prestare il servizio militare. Che cosa si intende per beneficiario o, se si vuole, a livello giuridico, beneficenza ha la stessa valenza che ha a livello bioetico? Certamente, a livello bioetico il termine beneficenza ha una valenza positiva, e non solo negativa; non è soltanto il precetto contenuto nel famoso giuramento di Ippocrate, *Primum non nocere*, ovvero, per prima cosa, non recare danno. La beneficenza è un qualcosa di più perché significa farsi carico della salute fisica e psichica del malato, farsi carico del sollievo della sofferenza nel rispetto della personalità del malato. Il giurista ha invece della beneficenza, almeno originariamente, una concezione più limitata o negativa, cioè, la concezione derivata dalla tradizione del diritto romano dell'«alterum non laedere», cioè non provocare una lesione del bene altrui.

Beneficenza pertanto sarebbe agire, da un punto di vista professionale, con tale accortezza da non provocare lesione dell'interesse per la salute dell'altro. Questo è uno dei punti in cui, per esempio, biodiritto e bioetica in qualche modo si scostano: perché è vero – basti pensare alla previsione di strutture sanitarie e all'assicurazione di servizi sanitari – che il diritto si preoccupa anche, in generale, di tale

solidarietà in senso positivo: però dal punto di vista della valutazione del compito del professionista della sanità, si arresta piuttosto, in via preliminare, sul limite della non lesione procurata per imperizia o per imprudenza. Questi sono i canoni tipici che noi troviamo, tra l'altro, nella giurisprudenza civile e penale, quando ci sono questioni che attengono al problema dell'attività sanitaria.

Certo, tra principio di autonomia e principio di beneficenza si possono porre una serie di situazioni di conflitto che hanno un rilievo a livello bioetico e a livello biogiuridico, perché è evidente che la pretesa del paziente potrebbe essere del tutto in contrasto con quella che invece è la professionalità del sanitario, in contrasto con l'atteggiamento solidaristico che invece la bioetica e anche la deontologia medica, richiedono al paziente. Come si risolve questo conflitto?

Evidentemente non si risolve con la prevalenza dell'uno o dell'altro, ma con la capacità del medico di portare il paziente a condividere il percorso diagnostico o terapeutico che il medico, in scienza e coscienza, ritiene quello giusto. È certo che si possono verificare dei casi assolutamente paradossali o estremi: ad esempio in materia di eutanasia – che da noi non è legittimata – la richiesta di determinati interventi del sanitario potrebbe essere fatta da persone che ritiene di avere un male incurabile che invece non ha.

Senza arrivare ai casi estremi, è evidente che il compito del medico è proprio quello di ricercare, di far maturare – e certo non è un compito semplice – un terreno nel quale il consenso non sia estorto ma sia, sostanzialmente, prodotto in maniera libera, spontanea e convinta.

Il terzo principio è quello di giustizia, che fa riferimento al rapporto fra medico/paziente e altri soggetti o la società in generale. È una sorta di triangolazione, perché, evidentemente, nel trattamento sanitario, inteso nella sua generalità, non entra soltanto il rapporto medico/paziente. Si pensi, per esempio, ai familiari, i quali, da una certa cura possono trarre dei vantaggi o degli svantaggi che potrebbero essere, in qualche modo, confliggenti con gli interessi del paziente. La scelta di una terapia anziché di un'altra, potrebbe risolvere, a livello familiare, alcuni grossi problemi, per esempio, prolungando la vita di una persona di qualche tempo, di uno, due, tre mesi; spostando interessi di terzi (per esempio di carattere affettivo, o patrimoniale). Ma si pensi anche al problema dei costi delle prestazioni sanitarie per l'intera collettività ecc.

Per ciò che attiene alla società in generale, il più grande problema bioetico è quello dell'allocazione delle risorse; dato che le risorse, per quanto abbondanti, sono sempre limitate rispetto alle necessità, in che modo ripartire queste risorse? Che cosa risponde più ad etica ed a giustizia? In quali settori investire? Sono problemi su cui, evidentemente, si possono anche, in prima battuta, dare delle risposte facili; ma in realtà con essi si giocano i casi personali, e posizioni più generali, che investono anche le diverse posizioni etiche presenti nella società.

Conviene investire risorse nella procreazione assistita o, invece, nelle cure parentali, onde evitare l'insorgere di determinate malattie, ovvero, nelle cure palliative per i malati terminali... e così via. È chiaro che in questi casi non è soltanto in gioco una ragione di convenienza materiale, ma di speranza di vita.

Gli anziani, per la società, sembrano soltanto un peso, non una risorsa, ma ci sono delle ragioni di giustizia, così come ragioni di etica, che impongono di prendersi cura di loro. Sono solo esempi, ma sussistono nella nostra società. Qualcun potrebbe dire: se la procreazione assistita la si vuole, che l'interessato se la paghi: perché deve essere a carico del Servizio Sanitario Nazionale? Ma è evidente che non tutti la pensano in questo modo e quindi è evidente che le istanze perché il servizio sanitario nazionale trasferisca risorse in un certo settore o in un altro, si fanno sentire.

C'è però anche un altro aspetto. Che è quello del diritto di ciascuno, e di tutti gli altri, nel loro insieme, ad un uguale rispetto. Facciamo un esempio, in relazione al problema, già accennato, delle vaccinazioni. Il tema delle vaccinazioni è un caso tipico in cui entra in evidenza il discorso bioetico e biogiuridico del principio di giustizia. Perché è evidente che la vaccinazione trova una sua prima e fondamentale giustificazione etica e giuridica, nel principio del non ledere la salute degli altri. Vale a dire, la vaccinazione obbligatoria, il trattamento sanitario che quindi va al di là del consenso, che non presuppone il consenso, che è anche contro il consenso, è legittimato, eticamente e giuridicamente, nella misura in cui ricorre il pericolo di un attentato al bene della salute di altri. Si tratta di un principio che, a livello di vaccinazioni nell'età infantile, porta ad una fondamentale distinzione, a seconda che si tratti di vaccinazioni relative a malattie che possono essere contagiose, o invece, a malattie che lo sono.

Questo è un criterio che, per esempio, la giurisprudenza ha seguito in relazione all'ammettere la responsabilità di genitori che non hanno fatto vaccinazioni o in relazione, per esempio, all'altro grande problema che è connesso con questo, della risarcibilità di coloro i quali, in ragione dell'obbligo di vaccinare, hanno poi subito un danno alla salute in seguito alla vaccinazione. Il problema dell'allocatione delle risorse, però, e concludo, costituisce, in qualche modo un riferimento concreto e positivo anche per un Ospedale come il nostro; non è soltanto un problema del legislatore, non è soltanto un problema del Governo, del ministero della sanità, degli assessori regionali, ma si ripercuote anche sulle persone, e sugli organi che sono all'interno delle singole strutture sanitarie. L'utilizzo dei materiali e delle risorse personali e strumentali, e quindi la possibilità di poterne far fruire più persone, più soggetti, o destinatari ad altri soggetti, è un problema che tutti gli operatori nelle strutture sanitarie dovrebbero avere sempre presente, per risolverlo di volta in volta nella maniera più adeguata al bene della persona ed al bene comune.

PRESIDENTE: Vorrei esprimere al prof. Dalla Torre il più vivo ringraziamento per quanto ci ha detto. Nella quotidiana pratica nella quale siamo immersi, non possiamo non riconoscere che Diritto e Medicina sono, direi, quasi gemelli siamesi, strettamente legati l'uno all'altro da qualche ponte biologico. Abbiamo seguito tutti, con molta attenzione, questa maniera di pensare giuridicamente anche nella nostra attività

quello che è fondamentale: il criterio del giusto, dell'ingiusto, del legittimo, del legale, che deve essere sempre presente a noi, e questa formazione anche, necessaria, della coscienza che non è giudice assoluto e svincolata dalle situazioni di diritto e, soprattutto poi, dalla formazione, anche personale e religiosa che è sempre il punto di riferimento, poi, finale, delle nostre relazioni. E grazie anche per avere ricordato, quelli che sono i parametri fondamentali della così detta Bioetica dei Principi, e cioè: autonomia, beneficenza e giustizia che si confrontano sempre anche con quella che deve essere, da un lato, l'alleanza terapeutica – tu, benissimo, hai messo in evidenza come bisogna arrivare a questo – e, dall'altro, con tutta una serie di «virtù» che deve avere il medico, che deve avere l'infermiere e cioè la capacità di interpretare i bisogni del sofferente attraverso una virtù che fa parte della propria vocazione, della propria professionalità. Il Codice Deontologico è già molto aperto a questo, soprattutto nell'ultima edizione; ma, oltre al Codice, c'è tutto quello che può dare la formazione; uno dei punti che noi cerchiamo – come Tu sai – di portare avanti proprio con queste nostre conversazioni. Adesso abbiamo mezz'ora per potere fare domande, qui a Roma come a Palidoro, come sempre; noi attendiamo le vostre domande, vedo Villani che ha subito sollevato la mano.

VILLANI: Volevo considerare e chiederLe un approfondimento, se è possibile relativo alla possibilità di contrapposizione fra i due principi, quello di autonomia e quello di beneficenza, soprattutto in ambito pediatrico perché, di fatto, il principio di autonomia si esercita attraverso delega, il più delle volte, e non è detto che sempre e comunque si creino i presupposti perché si possa esercitare, da parte del medico, la capacità convincitiva nei confronti di coloro che esercitano la delega, del principio di autonomia, in ambito pediatrico, credo che abbia risvolti e risalti abbastanza importanti sia da un punto di vista giuridico che etico perché, di fatto, è difficile – e mi chiedo come si possa fare – stabilire un cut – off relativo a quando il paziente può avere i presupposti per esercitare il diritto al principio di autonomia e quando, invece, non ce l'ha. Grazie.

PRESIDENTE: Vogliamo raccogliere anche altre domande, perché così è più facile la risposta?

DOMANDA: È una domanda molto simile a quella che ha fatto il prof. Villani. C'è questa conflittualità fra principio di autonomia e beneficenza, soprattutto in età pediatrica. Non si può considerare più importante il secondo, perché, in fondo, esprime quello che è un qualcosa di diretto nei confronti del soggetto, rispetto al principio dell'autonomia che è, in fondo, espresso da una terza persona?

PRESIDENTE: Grazie delle domande, interessanti, tanto più, poi, se andiamo a finire nei neonati di basso peso alla nascita e tutto ciò che ne può derivare, dal punto di vista di una «autonomia delegata». Lì

c'è veramente una grandissima responsabilità, chiamiamola di mediazione, anche, del medico neonatologo nei confronti di genitori sfiduciati e che preferirebbero talvolta delle situazioni eutanasiche. C'è qualche altra domanda, sempre in questo contesto, prima di passare ad altri argomenti? Palidoro? (Silenzio). Allora, vogliamo cominciare a dare delle risposte a queste due domande.

RELATORE: Vorrei rispondere, innanzitutto, sul rapporto tra principio di beneficenza e principio di autonomia, in generale. È evidente che chi fa una gerarchia fra principi, il problema lo risolve facilmente, sia in un senso che in un altro. Io, però, ritengo che non si possa fare una gerarchia fra principi, perché sono principi che hanno un valore equivalente. Il vero problema è quello di come armonizzare fra di loro questi due principi, tenendo conto che uno non può prevalere sull'altro perché la prevalenza dell'uno sull'altro significa certamente, da un punto di vista etico e bioetico, il sacrificare una posizione, ma dal punto di vista giuridico, stravolgere proprio la visione che è propria del diritto, cioè quella di dare a ciascuno il suo. Per fare un esempio, non pediatrico, vorrei ricordare l'argomentazione portata da giuristi contro la legalizzazione dell'eutanasia. Nel senso che una legge sull'eutanasia, dal punto di vista giuridico, altera il rapporto medico/paziente che è un rapporto di eguaglianza, anche nella dignità. La dignità in gioco non è solo quella del paziente, è anche quella del medico con la sua professionalità. Nella misura in cui, una legge sull'eutanasia prevedesse che il medico deve rispondere alla richiesta del paziente, che il medico deve intervenire, è evidente che la sua professionalità sarebbe annullata. Colui che ritiene di avere un cancro non ce l'ha, e chiede di essere ucciso, evidentemente, con la sua volontà afferma ed annulla la personalità dell'altro, la sua dignità, la sua professionalità imponendo al medico un comportamento lesivo della propria scienza e coscienza. Nella misura in cui, viceversa, la Legge desse al medico il potere di decidere come e quando sopprimere il malato, evidentemente sarebbe il paziente a subire. Cioè l'equilibrio, il rapporto, il riconoscimento dell'uguaglianza, delle dignità e delle spettanze di ciascuno, nell'un caso e nell'altro verrebbero ad essere alterati; quindi il comportamento, ancorché previsto dalla legge, sarebbe antiggiuridico oltre ad essere, evidentemente, anti-etico. Certo si tratta di un esempio, per certi aspetti paradossale, ma non tanto, che mette in evidenza come il discorso dei rapporti tra autonomia e beneficenza non possa essere risolto con la prevalenza dell'uno rispetto all'altro, perché altrimenti, si altera questo rapporto di dignità, di responsabilità e di uguaglianza: occorre trovare in che modo possono essere composte quelle esigenze. E certamente qui fondamentale è il ruolo del medico, cioè quello di avere la capacità di indurre l'altra parte ad essere consapevole al punto tale da prestare un consenso che sia anche giuridicamente valido. Certo, anche qui ci sono situazioni estreme o casi particolari, soprattutto anche se non è questo il caso di un ospedale pediatrico – nel caso di malattie psichiatriche o, per esempio, nel caso delle sperimentazioni di farmaci nell'ambito di malattie di carattere psichiatrico; problemi delicatissimi e molto complessi. Nel caso di un ospedale pediatrico, o comunque di un'attività terapeutica pediatrica, il discorso diventa complesso per un doppio ordine di ragioni: un ordine di ragione di tipo «umano»,

psicologico, affettivo, perché altro è gestire personalmente se stesso, altro è la gestione che un genitore ha dei propri figli, a maggior ragione se sono piccoli o in tenera età, in cui entra un fattore emotivo. Dall'altra parte, un profilo più strettamente giuridico, perché è vero che il genitore – in via ordinaria – che decide per il minore, ma il genitore, in base al nostro ordinamento, ha un potere di rappresentanza nell'interesse del minore. Questo è il punto delicato! Il problema diviene allora la determinazione di ciò che è nell'interesse del minore. Si pensi al caso delle trasfusioni di sangue, che sono vietate da precetti di alcune confessioni religiose. È evidente che dal punto di vista giuridico (quello etico è diverso) il maggiorenne che non dia il proprio consenso alla trasfusione del minore (fatta eccezione per il caso di necessità, in cui il medico è legittimato) e cioè nel caso del genitore che si opponga alle trasfusioni, il discorso è molto più complesso proprio perché la legge riconosce al genitore quella potestà genitoriale, quel potere di rappresentanza di esprimere la volontà che è data, non nell'interesse proprio del genitore ma nell'interesse del figlio. Molti anni orsono ci fu un caso che finì nelle aule penali, di genitori testimoni di Geova che fecero morire una figlia talassemica per evitare trasfusioni, e furono condannati per omicidio volontario. Allora, e giustamente, si mise in evidenza che, in fondo, chi aveva mancato era lo Stato nei suoi apparati perché, appunto, il genitore ha un potere sostitutivo, ma nell'interesse del minore. Una volta accertato che l'interesse del minore, come in questo caso, è in conflitto con la volontà del genitore, evidentemente lo Stato deve trovare soluzioni che superino il conflitto, intervenendo in luogo del genitore. La stessa Costituzione ci dà questa possibilità perché all'art. 30 dice che «...lo Stato interviene in caso di incapacità dei genitori». Normalmente si pensa all'incapacità dei genitori solo in termini economici per i bambini abbandonati, ma l'incapacità dei genitori – per tornare all'esempio fatto – è anche l'incapacità derivante da un credo religioso, che impedisce la tutela dell'interesse del minore, e che comporta che lo Stato si sostituisca al genitore. Da questo punto di vista mi sembrerebbe di poter dire, che non c'è dubbio che abbia, in caso di conflitto, una sorta di primato di principio di beneficenza. E perché? Proprio perché in definitiva è il medico che, in scienza e coscienza, può definire che cosa è nell'interesse del minore. Si sono visti, al riguardo, casi a dir poco singolari, come quello di terapie antitumore di dubbia efficacia imposte dal giudice. Certo, da un punto di vista giuridico, il problema che si può porre è: fino a che punto il medico può sostituirsi ad un consenso mancante o ad una contrarietà ad un trattamento sanitario, da quale momento si può invocare l'intervento di chi può superare l'io, cioè il giudice? Anche qui si pone una valutazione di tipo bioetico, oltre che giuridica, perché molte volte ci sono dei tempi stretti, che non permettono, certamente, di rivolgersi al magistrato. Dal punto di vista bioetico, ma direi anche biogiuridico, ritorna in questi casi una responsabilità primaria del medico, al quale, in ultima analisi, spetta decidere nell'interesse del paziente.

Il discorso sui minori è reso più complesso in relazione all'età. Se si sta alle categorie giuridiche tradizionali, in materia di consenso, il discrimine sarebbe tra maggiorenne e minorenni. Però si tratta di categorie ormai in crisi. Per quale ragione? Per la ragione che, si dice, si tratta di categorie pensate nel

passato da un diritto che si preoccupava esclusivamente e prevalentemente dei profili «patrimoniali» degli interessi delle persone minori. Con l'affermarsi dei diritti fondamentali, che sono diritti personalissimi, in cui non ci si può surrogare, sembra a molti abbastanza singolare che si debba attendere fino al raggiungimento della maggiore età perché essi possano essere esercitati.

Tra i diritti fondamentali è certamente il diritto alla salute, così come il diritto a manifestare il proprio pensiero o il diritto alla libertà religiosa. Insomma, per fare anche qui un esempio semplice quanto si vuole, ma chiaro: in che misura è legittimo che il genitore costringa un figlio sedicenne ad andare a messa la domenica, o impedisca alla figlia diciassettenne di entrare in convento? Che il genitore usi una modica coazione nei confronti del figlio di 3-4-5 anni che magari a messa si annoia, per portarlo a messa, è legittimo. Ma a 16 anni, 17 anni si può impedire o costringere per il solo fatto che si tratta di minorenni? Si è venuta elaborando, nella dottrina giuridica la teoria dei «grandi minori» che contempla la posizione di quei soggetti i quali non hanno la maggiore età, e quindi, giuridicamente non potrebbero decidere, e tuttavia non possono – in ordine a determinati diritti e, quindi, ai fini di determinate attività – non essere presi in considerazione proprio perché hanno raggiunto ormai una capacità naturale, in relazione agli atti che debbono compiere, tale da poter prestare un consenso giuridicamente valido. In alcuni casi il legislatore è intervenuto precisando dei limiti di età. Non riguardano la materia sanitaria, ma, per esempio, l'insegnamento della religione nelle scuole. Il nuovo Concordato prevede che la scelta o meno dell'ora di religione venga fatta dai genitori fino al momento in cui si entra nella scuola superiore. Nella scuola superiore invece è lo studente che decide. In questo caso, dunque, il legislatore ha riconosciuto una capacità alla scelta non a 18 anni, ma in una età inferiore al momento del passaggio dalla scuola media alla scuola superiore. Dal punto di vista dell'attività medica, che cosa dire e come concludere? Non mi risulta che ci siano norme che legittimano o che impediscano che il minore, o il «grande minore», a esprimere il proprio consenso ai trattamenti sanitari. Tuttavia credo che dal punto di vista strettamente bioetico, con il consenso dei genitori, si debba acquisire anche il consenso del «grande minore». Probabilmente non sarebbe perseguibile, giuridicamente, davanti al Magistrato, il Medico che ha agito con il consenso dei genitori senza il consenso del «grande minore»: il giudice probabilmente non avrebbe niente da eccepire, ma dal punto di vista strettamente bioetico, io credo che il consenso di tale minore sia da acquisire.

PRESIDENTE: Sono perfettamente d'accordo. Il punto sostanziale è l'accertamento della sua capacità, di una sufficiente capacità, (non è piena!), di intendere e di esprimersi, di poter decidere, che potrebbe essere appunto attorno ai 14-16 anni. C'è il problema molto conflittuale, famoso, che riguarda soprattutto i ginecologi: la somministrazione di sostanze anticoncezionali al minore, al di fuori di quella che è la conoscenza della famiglia. Esiste questa possibilità, dal punto di vista giuridico, come la famosa interruzione di gravidanza per le minorenni, che è però contemplata, con una procedura particolare di

fronte al Giudice minorile, che autorizza o non autorizza. Ci sono anche lì dei «paletti», seppure spuntati, che si è cercato di mettere.

LANGIANO: Ho trovato molto interessante l'accento al problema delle risorse. Il buon uso delle risorse sembra essere l'unica garanzia per consentire l'accesso, al massimo possibile; poi, c'è da scegliere fra le alternative. Il mondo sanitario internazionale ha scoperto la drammaticità di questo problema alla fine degli anni '70 con l'esperienza dell'Oregon. Lo Stato dell'Oregon decise di sospendere l'erogazione delle prestazioni di trapianto non per risparmiare ma per consentire la copertura assicurativa, in termini sanitari, ad un certo numero di madri indigenti ed ai loro bambini. Si trattava di 1.500 madri e dei loro bambini. In conseguenza di questa scelta, un bambino di 6 anni morì, affetto da leucemia, perché non poté essere sottoposto al trapianto che serviva per controllare la malattia. Come lei ha ricordato, problemi di questo genere non riguardano soltanto i sistemi, riguardano anche i comportamenti specifici e la vita delle istituzioni come la nostra. Anche nella nostra esperienza quotidiana, bisogna compiere delle scelte. Allora, la mia domanda è: per questa specifica dimensione del problema delle risorse, la scelta tra eventuali opzioni alternative, il criterio ed il principio di riferimento, è il principio di giustizia, o vi sono riferimenti diversi?

PRESIDENTE: Grazie per questa interessante domanda. Prego, la voce a Palidoro prima di chiedere la risposta al prof. Dalla Torre.

DOMANDA: (*Rita...*, una infermiera): Io avevo una domanda da fare rispetto alla legge sulla privacy, nel senso che noi lavoriamo con pazienti diabetici. I nostri pazienti, fino all'età di 16-17 anni, affidano la gestione della loro malattia ai loro genitori. Con il compimento dei 18 anni, i genitori, rispetto alla legge sulla privacy, non sono tenuti a sapere il risultato delle analisi dei loro figli. Questo mi fa pensare se, in questo caso, la legge veicola un valore morale. Come può un genitore, di punto in bianco, sentirsi messo da parte rispetto alla gestione di una malattia così importante per il proprio figlio?

RELATORE: Ho voluto soffermarmi sul tema delle risorse proprio perché, normalmente, il principio di giustizia viene inteso come un principio che non riguarda noi, riguarda il legislatore, o le grandi scelte di politica sanitaria, e così via. Non c'è dubbio invece che, e il Dr. Langiano lo ha colto molto bene, il principio di giustizia si pone anche all'interno delle strutture sanitarie, in relazione all'utilizzo delle risorse.

Il principio di giustizia, quindi, ha un preciso rilievo. In merito ai riferimenti alternativi, teniamo conto che il principio di giustizia si pone anche all'interno delle strutture sanitarie, in relazione all'utilizzo delle risorse. Ci possono essere terapie alternative, ci possono essere metodiche diagnostiche diverse: le scelte della struttura sanitaria debbono anche tenere conto degli orientamenti, che sono maturati nel

rapporto medico/paziente. Potrebbero esserci anche altri riferimenti. Un Ospedale come il Bambino Gesù, che è un istituto non solo di ricovero e cura ma anche di carattere scientifico, ha anche peculiari problemi di allocazione delle risorse, strumentali e umane. Pur tenendo conto delle casistiche con le quali viene a contatto, così come delle strategie di frontiera che l'Ospedale vuole porre in essere, è evidente che tutto ciò non può andare a scapito di un certo tipo di prestazione sanitaria, più ordinaria, più normale, più corrente. Ma, dall'altra parte, se l'Ospedale non tenesse conto di quelle esigenze, evidentemente, verrebbe meno ad uno delle ragioni della propria esistenza.

Anche la questione della legge sulla privacy è di grande rilevanza, e ha ripercussioni nell'ambito dell'attività sanitaria così come in tanti altri campi. Si pensi alla questione delle cartelle cliniche, per le quali si pongono problemi di conoscibilità o di conoscenza, per esempio, da parte dei familiari, da parte dei superiori, da parte di altri. Non c'è dubbio che nascano problemi perché la legge sulla privacy accetta l'attenzione dell'ordinamento piuttosto su un polo di interessi rispetto a altri. In particolare, certamente ha una forte connotazione individualistica. La mia non è una critica, è però un'osservazione. Certo, in una società informaticamente avanzata, la legge sulla privacy veicola un valore nella misura in cui oggi l'immunità personale, e la libertà personale, si giocano sulle frontiere delle conoscenze della persona, del suo stato di salute, delle sue opinioni politiche, ideologiche, religiose, morali, del conto in banca, delle assicurazioni che ha e così via. Sappiamo benissimo come tutto questo possa essere, di per sé, fattore potenziale di gravissime lesioni delle libertà della persona. In altre parole, l'*habeas corpus* che nei secoli passati riguardava la persona nella sua fisicità, oggi si è trasferito su settori diversi, più sofisticati, più sensibili, più avanzati. Basterebbe pensare al fatto che la conoscenza del patrimonio genetico di ciascuno di noi da parte delle società di assicurazione, o da parte di datori di lavoro, potrebbe determinare l'emarginazione di persone a rischio di determinate malattie ad una determinata età. Tutto lo sviluppo della medicina così detta predittiva porta, potenzialmente, a situazioni di emarginazione, e quindi, ad una cittadinanza di serie B sempre più accentuata. Da questo punto di vista non c'è dubbio che la legge sulla privacy veicola un valore che è la persona nella sua fisicità, non solo, ma nella complessità del patrimonio di valori, di sentimenti, di idee, di idealità che coltiva, di convincimenti personali, e così via. Quello che si può dire in merito alla legge sulla privacy è che, forse, accentua troppo e, che, come spesso capita, il legislatore interviene per azione e reazione: in questo caso accentua troppo i profili individuali oggetto di tutela, senza tenere adeguatamente conto degli interessi di terzi o dell'intera collettività, che sono concorrenti. Nel campo sanitario, non già in base alla legge sulla privacy, ma anche prima, in nome della privacy, si sono introdotte moltissime restrizioni in materia di diagnosi, di screening, di divulgazione di informazioni relative a coloro che sono malati di AIDS. Esiste tutta una serie di provvedimenti, sia a livello normativo, sia a livello di orientamenti deontologici, e così via. Eppure ancora oggi per essere assunti in un ufficio pubblico, occorre sottoporsi alla Wasserman, cioè ad una forma di controllo per malattie, un tempo molto pericolose. Siamo dinnanzi a una contraddizione che nasce dalla più giusta

preoccupazione del legislatore di non creare delle situazioni di emarginazione, o di marginalizzazione da parte di determinati soggetti. ma è da domandarsi se un'attività di carattere diagnostico e terapeutico più penetrante non sia giustificata, oltre che nei confronti di questi stessi soggetti, anche nell'interesse della collettività generale e del diritto alla salute, che è un bene di tutti, costituzionalmente protetto.

PRESIDENTE: È da sottolineare come si rilevi dal dibattito che esiste ancora, e non può non esistere, una fiducia del paziente verso il medico. Ma questo «affidamento fiduciario», se così vogliamo chiamarlo, oggi non è più previsto in base ad un privilegio del medico ma è, in qualche modo, conquistato sul campo tramite il dialogo, tramite quella relazionalità sulla quale abbiamo discusso. Esiste poi una questione sempre più forte nell'intervento del principio di giustizia, che poi si traduce in quello di equità che è qualche cosa di più flessibile che non l'alto ed aulico principio della giustizia, quello della donna con in mano la bilancia con i due piatti perfettamente allineati. È qualcosa che esiste di fatto, ed il Dr. Langiano ha perfettamente ragione; nella pratica, si mettono in ordine dei criteri successivi in ossequio al principio di giustizia, cioè l'appropriatezza della terapia – ne abbiamo parlato tante volte – che è fondamentale, l'urgenza della gravità nei casi di soccorso, il problema del triage e così via. Certo, è più equo, è più giusto, ai fini del paziente, prestare soccorso a chi sta in una situazione di pericolo di vita, piuttosto che a chi può aspettare anche mezz'ora prima di essere ricevuto. Subordinatamente, ci sarà anche la priorità di accesso, cioè l'equità che oggi viene tanto valorizzata in rapporto al problema delle liste di attesa, o meglio al superamento delle liste, e tutte queste altre cose. Ma, sempre in riferimento al principio di giustizia, questi sono tutti problemi che si risolvono attraverso il convincimento che anche l'organizzazione ha bisogno di essere equa. Non credo che il passare avanti ad uno che sta in fila sia un fatto di equità. Quello che mi lascerebbe molto perplesso è l'accettare quell'altro criterio introdotto dalla Bioetica americana, il cosiddetto beneficio per i terzi. Quest'ultimo afferma che è più importante fare la dialisi extra corporea (un caso di scuola anche questo) ad un grande magnate dell'industria, perché la salvezza della sua vita significa lavoro e prosperità per l'industria che dà lavoro a tanti dipendenti, mentre il povero barbone, a parità d'età, non ha più diritto ad essere assistito, nemmeno con la dialisi extra corporea (un caso di scuola anche questo). Evidentemente, si può arrivare anche a questi eccessi tramite la perversa applicazione di alcuni principi. Per fortuna non siamo certamente noi in Italia ad adottare questi criteri.

7. G. DALLA TORRE, *Diritti umani e bioetica*, in «Pedagogia e Vita», 2009, pp.45-49;

1. Un problema moderno

La tutela della vita, in tutta la complessità delle sue manifestazioni e delle sue vicende, attiene propriamente ai problemi della modernità giuridica¹¹⁸. La centralità del tema si è venuta ponendo, come noto, a seguito dei progressi della scienza biomedica e soprattutto delle sue applicazioni, nell'ambito sia della sperimentazione, sia della attività diagnostica e terapeutica. La progressiva capacità dell'uomo di intervenire, e sempre più profondamente, nei processi naturali in cui la vita si esprime ha sollevato via via

¹¹⁸ Per una bibliografia essenziale su bioetica e diritti umani cfr.: Pontificia Accademia Pro Vita-Pontificium Consilium Pro Familia-Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis (a cura di), *«Evangelium vitae» e diritto*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997; C.M. MAZZONI (a cura di), *Un quadro europeo per la bioetica?*, Olschki, Firenze, 1998; C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna, 1998; L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia, Torino, 2000; A. BOMPIANI, A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001; E. SGRECCIA, M. CASINI, «Diritti umani e bioetica», in *Medicina e Morale*, I, 1991, pp. 17-47; V. FROSINI, *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995; G. GERIN (a cura di), *Bioetica e diritti della persona*, Edizioni Multimediali, Roma, 2003; L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Giappichelli, Torino, 2006; E. SGRECCIA, G.P. CALABRÒ, *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*, Marco Ed., Lungro di Cosenza, 2002; A. TARANTINO, *Diritti umani e questioni di bioetica naturale*, Giuffrè, Milano, 2003; F. TUROLDO (a cura di), *La globalizzazione della bioetica. Un commento alla Dichiarazione Universale sulla bioetica e i diritti umani*, Gregoriana, Padova, 2007.

interrogativi sulla liceità non solo etica, ma anche giuridica, di quanto è tecnicamente possibile. Ciò in una duplice prospettiva: *negativa*, nel senso della esigenza di garantire ad ogni individuo l'immunità da turbative che possano far venire meno o comunque menomare la vita; *positiva*, nel senso del riconoscimento della pretesa di ogni individuo di ricevere gli aiuti necessari a non perdere la vita o a non veder lesa la qualità della vita.

Nel concreto dell'esperienza è dato facilmente notare come il diritto alla vita venga ad indicare situazioni assai diverse: dal diritto del concepito a nascere, alla pretesa all'integrità del patrimonio genetico, al diritto del malato ad avere cure sanitarie per non perdere la vita o la salute, al diritto del portatore di handicap a vivere dignitosamente nonostante le proprie condizioni di menomazione, al diritto di non dover mettere in pericolo la propria vita o la propria salute se non per i casi eccezionali previsti dalla morale e dalle leggi (sanitari, militari, vigili del fuoco ecc.), al diritto del malato in stato vegetativo a non vedere negata l'alimentazione e l'idratazione e del malato terminale di morire di morte naturale, e via dicendo, fino naturalmente alla tradizionale sanzione dell'omicidio, riflesso sul piano del diritto penale del diritto a non essere privati ingiustamente della vita.

La centralità del tema della tutela giuridica della vita ha però, rispetto alla più recente provocazione indotta dai progressi scientifici-tecnologici, anche delle cause remote. Si pensi ai livelli di civilizzazione che si sono progressivamente raggiunti in tema di dignità della persona umana, di eguaglianza di tutti gli uomini senza distinzione veruna, di garanzia delle sue spettanze fondamentali, nel contesto di una cultura giuridica che da una prospettiva meramente tuzioristica dei beni giuridici, e quindi sanzionatoria delle loro eventuali violazioni, si è arricchita di una prospettiva più propriamente promozionale della effettiva fruizione dei beni stessi.

Dunque siamo dinnanzi ad una problematica propriamente moderna. Beninteso: non che in passato gli ordinamenti giuridici non abbiano tutelato il diritto alla vita. La pretesa della persona umana, rivolta verso gli altri consociati e verso gli stessi pubblici poteri, di vedere rispettato e sostenuto il proprio interesse alla vita fisica, è un elemento in evidenza nella storia del diritto penale: si pensi al reato di omicidio, ma si pensi pure al reato di lesioni personali o agli stessi reati di omicidio del consenziente o di istigazione al suicidio.

Né si può dire che in passato l'attenzione del diritto sia stata rivolta esclusivamente – per toccare una questione ora oggetto di grandi diatribe – alla tutela dei nati: basti pensare che il diritto romano conosceva l'istituto del *curator ventris*¹¹⁹, curatore nominato per la protezione del nascituro e per l'amministrazione dei suoi beni. Nell'età medioevale poi, grazie anche all'opera di civilizzazione giuridica svolta dalla Chiesa e dal suo diritto, la tutela del nascituro era avvertita come dovuta in rapporto sempre all'interesse di questi: secondo la nota massima, infatti, «*conceptus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur*»,

¹¹⁹ D 37, 9, 1. Sul tema cfr. M.P. BACCARI, «Curator ventris tra storia e attualità», in *Annali Lumsa 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 43 ss.

che viene intesa nel senso di provvedere non più solo alla tutela di interessi futuri, una volta avvenuta la nascita, ma anche alla tutela del nascituro¹²⁰.

E tuttavia si deve riconoscere che nella cultura giuridica, almeno in quella Occidentale, l'attenzione è stata rivolta al soggetto di diritto più che alla persona umana. In particolare, l'individuo è stato considerato dal mondo del diritto prevalentemente sotto il profilo proprietario e delle relazioni economiche: questo particolare modo di approccio, del tutto parziale, ha condizionato il legislatore ed il giudice, ha condizionato l'insegnamento e la ricerca nelle materie giuridiche, ha forgiato istituti e costruzioni dottrinali. Il modello antropologico dell'individualismo proprietario, come autorevolmente è stato definito da un giurista di formazione cattolica, lontano dagli schemi del pensiero marxista, quale Luigi Mengoni¹²¹, è risultato davvero dominante in maniera assoluta nella cultura e nella vita giuridica; e ciò, anche nei casi nei quali ha trovato applicazioni certo molto avanzate rispetto alla stessa esperienza giuridica contemporanea, come nel caso dei ricordati esempi rintracciabili nel diritto romano e nel diritto dell'età di mezzo.

Il fatto è che le vicende della vita materiale – concepimento, nascita, esistenza in vita, malattia, morte ecc. – erano concepite come attinenti ad un ordine, quello naturale, distinto e diverso da quello giuridico positivo, ed apparivano come atte ad assumere rilevanza quali fatti giuridici soprattutto laddove, almeno potenzialmente, colorabili di un contenuto economico patrimoniale.

Paradossalmente lo stesso diritto canonico, che pure ha considerato la persona e non il soggetto del diritto, non ha offerto nella storia un contributo significativo in materia di tutela della vita. Certamente il diritto canonico non ha mai guardato all'individuo considerato come proprietario e come produttore, ma all'uomo come essere vivente segnato da una originaria ed inalienabile dignità, la quale consiste nell'essere stato creato ad immagine e somiglianza di Dio¹²². Nelle finalità dell'ordinamento canonico si è sempre guardato a questo uomo, che è da garantire e da salvare in una prospettiva escatologica. Non a caso, in diritto canonico lo schermo della soggettività giuridica non ha mai prevalso sul dato naturale della persona¹²³. Peraltro anche nel diritto canonico i fatti materiali della vita hanno avuto una considerazione limitata: è questo un dato che a prima vista può sorprendere, giacché altro ci si attenderebbe da un ordinamento giuridico così attento alla persona. La questione appare particolarmente evidente proprio in materia di diritto alla vita.

Le ragioni della limitata attenzione del diritto canonico, e quindi della scienza canonistica, al diritto alla vita sono varie, alcune di carattere storico- culturale altre più propriamente strutturali. Tra le prime è

¹²⁰ In questo senso U. GUALAZZINI, «Concepimento (diritto intermedio)», in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, vol. VIII, pp. 356 ss.

¹²¹ Così L. MENGONI, «La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/1982, p. 1117.

¹²² Cfr. *Genesis* 1, 26 ss.

¹²³ Rinvio al riguardo alle osservazioni sviluppate nella mia voce «Infedeli», in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1971, vol. XXI, pp. 416 ss.

da segnalare senz'altro il fatto che per secoli il diritto canonico ha espresso una ecclesiologia più centrata sulla Chiesa come istituzione che come popolo di Dio, più attenta alla funzione di servizio alla persona, nella prospettiva della *salus animarum* che, nella stessa prospettiva, alla posizione giuridica della persona. Non è un caso che la tematica dei diritti dei fedeli, talora detti anche diritti fondamentali, si sia sviluppata dopo il Vaticano II e con la nuova codificazione, che ne ha recepito l'ecclesiologia¹²⁴. Sotto il profilo strutturale, poi, si deve notare che l'ordinamento canonico è costituito non solo dal diritto positivo, o diritto ecclesiastico, ma anche dal diritto divino, naturale e positivo, che costituisce anzi il fondamento ed il criterio di legittimazione del diritto positivo. Ed il diritto divino è, propriamente, la fonte cui debbono farsi risalire i diritti fondamentali, a cominciare dal diritto alla vita. Come noto, il diritto divino vige nell'ordinamento canonico immediatamente, per forza propria, senza bisogno di una positivizzazione da parte del legislatore ecclesiastico (la cosiddetta «canonizzazione»)¹²⁵. Ciò significa che, anche in assenza di una positiva determinazione del legislatore ecclesiastico, il diritto alla vita è comunque vigente nell'ordinamento giuridico della Chiesa.

D'altra parte i fatti materiali della vita per loro natura si iscrivono prevalentemente nell'orizzonte della secolarità, per cui, in ragione del principio dualista cristiano che porta a distinguere tra l'ordine proprio della Chiesa e l'ordine proprio dello Stato, è a quest'ultimo che spetta in buona sostanza la disciplina giuridica dei fatti medesimi¹²⁶. È questa del resto una delle ragioni principali dei numerosi richiami che il diritto canonico positivo fa allo *ius civile*¹²⁷. Ciò significa che la vita, in quanto fatto materiale attinente all'ordine propriamente temporale, è bene la cui tutela spetta propriamente e principalmente allo Stato ed alle altre forme di organizzazione della società politica. La sua difesa da parte dell'ordinamento canonico, cui attiene propriamente la vita spirituale ed eterna dell'uomo, è solo eventuale e *ad adiuvandum*. Dunque solo in tempi assai vicini a noi l'attenzione degli ordinamenti giuridici secolari si è venuta progressivamente spostando dal soggetto di diritto alla persona umana, intesa in sé ed al contempo nella fitta trama di relazioni sociali in cui si trova inserita e nelle quali la sua personalità si svolge. Ciò ha comportato la tutela in maniera via via più ampia della vita, dell'identità biologica, della salute, delle condizioni di esistenza e di sviluppo, tenendo conto tra l'altro del rapporto di coesistenza che postula anche doveri di solidarietà. Si pensi solo, al riguardo, alla previsione di trattamenti sanitari obbligatori, come le vaccinazioni, posti in ragione della esigenza di tutelare (anche) il bene vita o il bene salute degli altri.

¹²⁴ Cfr. ancora G. DALLA TORRE, «Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico», in AA.VV., *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel codice di diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 61 ss.

¹²⁵ P. CIPROTTI, «Canonizzazione delle leggi civili», in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. V, pp. 1085 ss.

¹²⁶ Rinvio al riguardo a G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo a una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, 3ª ed., Ave, Roma, 2007; Id., *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, Roma, Città Nuova, 2008.

¹²⁷ Cfr. G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, Giuffrè, Milano, 1998.

Si tratta di un fenomeno registrabile in particolare nelle Costituzioni di seconda o di terza generazione, così come nei documenti internazionali. Cioè si tratta di un fenomeno che è da addebitare alle evoluzioni del diritto pubblico piuttosto che del diritto privato, giacché quest'ultimo appare assai spesso ancora attardato nelle tradizionali concezioni antropologiche dell'individualismo proprietario¹²⁸. Vi è una ragione storica ben precisa di ciò. Essa è da ricercare nel fatto che il diritto costituzionale ed il diritto internazionale moderni, dovendo trovare limiti oggettivi al potere altrimenti illimitato – e tendente a degenerare – degli Stati assoluti, autoritari o totalitari, cioè dovendo ancorare la categoria nuova dei diritti fondamentali o diritti umani non sulla volubile volontà dei legislatori positivi ma su fondamenta a loro precedenti e superiori, si sono trovati nella necessità di infrangere gli schermi del diritto positivo per attingere direttamente alla realtà naturale: all'uomo, nella sua identità, nella sua originaria dignità che lo distingue da ogni altro essere vivente. Perciò giustamente s'è detto che i diritti umani altro non sono che il modo in cui si ripresentano, nel nostro tempo, le istanze più profonde del giusnaturalismo¹²⁹.

Ciò non significa che il diritto privato non abbia offerto alcun contributo al riguardo: basti pensare alla categoria del danno biologico, per non dire addirittura del danno esistenziale, nascenti precipuamente da elaborazione giurisprudenziale anziché da intervento del legislatore. E tuttavia non c'è dubbio che la giurisprudenza ha potuto elaborare tali inedite configurazioni giuridiche del danno, che direttamente attengono al bene vita, sulla pressante esigenza della concreta giustiziabilità di principii e norme poste, a tutela dell'esistenza fisica dell'individuo, dalle Costituzioni e dalle Convenzioni internazionali. Nell'ambito di questo più generale processo il diritto alla vita, nelle sue diverse configurazioni positive, è progressivamente uscito dall'angusto ambito penalistico in cui era tradizionalmente ristretto nel contesto dei reati contro la persona, per assurgere a diritto fondamentale contenente un principio supremo dell'ordinamento giuridico. Poi, come tale, ha pervaso l'ordinamento stesso tendenzialmente in ogni sua parte.

2. I documenti internazionali

La riflessione bioetica ha tratto un grande giovamento dalla grande esperienza dei diritti umani, maturatasi nell'ultimo cinquantennio. E ciò non solo, sotto il profilo pratico, perché trattasi di un terreno sul quale vi è stata sin qui una significativa convergenza di consensi, rendendo così possibile un accordo

¹²⁸ Sul dibattito civilistico in materia cfr. E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Giappichelli, Torino, 2003.

¹²⁹ Così F. D'AGOSTINO, «Diritto naturale», in *Dizionario delle idee politiche* (diretto da E. BERTI e G. CAMPANINI), Ave, Roma, 1993, p. 224.

pratico su un insieme di valori via via implementatosi nel tempo¹³⁰. Anche sotto l'angolo teorico, sul terreno cioè che è più sensibile alle differenze culturali, religiose, etiche, l'esperienza dei diritti umani ha favorito – ancorché non dovunque e sempre – il formarsi di una convergenza su principii giuridici condivisi. Bisogna riconoscere che il diritto ha reso un enorme servizio all'umanità, svolgendo la funzione che è sua propria: difatti, mentre la cultura o l'etica dividono, o quantomeno possono dividere, la proprietà del diritto è quella di creare ponti, di mettere in relazione, di unire nonostante le diversità delle parti in rapporto¹³¹.

Il ruolo che la cultura e l'esperienza dei diritti umani hanno avuto nello sviluppo del nuovo ambito di sapere che chiamiamo bioetica¹³², caratterizzato da un'alta interdisciplinarietà, è stato assolutamente rilevante. Innanzitutto sul piano dei fondamenti. In realtà l'idea di diritti umani si radica sulla consapevolezza della peculiare dignità dell'uomo, qualificata dall'essere costui al vertice della scala dei viventi, e dell'eguaglianza di tutti gli uomini. Di qui la conseguenza che esistono spettanze da riconoscersi ad ogni uomo, in quanto tale, che sono specificamente promananti dalla sua dignità, a prescindere dalle diversità che caratterizzano le concrete condizioni individuali. I diritti umani, in altre parole, sono quelle spettanze che debbono essere riconosciute a tutti gli uomini, dappertutto e sempre. L'idea dei diritti umani ha dunque facilitato il formarsi ed il consolidarsi del convincimento che, tra le spettanze da riconoscersi ad ogni uomo, vi sia un nucleo significativo attinente alla sfera del *bios*, della vita.

L'esperienza dei diritti umani, poi, ha consentito lo sviluppo della riflessione bioetica su alcuni principii etico-giuridici attinenti alla sfera della vita, partendo dalla consolidata riflessione filosofica e giuridica attorno ad alcuni diritti umani. Innanzitutto il diritto alla vita, inteso come interesse giuridicamente protetto della persona umana al godimento del fatto naturale costituito dalla propria esistenza fisica, in genere dato per presupposto da carte costituzionali e da documenti internazionali; ma presupposto non discutibile ed indiscusso, nella misura in cui su tale diritto trova fondamento ogni altro diritto umano. Poi il diritto all'integrità personale, come pretesa a non vedere lesa o menomata l'entità bio fisica, se non per ragioni terapeutiche. Il diritto alla libertà personale, che postula anche l'inviolabilità della libertà psichica del soggetto, al quale è pure riconducibile il principio del consenso ai trattamenti

¹³⁰ J. MARITAIN, *La persona e il bene comune* (trad. dal francese), Morcelliana, Brescia, 1995. È noto che nel dibattito che precedette la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Maritain osservò che «l'accordo di pensiero» sul fondamento o la giustificazione dei diritti dell'uomo era irraggiungibile data la diversità delle posizioni filosofiche ed ideologiche al riguardo; ma ritenne fosse possibile un accordo pratico su «uno stesso corpo di convinzioni concernenti l'azione». E tale impostazione pragmatica fu condivisa dal Comitato dell'Unesco sui fondamenti teorici dei diritti dell'uomo e facilitò la elaborazione della Dichiarazione. Cfr. *Dei diritti dell'uomo*, testi raccolti dall'Unesco, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, pp. 12 ss. Il fatto è ricordato da S. COTTA, «Il fondamento dei diritti umani», in G. CONCETTI (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Ave, Roma, 1982, p. 646.

¹³¹ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991.

¹³² Cioè lo studio sistematico della condotta umana nell'area delle scienze della vita e della cura della salute alla luce dei principii morali: cfr. la ormai classica definizione in W.T. REICH (a cura di), *Encyclopedia of Bioethics*, Free Press, New York, 1978, vol. I, p. XIX. V.R. Potter è generalmente indicato come colui che ha coniato il termine bioetica: cfr. *Bioetica ponte verso il futuro* (trad. dall'inglese di R. Ricciardi), Sicania, Messina, 2000 (ed. orig. 1971); Id., «Bioethics. The Science of Survival», in *Perspectives in Biology and Medicine*, 14, I, 1970, pp. 120 ss.

sanitari. Il diritto alla salute, vale a dire la pretesa ad avere gli aiuti necessari a non perdere la vita o la qualità della vita. E gli esempi potrebbero continuare. D'altra parte i diritti umani, i quali partecipano in forma eminente alla natura propria del diritto che è quella di essere struttura di relazione, hanno potuto divenire paradigma forte di riferimento nella elaborazione dei tre grandi principi bioetici, vale a dire il *principio di autonomia*, il *principio di beneficenza*, il *principio di giustizia*¹³³. Perché è evidente che tali principi riflettono l'idea della tutela della persona in relazione e dei doveri di solidarietà che ne discendono: idea che costituisce la base della dottrina dei diritti umani.

Per converso, il progredire della riflessione bioetica e le relative applicazioni nella prassi medica hanno sollecitato la sempre più puntuale precisazione, sul piano del diritto positivo, delle concrete esplicazioni dei diritti umani afferenti al bene vita e delle relative forme di tutela. Ciò è evidente nelle Costituzioni di ultima generazione, in documenti sopranazionali e, soprattutto, nello sviluppo di documenti internazionali che hanno specifica ed esclusiva attinenza alle problematiche bioetiche.

Un esempio assai significativo dell'evoluzione dell'esperienza giuridica in tale contesto si trova nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, firmata a Nizza il 18 dicembre 2000, che nella tradizione delle carte dei diritti inserisce però alcune previsioni nuove, propriamente attinenti alla materia bioetica. In particolare la Carta richiama il valore della dignità umana, il diritto alla vita e all'integrità della persona, il principio di eguaglianza senza distinzioni di sesso o di cultura; proibisce pratiche eugenetiche, commercializzazioni del corpo umano o di sue parti, la clonazione riproduttiva; pone il principio del consenso informato alle pratiche mediche; protegge i minori, gli anziani, i disabili, nonché l'ambiente, in conformità al principio dello sviluppo sostenibile. Il primo dei documenti internazionali, con specifica ed esclusiva attinenza alle problematiche bioetiche, è la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, detta anche *Convenzione di Oviedo*, del 4 aprile 1997, destinata a favorire l'armonizzazione delle legislazioni nazionali nel contesto europeo.

Si tratta di un documento di notevole importanza, perché contiene – quantomeno a livello europeo – l'indicazione di principi ritenuti imprescindibili nell'ambito bioetico, come la tutela della vita umana sin dall'inizio, il diritto ad un equo accesso alle cure sanitarie, il consenso ai trattamenti sanitari, la tutela degli incapaci in ordine ai trattamenti sanitari. Altrettanto rilevanti i divieti ed i limiti posti alla ricerca scientifica ed alla pratica medica, come il divieto del ricorso alle tecnologie riproduttive a scopi eugenetici, della selezione del sesso, il divieto di discriminazioni in ragione del patrimonio genetico, il limite ai test genetici predittivi per fini sanitari. Anche se non mancano ambiguità ed incertezze, come in ordine all'effettivo rispetto negli ordinamenti nazionali del principio della tutela della vita umana sin dal suo inizio. La Convenzione è aperta a Protocolli addizionali per la disciplina di questioni specifiche, come

¹³³ Sui principi in questione cfr. ad esempio C. VIAFORA, «Principi della bioetica», in S. LEONE, S. PRIVITERA (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1994, p. 740.

– con riferimento ai Protocolli già prodotti – la clonazione di esseri umani, i trapianti di organi e tessuti, la ricerca biomedica, gli xenotrapianti.

Se la *Convenzione di Oviedo* si riferisce allo spazio europeo, la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo*, adottata dall'Unesco l'11 novembre 1997, e la *Dichiarazione universale di bioetica e diritti umani*, adottata dall'Unesco, il 19 ottobre 2005, hanno – almeno potenzialmente e nelle intenzioni – una portata planetaria. Il primo documento è dedicato ad un tema specifico in materia di bioetica ed è destinato a tutelare l'individuo nella sua dignità e nei suoi diritti a prescindere dalle proprie caratteristiche genetiche, con conseguente divieto di discriminazione e garanzia di riservatezza. È previsto che ogni attività diagnostica ed ogni trattamento terapeutico che abbiano ad oggetto il genoma umano possono essere effettuati solo previa valutazione dei rischi e dei benefici che essi possono comportare. La Convenzione promuove la cooperazione internazionale nella ricerca e lo scambio di informazioni, per un equo accesso alle conoscenze ed alle terapie.

Il secondo documento enuncia una serie di principi, ritenuti come il minimo irrinunciabile in materia bioetica a livello planetario, tenuto conto da un lato dei progressi scientifico tecnologici nell'ambito biomedico e dall'altro dei contesti pluralisti e multiculturali che caratterizzano la società contemporanea. I principi in questione sono: l'autonomia e la responsabilità, l'equità di accesso e la giustizia, il consenso informato e la confidenzialità, il rispetto dell'integrità e della vulnerabilità della persona umana, la solidarietà e la cooperazione internazionale, la responsabilità nei confronti dell'ambiente e delle generazioni future.

Lo sviluppo di questa esperienza non è immune da ambiguità e da contraddizioni. In realtà si nota come i documenti citati nascano da un accordo pratico e non da una condivisione di fondamenti dottrinali dei diritti umani in genere e dei diritti umani in bioetica in specie. Non di rado ci si sofferma a definire le procedure, senza risolvere i problemi giuridici sostanziali o questi sono risolti con evidenti compromessi, che lasciano aperte ambiguità interpretative. Più in generale si può notare come i documenti in questione oscillino, quanto a dottrine ispiratrici, tra concezioni giusnaturalistiche e concezioni giuspositivistiche, queste ultime sia nella versione statalistica sia – più frequentemente – nella versione individualistica¹³⁴. E tuttavia si deve cogliere la positività dello sforzo congiunto, diretto ad individuare e declinare in rapporto alle varie questioni bioetiche le spettanze irrinunciabili ed inalienabili della persona umana, così come il raggiungimento in più casi di soluzioni condivise. Tra l'altro l'esperienza sviluppatasi sin qui viene in qualche modo a porre le basi, nella società globalizzata, di un diritto comune.

¹³⁴ F. TUROLDO (a cura di), *La globalizzazione della bioetica. Un commento alla Dichiarazione Universale sulla bioetica e i Diritti umani*.

3. Elementi di crisi

Il quadro che si è sommariamente delineato, nonostante i suoi elementi positivi, non deve indurre a facili ottimismo. Il fatto è che sui diritti umani in bioetica si coglie una paradossale schizofrenia: tanto più si implementano – in documenti giuridici nazionali, sovranazionali ed internazionali – le spettanze giuridicamente riconosciute, tanto più crescono fattori di crisi della categoria stessa dei diritti umani. Le ragioni di tale crisi sono a ben vedere molteplici: ne accennerò ad alcune soltanto.

Un primo fattore di crisi origina, nella società globale, dal pluralismo culturale, etico e religioso oggettivamente sussistente e dall'esaltazione delle diversità che viene da un orientamento di pensiero per cui ogni posizione culturale è, quanto a dignità, pariordinata alle altre e deve conseguentemente essere tollerata. Sotto questo profilo è sempre più crescente la considerazione dei diritti umani come espressione di una cultura, quella giudaico-cristiana affermatasi in Occidente, con la conseguenza che si finisce per negarne la valenza universale e metastorica¹³⁵.

Non è qui il caso di approfondire gli aspetti di una questione complessa, fermo restando che la cultura occidentale ha semmai posto le condizioni migliori perché l'umanità giungesse a piena consapevolezza del carattere oggettivamente trans-culturale e metastorico dei diritti umani. Ciò che importa notare è che se si considerano i diritti umani come prodotto di una cultura, la conseguenza è che essi non possono essere imposti all'universale osservanza. Per quanto attiene specificamente a tematiche bioetiche, potranno logicamente sussistere principi etici e giuridici diversi, addirittura confliggenti tra di loro. Si pensi, ad esempio, alla discussa pratica delle mutilazioni genitali femminili, che in base ai principi attualmente condivisi sono da interdire perché in violazione del principio di eguaglianza senza distinzione di sesso, ma pure per il principio di inviolabilità della persona umana e di integrità del suo corpo, per il principio del diritto alla salute, per il principio del consenso ai trattamenti sanitari. È evidente però che se si ritengono questi principi solo come espressioni di una cultura, non rinvenibili in altre, e se per di più si reputa la pari dignità di ogni cultura, sicché le espressioni di ciascuna di esse debbano comunque essere tollerate, allora è evidente che viene meno inevitabilmente il terreno – quello, appunto, dei diritti umani – su cui le varie posizioni possono incontrarsi e giungere a soluzioni condivise.

Un secondo fattore di crisi origina dalla stessa cultura occidentale. Il riferimento è a quegli orientamenti di pensiero filosofico originati oltre Atlantico, che passano sotto la denominazione di *non cognitivismo*: la verità, anche in etica, non c'è o quantomeno non è raggiungibile¹³⁶. Viene così travolta ogni

¹³⁵ Cfr. al riguardo F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo. Genesi, storia e impegno cristiano*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1995, pp. 222 ss.

¹³⁶ U. SCARPELLI, «La bioetica. Alla ricerca dei principi», in *Biblioteca della libertà*, 99, 1987, pp. 7 ss. È considerato il fondatore della bioetica c.d. «laica» radicata nel non cognitivismo etico o «etica senza verità».

possibilità di una fondazione oggettiva dei diritti umani, i quali sono ricondotti inesorabilmente alla volubile e mutevole volontà del legislatore, sia essa quella dei legislatori nazionali, sia essa quella del legislatore sopranazionale o universale. Ma senza quella fondazione oggettiva ogni posizione, di nuovo, ha ragione di sussistere e di reclamare riconoscimento e tutela giuridica.

Questa è la ragione per la quale i giuristi tendono ad orientarsi sempre più per quello che è definito *il diritto debole*¹³⁷. Non potendosi raggiungere un accordo su materie nelle quali prevale il pluralismo etico-religioso, ci si limita a raggiungerlo sul terreno, previo, delle procedure. Il problema però è che una disciplina meramente procedimentale non risolve i problemi sostanziali di giustizia che si pongono al diritto: limitarsi a prescrivere che l'interruzione volontaria della gravidanza può avvenire solo in strutture pubbliche, non risolve il problema di giustizia della tutela della vita del concepito non nato; la disciplina delle procedure per raggiungere la procreazione medicalmente assistita non risolve il problema del conflitto di interessi, nel caso ad esempio di fecondazione eterologa, tra madre, figlio, padre giuridico e padre naturale. E gli esempi potrebbero continuare.

Un più sottile ma ancora più radicale fattore di crisi dei diritti umani nasce, infine, dalle recenti critiche al concetto di «dignità della persona umana»¹³⁸. Secondo tali correnti di pensiero contemporaneo, infatti, quello di «dignità della persona umana» è un concetto astratto, inutile, ambiguo, non imparziale, impiegato in bioetica da posizioni conservatrici e reazionarie di orientamento dichiaratamente religioso e, più precisamente, cristiano cattolico. Sarebbe, in altre parole, un concetto di cui la «bioetica cattolica» o la «bioetica teocon» si servirebbe per imporre nell'ambito biomedico una scala di valori etici assolutamente di parte e per bloccare qualsivoglia progresso nella prassi biomedica che sia fondato sul principio dell'autonomia del soggetto e, quindi, della sua piena autodeterminazione.

Al riguardo occorre premettere che certamente il concetto di «dignità della persona umana» ha un suo radicamento nella tradizione giudaicocristiana, nella quale esso rinvia al fatto che solo l'uomo, tra tutti i viventi, è fatto ad immagine e somiglianza di Dio e solo all'uomo Dio creatore ha dato il dominio su tutti gli altri esseri viventi. E tuttavia si deve riconoscere che si tratta di un concetto che non ha oggi una valenza propriamente religiosa: la letteratura filosofica e bioetica sono piene di riferimenti al concetto di dignità della persona, pur in un contesto non religioso o secolarizzato, a cominciare dall'imperativo kantiano a trattare sempre l'altro come fine e mai come semplice mezzo.

Così pure occorre notare che i documenti giuridici – Costituzioni, documenti sopranazionali ed internazionali – frequentemente menzionano la dignità della persona umana, o comunque tacitamente la

¹³⁷ Rinvio al riguardo a G. DALLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Studium, Roma, 1997, particolarmente pp. 111 ss.

¹³⁸ Cfr. S. PINKER, in *The New Republic* 28 maggio 2008, che critica il rapporto «Human dignity and Bioethics» pubblicato nel marzo del 2008 dallo statunitense *President's Council on Bioethics*. Per una critica a tale critica cfr. L. PALAZZANI, «Proteggere la libertà di tutti. In difesa della dignità umana», in *L'Osservatore Romano*, 28 maggio 2008.

presuppongono, per fondare su di essa, appunto, i diritti umani. Certamente assai poco i giuristi si sono adoperati per definire giuridicamente che cosa è la dignità della persona umana, assumendo in qualche modo il concetto come un dato pregiuridico, non discutibile, sul quale edificare le moderne costruzioni giuridiche in tema di diritti umani. Tuttavia si deve riconoscere che questo non è l'unico caso rilevabile nell'odierna esperienza giuridica, giacché a livello costituzionale ed internazionale s'è venuta ampiamente realizzando nella modernità secondo quello che è stato chiamato il «diritto per valori», cioè un diritto positivo pensato e prodotto sulla base di valori pregiuridici che lo ispirano e lo orientano¹³⁹. E d'altra parte non è assolutamente impossibile fornire una definizione giuridica, imparziale, «laica» quindi non religiosa, della dignità della persona umana, nel senso delle spettanze che debbono riconoscersi ad *ogni uomo*, in quanto tale, a prescindere dalle sue particolari condizioni personali e del contesto in cui è situato¹⁴⁰.

La stessa idea dei diritti umani come spettanze proprie ed esclusive di quell'essere vivente che è l'uomo, il quale gode di una «eccellenza» rispetto a tutti gli esseri viventi¹⁴¹, finisce per essere messa in crisi da quegli orientamenti filosofico-giuridici e bioetici che, estremizzando la tematica dei diritti degli animali, finiscono per toccare le derive di una assoluta eguaglianza tra tutti gli esseri animati¹⁴². Un'idea, quest'ultima, che almeno giuridicamente appare priva di fondamento se non altro per la semplice considerazione che il principio di eguaglianza postula, come noto, di trattare in maniera eguale situazioni eguali ma in maniera diversa situazioni differenti. Infine un ennesimo fattore di crisi dei diritti umani si produce proprio all'interno della stessa esperienza giuridica. Esso si coglie soprattutto nella attività giurisdizionale di tribunali costituzionali o internazionali, che nella giusta preoccupazione di salvaguardare l'uomo e le sue libertà fondamentali viene «costruendo in modo confuso, con una sorta di sommatoria dei parametri discrezionalmente utilizzabili dai giudici»; ovvero in sempre nuove Carte di diritti che contengono «disposizioni a dir poco alquanto sommarie», che non prevedono «tutele per le comunità intermedie», che garantiscono «esigenze tipicamente individualistiche», che formulano «nuovi diritti senza neppure coordinarli con quelli analoghi o contermini che già da tempo sono garantiti»¹⁴³.

¹³⁹ Una efficace rassegna delle diverse posizioni dottrinali ed ampi approfondimenti della questione in F. Pizzetti, «L'ordinamento costituzionale per valori», in R. BERTOLINO, S. GHERRO, G. LO CASTRO (a cura di), *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 19 ss.

¹⁴⁰ Cfr. ad esempio F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1987; A. RUGGERI, A. SPADARO, «Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale», in *Politica del diritto*, 1991.

¹⁴¹ Cfr. S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2004.

¹⁴² P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più* (1994) (trad dall'inglese di S. Rini), Il Saggiatore, Milano, 2000.

¹⁴³ Così U. DE SIERVO, «Il personalismo nella Costituzione italiana e nelle nuove carte dei diritti», in *Civitas*, 2008, 1, pp. 9 ss. ed in particolare p. 18. Sulla problematicità della tematica cfr., da un punto di vista filosofico giuridico, F. VIOLA, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 1989.

4. Dalla bioetica alla biogiuridica

Il superamento di questi fattori di crisi non è né facile né di immediata soluzione. E tuttavia dovrebbe essere sufficientemente chiaro che se si lascia cadere il fondamento nei diritti umani, la concreta salvaguardia dell'uomo in condizione, di ogni singolo uomo, diventa impresa disperata se non vana. Su due aspetti, a mio modo di vedere, occorre concentrare l'attenzione.

Il primo riguarda il necessario passaggio dalla bioetica alla biogiuridica. Beninteso che questa non è la rivendicazione di un sapere nei confronti di un altro sapere, ma la consapevolezza – ad oltre trent'anni dalla sua fondazione – che se la bioetica ha dato e continuerà a dare un contributo fondamentale dinnanzi ai sempre nuovi problemi che gli sviluppi della scienza pongono nell'ambito della prassi medica, tuttavia in una società pluralista qual è quella contemporanea sempre più difficilmente essa sarà in grado di raggiungere delle conclusioni, per quanto minimali, condivise. E ciò per la semplicissima ragione che l'etica, di cui l'etica della vita è parte, in una società pluralista divide. In una società dalle molte etiche appare sempre più difficile trovare punti di convergenza. Il diritto, invece, è strutturalmente destinato a porre in rapporto, quindi ad unire. Non è certamente facile trovare la regola condivisa: e tuttavia il diritto positivo non deve riflettere questa o quella visione etica, questa o quella scala di valori morali. Il diritto positivo deve rispondere all'unico principio etico che è quello di giustizia, il che significa riconoscere la dignità di ogni uomo e salvaguardarne le spettanze irrinunciabili, tutelando nel rapporto il più debole. In questo senso il diritto è strutturalmente «laico». In altre parole credo che con più audacia ed impegno si debba passare dalla domanda se tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche eticamente lecito, cioè buono, alla domanda se tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche giuridicamente lecito, cioè giusto. E di conseguenza passare da una concezione, che è propriamente quella bioetica, che propone orientamenti etici alla coscienza, ad una concezione, propria della biogiuridica¹⁴⁴, che mira alla prescrizione di comportamenti vincolanti, seppure attraverso adeguati percorsi di formazione del consenso diretti a cogliere sempre più compiutamente, nelle singole fattispecie poste dall'attività medica, dove sia il giusto.

Il secondo aspetto su cui occorre riflettere riguarda l'esigenza di ricucire piano della giuridicità e piano della natura. È anche questo, a ben vedere, un problema di biogiuridica. Perché oggi, per ragioni varie cui non sono estranee alcune di quelle sopra ricordate, si coglie una sempre più evidente tendenza alla scissione tra diritto ed essere umano, tra soggetto di diritto e persona: nella letteratura specialistica sempre più appare l'assunto che non tutti gli esseri umani hanno diritto (il feto, l'embrione, il malato

¹⁴⁴ L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino, 2002.

terminale, il soggetto in stato vegetativo ecc.), mentre diritti «umani» possono essere attribuiti a soggetti non umani (i primati, gli altri viventi, ma nella prospettiva futura anche i robot). Come bene è stato detto, «il biodiritto è chiamato a ritematizzare la soggettività giuridica in chiave relazionale, mostrando la necessità che tutti i soggetti umani (individuati in organismi biologicamente umani) godano di un'uguale tutela giuridica (secondo simmetria e reciprocità), anche coloro che per motivi accidentali o transeunti, non ontologici (dovuti all'età, allo stadio di sviluppo o a condizioni di malattia, provvisorie o permanenti) non sono in grado di gestire in atto la relazionalità o la gestiscono debolmente, divenendo dunque particolarmente vulnerabili di fronte alle pressioni dell'avanzamento del progresso tecnologico»¹⁴⁵.

Sembra che, alla conclusione di un ciclo, la cultura torni oggi alle posizioni del passato, e cioè quelle che guardavano più al soggetto di diritto che alla persona umana. Se questi dovessero essere gli scenari futuri, è evidente che ciò significherebbe il pieno travolgimento delle conquiste che negli ultimi due secoli sono state fatte, nelle Carte costituzionali e nei Documenti internazionali, per salvaguardare l'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. Soprattutto il concretizzarsi di questi scenari significherebbe tornare ad un passato ormai lontano nel quale all'autorità era dato, con l'attribuzione o meno della soggettività giuridica, il potere di decidere quali fra gli uomini fossero meritevoli di tutela giuridica. Ciò è evidente travisamento d'ogni idea di diritto fondato sulla giustizia (*ius quia iustum*), anziché sulla forza (*ius quia iussum*).

8. G. DALLA TORRE, *Annotazioni sul diritto alla vita nell'ordinamento canonico*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Giuffrè, Milano, 2010, pp.235-250

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Un problema moderno. – 3. Il diritto alla vita fra diritti secolari e diritto canonico. – 4. Disposizioni canoniche sul diritto alla vita. – 5. Natura giuridica del diritto alla vita e sua titolarità. – 6. Caratteri del diritto alla vita. – 7. Il diritto alla vita nei rapporti tra la Chiesa e la comunità politica.

1. Note introduttive.

¹⁴⁵ Si veda al riguardo L. PALAZZANI, «Bioetica e diritti umani di fronte alle nuove tecnologie», in Id. (a cura di), *Nuove biotecnologie, biodiritto e trasformazioni della soggettività*, Studium, Roma, 2007.

La centralità del diritto alla vita nel dibattito e nell'esperienza giuridica contemporanei è un dato di fatto difficilmente contestabile ed affatto contestato.

Si tratta di una centralità che da un lato discende dalla rilevanza dottrinale e pratica che ha progressivamente assunto nel nostro tempo la tematica dei diritti umani, di cui il diritto alla vita costituisce al tempo stesso la priorità logico – cronologica ed il fondamento¹⁴⁶. Ma detta centralità discende pure dalle vicende della modernità, che hanno provocato e provocano un progressivo approfondimento di che cosa sia l'uomo e la sua vita, di quali tutele debbano apprestarsi per garantire l'esistenza in vita e favorire le migliori condizioni di vita. Il pensiero va subito, al riguardo, ai problemi posti dai progressi delle scienze biomediche, che se permettono di raggiungere obiettivi un tempo impensabili in materia di salvaguardia, di qualità e di prolungamento della vita umana, consentono peraltro di intervenire efficacemente nel processo di riproduzione della vita e nell'esistenza in vita, che notoriamente pongono problemi sempre più rilevanti sia sotto il profilo etico che sotto quello giuridico. Di qui nasce, come noto, quel sapere recente che si chiama bioetica¹⁴⁷ e l'altro, ancora più recente, di biogiuridica¹⁴⁸.

Dal punto di vista definitorio, il diritto alla vita è la pretesa della persona umana, rivolta agli altri consociati ed ai poteri pubblici, di vedere rispettato e sostenuto il proprio interesse all'esistenza fisica. Più precisamente il diritto alla vita, in quanto diritto soggettivo, presenta una duplice dimensione: *negativamente* esso vuole indicare la pretesa di essere immune da turbative che possono far venire meno o menomare la vita; *positivamente* viceversa sta ad indicare la pretesa a ricevere gli aiuti necessari per non perdere la vita.

In senso oggettivo, poi, il diritto alla vita riconosce e tutela l'interesse della persona umana al godimento del fatto naturale dato dalla propria esistenza fisica.

Se dalla definizione si scende alle multiformi espressioni della concreta esperienza, è dato constatare come il diritto alla vita venga oggi ad indicare situazioni assai differenziate: dal diritto dell'embrione o del feto a nascere, alla pretesa di non essere uccisi, o feriti o comunque lesi nella salute, al diritto del malato ad avere cure per non perdere la vita, al diritto dell'handicappato a vivere ed a vivere dignitosamente nonostante le sue condizioni, al diritto di non dover mettere in pericolo la propria vita se non per i casi eccezionali previsti dalla morale e dalle leggi (sanitari, morte naturale e non provocata, e via dicendo).

Nella realtà contemporanea – come noto – quanto più le tematizzazioni concrete del diritto alla vita si moltiplicano, tanto più si divaricano le posizioni in merito alla questione della titolarità del diritto

¹⁴⁶ Cfr. G. GIACOBBE, *Problemi civili e costituzionali sulla tutela della vita*, in *Il diritto di famiglia*, 1988, 1119 ss.

¹⁴⁷ Cioè lo studio sistematico della condotta umana nell'area delle scienze della vita e della cura della salute alla luce dei principi morali: cfr. la ormai classica definizione in W.T. REICH (a cura di), *Enciclopedia of Bioethics*, New York, 1978, vol. I, XIX, V.R. POTTER è generalmente indicato come colui che ha coniato il termine bioetica: cfr. *Bioetica ponte verso il futuro*, trad. it. Di R. RICCIARDI, Messina 2000 (ed. orig. 1971); Id., *Bioethics, The Science of Survival*, in *Perspectives in Biology and medicine*, 14, 1, 1970, 120 ss.

¹⁴⁸ Cioè lo studio sistematico della condotta umana nell'area delle scienze della vita e della cura della salute alla luce dei principi del diritto, nonché la disciplina giuridica di tale condotta: cfr. L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002.

in questione: basti pensare agli ampi ed accesi dibattiti bio – giuridici sulla titolarità del diritto stesso nel caso di concepito non ancora nato o nel caso di persone in coma profondo ed irreversibile. A questa fenomenologia, che non di rado assume connotazioni schizofreniche, corrisponde, sul piano del diritto positivo, da un lato l'allargarsi della previsione del diritto alla vita nelle disposizioni costituzionali e nelle convenzioni internazionali, dall'altro l'ampliarsi di una legislazione speciale che dalla legalizzazione dell'aborto, alle manipolazioni genetiche, alle prassi di procreazione medicalmente assistita, all'eutanasia, pone in realtà sempre più a rischio il diritto alla vita.

2. Un problema moderno.

Il diritto alla vita è, a ben vedere, un problema assolutamente moderno. Non che in passato gli ordinamenti giuridici non abbiano tutelato il diritto alla vita. Tutta la storia del diritto penale, ad esempio, testimonia come sotto la previsione di fattispecie criminose, quali l'omicidio o le lesioni personali, sia stato sussistente il riconoscimento della pretesa individuale a non veder compromesso o quantomeno leso il bene vita. E d'altra parte, dal punto di vista soggettivo, non solo i nati, ma anche i nascituri sono stati percepiti come meritevoli di tutela. Si pensi in proposito all'istituto romanistico del *curator ventris*¹⁴⁹ o alla massima secondo cui «*conceptus pro iam nato habeatur si de eius commodo agitur*», che nell'età medievale viene intesa nel senso di provvedere non più solo alla tutela di interessi futuri, una volta avvenuta la nascita, ma anche alla tutela del nascituro¹⁵⁰.

Peraltro nella cultura giuridica, almeno in quella dell'Occidente, l'attenzione è stata costantemente rivolta al soggetto di diritto più che alla persona umana¹⁵¹. L'individuo è stato considerato prevalentemente sotto il profilo delle relazioni economiche e sotto tale profilo si sono formate norme ed istituti giuridici. Il modello antropologico dell'individualismo proprietario, come è stato definito, è risultato assolutamente dominante nella cultura giuridica così come nella vita giuridica; e ciò, anche nei casi nei quali ha trovato applicazioni certo molto avanzate rispetto alla stessa esperienza giuridica contemporanea, come la ricordata tutela in diritto romano del bene della vita umana sin dal concepimento. Il fatto è che le vicende della vita materiale – concepimento, nascita, esistenza in vita,

¹⁴⁹ D. 37, 9, 1. Sul tema cfr. M.P. BACCARI, *Curator ventris tra storia e attualità*, in *Annali Lumsa 2001* Torino, 2002, 43 ss.

¹⁵⁰ In questo senso U. GUALAZZI, *Concepimento (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 356 s.

¹⁵¹ Per le considerazioni che seguono cfr. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1982, 1117.

malattia, morte ecc. – erano concepite come attinenti ad un ordine, quello naturale, distinto e diverso da quello giuridico positivo, ed apparivano come atte ad assumere rilevanza quali fatti giuridici soprattutto laddove, almeno potenzialmente, colorabili di un contenuto economico – patrimoniale.

È un fatto che nei diritti secolari solo assai di recente, con le Carte costituzionali di seconda o di terza generazione, così come con lo sviluppo delle dichiarazioni internazionali, l'attenzione si è venuta progressivamente spostando dal soggetto di diritto alla persona umana, con la conseguente preoccupazione di tutelare in maniera via via più ampia la vita, l'identità biologica, la salute, le condizioni di sviluppo e di esistenza. Esempio al riguardo l'art. 2 della Costituzione Italiana, che parla dell'«uomo» come titolare dei diritti inviolabili, tra cui quello alla vita, superando il vecchio schermo del soggetto di diritto.

Si tratta di un fenomeno che è da addebitare alle evoluzioni del diritto pubblico piuttosto che del diritto privato, giacché quest'ultimo appare assai spesso ancora attardato nelle tradizionali concezioni antropologiche dell'individualismo proprietario¹⁵².

Il fenomeno in questione ha una ragione storica ben precisa, data dal fatto che il diritto costituzionale ed il diritto internazionale moderni, dovendo trovare limiti oggettivi al potere altrimenti illimitato – e tendente a degenerare – degli Stati assoluti, autoritari o totalitari, cioè dovendo ancorare la categoria nuova dei diritti fondamentali o diritti umani non sulla volubile volontà dei legislatori positivi ma su fondamenta a loro precedenti e superiori, si sono trovati nella necessità di infrangere gli schermi del diritto positivo per attingere direttamente alla realtà naturale: all'uomo, nella sua identità, nella sua originaria dignità che lo distingue da ogni altro essere vivente. Perciò giustamente s'è detto che i diritti umani altro non sono che il modo in cui si ripresentano, nel nostro tempo, le istanze più profonde del giusnaturalismo¹⁵³.

Per quanto attiene in particolare al diritto alla vita, nelle configurazioni positive del diritto esso è progressivamente uscito dall'angusto ambito penalistico, in cui era tradizionalmente ristretto nel contesto dei reati contro la persona, per assurgere a diritto fondamentale contenente un principio supremo dell'ordinamento giuridico; poi come tale, ha pervaso l'ordinamento stesso tendenzialmente in ogni sua parte¹⁵⁴.

¹⁵² Sul dibattito civilistico in materia cfr. E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003.

¹⁵³ Così F. D'AGOSTINO, *Diritto naturale*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. BERTI e G. CAMPANINI, Roma 1993, 224.

¹⁵⁴ Si veda ad esempio in proposito F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo. Genesi storia e impegno cristiano*, Cinisello Balsamo 1995.

2. Il diritto alla vita fra diritti secolari e diritto canonico

La storia del diritto canonico, che non può essere svincolata dalla più generale storia della cultura giuridica e dell'esperienza giuridica¹⁵⁵, è tuttavia al riguardo parzialmente diversa, se non altro per il diverso modello antropologico che sostiene ed anima il diritto della Chiesa¹⁵⁶.

Si tratta di un modello che non guarda all'individuo considerato come proprietario e come produttore, ma all'uomo come essere vivente segnato da una originaria ed inalienabile dignità, la quale consiste nell'essere stato creato ad immagine e somiglianza di Dio¹⁵⁷. Nelle finalità dell'ordinamento canonico si guarda a questo uomo, che è da garantire e da salvare in una prospettiva escatologica¹⁵⁸. Non a caso in diritto canonico lo schermo della soggettività giuridica non ha mai prevalso sul dato naturale della persona.¹⁵⁹

Peraltro anche nel diritto canonico i fatti materiali della vita hanno una considerazione limitata: è questo un dato che a prima vista può sorprendere, giacché altro ci si attenderebbe da un ordinamento giuridico così attento alla persona. La questione appare particolarmente evidente proprio in materia di diritto alla vita; questo, infatti, non è oggetto di diretta previsione normativa da parte dell'ordinamento. Lo stesso riferimento alla dignità inalienabile della persona umana, che certamente è un cardine dell'ordinamento canonico, formalmente manca.

È interessante ricordare al riguardo che nel processo di rinnovamento del diritto canonico, avviato dopo il Concilio Vaticano II per adeguarlo ai deliberati conciliari ed alle moderne esigenze della società ecclesiastica, il legislatore si era posto la questione. Al riguardo alcuni significativi indicatori si possono cogliere nel periodo che va dalla celebrazione dell'assise ecumenica al rinnovo della legislazione canonica. Si pensi, ad esempio, al progetto di una *Lex Ecclesiae Fundamentalis*, concepita come legge costituzionale comune a tutta la Chiesa cattolica e precedente le codificazioni canoniche latina e orientale, nel quale era una disposizione, contenuta nel c. 3, secondo cui «La Chiesa riconosce e proclama la dignità della persona umana di tutti gli uomini»¹⁶⁰. Diversamente da quanto accaduto per altre disposizioni contenute nel

¹⁵⁵ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007.

¹⁵⁶ Sviluppo in questa sede quanto più sinteticamente indicato in G. DALLA TORRE, *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel codice di diritto canonico*, Città del Vaticano, 2000, 61-76; cenni anche in D. MOGAVERO, *Diritto canonico*, in *Dizionario di bioetica*, a cura di S. LEONE E S. PRIVITERA, Acireale-Bologna, 1994, 272-277.

¹⁵⁷ Cfr. *Genesi* 1, 26 s.

¹⁵⁸ J. HERRANZ, *Il diritto dell'uomo alla vita*, in *Ius Ecclesiae*, 1997, 547-573.

¹⁵⁹ Rinvio al riguardo alle osservazioni sviluppate da G. DALLA TORRE, *Infedeli*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 427 ss.

¹⁶⁰ Sul progetto di *Lex Ecclesiae fundamentalis* cfr. D. CENALMOR PALANCA, *La ley fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Pamplona 1991.

progetto, quest'ultima non è stata, purtroppo, riprodotta nel *codex iuris canonici* giovanneopaolino, né tantomeno nel posteriore *codex canonum Ecclesiarum orientalium*¹⁶¹.

Le ragioni della limitata attenzione del diritto canonico, e quindi della scienza canonistica, al diritto alla vita sono varie, alcune di carattere storico – culturale altre più propriamente strutturali.

Tra le prime è da segnalare senz'altro il fatto che per secoli il diritto canonico ha espresso una ecclesiologia più centrata sulla Chiesa come istituzione che come popolo di dio, più attenta alla funzione di servizio alla persona, nella prospettiva della *salus animarum* che, nella stessa prospettiva, alla posizione giuridica della persona¹⁶². Non è un caso che la tematica dei diritti dei fedeli, talora detti anche diritti fondamentali, si sia sviluppata dopo il Vaticano II e con la nuova codificazione, che ne ha recepito l'ecclesiologia¹⁶³.

Dal punto di vista strutturale, poi, si deve notare che l'ordinamento canonico è costituito non solo dal diritto positivo, o diritto ecclesiastico, ma anche dal diritto divino, naturale e positivo, che costituisce anzi il fondamento ed il criterio di legittimazione del diritto positivo. Ed il diritto divino è, propriamente, la fonte cui debbono farsi risalire i diritti fondamentali, a cominciare dal diritto alla vita.

Come noto, il diritto divino vige nell'ordinamento canonico immediatamente, per forza propria, senza bisogno di una positivizzazione da parte del legislatore ecclesiastico (la cosiddetta «canonizzazione»)¹⁶⁴. Il che significa che, anche in assenza di una positiva determinazione del legislatore ecclesiastico, il diritto alla vita è comunque vigente nell'ordinamento giuridico della Chiesa.

D'altra parte i fatti materiali della vita per loro natura si iscrivono prevalentemente nell'orizzonte della secolarità, per cui, in ragione del principio dualistico cristiano che porta a distinguere tra l'ordine proprio della Chiesa e l'ordine proprio dello Stato, è a quest'ultimo che spetta in buona sostanza la disciplina giuridica dei fatti medesimi¹⁶⁵. È questa del resto una delle ragioni principali dei numerosi richiami che il diritto canonico positivo fa allo *ius civile*¹⁶⁶. Il che significa che la vita, in quanto fatto materiale attinente all'ordine propriamente temporale, è bene la cui tutela spetta propriamente e principalmente allo Stato ed alle altre forme di organizzazione della società politica. La sua difesa da parte

¹⁶¹ Nel *codex canonum Ecclesiarum orientalium* la dignità della persona umana è richiamata peraltro al can. 595 § 2 giacché le esigenze della sua tutela giustificano il diritto della Chiesa di dare il proprio giudizio morale su qualsiasi realtà umana. Il concetto, di derivazione conciliare (cfr. Concilio Ecumenico Vaticano II, cost., past. *Gaudium et spes*, § 76) è contenuto anche nel can. 747 § 2 del codice latino, dove peraltro si parla di «*iura fundamentalia personae humanae*». Sulla problematica rinvio a G. DALLA TORRE, *la città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica delle relazioni tra Chiesa e Comunità politica*, III ed., Roma 2007, 174 s.

¹⁶² Riferimento inevitabile al riguardo è alla classica opera di P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962.

¹⁶³ AA.VV., *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, a cura di E. CORRECO – N. HERZOG – A. SCOLA, Milano 1981.

¹⁶⁴ P. CIPROTTI, *Canonizzazione delle leggi civili*, in *Enc. Dir.*, V, Milano 1959, 1085 ss.

¹⁶⁵ Rinvio al riguardo a G. DALLA TORRE, *La città sul monte, Contributo a una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, cit.; ID., *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, Roma, 2008.

¹⁶⁶ G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizzazione legum civilium*, Milano 1998.

dell'ordinamento canonico, cui attiene propriamente la vita spirituale ed eterna dell'uomo, è solo eventualmente e *ad adiuvandum*.

Del resto, in una società nella quale i cattolici sono solo una parte, spesso minoritaria, la tutela meramente canonistica del diritto alla vita avrebbe ben poca efficacia: non solo di fatto, ma anche di diritto, almeno nella misura in cui i precetti posti dal legislatore ecclesiastico positivo si rivolgono esclusivamente ai battezzati nella Chiesa cattolica e in essa accolti (can 11 *cic*).

4. Disposizioni canoniche sul diritto alla vita.

Dunque le norme del diritto canonico positivo relative al diritto alla vita sono assai limitate. Si tratta, tra l'altro, di norme essenzialmente di tutela, mancando specificamente norme di carattere promozionale.

In questa prospettiva debbono richiamarsi, in generale, le disposizioni canoniche che puniscono gli attentati alla vita ed alla integrità fisica: omicidio, rapimento e sequestro di persona, mutilazioni e lesioni gravi (can. 1397 *cic*; can. 1450 § 1 e 1451 *ceo*, che contempla anche il caso della tortura), coniugicidio (can. 1090 *cic*; can. 807 *ceo*).

Particolare attenzione è poi riservata alla tutela del bene della vita del concepito. Questa è nel can. 1398 *cic*. Che, come già il can. 2350 del codice 1917, contempla il procurato aborto fra i delitti contro la vita disponendo che «*qui abortum procurat, effectu secuto, in excommunicationem latae sententiae incurrit*». Analogamente dispone il can. 1450 § 2 *ceo*, che peraltro definisce la sanzione come scomunica maggiore e non prevede la modalità di irrogazione *latae sententiae*, essendo questo tipo di pene non contemplate dal diritto orientale¹⁶⁷.

Peraltro è interessante notare che altre disposizioni canoniche sono possibili di interpretazione anche nel senso di una tutela, sia pure indiretta, della vita del concepito. È il caso ad esempio del can. 1061 *cic* (manca il corrispettivo nel *ceo*) che prescrive per la consumazione del matrimonio che l'atto coniugale sia compiuto «*humano modo*», cioè nel rispetto della dignità e della libertà dei coniugi e, quindi, con esclusione della violenza. La disposizione però potrebbe essere interpretata nel senso di escludere anche pratiche di procreazione medicalmente assistita che, come nel caso della fecondazione in provetta, comportano – per gli altissimi rischi di fallimento – un concreto attentato alla vita del concepito ed alla

¹⁶⁷ Cfr. R. COPPOLA, *Inizio dell'individuo, aborto e stato di necessità nella visione e nel diritto della Chiesa cattolica*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1998, 22-35; C. PAPAIE, *Il diritto alla vita e il magistero di Giovanni Paolo II. Profili giuridici*, Città del Vaticano 2006.

integrità del suo patrimonio genetico. Si tratterebbe in questo caso di una interpretazione della norma canonica con carattere propriamente promozionale del diritto alla vita¹⁶⁸.

A queste scarse norme di diritto positivo vanno però aggiunte, come accennato, le disposizioni di diritto divino, che vigono nell'ordinamento canonico. Ai fini della loro individuazione, precisazione, illustrazione, è fondamentale l'apporto del magistero. Al riguardo occorre richiamare il can. 754 *cic*, per il quale, «*omnes christifidels obligatione tenentur servandi constitutiones et decreta, quae ad doctrinam proponendum et erroneas opiniones proscribendas fert legitima Ecclesiae auctoritas*», aggiungendo che «*speciali vero ratione, quae edit Romanus Pontifex vel Collegium Episcoporum*». Grazie a questa disposizione gli atti del magistero, nelle loro diverse forme di autorevolezza (cfr. i canoni 749-753 *cic*), entrano a vincolare anche giuridicamente, e non solo moralmente, i fedeli, giacché l'espressione «*constitutiones et decreta*» non ha, dal punto di vista formale, una valenza tecnica esclusivamente giuridica, ma sta ad indicare genericamente ogni documento di natura che possiede forza obbligatoria¹⁶⁹.

Il magistero ecclesiastico, in particolare quello pontificio, sulla vita e sulla necessità del suo rispetto è ricchissimo. In merito il documento più importante, sia nel senso di un richiamo del magistero precedente, sia nel senso di uno sviluppo dell'insegnamento in relazione alle nuove problematiche poste dai progressi scientifici, sia anche nel senso di una presentazione organica di tutta la materia, è certamente l'Enciclica di Giovanni Paolo II *Evangelium vitae* del 25 marzo 1995¹⁷⁰ che, come è precisato nello stesso documento, costituisce il frutto del coinvolgimento di tutto l'episcopato¹⁷¹. Nell'Enciclica è detto che «ogni uomo sinceramente aperto alla verità e al bene, con la luce della ragione [...] può arrivare a riconoscere nella legge naturale scritta nel cuore [...] il valore sacro della vita umana dal primo inizio fino al suo termine, e ad affermare il diritto di ogni essere umano a vedere sommamente rispettato questo suo bene primario», aggiungendosi che «sul riconoscimento di tale diritto si fonda l'umana convivenza e la stessa comunità politica» (§ 2).

Per quanto attiene in particolare alla vita parentale e neonatale, può essere poi importante richiamare la *Carta dei diritti della famiglia*, promulgata dalla Santa Sede il 22 ottobre 1983¹⁷², che all'art. 4 dispone: «la vita umana dev'essere rispettata e protetta in modo assoluto dal momento del concepimento»,

¹⁶⁸ Si vedano al riguardo le considerazioni sviluppate da G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole e la fecondità assistita*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, Città del Vaticano 2003, 167 ss.

¹⁶⁹ Sul magistero cfr., per tutti, C. J. ERRÁZURIZ M., *Il «munus docendi Ecclesiae»; diritti e doveri dei fedeli*, Milano 1991.

¹⁷⁰ In *A.A.S.* 87 (1995), 401 ss. In merito cfr. AA.VV., «*Evangelium vitae* e diritto. «*Evangelium vitae*» and law», Acta Symposii Internationalis in Civitate vaticana celebrati: 23-25 maii 1996, Città del Vaticano, 1997.

¹⁷¹ Come si precisa nel § 5 del documento, in cui si dice tra l'altro che: «la presente Enciclica, frutto della collaborazione dell'Episcopato di ogni Paese del mondo, vuole essere dunque una *riaffermazione precisa e ferma del valore della vita umana e della sua inviolabilità*».

²⁷ Cfr. in *Enchiridion Vaticanum IX* (1983-1985), Bologna, 1987, 468 ss. Su questo documento cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Carta dei diritti della famiglia*, a cura di G. CONCETTI, Roma 1984.

²⁸ Sull'adattamento dell'ordinamento canonico alle norme di diritto internazionale, sia generale che convenzionale, cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati. 1950-1999*, Città del Vaticano 2000, 31 ss. Sulla specifica questione della tutela della vita parentale cfr. E. BALESTRERO, *Il diritto alla vita parentale nell'ordinamento internazionale. Indagine sulla disciplina della vita parentale e sull'apporto della Santa Sede*, tesi di dottorato in diritto canonico presso la Pontificia Università Lateranense, Roma 1996.

precisando che «l'aborto è una diretta violazione del diritto fondamentale alla vita dell'essere umano», che «il rispetto per la dignità dell'essere umano esclude ogni tipo di manipolazione sperimentale o sfruttamento dell'embrione» e che «tutti gli interventi sul patrimonio genetico della persona umana, i quali non mirino a correggere le anomalie, costituiscono una violazione del diritto all'integrità fisica».

Infine sono da ricordare, tra le fonti canonistiche del diritto alla vita, le convenzioni internazionali sottoscritte e ratificate dalla Santa Sede, nelle quali tale diritto è contemplato. L'ordinamento canonico, infatti, si adatta automaticamente al diritto internazionale convenzionale, seppure sempre con i limiti di cui al can. 22 *cic*, per il quale «*leges civiles ad quas ius Ecclesiae remittit, in iure isdem cum effectibus servantur, quatenus iuri divino non sint contrariae et nisi aliud iure canonico caveatur*»¹⁷³.

5. Natura giuridica del diritto alla vita e sua titolarità.

Il diritto alla vita è un diritto naturale ed in quanto tale, come s'è detto, vige anche nell'ordinamento canonico. Il suo fondamento è da individuare nella dignità ontologica della persona umana. Esso fa dunque parte di quelle spettanze che debbano essere riconosciute, e rispettate, in ogni uomo in quanto tale.

Giova peraltro notare che tra tali spettanze il diritto alla vita ha una certa priorità logica e cronologica, perché evidentemente è il presupposto di ogni altro diritto fondamentale. Come afferma l'istruzione della Congregazione per la Dottrina della Fede sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione *Donum vitae*, del 22 febbraio 1987, «la vita fisica, per cui ha inizio la vicenda umana nel mondo, non esaurisce certamente in sé tutto il valore della persona né rappresenta il bene supremo dell'uomo che è chiamato all'eternità. Tuttavia ne costituisce in un certo qual modo il valore “fondamentale” proprio perché sulla vita fisica si fondano e si sviluppano tutti gli altri valori della persona. L'invulnerabilità del diritto alla vita dell'essere umano innocente dal momento del concepimento alla morte è un segno e un'esigenza dell'invulnerabilità stessa della persona, alla quale il Creatore ha fatto il dono della vita»¹⁷⁴.

Da quanto detto discende ovviamente che, nell'ordinamento canonico, titolari di tale diritto sono tutti gli uomini, battezzati nella Chiesa cattolica o fuori di essa, così come i non battezzati ed i non credenti. Ciò non osta con il disposto del can. 96 *cic*, secondo cui «*Baptismate homo Ecclesiae Christi incorporatur et in eadem constituitur persona, cum officiis et iuribus quae christianis, attenda quidam eorum conditione, sunt propria...*», giacché questo non significa – come pure qualche canonista ancora si attarda ad affermare –

¹⁷⁴ Cfr. Intr. § 4, in AA.VV. 80 (1988), 70 ss.

che i battezzati acattolici o i non battezzati non sono persona in diritto canonico¹⁷⁵. Proprio il diritto naturale, che è fonte nell'ordinamento canonico, impone di considerare giuridicamente persona ogni individuo umano; lo stesso dicasi per il diritto divino positivo, che, a differenza di quanto accade negli ordinamenti statali, fa di quello canonico un ordinamento aperto a tutti¹⁷⁶, nel senso che tutti sono chiamati a diventare «cittadini» e tutti ne sono, almeno potenzialmente, parte. Se così non fosse, non si comprenderebbe ad esempio come i catecumeni possano essere titolari di diritti *in Ecclesiae* o addirittura come si potrebbe parlare di un diritto del non battezzato a ricevere il battesimo, seppure alle condizioni e con le modalità previste dal diritto canonico¹⁷⁷. In realtà il disposto del can. 96 *cic* sta solo a d indicare che i battezzati nella Chiesa cattolica hanno la piena titolarità dei doveri e dei diritti nell'ordinamento canonico, mentre di conseguenza gli altri hanno una capacità giuridica limitata¹⁷⁸.

Si deve poi dire che, a differenza di quanto accade ancora in molte legislazioni civili, per le quali la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, nel diritto canonico, in ragione di quanto più sopra detto, l'idoneità del soggetto ad essere titolare di posizioni giuridiche sussiste sin dal concepimento, configurandosi una capacità giuridica – ridotta se si vuole, ma primaria – grazie alla quale il concepito non ancora nato è titolare di diritti fondamentali quali il diritto alla vita innanzitutto, il diritto alla salute o il diritto a non subire manipolazioni od interventi che non abbiano finalità terapeutica¹⁷⁹. È in ragione di ciò che il vigente codice di diritto canonico, pur semplificando la disciplina previgente (cann. 746-748 codice 1917), dispone che «*Fetus abortivi, si vivant, quatenus fieri potest, baptizentur*»¹⁸⁰, riconoscendo così implicitamente il diritto del concepito al sacramento.

Titolare del diritto alla vita è pure chi, per ragioni di età o per patologie, non fosse più *compos sui*, anche se in stato di coma, cioè in uno stato patologico di incoscienza non risvegliabile neppure sotto stimolo.

6. Caratteri del diritto alla vita.

Il diritto alla vita, in quanto rientrante nella categoria dei diritti fondamentali, presenta i caratteri tipici di questi. Innanzitutto è un diritto assoluto, che quindi è tutelato nei confronti di tutti (*erga omnes*).

¹⁷⁵ Rinvio al riguardo, e sia pure con riferimento all'omologa disposizione contenuta nel codice canonico del 1917, a G. DALLA TORRE, *Infedeli*, cit., 416 ss.

¹⁷⁶ Seguendo il noto invito evangelico «*euntes ergo docete omnes gentes...*»: Mt 28, 19.

¹⁷⁷ Sulla condizione giuridica dei catecumeni ed in genere dei non battezzati cfr. A. LONGHITANO, *Il popolo di Dio*, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, II, II ed., Roma 1990, 24 ss.

¹⁷⁸ Secondo una autorevole dottrina, «il fatto che solo chi è battezzato è persona nell'ordinamento canonico, cioè ha la capacità giuridica in questo ordinamento, “*cum omnibus christianorum iuribus et officiis*”, non toglie che anche chi non è battezzato goda di alcuni diritti e sia soggetto ad alcune obbligazioni che sono comuni a chi è battezzato»: P. FEDELE, *capacità canonica (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano 1960, 170.

¹⁷⁹ Cfr. A. ZANOTTI, *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, con Prefazione di A. DE LA HERA, Milano 1990.

¹⁸⁰ Si vedano al riguardo le puntuali annotazioni di P. FEDELE, *Capacità canonica (teoria generale)*, cit., 171.

In secondo luogo è un diritto indisponibile, ciò significa che esso comporta il divieto di disporre del bene da parte del titolare del diritto stesso. La questione principale che si pone al riguardo è, ovviamente, quella del suicidio. Ora è vero che dal diritto canonico vigente sono scomparse pressoché tutte le disposizioni che nella codificazione pio – benedettina esprimevano nei modi canonicamente propri l'indisponibilità del diritto alla vita e, dunque, la contrarietà dell'ordinamento al suicidio (cfr. i canoni 1240 § 1, n. 3; 1339; 2350 § 2; 2256 n.2, *cic*), essendo rimasta solo quella che commina l'irregolarità a chi ha tentato di togliersi la vita, interdicensolo dall'ammissione agli ordini sacri (can. 1041 n. 5 *cic* 1983; can. 985 n. 5 *cic* 1971). E tuttavia come afferma lapidariamente l'Enciclica *Evangelium vitae* (§ 66), «il suicidio è sempre moralmente inaccettabile quanto l'omicidio». Sicché per le ragioni sopra dette deve conseguentemente considerarsi il suicidio illecito anche giuridicamente nell'ordinamento canonico, non rilevando se motivato da ragioni di cosiddetta pietà (eutanasia), così come evidentemente lo è – seppure nel silenzio del diritto positivo – sia il farsi collaboratori del suicida nel cosiddetto «suicidio assistito», sia ancor più il farsi istigatori del suicidio altrui¹⁸¹.

L'indisponibilità del diritto in questione conosce però dei limiti, che vanno naturalmente anche qui individuati nell'ambito della legge morale oggettiva e del conseguente magistero ecclesiastico. Così il diritto alla vita può essere messo in pericolo, ad esempio, per ragioni terapeutiche (es.: affrontare una operazione chirurgica, inevitabile per tentare di salvare la vita o la salute da un male grave), o per ragioni professionali (il caso dell'agente di polizia, del vigile del fuoco, del militare, dal sanitario)¹⁸².

Ma il diritto alla vita può essere reso disponibile nel caso dell'obiezione di coscienza, quando cioè l'individuo, dinnanzi al conflitto insanabile tra la norma morale oggettiva e la norma giuridica positiva, si conforma alla prima e viola la seconda accettandone la sanzione, anche qualora questa fosse costituita dalla pena capitale¹⁸³. L'Enciclica *Evangelium vitae* dichiara «grave dovere di coscienza» non collaborare a quelle pratiche che, «pur ammesse dalla legislazione civile, sono contro la legge di Dio», aggiungendo che «rifiutarsi di partecipare a commettere un'ingiustizia è non solo un dovere morale, ma è anche un diritto umano basilare».

L'indisponibilità del diritto alla vita conosce anche limiti legittimi che vengono dallo stesso diritto divino positivo. La virtù della carità, che per San Paolo è la più eccellente tra le virtù teologali¹⁸⁴, può

¹⁸¹ Sul suicidio in diritto canonico cfr., in una prospettiva tradizionale e nella disciplina del previgente codice di diritto canonico, che puniva il suicidio come delitto, anche se solo tentato (cann. 985 n. 6, 2256, 2339, 2350 § 2 *cic* 1917), R. NAZ, *Suicide*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VII, col. 1113 s. Nel vigente codice di diritto canonico il suicidio è scomparso da diritto penale ed anche dalle disposizioni relative agli esclusi dalla sepoltura ecclesiastica e dalla messa esequiale (cann. 1184-1185). Per un approccio ai più recenti orientamenti della teologia morale in materia cfr. G. PELLIZZARO, *Suicidio*, in *Nuovo dizionario di teologia morale*, a cura di F. COMPAGNONI – G. PIANA – S. PRIVITERA, Cinisello Balsamo 1990, 1338 ss.

¹⁸² In materia cfr. ad esempio A. LANZA – P. PALAZZANI, *Principi di teologia morale*, II, *Le virtù* Roma 1954, 159 s.

¹⁸³ Sull'obiezione di coscienza nella prospettiva della dottrina cattolica cfr. G. DALLA TORRE, *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, cit., 106 ss.

¹⁸⁴ I *Cor* 13, 13.

legittimamente indurre, in determinate circostanze, a rinunciare alla propria vita per salvare quella di altri. È, ad esempio il caso famoso di padre Massimiliano Kolbe¹⁸⁵.

Dal punto di vista canonistico il caso più interessante al riguardo è certamente quello del marito, cioè la testimonianza della fede cristiana fino alla accettazione volontaria della morte. Per la teologia il martirio è il più perfetto atto di carità; in diritto canonico, poi, il martirio entra a qualificare una precisa categoria di santi, cioè di coloro che hanno esercitato le virtù in modo eroico, vale a dire i martiri. Il martirio entra quindi a comporre una parte rilevante nella disciplina canonistica dei processi di beatificazione e canonizzazione, nonché del culto dei santi¹⁸⁶.

Per quanto attiene poi ai profili penalistici, deve dirsi che nel diritto canonico la tutela del diritto alla vita non gode processualmente di imprescrittibilità, essendo soggetto alle prescrizioni di cui al can. 1367 *cic*, a prescindere, ovviamente, dalle ipotesi di delitti per cui è prevista una pena *latate sententiae* (cfr. i canoni 1397-1398 *cic*)¹⁸⁷.

7. Il diritto alla vita nei rapporti tra la Chiesa e la comunità politica

Il diritto alla vita entra a definire oggi, sotto diversi aspetti, i rapporti della Chiesa con la comunità politica. Ciò accade in particolare per quanto attiene alle tematiche oggetto della bioetica¹⁸⁸.

La tutela del diritto alla vita in particolare assume peculiare rilevanza nel *jus publicum ecclesiasticum externum* da un triplice punto di vista.

Innanzitutto per quanto riguarda la libertà di magistero. Al riguardo occorre ricordare che il § 76 della costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo *Gaudium et spes* dichiara che «sempre e dovunque, è suo [della Chiesa] diritto predicare con vera libertà la fede, insegnare la sua dottrina sociale, esercitare senza ostacoli la sua missione tra gli uomini e dare il suo giudizio morale, anche su cose che riguardano l'ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali della persona o dalla salvezza delle anime». A questa fonte conciliare si riferisce il can. 747 § 2 *cic*, secondo cui «*Ecclesiae competit semper et ubique principia moralia etiam de ordine sociali annuntiare, necnon iudicium ferre de quibuslibet rebus humanis, quatenus personae humanae iura fundamentalia aut animarum salus id exigant*». Si tratta, come noto, della cosiddetta *potestas*

¹⁸⁵ Sul Kolbe, canonizzato nel 1982, cfr. F. DANTE, *Massimiliano Maria Kolbe*, in *Il grande libro dei santi. Dizionario enciclopedico*, diretto da C. LEONARDI – A. RICCARDI – G. ZARRI, vol. II, Cinisello Balsamo 1998, 1426 ss.

¹⁸⁶ In tema cfr. G. Dalla Torre, *Il martirio in benedetto XIV*, in AA.VV., *Martirio di pace. Memoria e storia del martirio nel XVII centenario di Vitale e Agricola*, a cura di G. Malaguti, Bologna 2004, 347 ss.; vedasi anche, più in generale, ID., *Santità e diritto. Sondaggi nella storia del diritto canonico*, Torino 1999.

¹⁸⁷ Su queste peculiari sanzioni, tipiche del diritto canonico, cfr. R. BOTTA, *La riforma penale nel diritto della Chiesa*, Bologna 2001, 45 ss.

¹⁸⁸ G. DALLA TORRE, *Nuove frontiere dei rapporti fra Chiesa e comunità politica: la questione bioetica*, in *Archivio Giuridico*, 1994, 275-290; più in generale vedasi ID., *La città sul monte. Contributo a una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, cit., 55 s.

magisterii, che costituisce il superamento delle antiche teoriche sulla potestà ecclesiastica sulle realtà mondane: la medievale *potestas directa Ecclesiae in temporalibus*, la posttridentina *potestas indirecta Ecclesiae in temporalibus*¹⁸⁹, entrambe caratterizzate dalla concezione di un potere propriamente giuridico.

L'attuale pretesa della Chiesa di dare un giudizio morale anche su questioni che attengono all'ordine politico, quando ciò sia richiesto dal bene delle anime o dalla salvaguardia dei diritti fondamentali, oggi è spesso contestata e contrastata, perché ritenuta lesiva della laicità dello Stato. Si può dire anzi che nelle moderne democrazie pluraliste, dove non è più posto in discussione, lesa o minacciato il diritto di libertà religiosa individuale, collettivo ed istituzionale, e dove tale diritto non è solo affermato a parole ma concretamente attuato, la storica conflittualità tra Stato e Chiesa si è spostata proprio sul terreno del magistero ecclesiastico, pur intervenendo la gerarchia non a valutare questioni attinenti all'ordine politico alla luce della morale cattolica o cristiana, cosa impensabile in una società in cui i cattolici, e più in generale i cristiani, sono parte, o addirittura minoranza, ma alla luce della morale naturale che, in quanto tale, riguarda tutti gli uomini.

Pare quasi ovvio notare come, oggi, i conflitti tra Stato e Chiesa aventi ad oggetto l'esercizio, da parte di quest'ultima, della potestà magisteriale, attengano quasi sempre all'ambito delle tematiche bioetiche e biogiuridiche, cioè propriamente nel campo del diritto alla vita.

In secondo luogo la rilevanza del diritto alla vita nell'ambito dello *jus publicum ecclesiasticum externum* tocca, oggi, la questione del godimento di una vera libertà religiosa, individuale e collettiva, dei cattolici nell'ordinamento statale, tale da garantire loro una piena libertà nelle azioni che «individualmente o in gruppo, compiono in proprio nome come cittadini, guidati dalla coscienza cristiana»¹⁹⁰. Nelle odierne democrazie pluraliste, infatti, nelle quali si afferma in via di principio la tolleranza per tutte le posizioni culturali o ideologiche, alle volte sembrano cogliersi delle contraddittorie pretese interdittive: *sileant catholici in munere alieno*. Ma se la libertà di opinione e la libertà di proporre soluzioni a problemi sociali attorno alle quali cercare di acquisire consensi è l'anima della democrazia, essa è anche contenuto concreto del diritto di libertà religiosa.

Non c'è dubbio, peraltro, che la situazione odierna pone sempre più frequentemente problemi ai parlamentari cattolici, per il divario tra valori che si pongono nel divenire nella legislazione e «principi non negoziabili»¹⁹¹.

¹⁸⁹ Al riguardo cfr. per tutti G. SARACENI, *Chiesa e comunità politica*, Milano 1983.

¹⁹⁰ Cfr. Concilio Ecumenico Vaticano II, cost. past. *Gaudium et spes*, cit., § 76.

¹⁹¹ Per un approccio multidisciplinare a tale problematica cfr. ad esempio AA.VV., *I cattolici e la società pluralista. Il caso delle «leggi imperfette»*, Atti del I Colloquio sui cattolici nella società pluralista: Roma, 9-12 novembre 1994, a cura di J. JOBLIN – R. TREMBLAY, Bologna 1996.

Ora la libertà religiosa individuale e collettiva, che la Chiesa rivendica per tutti e quindi pretende anche per i suoi fedeli¹⁹², è pure libertà di esprimere i propri convincimenti in materie bioeticamente sensibili, com'è il diritto alla vita, e di proporre interventi delle istituzioni pubbliche coerenti con essi.

Infine la rilevanza del diritto alla vita nell'ambito dello *jus publicum ecclesiasticum externum*, tocca, oggi, la delicata questione della esenzione delle istituzioni ecclesiastiche da leggi secolari, che dovessero imporre loro attività in contrasto con la morale sia naturale che cattolica: si pensi, ad esempio, ad ospedali cattolici in paesi in cui la legge facesse obbligo di assicurare servizi abortivi o eutanasi.

In questo senso si sta anche sviluppando una certa normativa concordataria. Così ad esempio l'art. 7, comma 3, capoverso, del vigente Concordato Italiano dispone che le attività non aventi carattere di religione e di culto degli enti ecclesiastici, come quelle di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura, commerciali ed a scopo di lucro, sono soggette alle «leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime», peraltro nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti. Ciò significa tra l'altro che gli enti ecclesiastici in questione, ed in particolare quelli esercenti attività di ricerca scientifica o attività sanitarie, non potranno mai essere costretti alla osservanza delle leggi vigenti nel settore, qualora queste (si pensi ad esempio all'aborto, alla procreazione medicalmente assistita o all'eutanasia), in evidente contrasto con la morale cattolica, se applicate anche in strutture cattoliche ne lederebbero la tendenza¹⁹³. Disposizioni di questo genere, in sostanza, finiscono per configurare una sorta di obiezione di coscienza istituzionale.

¹⁹² Cfr. Concilio Ecumenico Vaticano II, dich. *Dignitatis humanae*.

¹⁹³ Rinvio al riguardo a G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, III ed., Torino 2007, 211 ss.

9. G. DALLA TORRE, *Riflessioni su diritti umani e bioetica*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 795-807

SOMMARIO: 1. L'esperienza dei diritti umani e la bioetica. – 2. In particolare: i documenti internazionali. – 3. Elementi di crisi. – 4. Dalla bioetica alla biogiuridica.

1. *L'esperienza dei diritti umani e la bioetica*

La riflessione bioetica ha tratto un grande giovamento dalla grande esperienza dei diritti umani, maturatasi nell'ultimo cinquantennio¹⁹⁴. E ciò non solo, dal punto di vista pratico, perché trattasi di un terreno sul quale vi è stata sin qui una significativa convergenza di consensi, rendendo così possibile un accordo pratico su un insieme di valori via via implementatosi nel tempo¹⁹⁵. Anche dal punto di vista teorico, sul terreno cioè che è più sensibile alle differenze culturali, religiose, etiche, l'esperienza dei diritti umani ha favorito – ancorché non dovunque e sempre – il formarsi di una convergenza su principi giuridici condivisi. Da questo punto di vista bisogna riconoscere che il diritto ha reso un enorme servizio all'umanità, svolgendo la funzione che è sua propria: difatti, mentre la cultura o l'etica dividono, o quantomeno possono dividere, la proprietà del diritto è quella di creare ponti, di mettere in relazione, di unire nonostante le diversità delle parti in rapporto¹⁹⁶.

Il ruolo che la cultura e l'esperienza dei diritti umani hanno avuto nello sviluppo del nuovo ambito di sapere che chiamiamo bioetica¹⁹⁷, caratterizzato da un'altra interdisciplinarietà, è stato assolutamente rilevante. Innanzitutto sul piano dei fondamenti. In effetti l'idea di diritti umani si radica

¹⁹⁴ Per una bibliografia essenziale su bioetica e diritti umani cfr.: AA.VV., *“Evangelium vitae” e diritto*, a cura della Pontificia Accademia pro Vita – Pontificium Consilium Pro Famiglia – Pontificium Concilium de Legum textibus Interpretandis, Città del Vaticano 1997; AA.VV., *Un quadro europeo per la bioetica?*, a cura di C.M. MAZZONI, Firenze 1998; AA.VV., *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura dello stesso, Bologna 1998; AA.VV., *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. CHIEFFI, Milano 2000; A. BOMPIANI – A. LORETTI BEGHÈ – L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino 2001; C. CASINI, *Bioetica e diritti dell'uomo*, Roma 2006; V. FROSINI, *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Napoli 1995; G. GERIN, *Bioetica e diritti della persona*, Roma 2003; L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica della persona*, Torino 2006; E. SGRECCIA - G.P. CALABRÒ, *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*, Lungro di Cosenza 2002; A. TARANTINO, *Diritti umani e questioni di bioetica naturale*, Milano 2003; F. TUROLDO (a cura di), *La globalizzazione della bioetica. Un commento alla Dichiarazione Universale sulla bioetica e i Diritti umani*, Padova 2007.

¹⁹⁵ J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, tr. it., Brescia 1995. È noto che nel dibattito che precedette la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, MARITAIN osservò che “l'accordo di pensiero” sul fondamento o la giustificazione dei diritti dell'uomo era irraggiungibile data la diversità delle posizioni filosofiche ed ideologiche al riguardo; ma ritenne fosse possibile un accordo pratico su “uno stesso corpo di convinzioni concernenti l'azione. E tale impostazione pragmatica fu condivisa dal Comitato dell'Unesco sui fondamenti teorici dei diritti dell'uomo e facilitò la elaborazione della Dichiarazione Cfr. *Dei diritti dell'uomo*, testi raccolti dall'Unesco, Milano 1952, p. 12 s. il fatto è ricordato da S. COTTA, *Il fondamento dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, a cura di G. CONCETTI, Roma 1982, p. 646.

¹⁹⁶ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Milano 1991.

¹⁹⁷ Cioè lo studio sistematico della condotta umana nell'area delle scienze della vita e della cura della salute alla luce dei principi morali; cfr. la ormai classica definizione in W.T. REICH (a cura di), *Enciclopedia of Bioethics*, New York 1978, vol. I, p. XIX V. R. POTTER è generalmente come colui che ha coniato il termine bioetica; cfr. *Bioetica ponte verso il futuro*, tr. it. di R. RICCIARDI, Messina 2000 (ed. orig. 1971); ID., *Bioethics. The Science of Survival*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, 14, 1, 1970, p. 120 ss.

sulla consapevolezza della peculiare dignità dell'uomo, qualificata dall'essere costui al vertice della scala dei viventi, e dell'eguaglianza di tutti gli uomini. Di qui la conseguenza che esistono spettanze da riconoscersi ad ogni uomo, in quanto tale, che sono specificamente promananti dalla sua dignità, a prescindere dalle diversità che caratterizzano le concrete condizioni individuali. I diritti umani, in altre parole, sono quelle spettanze che debbono essere riconosciute a tutti gli uomini, dappertutto e sempre. L'idea dei diritti ha dunque facilitato il formarsi ed il consolidarsi del convincimento che, tra le spettanze da riconoscersi ad ogni uomo, vi sia un nucleo significativo attinente alla sfera del *bios*, della vita.

L'esperienza dei diritti umani, poi, ha consentito lo sviluppo della riflessione bioetica su alcuni principi etico – giuridici attinenti alla sfera della vita, partendo dalla consolidata riflessione filosofica e giuridica attorno ad alcuni diritti umani. Innanzitutto il diritto alla vita, inteso come interesse giuridicamente protetto della persona umana al godimento del fatto naturale rappresentato dalla propria esistenza fisica, in genere dato per presupposto da carte costituzionali e da documenti internazionali; ma presupposto non discutibile ed indiscusso, nella misura in cui su tale diritto trova fondamento ogni altro diritto umano. Poi il diritto all'integrità personale, come pretesa a non vedere lesa o menomata l'entità bio – fisica, se non per ragioni terapeutiche. Il diritto alla libertà personale, che postula anche l'inviolabilità della libertà psichica del soggetto, al quale è pure riconoscibile il principio del consenso ai trattamenti sanitari. Il diritto alla salute, vale a dire la pretesa ad avere gli aiuti necessari a non perdere la vita o la qualità della vita. E gli esempi potrebbero continuare.

D'altra parte i diritti umani, i quali partecipano in forma eminente alla natura propria del diritto che è quella di essere struttura di relazione, hanno potuto divenire paradigma forte di riferimento nella elaborazione dei tre grandi principi di bioetica, vale a dire il *principio di autonomia*, il *principio di beneficenza*, il *principio di giustizia*¹⁹⁸. Perché è evidente che tali principi riflettono l'idea della tutela della persona in relazione e dei doveri di solidarietà che ne discendono: idea che costituisce la base della dottrina dei diritti umani.

Per converso, il progredire della riflessione bioetica e le relative applicazioni nella prassi medica hanno sollecitato la sempre più puntuale precisazione, sul piano del diritto positivo, delle concrete esplicitazioni dei diritti umani afferenti al bene vita e delle relative forme di tutela. Ciò è evidente nelle Costituzioni di ultima generazione, in documenti sopranazionali e, soprattutto, nello sviluppo di documenti internazionali che hanno specifica ed esclusiva attinenza alle problematiche bioetiche¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Sui principi in questione cfr. ad esempio C. VIAFORA, *Principi della bioetica*, in *Dizionario di bioetica*, a cura di S. LEONE E S. PRIVITERA, Bologna 1994, p. 740.

¹⁹⁹ Per qualche riferimento alla Costituzione italiana rinvio a G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino 1993, specialmente p. 29 ss.

2. In particolare: i documenti internazionali.

Un esempio assai significativo dell'evoluzione dell'esperienza giuridica in tale contesto si trova nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, firmata a Nizza il 18 dicembre 2000, che nella tradizione delle carte dei diritti inserisce però alcune previsioni nuove, propriamente attinenti alla materia bioetica. In particolare la Carta richiama il valore della dignità umana, il diritto alla vita e l'integrità della persona, il principio di eguaglianza senza distinzioni di sesso o di cultura; proibisce pratiche eugenetiche, commercializzazioni del corpo umano o di sue parti, la clonazione riproduttiva; pone il principio del consenso informato alle pratiche mediche; protegge i minori, gli anziani, i disabili, nonché l'ambiente, in conformità al principio dello sviluppo sostenibile.

Il primo dei documenti internazionali con specifica ed esclusiva attinenza alle problematiche bioetiche è la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, detta anche *Convenzione di Oviedo*, del 4 aprile 1997, destinata a favorire l'armonizzazione delle legislazioni nazionali nel contesto europeo.

Si tratta di un documento di notevole importanza, perché contiene – quantomeno a livello europeo – l'indicazione di principi ritenuti imprescindibili nell'ambito della bioetica, come la tutela della vita umana sin dall'inizio, il diritto ad un equo accesso alle cure sanitarie, il consenso ai trattamenti sanitari, la tutela degli incapaci in ordine ai trattamenti sanitari. Altrettanto rilevanti i divieti ed i limiti posti alla ricerca scientifica ed alla pratica medica, come il divieto del ricorso alle tecnologie riproduttive a scopi eugenetici della selezione del sesso, il divieto di discriminazioni in ragione del patrimonio genetico, il limite ai test genetici predittivi per fini sanitari. Anche se non mancano ambiguità ed incertezze, come in ordine all'effettivo rispetto negli ordinamenti nazionali del principio della tutela della vita umana sin dal suo inizio.

La Convenzione è aperta a Protocolli addizionali per la disciplina di questioni specifiche, come – con riferimento ai Protocolli già prodotti – la clonazione di esseri umani, i trapianti di organi e tessuti, la ricerca biomedica, gli xenotrapianti. Se la *Convenzione di Oviedo* si riferisce allo spazio europeo, la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo*, adottata dall'Unesco l'11 novembre 1997, e la *Dichiarazione universale di bioetica e diritti umani*, adottata dall'Unesco il 19 ottobre 2005, hanno – almeno potenzialmente e nelle intenzioni – una portata planetaria.

Il primo documento è dedicato ad un tema specifico in materia di bioetica ed è destinato a tutelare l'individuo nella sua dignità e nei suoi diritti a prescindere dalle proprie caratteristiche genetiche, con conseguente divieto di discriminazione e garanzia di riservatezza. È previsto che ogni attività diagnostica ed ogni trattamento terapeutico che abbia ad oggetto il genoma umano possa essere effettuata solo previa valutazione dei rischi e dei benefici che essa può comportare. La Convenzione promuove la cooperazione internazionale nella ricerca e lo scambio di informazioni, per un equo accesso alle conoscenze ed alle terapie.

Il secondo documento enuncia una serie di principi, ritenuti come il minimo irrinunciabile in materia bioetica a livello planetario, tenuto conto da un lato dei progressi scientifico – tecnologici nell’ambito biomedico e dall’altro dei contesti pluralisti e multiculturali che caratterizzano la società contemporanea. I principi in questione sono: l’autonomia e la responsabilità, l’equità di accesso e la giustizia, il consenso informato e la confidenzialità, il rispetto dell’integrità e della vulnerabilità della persona umana, la solidarietà e la cooperazione internazionale, la responsabilità nei confronti dell’ambiente e delle generazioni future.

Lo sviluppo di questa esperienza non è immune da ambiguità e da contraddizioni. In effetti si nota come i documenti citati nascano da un accordo pratico e non da una condivisione di fondamenti dottrinali dei diritti umani in genere e dei diritti umani in bioetica in specie. Non di rado ci si sofferma a definire le procedure, senza risolvere i problemi giuridici sostanziali o questi sono risolti con evidenti compromessi, che lasciano aperte ambiguità interpretative. Più in generale si può notare come i documenti in questione oscillino, quanto a dottrine ispiratrici, tra concezioni giusnaturalistiche e concezioni giuspositivistiche, queste ultime sia nella versione statalistica sia – più frequentemente – nella versione individualistica²⁰⁰.

E tuttavia si deve cogliere la positività dello sforzo congiunto, diretto ad individuare e declinare in rapporto alle varie questioni bioetiche le spettanze irrinunciabili ed inalienabili della persona umana, così come il raggiungimento in più casi di soluzioni condivise. Tra l’altro l’esperienza sviluppatasi sin qui viene in qualche modo a porre la basi, nella società globalizzata, di un diritto comune.

3. *Elementi di crisi.*

Il quadro che si è sommariamente delineato, nonostante i suoi elementi positivi, non deve indurre a facili ottimismo. Il fatto è che sui diritti umani in bioetica si coglie una paradossale schizofrenia: tanto più si implementano – in documenti giuridici nazionali, sovranazionali ed internazionali – le spettanze giuridicamente riconosciute, tanto più crescono fattori di crisi della categoria stessa dei diritti umani. Le ragioni di tale crisi sono a ben vedere molteplici: ne accennerò ad alcune soltanto.

Un primo fattore di crisi origina, nella società globale, dal pluralismo culturale, etico e religioso oggettivamente sussistente e dall’esaltazione delle diversità che viene da un orientamento di pensiero per cui ogni posizione culturale è, quanto a dignità, pari ordinata alle altre e deve conseguentemente essere tollerata. Da questo punto di vista è sempre più crescente la considerazione dei diritti umani come espressione di una cultura, quella giudaico – cristiana affermatasi in Occidente, con la conseguenza che

²⁰⁰ F. TUROLDO (a cura di), *La globalizzazione della bioetica. Un commento alla Dichiarazione universale sulla bioetica e i Diritti umani*, cit.

si finisce per negarne la valenza universale e metastorica²⁰¹. Non è qui il caso di approfondire gli aspetti di una questione complessa, fermo restando che la cultura occidentale ha semmai posto le condizioni migliori perché l'umanità giungesse a piena consapevolezza del carattere oggettivamente trans – culturale e metastorico dei diritti umani²⁰².

Ciò che importa notare è che se si considerano i diritti umani come prodotto di una cultura, la conseguenza è che essi non possono essere imposti all'universale osservanza. Per quanto attiene specificamente a tematiche bioetiche, potranno logicamente sussistere principi etici e giuridici diversi, addirittura confliggenti tra di loro. Si pensi, ad esempio, alla discussa pratica delle mutilazioni genitali femminili, che in base ai valori attualmente condivisi sono da interdire perché in violazione del principio di eguaglianza senza distinzione di sesso, del principio di inviolabilità della persona umana e di integrità del suo corpo, del principio del diritto alla salute, del principio del consenso ai trattamenti sanitari. È evidente però che se si ritengono questi principi solo come espressioni di una cultura, non rinvenibili in altre, e se per di più si ritiene la pari dignità di ogni cultura, sicché le espressioni di ciascuna di esse debba comunque essere tollerata, allora viene meno inevitabilmente il terreno – quello, appunto, dei diritti umani – su cui le varie posizioni possono incontrarsi e giungere a soluzioni condivise.

Un secondo fattore di crisi origina dalla stessa cultura occidentale. Il riferimento è a quegli orientamenti di pensiero filosofico originati oltre Atlantico, che passano sotto la denominazione di *non cognitivismo*: la verità, anche in etica, non c'è o quantomeno non è raggiungibile²⁰³. Viene così travolta ogni possibilità di una fondazione oggettiva dei diritti umani, i quali sono ricondotti inesorabilmente alle volubili e mutevoli volontà del legislatore, siano esse quella dei legislatori nazionali, siano esse quella del legislatore sopranazionale o universale. Ma senza quella fondazione oggettiva ogni posizione, di nuovo, ha ragione di sussistere e di reclamare riconoscimento e tutela giuridica.

Questa è la ragione per la quale i giuristi tendono ad orientarsi sempre più per quello che è definito il *diritto debole*²⁰⁴. Non potendosi raggiungere un accordo su obiettivi nei quali il pluralismo etico – religioso divide e non consente di pervenire ad una convergenza di posizioni, ci si limita a raggiungerlo sul terreno, previo, delle procedure. Il problema però è che una disciplina meramente procedimentale non risolve i problemi sostanziali di giustizia che si pongono al diritto: limitarsi a prescrivere che l'interruzione volontaria della gravidanza può avvenire solo in strutture pubbliche, non risolve il problema di giustizia della tutela della vita del concepito non nato; la disciplina delle procedure per raggiungere la procreazione medicalmente assistita non risolve il problema del conflitto di interessi, nel caso ad esempio

²⁰¹ Cfr. ad esempio F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo. Genesi, storia e impegno cristiano*, Cinisello Balsamo 1995, p. 222 ss.

²⁰² È stato affermato al riguardo che i diritti umani altro non sarebbero che il modo con cui si ripresentano, nel nostro tempo, le istanze più profonde del giusnaturalismo, F. D'AGOSTINO, *Diritto naturale*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. BERTI E G. CAMPANINI, Roma 1993, p. 224.

²⁰³ U. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, in *Bioetica della libertà* 1987, 99, p. 7 ss. È considerato il fondatore della bioetica c.d. "laica" radicata nel non cognitivismo etico o "etica senza verità".

²⁰⁴ Rinvio al riguardo a G. DALLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma 1997, particolarmente p. 111 ss.

di fecondazione eterologa, tra madre, figlio, padre giuridico e padre naturale²⁰⁵. E gli esempi potrebbero continuare. Una più sottile ma ancora più radicale fattore di crisi dei diritti umani nasce, infine, dalle recenti critiche al concetto di “dignità della persona umana”.²⁰⁶

Secondo tali correnti di pensiero contemporaneo, infatti, quello di “dignità della persona umana” è un concetto astratto, inutile, ambiguo, non imparziale, utilizzato in bioetica da posizioni conservatrici e reazionarie di orientamento dichiaratamente religioso e, più precisamente, cristiano – cattolico. Sarebbe, in altre parole, un concetto di cui la “bioetica cattolica” o la “bioetica teocon” si servirebbe per imporre nell’ambito biomedico una scala di valori etici assolutamente di parte e per bloccare qualsivoglia progresso nella prassi biomedica che sia fondato sul principio dell’autonomia del soggetto e, quindi, della sua piena autodeterminazione.

Al riguardo occorre premettere che certamente il concetto di “dignità della persona umana” ha un suo radicamento nella tradizione giudaico – cristiana, nella quale esso rinvia al fatto che solo l’uomo, tra tutti i viventi, è fatto ad immagine e somiglianza di Dio e solo all’uomo Dio creatore ha dato il dominio su tutti gli altri esseri viventi. E tuttavia si deve riconoscere che si tratta di un concetto che non ha oggi una valenza propriamente religiosa: la letteratura filosofica e bioetica sono piene di riferimenti al concetto di dignità della persona, pur in un contesto non religioso o secolarizzato, a cominciare dall’imperativo kantiano a trattare sempre l’altro come fine e mai come semplice mezzo.

Così pure occorre notare che i documenti giuridici – Costituzioni, documenti sopranazionali ed internazionali – frequentemente menzionano la dignità della persona umana, o comunque tacitamente la presuppongono, per fondare su di essa, appunto, i diritti umani. Certamente assai poco i giuristi si sono adoperati per definire giuridicamente che cosa è la dignità della persona umana, assumendo in qualche modo il concetto come un dato pregiuridico: dato, non discutibile, sul quale edificare le moderne costruzioni giuridiche in tema di diritti umani. Tuttavia si deve riconoscere che questo non è l’unico caso rilevabile nell’odierna esperienza giuridica, giacché a livello costituzionale ed internazionale s’è venuta ampiamente realizzando nella modernità secondo quello che è stato chiamato il “diritto per valori”, cioè un diritto positivo pensato e prodotto sulla base di valori pregiuridici che lo ispirano e lo orientano²⁰⁷. E d’altra parte non è assolutamente impossibile fornire una definizione giuridica, imparziale, “laica” quindi non religiosa, della dignità della persona umana, nel senso delle spettanze che debbono riconoscersi ad

²⁰⁵ Sul dibattito civilistico in materia cfr. E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino 2003.

²⁰⁶ Cfr. S. PINKER, in *The new Republic* 28 maggio, che critica il rapporto “*Human dignity and Bioethics*” pubblicato nel marzo del 2008 dallo statunitense *President’s Council on Bioethics*. Per una critica a tale critica cfr. L. PALAZZANI, *Proteggere la libertà di tutti. In difesa della dignità umana*, in *L’Osservatore Romano*, 28 maggio 2008.

²⁰⁷ Una efficace rassegna delle diverse posizioni dottrinali ed ampi approfondimenti della questione in F. PIZZETTI, *L’ordinamento costituzionale per valori*, in AA.VV., *Diritto “per valori” e ordinamento costituzionale della Chiesa*, a cura di R. BERTOLOCCI GHERRO – G. LO CASTRO, Torino 1996, p. 19 ss.

ogni uomo, in quanto tale a prescindere dalle sue particolari condizioni personali e del contesto in cui è situato²⁰⁸.

La stessa idea dei diritti umani come spettanze proprie ed esclusive di quell'essere vivente che è l'uomo, il quale gode di una "eccellenza" rispetto a tutti gli esseri viventi²⁰⁹, finisce per essere messa in crisi da quegli orientamenti filosofico – giuridici e bioetici che, estremizzando la tematica dei diritti degli animali, finiscono per toccare le derive di una assoluta eguaglianza tra tutti gli esseri animati²¹⁰. Un'idea, quest'ultima, che almeno dal punto di vista giuridico appare priva di fondamento se non altro per la semplice considerazione che il principio di eguaglianza postula, come noto di trattare in maniera eguale le situazioni eguali ma in maniera diversa situazioni differenti.

Infine un ennesimo fattore di crisi dei diritti umani si produce proprio all'interno della stessa esperienza giuridica. Esso si coglie soprattutto nella attività giurisdizionale di tribunali costituzionali o internazionali, che nella giusta preoccupazione di salvaguardare l'uomo e le sue libertà fondamentali, viene "costruendo in modo confuso, con una sorta di sommatoria dei parametri discrezionalmente utilizzabili dei giudici"; ovvero in sempre nuove Carte di diritti che contengono "disposizioni a dir poco alquanto sommarie", che non prevedono "tutele per le comunità intermedie", che garantiscono "esigenze tipicamente individualistiche", che formulano "nuovi diritti senza neppure coordinarli con quelli analoghi o con termini che già da tempo sono garantiti"²¹¹.

4. *Dalla bioetica alla biogiuridica.*

Il superamento di questi fattori di crisi non è né facile né di immediata soluzione. E tuttavia dovrebbe essere sufficientemente chiaro che se si lascia cadere il fondamento nei diritti umani, la concreta salvaguardia dell'uomo in condizione, di ogni singolo uomo, diventa impresa disperata se non vana.

Su due aspetti, a mio modo di vedere, occorre concentrare l'attenzione. Il primo riguarda il necessario passaggio dalla bioetica alla biogiuridica. Beninteso che questa non è la rivendicazione di un sapere nei confronti di un altro sapere, ma la consapevolezza – ad oltre trent'anni dalla sua fondazione – che se la bioetica ha dato e continuerà a dare un contributo fondamentale dinnanzi ai sempre nuovi problemi che gli sviluppi della scienza pongono nell'ambito della prassi medica, tuttavia in una società pluralista qual è quella contemporanea sempre più difficilmente essa sarà in grado di raggiungere delle

²⁰⁸ Cfr. ad esempio F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino 1987; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1991.

²⁰⁹ Cfr. S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, Milano 2004.

²¹⁰ P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più* (1994), tr. it. S. RINI, Milano 2000.

²¹¹ Così U. DE SIERVO, *Il personalismo nella Costituzione italiana e nelle nuove carte dei diritti*, in *Civitas*, 2008, 1, p. 9 ss. ed in particolare p. 18. Sulla problematicità della tematica cfr., da un punto di vista filosofico – giuridico, F. VIOLA, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Torino 1989.

conclusioni, per quanto minimali, condivise. E ciò per la semplicissima ragione che l'etica, di cui l'etica della vita è parte, in una società pluralista divide. In una società dalle molte etiche appare sempre più difficile trovare punti di convergenza.

Il diritto, invece, è strutturalmente destinato a porre in rapporto, quindi ad unire. Non è certamente facile trovare la regola condivisa: e tuttavia il diritto positivo non deve riflettere questa o quella visione etica, questa o quella scala di valori morali. Il diritto positivo deve rispondere all'unico principio etico che è quello di giustizia, il che significa riconoscere la dignità di ogni uomo e salvaguardarne le spettanze irrinunciabili, tutelando nel rapporto il più debole. In questo senso il diritto è strutturalmente "laico".

In altre parole credo che con più audacia ed impegno si debba passare dalla domanda se tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche eticamente lecito, cioè buono, alla domanda se tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche giuridicamente lecito, cioè giusto. E di conseguenza passare da una concezione, che è propriamente quella bioetica, che propone orientamenti etici alla coscienza, ad una concezione, propria della biogiuridica²¹², che mira alla prescrizione di comportamenti vincolanti, seppure attraverso adeguati percorsi di formazione del consenso diretti a cogliere sempre più compiutamente, nelle singole fattispecie poste dall'attività medica dove sia il giusto.

Il secondo aspetto su cui occorre riflettere riguarda l'esigenza di ricucire piano della giuridicità e piano della natura. È anche questo, a ben vedere, un problema di biogiuridica. Perché oggi, per ragioni varie cui non sono estranee alcune di quelle sopra ricordate, si coglie un sempre più evidente tendenza alla scissione tra diritto e essere umano, tra soggetto di diritto e persona: nella letteratura specialista sempre più appare l'assunto che non tutti gli esseri umani hanno diritto (il feto, l'embrione, il malato terminale, il soggetto in stato vegetativo ecc.), mentre diritti "umani" possono essere attribuiti a soggetti non umani (i primati, gli altri viventi, ma nella prospettiva futura anche i robot). Come bene è stato detto, "il Biodiritto è chiamato a ritematizzare la soggettività giuridica in chiave relazionale, mostrando la necessità che tutti i soggetti umani (individuati in organismi biologicamente umani) godano di un'eguale tutela giuridica (secondo simmetria e reciprocità), anche coloro che per motivi accidentali o transuenti, non ontologici (dovuti all'età, allo stadio di sviluppo o a condizioni di malattia, provvisorie o permanenti) non sono in grado di gestire in atto la relazionalità o la gestiscono debolmente divenendo dunque particolarmente vulnerabili di fronte alle pressioni dell'avanzamento del progresso tecnologico²¹³. Sembra che, alla conclusione di un ciclo, la cultura torni oggi alla posizione del passato, e cioè quelle che guardavano più al soggetto di diritto che alla persona umana.

²¹² L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino 2002.

²¹³ Si veda al riguardo L. PALAZZANI, *Bioetica e diritti umani di fronte alle nuove tecnologie*, in ID. (a cura di), *Nuove biotecnologie, biodiritto e trasformazioni della soggettività*, Roma 2007.

Se questi dovessero essere gli scenari futuri, è evidente che ciò significherebbe il pieno stravolgimento delle conquiste che negli ultimi due secoli sono state fatte, nelle Carte costituzionali e nei Documenti internazionali, per salvaguardare l'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità.

Soprattutto il concretizzarsi di questi scenari significherebbe tornare ad un passato ormai lontano nel quale all'autorità era dato, con l'attribuzione o meno della soggettività giuridica, il potere di decidere quali fra gli uomini fossero meritevoli di tutela giuridica. Il che è evidente travisamento d'ogni idea di diritto fondato sulla giustizia (*ius quia iustum*), anziché sulla forza (*ius quia insum*).

LA SPERIMENTAZIONE CLINICA E I COMITATI ETICI

1. **G. DALLA TORRE**, *Profili giuridici dei comitati di bioetica. Fra jus conditum e jus condendum*, in AA.VV., *I comitati di bioetica. Storia analisi proposte*, Edizioni Orizzonte Medico, Roma, 1990, pp. 69-99;

SEZIONE PRIMA

LA SITUAZIONE ITALIANA SOTTO IL PROFILO GIURIDICO E OPERATIVO

1. *Bioetica e ordinamento giuridico italiano*

In Italia non esiste alcuna disciplina legislativo nazionale in materia di «comitati di etica medica». I problemi emergenti sia dalla ricerca sperimentale e clinica, sia dalla prassi medica, nonché in rapporto alla umanizzazione della medicina e delle istituzioni sanitarie ed ospedaliere, vanno di conseguenza inquadrati all'interno dei principi generali e delle norme che integrano l'ordinamento giuridico italiano.

A cominciare dalla Costituzione, che pone il principio dell'indisponibilità della persona umana, che significa: salvaguardia della vita, dell'integrità fisica e della salute della persona umana (art. 32 Cost.), con la conseguenza dell'ammissibilità di ogni intervento che sia utile e non dannoso in relazione a tali beni protettivi; salvaguardia della dignità della persona umana (artt. 3, 27, 32, 42 Cost.), con conseguente divieto di ogni intervento sull'uomo o su materiale biologico umano che possa violare tale dignità; garanzia dell'eguaglianza giuridica e della pari dignità morale fra gli uomini, senza discriminazioni di sesso,

di età, di razza, di condizioni personali ecc. (art. 3 Cost.); presupposizione del consenso del soggetto destinatario di attività medico – chirurgiche (art. 13 Cost.).

A tali principi si correla il problema della liceità della sperimentazione umana (anche a fini non terapeutici), che ha un suo autonomo fondamento sia nella libertà della scienza e, quindi, della ricerca (art. 33), sia nei doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che possono legittimare limitazioni di diritti inviolabili nell'interesse della collettività generale (in questo senso, del resto, si chiarisce la previsione dei trattamenti sanitari obbligatori di cui all'art. 32 Cost.).

Resta però la prevalenza della tutela costituzionale accordata alla dignità ed alla salute della persona rispetto alla liceità della sperimentazione umana.

Giova notare che tra i principi costituzionali vi è anche quello dell'apertura dell'ordinamento italiano agli altri ordinamenti, ed in primo luogo all'ordinamento internazionale generale (artt. 10, 11 Cost.), con intuibili riflessi sia per ciò che attiene alla progressiva precisazione dei diritti inviolabili (del resto, come noto, l'art. 2 Cost. si pone al riguardo come una «norma in bianco», aperta alla recezione dei nuovi diritti emergenti dall'esperienza giuridica), sia per ciò che attiene alla ricezione di norme poste dall'ordinamento internazionale generale e da ordinamenti internazionali particolari, come l'ordinamento comunitario europeo. In questo contesto vanno tenute presenti non solo le norme di diritto internazionale generale e di diritto internazionale convenzionale – immesse nel nostro ordinamento in via automatica, le prime, e con ordine di esecuzione, le seconde –, ma anche quegli atti giuridici con effetti non vincolanti per i soggetti cui sono indirizzati, ma che hanno lo scopo di orientare la condotta degli Stati verso determinati comportamenti. Si vuol fare riferimento alle «Raccomandazioni», di cui è frequente l'utilizzazione da parte di Organizzazioni internazionali.

Fra dette raccomandazioni, è da ricordare la «Raccomandazione dell'Assemblea del Consiglio d'Europa sui diritti dei malati e dei morenti» (approvata in Assemblea nei giorni 26 29 maggio 1976), in cui fra l'altro si invitano i Governi degli Stati membri «a creare delle commissioni nazionali di ricerca, composte di rappresentanti della professione medica, di giuristi, di teologi morali, di psicologi e di sociologi, incaricate di elaborare regole di comportamento» nei confronti dei malati in fase terminale di una patologia.

A questa si aggiunga la serie delle raccomandazioni inerenti alla tutela dell'identità genetica e dell'embrione umano, soprattutto nei confronti della ricerca e dell'uso commerciale (Raccomandazione n. 936 del 1982 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sull'ingegneria genetica; Raccomandazione n. 1046 del 24 settembre 1986; Raccomandazione n. 1100 del 16 marzo 1989), nonché la Raccomandazione riguardante i prelievi di organo da cadavere a fini di trapianto terapeutico.

Il sistema delle fonti normative è poi integrato, in materia, da norme contenute in leggi generali (a cominciare dai codici) e in leggi speciali, dove si delineano da un lato le garanzie poste dall'ordinamento a favore della persona e dall'altro gli strumenti sanzionatori per le violazioni dei diritti oggetto di tutela.

Si pensi soltanto, per ciò che attiene al primo profilo, alle due direttive di valore racchiuse nell'art. 5 cod. civ., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo «quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume», e nell'art. 50 cod. pen., per il quale «non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne».

Per quanto attiene al secondo profilo, leggi generali e leggi speciali delineano la responsabilità penale dei ricercatori e degli operatori socio – sanitari, nonché quella civile (contrattuale e extracontrattuale) e quella disciplinare. Quest'ultima può distinguersi in tre diverse fattispecie, qualora derivi da rapporto pubblico o privato di impiego, da rapporto convenzionale col sistema del servizio sanitario nazionale, dalla iscrizione ad albi professionali.

Giova in particolare ricordare che per quanto riguarda la sperimentazione sull'uomo di nuovi farmaci, di nuove terapie e di nuove tecniche medico – chirurgiche, la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (1.23 dicembre 1978, n. 833) rinvia ad un'apposita legge statale (cfr. art. 4 n. 5; art. 6, lett. c; art. 29, lett. d), che peraltro non è ancora stata emanata.

Non mancano tuttavia frammenti di normazione per singoli settori. Così per la sperimentazione clinica sull'uomo di nuovi farmaci, è prescritto il preventivo accertamento della loro composizione e della loro innocuità da parte dell'Istituto Superiore di Sanità (cfr. 1. 7 agosto 1973, n. 519, art. 1, 2° comma, lett. l; d.m. 28 luglio 1977 e d.m. 25 agosto 1977 del Ministero della sanità), nonché la sperimentazione clinica presso ospedali qualificati o cliniche universitarie, ai fini della richiesta registrazione del prodotto (r.d. 3 marzo 1927, art. 14, n. 1).

Un'importante funzione suppletiva ed integratrice della legge è svolta dalle norme di deontologia poste dagli Ordini e Collegi professionali, relativi all'esercizio delle professioni sanitarie.

Queste norme, infatti quand'anche coincidano con norme dell'ordinamento generale dello Stato (come nel caso delle norme penali, la cui violazione costituisce spesso anche un'infrazione disciplinare), esprimono il rapporto di sudditanza speciale cui gli esercenti le professioni sanitarie iscritti ad un albo sono astretti, rispetto all'Ordine o Collegio di appartenenza. Tale rapporto è strumentale per la realizzazione dei fini propri delle istituzioni di appartenenza, che sono quelli di tutela della collettività – di qui il buon livello dell'esercizio delle professioni sanitarie.

Dalla violazione delle norme di deontologia professionale deriva la responsabilità disciplinare che si risolve – in virtù del presupposto consistente dal rapporto di sudditanza speciale – nell'assoggettamento alle sanzioni disciplinari, irrogate in seguito all'accertamento dei fatti compiuti con apposito procedimento.

Qualora l'infrazione alle norme deontologiche costituisca anche un reato, la sanzione penale e la sanzione disciplinare conservano la loro autonomia concettuale e pratica, essendo oggetto di autonoma valutazione, rispettivamente nell'ordinamento generale ed in quello particolare.

2. Cenni sui limiti attuali del sistema, in mancanza di una disciplina nazionale dei «Comitati etici»

Il sistema di norme sin qui richiamato presenta due evidenti e gravi limiti.

Il primo – di carattere più generale – dato dal fatto che sia le norme statali sia quelle deontologiche agiscono prevalentemente in via successiva, sanzionatoria di fattispecie concrete già verificatesi; mentre hanno una limitata funzione preventiva, dissuasiva di possibili violazioni. Ciò è particolarmente evidente per le norme deontologiche, dove solo la consapevolezza che una loro rilevante lesione può integrare un illecito penale, perseguibile come tale dalla magistratura ordinaria, può costituire un fattore di prevenzione nei confronti dell'operatore sanitario.

Il secondo – più specifico ma non meno rilevante – è dato dal fatto che gran parte della tematica considerata dai comitati di etica si ritiene attinente alla deontologia professionale, ed è oggetto di regolamentazione – quantomeno in parte – nei codici deontologici vincolanti per gli iscritti ai vari Albi professionali. Ciò significa, però che esistono categorie di soggetti investiti di più o meno rilevanti funzioni nel campo della sperimentazione umana, per i quali le norme deontologiche non possono svolgere alcuna valida azione né preventiva né sanzionatoria, trattandosi di persone non iscritte ad Albi professionali.

Ma soprattutto il limite di maggior rilievo che presentano le norme deontologiche è dato da un fatto che potrebbe dirsi «strutturale», vale a dire che esse non originano da una posizione di «terzietà» rispetto ai soggetti in gioco ed agli interessi – almeno potenzialmente – contrapposti, vale a dire tra i ricercatori e gli operatori sanitari da un lato, e la persona del malato (o comunque dalla persona sulla quale avviene la sperimentazione o l'intervento diagnostico terapeutico) dall'altro. Il problema appare ancora più evidente se si considera che – come noto – i progressi della scienza e della tecnica anche nei settori interessati, provoca fra l'altro la continua emersione di problemi nuovi e di spazi scoperti da qualsiasi previsione normativa.

3. Verso una istituzionalizzazione dei comitati di etica: a) la legislazione regionale

La constatazione di tali urgenze poste dall'evoluzione scientifica e tecnologica, di contro alle accennate carenze di una specifica ed organica disciplina a livello nazionale, ha generato il prodursi di alcune esperienze sia a livello legislativo sia a livello amministrativo. Trattasi di esperienze nelle quali,

seppur con rilevanti limiti nelle finalità e/o nelle dimensioni spazio – temporali, ad organi collegiali formati da soggetti con diversa competenza sono state affidate funzioni in ambiti che sarebbero – quanto meno in parte – di competenza de Comitati etici.

La prima categoria delle esperienze in questione è individuabile in alcune leggi regionali. Difatti a livello regionale è dato riscontrare, nell'ambito delle competenze proprie delle Regioni in materia di assistenza sanitaria, norme di legge istitutive di commissioni consultive operanti nel campo del nuovo impiego di farmaci e/o di metodiche diagnostiche in ambito ospedaliero. Si tratta in particolare della legge regionale Lombardia 20 giugno 1975, n. 97 (*Assistenza ospedaliera in relazione all'impiego di nuove metodiche diagnostiche e terapeutiche*); della legge regionale Toscana 25 agosto 1978, n. 59 (*Studio del farmaco sull'uomo*); della regione Emilia – Romagna 1 aprile 1980, n. 24 (*Norme per l'assistenza familiare e per la tutela psico – affettiva dei minori nei presidi ospedalieri*); della legge regionale Umbria 30 agosto 1982, n. 46 (*Norme per il corretto uso del farmaco e per l'assistenza sanitaria nell'ambito del Servizio Sanitario Regionale*); della legge regionale Toscana 1 giugno 1983, n. 36 (*Norme di salvaguardia dei diritti dell'utente dei servizi delle USSL*); della legge regionale Sardegna 6 settembre 1983, n. 25 (*Norme per l'assistenza familiare e per la tutela psico – affettiva dei minori nei presidi sanitari pubblici e privati convenzionati*); dalla legge regionale Abruzzo 2 aprile 1985, n. 20 (*Norme di salvaguardia dei diritti dell'utente dei servizi delle USSL*); della legge regionale Liguria 26 aprile 1985, n. 27 (*Tutela dei diritti delle persone che usufruiscono delle strutture sanitarie*); della legge regionale Friuli – Venezia Giulia 1 giugno 1985, n. 23 (*Norme per la salvaguardia dei diritti del cittadino nell'ambito dei servizi delle USSL*); della legge regionale Piemonte 9 gennaio 1987, n. 3 (*Disciplina relativa all'impiego di nuove metodiche terapeutiche e diagnostiche nell'ambito ospedaliero*); della legge regionale Umbria 20 maggio 1987, n. 27 (*Carta dei diritti degli utenti dei servizi delle unità locali per i servizi sanitari e socio – sanitari dell'Umbria*) (e si veda anche il progetto di legge della regione Lazio, 22 ottobre 1987, n. 506, concernente la *Carta dei diritti del malato*).

Le leggi in questione offrono una tipologia differenziata di commissioni consultive, all'interno della quale possono preliminarmente distinguersi due grandi categorie: a) le commissioni che si inseriscono all'interno di istituzioni e procedure volte a tutelare i diritti degli utenti del servizio sanitario (così nella legge umbra n. 27 del 1987); b) le commissioni che si inseriscono in procedure volte a garantire interessi concorrenti nell'ambito della sperimentazione clinica (così nella legge lombarda n. 97 del 1975, in quella toscana n. 59 del 1978, in quella umbra n. 46 del 1982 ed in quella piemontese del 1986). Nel primo caso l'interesse del legislatore è direttamente rivolto a garantire le posizioni soggettive del malato o, comunque, dell'utente del servizio sanitario, prevedendo appositi strumenti di tutela (carte dei diritti di carattere locale, commissioni conciliative, difensore civico, secondo l'orientamento di movimenti quale il *Tribunale dei diritti del malato*); nel secondo caso, invece, è rivolto a conciliare gli interessi generali sottostanti alla sperimentazione clinica con l'interesse individuale del soggetto sul quale essa si attua.

Nell'ambito della seconda categoria – che è quella di più rilevante interesse in questa sede – alcune delle commissioni hanno una finalità correlata alla sola sperimentazione farmaceutica (legge

toscana n. 59; legge umbra n. 46); altre hanno invece una finalità correlata anche alla sperimentazione di nuove metodiche diagnostiche e terapeutiche, oltre che alla sperimentazione farmacologica (legge lombarda n. 97; legge piemontese n. 3).

La natura giuridica di queste commissioni è quella di essere organi con funzioni consultive, chiamati a collaborare con altri organi in ordine all'adozione di un atto legittimamente la sperimentazione. Si tratta quindi di strumenti dotati di stabilità, composti da più persone (organi collegiali), il cui parere è normalmente obbligatorio (ma in alcuni casi se ne prevede la facoltatività: così l'art. 2 della legge piemontese prevede che la Commissione *possa* essere consultata da ricercatori – persone fisiche o giuridiche – estranei alla struttura dell'USSL; cfr. anche l'art. 2 della legge lombarda). Detto parere risulta in alcuni casi vincolante (art. 4 legge umbra n. 46), in altri casi invece sembrerebbe non vincolante (cfr. art. 2 legge lombarda).

Il parere espresso dalle Commissioni (per la Toscana un'apposita sezione permanente del Consiglio tecnico regionale per la sanità di cui all'art. 4 della legge regionale 10 dicembre 1980, n. 72), costituisce un presupposto dell'atto amministrativo di autorizzazione, che viene rilasciato dal Consiglio di amministrazione degli enti ospedalieri o istituti di ricovero o di ricerca (così nella legislazione lombarda e toscana).

Dette Commissioni sono istituite presso la Regione (legge lombarda, umbra e piemontese); ovvero presso le istituzioni sanitarie, di ricerca o di ricovero legislativamente individuate (legge toscana).

La loro composizione non è informata ad univoci criteri, sia per ciò che attiene ai procedimenti di nomina sia per ciò che attiene ai requisiti soggettivi dei membri delle stesse. Solitamente sono presenti sia membri «tecnici» che membri «laici», in numero e proporzione che differiscono di volta in volta.

Circa i procedimenti di nomina si può osservare che la Commissione è nominata dalla Giunta regionale sentita la competente commissione consiliare (legge lombarda), ovvero sulla base di terne suggerite dai consigli di amministrazione degli enti interessati (legge toscana), eventualmente previo parere degli Ordini professionali competenti (legge piemontese).

Circa la composizione, in ragione dei requisiti soggettivi dei membri, la legge lombarda richiede che la Commissione sia presieduta dall'Assessore alla regionale alla sanità o da un suo delegato, e composta da undici dottori in medicina e chirurgia – in particolare da un medico farmacologico, un farmacologo clinico, tre medici internisti, un ostetrico ginecologico, un pediatra, un chirurgo, un neuropsichiatra, un esperto in biometria, un esperto in medicina legale – nonché da un chimico esperto in analisi, da un biologo, da un fisico, da un farmacista e da un esperto in psicologia (art. 5). La legge regionale toscana prevede, invece, una composizione variabile, costituita da cinque membri permanenti – un medico internista ospedaliero, un docente universitario di materia clinica, un medico docente universitario di farmacologia, un medico legale, un membro non medico –, e da un numero di membri aggregati variabile da due a quattro, chiamati di volta in volta a seconda delle specializzazioni richieste

dagli argomenti sui quali la Commissione deve deliberare, scelti dai membri permanenti (art. 8). La legge regionale piemontese, infine, dispone che la Commissione sia presieduta dall'Assessore regionale alla sanità o da un suo delegato, e composta da un avvocato civilista, da un farmacologo, da un medico legale, da un medico internista, da un medico chirurgo, da un medico igienista, da un magistrato, da uno psicologo, da un funzionario dell'assessorato regionale alla sanità esperto in diritto amministrativo; è prevista altresì la possibilità che la Commissione acquisisca la consulenza di altri esperti quando la complessità o la specificità dell'attività, sulla quale è richiesto il suo parere, comporti approfondimenti peculiari (art. 5: anche questi esperti sono nominati dalla Giunta Regionale, su proposta dell'Assessore alla Sanità).

Tutte le leggi prevedono per i componenti la Commissione – che dura in carica, a seconda dei casi, due o tre anni – casi di incompatibilità, sostanzialmente riconducibili alle medesime fattispecie date dalla ricorrenza – a titolo personale o istituzionale – di interessi o rapporti di lavoro con imprese industriali o commerciali di prodotti farmaceutici, biologici, chimici e dietetici, di attrezzature e presidi medico – chirurgici, nonché di qualsiasi altra attività che possa incidere sulla serenità e sull'oggettività del giudizio in ordine all'espletamento dei propri compiti. In alcuni casi la normativa dispone che sulla incompatibilità si pronunci la Giunta regionale (art. 6 legge Lombardia; art. 6 legge Piemonte); in altri dispone la decadenza del membro interessato dell'incompatibilità e l'annullamento del parere formulato dalla Commissione (art. 8 legge Toscana).

Per quanto riguarda le procedure, sono richiesti dalle varie leggi regionali una serie di adempimenti formali sia per ciò che attiene alla autorizzazione alla ricerca, la quale è rilasciata dal Comitato di gestione dell'Unità sanitaria locale o dal consiglio di amministrazione dell'istituzione nella quale la sperimentazione avrà luogo; sia per ciò che attiene ai controlli sulla sperimentazione in corso e sui risultati della stessa, una volta terminata.

Circa i primi, di particolare rilievo risultano le indicazioni e le documentazioni che devono corredare la richiesta di sperimentazione, in quanto riguarda i presupposti ed il programma della ricerca, le scelte metodologiche e le tecniche di esecuzione, la competenza del personale e l'idoneità delle attrezzature e dei locali a disposizione degli sperimentatori, i dispositivi di protezione predisposti nonché l'indicazione dei gradi di rischio per i pazienti e per i terzi.

Circa i secondi, oltre alla previsione di documentazioni periodiche e consuntive da parte dei ricercatori, è interessante notare come alcune leggi regionali prevedano dei poteri di verifica e di controllo sulle sperimentazioni in atto a carico delle Commissioni in esame, le quali pertanto possono richiedere relazioni periodiche o altre informazioni all'ente o ai proponenti la sperimentazione (art. 9 legge toscana; art. 7 legge Piemonte).

Di particolare rilievo, anche in rapporto ai poteri delle Commissioni ed al rilascio delle autorizzazioni alla ricerca da parte degli organi competenti, le norme di garanzia poste dalle leggi regionali

in tema di sperimentazione. Dalle stesse è possibile trarre una tipologia differenziata di tutela: *a)* le garanzie a favore dei pazienti, *b)* le garanzie a favore degli interessi generali, *c)* le garanzie a favore del personale sanitario e ricercatore.

Le prime sono, per intuibili motivi, quelle di preminente rilievo.

Tutte le leggi regionali prevedono norme e dispositivi di tutela della persona umana, ancorché in maniera differenziata per ciò che riguarda sia il dettaglio delle previsioni normative sia il livello delle garanzie predisposte: così ad esempio la legge regionale Toscana, relativa alla sperimentazione clinico – farmacologica, detta una serie articolata e minuziosa di norma a tutela della persona del paziente, cui il personale addetto alla sperimentazione deve attenersi (art. 7). In generale si può dire che i principi posti dalle norme regionali in materia sono: *a)* l'obbligo di acquisire il consenso consapevole del diretto interessato o di chi è tenuto, secondo le norme vigenti, a rilasciarlo; *b)* l'obbligo di tenere periodicamente informato il paziente; *c)* la possibilità per costui di avvalersi, in tutte le fasi della sperimentazione, della consulenza del proprio medico di fiducia. A queste si deve aggiungere che la sperimentazione deve garantire il rispetto della persona umana, anche nel senso di non pregiudicare il diritto alla salute e l'eguaglianza dei cittadini, nonché l'orientazione a finalità di assistenza sanitaria oggettivamente rispondenti alle specifiche ed individuali esigenze del paziente.

Le garanzie poste a favore degli interessi generali, volte a contemperare la libertà di ricerca scientifica (art. 33, primo comma Cost.) e l'interesse collettivo alla salute (art. 32 Cost.), sono sostanzialmente individuabili nelle prescrizioni disposte dalla legislazione come previe alla delibera di autorizzazione. In generale si può osservare che la sperimentazione è subordinata alla conformità, alle finalità di assistenza sanitarie, quindi, alla compatibilità con l'attività complessiva del servizio sanitario nazionale.

Per quanto riguarda, infine, le garanzie poste a favore del personale sanitario e ricercatore, si deve osservare che solo in alcuni casi le leggi regionali prevedono la possibilità di rifiutare la partecipazione ai programmi di ricerca o di indagine autorizzati dall'autorità amministrativa competente. Trattasi di una fattispecie nuova di obiezione di coscienza, che sembra a volte essere configurata come mero interesse legittimo (cfr. l'art. 2, terzo comma, della legge Lombardia, che parlando di possibile rifiuto opposto «per fondati motivi», sembra presupporre una valutazione discrezionale degli stessi da parte dell'autorità competente), altre volte invece come vero diritto soggettivo (cfr. l'art. 4, terzo comma, della legge Piemonte, dove la sottrazione all'obbligo di partecipazione ai programmi di sperimentazione, sembrerebbe discendere da un semplice atto dichiarativo dei motivi del rifiuto da parte del sanitario).

Giova notare, in conclusione di questa prima categoria di esperienze relativa ad organismi assimilabili – almeno in parte – ai comitati etici, che le norme e le procedure previste dalle leggi regionali sopra studiate, per quanto attiene alla sperimentazione clinica valgono anche per le Università, nonché

per gli enti pubblici e privati convenzionati. Così come giova notare che non sono previste autorizzazioni per la ricerca pura e, comunque, antecedente e pregressa a quella clinica.

4. Segue: b) le esperienze maturate nelle strutture ospedaliere e negli enti ed istituti di ricerca

La seconda categoria di tali esperienze si colloca non più a livello legislativo, bensì a quello dell'autoorganizzazione e dell'autonormazione propria degli enti pubblici. Si tratta più specificamente delle istituzioni di Comitati di etica medica ospedaliera, e quindi periferici. In questo ambito è dato rinvenire una variegata tipologia, caratterizzata da una notevole eterogeneità sulle formule di tali Comitati, sulla loro composizione, sui loro compiti, sulla loro natura, sul loro funzionamento. Basti al riguardo raffrontare le esperienze maturate presso l'Università di Napoli (cfr. decreto rettorale ottobre 1985), presso l'Università di Modena su delibera della Facoltà di medicina e chirurgia, presso l'Istituto scientifico ospedale S. Raffaele di Milano, o presso gli istituti di perfezionamento di Milano.

Di particolare rilievo il «Regolamento per la sperimentazione clinica di farmaci dietoterapeutici, presidi medico chirurgici, diagnostici nonché per sperimentazioni cliniche diverse», proposto ed approvato dal Consiglio della Facoltà di medicina e chirurgia dell'Università Cattolica del sacro Cuore, ed approvato definitivamente dal Consiglio di amministrazione della stessa in data 21 aprile 1988.

Il regolamento, che detta norme e procedure per la sperimentazione clinica, prevede la costituzione di un Comitato etico, il cui parere è obbligatorio per ogni programma e protocollo di sperimentazione, comprese le ricerche di carattere clinico o comunque sull'uomo, che vengono fatte nell'ambito degli Istituti in occasione di tesi di laurea o di specializzazione. Il parere del Comitato etico ha carattere consultivo e non esime gli sperimentatori dalle proprie responsabilità derivanti sia dalle norme giuridiche sia dalle norme deontologiche.

Da notare che, per quanto riguarda le finalità, il Comitato esprime il parere sulle condizioni di eticità dei protocolli di sperimentazione clinica in riferimento: *a)* all'oggetto della sperimentazione; *b)* alle condizioni ed alle modalità della stessa; *c)* ai soggetti sui quali essa avviene; *d)* ad ogni eventuale altra circostanza eticamente rilevante.

I criteri etici di giudizio cui si rifà il Comitato, precisati nel regolamento interno, sono desunti: *a)* dalle Carte internazionali; *b)* dalla deontologia medica; *c)* dai valori e dalle finalità che caratterizzano la "tendenza" dell'istituzione di afferenza.

La composizione del Comitato è data da membri stabili (il Presidente, nominato dal rettore; un professore di ruolo rappresentante dell'area medica ed uno rappresentante dell'area chirurgica, designati dal Consiglio di facoltà; i direttori degli Istituti di Medicina legale, Psicologia e farmacologia; il docente di bioetica; il Sovrintendente sanitario; un caposala del Policlinico «A. Gemelli» designato dal gruppo dei

capisala), e da membri convocati di volta in volta, in numero non superiore a tre, docenti universitari specialisti nell'oggetto della particolare ricerca, ma non collegati alla elaborazione e conduzione del programma di sperimentazione oggetto di parere. Di particolare interesse la previsione della possibilità di convocazione, da parte del Comitato etico, di rappresentanti morali o legali delle categorie di persone su cui si compie la sperimentazione, che entrano a comporre il Comitato stesso (c.d. «membri laici»), qualora i programmi di sperimentazione lo richiedessero o ne suggerissero la opportunità (art. 9).

5. Segue: c) l'attivazione della pubblica amministrazione statale. Prime note conclusive

La terza ed ultima categoria delle esperienze effettuate nel settore, attiene alla struttura ed al funzionamento della pubblica amministrazione statale. Si vuol fare riferimento ad alcune limitate ma non marginali esperienze date da organi collegiali consultivi, destinati a fornire all'amministrazione pareri tecnici e/o di opportunità in ordine a problemi emergenti, posti dall'evoluzione tecnico – scientifica o dal verificarsi di nuovi bisogni in materia sanitaria, per il quali occorre intervenire sia attraverso l'adozione di adeguati provvedimenti in sede amministrativa, sia attraverso la elaborazione di disegni di legge grazie ai quali prende corpo l'iniziativa legislativa da parte del Governo.

Si tratta di organi aventi una durata limitata nel tempo, le cui funzioni possono anche toccare l'elaborazione di principi – guida per il legislatore, per l'amministrazione, per i ricercatori e per gli operatori sanitari, attinenti alla sfera dell'etica e comunque in ambiti non toccati né da regolamentazione giuridica né da regolamentazione deontologica.

Tipica in questo senso la Commissione ministeriale istituita dal Ministro della sanità, con decreto del 31 ottobre 1984 (c.d. Commissione Santuossoso) avente ad oggetto lo studio delle tematiche connesse alla fecondazione artificiale umana ed al trattamento degli embrioni, cui era demandato il compito di approfondire le problematiche tecnico – scientifiche, etico – sociali, organizzative e giuridiche connesse col perseguimento di un sistema di garanzie normative per tutta la materia, e quindi di elaborare le enunciazioni propositive da tradurre successivamente in un articolato normativo per la disciplina della materia (cfr. anche la c.d. commissione Polli, del 13 settembre 1985, sui problemi dell'ingegneria genetica prenatale).

In conclusione di tutta la presente indagine si può osservare come la situazione italiana attuale sia caratterizzata da gravi carenze normative nel settore della tutela di quegli interessi, che in altri ordinamenti giuridici statuali sono oggetto delle competenze proprie dei Comitati etici. Di contro a queste carenze normative, alcune leggi regionali attinenti alla sperimentazione clinica costituiscono delle felici, per quanto isolatissime eccezioni.

Così come, tutto sommato, hanno carattere eccezionale le esperienze via via maturatesi, nel corso degli ultimi anni, a livello più propriamente amministrativo, sia per quanto riguarda l'iniziativa di alcune istituzioni sanitarie e di ricerca, sia per quanto attiene alla attivazione dell'amministrazione sanitaria centrale (Ministero della sanità), relativamente alla definizione di criteri – guida in ambiti fortemente caratterizzati nel senso dell'innovazione, e quindi fortemente carenti di norme capaci di conciliare gli interessi generali (libertà della ricerca scientifica; interesse della collettività all'acquisizione di nuove conoscenze scientifiche e tecniche; interesse collettivo alla salute), con gli interessi individuali (rispetto della persona, eguaglianza, diritto alla salute).

Dall'analisi dei profili giuridico – normativi ed operativi della situazione italiana attuale, dunque, emerge chiaramente, anche in rapporto alle esperienze maturatesi all'estero, in paesi del nostro livello di cultura e di sviluppo, l'opportunità di procedere alla formazione di organismi nazionali e locali di consulenza sia sul piano della progettazione legislativa e della programmazione amministrativa, sia sul più definito piano operativo.

Sezione seconda

PROPOSTE OPERATIVE

6. Considerazioni sull'opportunità di istituire comitati di etica medica

L'opportunità di procedere alla costituzione di Comitati di etica medica, postula un'attenta considerazione dei profili giuridici – sia strutturali che funzionali – degli stessi. A questo proposito può utilmente soccorrere non solo l'esperienza maturata nell'ambito della legislazione regionale, cui s'è fatto cenno, ma anche lo studio della letteratura internazionale sulla materia. Non senza aver preliminarmente precisato che l'intervento di un qualsiasi Comitato di etica medica, a qualunque livello, deve avere ad oggetto la problematica che esula dalle norme che regolano l'assistenza sanitaria sotto il profilo civile e penale, nonché sotto quello amministrativo.

Sempre in premessa, occorre precisare che sui grandi temi che oggi toccano la persona umana – del malato, così come di chi è comunque bisognoso di interventi di tipo sanitario – si rivela necessario un intervento legislativo dello Stato. Basti pensare in proposito all'incidenza che possono avere, nella sfera giuridica dell'individuo, temi quali la sperimentazione clinica, l'eutanasia, le manipolazioni genetiche, le varie e possibili casistiche in materia di fecondazione artificiale, più in generale i delicati e talvolta problematici rapporti fra medico e paziente. In tutti questi ambiti si moltiplicano le concrete fattispecie di – almeno potenzialmente possibili – violazioni di diritti che il nostro ordinamento giuridico considera come inviolabili: di qui la conseguenza della necessità di un intervento disciplinatore dello Stato, avente

una finalità garantistica dei vari interessi in campo. È del tutto evidente che laddove sono in gioco diritti inviolabili dell'uomo, non sono sufficienti i codici deontologici professionali, le pur numerose raccomandazioni di Organizzazioni internazionali e gli stessi Comitati etici con i principi posti dalla loro "giurisprudenza"; e che d'altra parte, proprio in ragione della natura giuridica degli interessi in gioco e della protezione di cui essi godono nell'ordinamento italiano, si impone un intervento legislativo dello Stato che può ritenersi come dovuto in base ai principi che caratterizzano la nostra Carta costituzionale.

Giova qui ricordare che nel corso delle precedenti legislature, così come di quella attuale, diversi progetti di legge sono stati depositati in Parlamento, fra cui quello dell'on. Aniasi ed altri, presentato alla Camera il 14 novembre 1986, concernente la «*Legge quadro sui diritti del cittadino malato*», e soprattutto quello del sen. Bompiani ed altri, presentato al Senato il 2 luglio 1987, sulla «*Tutela dei diritti del malato con particolare riguardo alla condizione di degenza*», che all'art. 4 dispone esplicitamente la istituzione di «Comitati etico – deontologici», con funzione consultiva per il direttore sanitario del presidio di ricovero e cura. A norma di detto articolo l'intervento dei Comitati in questione riguarda «tutto ciò che esula dalle norme di legge che regolano l'assistenza sanitaria sotto il profilo amministrativo, civile e penale», ed il loro parere è richiesto soprattutto per ciò che attiene alla sperimentazione biomedica.

Ad un diverso livello, eppure di non trascurabile rilievo, la necessità di un intervento legislativo dello Stato è postulata anche dall'esigenza di salvaguardare il principio di eguaglianza dei cittadini, e quindi la loro non formale ma sostanziale parità di trattamento. Il problema si pone, come noto, in rapporto ai poteri che in materia sanitaria hanno le Regioni, le quali sono titolari pure di potestà legislativa non solo concorrente e attuativo – integrativa rispetto alle leggi statali, sebbene anche di carattere esclusivo. Proprio la considerazione di tali poteri postula la conclusione che in materie tanto delicate, passibili di profonda incidenza sulla sfera soggettiva della persona umana, si escluda l'eventualità di una pluralità di discipline giuridiche – e di prassi amministrative su di esse fondate – che possono agire sul piano della pari dignità e dell'eguale trattamento, creando a livello regionale disparità del tutto inammissibili.

7. Per una tipologia differenziata: a) il Comitato etico nazionale

Scendendo ora sul più concreto piano delle proposte operative, sembra innanzitutto di dover configurare una distinta tipologia di Comitati etici: nazionali, regionali ospedalieri o locali. Come insegnano le esperienze maturate all'estero, e com'è possibile dedurre dalla stessa letteratura internazionale in materia, la distinzione proposta in base ad un criterio territoriale ha, in realtà, un fondamento in differenze qualitative e funzionali di rilievo. Ciò vale in particolare per la situazione italiana, il cui ordinamento sanitario è sostanzialmente caratterizzato: a) da un riparto di competenze legislative ed amministrative fra Stato e Regioni (i cui principi sono dettati dalla Costituzione, mentre le

relative norme di dettaglio sono rinvenibili nel d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616 e nella legge 23 dicembre 1978, n. 833); *b*) da un conferimento di responsabilità gestionali all'Unità Sanitaria Locale (USL), definita dalla legge come «una struttura operativa dei comuni singoli o associati, e delle comunità montane» (art. 15 legge n. 833 del 1978), la quale si serve di specifiche strutture sanitarie (gli ospedali, gli istituti di ricovero a carattere scientifico ecc.).

Per quanto riguarda in particolare *l'ambito nazionale*, per una precisa formulazione della fruizione di un Comitato etico si deve partire dalla considerazione delle competenze statali in materia sanitaria.

Nell'ambito legislativo, è competenza esclusiva del Parlamento approvare con legge il Piano sanitario nazionale e dettare norme in tema di inquinamento, sicurezza del lavoro, igiene degli alimenti, ricerche su animali e impiego del sangue umano (art. 4 legge n. 833 del 1978); più in generale spetta al Parlamento legiferare in tutte le materie per le quali non vi è competenza legislativa esclusiva delle Regioni, ancorché con riflessi nelle competenze regionali in materia sanitaria (si pensi, ad esempio, alla regolamentazione dei trapianti o della fecondazione artificiale umana).

Nell'ambito amministrativo, poi, oltre a generali poteri di indirizzo e di direzione, competono esclusivamente allo Stato le funzioni relative ai rapporti internazionali, al controllo dell'impiego di sostanze particolarmente delicate (farmaci, sostanze stupefacenti, alimenti, energia ecc.) od a materie di primario rilievo per l'intera collettività nazionale (es. i trapianti di organi), nonché all'organizzazione dei massimi organi centrali (l'Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza nel Lavoro).

In questo contesto appare evidente che le funzioni di un Comitato etico nazionale saranno individuate: *a*) in rapporto agli organi legislativi ed agli altri organi amministrativi dello Stato – persona; *b*) in rapporto alle competenze legislative ed amministrative che la Costituzione e le leggi ordinarie riservano ad esso. Da quanto detto consegue con evidenza che, nel complesso delle attribuzioni statali in materia sanitaria, del tutto preminenti risultano le competenze legislative; e d'altra parte, alla luce delle considerazioni più sopra svolte, gli sviluppi tecnico – scientifici nonché le evoluzioni sociali postulano di continuo un intervento legislativo statale su grandi temi interessanti i diritti inviolabili dell'uomo e la parità di trattamento.

Più specificatamente la funzione di un Comitato etico nazionale può essere innanzitutto individuata nell'elaborazione di direttive di valore, di linee di ordinamento, di criteri ed enunciazioni propositive da fornire al legislatore, onde poi questo possa provvedere alla disciplina di temi emergenti, sprovvisti di regolamentazione giuridica. Il Comitato potrebbe, cioè, costituire un qualificato luogo di incontro di diverse competenze, di riflessione e di studio, nonché di consulenza autorevole per il legislatore. Sì che, una volta che il Parlamento avesse legiferato sul problema in discussione, verrebbe ad essere concluso il compito del Comitato al riguardo.

Ma non è da sottovalutare l'apporto che il Comitato può offrire al Governo ed alla amministrazione statale, sia in ordine ai poteri di iniziativa legislativa che sono propri del Governo stesso,

sia in ordine alla determinazione concreta di direttive, nelle quali si estrinseca una notevole parte delle competenze amministrative statali in materia sanitaria.

In rapporto alla duplicità di funzioni che sarebbe chiamato ad esercitare, il Comitato etico nazionale dovrebbe essere qualificato giuridicamente come organismo collegiale, ordinario, dotato di stabilità nel tempo e permanente, con funzioni consultive perché destinato ad esprimere pareri tecnico – scientifici o di opportunità sia in vista dell’iniziativa legislativa sia in vista dell’azione amministrativa. Dal punto di vista strutturale esso potrebbe configurarsi come un organismo ausiliario del Ministero della sanità (alla stregua, ad esempio, dell’istituto Superiore della Sanità) o, forse più opportunamente, presso la Presidenza del Consiglio, in ragione del concorrere di competenze di più dicasteri (Ministero della Sanità, Ministero della Università e ricerca scientifica ecc.); mentre dal punto di vista funzionale si potrebbe prevedere l’obbligo di acquisirne il parere – ancorché non vincolante – sia nella predisposizione di proposte di legge di iniziativa governativa (disegni di legge), sia nella determinazione di atti amministrativi.

Quanto alla composizione, il Comitato etico nazionale dovrebbe vedere integrati i propri membri provenienti dai settori della ricerca scientifica e della sanità, con membri aventi competenza in campo etico (filosofi, teologi), in campo giuridico (docenti universitari di materie giuridiche, magistrati, pubblici funzionari), ed in campi che possono essere connessi con i problemi oggetto di esame da parte del Comitato (famiglia, educazione, lavoro ecc.).

8. *Segue: b) i Comitati etici regionali*

Per quanto riguarda, poi, *l’ambito regionale*, anche qui occorre preliminarmente notare che una precisa formulazione delle funzioni di un Comitato etico può essere effettuata solo a partire dalla considerazione delle competenze regionali in materia sanitaria.

Come è noto, la Regione ha potestà normativa in materia di «assistenza sanitaria ed ospedaliera» (art. 117 Cost.), nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, oltre che dall’interesse nazionale e di quello delle altre Regioni (tale competenza è stata attuata con il d.p.r. n. 616 del 1977 e con la legge n. 833 del 1978); essa ha altresì una serie di funzioni amministrative o nell’ambito della propria competenza esclusiva o nell’ambito delle funzioni alla stessa delegate dallo Stato.

In particolare la competenza esclusiva della Regione, sia nell’ambito legislativo che in quello amministrativo, si estende in materia di prevenzione e cura delle malattie, nonché di riabilitazione; di igiene e di assistenza veterinaria; di formazione degli operatori sanitari; di controllo di una serie di attività socio – sanitarie (es.: produzione di alimenti, stabilimenti termali, sport ecc.).

Quanto alle funzioni amministrative delegate dallo stato alle Regioni, si deve ricordare la profilassi delle malattie infettive, i controlli sui prodotti cosmetici, sui gas tossici, sul materiale radioattivo e su sostanze pericolose in genere; i controlli in materia di attuazione dei provvedimenti statali nell'ambito della medicina veterinaria.

Dalle linee delle competenze regionali qui richiamate in estrema sintesi, può facilmente dedursi che un Comitato etico regionale avrà una funzione assai limitata in ordine all'elaborazione di enunciazioni prospettive, successivamente traducibili in uno schema di articolato normativo regionale. S'è detto, infatti, che la Regione – pur nella sua autonomia – non può certo legiferare in modo difforme rispetto alla legge nazionale, e si può ritenere che questa interverrà sicuramente nei casi di rilievo per un Comitato etico, data la importanza che detti casi rivestono in ordine alla tutela della persona umana da un lato e degli interessi generali, nonché di quelli sottesi alla libertà di ricerca scientifica, dall'altro. Peraltro c'è da rilevare che proprio l'esperienza maturatasi in Italia, a livello di legislazione regionale, in tema di sperimentazione clinica, costituisce una concreta indicazione dell'esistenza di possibili spazi di intervento della funzione consultiva del Comitato per rapporto alla funzione legislativa regionale.

Molto maggiore sarà, peraltro, l'ambito di intervento del Comitato etico in ordine alle competenze amministrative regionali, specie per quanto attiene alla programmazione sanitaria regionale ed agli indirizzi in tema di autorizzazioni amministrative alla sperimentazione.

Dal punto di vista giuridico il Comitato etico regionale potrebbe configurarsi come organismo di consulenza tecnico – scientifica, stabilmente costituito presso la Giunta regionale ovvero presso il competente assessorato regionale, il cui parer deve essere obbligatoriamente acquisito – ancorché non risulti vincolante – da parte del Consiglio regionale e degli organi consiliari, nonché da parte della Giunta e degli uffici ed organi dell'amministrazione regionale, in tutti i casi nei quali i diritti inviolabili della persona umana possono essere toccati dalla ricerca e dalla sperimentazione biomedica.

Date le peculiari competenze che le Regioni hanno in materia scolastica e di istruzione professionale, potrebbe essere di non poca rilevanza l'azione promozionale svolta dal Comitato etico regionale con seminari e corsi di aggiornamento in tema di deontologia ed etica medica, destinati al personale operante nei presidi sanitari.

Circa la composizione, il Comitato etico regionale dovrebbe uniformarsi ai criteri generali già indicati per la composizione del Comitato etico nazionale, caratterizzati dall'apporto interdisciplinare e dall'attrazione alle diverse connessioni che possono verificarsi fra attività di ricerca e sanitarie, da un lato, ed altri campi della vita associata dall'altro.

9. *Segue: c) I Comitati etici ospedalieri o locali*

Per i Comitati etici *ospedalieri o locali* la problematica presenta profili alquanto diversi. Basti riflettere sul fatto che nel caso in esame – sia che vengano costituiti presso le Unità Sanitarie Locali, sia che vengano costituiti presso le singole istituzioni ospedaliere e di ricerca – i Comitati etici sono chiamati a svolgere una funzione eminentemente pratica e immediatamente diretta al momento operativo. La loro funzione, in altri termini, non è quella di fornire altra consulenza per la determinazione degli orientamenti del legislatore e della amministrazione (come nel caso del Comitato etico nazionale e di quelli regionali), sebbene di esprimere pareri in merito alla liceità della sperimentazione clinica e svolgere consulenza di ordine deontologico, per rapporto alla concreta esplicitazione delle attività istituzionali degli enti ospedalieri e di ricerca.

Certamente i Comitati etici locali potranno avere una loro incidenza sul piano culturale, soprattutto nella misura in cui riusciranno a svolgere una funzione formativa e di sensibilizzazione degli operatori sanitari e parasanitari operanti sul territorio, circa i profili deontologici che le attività connesse col servizio sanitario presentano; così come nella misura in cui riusciranno a svolgere una funzione promozionale presso gli utenti dei servizi sanitari, ed in generale in tutta la popolazione, volta a creare una coscienza sensibile ed illuminata circa la legittimità della persona umana ed i suoi inalienabili diritti in rapporto all'assistenza sanitaria, nelle strutture, nei procedimenti e nelle metodiche in cui questa si articola e si svolge. Questa azione sarà tanto più proficua quanto più riuscirà a modificare quella posizione di “sudditanza speciale” del malato rispetto all'istituzione sanitaria, che non è solo giuridica, ma anche psicologica e materiale, convertendo il rapporto fra di loro esistente nel senso di una comune e paritaria convergenza – seppure con competenze, modalità e responsabilità differenziate – verso il medesimo obiettivo, individuabile nella salute come diritto individuale ed interesse collettivo.

Ma è del tutto evidente che compito proprio e primario dei Comitati etici ospedalieri o locali sarà quello di essere direttamente rivolti all'attività pratica, agevolandone la esplicitazione.

In linea generale si può dire che la funzione di questi Comitati etici potrà, quanto ai contenuti, svilupparsi secondo due distinte linee: *a)* l'elaborazione di enunciazioni propositive e di criteri di azione, volti ad illuminare l'agire dei ricercatori e degli operatori sanitari, nel caso di problemi che non siano ancora stati oggetto di specifica previsione normativa a livello legislativo così come a livello deontologico; *b)* la formulazione di interpretazioni autorevoli – anche perché conseguite attraverso un apporto interdisciplinare – di norme legislative e/o deontologiche esistenti, ma passibili di una pluralità di interpretazioni, ovvero non dettate originariamente e direttamente per regolamentare il caso, sul quale viene richiesto il parere del Comitato. In questa seconda fattispecie, dunque, il Comitato svolgerà in concreto un ruolo di “supporto” nella valutazione della normativa esistente, cercando di superare le divergenze eventualmente registrabili tra le diverse fonti normative – leggi, codici deontologici professionali, raccomandazioni di organismi internazionali, ecc. –, e favorendo una interpretazione organica, secondo la direttiva di valore data dal rispetto della persona umana.

10. Conclusioni generali. Finalità dei Comitati etici in una prospettiva «de jure condendo»

Da queste premesse è possibile poter trarre alcune conclusioni di ordine generale. Innanzitutto che la funzione svolta da Comitati di etica medica a livello locale non verrebbe a togliere valore – né potrebbe essere altrimenti – alle norme di legge ed alle norme dei codici deontologici, rimanendo integra la responsabilità personale professionale dell'operatore, sia come singolo sia – nelle peculiarità sue proprie – come componente di un gruppo, più o meno gerarchicamente organizzato.

In secondo luogo che la loro funzione è, in positivo, anche quella di rafforzare il contenuto precettivo delle norme vigenti, soprattutto di quelle deontologiche, stimolando di conseguenza un adeguamento sempre più fedele e puntuale ad esse nella prassi.

In terzo luogo sembra potersi concludere che la peculiarità dei Comitati in questione sarebbe quella di costituire una struttura di supporto attivantesi – grazie all'iniziativa di chi ne è legittimato – in tutti i casi nei quali le singole decisioni del sanitario o del ricercatore risultano difficili per profili e ragioni di carattere etico. Alla luce dell'esperienza maturatasi fino ad oggi, è possibile ritenere che i grandi settori nei quali può essere utile l'apporto di un Comitato di etica medica ospedaliera sono quelli della qualità della vita, delle malattie in fase terminale, della riproduzione umana assistita, della sperimentazione clinica sul malato, dell'utilizzazione preferenziale delle risorse economiche, tecnico – strumentali e professionali, qualora queste siano oggettivamente limitate.

In quarto luogo è da precisare che i Comitati etici ospedalieri non sono fonte di eticità, cioè non sono centri di elaborazione di norme etiche. Essi non sono neppure il luogo specifico dello studio e dell'approfondimento delle questioni bioetiche, anche se nell'esercizio delle loro funzioni non possono evidentemente prescindere dai dati offerti dalla disciplina scientifica denominata “bioetica”. Essi rispondono – è bene ribadirlo – ad esigenze specificatamente pratico – operative, con il fine ultimo dell'umanizzazione della medicina nei termini precisi del rispetto della dignità personale di ogni essere umano, in rapporto alla concreta realtà ospedaliera nella quale i Comitati sono chiamati ad operare.

Al riguardo può osservarsi che il profilo etico dei Comitati entra in rilievo ad un duplice livello: metodologico e contenutistico.

Da un punto di vista metodologico l'etica interviene nel delineare il metodo di funzionamento dei Comitati, i quali – come s'è già precisato – funzionano quali “supporti” a favore degli operatori, per la chiarificazione “culturale” di problemi applicativi complessi e per il sostegno psicologico nell'esercizio dell'attività sanitaria in situazioni particolarmente difficili. Essi quindi non hanno una funzione di controllo dell'operato del medico o del paramedico, come non possono né giudicare né supplire la responsabilità del loro agire “in scienza e coscienza”.

A livello contenutistico, poi, i Comitati sono chiamati a fornire criteri di valutazione etica dei diversi problemi che si pongono nella professione medico – sanitaria, facendo riferimento alle fonti più sopra accennate. In questo ambito problema assai delicato è quello di garantire che la loro funzione si svolga seguendo valori etici oggettivi ed evitando il pericolo di una degenerazione dell'organo in un ennesimo luogo del compromesso tra posizioni ideali (o ideologiche) diverse. Il problema può trovare un'indicazione di soluzione con riferimento ai principi racchiusi nella Costituzione Italiana, la quale non è ispirata ad una concezione al contempo personalista e solidarista. Essa, infatti, guarda alla persona umana nella sua responsabile libertà come centro dell'ordinamento, ma non considerata in un innaturale isolamento individualistico, bensì nella fitta trama di relazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità, e che implica doveri – che la stessa Carta fondamentale definisce come *inderogabili* (art. 2) – di solidarietà fra individui e gruppi.

Il riferimento ai principi etici sottesi alla Costituzione presenta un vantaggio di non piccolo rilievo. Si tratta, infatti, di una tavola di valori sui quali gli italiani, a suo tempo, convennero nel fondare la coesistenza in una nuova società organizzata, e sui quali il consenso si presume perdurare – ed è comunque esigito (cfr. il “dovere di fedeltà” cui tutti i cittadini sono astretti *ex art.* 54 Cost.) – fino al momento in cui non si modificherà il testo costituzionale, attraverso un rinnovato accordo su nuove tavole di valori.

11. *Segue: istituzioni, organizzazione e funzionamento dei Comitati etici*

Entrando ora in una più dettagliata proposizione di indicazioni operative, ci si soffermerà successivamente sui seguenti profili dei Comitati etici ospedalieri: finalità specifiche; natura giuridica e costituzione; composizione, anche il riferimento alle procedure di nomina ed alle incompatibilità; procedure per l'attivazione dei Comitati stessi; garanzie nei confronti del paziente, degli interessi generali (a cominciare da quelli cui è preordinata l'istituzione sanitaria), del personale ricercatore, sanitario e parasanitario.

Le *finalità specifiche* dei Comitati etici ospedalieri sono quelle di esprimere pareri di eticità sulla condotta, sul trattamento e sulla sperimentazione all'interno delle strutture sanitarie, con riferimento all'oggetto della terapia o della sperimentazione, alle condizioni ed alle modalità con cui esse vengono effettuate, nonché ai soggetti verso i quali sono applicate. In particolare i Comitati forniscono – su richiesta dei soggetti legittimati a farla – indicazioni ed orientamenti in relazione alla sperimentazione di nuovi farmaci, di nuove metodologie diagnostiche, terapeutiche e chirurgiche; alla tutela della qualità della vita del malato, anche in rapporto agli eventuali aspetti riabilitativi; ai problemi del paziente in fase terminale (con particolare riferimento alla liceità della sperimentazione clinica sul soggetto, alla terapia

del dolore, all'assicurazione di condizioni di agonia e di morte rispettose della dignità umana); alla valutazione degli aspetti etici relativi alle modalità di acquisizione del consenso del paziente ed alla relativa informazione previa.

La *natura giuridica* dei Comitati è quella di organismi collegiali, stabilmente costituiti, chiamati ad esprimere pareri ordinariamente non vincolanti per una corretta metodologia comportamentale da parte dell'apparato sanitario. In alcuni casi l'acquisizione del parere potrebbe essere obbligatoria, ancorché non vincolante: così, ad esempio, come presupposto necessario dell'atto amministrativo di autorizzazione alla sperimentazione farmacologica o di nuove metodiche diagnostiche e terapeutiche.

Circa la loro *costituzione*, essa dovrebbe essere prevista per legge e con caratteri di obbligatorietà, onde non lasciarla ad uno spontaneismo o ad una discrezionalità, che produrrebbero fra l'altro una disparità di trattamento fra cittadini a seconda delle comunità locali di appartenenza o del luogo in cui viene effettuato il trattamento. Alla prudente discrezionalità del legislatore potrebbe invece essere rimessa la individuazione degli organi e delle strutture sanitarie locali presso cui istituire i Comitati, che potrebbero essere: le Unità Sanitarie Locali; alcune strutture ospedaliere di particolare rilievo, istituti universitari ed istituti di ricerca e di cura; ovvero tutte le strutture sanitarie, esistenti sul territorio (ospedali, servizi multizonali, istituti universitari, istituti di ricerca e cura, ecc.). la scelta può essere determinata da criteri di economicità e di funzionalità.

Per quanto attiene alla *composizione* dei Comitati, occorre preliminarmente richiamare l'esigenza di garantire l'approccio interdisciplinare alla problematica *de qua* e l'imparzialità, evitando che essi possano costituire delle "degenerazioni partitiche" o dei "luoghi di compromesso" fra diverse concezioni della vita, ed allo stesso tempo che possano costituirsi in centri decisionali paralleli – se non addirittura sostitutivi – di quelli istituzionali. La previsione delle procedure di nomina dovrà di conseguenza tenere conto non solo delle scelte effettuate a proposito della "localizzazione" dei Comitati stessi (giacché diverse potranno risultare, a seconda dell'ampiezza territoriale e delle peculiarità delle strutture in cui sono costituiti); ma anche di eventuali vincoli o rapporti – non solo di carattere giuridico – esistenti fra determinate categorie di soggetti (si pensi a rapporti con industrie farmaceutiche, in relazione ai pareri sulla sperimentazione dei farmaci.) Le stesse attenzioni dovranno adottarsi per le eventuali configurazioni *ex lege* di incompatibilità.

Dal punto di vista tipologico, si può indicare come necessaria, nella composizione del collegio, la presenza di un medico, di un chirurgo, di uno psicologo, di un medico – legale, di un giurista, di un amministrativo, di un paramedico, di un assistente religioso (nominato dall'Ordinario diocesano). Sembra necessario altresì indicare la opportunità di prevedere l'integrazione del collegio stesso con un certo numero di membri esterni, convocati di volta in volta, che siano specialisti nelle materie oggetto di esame da parte del Comitato.

Per quanto attiene alle *procedure*, occorre preliminarmente precisare che il Comitato etico presta ordinariamente la propria consulenza al direttore sanitario del presidio di ricovero, per tutto quanto non oggetto di disciplina giuridica, ed al direttore scientifico nei presidi di ricovero e cura in cui sia contemplata questa figura.

L'attivazione del Comitato etico avviene su richiesta dei sanitari o dei ricercatori, prima di avviare qualsiasi sperimentazione. Il parere ha carattere consultivo e deve essere previo all'avviamento della sperimentazione o della terapia. Esso è trasmesso agli organi di governo del presidio di ricovero e cura, sia a livello amministrativo che a livello sanitario. In caso di parere negativo al protocollo di sperimentazione, lo sperimentatore può non tenerne conto, previa peraltro motivazione del suo dissenso. Dello svolgimento della sperimentazione rimane comunque responsabile lo specialista (o gli specialisti) titolare del protocollo di sperimentazione. Lo stesso dicasi per i trattamenti sanitari in genere.

Al Comitato etico possono comunque porre quesiti tutti coloro che siano, direttamente o indirettamente, interessati alle concrete modalità operative della struttura sanitaria.

Nello svolgimento delle proprie funzioni, il Comitato etico deve poter disporre di mezzi di documentazione e di indagine adeguati. Le sue delibere saranno adottate secondo maggioranze che – in rapporto sia ai presenti e votanti, ma sia anche ai titolari del diritto di voto – garantiscano l'apporto interdisciplinare e l'imparzialità. Sui vari problemi oggetto del suo intervento, il Comitato redigerà a conclusione dell'istruttoria una relazione unitaria, qualora il giudizio sia stato espresso all'unanimità; in caso contrario, si potrà – o dovrà – procedere alla redazione di una relazione di maggioranza e di una relazione di minoranza.

Il Comitato etico è legittimato a prospettare agli organi di governo delle istituzioni sanitarie opportune iniziative per migliorare l'assistenza al malato e, in generale, per una umanizzazione della medicina.

12. *Segue: alcuni profili garantistici*

Particolare attenzione deve, infine essere riservata ai *profili garantistici* chiamati a presiedere alla disciplina giuridica ed all'attività dei Comitati etici.

Per quanto attiene alle garanzie nei confronti del paziente, esse devono essere strutturate attraverso norme e procedure atte ad assicurare: *a)* il diritto alla tutela della salute; *b)* il diritto all'integrità fisica; *c)* il diritto alla disponibilità del proprio corpo (tenendo tuttavia presenti i limiti generali posti dall'ordinamento giuridico italiano, con particolare riferimento al non contrasto con la legge, con l'ordine pubblico e con il buon costume); *d)* il diritto ad esprimere un consenso informato e giuridicamente valido (qui occorrerà presentare la massima attenzione sia alle modalità di informazione, sia ai casi di soggetti

incapaci naturali o psichicamente labili). Data la particolare situazione di precarietà, di debolezza e di dipendenza fisica e psichica del malato, le guarentigie *de quo* dovranno essere altresì informate ai più generali principi della tutela della vita, della libertà personale, della libertà in materia religiosa, nonché della tutela del diritto alle parti staccate del corpo e sul cadavere, nei limiti previsti dalla legge.

Una adeguata attenzione deve essere, poi, riservata anche al problema della tutela degli interessi generali sottesi sia all'attività di sperimentazione che a quella terapeutica. In sintesi si può dire che gli adempimenti e le modalità procedurali nelle quali tale tutela verrà ad essere integrata, dovranno costituire esplicitazione di due nuclei fondamentali: *a*) la libertà di ricerca scientifica (art. 33, primo comma, Cost.) e l'interesse collettivo alla salute (art. 32, primo comma, Cost.); *b*) il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.).

In questa prospettiva pare assai importante la valorizzazione dell'apporto degli Ordini e dei Collegi professionali attinenti alle materie d'interesse dei Comitati etici, in considerazione del fatto che la natura pubblicistica di tali enti e delle loro funzioni, l'appartenenza obbligatoria ad essi di quanti esercitano le rispettive professioni, nonché il rapporto di soggezione speciale che si instaura fra di essi ed il singolo esercente una determinata professione, rispondono proprio all'esigenza di garantire gli interessi generali (oltre che quelli degli utenti delle relative prestazioni).

A garanzia di interessi pubblici e privati degni di tutela, poi, il materiale oggetto di indagine, studio ed elaborazione da parte dei Comitati etici dovrebbe trovare particolare protezione, garantendosi penalmente il segreto e disponendosi per legge le condizioni e le modalità di accesso da parte della magistratura.

Particolarmente delicato, infine, il problema delle tutele a favore del personale sanitario e ricercatore. Fermo restando quanto previsto dalle leggi vigenti in materia di obiezione di coscienza (in particolare l'art. 9 della legge 22 maggio 1978, n. 194), sembra necessario segnalare le opportunità che i Comitati etici, nello svolgimento delle loro funzioni, tengano adeguatamente conto di eventuali profili di conflittualità tra sperimentazioni o trattamenti sanitari autorizzati e valori etici professati dal personale ricercatore, sanitario e parasanitario. Così che, accanto alla eventualità di una previsione normativa che legittimi l'operatore a rifiutarsi di partecipare ad attività che ritenga lesive di valori informanti la propria coscienza, il Comitato etico si faccia carico di fornire indicazioni su modalità e procedure atte ad evitare conflitti di coscienza.

In questo contesto deve pure tenersi presente la peculiare situazione degli ospedali gestiti da enti ecclesiastici o comunque aventi una "tendenza" etico – religiosa, di cui – in una eventuale normativa nazionale o regionale – vanno salvaguardati gli elementi strutturali e funzionali che ne esprimono la "tendenza".

La preoccupazione di un'adeguata garanzia a favore del personale ricercatore, sanitario e parasanitario, non deve apparire eccessiva, se si considera che in una società pluralistica e sempre più

frammentata per quanto attiene alle scale di valori etici professati dai consociati, come è quella italiana attuale, il problema delle obiezioni di coscienza è inevitabilmente destinato ad allargarsi sempre più, sia in ragione dei soggetti obiettori, sia in ragione dei contenuti dell'obiezione.

LAICITÀ, BIOETICA E BIODIRITTO

1. G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in «Studium», I, 1995, pp. 9-25

1. Etica e bioetica

Sono a tutti noti i termini generali della questione bioetica. Da un lato, infatti, stanno gli enormi progressi della scienza e della tecnica in campo biomedico, che consentono interventi i risultati un tempo impensabili, capaci di incidere sul piano della natura e di manipolare questa, modificandola in maniera artificiale, secondo le esigenze del caso. Questi progressi sempre più spesso pongono ai ricercatori ed agli operatori, nonché ai destinatari degli interventi biomedici, problemi di carattere etico, in rapporto alla liceità od ai limiti di liceità degli stessi ²¹⁴.

Dall'altro lato l'evolversi della società in senso pluri-etico, attraverso la corrosione e dissoluzione di quella tavola di valori unitari, che dava le identità di un popolo e ne segnava la tradizione. Molte sono le ragioni di tale fenomeno: nella società occidentale la prima virgola e di gran lunga la più importante, è data dalla secolarizzazione che, col passaggio da una teologia ad un'antropologia, ha tra gli effetti ultimi l'affermarsi di un soggettivismo etico diffuso. Ma non sono da trascurare anche altri fattori, quali ad esempio l'inatteso rimettersi in moto di popolazioni intere, i tumultuosi ed incontenibili fenomeni emigrativi ed immigrativi, che portano rapidamente anche società tradizionalmente omogenee verso la realtà del melting-pot ²¹⁵. È chiaro che sia l'uno che l'altro fattore, cioè la secolarizzazione così come la società multi-etnica, producono il progressivo e rapido sgretolamento dei valori etici tradizionalmente comuni in una determinata società, insieme all'affermarsi di una pluralità di tavole di valori diverse, non di rado opposte fra di loro.

Il problema centrale della bioetica è, dunque, quello della scelta etica, all'interno di realtà sociali divise quanto a valori etici professati ed innanzi alle molteplici possibilità offerte dalla scienza e dalla tecnologia. La ricerca di valori capaci di orientare l'agire dell'uomo si pone, con urgenza, di fronte alle acquisizioni scientifiche e tecnologiche sulla vita, umana e non, nella misura in cui il sapere e sperimentale,

²¹⁴ Una rassegna dei diversi problemi, con ricca documentazione bibliografica, in A. BOMPIANI, *Bioetica in Italia. Lineamenti e tendenze*, Bologna 1992

²¹⁵ per alcuni approfondimenti al riguardo, mi permetto rinviare a G. DALLA TORRE, *Persona cittadino straniero. Per una introduzione giuridica*, in *Justitia*, 1993, p. 1 ss. Ma cfr. anche l'ultimo capitolo nel mio *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma 1992, p. 261 ss.

che in tali acquisizioni si accresce, non è in grado di trovare in se stesso criteri valoriali che possano guidarne lo sviluppo, ma al tempo stesso definirne anche i limiti di liceità.

D'altra parte la ricerca di valori appare necessaria per le scelte politiche e legislative che si impongono nell'ambito bio-medico, al fine di organizzare i comportamenti individuali e sociali, nonché di sottrarre le conoscenze scientifiche e le innovazioni tecnologiche ad un uso arbitrario o ad un uso di parte. Ciò vale evidentemente anche nell'ambito di quei settori dell'esperienza giuridica, quali l'attività amministrativa ovvero l'attività giurisdizionale, dove l'uso di facoltà discrezionali ovvero l'esercizio di attività interpretativa può condurre alla configurazione di una pur legittima pluralità di determinazioni concrete possibili. In altre parole, dinanzi ai rapidi sviluppi della scienza e della tecnologia nell'ambito della bio-medicina, sorge il problema di quanto risulta tecnicamente possibile rispetto a quanto è eticamente - ed anche giuridicamente - possibile, cioè lecito.

L'affiorare di tale «emergenza etica» appare però di difficile soluzione in una realtà sociale che, come accennato, si presenta sempre più frammentata e divisa quanto a scale di valori. Manca un'etica condivisa. Come noto, sono diversi gli orientamenti di pensiero a riguardo, che danno a loro volta origine ad una pluralità di «modelli bioetici»²¹⁶. In maniera molto Sommaria possono raggrupparsi in due grandi correnti: quella dell'etica «laica» e quella dell'etica «cristiana».

L'intento, esplicitamente dichiarato, dell'etica «laica» è quello di elaborare un'etica «*etsi Deus non daretur*», ossia grozianamente come se Dio non fosse, in assenza di Dio.

Solo su tali basi è possibile, secondo coloro che si riconoscono in siffatte posizioni di pensiero, elaborare un'etica pubblica, cioè un'etica valida per tutti, universale. E quindi un'etica sulla quale fondare l'esperienza giuridica.

L'altra posizione – definita «cristiana» solo per pratiche esigenze di semplificazione, ma che non può essere ridotta solo a quanti si dicono cristiani - parte dal presupposto opposto. A ben vedere, anche coloro che aderiscono a questa seconda posizione di pensiero, pur appellandosi alla fede, pur professando una concezione creazionistica della natura, non negano la razionalità. La morale «cristiana» non è solo una morale per i credenti: e una morale che, sforzandosi di cogliere intellettivamente il senso della realtà, si rivolge a tutti gli esseri umani in quanto dotati di ragione.

Sia nella prima che nella seconda delle due posizioni etiche è fatto l'appello alla ragione: si tratta peraltro, nell'un caso come nell'altro, di una diversa razionalità. La prima di matrice empirico-fattuale, la seconda con un'apertura metafisica.

Nell'ambito del pensiero «laico» la ragione elabora l'etica autonomamente: l'istanza normativa scaturisce dall'uomo stesso. È l'uomo che conferisce, volontaristicamente, un senso alla realtà virgola in

²¹⁶ Una rassegna dei diversi modelli bioetici in E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica, I. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano 1994, p. 74 ss. Cfr. anche le varie specificazioni della voce «etica» nel *Dizionario di Bioetica*, a cura di S. LEONE E S. PRIVITERA, Bologna-Acireale 1994.

se stessa priva di senso, muta e opaca, in quanto a-nomica (priva di nomos). Nell'ambito del pensiero «cristiano» e, in senso lato, metafisico, la ragione umana coglie il senso inscritto nella realtà, un logos che costituisce oggettivamente l'orizzonte normativo. Nel primo caso la coscienza è «organo» produttore di valori morali; nel secondo caso è «organo» che riconosce i valori morali oggettivamente esistenti. Nel primo caso l'etica pubblica, che è destinata a tradursi in diritto positivo, è in ultima analisi elaborata su basi volontaristiche e contingenti; nel secondo caso essa si fonda su una ragione umana capace di conoscere l'ordine oggettivo e creazionale²¹⁷.

In ultima analisi, dinnanzi alla realtà della mancanza di un'etica condivisa, l'interrogativo è: quale etica per la bioetica?²¹⁸. Siffatto interrogativo interpella anche i giuristi virgola in particolare gli studiosi del diritto ecclesiastico statale, nella misura in cui si postula una regolamentazione delle nuove prassi bio-mediche. Ma ci si scontra su quali debbano essere le tavole valoriali che, in materia, debbono ispirare le scelte del legislatore; In altre parole, nella misura in cui le questioni bioetiche debbano essere risolte, in uno Stato democratico, nel rispetto del principio di laicità²¹⁹.

2. Una nuova Yalta?

Non è la prima volta nella storia che la società occidentale si trova dinnanzi ad un tornante, ad un bivio che pone interrogativi fondamentali ed impone delle scelte che dividono profondamente il corpo sociale. Anzi, a ben guardare si può dire che con la fine del regime di *christianitas* medievale²²⁰, e comunque da quattro secoli almeno, il processo di «pluralizzazione» della società occidentale ha messo in moto una continua ricerca di «confini», di limiti, di punti fermi, di certezze. Si può addirittura dire che quanto più l'evoluzione della società si è mossa verso forme di pluralismo accentuato, tanto più si è avvertita nel corpo sociale l'esigenza di individuare e consolidare riferimenti comuni, capaci di dare senso al vivere associato.

La ricerca di siffatti punti di riferimento è, del resto, strettamente collegata con la possibilità stessa di sussistenza dello Stato. Essa attiene a quel collante necessario della società politica, che è solitamente

²¹⁷ Cfr. L. PALAZZANI, *dall'etica «laica» alla bioetica «laica»: linee per un approfondimento filosofico-critico del dibattito italiano attuale*, in *Humanitas*, 1991, p. 513 ss. La questione etica nella società contemporanea è stata oggetto dell'Enciclica di Giovanni Paolo II *Veritatis splendor*, del 6 agosto 1993. Per un'analisi dei rapporti tra fondazione della morale e diritto alla luce di questa Enciclica, cfr. G. DALLA TORRE, *La morale e il rinnovamento della vita sociale e politica*, in *Presenza pastorale*, 1994, 4 (numero monografico dedicato all'Enciclica), p. 251 ss.; cfr. anche J. HERRANZ, *L'agonia del diritto agnostico*, in *Studi cattolici*, 1994, 397-398, p. 166 ss.

²¹⁸ Così è significativamente intitolato il volume di autori vari *Quale etica per la bioetica?*, a cura di E. Agazzi, Milano 1990.

²¹⁹ Sulla rilevanza ecclesiasticistica del problema bioetico cfr. G. DALLA TORRE, *bioetica e diritto ecclesiastico. Appunti per un programma di ricerche*, in *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino 1993, p. 5. Cfr. anche la puntuale rassegna di M. VENTURA, *Diritto dell'identità e diritto del corpo. A proposito di due pubblicazioni su bioetica, comitati etici e diritto*, in *quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994, p. 365 ss.

²²⁰ Cfr. J. DELUMEAU, *Cristianità e cristianizzazione. Un itinerario storico*, Casale Monferrato 1983

indicato nell'identità nazionale, il quale faceva dire a Maritain che una società di uomini liberi non può non presupporre alcuni principi fondamentali, costituenti il cuore e la ragione stessa della propria esistenza. Nel senso di quel «consenso degli spiriti e delle volontà su ciò che concerne le basi della vita comune», di quel «credo umano comune»²²¹, - su cui si dovrà tornare -, che rendono possibile la sussistenza stessa della società politica.

Il processo di «pluralizzazione» che, nel divenire della storia, ha conosciuto la società occidentale, ha incontrato come noto un primo, grande problema nel fatto religioso. La rottura dell'unità religiosa del mondo medioevale, ad opera della riforma protestante, ha immediatamente imposto alle società politiche l'esigenza della ricerca di «confini», di limiti, di regole di convivenza²²². La risposta fu, come tutti sanno, la regola posta dalla Pace di Augusta (1555): *cuius regio eius religio*. Una regola che può essere diversamente valutata, dal lato storico, sul metro della tolleranza; una regola certo che ripugna a noi moderni, ma che è servita per alcuni secoli, sin quasi alle soglie della nostra età, a segnare i confini della società politica.

L'attenuarsi e quasi lo svanire della lotta religiosa, anche in ragione del fenomeno della secolarizzazione, e quindi l'esaurirsi dell'operatività della regola augustana quasi più per ragioni legate a mutamenti sociali che all'affermarsi del diritto di libertà religiosa e del modello di Stato laico²²³, ha fatto storicamente incontrare la società occidentale con un altro grande problema, cioè un altro fattore di divisione: l'ideologia. Le dilacerazioni ed i conflitti nascenti della diversità ideologica, sia all'interno delle società nazionali che nelle più estese dimensioni internazionali, portarono anche qui alla individuazione di confini, che potessero separare i contendenti e rendere possibile la ricostruzione della convivenza nelle comunità politiche attorno a tavole di valori comuni. Con un criterio analogo a quello di Augusta, fu formulata una regola rozza, se si vuole, ma chiara e quindi efficace: gli accordi di Yalta (1945), in sostanza, applicarono a livello planetario la regola del *cuius regio eius religio*, laddove la religione non era più quella dell'ideologia (la *sententia* del moderno principe). Da allora e fino alla caduta dei muri del 1989, ai confini che segnavano due diverse ideologie e due diversi ondi, rispondeva la regola dell'appartenenza e della fedeltà necessaria del cittadino all'uno o all'altro sistema di valori²²⁴.

La società attuale ha conosciuto ormai – almeno così si dice – la fine delle ideologie²²⁵. Oggi si pone un ulteriore, diverso grande problema per la convivenza nelle società occidentali: il problema etico.

²²¹ J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, tr. It., Milano 1975, p. 131.

²²² Sulla complessità di questa ricerca, delle soluzioni teoriche e pratiche di volta in volta individuate, sempre molto fruttuosa la lettura dell'opera collettanea *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna 1975.

²²³ Ma sulla tornante suggestione dell'idea di «cristianità», anche nell'età della secolarizzazione, cfr. G. CAMPANINI, *L'utopia della nuova cristianità*, Brescia 1975; G. CAMPANINI-P. NEPI, *Cristianità e modernità. Religione e società civile nell'epoca della secolarizzazione*, Roma 1992. Per una particolare lettura, sotto

²²⁴ Una rapida ma efficace sintesi di questa realtà contrapposta in C. CARDIA, *Karol Wojtyła. Vittoria e tramonto*, Roma 1994, che in tal modo bene lumeggia la posizione di «terzietà» assunta dall'istituzione ecclesiastica, e soprattutto dalla Santa Sede (specie con il pontificato di Giovanni Paolo II), tra il mondo comunista ed il mondo occidentale secolarizzato.

²²⁵ Cfr. Per i diversi approcci teorici al dibattito sul declino delle ideologie, E. GUCCIONE, voce *Ideologia*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. BERTI e G. CAMPANINI, Roma 1993, p. 383 ss.

DI fronte al problema del «politeismo etico» in cui ci troviamo, nelle nostre società nelle quali non sussiste più un'etica condivisa, è possibile una nuova Augusta? È possibile una nuova Yalta?

La risposta non può che essere negativa, in primo luogo perché religione ed ideologia venivano, allora, a definire le relative forme di Stato, sicché la regola del *cuius regio eius religio (sen sententia)* era in qualche modo postulata dalla stessa configurazione della società politica. Oggi, al contrario, è proprio il principio di laicità – o, se si vuole, di neutralità, dinnanzi alle varie scelte individuali in materia religiosa, ideologica o etica – ad essere strutturale a quella particolare forma di Stato, che diciamo di democrazia pluralista²²⁶. In secondo luogo perché certamente ripugnano alla coscienza dell'uomo contemporaneo quei modelli politici e normativi, che risultano pertanto ormai improponibili.

3. La ricerca di una nuova regola giuridica

In altra occasione ho scritto delle ambiguità, almeno dal punto di vista giuridico, del termine laicità²²⁷. Senza tornare nel merito della questione, e nonostante la ben nota polisemia che il termine porta con sé²²⁸, certo è però che laicità dello Stato significa illegittimità dell'imposizione coattiva di un'etica. In altre parole può darsi che il principio di laicità è contraddetto da una duplice tentazione in cui, come l'esperienza insegna, può cadere lo Stato. Da un lato la tentazione di servirsi del diritto positivo per imporre un'etica, con gli inevitabili e ben noti esiti integralistici, sia nel caso in cui tale etica risulti radicata in un credo religioso, sia nel caso in cui essa abbia un radicamento filosofico o ideologico; dall'altro lato la tentazione di tradurre in norme la prassi sociale ispirata a certi principi etici, ovvero il sentire dei più, con la conseguenza che comunque attraverso il diritto positivo si impone un'etica alle altre. Senza dire poi, in rapporto a questa seconda tentazione, della contraddizione insita nel voler rimettere i giudizi di valore etico al principio maggioritario. In campo etico, infatti «i giudizi di valore e la loro verità non vengono affermati dalla decisione democraticamente assunta dalla maggioranza, ma in base a ben precise circostanze oggettive e riesaminabili e, cioè, in base ai loro risvolti ed alle loro conseguenze per l'esistenza umana, sia nel contesto dell'autorealizzazione della singola persona, che in quello del vivere comunitario»²²⁹.

Si deve d'altra parte rilevare che il pluralismo etico sussistente nel corpo sociale, in assenza di una indicazione posta dal legislatore, mette il ricercatore, il medico, operatore socio-sanitario, nell'impossibilità di decidere in base a principi etici definiti e condivisi; quelli personalmente professati,

²²⁶ Sui dilemmi attuali della democrazia cfr. R. GATTI, voce, *Democrazia*, in *Dizionario delle idee politiche*, cit., p. 153 ss., e particolarmente p. 161 ss. Ma vedasi pure A. Da Re, *Etica e politica*, ibid., p.279 ss.

²²⁷ G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile*, in *Il primato della coscienza*, cit., p. 35 ss.

²²⁸ Per una sintetica ma puntuale rassegna cfr. L. CAIMI, voce *Laicità*, in *Dizionario delle idee politiche*, cit., p.417 ss.

²²⁹ F. FURGER, voce *Volontà popolare*, in *Dizionario di bioetica*, cit., p. 1061.

d'altra parte, si dimostrano (almeno potenzialmente) confliggenti con quelli propri degli altri soggetti del rapporto. La diversità di tavole valoriali conduce inevitabilmente, nei rapporti tra privati, ad esiti di conflittualità un tempo impensabili; conflittualità che sarebbe proprio del diritto prevenire e dirimere, ma che insorgono e raggiungono i loro esiti dirompenti proprio nella misura in cui manca l'intervento del legislatore.

Insomma: sembra essere caduti in un circolo vizioso, dal quale pare impossibile uscire senza contraddizioni. Difatti se il legislatore fa propria un'etica fra le tante, viola il principio di laicità; se in nome di tale principio si astiene dal legiferare, lascia il campo libero ai conflitti ed alla sopraffazione dei più deboli da parte dei più forti, tradendo la funzione sua propria; d'altra parte il politeismo etico sussistente nel corpo sociale rende impossibile, nella prassi, decidere in base a principi etici condivisi, postulando di nuovo l'intervento del legislatore. Di questa situazione contraddittoria uno dei sintomi più evidenti è dato dal proliferare delle obiezioni di coscienza rivendicate che, non a caso, si moltiplicano proprio nel campo della ricerca e della prassi biomedica. Perché è evidente che queste tanto più incorrono nell'eventualità dell'insorgenza di un contrasto con la norma interna, o di coscienza, quanto più la società è pluralista dal punto di vista etico²³⁰. La dottrina giuridica ha tentato varie vie per uscire dal circolo vizioso, senza abdicare alla funzione propria del diritto, anzi, cercando proprio in questo le soluzioni al problema.

Una prima via tentata, e con autorevolezza²³¹, è stata quella del cosiddetto «diritto debole». Si intende con questa espressione un intervento del diritto positivo solo regolamentare, che segni tempi, modi e procedure, senza la pretesa di toccare i principi e, quindi, di fere delle opzioni etiche. Siffatta soluzione, che non è priva di una certa suggestività, se sottoposta ad attento esame mostra tuttavia i suoi gravi limiti. Perché un «diritto debole», meramente procedimentale, non è per natura sua in grado di risolvere i conflitti insorgenti nel corpo sociale. Ma è a tutti evidente che in tal modo il diritto finisce con l'abdicare alla funzione sua propria, che è appunto quella di prevenire e/o dirimere tali conflitti, contemplando i vari interessi in gioco secondo un criterio di giustizia.

Classico esempio al riguardo è quello della fecondazione eterologa. Il «diritto debole», infatti, può regolamentare la raccolta del seme, la conservazione nelle banche del seme, le modalità da seguire nelle varie metodiche di fecondazione e quant'altro. Esso tuttavia non sarà mai in grado di risolvere i conflitti fra gli interessi coinvolti: ad esempio interesse del donatore di seme all'anonimato e quello del concepito all'accertamento della paternità; l'interesse della donna nubile ad avere un figlio attraverso fecondazione artificiale e l'interesse del figlio ad avere un padre; l'interesse del marito della donna fecondata con seme

²³⁰ Rinvio al riguardo a quando ho scritto nel saggio *Obiezione di coscienza ed opzione di coscienza in materia sanitaria*, ora in *Bioetica e diritto*, cit., p. 107 ss. Cfr. anche in merito L. VANNICELLI, *L'obiezione di coscienza degli operatori sanitari*, Modena 1985.

²³¹ Così, ad esempio, S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DI MEO E C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Bari 1989, p. 41 ss.

di donatore a disconoscere la paternità e l'interesse del così procreato a vedere riconosciute le responsabilità genitoriali dell'uomo.

In questa prospettiva esemplare può essere il recente «caso di Cremona», laddove con discussa sentenza sia proceduto al disconoscimento di paternità del figlio nato a seguito di inseminazione artificiale eterologa, accertata l'*impotentia generandi* fin dalla nascita del marito, il quale peraltro aveva prestato il proprio consenso alla pratica inseminativa²³².

Altra soluzione indicata è stata quella di un diritto positivo rispettoso di tutte le etiche, prodotto cioè da un legislatore che si fermi alla soglia del cosiddetto «minimo comune etico»²³³. Come bene è stato notato, tratta sì di orientamenti di carattere artificiale, che non riescono a superare l'orizzonte della soggettività e della convenzione intersoggettiva²³⁴. I contenuti etici sui quali si consente convenzionalmente, e che quindi vengono tradotti in norme, sono contenuti «minimi» chi, si pensa, possono garantire la convivenza sociale. Così «si tratta di un accordo “pratico”, non “teoretico”: l'accordo è stipulato su basi convenzionali per finalità contingenti, non è fondato sul riconoscimento oggettivo e ultimativo di un “bene” universale»²³⁵. L'effetto tuttavia è che, in questo modo, viene tradito il postulato per cui funzione del diritto è quella di essere regola di giustizia.

Sul piano del fatto, poi, la crescita del «minimo etico» risulta essere assai difficoltosa, soprattutto in alcuni ambiti, dove più rilevanti sono gli interessi in gioco e maggiormente frammentate risultano essere le scale di valori etici esistenti nella società. Non è un caso - tanto per fare un esempio - che dopo una discussione durata molto a lungo il Comitato Nazionale per la Bioetica abbia prodotto virgola in materia di procreazione assistita, una rilevante mole di studi sociologici, nei quali le diverse posizioni sono chiaramente delineate, ma abbia trovato l'accordo unanime (cioè il «minimo etico») su pochissimi punti, al limite quasi dell'ovvio²³⁶.

la realtà è che, nella prassi, assai limitati sono i casi nei quali problemi bioetici permettono l'individuazione di soluzioni che si pongono sul piano dell'«et... et...»; Nella più parte dei casi essi, al

²³² Tribunale Cremona, sent. 17 Febbraio 1994, in *il diritto di famiglia e delle persone*, 1994, p. 702 ss., per il quale annulla rileva il consenso prestato dal marito all'inseminazione artificiale della moglie, sia per l'insistenza nel vigente ordinamento di una norma specifica che a tale consenso riconnetta l'esclusione dell'azione di disconoscimento; sia perché unico e imprescindibile presupposto di ogni rapporto giuridico di filiazione e il rapporto biologico di sangue; sia perché un consenso in tal senso sarebbe comunque inefficace, vertendo su uno *status* personale indisponibile.

²³³ Cfr. Ad esempio J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, tr. It., Milano 1982.

²³⁴ Cfr. E. Sgreccia, *Manuale di bioetica*, I, cit., p. 86 Nella criticata prospettiva si pongono in definitiva anche quegli orientamenti, chiamati ad esempio del «federalismo funzionale biomedico», secondo i quali dinnanzi al pluralismo etico la società potrebbe riconoscere e legittimare le sotto comunità morali, consentendo loro di organizzarsi per sostenere le relative credenze intorno ai trattamenti biomedici: cfr. in tal senso P. MARTELLI, *Bioetica, pluralismo morale futuro della cittadinanza*, in AA. VV., *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà e con la collaborazione di M. PELAJA E G. BONACCHI, Bari 1993, p. 5 ss. Essi infatti presuppongono pur sempre un accordo valoriale per la convivenza.

²³⁵ L. PALAZZANI, E. SGRECCIA, *Il dibattito sulla Fondazione etica in bioetica*, in *Medicina e morale*, 1/1992, p. 864

²³⁶ Per riferimento di legislazione comparata cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *La legislazione straniera sulla procreazione assistita*, Roma (s.d.)

contrario, postulano soluzioni sul piano dell'«aut... aut...», sul quale evidentemente non ha senso ricercare un punto di accordo.

4. Una prima soluzione: la Costituzione come tavola di valori comuni

Già in altra occasione ho avuto modo di rilevare come ne *L'uomo e lo Stato* di Jaques Maritain vi sia un capitolo che, forse, può essere riletto utilmente oggi, dinnanzi al pluralismo etico che caratterizza la società occidentale contemporanea ²³⁷. Un capitolo che, in altre parole, puoi aiutare la riflessione sui rapporti tra laicità dello Stato e questione bioetica. In tale capitolo, dedicato alla Carta democratica ²³⁸, cioè alla Costituzione del moderno stato di democrazia personalista e pluralista, si pone lucidamente in evidenza come il grandioso sforzo della *civitas christiana* medievale, di costruire cioè la vita della comunità politica sul fondamento dell'unità della fede teologica e del credo religioso virgola non sia più riproponibile. Oggi possiamo aggiungere alla luce dell'esperienza, che lo stesso deve dirsi a proposito dell'etica, una volta che i processi più sopra accennati hanno prodotto la frantumazione delle tavole di valori comuni.

È del tutto evidente che una moderna democrazia non può imporre, ai suoi cittadini, come condizione di appartenenza, un credo filosofico, ideologico, religioso, oggi diremmo anche etico. Eppure, per riprendere la pagina maritainiana, Una società di uomini liberi non può non presupporre alcuni principi fondamentali, costituenti il cuore e la ragione stessa della propria esistenza. Nel senso che «Una democrazia autentica implica il consenso degli spiriti e delle volontà su ciò che concerne le basi della vita comune: essa è cosciente di se stessa e dei suoi principi e dev'essere capace di difendere e promuovere la propria concezione della vita sociale e politica: essa deve creare all'interno di se stessa un credo umano comune».

Siffatto credo umano comune non può che essere individuato nei «principi puramente pratici sui quali cittadini hanno accettato di fondare la loro vita comune, nonostante la diversità o l'antitetività delle loro tradizioni spirituali o delle scuole di pensiero», cioè nei principi racchiusi nella Carta fondamentale. Questa, in definitiva, sarebbe nella concezione maritainiana la «fede democratica secolare» in cui non solo l'intelligenza, ma anche il cuore dei consociati è decisamente impegnato. Non a caso tutti gli ordinamenti,

²³⁷ G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, ora in *Il primato della coscienza*, cit., p.150

²³⁸ Cfr. J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, cit., p. 132 ss.

anche i più democratici, pongono una norma di chiusura e di garanzia che postula il «dovere di fedeltà» del cittadino virgola che va ben oltre la mera osservanza formale delle leggi o della stessa Costituzione²³⁹.

Nella costituzione, dunque, va individuata - secondo il pensiero del filosofo francese - Quella tavola di valori comuni che «è richiesta per l'unità stessa del corpo politico» ed alla quale lo Stato è chiamato ad educare. Il richiamo alla Costituzione è tale da tacitare le coscienze dei giuristi positivi, sempre in pericolo di dilaceramenti tra l'esigenza di non discostarsi dal dato normativo e di richiamo ad un ordine di giustizia, che quello può violare. Tale richiamo contiene, d'altra parte, una forza di suggestione nel sentire comune, capace di far trovare un immediato e formale consenso.

Eppure anche il richiamo alla costituzione può non essere risolutivo. È di comune esperienza, ad esempio, che la possibilità di interpretazioni diverse delle disposizioni costituzionali riproduce, pari pari, la questione del conflitto tra tavole di valori: si pensi, per quanto attiene all'ordinamento italiano, alle controverse interpretazioni concernenti la qualificazione della famiglia come «società naturale» (art. 29 Cost.)²⁴⁰; ovvero alla difficoltosa individuazione del «rispetto della persona umana», come limite inderogabile posto alle leggi dispositive di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32 Cost.)²⁴¹. Senza contare la difficoltà di trovare un comune consenso addirittura sul significato giuridico di termini quali «persona» o espressioni quali «dignità della persona»²⁴². È del tutto evidente, in altre parole, che in siffatte circostanze il procedimento interpretativo conduce nuovamente al primato della tavola di valori etici sul diritto positivo, nella misura in cui è l'etica professata dall'interprete che finisce per guidarlo nella ricerca del significato delle norme, così come nella riconduzione ad unità del sistema.

D'altro lato il richiamo alla Costituzione può risultare un espediente del tutto formale. Vero è che nel caso italiano l'art. 54 Cost. pone a tutti i cittadini «Il dovere di essere fedeli alla Repubblica», cioè di aderire intimamente e con lealtà al «credo umano comune», che è espresso nella tavola di valori racchiusa nel testo costituzionale. Ma è anche vero che a questo obbligo, «Inderogabile», sì (alla luce del disposto dell'art. punto due Cost.) eppure sfornito di sanzione, risponde poi di fatto una mera presunzione di consenso da parte dei consociati.

Così come formale può risultare l'affermazione che nella Costituzione sono i principi, sui quali i cittadini hanno accettato di fondare la loro vita in comune. Se non altro perché, nonostante la sussistenza di meccanismi di garanzia volti a rendere difficili i mutamenti costituzionali, le revisioni della Costituzione sono sempre possibili. L'art. 138 certamente rende «rigida» la Costituzione Italiana, impedendo cioè che

²³⁹ Tale funzione è svolta, per l'ordinamento italiano, dall'art. 54 Cost., su cui cfr. S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza punto una riflessione sullo stato «laico»*, Napoli 1986

²⁴⁰ Cfr. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali. Art. 29*, in *Commentario della costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1976, p. 8 ss. Si vedano anche, per specifici approfondimenti, P. DE LEONARDIS, *Ordinamento e famiglia (profili pubblicistici)*, Bari 1984, R. BIAGI GUERRINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano 1989.

²⁴¹ Cfr. D. VINCENZI AMATO, *Rapporti etico-sociali. Art. 32, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione*, cit. p. 167 ss.; con specifico riferimento alla materia della sperimentazione G. Dalla Torre, *Sperimentazione e consenso nelle «Norme di buona pratica clinica»* in *Bioetica e diritto*, cit., p. 67 ss.

²⁴² F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale. Saggio*, Torino 1987.

una esigua maggioranza possa imporre ad una grande maggioranza nuove tavole di valori e nuove regole del gioco; ma esso evidentemente non è tale – né in tal senso ne vedeva la funzione il Costituente - da garantire che ogni revisione costituzionale avvenga col consenso unanime dei consociati. Esso, In altre parole, non esprime l'antica *regula juris*, secondo la quale «*quod omnes tangit, ab omnibus probari debet*»²⁴³.

Soprattutto il suggerimento di Maritain può ricondurre nell'ambiguità il discorso, se della Costituzione venga esaltata una concezione eminentemente pragmatistica e contrattualistica. Perché è del tutto evidente che virgola in siffatto caso, la carta fondamentale non sarebbe altro che l'atto normativo sanzionante il «minimo comune etico», più sopra criticato.

Diverso se si consideri la Costituzione, sintesi sociale condivisa, come espressione di quel moto dell'esperienza giuridica contemporanea, proprio sia gli ordinamenti interni degli Stati (costituzionalismo) sia all'ordinamento internazionale (dichiarazioni e carte dei diritti), volto al superamento dello statualismo giuridico e del positivismo giuridico; un moto tendente al progressivo avvicinamento ad un ordine giuridico meta-positivo, Intrinsecamente valido, assiologicamente superiore al diritto positivo e quindi dotato di una superiore obbligatorietà nei confronti di questo. Significativa in tal senso la tematica dei diritti umani - che tanta valenza ha proprio sul terreno bioetico -, che manifesta a livello planetario l'assillante ricerca di strumenti giuridici di tutela dell'uomo, sottratti ai relativismi di tempo e di luogo. Come incisivamente è stato scritto, i diritti umani «altro non sono che il modo con cui si presentano nel nostro tempo - e in forma particolarmente agguerrita - le istanze più profonde del giusnaturalismo», anche se «la scienza giuridica contemporanea esista ancora a riconoscersi giusnaturalista»²⁴⁴. Non c'è dubbio d'altra parte che, sia pure con differenze a volte rimarchevoli, le Costituzioni presentino un forte accento giusnaturalistico²⁴⁵.

Nella Prospettiva che si è venuta ora delineando, può naturalmente svilupparsi un'analisi del nostro testo costituzionale, volta ad individuare i principi aventi una definita rilevanza sul piano bioetico. Così, ad esempio il principio personalistico il rapporto alla tutela della vita; il principio della salvaguardia della dignità della persona umana e dell'uguaglianza; il principio di relazionalità-coesistenzialità, con particolare riferimento al principio di familiarità; il principio di solidarietà; il principio del libero consenso ai trattamenti sanitari; il principio della libertà di coscienza, col conseguente corollario del riconoscimento dell'obiezione di coscienza²⁴⁶.

²⁴³ Cfr. Reg. 29, R.J., in VI.

²⁴⁴ Così F. D'AGOSTINO, voce *Diritto naturale*, in *dizionario delle idee politiche*, cit., p.224.

²⁴⁵ Cfr. G. MORELLI, *Il diritto naturale nelle Costituzioni moderne. Dalla «dottrina pura del diritto» al «sistema dell'ordinamento democratico positivo»*, Milano 1974.

²⁴⁶ Questi principi sono stati fatti oggetto di approfondimento in G.DALLA TORRE, *Bioetica e ordinamento giuridico italiano*, in *Bioetica e diritto*, cit., p. 29 ss.

5. Una seconda soluzione: dalla «opzione etica del diritto» all'«etica del diritto»

Le considerazioni sviluppate sin qui mettono sufficientemente in evidenza come il problema della laicità dello Stato, rispetto alla pluralità di opzioni etiche rilevabili in rapporto alle prassi bio-mediche, divenga poi sostanzialmente il problema della laicità del suo diritto. Ma le considerazioni sin qui sviluppate pongono altresì in evidenza la difficoltà, per non dire l'impossibilità, per il legislatore di produrre un diritto laico, intendendo questa espressione nel senso di un diritto «neutrale» dinanzi alle diverse tavole di valori etici professate nel corpo sociale.

In verità il diritto positivo non è mai neutrale, sia laddove viene ridotto a mera tecnica al servizio dell'organizzazione politica dello Stato, sia laddove diviene espressione della volontà della maggioranza. A ben guardare, poi, il diritto per natura sua non può essere neutrale, comportando sempre un giudizio di valore: quando impone un comportamento, che quindi considera buono, così come quando ne proibisce un altro, che perciò giudica malvagio; a maggior ragione quando, al di là di un ruolo meramente garantistico, è chiamato a svolgere una funzione «promozionale», vale a dire allorché si muove secondo quella che canonisticamente si direbbe la «*ratio boni perficiendi*». La stessa concezione meramente procedimentale o regolamentare del diritto non evita il fatto scoglio, giacché le regole e le procedure rispondono pur sempre a dei modelli valoriali virgola che si ritiene debbano essere imposti e salvaguardati.

Probabilmente alle radici del problema e di tutti gli equivoci che ne derivano è il condizionamento che la cultura giuridica, e quindi la prassi, subiscono ancora dalla lunga stagione del positivismo giuridico, le cui influenze negative tardano a morire. Incisivamente a riguardo si è sottolineata la «caratteristica fragilità della cultura giuridica contemporanea, che ha saputo liberarsi dal formalismo, che ha saputo denunciare i limiti dello Statualismo giuridico, che è largamente permeata dal discorso assiologico, ma che ciò non di meno resta sul piano metodologico in un' aura di ambiguità, legata come è tuttora ha un non meglio precisato primato della "legge", che, se non viene più intesa positivisticamente come la mera volontà del legislatore, non è meno identificata con quelle istanze fondamentali di giustizia che sono l'hard core del giusnaturalismo»²⁴⁷.

Ma se la tematica dei diritti umani - i quali tali non sono se non riferibili a tutti, sempre e dappertutto²⁴⁸ - pone in evidenza il nodo della soggezione del diritto positivo ad un modello giuridico superiore, sul quale valutare la sua legittimità, è da domandarsi se il problema delle scelte etiche del diritto non debba essere considerato alla luce di siffatto rapporto. In altri termini il problema non è se il diritto debba scegliere una fra le tante tavole di valori etici, se debba privilegiare un'etica rispetto alle altre, se

²⁴⁷ F. D'AGOSTINO, *Diritto naturale*, cit.

²⁴⁸ Cfr. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, p. 137 ss.; Id, *Il diritto naturale e l'universalizzazione del diritto*, in AA. VV., *Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI secolo* (Atti del Colloquio internazionale dell'Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici: Roma, 10-13 gennaio 1991), Milano 1993, p. 25 ss.

debba garantire una qualsivoglia etica. Il problema è piuttosto di vedere quale sia la specificità strutturale del diritto, cui questo deve necessariamente rimanere coerente, pur nella diversità delle scelte che poi, sul terreno del diritto positivo, il legislatore ha chiamato di volta in volta ad operare. Ultimativamente il problema è di chiarire se il diritto, qual esperienza umana di «dover essere» non abbia una propria, specifica etica, che è chiamato a garantire pena la negazione di se stesso.

Al riguardo si è rilevato che il diritto, come modalità di relazione intersoggettiva, si struttura come specifica risposta alle esigenze - ontologicamente oggettivabili - della coesistenza, e si è osservato che esso ha un carattere universale e trans - culturale. il diritto cioè è universale «Perché nel suo ambito di applicazione si rivolge a tutti gli uomini, indistintamente ,in virtù della loro mera appartenenza alla specie umana, è al tempo stesso trans- culturale perché , al di là delle differenti specificazioni sul terreno positivo « è Singolarmente costante nella sua esigenza strutturale di difesa e promozione dei bisogni umani (come si rende evidente nel fatto che solo per suo tramite che le culture, per quanto lontane possano reciprocamente essere virgolo possiedono tuttavia una via di comunicazione reciproca)»²⁴⁹

Si è giunti a dedurre, da quanto sopra, il carattere laico del diritto. Nel senso che il diritto è laico del diritto. Nel senso che il diritto è laico nel suo principio perché riconosce all'uomo le spettanze che adesso vanno riconosciute, in modo assoluto; perché tali spettanze riconosce all'uomo non «In virtù della sua provenienza etnica, della sua confessione religiosa, dei suoi meriti intellettuali e morali, o in ossequio ha una volontà divina e umana, ma esclusivamente in virtù della sua dignità di essere umano. Ecco perché ciò che nei costumi, nelle razze, nelle lingue, nelle ideologie e appare diviso e spesso incapace di comunicazione, viene invece riunito e saldato dal diritto»²⁵⁰.

L'etica propria del diritto, dunque, è individuabile in rapporto al suo porsi come strumento di comunicazione universale tra gli uomini all' essere struttura di pace; e caratterizzata da alcuni principi basilari quali il reciproco riconoscimento della dignità di essere umano, la simmetria delle posizioni e quindi la reciprocità di diritti e doveri , il criterio di giustizia nella definizione delle relazioni intersoggettive, nel quale è la garanzia che non siano indebitamente sacrificati interessi individuali meritevoli di tutela e viceversa. insomma: il diritto non è un veicolo autoritario per imporre valori non condivisi, ma un sistema razionale di carattere pubblico e obiettivo, di difesa e promozione dei soggetti relazione.

Nel campo bioetico tutto ciò gravido di significative conseguenze. nell'ambito della procreazione assistita, ad esempio, si deve pensare che è giuridicamente – ancorché non sempre moralmente²⁵¹ - lecita

²⁴⁹ F. D'AGOSTINO, *Ripensare la laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, in AA:VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, a cura di G. DALLA TORRE, Torino, 1993, p. 49 s.

²⁵⁰ Ibid., p. 50 s.

²⁵¹ Cfr. E. SGRECCIA – M. L. DI PIETRO, voce *Procreazione artificiale*, in *Nuovo dizionario di teologia morale*, a cura di F. COMPAGNONI, G. PIANA, S. PRIVITERA, Cinisello Balsamo 1990, p. 994 ss.; cfr. anche D. VACCARO, voce *Procreazione assistita*, in *Dizionario di bioetica*, cit., p. 751 ss. Per i profili più strettamente giuridici cfr., fra i molti, F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano 1984.

la pratica di fecondazione artificiale solo qualora rispetti tutte le parti del rapporto: l'interesse della donna alla procreazione, che appare meritevole di tutela nella misura (e nei limiti in cui) la sterilità è considerabile come patologia, e l'interesse del nascituro alla vita, ad avere un padre in un gruppo familiare stabilmente costituito, a non essere discriminato (ad esempio in ordine alla ricerca della paternità) per ragione delle sue condizioni personali, cioè delle modalità della sua nascita.

Qualora gli interessi in rapporto entrino in conflitto, il diritto, per propria vocazione strutturale, deve scegliere per il più debole. Si pensi ad esempio in materia di sperimentazione, ai delicati rapporti tra sperimentatore e paziente, tra madre in gravidanza ed embrione, tra équipe di ricerca e singolo ricercatore che acceda alla autosperimentazione²⁵².

In alcuni casi, poi, l'azione che si vuole porre in essere risulta di per sé giuridicamente illecita, proprio perché incide su principi qualificanti l'etica del diritto. Così ad esempio nell'eutanasia, in quanto procedura che coinvolge due soggetti (medico e paziente) alterando la struttura relazionale del diritto, sia nel caso in cui sia il medico a dover decidere della vita del paziente, asservendo questi alla propria volontà: sia nel caso in cui, al contrario, sia il paziente a poter pretendere dal medico l'atto eutanasi, asservendo costui e la sua professionalità alla propria volontà²⁵³.

6. Etica del diritto, bioetica e laicità della Stato

Esiste una certa paradossalità nella questione bioetica. A ben guardare, infatti, quando la società aveva una tavola di valori etici condivisi, sì da poter fornire senza dilacerazioni nel corpo sociale criteri valoriali capaci di guidare la prassi, questa, nel campo scientifico e tecnologico, non era tale da porre davvero interrogativi ultimativi; oggi che il progresso scientifico e tecnologico, applicato al campo della biomedicina, continuamente pone interrogativi fondamentali e scelte radicali; spesso senza via di ritorno, la società non riesce ad individuare valori capaci ad orientare l'agire dell'uomo, perché profondamente divisa al proprio da quello che s'è detto il «politeismo etico».

Viceversa sul piano dell'esperienza giuridica è dato constatare che, soprattutto sotto la grande sollecitazione posta dalla tematica dei diritti umani, dopo la stagione delle ebrezze statualistiche e

²⁵² Si vedano in merito, anche alla luce della direttiva CEE n. 507 del 1991 contenente la *Good Clinical Practice for Trials on Medicinal Products in the European Community*, i vari contributi pubblicati in AA. VV., *Lineamenti di etica della sperimentazione clinica*, a cura di A. G. SPAGNOLO e E. SGRECCIA, Milano 1994. Per gli aspetti morali cfr. E. SGRECCIA A. G. SPAGNOLO, voce *Ricerca e sperimentazione biologica*, in *Nuovo dizionario di teologia morale*, cit., p. 1102 ss.

²⁵³ Cfr. In proposito S. COTTA, *Aborto e eutanasia: un confronto*, in *Rivista di filosofia*, 1983, n. 25/27, p. 22. Per i profili più strettamente morali cfr. K. DEMMER, voce *Eutanasia*, in *Nuovo Dizionario di teologia morale*, cit., p. 394 ss.

positivistiche, si torna a ricercare il proprium del diritto, di ciò che è in grado di assicurare che le scelte del legislatore siano veramente laiche, perché sottrarre all'arbitrarietà e ad un uso di parte²⁵⁴.

2. G. DALLA TORRE, *Identità religiosa, comunità politica e diritto*, in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti. Studi raccolti da Francesco D'Agostino*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 51-67

SOMMARIO: 1. Pluralità delle culture, fattore religioso, universalità del diritto. – 2. Il difficile cammino del pluralismo religioso. – 3. Dal diritto all'eguaglianza al diritto alla diversità. – 4. Fra territorialità e personalità del diritto: le necessarie rivisitazioni. – 5. Un riferimento provocatorio: l'ordinamento canonico come paradigma per gli ordinamenti statali?

1. Pluralità delle culture, fattore religioso, universalità del diritto

L'ambivalenza del termine cultura è ben nota. Da un lato, infatti, esso sta ad indicare il sistema di valori, di tradizioni, di concezioni, di comportamenti che sono condivisi da un gruppo umano in un determinato momento storico, che ne definiscono l'identità, che ne supportano l'organizzazione e quindi le regole interne di comportamenti, relativamente sia agli individui che ai sottogruppi nei quali questi si associano. Dall'altro lato, invece, tale termine significa l'attività intellettuale, artistica, anche scientifica, di comunicazione svolta dagli artefici e diffusori della cultura, così come il prodotto di tale attività virgola che forma ed alimenta il patrimonio culturale di un gruppo, produce il comune sistema di valori, determina i paradigmi del comportamento individuale collettivo.

²⁵⁴ In una prospettiva tipicamente storicistica, critica il richiamo alla funzione propria del diritto S. RODOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in AA. VV., *Questioni di bioetica*, cit., pp. 421 ss., per il quale categorie e norme giuridiche sono inderogabilmente connesse alle specifiche situazioni storiche ed ai paradigmi scientifici che le hanno ispirate. Senza entrare nell'approfondimento della questione, basti qui osservare che una prospettazione del genere mal si concilia con quella tematica dei diritti umani, invocati anche in campo biomedico, la quale postula fra l'altro l'abbandono d'ogni approccio storicistico.

A chi intenda approfondire i nodi problematici sottesi al tema dei rapporti fra pluralità delle culture e universalità dei diritti, non può sfuggire il rilievo che assume l'analisi del fenomeno religioso, nella sua estrinsecazione sociale e nella sua realtà ordinamentale. Giacché esso diviene potente fattore di cultura, nell'uno e nell'altro dei due sensi indicati. La religione, infatti, come patrimonio dogmatico, morale, liturgico, legato ad un insieme di credenze attinenti ad un ordine superiore, trascendente, sovranaturale, costituisce un forte sistema di valori identificante un gruppo umano; quel gruppo umano che i giuristi definiscono con l'espressione di «confessione religiosa»²⁵⁵.

D'altra parte è di comune esperienza, anche di chi non professi alcuna fede religiosa né eserciti pratiche religiose, quale e quanto sia il ruolo che il fenomeno religioso svolge, sempre, nel formare il patrimonio culturale di un gruppo umano è nel determinare il comune sistema di valori. quanto cioè il fenomeno religioso sia produttore di cultura in senso stretto; come solleciti, ispiri, orienti, sorregga l'attività intellettuale ed artistica, così come l'attività di comunicazione, attraverso la quale quel patrimonio si crea, si arricchisce, si sviluppa.

Insomma: nel fenomeno religioso è sicuramente da individuare uno dei fattori, e tra i più rilevanti, del pluralismo delle culture. Un pluralismo dinnanzi al quale il giurista si interroga, per conoscere quale propriamente debba essere la funzione sua e del diritto: se prescrittiva o non, piuttosto, descrittiva, nel senso di sanzionatrice dell'esistente; se promozionale verso obiettivi di superamento delle diversità, ovvero garantistica delle diversità esistenti.

Del resto la storia, e segnatamente la storia del continente europeo, dimostra largamente come proprio il fenomeno religioso sia stato di tempo in tempo elemento di identità nazionale, ovvero fattore di dilaceramento interno e di disgregazione della comunità politica; come specularmente il diritto positivo sia stato di volta in volta chiamato a svolgere funzioni di sostegno dell'identità (anche religiosa) nazionale, ovvero di convivenza nella diversità; come il richiamo ad un ordine giuridico pre-positivo, in quanto tale e uguale sempre, per tutti e dappertutto, sia la costante argomentazione difensiva delle minoranze religiose. A ben vedere, tutta la storia della libertà religiosa è la storia della dialettica tra diritto positivo e diritto prepositivo, tra diritti particolari e universalità dei diritti²⁵⁶.

²⁵⁵ per alcune precisazioni terminologiche al riguardo rinvio a G. DALLA TORRE, *Stato e confessioni religiose*, in E. BERTI – G. CAMPANINI (a cura di), *Dizionario delle idee politiche*, AVE, Roma, 1993, p. 870 e s.

²⁵⁶ Al riguardo è d'obbligo in riferimento a F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1901; (cfr. anche le riedizioni, Milano, Feltrinelli, 1967, con *Introduzione* di A.C. JEMOLO e 1991 con *Post fazione* di F. MARGIOTTA BROGLIO); ID., *Corso del diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924; cfr. anche la riedizione, Il Mulino, Bologna, 1992, con *Introduzione* di S. FERRARI). Ma si veda anche R.H. BANTON, *La lotta per la libertà religiosa*, tr. It. A cura di F. MEDIOLI CAVARA, il Mulino, Bologna, 1963. un particolare approfondimento in G. LOMBARDI, *Persecuzioni laicità libertà religiosa. Dall'Editto di Milano alla «Dignitatis humanae»*, Studium, Roma, 1991.

2. Il difficile cammino del pluralismo religioso

Nell'esperienza occidentale dei secoli a noi più prossimi, cioè nell'ambito di quella forma di organizzazione della comunità politica che si suole genericamente definire come «Stato moderno», il pluralismo religioso è ri guardato con sospetto.

Tra le ragioni di questo atteggiamento e virgola certamente, il peso culturale della grande tradizione medioevale, la memoria nostalgica del regime di *christianitas* che caratterizzò l'era di mezzo e tanto profondamente incise nella formazione dell'identità dell'uomo europeo; cioè il ricordo del periodo in cui il cristianesimo divenne il crogiolo di fusione di più culture – la greco-latina classica, la germanica, la slava, la celtica – dando vita ad una cultura nuova, ad una nuova identità, ad un popolo che nel proprio patrimonio genetico aveva marcati segni distintivi e le ben note potenzialità di sviluppo in tutti i campi dell'esperienza umana.

Siffatta tradizione recava con sé un modello ben preciso di comunità politica, in cui il fattore religioso costituiva «collante» anzi: l'unico collante dell'unità politica e, conseguentemente, dell'unitaria organizzazione giuridico-istituzionale. Popoli diversi per razza, per lingua, per tradizioni, persino per diritto, erano tuttavia uniti dalla professione della medesima fede religiosa.

In tale realtà, i confini della chiesa come comunità di credenti (oggi si direbbe come popolo di Dio), coincidevano con i confini della comunità politica (l'impero Cristiano), sì che l'espressione *christianitas* veniva al tempo stesso ad indicare società religiosa e società politica, realtà spirituali e realtà corposamente temporali.

Nella medioevale *societas christiana* il principio dualistico proprio del cristianesimo si esplica non in una distinzione di società (Stato e Chiesa), ma in una distinzione di poteri (potere civile, potere ecclesiastico) all'interni dell'unica ed unitaria *societas*; in essa il potere politico e l'ordinamento giuridico trovano legittimazione in un principio religioso che può essere individuato nella regalità di Cristo. Una regalità non solo spirituale ma anche e più corposamente temporale; una regalità che comporta una strutturazione gerarchica della società politica, con una funzione eminente del Pontefice, in quanto vicario di Cristo, nella legittimazione del potere temporale. La nota allegoria medioevale delle due spade, ovvero quella del sole e della luna, raffigurava precisamente siffatta situazione.

Come tutti sanno l'età moderna rompe quell'unità. Il pluralismo religioso che, nella realtà europea, costituisce uno degli effetti della Riforma protestante, genera a sua volta il pluralismo statale. Lo Stato moderno, infatti nasce propriamente dalla dissoluzione dell'impero medioevale, dovuta al venir meno del collante che teneva uniti popoli così diversi: la professione della medesima fede religiosa.

Quale la realizzazione dello Stato moderno dinnanzi al pluralismo religioso? La realizzazione. È stata di non accettazione, muovendosi sostanzialmente su due linee diverse di lotta al pluralismo religioso: quella dell'assimilazione da una parte, quella della estraneazione dall'altra.

La linea dell'*assimilazione* è tipica dei primi secoli dell'età moderna: si pensi all'esperienza degli Stati assoluti in rapporto al fenomeno religioso, con vistosi passaggi da posizioni di una qualche tolleranza a posizioni di netto intransigentismo. Emblematica in tal senso la revoca dell'editto di Nantes, nell'ottobre del 1685, da parte del più chiaro rappresentante dell'assolutismo di Luigi XIV. Ma tale linea non manca di riemergere, di tanto in tanto nella storia. Si pensi, almeno come tendenza, alla cosiddetta «riconfessionalizzazione» di ordinamenti statali del nostro secolo, ad esempio in seguito al Concordato Italiano del 1929 o a quello spagnolo del 1953.

A ben vedere, linea dell'assimilazione porta a ricostruire l'unità religiosa ritenuta essenziale per l'unità politica e per l'identità nazionale con l'autorità della legge: *cuius regio eius religio*, appunto, secondo la chiara regola dettata dalla Pace di Augusta (1555). Ciò comporta, naturalmente, una serie di conseguenze in termini di conflittualità in seno al corpo sociale, di inevitabili illiberalità dell'ordinamento giuridico, di violenze fatte a diritti individuali e collettivi. Insomma: mentre prima, nell'età di mezzo, l'unità era spontanea e nasceva dal basso, ora essa diviene forzata ed imposta dall'alto.

L'altra linea, quella della *estraneazione*, è tipica dei tempi più recenti, in particolare dello Stato liberale. È una linea che porta ad espungere qualsiasi rilevanza del fatto religioso dalla vita della comunità politica, seppure attraverso l'esperienza di diversi percorsi culturali: la laicità, la aconfessionalità, il laicismo. In essa la religione viene intesa come un fatto meramente privato, che non ha una emergenza sociale politica.

La cosa singolare è che si cercano comunque dei surrogati al fatto religioso, in ordine alla funzione che questo aveva avuto, per lungo tempo, nel garantire l'unità del corpo sociale e l'identità nazionale. In luogo della religione trascendente, che viene emarginata, tali surrogati si cercano e si individuano nelle religioni secolari: come l'idea di nazione virgola che nell'età del romanticismo fa coincidere popolo con etnia; come l'ideologia, che nel secolo trascorso incarna il più evidente tentativo, in chiave secolarizzata, «dell'altare» un posto a sorreggere il «trono»²⁵⁷.

La stessa idea maritainiana della Costituzione come religione secolare della moderna società pluralistica può essere ricondotta, a ben vedere, a tale tentativo. Come noto, a Jacques Maritain la moderna democrazia non può imporre i suoi cittadini, come condizione di appartenenza, o un credo filosofico, ideologico o religioso. Ma una società di uomini liberi non può non presupporre alcuni principi

²⁵⁷ Come osservava Maritain, gli Stati totalitari del nostro tempo, pretendendo di «rivendicare per se stessi la fede, all'obbedienza e l'amore che l'uomo religioso dà al suo Dio», non hanno prodotto che la «contraffazione ipocrita e violenta» dell'antica concezione medievale, ed «il tentativo di imporre il proprio credo allo Spirito delle masse attraverso il potere della propaganda, delle menzogne, della polizia» (cfr. J. MARITAIN, *L'uomo e lo stato*, tr. it. a cura di A. FALCHETTI, Vita e Pensiero, Milano, 1975, p.132 e s.).

fondamentali comuni, costituenti il cuore e la ragione stessa della propria esistenza; essa deve creare al proprio interno un «credo umano comune», dato dai «principi puramente pratici sui quali i cittadini hanno accettato di fondare la loro vita comune, nonostante la diversità o l'antitetività delle loro tradizioni spirituali ho delle scuole di pensiero». Questa «fede democratica secolare» sarebbe, appunto, la Costituzione.

Non è il caso di entrare non esame ed in una valutazione storica di tale ricerca. Certo è il fallimento del nazionalismo e dell'ideologia, che se non hanno saputo assicurare stabilmente ed allungo l'unità e l'identità della comunità politica, anno per altri versi fatto pagare un altissimo prezzo sia in termini di violazione dei diritti umani, sia in termini di guerre esterne così come di repressioni interne. « »

3. Dal diritto all'eguaglianza al diritto alla diversità.

In che modo lo Stato contemporaneo ha cercato di risolvere, nel garantire l'unità della comunità politica, il problema posto dall'accentuarsi del pluralismo religioso (ma non solo religioso) sussiste nel corpo sociale?

In fedeltà al processo di estraneazione dal fenomeno religioso, sopra evidenziato e tipico dell'età a noi più vicina, lo Stato ha fatto leva sul *principio di eguaglianza* inteso quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale, caratterizzante la forma di Stato detta di «democrazia pluralista», alla luce del quale vanno risolte tutte le questioni attinenti ai rapporti fra individui e gruppi. In tale contesto, la non-rilevanza del fatto religioso si fa valere, nel concreto dell'esperienza giuridica, con l'affermazione rigida, intransigente, assoluta del principio per cui tutti sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di religione²⁵⁸.

L'acquisizione del principio di eguaglianza come principio regolatore della convivenza, a livello individuale così come a livello collettivo, all'interno dell'ordinamento statale, ha avuto effetti positivi che non possono essere sottaciuti, soprattutto in ordine alla concreta affermazione dei diritti della persona. Peraltro alla lunga ha mostrato anche i propri limiti, nella misura in cui l'esperienza giuridica (nel campo della legislazione, dell'amministrazione, della stessa giurisprudenza) ha portato all'assoluzione di tale principio, facendone perdere poco a poco di sostanziale efficacia.

Si è dimenticato, infatti, che quello di eguaglianza è principio caratterizzato da una strutturale relatività: esso è violato sia nel trattare in maniera diversa situazioni eguali, sia nel trattare in maniera eguale situazioni eguali situazioni diverse. Proprio in materia religiosa l'assolutizzazione del principio di eguaglianza ha mostrato i limiti dell'interpretazione intransigente; ha costituito - forse paradossalmente,

²⁵⁸ Art. 3 Cost.; artt. 8, 10; art. 20. Ho approfondito queste problematiche in *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Giappichelli, Torino, 1995.

ma non troppo - la massima negazione di quegli obiettivi di rispetto, nel senso più compiuto, della persona umana nella sua integralità virgola che invece si vorrebbero tutelare invocando tale principio. Si pensi soltanto – per fare un esempio -alle controversie insorte, in vari Stati, a proposito del riconoscimento agli effetti civili (per quanto attiene ad esami e concorsi pubblici, a rapporti di lavoro alla notificazione di atti, al computo di termini, ecc.) del giorno religioso festivo: l'individuazione di un giorno festivo valido per tutti, a prescindere dalla comunità religiosa di appartenenza, finisce per essere una vistosa violazione del principio di eguaglianza. questo richiede, infatti virgola che a ciascuno sia riconosciuto come giorno festivo, valido agli effetti civili, quello che la propria religione indica come tale.

L'esperienza stessa ha, dunque, messo in evidenza i limiti di questo primo tipo di approccio e di risoluzione del problema.

Il passo successivo è stato quello dell'invocazione di un diritto alla diversità o, più precisamente, di un diritto alla propria identità. La rivendicazione di un siffatto diritto è venuta via via emergendo, una volta acquisita una posizione pienamente paritaria nel trattamento giuridico da parte delle stesse comunità religiose; queste hanno reclamato tale diritto, finendo poco a poco per trovare una eco positiva sia nella dottrina che nella legislazione. A ben vedere tale rivendicazione non prescinde dal principio di eguaglianza; anzi, lo implica necessariamente, presupponendone una corretta interpretazione nella corretta prospettiva *dell'unicuique suum tribuere*.

Va detto tuttavia che la rivendicazione di tale diritto apre una serie di altri problemi gravissimi. Se si assolutizza la rivendicazione del diritto alla propria identità, infatti, si finisce inevitabilmente per giungere ad effetti del tutto distorcanti ed inammissibili. Vien fatto di chiedersi fin dove, in una società multireligiosa, il diritto alla diversità possa essere riconosciuto; se e quali siano i limiti inderogabili, oltre i quali diritti dell'uomo divengono precari; è messa in pericolo la pacifica convivenza, si corre il rischio della disgregazione stessa della comunità politica.

Con riferimento alla situazione italiana, si pensi alla rivendicazione virgola in nome del diritto della diversità, del matrimonio poligamico da parte di cittadini o stranieri residenti di religione islamica, per rapporto alle norme civili (art. 124 c.c.) e penali (art. 556 c.p.) in cui si esprime il principio monogamico. Appare evidente la problematicità del riconoscimento di tale rivendicazione, nella misura in cui esso si sostanzierebbe in un'assai accentuata diversità di trattamento per motivi religiosi, tra individui cui è permesso instaurare più rapporti matrimoniali contemporanei, ed individui cui ciò sarebbe rigorosamente proibito e punito con gravi sanzioni sia civili (la nullità dei matrimoni successivi al primo, validamente contratto ed ancora esistente), sia penali (il reato di bigamia).

Altro esempio può essere dato, sempre il rapporto all'ordinamento italiano, dalla richiesta di mutilazioni personali (si pensi al caso dell'infibulazione), fatta al personale sanitario all'interno o anche fuori del servizio sanitario pubblico, in ottemperanza ai precetti religiosi. Tale richiesta, infatti, si scontra col principio inderogabile della indisponibilità del proprio corpo, così come ricavabile non solo da

disposizioni civili (art. 5 c.c.) o penali (art. 50 c.p., non che lo specifico delitto previsto dall'art. 583- *bis* c.p., rubricato *Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*), ma anche da norme costituzionali (come quelle contenute negli artt. 2, 13,32 Cost.).

È chiaro, dunque che se ci si muove sulla linea del riconoscimento - proprio in virtù del principio di eguaglianza - di un diritto alla diversità, secondo la propria appartenenza religiosa (e su questa linea sembrano evolversi gli ordinamenti occidentali), resta il grande nodo dato dalla individuazione dei limiti.

Credo che questi non possano essere individuati nei cosiddetti «limiti dell'ordine pubblico». Non tanto per la ben nota indeterminazione di siffatta categoria, quanto per il fatto che nel concreto essa esprime sicuramente una storia, una cultura, una tradizione, inevitabilmente in contrasto con altre storie, altre culture, altre tradizioni. Il limite dell'ordine pubblico, infatti, ha un senso come meccanismo di protezione di un ordinamento giuridico, espressione di una società culturalmente omogenea, rispetto a valori esterni che possono intaccare capisaldi della sua identità. Ma quanto più una società tende a divenire multietnica, multiculturale, multireligiosa, e quanto più in essa si afferma in maniera sostanziale il principio di eguaglianza nel trattamento giuridico, tanto più la funzione dei limiti dell'ordine pubblico si indebolisce .

In altre parole, in una società pluralistica il limite in questione deve essere ricercato al di fuori dell'ordinamento positivo; deve individuarsi nei «diritti umani», che sono e non possono che essere dei diritti richiesti dalla natura umana, pena la perdita della loro universalità. Quei diritti umani che promanano dalla dignità dell'uomo, cioè da ciò che rende questo diverso da ogni altro essere vivente; che non possono che essere eguali per tutti, in ogni luogo della terra, in ogni momento storico.

Per tornare agli esempi di cui sopra, il divieto del matrimonio poligamico costituisce legittimo limite al diritto alla diversità virgola non per ragioni legate all'ordine pubblico italiano virgola che inevitabilmente esprime la cultura occidentale , classico-cristiana virgola di cui il principio monogamico è stato un elemento costante , ma perché in violazione dei diritti umani, giacché a differenza di quello monogamico il matrimonio poligamico non rispetta le uguali dignità dell'uomo e della donna. Lo stesso dicasi per il divieto a trattamenti sanitari cagionanti una diminuzione permanente dell'integrità fisica ed in contrasto con i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

4. *Fra territorialità e personalità del diritto: le necessarie rivisitazioni*

I nodi problematici che si sono via via evidenziati possono essere, dunque, sciolti, recuperando l'autentica funzione del diritto come strumento di convivenza e di pace. Per fare ciò occorre liberarsi dal

peso di una tradizione virgola che nasce con la nascita dello «Stato moderno», per il quale il diritto identificato col diritto positivo virgola e questo è legato all'autorità dello Stato. L'affermazione dello Stato moderno sul concetto di sovranità, cioè di un potere *legibus solutus*, ha prodotto - tra l'altro - la nazionalizzazione del diritto e la sua pubblicizzazione: cioè ha ridotto il diritto al solo diritto dello Stato e quest'ultimo ha solo diritto pubblico. L'esperienza del diritto comune aveva prodotto un'elaborazione giuridica secolare che, con il sostanzioso apporto del patrimonio romanistico, si era venuta caratterizzando per la formazione di un sistema giuridico intimamente coerente tendenzialmente universale, sottratto all'influsso della politica e dell'ideologia, assai ravvicinato, quasi identificato, ai precetti del diritto naturale; viceversa l'esperienza giuridica dello Stato moderno ha prodotto un diritto particolare poco o affatto coerente con gli altri diritti particolari, fortemente influenzato dalla politica e dall'ideologia, per definizione disancorato dal diritto naturale.

Siffatta evoluzione presenta dei passaggi degni di nota. In particolare, come Stato nazionale, quando cioè il processo di statualizzazione e di pubblicizzazione del diritto raggiunge il suo apice, rende assai ardua se non addirittura impossibile la coabitazione fra comunità religiose diverse, nella misura in cui l'identità religiosa entra a comporre l'identità nazionale. La difficoltà di armonizzare identità nazionale e diversità religiosa porta a due diversi sbocchi: la repressione delle minoranze religiose o la disgregazione della comunità politica. In entrambi i casi trionfa l'integralismo; in entrambi i casi sono violati i diritti dell'uomo.

D'altra parte, la storia insegna anche che non è vero che la diversità religiosa sia, di per sé, incompatibile col sussistere di uno Stato unito e forte; che porti con sé inevitabilmente l'impossibilità della convivenza, se non addirittura la crisi e la dissoluzione della comunità politica. Basti pensare all'esperienza esemplare dei grandi imperi - quello austro-ungarico, quello ottomano, quello russo -, che abbracciando nazionalità diverse, non hanno mai avuto l'ossessione della uniformazione religiosa, così come di quella etnica e culturale. Lo stesso può dirsi - pur in altro contesto storico - dell'esperienza giuridica che in questo ambito normativo ha caratterizzato gli Stati Uniti d'America, contrassegnati, fin dalla propria origine, da un assai elevato tasso di pluralismo religioso.

In senso contrario, si rifletta sulle vicende che hanno seguito, ad esempio, la dissoluzione dell'impero ottomano: l'emigrazione cristiana ed ebraica dai territori a pre-dominio islamico; l'emigrazione cristiana ed islamica dal territorio israeliano; la scomparsa dell'islam dalla terra greca. Agli inizi del secolo la popolazione di Istanbul era pressoché equamente divisa tra cristiani e musulmani; oggi la popolazione cristiana è ridotta a qualche migliaio di contro a diversi milioni di islamici. Nell'antica Costantinopoli, riferimento della cristianità orientale, rimangono oggi solo le istituzioni ecclesiastiche del Patriarcato, senza un popolo. Viceversa nella Grecia di oggi a fianco delle cupole ortodosse non si scorgono più, come nell'iconografia tradizionale, i minareti delle moschee.

Vero è che il contesto europeo occidentale odierno risulta essere assai diverso: la cristianità è tramontata e la religione è ridotta ad un affare di coscienza; i confini politici non passano più sui confini religiosi; la «nazione cristiana» come giustamente è stato osservato resta una utopia antimoderna delle minoranze che predicano il cristianesimo integrale, puntualmente sconfitte dalla modernità nazionalista, totalitaria, laica, democratica ed alla fine sconfessate dalle stesse Chiese. Ma è anche vero che nei fatti pure si assiste al riavvicinarsi di fenomeni che peraltro sembravano ormai consegnati alla storia (si pensi, nel secolo scorso, alla tragica vicenda iugoslava); che l'affievolimento dell'*ethos* prodotto dalla riduzione della religione a fatto meramente privato, di coscienza, indebolisce progressivamente la comunità politica, dilaniata tra la impossibilità di una «etica laica» e la conflittualità accentuatasi via via tra le molte e contrapposte etiche, non tutte di origine religiosa, sussistenti nel corpo sociale

Gli elementi che si sono venuti esaminando portando ad evidenziare come il nodo problematico dei rapporti tra unità e diversità possa essere sciolto attraverso il recupero di concezioni ed esperienze giuridiche, che lo Stato moderno ha negato, in seguito al veduto processo di statualizzazione e pubblicizzazione del diritto.

Più precisamente sembra che debba essere recuperato un orizzonte forte del diritto, concepito come regola di giustizia nei rapporti fra individui e gruppi, rispondente alla verità dell'uomo. In altre parole i diritti umani – nei quali, come giustamente è stato osservato, si ripresentano nel nostro tempo le istanze più profonde del giusnaturalismo –, costituiscono la cornice che garantisce l'unità e l'universalità, il limite insormontabile alla pluralità culturale ed alla diversità religiosa.

Occorre d'altra parte abbattere nella sua absolutezza il mito della territorialità del diritto, conseguente alla statualizzazione e pubblicizzazione imposte con l'affermarsi dello Stato moderno, e recuperare nell'ordinamento statale, all'interno del diritto comune a tutti, esperienze di diritto personale. Un diritto, cioè, legato all'appartenenza dell'individuo ad una determinata comunità religiosa; un diritto proprio di questa, prescinde dal principio di uguaglianza; anzi lo implica necessariamente, presupponendone una corretta interpretazione nella corretta prospettiva dell'*unicuique suum tribuere*.

Va detto tuttavia che la rivendicazione di tale diritto apre una serie di altri problemi gravissimi. Se si assolutizza la rivendicazione del diritto alla propria identità, infatti, si finisce inevitabilmente per giungere ad effetti del tutto distorcenti ed inammissibili. Vien fatto di chiedersi fin dove, in una società multi religiosa, il diritto alla diversità possa essere riconosciuto; se e quali siano i limiti inderogabili, oltre i quali i diritti dell'uomo divengono precari, è messa in pericolo la pacifica convivenza, si corre il rischio della disgregazione stessa della comunità politica.

Con riferimento alla situazione italiana, si pensi alla rivendicazione, in nome del diritto alla diversità, del matrimonio poligamico da parte di cittadini o stranieri residenti di religione islamica, per rapporto alla norme civili (art. 124 cod. civ.) e penali (art. 556 cod. pen.) in cui si esprime il principio monogamico. Appare evidente la problematicità del riconoscimento di tale rivendicazione, nella misura

in cui esso si sostanzierebbe in una assai accentuata diversità di trattamento per motivi religiosi, tra individui cui è permesso instaurare più rapporti matrimoniali contemporanei, ed individui cui ciò sarebbe rigorosamente proibito e punito con gravi sanzioni sia civili (la nullità dei matrimoni successivi al primo, validamente contratto ed ancora esistente), sia penali (il reato di bigamia).

Altro esempio può essere dato, sempre in rapporto all'ordinamento italiano, dalla richiesta di mutilazione personale (si pensi al caso dell'infibulazione), fatta al personale sanitario all'interno o anche fuori dal servizio sanitario pubblico, in ottemperanza a precetti religiosi. Tale richiesta, infatti, si scontra col principio inderogabile non solo da disposizioni civili (art. 5 cod. civ.) o penali (art. 50 cod. pen.), ma anche da norme costituzionali (come quelle contenute negli artt. 2, 13, 32 Cost.).

È chiaro dunque, che se ci si muove sulla linea del riconoscimento – proprio in virtù del principio di eguaglianza – di un diritto alla diversità, secondo la propria appartenenza religiosa (e su questa linea sembrano evolversi gli ordinamenti occidentali), resta il grande nodo dato dalla individuazione dei limiti.

Credo che questi non possano essere individuati nei cosiddetti “limiti dell'ordine pubblico”. Non tanto per la ben nota indeterminazione di siffatta categoria, quanto per il fatto che nel concreto essa esprime sicuramente una storia, una cultura, una tradizione, inevitabilmente in contrasto con altre storie, altre culture, altre tradizioni.

La storia, tuttavia, incoraggia nel tentare tale provocazione. Giacché è ben noto che, nonostante le diversità strutturali ed antologiche, diritto canonico e diritti secolari sono stati molto più permeabili fra di loro, di quanto a prima vista si possa pensare. Numerosissime sono le norme, le categorie giuridiche un, gli istituti che il diritto dello Stato ha mutuato dal diritto canonico, e viceversa. Ciò risulta tutti evidente per quanto concerne le età medioevale, allorché sulle basi del diritto romano, del diritto germanico e del diritto canonico si può essere le fondamenta del diritto dello Stato moderno. Ma il suddetto fenomeno, se in maniera meno evidente, non è peraltro meno sostanzioso nell'età moderna.

Un' autorevole conferma se ne può avere anche dai più recenti apporti di altre discipline, come quelle storiche o quelle filosofico-politiche. Si pensi, ad esempio, alla recente tesi del Principato pontificio della prima età moderna in chiave di «prototipo» dello Stato moderno²⁵⁹, o alla teoria per cui si dovrebbe ricercare nella Chiesa, proprio in alternativa alla natura insufficientemente politico-pubblicistica dello Stato moderno, il modello di un potere autenticamente «giuridico» e capace di vera rappresentazione politica²⁶⁰. Si tratta di prospettazioni dottrinali che implicano una fortissima influenza del diritto della chiesa cattolica, ed in specie del diritto costituzionale canonico, nel diritto pubblico dello Stato moderno.

Del resto, a voler restare nell'ambito propriamente storico-giuridico, basterebbe qui ricordare le succinte ma incisive pagine con cui Gabriel Le Bras dimostrava che lo Stato, pur nel processo di

²⁵⁹ Cfr. P. PRODI, *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2006, 2° ed.

²⁶⁰ in tal senso la riflessione di C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica. La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica* (1923), tr. It. a cura di C. GALLI, Giuffrè, Milano, 1986.

secolarizzazione e modernizzazione che ne connota gli sviluppi a noi più vicini, si sia nonostante tutto più e più volte ispirato a modelli propri dell'organizzazione ecclesiastica²⁶¹. Il resto, poi, è stato aggiunto dalla prassi concordataria: attraverso la pratica degli accordi fra Santa Sede e governi civili, via via crescente dal XIX secolo, il diritto canonico è tornato ad influire sul diritto degli Stati.

il riferimento da cui si è partiti, dunque può risultare meno «provocatorio» di quanto parrebbe a prima vista e, al tempo stesso, assai utile in ordine allo studio ed alla risoluzione di' uno dei nodi essenziali che caratterizzano la crisi dello Stato contemporaneo, quale appunto il governo della complessità. Ciò comporta l'individuazione di strumenti giuridico- istituzionali capaci di garantire particolarità e unità, pluralità e universalità, bene individuale e bene collettivo, in un contesto sociale sempre più diversificato per ragioni di carattere etnico, culturale, religioso, etico e via dicendo, nel quale conseguentemente l'identità nazionale è in crisi.

Difatti, al di là di quanto superficialmente potrebbe sembrare, non esiste società più articolata e complessa della Chiesa cattolica dove, accanto a pochissimi elementi comuni ed assolutamente immodificabili (i principi dottrinali inderogabili, dei quali si esprime il nucleo irreformabile della costituzione ecclesiastica), attorno ai quali si sviluppa sociologicamente «l'identità» del popolo di Dio e teologicamente la *communio*, coesiste la più grande varietà di realtà e di esperienze.

Proprio per tali motivi questa società, giuridicamente organizzata, si è sempre trovata nell'esigenza fondamentale di forgiare strumenti giuridici ed istituzionali, atti a garantire nell'unità il governo della complessità e delle differenze. Basti qui accennare soltanto ad alcuni capisaldi dell'esperienza giuridica canonistica, quali: una certezza del diritto forte, perché sottratta in ultima analisi, nei suoi principi costitutivi, alla disponibilità di alcuno (nessuna parte può rivendicare il monopolio del «diritto giusto»); la Chiesa, in quanto realtà giuridico-istituzionale, è propriamente «indipendente ed autonoma» - come recita il §76 della Cost. *Gaudium et spes* – piuttosto che sovrana, nell'ordine suo proprio²⁶²; l'assunzione del principio di varietà, accanto a quello di eguaglianza, fra i tre principi (il terzo è quello gerarchico) che stanno alla base della sua costituzione²⁶³; l'affermazione del principio di sussidiarietà, in una struttura societaria che si articola «a piramide rovesciata», dal basso verso l'alto²⁶⁴; una forte articolazione non solo territoriale, ma anche personale della legge; una forte accentuazione dei momenti dell'autonomia, oltre che dell'autarchia, con referente sia territoriale che personale (ordini religiosi, movimenti, associazioni, ecc.).

²⁶¹ G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche (1995)*, tr. It. a cura di F. MARGIOTTA BROGLIO, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 241 e ss.

²⁶² ho approfondito la questione del saggio *Stato laico e autonomia temporale*, in *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Studium, Roma, 1992, p. 73 e ss.

²⁶³ Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, tr. It. a cura di G. LO CASTRO, Milano, Giuffrè, 1989, p. 34 e ss.

²⁶⁴ per alcuni approfondimenti al riguardo rinvio al mio studio *Dottrina sociale della chiesa e nuova codificazione canonica*, «Dir.e eccl.», 1991, I, p. 626 e ss.; Cfr. G.BONI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà della Chiesa*, «Arch. Giur. "Filippo Serafini"», CCXXX, 2010, p. 135 e ss.

Un evidente riscontro di questi cenni può aversi, ad esempio, nel carattere costituzionale di diritto sia divino che umano che hanno strutture con rilevanza nella conformazione fondamentale e primaria del popolo di Dio, come la Chiesa particolare; le prelature personali, i vicariati e le prefetture apostoliche; l'organizzazione della Chiesa cattolica orientale in Patriarcati; le diocesi peculiari (per rito, per etnia, ecc.); gli ordinamenti castrensi.

C'è stato un periodo nel quale, per chiarire ragioni difensive ed apologetiche, la Chiesa si è in qualche modo modellata sullo stato, si pensi soltanto alle note tesi di Roberto Bellarmino, uno dei protagonisti della Controriforma, riassumibili nella formula secondo cui *Ecclesia Rei publicae comparatur*²⁶⁵ (anche se in quel *comparatur* può intravedersi, in tutto il suo spessore, la consapevolezza della peculiarità dell'istruzione ecclesiastica). Tale processo ha avuto effetti ben noti, come quello della centralizzazione e burocratizzazione, della riduzione del diritto canonico al diritto pontificio, dell'attenuazione progressiva delle prerogative (e della coscienza stessa) delle Chiese locali, con l'affermazione della sola dimensione universale della Chiesa²⁶⁶.

Oggi il processo si è del tutto invertito. Il diritto canonico tende sempre di più ad affermare la propria peculiarità, a causa di una peculiarità di una Chiesa che nulla ha a che vedere, in ragione della propria natura e delle proprie finalità, con gli Stati.

Si assiste pure all'assunzione di principi nuovi nella Costituzione ecclesiastica, rispetto alle conformazioni istituzionali della lunga età aperta dalla Controriforma; si pensi, ad esempio, al passaggio dal principio della «riserva» come criterio regolatore dei rapporti tra Chiesa universale e Chiese particolari, tra la potestà di giurisdizione del Papa e quella dei Vescovi²⁶⁷. Tale assunzione di principi nuovi segna, in maniera davvero mirabile, la capacità di adattamento dell'ordinamento canonico ad una realtà sempre più profondamente mutevole e variegata, quanto più la Chiesa diviene il *fatto* geograficamente, culturalmente, etnicamente universale.

Si tratta di fenomeni nuovi che possono anche esser riguardati come significative epifanie del processo, attivato da tempo ormai, di allontanamento dell'esperienza giuridica canonistica da modelli statualistici; processo rispondente, del resto, anche alla parallela crisi del moderno Stato di diritto, che comporta come conseguenza l'improponibilità di antichi ma ormai consunti modelli secolari.

Resta il fatto che l'esperienza canonista, sulla spinta della realtà sociologica di cui è espressione, ha saputo produrre – da sempre, ma vi è nei tempi più recenti – strumenti giuridici capaci di coniugare diversità ed unità in seno all'unica comunità ecclesiale. Ora che lo Stato di un gruppo umano accomunato

²⁶⁵ «Ecclesia enim est coetus hominum ita visibilis et palpabilis, ut est coetus populi romani, vel Regnum Galliae, aut respublica Venetorum» (R. BELLARMINO, *De controversiis christianae fidei adversus huius temporis haereticos*, Coloniae Agrippinae 1615, p. 44)

²⁶⁶ Per alcune analisi cfr. P. PRODI, *Note sulla genesi del diritto nella Chiesa posttridentina*, in *Legge e Vangelo. Discussione su una legge fondamentale per la Chiesa*, Paideia, Brescia, 1972, p. 191 e ss. Una riflessione su un peculiare ambito in G. DALLA TORRE, *Sanità ed economia processuale. L'esperienza giuridica di Urbano VIII a Benedetto XIV*, «Arch. Giur. "Filippo Serafini"», CCI, 1991, 1, p. 9 e ss.

²⁶⁷ Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico...*, cit; E. LABANDIERA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano, 1994.

dalla professione della stessa fede religiosa o dalla appartenenza alla medesima etnia, dalla partecipazione alla medesima cultura o dalla condivisione della stessa ideologia, a forma politica di una società caratterizzata dalla diversità, quell'esperienza può risultare di indubbia utilità al giurista.

Perché questo sappia discernere, e non è facile, ciò che in quella esperienza è riconducibile per dir così fisiologia di ogni corpo sociale, cioè al *proprium* del diritto come strumento di relazione intersoggettiva, rispetto a ciò che è più propriamente riconducibile alla peculiare natura della società ecclesiastica²⁶⁸.

3. **G. DALLA TORRE**, *La bioetica nei rapporti tra Stato e Chiesa*, in **A. TALAMANCA, M. VENTURA** (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Barberini*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 237-250

1. *Mobili frontiere*

Negli ultimi tempi una nuova problematica si è venuta ad insinuare nei rapporti fra Stato e Chiesa.

Il fatto non deve sorprendere, se si considera l'immutabilità del principio chiamato a regolare, nella concezione cristiana, le relazioni tra temporale e spirituale, tra politica e religione, ma al tempo stesso la storicità delle sue declinazioni positive. Perché la distinzione evangelica tra Cesare e Dio, fondante quel principio dualista che ha ispirato il pensiero politico e forgiato le istituzioni pubbliche dell'Occidente, abbisogna di una continua e spesso ardua opera di discernimento, in rapporto alle diverse e mutevoli situazioni di tempo e luogo²⁶⁹.

In effetti l'esperienza storica mostra, da questo punto di vista, quanto siano mobili le frontiere tra Cesare e Dio pur nell'indeclinabile fissità del principio. La materia matrimoniale, ad esempio, è divenuta di frontiera, ed anche ragione di conflitti e di regolamenti patteggiati, solo alla fine del Settecento, quando lo Stato moderno ritenne di doversi intromettere nella disciplina di uno istituto che per oltre un millennio era stato lasciato alla regolamentazione canonica; quella dei beni culturali di interesse religioso è divenuta materia di confine solo nella metà del Novecento, allorché lo Stato avvertì la necessità di

²⁶⁸ Sul dibattito, interno alla canonistica, relativamente allo statuto epistemologico del diritto canonico cfr. G. DALLA TORRE, *Gli studi giuridici*, in G. LORIZIO – N. GALATINO (a cura di), *Metodologia teologica. Avviamento allo studio e alla ricerca pluridisciplinare*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2004, p. 311 e ss.

²⁶⁹ In merito rinvio a G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, 3° ed., Roma 2007.

approntare tutele per i beni qualificati come culturali, facendo però nascere il problema, nel caso di beni religiosi, di coniugare la disciplina per la conservazione e la fruizione con quella della destinazione al culto ed alla religione dei beni stessi. E gli esempi potrebbero continuare.

La questione bioetica insorge, nei tempi più recenti, in ragione di un duplice fattore: da una parte i progressi della scienza e della tecnologia nell'ambito della biomedicina, che permettano di raggiungere risultati fino a pochi anni fa inimmaginabili; dall'altro il cedere, nella società contemporanea, della tavola di valori etici comunemente condivisi, radicati in un sentire religioso, che per secoli aveva caratterizzato ed assicurato il vivere insieme.

Più precisamente si deve rilevare che la ricerca di principi etici capaci di orientare l'agire umano si pone, con sempre maggiore urgenza, dinnanzi alle acquisizioni scientifiche e tecnologiche sulla vita, umana e non umana, nella misura in cui il sapere sperimentale, che in tali acquisizioni si accresce, non è in grado di trovare in sé stesso criteri valoriali che possano guidarne lo sviluppo, ma al tempo stesso anche di definire i limiti di liceità. D'altra parte la ricerca di tali principi appare necessaria per le scelte politiche e legislative, che si impongono nell'ambito biomedico, al fine di organizzare i comportamenti individuali e sociali secondo criteri di giustizia, nonché di sottrarre le conoscenze scientifiche e le innovazioni tecnologiche ad un uso arbitrario o ad un uso di parte²⁷⁰.

In altre parole, dinnanzi ai rapidi sviluppi della scienza e della tecnologia nell'ambito della bio – medicina, sorge il problema della distinzione di quanto risulta tecnicamente possibile rispetto a ciò che è eticamente – ma anche giuridicamente – possibile, e quindi lecito. In una realtà sociale, soprattutto quella Occidentale, frammentata e divisa quanto a scale di valori etici, non di rado configgenti l'una con l'altra, lo stato di democrazia pluralista trova sempre maggiori difficoltà ad individuare regole condivise; e d'altra parte la Chiesa ha la pretesa, per dirla con la costituzione *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II, di “dare il suo giudizio morale, anche su cose che riguardano l'ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali della persona e dalla salvezza delle anime” (§ 76)²⁷¹. Di qui l'insorgere di un possibile, nuovo, fattore di rilievo nei rapporti fra Stato e Chiesa che, come anche la più recente esperienza italiana dimostra, può trovare risposte conflittuali o collaborative.

²⁷⁰ Sulla inevitabile ricaduta della bioetica nella biogiuridica, si vedano le approfondite considerazioni di L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino 2002.

²⁷¹ Per i profili storici, anche con riferimento alla formazione del documento conciliare, cfr. A. ACERBI, *La Chiesa nel tempo. Sguardi sui progetti di relazioni tra Chiesa e società civile negli ultimi cento anni*, Milano 1979, per un approccio teologico alla tematica dei rapporti tra Chiesa e politica, con riferimento anche alla *potestas magisterii*, cfr. J. RATZINGER, *Chiesa, ecumenismo e politica*, Cinisello Balsamo 1987, p. 142 ss.; una prospettiva canonistica al riguardo in J. HERVEDA, *Elementi per una teoria fondamentale sulla relazione Chiesa – mondo*, in *Ius Ecclesiae*, 2, 1990, p. 59 ss., ma cfr. anche G. SARACENI, *Chiesa e comunità politica*, Milano 1983, p. 161 ss.

2. La disciplina concordataria

Il problema delle modalità in cui relazionarsi con il fattore religioso, col quale ogni ordinamento statale deve ineluttabilmente confrontarsi è stato risolto dalla Costituzione Italiana – secondo un modello prevalente, almeno in Europa – attraverso il riconoscimento della possibilità per le confessioni religiose di definire pattiziamente le norme statali di cui esse saranno poi destinatarie. È in sostanza un modo di riconoscere rilevanza pubblica alla religione e, al tempo stesso, di garantire ad ogni confessione non solo la piena libertà, ma anche uno statuto giuridico rispettoso della sua identità²⁷².

In particolare con la Chiesa cattolica ciò avviene attraverso il Concordato, convenzione di diritto internazionale che, prima ancora di precisare la condizione giuridica della Chiesa in Italia, costituisce una sorta di *actio finium regundorum* diretto a definire di comune accordo, qui ed ora, le competenze dello Stato e quelle della Chiesa.

Ora nel Concordato rivisto nel 1984 sussistono alcuni elementi che hanno una rilevanza sul terreno della problematica bioetica, concorrendo così a definire, qui ed ora, le mobili frontiere dei rapporti fra Chiesa e comunità politica²⁷³.

Al riguardo si deve notare che la questione bioetica può entrare in rilievo sotto il profilo degli strumenti giuridici di garanzia che debbono essere predisposti, a salvaguardia della libertà di coscienza individuale e collettiva. Si pensi ad esempio all'adozione, nell'ordinamento dello Stato, di norme contemplanti l'esonero di persone (medici, infermieri, ecc.), ovvero di istituzioni (ospedali, centri di ricerca, università, ecc.), dall'osservanza di leggi statali che obbligassero a prestazioni contrarie alla morale cattolica. Per raggiungere siffatti obiettivi garantistici si può agire certamente attraverso il diritto comune, o comunque con provvedimenti specifici da parte del legislatore statale. Ma si può intervenire anche attraverso lo strumento convenzionale.

In questa seconda prospettiva si muove il Concordato Italiano che, pur non occupandosi esplicitamente della questione bioetica, in materia di enti ecclesiastici all'art. 7, n. 3, secondo comma, precisa che “le attività diverse da quelle di religione o di culto, svolte dagli enti ecclesiastici, sono soggette – ed è qui il punto che interessa – *nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti*, alle leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime”. Si tratta di una disposizione di garanzia per la quale le attività non propriamente ecclesiastiche degli enti ecclesiastici – come ad esempio quelle in materia di assistenza sanitaria, o di ricerca scientifica nel caso di Università cattoliche – sono

²⁷² Sulla singolarità, nel contesto europeo, della posizione francese, con la sua tentazione al proselitismo della propria idea di laicità, cfr. R. MINNERVATI, *La laïcité dans le droit européen*, in AA.VV., *Quelle laïcité en Europe?*, Colloque international: Rome, Centre culturel Saint – Louis de France, 16-17 mai 2002, sous la direction de J – D. DURAND, Lyon 2003, p. 109 ss.

²⁷³ Cfr. in merito, ma con specifico riferimento alla bioetica ed in una prospettiva propriamente canonistica, G. DALLA TORRE, *Nuove frontiere dei rapporti fra Chiesa e comunità politica: la questione bioetica*, in *Archivio Giuridico*, fasc. 3-4, 1994, p. 275 ss.

assoggettate al diritto comune, ma nel limite del rispetto della identità degli enti stessi. Per cui questi non possono essere assoggettati alle norme del diritto comune che risultassero incompatibili con quelle linee valoriali, che ne fanno tipici “enti di tendenza”²⁷⁴. Grazie a detta norma, ad esempio, l’ospedale di un ente ecclesiastico non potrebbe essere costretto, dalla legge dello Stato, ad assicurare trattamenti sanitari in contrasto con la morale cattolica, anche se previsti come leciti o addirittura come doverosi della legge statale.

Più delicato il problema della libertà di magistero e dell’impegno dei fedeli cattolici, in quanto cittadini, nell’agire politico, perché esso finisce con toccare il principio della laicità dello Stato. Per quanto attiene, in primo luogo, alla libertà di magistero, si deve ricordare che questo diritto, sancito nel secondo paragrafo del can. 747 del codice di diritto canonico, è esplicitamente riconosciuto dall’art. 1, n. 2, del Concordato Italiano, sicché i pronunciamenti dell’autorità ecclesiastica in materia di bioetica non sono – come talora si pretende – contrari alla legge, ma costituiscono nient’altro che l’esercizio di un diritto contemplato dall’ordinamento italiano²⁷⁵.

Quanto poi all’agire dei fedeli cattolici, nella vita pubblica e politica, in coerenza con la direttiva canonica secondo cui essi “devono impegnarsi, in particolare nell’ambito della loro professione e nell’esercizio dei loro diritti civili, perché siano riformate le leggi civili moralmente inaccettabili e corrette le pratiche illecite”²⁷⁶, non può fare a meno di considerarsi che, in una società pluralistica, tutti sono legittimati a proporre la propria visione sociale ed etica. Proporre non è imporre. Ma una volta che attorno ad una particolare visione si sia aggregata la maggioranza dei consensi, è legittimo che essa diventi regola per tutti. Qui, a ben vedere, è la base della democrazia. Quindi la libertà dei cattolici italiani di proporre, anche in materia bioetica, la propria concezione, cercando di acquisire attorno ad essa consensi, prima ancora che nelle garanzie concordatarie (cfr. art 2, n. 3 Conc.) si radica negli stessi principi democratici che ispirano il nostro ordinamento. È poi semmai una loro responsabilità, ben sapendo che devono rispettare la libertà degli altri, di proporre argomenti razionali e non fideistici per formare la pubblica opinione a determinati principi etici. Come è stato osservato, “la razionalità degli argomenti dovrebbe cancellare il fossato fra etica laica e etica religiosa e fondare un’etica della ragione che vada oltre a tali distinzioni”²⁷⁷.

²⁷⁴ Si vedano al riguardo le considerazioni di S. BERLINGÒ, *Enti e beni religioso in Italia*, Bologna 1992, p. 163 ss.

²⁷⁵ Nel n. 1 dell’art. 2 del Concordato, infatti, si afferma tra l’altro che “La Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa”, aggiungendosi che “In particolare è assicurata alla Chiesa la libertà (...) di esercizio del magistero”.

²⁷⁶ Cfr. Congregazione per la Dottrina della Fede, istruzione *Donum vitae*, 1987. Ma cfr. anche: Congregazione per la Dottrina della Fede, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l’impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, 2002.

²⁷⁷ J. RATZINGER, in M. PERA – J. RATZINGER, *Senza radici. Europa relativismo cristianesimo islam*, 3° ed., Milano 2005, p. 119.

3. La questione della laicità dello Stato

A fronte di tali rivendicazioni e spettanze, si pone il problema della laicità dello Stato. Al riguardo si deve preliminarmente notare che l'ordinamento giuridico italiano, a differenza di quello francese, non ritiene una concezione ideologica della laicità²⁷⁸. Si tratta, nel caso francese, di un approccio che partendo dalla originaria impostazione “*etiamsi Deus non daretur*”, giunge agli approdi contemporanei segnati da una forte ideologizzazione: l'uomo e la società non solo fanno programmaticamente a meno di Dio, ma addirittura si propongono di cancellarlo. In questa prospettiva la laicità è concepita nella contrapposizione tra religione, che sarebbe favola, mito, superstizione, e ragione, che troverebbe nella scienza sperimentale la sua esplicitazione ed il suo trionfo; nella contrapposizione tra dogma, cioè formulazione indiscutibile ed imm modificabile, e relativismo; nella contrapposizione fra tradizionalismo, per sua natura connotato da fissità, e modernità, aperta al mutamento ed all'innovazione.

In questa prospettiva lo Stato sovrano, che non conosce altra autorità ed altra legge fuori di sé, se da un lato respinge il fatto religioso nel privato della coscienza individuale, dall'altro pretende di dare giudizi di valore in materia etico – religiosa.

L'ordinamento giuridico italiano invece, come del resto altri ordinamenti occidentali, ritiene una concezione della laicità che parte dal presupposto del riconoscimento del valore del fatto religioso e della incompetenza dello Stato in materia. Insomma lo Stato è sovrano, sì, ma nell'ordine suo, perché esiste un ordine altro su cui la sua sovranità non si estende e su cui si estende la sovranità della istituzione ecclesiastica. In questa prospettiva, in cui lo Stato si riserva giudizi di valore in termini di legittimità (ciò che è giusto) ma non di eticità (ciò che è buono), la religione ha una rilevanza pubblica e se la Chiesa interviene pubblicamente col suo insegnamento in materia morale, non fa che muoversi nell'ambito dell'ordine suo proprio.

Ma in sé, in che senso uno Stato può dirsi laico? La risposta è necessariamente articolata e complessa²⁷⁹. In effetti se per Stato si intende lo Stato – comunità, cioè come l'insieme dei soggetti – persone fisiche e persone giuridiche – che compongono la comunità politica, al cui servizio è funzionalmente piegato l'apparato statale, lo Stato non è laico, né può essere laico. Per il semplice fatto che la comunità politica è segnata piuttosto dal pluralismo: più fedi religiose, più convinzioni etiche, più

²⁷⁸ Tra la numerosissima bibliografia in tema, anche con riferimento alle due tradizioni culturali – francese ed italiana – della laicità, cfr. P. CAVANA, *Interpretazione della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma 1998, e dello stesso autore, più di recente, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino 2004; nonché G. DALLA TORRE, *Europa. Quale laicità?*, Cinisello Balsamo 2003; AA.VV., *L'identità in conflitto dell'Europa. Cristianesimo, laicità, laicismo* a cura di L. PAOLETTI, Bologna 2005.

²⁷⁹ Ho approfondito la questione in *Laicità come neutralismo dello Stato?*, in *Dialoghi*, 1, marzo 2005, p. 44 ss., ma prima ancora in *Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1991, 2, p. 274 ss., ora in G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma 1992, p. 35 ss.

posizioni ideologiche, più declinazioni culturali connotano la società moderna. È passato il tempo in cui quella politica era definibile come comunità in quanto costituita da individui accomunati dalla medesima fede religiosa, dalla medesima tavola dei valori etici, dalla medesima identità culturale, dalla stessa ideologia. Così come è passato il tempo in cui la cittadinanza era legata ad una fede religiosa o ad una ideologia, per cui gli appartenenti ad altre fedi o ad altre ideologie avevano uno statuto giuridico diverso, più limitato, in sostanza perché considerati come “stranieri”.

Diverso il caso che per Stato si intenda – come più comunemente accade – lo Stato – persona, lo Stato apparato o lo Stato – ordinamento. È del tutto evidente che lo Stato così inteso non è laico qualora assuma una religione, una etica, una ideologia come propria. In questo senso la *laïcité de combat* della Terza repubblica francese non connotava in senso laico lo Stato d’oltralpe; tutt’altro. Oggi però la laicità dello Stato è sempre più intesa nel senso della neutralità.

Questo modo di concepire la laicità, bisogna ammetterlo, ha in una società pluralista una grande forza di suggestione. Eppure presenta notevoli ambiguità. Innanzitutto perché fa ritenere che il diritto possa essere neutrale, cosa assolutamente impossibile, giacché ogni precetto giuridico contiene in sé un valore.

In secondo luogo perché induce fatalmente a ridurre il diritto a mera procedura; difatti quanto più il diritto delle regole si avvicina al diritto dei valori, tanto più la neutralità dello Stato rispetto alle diverse posizioni valoriali si attenua fino a scomparire. Ma è evidente che se il diritto si riduce a mera procedura, rinunciando a salvaguardare i valori in gioco, esso finisce per negare sé stesso e risultare del tutto inutile.

Infine perché una democrazia pluralista non può essere un campo senza limiti aperto al confronto delle diversità. I diritti fondamentali della persona, l’invalidabile dignità di ogni uomo, lo stesso principio di eguaglianza, il perseguimento del bene comune: sono, tanto per fare degli esempi, il *ring* insuperabile entro il quale si svolge, e deve svolgersi, la dialettica democratica e il confronto tra le differenze. I principi contenuti nella prima parte della nostra Costituzione – ad esempio – costituiscono una scelta di campo valoriale, che si oppone ad altre possibili. Per cui tutti siamo d’accordo che l’apologia dell’olocausto è inammissibile e deve essere perseguita; ma allora si deve convenire che lo Stato dinanzi a posizioni ideologiche del genere non è, né può essere, neutrale. Fuor di metafora, il principio di liceità non può essere ridotto a mera neutralità dello Stato rispetto a tutte le possibili posizioni. La laicità significa dunque, dal punto di vista giuridico, non confessionalità dello Stato (ma neppure sussistenza di una ideologia statale), eguaglianza dei cittadini senza discriminazioni di credo, piena libertà religiosa e di coscienza, nel quadro dei valori condivisi che sono stati democraticamente posti a base dell’ordinamento.

Ciò significa che nella dialettica democratica tutti debbono misurarsi con i valori degli altri; che la proposizione dei propri valori da parte di ciascuno, e la pretesa di dimostrare la prestanza, è legittima e necessaria; che la ricerca del più largo consenso intorno ai propri valori è la via ineludibile per definire

costantemente il *ring* che non può essere superato entro cui si svolge la dialettica della democrazia o, se preferisce, le mura della casa comune.

4. In particolare: la collaborazione per il bene comune

Nell'art. 1 del Concordato italiano in vigore, è espresso un principio estraneo alla tradizione concordataria: quello dell'impegno di Stato e Chiesa "alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del paese"²⁸⁰. Si tratta di un principio peraltro radicato nella dottrina cattolica, e chiaramente enunciato dal Concilio Vaticano II nella cost. *Gaudium et spes* che, dopo aver affermato che la comunità politica e la Chiesa sono indipendenti ed autonome l'una dall'altra nel proprio campo, rileva che "tutte e due, anche se a titolo diverso, sono a servizio della vocazione personale e sociale delle stesse persone umane", per cui "esse svolgeranno questo loro servizio a vantaggio di tutti, in maniera tanto più efficace quanto meglio coltiveranno una sana collaborazione tra di loro" (par. 76).

È interessante notare come la formula dell'art. 1 del Concordato italiano si ritrovi, quasi alla lettera, in Concordati successivi²⁸¹. Nello stesso accordo fondamentale con lo stato d'Israele, del 1993, al primo comma dell'art. 3 è detto che "La Santa Sede e lo Stato d'Israele riconosciuto che entrambi sono liberi nell'esercizio dei loro rispettivi diritti e autorità, e si impegnano a rispettare questo principio nelle reciproche relazioni e nella loro collaborazione per il bene del popolo".

Meno evidenti le ascendenze costituzionali della disposizione *de qua*. In effetti il principio di collaborazione fra Stato e Chiesa cattolica (così come fra Stato e altre confessioni religiose) non appare esplicitamente formulato, né esso può essere fatto coincidere con il principio pattizio espresso negli artt. 7 e 8 della Costituzione. Semmai tale principio è in una posizione distinta e strumentale rispetto a quello di collaborazione, nel senso che la regolamentazione negoziata dai rapporti è strumento per realizzare forme di collaborazione.

Ciò non significa peraltro che tale principio non sussista nell'ordinamento costituzionale, anzi. Esso è, infatti, ricavabile dal combinato disposto di diverse disposizioni; soprattutto è presupposto dalla distinzione fra ordini, più sopra indicata, che pone conseguentemente ambiti sottratti alla competenza statale e che sostanzialmente fonda il principio di laicità come incompetenza in materia etico – religiosa.

Comunque pare indubitabile che quello laico non è né può essere uno Stato etico, cioè uno Stato che produce valori etici imponendoli ai consociati. E d'altra parte anche chi guardi allo Stato come ad

²⁸⁰ Rinvio, per approfondimenti sul punto, a G. Dalla Torre, *La "filosofia" di un Concordato*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2004, p. 81 ss.

²⁸¹ I Concordati postconciliari possono leggersi nella raccolta *Enchiridion dei Concordati. Due secoli di storia dei rapporti Chiesa – Stato*, Bologna 2003, p. 1334 ss.

una sorta di burocrate neutrale (ma sarebbe meglio dire imparziale), non può fare a meno di convenire che in tal modo se viene riconosciuto, quantomeno implicitamente, il primato della persona, l'autorità statale è però inevitabilmente e necessariamente ridotta e limitata.

Ciò nondimeno anche lo Stato laico ha bisogno di valori etici che tengano insieme il corpo sociale. La questione etica è centrale per la vita e la salute di una democrazia.

Dunque pure di qui nasce l'esigenza di quella collaborazione con le istituzioni naturalmente preposte (anche) ad alimentare il corpo sociale di quei valori, tra le quali la Chiesa; una collaborazione che, come tale, ha anche prima ancora lo scopo di mantenere vivo il senso della distinzione fra ordini. Essa quindi oggettivamente è diretta a favorire la promozione della persona umana e il bene della società.

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra infondato invocare il principio di laicità contro pretese "invadenze" religiose nella politica italiana, come ancora una volta accaduto nel caso delle recenti *querelles* in materia di procreazione medicalmente assistita²⁸².

A ben vedere siffatto modo di intendere la laicità è negatore della laicità. Difatti delle due l'una. Se quel richiamo alla laicità dello Stato è fatto contro le istituzioni ecclesiastiche, quali realtà istituzionali, esso è improprio perché finisce con l'assolutizzare le competenze statali. Fra le quali non rientra quella di dare giudizi di ordine morale, che invece spettano proprio alla istituzione ecclesiastica. In caso contrario lo Stato diverrebbe etico: quindi non sarebbe più laico. Come s'è detto, laicità significa marcare gli ambiti di competenza dello Stato, ma anche – di conseguenza – quelli di sua incompetenza. Fra questi è certamente l'etica, che tocca la coscienza.

In particolare la Chiesa cattolica, nell'esercizio della sua funzione, insegna non impone (né vuole imporre). Se viceversa quel richiamo alla laicità dello Stato è fatto avverso le opinioni di una parte del corpo sociale, allora esso è egualmente improprio, e certamente illegittimo, sostanziandosi nella pretesa di piegare l'istruzione pubblica alle ragioni di una parte contro quelli di un'altra (o di altre). Con il che, evidentemente, lo Stato non sarebbe più laico, cioè imparziale. Difatti se lo Stato è laico nella misura in cui prende atto che esistono dimensioni del reale che sfuggono alla sua competenza, e sulle quali di conseguenza non è legittimato a dare giudizi di valore né ad imporre comportamenti; ugualmente esso è laico nella misura in cui non nasconde le varie posizioni etiche e di pensiero esistenti nella società, ma ne riconosce la legittima presenza, ancorché nei limiti del rispetto dei valori racchiusi nella Costituzione che costituiscono il "ring" condiviso in cui si svolge il dinamismo d'una società pluralista.

Non a caso la Corte costituzionale ha definito la laicità dello Stato come attitudine dello Stato "che risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio

²⁸² Si veda in merito, tra i tanti, M. SIMONE, *La legge sulla fecondazione "in vitro"*, in *La civiltà cattolica*, 156 (2005), I, p. 179 ss.; *I "referendum" sulla fecondazione "in vitro"*, ivi, p. 602 ss.

di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini”²⁸³. Certo uno Stato laico non imporrà, con la forza del braccio secolare, una etica al corpo sociale; ma non potrà fare a meno di tradurre in norme quei valori etici che, alla prova delle regole democratiche, risulteranno diffusi e condivisi nel corpo sociale.

In maniera più esplicita si deve ribadire che le comunità religiose, come legittima componente di una società pluralista, hanno il diritto, ma direi anche il dovere, di intervenire nello spazio pubblico, quindi politico, proponendo i propri valori ed i propri progetti di società, e cercando democraticamente di acquisire attorno ad essi significativi consensi. Tutto ciò è nella dinamica della democrazia e la pretesa di vedere una illegittima invadenza là dove si esercita un semplice diritto potrebbe costituire un pericoloso precedente, giacché in democrazia nessuno può dire che è legittimato a parlare e chi no, che è legittimato a proporre la propria visione del mondo e chi ne è pregiudizialmente escluso. La laicità dello Stato è un bene prezioso e caro a tutti; ma guai a volerne fare lo strumento di una parte per imporre ragioni di parte.

5. *Per concludere: un nuovo Cesare?*

È a tutti noto il fenomeno del declino della forma – Stato, quale forma di organizzazione della società politica affermatasi nei secoli a noi più vicini, quale effetto, ancorché non esclusivo, della globalizzazione. In effetti i processi di globalizzazione, che investono i più disparati ambiti (l’economia, la scienza e la tecnologia, i mass – media, l’ecologia, il fenomeno migratorio, il terrorismo quale nuova forma della guerra ecc.), in quanto trasversali alle realtà geopolitiche ed ordinamentali, in quanto fenomeni transnazionali, pongono inevitabilmente in crisi gli Stati e ne riducono di fatto, progressivamente la sovranità, cioè la capacità effettiva di controllo e di disciplina dei fenomeni in questione.

Ma se il potere politico, incarnatosi nell’età moderna e contemporanea nella forma dello Stato, perde forza per l’impossibilità di regolamentare fenomeni che trascendono i limiti tradizionali della territorialità, esso pare perdere forza per l’affermarsi al di fuori di esso, e talora in contrapposizione ad esso, di nuovi poteri²⁸⁴. Poteri che non si riconoscono soggetti all’autorità statale, che si manifestano insofferenti delle sue pretese di vigilanza e regolamentazione, che sovente sono caratterizzati da una forte autoreferenzialità e comunque tendono ad agire al di fuori delle istituzioni politiche tradizionali, nazionali

²⁸³ Corte cost. Sent. 11-12 aprile 1989, n. 203. Sulla giurisprudenza costituzionale in merito cfr., autorevolmente, F.P. CASAVOLA, *Costituzione italiana e valori religiosi*, in AA.VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell’esperienza giuridica contemporanea*, Atti del colloquio nazionale a cura di G. DALLA TORRE, Torino 1993, p. 59 ss.

²⁸⁴ Queste tematiche sono state affrontate dalla 44^a Settimana Sociale dei Cattolici Italiani (Bologna: 7-10 ottobre 2004), di cui possono leggersi gli atti in AA.VV., *La democrazia. Nuovi scenari nuovi poteri*, a cura di F. GARELLI E M. SIMONE, Bologna 2005.

ed internazionali. Il fenomeno è particolarmente evidente per quanto attiene ai poteri economici, al potere scientifico – tecnologico, al potere che si esprime nei mas – media.

Insomma: da una forma di organizzazione della società politica di tipo monocentrico, nella quale il potere è concentrato nelle mani di un unico soggetto (il moderno “Principe”: lo Stato), oggi l’evoluzione sembra essere verso forme di organizzazione della società a vari livelli (locale, nazionale, sovranazionale, internazionale) e policentrica (una pluralità di poteri orizzontali chiamati a coesistere). Siffatto policentrismo provoca una messa a fuoco di diverse prospettive: ad esempio la tematica della società civile, che fino ad oggi era localizzata in rapporto allo Stato, dovrebbe ora essere puntata sulla molteplicità di piani e dimensioni che, ai vari livelli e nei diversi ambiti, segnano la nuova strutturazione dei poteri (politici, economici, scientifico – tecnologici, mass – mediali, ecc.).

In questa prospettiva vien fatto di domandarsi se la stessa tematica dei rapporti Chiesa – Stato, che da sempre è stata affrontata in una dimensione rigidamente dualistica, non richieda ormai una nuova tematizzazione e nuove messe a punto, in relazione alla pluralità di poteri che oggi incarnano la figura del “Cesare” di cui alla nota pagina evangelica sul tributo. La questione sembra porsi in maniera davvero illuminante proprio nel caso della bioetica, che come s’è accennato costituisce al presente una nuova e più significative frontiere dei rapporti *ad extra* della Chiesa.

Giova osservare che quello bioetico ormai non è più tanto (o non è solo) un problema di rapporti con lo stato, diretto a reclamare una legislazione rispettosa dell’ordine morale oggettivo, ma anche (e forse soprattutto) con altri soggetti che incarnano i “nuovi poteri”. Innanzitutto con la scienza e la tecnologia, in ragione della pretesa del potere scientifico – tecnologico di divenire, esso, oracolo della norma morale e di definire i limiti di legittimità del proprio agire; pretesa che ogni giorno di più si manifesta, conducendo tra l’altro ad una permanente e crescente tensione con la Chiesa ed il diritto, da questa rivendicato, di “dare il suo giudizio morale, anche su cose che riguardano l’ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali della persona e dalla salvezza delle anime”²⁸⁵. E poi con i grandi potentati economici, ormai di dimensioni transnazionali se non addirittura planetarie, anch’essi – come la scienza e la tecnologia – tendenzialmente autoreferenziali ed insofferenti di ogni etero – regolamentazione, i quali sempre più tendono ad assoggettare alle proprie logiche la ricerca scientifica e, soprattutto, le applicazioni tecnologiche; ricerca scientifica ed applicazioni tecnologiche che, in definitiva, solo apparentemente potrebbero alla fine apparire realmente libere²⁸⁶.

²⁸⁵ Concilio Vaticano II, Cost. Past. *Gaudium et spes*, cit., par. 76.

²⁸⁶ Sui pericoli che, per la libertà della scienza, possono derivare dai “nuovi poteri” ed in particolare dal potere economico, rinvio alle considerazioni fatte in G. DALLA TORRE, *Autonomia universitaria e nuovi poteri*, in *Universitas*, 97, settembre 2005, p. 60 ss. si deve peraltro sottolineare il pericolo, per molti aspetti nuovo, di una scienza che sembra talora essere progressivamente assorbita dalla tecnologia. All’opposto, infatti, di quanto avveniva in passato, oggi la scienza tende ad essere ancillare di una tecnologia sempre più potentemente, e non di rado prepotentemente, protesa al raggiungimento di obiettivi concreti. In questo contesto la scienza si limita a fornire alla tecnologia le basi cognitive indispensabili al perseguimento dei risultati pratici cui questa tende, per cui la scienza è sempre meno libera e sempre più condizionata dalle esigenze della tecnologia. Sotto questo profilo la tecnologia parrebbe giungere talora a condizionare lo stesso potere economico, nella misura in cui la continua

In uno scenario siffatto viene da domandarsi, in conclusione, se realmente la bioetica sia oggi una nuova materia di conflitto che entra nell'antica e tormentata vicenda dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa, o se piuttosto non sia un nuovo campo su cui si è spostato quel conflitto. In altre parole ci si potrebbe chiedere se proprio la scienza e la tecnologia, ma lo stesso potrebbe dirsi per il potere economico, non siano – per riferirci alla nota distinzione evangelica – il nuovo Cesare che si fronteggia con Dio.

MULTICULTURALISMO, PLURALISMO E SOCIETÀ

1. G. DALLA TORRE, *Persona cittadino straniero. Per una introduzione giuridica*, in «Iustitia» 1/1993, pp. 1-15

1. *Alle origini della distinzione fra cittadino e straniero*

produzione di beni tecnologicamente sempre più sofisticati esige l'addomesticamento del mercato e la creazione artificiale di una domanda di tali beni. Su queste problematiche vedasi il bel saggio di F. MACIOCE, *Bioteologie e diritto: il confine della ricerca*, in *Dialoghi*, 2005, 3, p. 42 ss.

La distinzione fra cittadino e straniero segna, con marcata ambiguità, l'esperienza giuridica dei secoli a noi più vicini. Questa, infatti, per certi aspetti sembra riprendere e portare alle più coerenti conclusioni le acquisizioni della tradizione classica, che nelle elaborazioni dello *jus gentium* aveva poco a poco portato a superare l'idea primitiva del diritto, inteso quale vincolo fra i membri di una comunità su cui si fonda lo *status civitatis* ed i cui effetti non si estendono a quanti ad essa sono estranei. Un'idea di diritto, per la quale solo il *civis* può avere la piena capacità giuridica, mentre lo straniero può semmai aspirare al riconoscimento di una limitata capacità di agire, nei ristretti ambiti in cui ciò sia conforme, o comunque non contrario, agli interessi della comunità politica considerata nella sua complessità e nei suoi singoli componenti²⁸⁷.

Per altri aspetti, viceversa, la distinzione fra cittadino e straniero viene a conoscere una singolare radicalizzazione proprio in età moderna, segnatamente nei tempi a noi più vicini. Per rendersi conto di siffatta ambiguità, basti pensare alla grande influenza esercitata dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 sull'esperienza giuridica che giunge fino a noi. Una influenza positiva, nella misura in cui il documento unisce i diritti dell'uomo e i diritti del cittadino nello stesso testo, senza alcuna gerarchia. Ma al tempo stesso una influenza negativa, nella misura in cui la *Déclaration* è sostanzialmente all'inizio del processo di organizzazione normativa delle disposizioni sulla cittadinanza. Giova ricordare, infatti, che nell'esperienza europea – continentale tale processo coincide con quello della codificazione civile, che dovendo giungere ad una organica sistemazione delle norme sulla condizione di diritto della persona privata, ed in particolare sulla capacità del soggetto, venne a porre preliminarmente la disciplina giuridica della cittadinanza in quanto influente su quella della capacità²⁸⁸.

Da questi riferimenti è dato desumere, dunque, una sorta di paradossalità nelle moderne vicende del rapporto cittadino – straniero. Difatti all'origine dell'accennato processo di autonomia legislativa delle norme sulla cittadinanza, è nientemeno che la Rivoluzione francese con la sua *Déclaration des droites de l'homme et du citoyen*. Come abbiamo già rilevato, in una sorta di eterogenesi dei fini, il testo che segna la nascita nell'espressione giuridica positiva dei diritti dell'uomo, e che quindi dovrebbe essere all'origine dell'«emancipazione» dello straniero, finisce col divenire ragione legittimante di discriminazione fra uomo e uomo. Il fatto stesso di distinguere, nel testo normativo, i diritti dell'uomo da quelli del cittadino, induce fatalmente ad una lettura della condizione dello straniero quasi fosse un *homo dimidiatus*.

2. Le ragioni di una discriminazione

²⁸⁷ Cfr. A. MAFFI, *Straniero (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano 1990, p. 1143.

²⁸⁸ Cfr. B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano 1988, p. 10 s.

La non appartenenza ad una comunità politica determinata comporta di fatto, nell'esperienza giuridica fra ottocento e Novecento, non solo congruenti (almeno in parte) incapacità nel diritto pubblico, ma ampie e sostanziose incapacità nel diritto privato. Molte le ragioni di questo fenomeno, sulle quali non è qui dato indagare. Desidererei peraltro accennare ad almeno due.

La prima risiede nel capovolgimento del rapporto fra diritto e politica che avviene in età moderna. Progressivamente si passa, infatti, dal primato del diritto sulla politica al primato della politica sul diritto²⁸⁹.

Tale capovolgimento comporta, fra l'altro, una riduzione di tutto il diritto a diritto pubblico. Il processo di accentramento proprio dello Stato moderno, che si inizia con l'assolutismo, si afferma nell'età napoleonica e che sostanzialmente giunge sino a noi, conduce fra l'altro all'affermazione del principio della nazionalità del diritto. Attraverso una progressiva statualizzazione delle fonti di produzione giuridica, diviene diritto statale, e quindi sostanzialmente pubblico, anche quel diritto civile, regolatore dei rapporti fra privati, che fino ad allora era ricondotto in altri sistemi giuridici, come quelli del diritto naturale, del diritto comune ed in un certo senso anche del diritto canonico²⁹⁰.

In tal modo, alla tradizionale dicotomia fra diritto civile o privato, comune a tutti gli uomini, e diritto pubblico, comune solo agli appartenenti alla stessa società politica, viene a sostituirsi una sostanziale unità nell'unico diritto di produzione statale, in quanto tale comune ai soli cittadini, dove la distinzione fra pubblico e privato rimane a marcare soltanto il carattere paritario (diritto privato) o gerarchico (diritto pubblico) delle relazioni disciplinate dal legislatore statale²⁹¹.

La seconda risiede nella tradizione storica, tipica dell'esperienza europea ma poi purtroppo esportata anche altrove, che ha portato ad intrecciarsi le categorie di nazionalità e cittadinanza²⁹².

Si vuole fare riferimento al sogno romantico, perciò irreali, innaturali, che ha segnato nel secolo scorso ed all'inizio del nostro, sul territorio europeo, i moti nazionalistici. Alla sentimentale aspirazione di far coincidere i confini della nazione con i confini dello Stato dobbiamo guerre sanguinosissime, milioni di morti, nascita della realtà statuali con in sé il problema endemico delle minoranze, di volta in volta represses o privilegiate.

Un sogno romantico, dunque, che guardava alla nazionalità, all'appartenenza alla stessa famiglia etnico – culturale, come surrogato della correligionarietà, dell'appartenenza alla stessa famiglia religiosa, su cui per secoli si erano legittimate e rette le istituzioni politiche in Europa. Così nel lungo millennio dell'età di mezzo, nella *Respublica gentium christianarum*, quando i confini della cristianità coincidevano con i confini della società politica; così dopo la Riforma, nella misura in cui il pluralismo religioso da questa

²⁸⁹ Illuminanti considerazioni possono desumersi, al riguardo, dalla lettura dei saggi raccolti nel volume di AA.VV., *Stato di diritto e trasformazione della politica*, a cura di B. MONTANARI, Torino 1992.

²⁹⁰ Sul processo di statualizzazione delle fonti di produzione giuridica cfr. G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova 1971.

²⁹¹ Cfr. Al riguardo le considerazioni di F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolamentazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, I, La costituzione economica*, Padova 1977, p. 56 ss.

²⁹² Vedasi in merito V. CRISAFULLI – D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano 1977, p. 787 ss.

introdotto veniva peraltro a ricostruirsi, grazie al principio augustano del *cuius regio eius religio*, in ordinamenti statuali di tipo rigorosamente monistico. Anche qui, infatti, la stessa appartenenza religiosa costituiva non solo il collante sociale, ma anche l'elemento di legittimazione del potere²⁹³. Sembra quasi che per secoli i popoli di questa terra abbiano teso ad organizzarsi sul modello del Popolo di Dio.

Un sogno romantico, dunque, che prende pur esso storicamente l'avvio dalla Rivoluzione francese. È un dato che, dopo le aperture della legislazione rivoluzionaria del 1789-'93 la quale tende ad accordare con generosità la cittadinanza agli stranieri, già con il Direttorio comincia ad affermarsi la tendenza alla identificazione fra nazionalità e cittadinanza.

L'effetto è che la condizione dello straniero peggiora progressivamente e per un duplice ordine di ragioni: la non appartenenza alla comunità etnica da un lato e (quindi) la non appartenenza alla comunità politica dell'altro.

Certo è che le ragioni dell'accentuarsi del divario fra cittadino e straniero vanno individuate anche nel cuore di ciò che è proprio dello Stato moderno: l'idea di sovranità. Per essa, fra l'altro, il legislatore statale non incontra limiti in autorità e norme sovraordinate, col duplice effetto di misconoscere l'esistenza di un diritto comune a tutti gli uomini perché non posto dallo stato (si pensi allo *jus gentium* romano, pur distinto dallo *jus naturale*), nonché di favorire il prodursi di una pluralità di ordinamenti statuali, ognuno retto da normative diverse e rinserrato a protezione del proprio interesse. Il diritto, sempre più ridotto alla legge positiva, diviene quindi espressione del più forte (*jus quia iussum*) e non sempre risulta diretto, come dovrebbe, alla giustizia *jus quia iustum*); dall'orientazione verso il bene personale e comune, il diritto che si esprime nella norma dettata dal legislatore positivo viene piegato all'interesse dello Stato, al *bonum Principis*²⁹⁴.

In questo contesto, l'esperienza giuridica degli Stati appare come quella di ordinamenti chiusi verso l'esterno. Ed il radicalizzarsi della contrapposizione giuridica fra cittadini e straniero fa eco al concreto configurarsi della politica, che è l'agire degli Stati, sulla contrapposizione fra amico e nemico²⁹⁵. Questo fenomeno si nota soprattutto con l'affermazione del principio di reciprocità, che costituisce la più plateale negazione dei diritti dell'uomo proclamati dalla dichiarazione del 1789. Ciò nella misura in cui, esclusivamente per assorbenti «ragioni di Stato», tale principio legittima più o meno estesi restringimenti alla capacità dello straniero anche per ciò che concerne i rapporti civili²⁹⁶.

3. La crisi della distinzione nelle evoluzioni della società postmoderna

²⁹³ Cfr. le considerazioni in merito di J. MARITAIN, *L'uomo e lo stato*, cit., Milano 1975, p. 129 ss.

²⁹⁴ Sempre attuali, al riguardo, le considerazioni di O. GIACCHI, *Lo Stato laico*, cit.

²⁹⁵ Cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del «politico»*, Bologna 1972.

²⁹⁶ Per una diversa valutazione, con riferimento agli artt. 16, 17 secondo comma e 29 delle disposizioni sulla legge in generale premessa al codice civile italiano vigente, cfr. S. COTTA, *Diritto naturale: ideale o vigente? in Justitia*, 1989, p. 129.

La distinzione tra cittadino e straniero è peraltro messa progressivamente in crisi nella società postmoderna. Molte le ragioni di tale crisi, ma soprattutto due fenomeni appaiono degni di nota, sia per la loro consistenza che per il loro carattere di novità²⁹⁷.

Il primo è quello dell'inatteso risorgere dopo secoli di civiltà stanziale, ritenuta più moderna e progressiva, di una società nomade, avvertito fino ad oggi come arcaica e sorpassata. Gli individui ed i popoli si sono rimessi in moto. Tra gli effetti, ricorre quello di accentuare il processo di frammentazione della società, col conseguente problema della convivenza di gruppi umani diversi, anche per motivi etnici e culturali.

Il secondo fenomeno è dato dall'inatteso risorgere, oggi, alla fine di un secolo caratterizzato dagli universalismi sia di tipo ideologico (si pensi alla vicenda del marxismo) sia di tipo politico – organizzativo (si pensi alla crescente e multiforme organizzazione della società internazionale), del particolarismo nazionalistico, localistico ed etnico. Anche qui le ragioni sono numerose, ma tra gli effetti del fenomeno è quello di favorire il processo di frammentazione sociale e di accentuazione del pluralismo centrifugo per il quale si radica la sensazione di essere «stranieri in patria».

Occorre prendere atto della problematicità prodotta dai fenomeni accennati anche sul piano del diritto, giacché le due polarità che detto pluralismo incarna possono esplicitarsi in esperienze giuridiche del tutto contraddittorie: valorative o negatrici di insopprimibili esigenze individuali e sociali. Difatti la diversità, che è il volto più evidente del pluralismo, se può essere – e spesso è – ragione di discriminazione quando non addirittura di conflitto sociale, costituisce d'altra parte un fattore di arricchimento reciproco, quindi di benessere e progresso per l'umana società. Per converso l'universalità, cui tende la comune condizione umana, se costituisce potente sollecitazione al superamento di barriere tra uomini e società, può tuttavia immiserirsi in società «ad una dimensione». In siffatta società un malinteso egualitarismo verrebbe a smorzare quella naturale varietà, grazie anche alla quale la difettività propria di ogni individuo e di ogni gruppo si arricchisce e si completa nel rapporto con l'altro²⁹⁸.

Da questi rapidi cenni alla complessità – ed in un certo senso anche all'ambiguità – del fenomeno, è agevole dedurre quale e quanto rilevante sia il ruolo del diritto, nella misura in cui è chiamato ad armonizzare diversità ed universalità, superando al contempo ogni valenza negativa dell'una e dell'altra²⁹⁹.

4. *Alcuni nodi problematici: a) le modalità di adattamento del diritto interno*

²⁹⁷ Cfr. in merito AA.VV., *Europa nazione e Stato alla vigilia del XXI secolo*, a cura di C. MONGARDINI E M. RUINI, Roma 1993.

²⁹⁸ Sui fenomeni accennati cfr. AA.VV., *Dalla tolleranza alla solidarietà* (Università degli Studi della Tuscia), Milano 1990.

²⁹⁹ Maggiori approfondimenti al riguardo nel mio *Diritti fondamentali e pluralismo culturale*, in AA.VV., *Società multiculturale e problematiche educative*, a cura di G. DELLA TORRE E C. DI AGRESTI, Roma 1992, p. 33 ss.

Tra i grandi nodi problematici che la questione presenta sul piano del diritto, sembra che su di alcuni si debba richiamare in particolare l'attenzione. Il primo attiene alle concrete modalità di adattamento del diritto interno degli Stati alle esigenze poste da una realtà sociale, caratterizzata da una sempre più nutrita presenza di stranieri e che, pertanto, diviene sempre più multi-etnica e multiculturale.

Le esperienze che possono essere richiamate al riguardo sono riconducibili ad un duplice modello. Da un lato quello nord – americano, nel quale la garanzia della persona e dei gruppi nel cosiddetto *melting - pot*, cioè nel crogiolo di fusione delle etnie fortemente alimentato dall'immigrazione e dalla presenza straniera, si risolve nell'affermazione rigorosa del principio di eguaglianza; dall'altro quello europeo – continentale, nel quale la tutela degli stranieri, delle etnie, così come delle minoranze – è noto come assai spesso in Europa i due profili coincidano –, avviene attraverso la realizzazione di forme giuridiche differenziate di tutela, a cominciare dal riconoscimento di diritti speciali ai membri dei singoli gruppi etnico – culturali. Basti pensare, per quanto attiene all'esperienza italiana, alla diversità di forme di garanzia attuate, attraverso strumenti normativi peculiari, nei confronti della minoranza altoatesina, rispetto a quelle di cultura e lingua francese nella Valle D'Aosta o slava nel Friuli – Venezia Giulia.

L'evoluzione sociale, della mentalità, del costume, della cultura, sembra rivendicare una evoluzione degli ordinamenti statuali conformemente al secondo modello. Persino in paesi come gli Stati Uniti, cresciuti con l'immigrazione, l'idea del *melting – pot* sembra al tramonto, di fronte all'ascesa del modello della *salad bowl*, dell'insalatiera, dove ogni elemento etnico – culturale, alla stregua dei singoli ingredienti, si mantiene distinto, col vantaggio di rendere più viva – più «gustosa» – la realtà sociale³⁰⁰.

Sembra di dover osservare come attualmente si tenda sempre di più a passare dalla rivendicazione di un diritto all'eguaglianza, inteso come eguale trattamento giuridico anche al di là della titolarità e delle fruizioni dei diritti fondamentali, alla rivendicazione di un diritto alla diversità. Sembra inoltre prevalere progressivamente la tendenza all'affermazione di statuti giuridici che, anche sul piano dei diritti umani, riconoscano e tutelino il gruppo etico in ciò che lo differenzia dagli altri. Verrebbe quasi da osservare come, sul piano del fatto, l'umanità si è rimessa in cammino, tornando ad essere nomade, così e conseguentemente, sul piano giuridico, si tende a tornare ad una fondazione personale, e non più territoriale, della legge. Ma su questo aspetto si tornerà più avanti.

Non essendo possibile approfondire in questa sede l'analisi della questione, basti osservare che l'una e l'altra soluzione del problema delle modalità della tutela dello straniero presenta, al contempo, aspetti positivi e negativi. Ad esempio l'affermazione assoluta del principio di eguaglianza, intesa come soggezione allo stesso trattamento giuridico, comporta di conseguenza che tale tutela è rimessa ad una generale ed uniforme affermazione della legge, con l'indiscusso vantaggio di assicurare un minimo

³⁰⁰ In questo senso cfr. U. BERNARDI, *L'insalatiera etnica*, Vicenza 1990.

comune di garanzia per tutti. Essa tuttavia presenta lo svantaggio di poter dare luogo a nuove e subdole forme di «colonizzazione culturale», nella misura in cui impone – con la forza, anche «educativa» ed «inculturante», della legge, quale modello di comportamento obbligatoriamente posto dall’osservanza di tutti – determinati valori che sono espressione di una cultura determinata.

Da parte sua l’affermazione del principio del diritto alla diversità, se salvaguarda le radici identificanti un gruppo etnico e, quindi, la potenziale ricchezza umana e culturale che nasce dal relazionarsi di gruppi diversi; d’altra parte può portare, qualora condotto ad estreme conseguenze, a forme di conflittualità interetnica intollerabili per il bene del corpo sociale, nonché a pericolosi fenomeni di disgregazione sociale.

Il problema delle modalità di tutela dei gruppi etnico culturali, se ricondotto alla secca alternativa tra diritto all’eguaglianza (modello nord – americano) e diritto alla diversità (modello europeo – continentale), induce verosimilmente ad una impostazione non corretta e, in ultima analisi, deviante della questione.

Probabilmente anche qui *in medio stat virtus*, nel senso che la via da seguire al riguardo sembra dover essere quella volta ad assicurare ai gruppi, sia nell’ambito degli ordinamenti statuali che nell’ambito degli ordinamenti sovranazionali e dello stesso ordinamento internazionale, forme di tutela differenziate, così come riconoscimento di diritti speciali a quanti ad esse appartengono. La diversità, infatti, è un prezioso elemento di identificazione ed al tempo stesso di arricchimento reciproco nelle relazioni tra individui e tra gruppi, che merita di essere salvaguardato. E tuttavia il «diritto alla diversità» deve incontrare il limite invalicabile posto dalle esigenze di rispetto della dignità della persona umana e dei diritti dell’uomo. In quanto tali, di necessità essi sono universalmente identici, storicamente immodificabili, comuni a tutti gli uomini, sì che le inclinazioni delle varie culture possono influire su di loro quanto a regolamentazione delle loro modalità di esercizio, cioè nelle singole determinazioni sul piano del diritto positivo³⁰¹.

Per quanto riguarda specificatamente la situazione italiana, su può osservare che tali obiettivi, pure ricavabili dai principi costituzionali³⁰², appaiono ancora lontani dall’essere conseguiti da parte di una legislazione ordinaria, com’è quella vigente, frammentaria e spesso dettata da ragioni di necessità e di urgenza, per tamponare situazioni del momento. In particolare i più recenti provvedimenti – come il decreto legge 30 dicembre 1989 n. 416, convertito in legge 28 febbraio 1990, n. 30, contenente «Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di

³⁰¹ Si vedano in proposito le considerazioni di F.P. SAVOLA, *Assimilazione e pluralismo come modelli giuridici di rapporto con le minoranze*, in AA. VV., *Dalla tolleranza alla solidarietà*, cit., p. 87 ss.

³⁰² G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana cit.*

regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato»³⁰³ – non procedono all'organico riordinamento di tutta la materia, pur atteso e promesso da tempo.

Detti provvedimenti hanno l'indubbio pregio di far venire progressivamente meno le differenze tra cittadino e straniero, fin qui caratteristiche sul piano degli stessi rapporti civili. Tuttavia non si addentrano nell'ulteriore e più qualificante problema di garantire, accanto ad una base comune di eguaglianza, quel diritto alla diversità che è proprio della nostra tradizione giuridico europeo – continentale e che, come s'è detto, risulta ricavabile dallo stesso testo costituzionale. È invece necessario varare una disciplina organica, che attui i diversi principi costituzionali richiamabili al riguardo.

5. *Segue: b) il livello delle forme di tutela*

Un secondo nodo problematico riguarda i modi di tutela. Al livello delle forme di tutela si pone, in particolare, la questione della scelta fra strumenti di tipo internazionalistico e strumenti di diritto interno statale. La prima soluzione gode di un'antica ed illustre tradizione, risalente al Congresso di Vienna 1815. La seconda soluzione – che è quella adottata, ad esempio, dall'art. 6 della Costituzione Italiana in materia di minoranze linguistiche³⁰⁴ – è oggi assai diffusa nelle democrazie occidentali e trova un rafforzato fondamento nello stesso Atto finale della Conferenza di Helsinki.

Non è possibile soffermarsi sul punto. Sia consentita tuttavia una rapidissima osservazione sulle recenti e dolorose vicende dell'Est europeo: dalla dissoluzione della grande entità statale sovietica, alla disgregazione della federazione iugoslava. Queste vicende sono state caratterizzate da un processo inverso rispetto a quello sin qui considerato: non società messe in crisi nella loro omogeneità etnico – culturale dall'immaginazione, bensì società in crisi nella omogeneità coattivamente loro imposta dall'ideologia, per la risorgenza al loro interno delle differenze etnico – culturali. Può affermarsi, alla luce delle considerazioni sopra sviluppate, che la tutela delle diverse etnie passa certamente anche attraverso il riconoscimento del diritto alla propria identità, fino all'autodeterminazione. Ma prima di giungere a ciò si sarebbero dovuti chiaramente fissare i limiti di siffatto processo nella inviolabile garanzia dei diritti umani, assicurando altresì adeguate forme di rispetto dei medesimi.

Più in generale può dirsi che si dovrebbe giungere a vincolare la nascita di nuove entità statuali o sub – statuali, fondate sul principio dell'autodeterminazione e basate sul «collante» etnico, ad un solido e preliminare accordo sugli strumenti giuridici di tutela del rispetto dei diritti umani³⁰⁵.

³⁰³ Cfr. B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano. Appendice di aggiornamento. Le nuove norme sull'ingresso, soggiorno e asilo*, Milano 1990.

³⁰⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Art. 6*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna – Roma 1975, p. 296 ss.

³⁰⁵ Si vedano in proposito le puntualizzazioni, di carattere generale, di S. COTTA, *Il diritto naturale e l'universalizzazione del diritto, in Justitia*, 1991, p. 1 ss.

6. Segue: c) un ritorno delle personalità della legge?

Un ulteriore nodo problematico, più strettamente attinente alla teoria generale, tocca la necessità di riconsiderare sia il modo stesso di intendere le tradizionali categorie di cittadino e di straniero, sia le consolidate certezze in tema di territorialità del diritto.

Le trasformazioni che si sono accennate inducono, infatti, a ritenere che occorre fondare la cittadinanza su principi diversi rispetto a quello della tradizione europea recente. Si fa riferimento appunto al principio nazionalistico, che forgiatosi nel clima del romanticismo ottocentesco, ha teso a far coincidere i confini dello Stato, e quindi della cittadinanza, con i confini della nazione, cioè del gruppo omogeneo dal punto di vista etnico – culturale. In una società che diviene, giorno dopo giorno, sempre più interetnica ed interculturale, è necessario trovare i nuovi fondamenti della convivenza, cioè quei valori condivisi dalla generalità, che fanno di un gruppo di uomini una «comunità», vale a dire una molteplicità umana che ha qualcosa in comune³⁰⁶. Occorre creare un nuovo senso di appartenenza alla società politica, per il bene della quale vale la pena sacrificarsi e lottare, «come per le mura della città»³⁰⁷.

In questo contesto non potrà non essere oggetto di riflessione la forma di Stato. In passato, dinnanzi alle diversità culturali – ed in certi casi anche etniche – rispondenti alle diverse articolazioni territoriali, si sono elaborati modelli quali quelli di Stato federale o di Stato regionale, come capaci di coniugare diversità ed unità dell'ordinamento. Oggi le diversità che sussistono sulla stessa articolazione territoriale impongono l'elaborazione di nuovi modelli statuali, capaci di operare siffatto contemperamento delle diverse esigenze.

Si pone, qui, anche il problema di ripensare se, come, con quali limiti sia possibile recuperare, per determinate aree materiali, il principio della personalità del diritto con il quale più compiutamente può declinarsi un ordinamento in cui trovi realizzazione il diritto alla diversità come diritto alla propria identità, fermi restando – di nuovo – i limiti invalicabili posti dalle esigenze di rispetto della dignità della persona umana e dei diritti dell'uomo.

Il ricorso, per determinati ambiti ed in definite materie, al diritto personale può vantare una grande tradizione storica e qualche non trascurabile esperienza moderna, anche nel nostro Paese. E ciò proprio nel senso di offrire strumenti atti a coniugare unità dell'ordinamento e salvaguardia della particolarità.

³⁰⁶ Cfr. Al riguardo i rilievi di P. PRODI, *L'Europa e la memoria*, in AA.VV., *L'Europa crocevia. Memoria, cultura, responsabilità delle Chiese*, introduzione di G. CONCITELLI, Roma 1992, p. 3 ss., specialmente p. 9 s. non si può peraltro dimenticare l'insegnamento di Chabod, sulla forza evocativa dei termini «terra» e «sangue» in ordine all'idea di nazione ed al moto nazionalistico (cfr. F. CHABOD, *L'idea di nazione*, a cura di A. SAITA E E. SESTAN, Bari 1961).

³⁰⁷ Così il frammento 44 di Eraclito, in H. DIELS – W. KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlino 1956, 8° edizione, 22 B 44.

Si pensi, dal punto di vista storico, al fatto che per più di un millennio il cristianesimo ha continuato a vivere nel Nord Africa e nel Medio Oriente, ormai interamente caduti sotto l'Islam, grazie al principio della legge personale³⁰⁸. È in ragione degli statuti personali che Chiese antichissime, molte delle quali ancora di fondazione apostolica, hanno potuto sopravvivere e giungere sino a noi. È oggi semmai, come insegnano le vicende recenti degli Stati fondamentalisti del vicino Oriente, che tale presenza cristiana tende a scomparire, proprio in ragione di una progressiva territorializzazione del diritto.

Dal punto di vista del diritto vigente, poi, un esempio chiarissimo si può avere nel nuovo diritto ecclesiastico statale, che si viene producendo nel nostro Paese in applicazione del principio pattizio di cui al secondo comma dell'art. 7 Cost. ed al terzo comma dell'art. 8 Cost. difatti il principio stesso, che trova attuazione nella partecipazione delle confessioni religiose alla produzione delle norme giuridiche di cui saranno poi destinate, dà in definitiva luogo a sostanziali riaffermazioni della legge personale³⁰⁹.

7. *Da Babele a Pentecoste*

Le differenze etniche, linguistiche, culturali, che marcano tradizionalmente il differenziarsi di chi appartiene ad una determinata comunità politica rispetto a chi non vi appartiene, non costituiscono, di per sé, un fenomeno negativo nell'esperienza umana. Si deve piuttosto guardare ad esse come a realtà potenzialmente favorite di un sano confronto e di un reciproco arricchimento.

Sotto questo profilo la narrazione biblica della torre di Babele assume un significato pregnante. Contrariamente a quanto di solito si ritiene, essa non segna affatto l'origine del pluralismo etnico – quindi anche linguistico e culturale –, il quale invece risulta espressamente voluto dall'originario progetto divino e già raffigurato nella discendenza dei tre figli del patriarca Noè. Tale narrazione, invece, indica il disordine e la rottura di ogni possibile convivenza tra le etnie, nascente dal peccato di superbia: «costruiamo una città e una torre, la cui cima tocchi il cielo»³¹⁰.

Osserva Agostino che intenti alla costruzione della torre erano i «figli dell'uomo», per indicare cioè una società umana che vive non secondo le leggi di Dio, bensì secondo quelle carnali e terrene. Sicché la condanna dell'impudenza umana («confondiamo la loro lingua perché non comprendano più la lingua dell'altro»)³¹¹ sta ad indicare col linguaggio metaforico della pagina sacra, nient'altro che la più radicale condanna della superbia: in modo che chi non aveva voluto comprendere per obbedire a Dio che comandava, a sua volta non fosse capito quando comandava ad un uomo³¹².

³⁰⁸ Per un approfondimento al riguardo cfr. A. RICCARDI, *Coabitazione e conflitti tra religioni nel Mediterraneo*, in AA. VV., *Società multiculturale e problematiche educative*, cit., p. 57 ss.

³⁰⁹ Cfr. G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Torino 1995.

³¹⁰ *Gen* 11, 4. Per un approfondimento di interpretazioni del testo cfr. *Genesi*, a cura di U. NERI, prefazione di G. DOSSETTI, in *Bibbia. I libri della Bibbia interpretati dalla grande tradizione*, a cura della Comunità di Monteveglio, Torino 1986, p. 166 ss.

³¹¹ *Gen* 11, 7.

³¹² Cfr. AGOSTINO, *La città di Dio*, XVI, 4 (cfr. l'edizione a cura di C. CARENA, Torino – Parigi 1992, p. 697).

La pagina biblica sulla torre di Babele, in altre parole, sta a significare la condanna a una pluralità disordinata, non disciplinata e quindi anche conflittuale.

In questa prospettiva l'evento neotestamentario della Pentecoste segna, grazie all'intervento divino, la restaurazione dell'originale progetto sull'uomo: le differenze etniche, culturali e linguistiche, vero dono di Dio all'uomo e ricchezza dell'umanità, divengono nuovamente strumenti di unità e di comunione nella diversità e pluralità. Difatti la predicazione degli apostoli, semplici uomini di Galilea, è compresa da tutti nella propria lingua natia³¹³.

Come tuttavia è stato bene osservato, «l'umanità dispersa e divisa dopo il tentativo di costruire un imperialismo religioso – politico viene riunita dalla forza dello Spirito che unifica diversi gruppi umani rispettando e promuovendo le caratteristiche culturali di cui la lingua è espressione», cioè significa che «non la forza o la repressione, non la pianificazione economica o politica possono assicurare l'unità dei popoli o dei gruppi umani, ma la potenza interiore dello Spirito che promuove con la libertà e l'amore dei nuovi rapporti e crea spazi alternativi di comunicazione»³¹⁴.

Concludendo si può osservare che, come sempre nelle cose umane, anche la realtà che si incarna nella convivenza tra cittadino e straniero può orientarsi al bene o al male. Tutto dipende dalla volontà dell'uomo di indirizzare lo sviluppo delle società verso forme di autentico pluralismo, ordinato e solidale, anziché verso degenerazioni conflittuali; cioè verso l'originario progetto divino sull'uomo e sul mondo. Ed in questo senso il diritto può offrire un contributo fondamentale.

Spetta ai giuristi stimolarne lo sviluppo nel senso di una promozione dell'individuo e dei popoli che sia favoritrice dell'unità; che sia fattrice, nella diversità, di quella comunione che nasce e si struttura dalla condivisione dei valori dell'essere uomo.

³¹³ *Atti* 2, 1-13.

³¹⁴ Cfr. R. FABRIS, in *Atti degli Apostoli*, traduzione e commento dello stesso, 2° ed., Roma 1984, p. 93 s.

2. G. DALLA TORRE, *Multietnicità, bioetica e diritto*, in «Nuovi Studi Politici», III, 2001, pp.9-27

1. *La multietnicità come problema bioetico e biogiuridico*

Il sempre più ampio fenomeno immigratorio, proveniente prevalentemente da contesti etnico – culturali assai lontani da quello occidentale, pone l'Italia, ed in generale all'Europa, una pluralità di problemi assai rilevanti e di difficile soluzione. Tra di essi, acquistano un peculiare rilievo quelli di carattere bioetico: e ciò non solo per l'ampiezza della fattispecie che l'esperienza porta via via alla luce, ma anche per la delicatezza e la complessità delle fattispecie medesime.

L'area di problematicità investe innanzitutto il terreno della salute degli individui e della collettività, sia nella prospettiva delle patologie peculiari e poco conosciute in Occidente, di cui gli immigrati "extracomunitari" possono essere portatori, e che sono tra l'altro fonte di notevole allarme sociale; sia nella speculare prospettiva delle patologie da immigrazione, cioè delle patologie che gli immigrati contraggono successivamente al loro arrivo nel Paese ospitante, per le difficoltà di adattamento alle condizioni ambientali, ai modi di vita, ai costumi alimentari, alla stessa realtà socio – culturale³¹⁵. Molto spesso le patologie da immigrazione sono legate alle difficili condizioni di vita degli immigrati, soprattutto se irregolari o clandestini, in particolare per carenza dei beni essenziali alla sopravvivenza,

³¹⁵ AA.VV., *Medicina e migrazioni*, Atti del II Congresso internazionale: 11-13 luglio 1990, a cura di S. GERACI, Roma 1992; S. GERACI, *Argomenti di medicina delle migrazioni*, Busseto 1995; A. MORRONE, *Aspetti sanitari del fenomeno immigratorio*, in AA.VV., *Immigrazione e salute. Questioni di biogiuridica*, a cura di G. DALLA TORRE, Roma 1999, p. 31 ss.; Id., *L'altra faccia di Gaia. Salute, immigrazione e ambiente tra Nord e Sud del Pianeta*, Roma 1999.

così come per difficoltoso (o addirittura impossibile) accesso a quei servizi sanitari e socio – assistenziali che le moderne democrazie sociali prevedono a vantaggio delle fasce più deboli dei cittadini.

Ma dal punto di vista bioetico l'area di problematicità delle immigrazioni investe anche altri comparti ed altri piani. Si pensi solo all'allarme sociale che scatta dinanzi al "diverso", in una società etnicamente e culturalmente omogenea, non preparata all'accoglienza ed al confronto costruttivo. Un allarme sociale che tende a riversare nella presenza estranea al corpo sociale tutta la responsabilità dei fenomeni negativi che lo attraversano: dal diffondersi di patologie esotiche o, comunque, di elevata trasmissibilità, all'estendersi di forme di criminalità comune, individuale od organizzata.

A ben vedere, anche i profili socio-culturali e di psicologia collettiva delle immigrazioni costituiscono una questione bioetica di rilievo, nella misura in cui il processo di pluralizzazione in senso multietnico e multiculturale della società occidentale può essere fonte di tensioni e di conflitti, di processi violenti di rigetto dell'estraneo, ovvero di armonica integrazione.

Al riguardo si deve considerare che il volgere della società occidentale, e quindi anche dell'Italia, nelle forme della multietnicità e della multiculturalità è un dato di fatto certo, ineluttabile, che oggettivamente non risulta contrastabile in maniera efficace né tantomeno superabile con un ritorno al passato. Si tratta di un fenomeno che richiama alla mente i grandi, e per certi aspetti drammatici rivolgimenti epocali che segnarono, nell'impero romano d'Occidente, il passaggio dall'età antica all'età medioevale; rivolgimenti prodotti tra l'altro dalla sempre più forte pressione delle popolazioni barbariche sui confini dell'impero, sino al loro sfondamento ed alle conseguenti invasioni³¹⁶. La fine dell'impero coincide, come noto, con il trasformarsi dell'Occidente in una società multietnica e multiculturale. Non prendere atto di questa realtà, significa condurre ciecamente ed irresponsabilmente la società a prove inaudite di violenza, non solo fisica e materiale, lesive anche di quelle più elementari esigenze di tutela della vita e della qualità della vita di singoli e dell'intera comunità, di cui si sostanzia il discorso bioetico.

Invero, se il volgere della società occidentale nelle forme della multietnicità e della multiculturalità è un dato di fatto ineludibile, ciò non significa che si tratti di fenomeno ingovernabile. D'altra parte esso è, almeno tendenzialmente, un fenomeno dalle potenzialità positive: come sul piano biologico l'incontro tra patrimoni genetici diversi rafforza, così sul piano culturale la diversità è ricchezza, se saggiamente governata.

A ben vedere il problema di fondo di una società multietnica è, innanzitutto, un problema "bioetico". Nel senso che l'esistenza di diverse bioetiche nelle differenti culture e la loro compresenza in una società multietnica, pone la questione centrale della loro componibilità; in particolare pone il problema di verificare se ed in quale misura sia possibile fondare una bioetica che sia non solo inter –

³¹⁶ Una efficace ricostruzione di quegli avvenimenti in P. BROWN, *La formazione dell'Europa cristiana. Universalismo e diversità*, Roma – Bari, 1995.

culturale ma anche meta – culturale e trans – culturale³¹⁷. In altre parole il problema è di vedere se e in quale misura, salvaguardando le diverse culture e quindi le diverse bioetiche, sia possibile definire un orizzonte, irrinunciabile, di coesistenza.

Ma il “problema bioetico” di una società multietnica è, anche, un problema giuridico o, se si preferisce, “bio – giuridico”. Si tratta, in altre parole, di un problema che attiene alla ricerca delle regole di convivenza con attenzione anche alle questioni che nascono dalla biomedicina, valutate non solo sotto la dicotomia bene – male, propria della bioetica, ma anche sotto quella giusto – ingiusto, appunto propria della biogiuridica³¹⁸.

Si deve riconoscere che, sul piano giuridico e istituzionale, l'Europa e i diversi Stati europei non appaiono ancora attrezzati adeguatamente al governo, inevitabilmente complesso, di una società multietnica.

Il problema è come governare questa diversità; come evitare gli elementi di conflittualità e di sopraffazione del più forte sul più debole, favorendo invece, con una pacifica convivenza, l'espressione delle potenzialità positive che la multietnicità porta con sé.

In altre parole il problema è come trasformare il dato di fatto della multietnicità, che in quanto tale *si subisce*, in una realtà *voluta e programmata*; cioè in un programma etico – politico, in una azione per l'interesse generale – diremmo: per il bene comune – che abbia nella multietnicità un valore etico portante.

Fondamentale risulta, al riguardo, il ruolo del diritto, che ha – per dir così – una faccia tuzioristica, cioè riveste una funzione di garanzia, ma che ha anche una faccia promozionale, cioè un ruolo rivolto a favorire lo sviluppo e la crescita secondo linee valoriali predeterminate. Anche perché, a differenza della politica, dell'economia, delle ideologie, delle etiche, persino in alcuni casi della religione, che dividono o possono dividere, il diritto ha strutturalmente la funzione di collegare, di unire, di gettare dei ponti, di porre in relazione entità diverse. Il diritto è per natura sua struttura relazionale³¹⁹.

³¹⁷ AA.VV., *Le dimensioni transculturali dell'etica medica*, a cura di A. MASINI, Padova 1991; M. CALLARI GALLI, *Bioetica e antropologia culturale*, in AA.VV., *itinerari bioetici*, a cura della stessa, Firenze 1994, p. 51 ss.; G. DEL VECCHIO, *Medicina transculturale per la pratica clinica*, in *Kos*, 1996, 124, p. 22 ss.; L. PALAZZANI, *Note per una bioetica transculturale*, in AA.VV., *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, a cura di F. D'AGOSTINO, Torino 1996, p. 333 ss.; V. MELE – M. PENNACCHINI, *Elementi di bioetica transculturale*, in AA.VV., *Bioetica. Manuale per i diplomi universitari della sanità*, a cura di E. SGRECCIA – A.G. SPAGNOLO – M.L. DI PIETRO, Milano 1999, p. 169 ss.

³¹⁸ In merito cfr. F. D'AGOSTINO, *Temi di bioetica nella filosofia del diritto*, in AA.VV., *La bioetica. Profili culturali, sociali, politici e giuridici*, a cura di G. DALLA TORRE E L. PALAZZANI, Roma 1997, p. 103 ss., nonché, più ampiamente, in Id., *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino 1998.

³¹⁹ AA.VV., *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., *passim*.

2. Multietnicità e principio bioetico di autonomia

Il principio bioetico di autonomia, come noto, «regola le istanze etiche del paziente che, in forza della sua dignità di soggetto, ha il diritto di decidere autonomamente se accettare o rifiutare quanto si intende fare su di lui, sia dal punto di vista diagnostico che terapeutico»³²⁰.

Sotto questa prospettiva, i problemi bioetici e biogiuridici di una società multietnica si collocano su piani diversi.

Un primo piano è quello del linguaggio e della comunicazione. Al riguardo si deve ricordare che l'ordinamento giuridico italiano, così come in genere tutti gli ordinamenti giuridici occidentali, è caratterizzato dal principio del consenso ai trattamenti sanitari, siano essi a carattere diagnostico o terapeutico, ovvero abbiano una finalità sperimentale. Il principio si desume chiaramente dal secondo comma dell'art. 32 Cost., per il quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Il principio del consenso ai trattamenti sanitari postula, evidentemente, una adeguata conoscenza da parte del paziente dei contenuti del trattamento, degli effetti diretti ed immediati nonché di quelli collaterali, della sussistenza o meno di trattamenti sanitari alternativi, e via dicendo. Ciò comporta evidentemente che l'informativa data al paziente sia da questi comprensibile non solo in termini linguistici, ma anche in termini culturali³²¹.

Il principio bioetico di autonomia, quindi, postula una medicina transculturale, capace di comprendere adeguatamente il contesto sociale e culturale di origine degli immigrati, singolarmente presi o in gruppo, con specifico riferimento sia alla percezione di ciascuno circa il senso della salute, della malattia, del dolore, della morte; sia alla rilevanza che le diverse visioni della vita possono avere nelle condizioni di salute e nei trattamenti sanitari, ad esempio in ordine alla loro accettabilità³²².

A tale principio risponde, sul piano giuridico, il principio costituzionale di eguaglianza, che dinnanzi a diritti umani inviolabili – com'è quello della salute³²³ – ha una valenza non ristretta ai soli cittadini, ma di portata universale. Si tratta, come ben noto, di un principio che se da un lato interdice di trattare in maniera diversa situazioni eguali (*eguaglianza in senso formale*), dall'altro impone la rimozione degli

³²⁰ C. VIAFORA, *Principi della bioetica*, in *Dizionario di bioetica*, a cura di S. LEONE E S. PRIVITERA, Acireale – Bologna 1994, p. 740.

³²¹ Sul principio del consenso ai trattamenti sanitari rinvio a G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino 1993, in particolare p. 52 ss. e p. 67 ss.

³²² Per riferimenti alle problematiche culturali della moderna medicina cfr. D. ENGELHARDT (VON), *Cultura e medicina*, in *Dizionario di bioetica*, cit., p. 215 ss., e bibliografia ivi indicata.

³²³ P. LILLO, *Il diritto alla salute degli immigrati: libertà fondamentale o diritto sociale?*, in *Justitia*, 1997, p. 315 ss.

ostacoli che – come recita il secondo comma dell’art. 3 Cost. – «impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (*eguaglianza in senso sostanziale*). Ostacoli che, nel caso in esame, sono dati appunto dalla impermeabilità dei differenti linguaggi e delle diverse culture, da cui può derivare l’impossibilità di una informativa che renda valido il consenso del paziente al trattamento sanitario³²⁴.

Un secondo piano è quello dell’identità culturale. In siffatto contesto la questione preminente è data dalla compatibilità bioetica e biogiuridica delle pratiche “sanitarie” delle culture d’origine (si pensi, ad esempio, al caso dell’infibulazione; ma per certi aspetti anche al caso della circoncisione). Si tratta cioè di valutare la liceità della effettuazione di tali pratiche nel nostro paese, sia nell’ambito delle strutture sanitarie pubbliche ed a carico del servizio sanitario nazionale, sia anche e soltanto nell’ambito privato ed a carico dei richiedenti la prestazione.

È un problema di grandi dimensioni, destinato ad allargarsi progressivamente, a mano a mano che sul territorio nazionale si stabiliscono gruppi provenienti da culture molto lontane da quella europeo – occidentale. Essi si configura, bioeticamente e giuridicamente, quale tensione tra due polarità: il rispetto dell’identità culturale da un lato, l’invulnerabilità della dignità umana dall’altro. Per quanto attiene ai profili giuridico – costituzionali, si deve ricordare che le diversità etniche e culturali trovano il loro radicamento e la loro legittimazione nell’art. 2 Cost., laddove sono riconosciuti i diritti inviolabili dell’uomo “anche nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità”, e nel secondo comma dell’art. 3 Cost., per il quale è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che “impediscono il pieno sviluppo della persona umana”.

Alcune forme di “diversità” sono poi oggetto di specifica previsione costituzionale e di precisa tutela: così la diversità linguistica (art. 6 Cost.) o la diversità religiosa (artt. 8 e 19 Cost.).

In particolare è proprio sul terreno religioso che la Costituzione sviluppa un paradigma assai interessante in tema di governo della pluralità, armonizzando eguaglianza in senso formale ed eguaglianza in senso sostanziale, libertà individuali e collettive e limiti nascenti dal rispetto della dignità umana, diritto in particolare di ogni gruppo religioso ad avere un trattamento giuridico rispettoso della propria identità ed allo stesso tempo un quadro normativo comune a tutte le espressioni collettive della religione, garante dell’eguale libertà per tutti³²⁵.

D’altra parte il governo di una società “plurale” pone necessariamente anche il problema dei limiti o, se si vuole, della sussistenza di regole fondamentali comuni ed inderogabili. Ciò non solo perché tali regole sono presupposto necessario per la strutturazione stessa della società e per garantirne il

³²⁴ Sulla rilevanza bioetica del principio di eguaglianza rinvio a quanto ho scritto in *Bioetica e ordinamento giuridico italiano*, in *Bioetica e diritto*, cit., p. 29 ss.

³²⁵ G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Torino 1995; Id., *Considerazioni sui caratteri originali della Costituzione italiana del 1948*, in *Justitia*, 1999, p. 6 ss. per riferimenti generali alle problematiche bioetiche nella prospettiva della fenomenologia religiosa cfr. S. SPINSANTI, *Bioetica e grandi religioni*, Milano 1987.

mantenimento nel tempo, contro ogni pericolo di frammentazione; ma anche perché si pone il problema fondamentale della garanzia della persona umana e delle sue irrinunciabili spettanze.

Nel nostro ordinamento giuridico il limite generale posto al diritto alla propria “identità”, cioè il diritto a vedere riconosciuta e garantita la propria “differenza”, è senza dubbio ricavabile dallo stesso art. 2 Cost. che riconosce i diritti inviolabili dell’uomo³²⁶: quei diritti che sono richiesti dalla natura umana ed in quanto tali sono universali; quei diritti che promanano dalla “dignità dell’uomo”, cioè da ciò che rende quasi diverso da ogni altro essere vivente³²⁷. In altre parole, la dignità come attributo naturale di ogni uomo, come attributo essenzialmente umano.

Al riguardo si è giustamente rilevata la duplice funzione che la dignità umana, quale unico valore supercostituzionale, svolge nel nostro ordinamento. Perché «se il “diritto” al riconoscimento della dignità umana è [...] il *fine* dell’ordinamento, nel “dovere” di mantenimento della dignità si può scorgere invece il *confini* dei diritti e, segnatamente, delle libertà»³²⁸.

3. *Multietnicità e principio bioetico di beneficenza*

Il principio bioetico di beneficenza (o di beneficenza) regola le istanze etiche tipiche della professione sanitaria, i cui fini sono sostanzialmente quelli di difendere la vita e la salute fisica e psichica dell’uomo, nonché di sollevare la sua sofferenza nel rispetto della sua dignità³²⁹. Il medico e, in generale, il personale sanitario, devono dunque esercitare la propria scienza per il bene della persona, nel rispetto della sua libertà e dignità.

È evidente che siffatto principio presenta, per ciò che attiene a una società multietnica, una definita specularità rispetto all’altro. Nel senso che laddove il consenso informato richiede, da parte del paziente, linguaggio e cultura comprensibili, il principio di beneficenza postula un cambiamento del tradizionale approccio del medico verso il paziente, rispondente alle esigenze che scaturiscano da una medicina transculturale. Una medicina non condizionata dalla reificazione del corpo del malato e dall’ipertecnologismo che caratterizza la medicina occidentale contemporanea, ma attenta in primo luogo ai problemi della comunicazione ed ai connessi problemi culturali, che investono livelli diversi: da quello della raffigurazione dei fenomeni a quello del linguaggio, da quello della percezione del valore dei simboli a quello delle differenze culturali e antropologiche³³⁰.

³²⁶ Sulle tematiche dei diritti umani in rapporto ai profili bioetici cfr. AA.VV., *Le médecin face aux droits de l’homme*, Paris 1983; AA.VV., *Medicina e diritti dell’uomo*, Roma 1991.

³²⁷ Per approfondimenti filosofico – giuridici cfr. D. FARIAS, *L’ermeneutica dell’ovvio*, Milano 1990.

³²⁸ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 370.

³²⁹ C. VIAFORA, *Principi della bioetica*, cit., p. 741 ss.

³³⁰ Per riferimenti alle problematiche della medicina transculturale cfr. A. MORRONE (cur.), *Salute e società multiculturale. Medicina transculturale e immigrati extracomunitari nell’Italia del 2000*, Milano 1995.

Allo stesso modo la presenza di pratiche sanitarie o parasanitarie legate a culture o credenze religiose estranee alla tradizione occidentale, impone ai sanitari una adeguata considerazione nella misura in cui il rifiuto della prestazione delle pratiche stesse possa costituire, ad esempio, fattore di esclusione dal gruppo etnico di appartenenza, con intuibili conseguenze sul piano della salute psicologica e dell'integrazione sociale; ovvero possa indurre all'effettuazione di tali pratiche da parte di non sanitari, con l'effetto di porre in pericolo la vita o la salute del paziente. Si pensi ai casi di circoncisione, escissione o infibulazione rituali, posti in essere in determinate culture da soggetti investiti tradizionalmente di funzioni religioso – culturali, ma senza nessuna qualificazione professionale sul piano sanitario.

Per rapporto agli operatori sanitari, dunque, risulta sempre più urgente procedere ad una formazione estesa del personale già in servizio, nonché di quanti si stanno formando, che risponda alle provocazioni che una società multietnica pone alla cultura sanitaria tradizionale e consolidata. Provocazioni che non toccano solo le singole e definite fattispecie patologiche, ma che più e prima ancora investono concezioni di fondo come quelle della dignità della persona, della riservatezza che essa pretende e ad essa è dovuta, dal fascio di convinzioni e di credenze che integrano ed animano la personalità, in particolare del senso e del valore del dolore o della morte.

E tuttavia, se il principio di beneficenza deve tendere a comporsi con quello di autonomia, è evidente che il medico non può ridursi ad esecutore dei desideri del paziente né può prestarsi, in ragione del rispetto della personalità del paziente, a pratiche oggettivamente lesive della sua dignità. La bioetica trans – culturale è tesa, per natura sua, alla mediazione tra le esigenze specifiche delle diverse identità culturali con quelle del rispetto dei diritti umani, intesi quali spettanze della persona umana da valere sempre, dappertutto e per tutti; spettanze che, della persona umana, integrano la originaria ed inalienabile “dignità”.

Per tornare all'esempio già fatto ci si può domandare se, in presenza di individui e gruppi appartenenti a culture diverse dalla nostra, debbano essere soddisfatte le richieste – in particolare quelle rivolte al servizio sanitario nazionale – di procedere a mutilazioni o lesioni del corpo umano (escissione, infibulazione ecc., mentre diverso può essere il caso della circoncisione) con finalità non terapeutiche, ma rituali e/o religiose.

A ben guardare, al quesito il personale sanitario deve dare una risposta negativa, nel senso che si è dinnanzi a materia nella quale determinati valori, sottesi all'ordinamento giuridico dello Stato, non possono essere superati. Stando al diritto vigente, il principio caratterizzante l'ordinamento italiano – come del resto quello di tutti gli Stati appartenenti alla stessa area culturale – è dato dal rispetto della dignità di ogni uomo³³¹. In particolare il rispetto della persona umana è il limite posto dalla Costituzione, che pone così una riserva di legge rinforzata, alla pur prevista possibilità che il legislatore ordinario, per

³³¹ Cfr. E. ROSSI, *Profili di diritto costituzionale*, in AA.VV., *Immigrazione e salute. Questioni di biogiuridica*, cit., p. 117 ss.

tutelare la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, possa disporre trattamenti sanitari obbligatori (art. 32). E la preoccupazione di difendere tale principio è, nell'ordinamento, così forte, da prevedersi non solo l'illiceità civile degli atti di disposizione del proprio corpo che non abbiano finalità terapeutiche e comunque producano una invalidità permanente (art. 5 cod. civ.), ma da configurare addirittura gravi fattispecie penali, come nel caso delle lesioni personali (art. 582 cod. pen.).

A questi limiti, che il diritto positivo italiano pone all'accoglimento di certe pratiche mutilative del corpo umano, non può obiettarsi che essi null'altro sarebbero che il riflesso, sul piano normativo, di una certa cultura qual è quella occidentale ed europea in particolare; non può cioè obiettarsi che il mantenimento di quei limiti anche nei confronti di individui immigrati appartenenti a diversa cultura, per i quali le pratiche stesse sono legittime, costituirebbe una sorta di inaccettabile forma di "colonizzazione culturale".

Si deve osservare al riguardo che certamente tali limiti incarnano valori propri della cultura occidentale; ma che altrettanto certamente tali valori attengono, più oltre che le determinazioni del legislatore positivo o le inclinazioni di una civiltà, alla struttura o natura stessa dell'uomo. Come tali esse sono immodificabili, indisponibili da parte dell'individuo, inviolabili da parte di qualsivoglia autorità.

Detto in altro modo, le norme in questione, poste dal legislatore italiano, non fanno altro che tradurre, sul piano del diritto positivo, un principio giuridico fondamentale: quello della dignità di ogni uomo e del suo inderogabile rispetto, che nel caso concreto si traduce nell'esigenza giuridica – che è anche esigenza bioetica – di proteggere l'individuo nella sua integrità psico – fisica.

Come è stato precisato dal Comitato Nazionale per la Bioetica in un documento del 1998 sui *Problemi bioetici in una società multi-etnica*, «al livello della relazione dell'operatore sanitario con il paziente, risulta di particolare importanza il *principio del rispetto della dignità di ogni uomo nella sua specificità culturale*, purché tale specificità culturale non sia in contrasto [...] con l'esigenza bioetica fondamentale di tutelare l'integrità psico – fisica dell'individuo nel rispetto della salute ed ai fini della sua promozione», per cui «le richieste, e quelle in particolare rivolte al servizio sanitario, di procedere a mutilazioni o lesioni del corpo umano, con finalità non terapeutiche, ma rituali e/o religiose, non dovrebbero essere accolte»³³².

In altre parole, nel caso dei trattamenti in questione, la cultura occidentale sembra aver meglio veicolato un valore che non è propriamente culturale, ma che attiene più direttamente alla natura stessa dell'uomo.

³³² Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Problemi bioetici in una società multi-etnica*, 25 settembre 1998, Roma 1999; ma dello stesso cfr. anche il parere di pari data su *La circoncisione: profili bioetici*.

4. *Multietnicità e principio bioetico di giustizia*

Per giustizia si intende, in bioetica, «il principio che esprime e sintetizza le istanze etiche che nell'atto medico fa valere una terza componente sempre presente insieme al paziente e al medico: la *società*, in cui paziente e medico si trovano inseriti»; in particolare «la società che nella sua connotazione etico – giuridica è costituita dalla comunità dei soggetti che meritano uguale rispetto e considerazione in ordine alla rivendicazione del diritto alla vita e alla salute e nei confronti dei quali le risorse sanitarie devono essere distribuite *equamente*»³³³.

Nella prospettiva del principio bioetico e di giustizia in rapporto al progressivo trasformarsi della società in senso multietnico, si pone innanzitutto un problema di individuazione formale e di monitoraggio stabile del fenomeno immigratorio.

Il problema è, evidentemente, quello di una analisi della sua consistenza quantitativa e qualitativa, con specifico riferimento all'immigrazione extraeuropea, in particolare africana ed asiatica. Ad esso si unisce quello della rivelazione, all'interno dei grandi ambiti continentali, delle specifiche aree geografiche di provenienza, anche in rapporto alle diverse dislocazioni sul territorio nazionale dei differenti gruppi etnici.

Siffatta analisi, a fronte della quale è la realtà dei dati contraddittori ed inattendibili, appare chiaramente preliminare ad ogni ulteriore approfondimento, giacché solo una volta acquisita una adeguata e costante conoscenza delle dimensioni quantitative e qualitative del fenomeno immigratorio, è possibile – sempre in via preliminare – affrontare alcuni aspetti della società multietnica che presentano una valenza sul piano bioetico e, particolarmente, nella prospettiva del principio di giustizia. In particolare quella analisi da un lato è destinata a verificare l'impatto del fenomeno immigratorio rispetto alla realtà italiana, sia dal punto di vista sociale che da quello istituzionale; dall'altro lato è diretta a progettare ed attivare interventi socio – assistenziali e sanitari, caratterizzati da servizi qualificati, calibrati sulle esigenze di una medicina transculturale e “adattati” alle diverse “identità”.

Connesso a quanto detto sin qui è il problema dell'esame delle condizioni di vita degli immigrati, con attenzione particolare alle situazioni di rilievo sotto il profilo della politica sanitaria e degli interventi conseguenti, sui molteplici versanti del diritto alla salute. Perché se le condizioni di vita degli immigrati possono costituire un fattore lesivo della loro salute, le patologie da cui sono eventualmente afflitti possono d'altra parte rappresentare attentati alla salute come diritto individuale e come interesse della collettività, che è configurato dall'art. 32 della Costituzione, che legittima – in una prospettiva che bioeticamente è quella propria del “principio di giustizia” – interventi sanitari obbligatori.

³³³ C. VIAFORA, *Principi della bioetica*, cit., p. 743.

Nel contesto degli aspetti sanitari del fenomeno immigratorio, capitolo primario e preliminare è, dunque, quello della individuazione, della catalogazione e della rassegna delle patologie degli immigrati. Al censimento dei dati raccolti presso i centri, pubblici e privati, che svolgono assistenza (anche) sanitaria agli immigrati, deve rispondere una attenta analisi degli stessi, diretta ad individuare le peculiari patologie degli immigrati, anche in rapporto alle diverse aree geografiche di provenienza. In siffatta prospettiva una attenzione del tutto particolare deve essere riservata alle aree patologiche di emergenza: tubercolosi, patologie da sottoalimentazione e da stress, patologie cutanee, patologie veneree e simili³³⁴.

Capitolo distinto, ancorché connesso ed in qualche modo speculare, è quello della rilevazione delle patologie da immigrazione. Il problema è di cogliere, anche in relazione ai luoghi di insediamento nel Paese ed alle condizioni materiali di vita, quali siano le aree di emergenza sanitaria. Ciò vale innanzitutto per quanto attiene ai profili soggettivi, con riferimento in particolare ai soggetti più deboli, quali i minori o le donne. Ma ciò vale anche dal punto di vista oggettivo, con riferimento cioè a quelle patologie da immigrazione che sono più ricorrenti, ovvero che costituiscono un maggior pericolo per la collettività. Ciò vale, naturalmente, per patologie che possono attentare alla salute; ma ciò vale anche per quelle patologie che pur non costituendo un pericolo per la salute della collettività, e quindi non rientrando nella previsione dell'art. 32 Cost., possono tuttavia attentare ad altri beni materiali od immateriali che sono protetti dall'ordinamento. È il caso, ad esempio, delle malattie mentali derivanti dall'immigrazione, cioè derivanti dalle estreme difficoltà materiali e culturali di inserimento dell'immigrato nella nostra società³³⁵.

Nell'uno come nell'altro capitolo di indagine, un problema assai delicato è quello di cogliere realisticamente le dimensioni delle patologie indicate rispetto alla generalità del fenomeno immigratorio, cioè non fermandosi solo alla soglia, che per certi aspetti è quella meno problematica, dell'immigrazione legale. Occorre avere presente il fenomeno dell'immigrazione clandestina, sia perché fenomeno consistente, sia perché fenomeno che per la sua peculiare natura porta ad accentuare le disagiate condizioni di vita e, quindi, i fattori di rischio per la salute a livello individuale e collettivo. Certo la valutazione del fenomeno in questione è problema di difficile soluzione; tuttavia è possibile un certo controllo del fenomeno, grazie anche alle possibilità che sono date da maglie esistenti nella legislazione: si pensi all'intervento di pronto soccorso, che comunque non può essere negato a chi pur si trovi illegalmente nel nostro Paese³³⁶.

³³⁴ Al riguardo si rinvia alla ricca casistica pubblicata in A. MORRONE, *Salute e società multiculturale. Medicina transculturale e immigrati extracomunitari nell'Italia del 2000*, cit.; nonché dello stesso *Aspetti sanitari del fenomeno immigratorio*, cit., 31 ss.

³³⁵ Cfr. S. MELLINA, *Psicopatologia dei migranti*, Roma 1992.

³³⁶ Per i profili di diritto sanitario cfr. M. STIPO, *Immigrazione e salute nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Immigrazione e salute. Questioni di biogiuridica*, cit., p. 151 ss.; cfr. anche A. Bompiani, *L'assistenza sanitaria agli immigrati*, in *Medicina e morale*, 1996, 4, p. 147 ss.

Giova notare come proprio in relazione al fenomeno dell'immigrazione clandestina acquisti peculiare rilievo la previsione costituzionale in tema di salute (art. 32 Cost.), giacché se da un lato la salute è «fondamentale diritto dell'individuo», quindi non solo del cittadino o dello straniero regolarmente residente, cui corrisponde l'obbligo della Repubblica di garantire «cure gratuite agli indigenti»; dall'altro lato la clandestinità che caratterizza il fenomeno stesso rende difficile, se non addirittura impossibile, la garanzia della salute come «interesse della collettività», che presuppone la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori.

L'esigenza di tutela dell'interesse collettivo alla salute pone problemi non secondari, sia sul piano etico sia su quello giuridico, a proposito ad esempio della previsione di controlli e trattamenti sanitari obbligatori da riservare agli immigrati. Al riguardo si deve ricordare che a fronte di una dottrina giuridica prevalentemente orientata nel senso di ritenere che, in materia di salute, l'interesse del singolo deve prevalere su quello della collettività, sta una giurisprudenza costituzionale per la quale il dovere di non ledere la salute altrui può giustificare accertamenti sanitari obbligatori, ma non indiscriminati, di massa o per categoria di soggetti, bensì circoscritti in rapporto sia al contenuto degli accertamenti che alla finalizzazione all'espletamento di determinate attività lavorative³³⁷.

Il problema ha bisogno, probabilmente, di ulteriori approfondimenti, al fine di un miglior bilanciamento degli interessi in gioco. È da ritenere che, per quanto attiene ai profili sanitari del fenomeno immigratorio, il dibattito sia viziato da una – per quanto inconsapevole – contrapposizione fra stranieri immigrati e cittadini, tra il diritto inviolabile alla salute dei primi e l'interesse alla salute della comunità dei secondi. Invero la prospettiva più corretta pare quella – che è poi sottesa all'art. 32 Cost. – del rapporto tra l'individuo, cittadino o straniero che sia, e la collettività, composta da cittadini e non; rapporto entro il quale si pone il problema del bilanciamento tra due interessi differentemente tutelati dall'ordinamento costituzionale.

Del resto, a fronte del diritto alla salute tanto ampiamente riconosciuto dall'art. 32 Cost., sussiste nell'ordinamento costituzionale una definita dimensione di doverosità. Essa si individua non solo come reciproca del diritto individuale alla salute e, nei casi previsti dalla legge, come riflesso dell'interesse della collettività; ma nella più generale previsione dell'art. 2 Cost. e cioè nei «doveri inderogabili di solidarietà», il cui adempimento è richiesto non solo ai cittadini ma a tutti. Nel senso che la solidarietà non solo impone di non attentare a beni altrui, quali la salute, ma postula altresì da parte dell'individuo il mantenersi in buona salute per poter adeguatamente soddisfare i doveri nascenti dalla vita associata.

Dal punto di vista degli interessi generali, rispetto ai quali si pone il principio bioetico di giustizia, appaiono rilevanti anche le prospettive di pedabioetica, dirette a favorire l'evolversi di una

³³⁷ Una precisa e sintetica ricostruzione della problematica in E. ROSSI, *Profili di diritto costituzionale*, cit., p. 143 ss. La sentenza citata è la n. 218 del 1994, che può leggersi in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 1812.

società accogliente e solidale³³⁸. Vale la pena di richiamare l'attenzione su quest'ultimo punto, perché non c'è dubbio che a monte di tutti i problemi bioetici di una società multietnica è l'allarme sociale che il vasto ed incontrollabile fenomeno immigratorio produce. Un allarme sociale ingiustificato in molti casi: soprattutto nell'ambito sanitario, se si considera che sono i più forti, e quindi generalmente i più sani, coloro che riescono ad affrontare le grandi prove che l'emigrazione in un contesto sociale e culturale diverso comporta.

L'attenzione all'educazione bioetica ha peraltro l'ulteriore, positivo e ben più rilevante scopo di orientare alla comprensione di culture diverse, di formare alla accoglienza ed alla solidarietà³³⁹.

5. *annotazioni conclusive*

In tema di multietnicità la riflessione bioetica è giunta alla formulazione di due principi generali.

Il primo principio che deve guidare la riflessione e la prassi bioetica è quello per cui una stessa dignità accomuna tutti gli uomini. È, in altre parole, il principio del «riconoscimento del rispetto dell'essere umano, indipendentemente dall'appartenenza culturale o etnica»³⁴⁰.

Il secondo è il principio di differenza o di diversità, nel senso che la specificità di ogni cultura è degna di rispetto e deve essere rispettata. Come è stato autorevolmente affermato, «l'identità della cultura di appartenenza è un valore che va conosciuto e compreso», ed il rispetto dell'identità e della differenza culturale «va compreso proprio sulla base del principio di eguaglianza, che lo fonda e lo sostiene»³⁴¹.

L'applicazione nella prassi biomedica di tali principi, ha conseguentemente portato ad affermare che «al livello della relazione dell'operatore sanitario con il paziente, risulta di particolare importanza il principio del rispetto della dignità di ogni uomo nella sua specificità culturale, purché tale specificità culturale non sia in contrasto [...] con l'esigenza bioetica fondamentale di tutelare l'integrità psico – fisica dell'individuo nel rispetto della salute ed ai fini della sua promozione», per cui «le richieste, e quelle in particolare rivolte al servizio sanitario, di procedere a mutilazioni o lesioni del corpo umano, con finalità non terapeutiche, ma rituali e/o religiose, non dovrebbero essere accolte»³⁴².

Si può dire che sul piano del diritto, o del bio – diritto, le conclusioni non possono che essere le stesse.

³³⁸ In generale sull'educazione in una società multietnica cfr. AA.VV., *Società multiculturale e problematiche educative*, a cura di G. DALLA TORRE E C. DI AGRESTI, Roma 1992.

³³⁹ Cfr. In questo senso, oltre al menzionato parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Problemi bioetici in una società multietnica* (1998), si ricorda anche il parere su *Bioetica e formazione nel sistema sanitario*, del 7 settembre 1991. Per un approfondimento delle tematiche della pedabioetica cfr. S. NORDIO, *Temi di bioetica nella formazione sanitaria*, in AA.VV., *La bioetica, Profili culturali, sociali, politici e giuridici*, cit., p. 201 ss.

³⁴⁰ Così il Comitato Nazionale per la Bioetica in *Problemi bioetici in una società multietnica*, cit., p. 10.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² Comitato Nazionale per la Bioetica, *Problemi bioetici in una società multietnica*, cit., p. 15. Cfr. anche il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *La circoncisione: profili bioetici*, cit.

Ai giuristi in effetti è ben nota la proprietà caratterizzante il principio di eguaglianza: quella della sua relatività. Nel senso che il principio di eguaglianza è violato sia dal trattare situazioni eguali in modo diverso, sia dal trattare in modo diverso situazioni eguali.

Si si acquisisce consapevolezza di questa proprietà del principio di eguaglianza, ed in siffatta prospettiva si considera la questione del governo di una società multietnica, sembra di poter dire che il passaggio dal diritto all'eguaglianza al "diritto alla diversità" sia, ormai, un passaggio obbligato. Anzi più precisamente sembra potersi dire che il diritto all'eguaglianza postula il riconoscimento della identità di ciascuno, singolo o gruppo che sia, con tutte le ricadute conseguenti sul piano del trattamento giuridico.

La società multiculturale, in particolare in quanto società multietnica, impone necessariamente una evoluzione dell'ordinamento giuridico che miri alla integrazione ed alla pacifica convivenza, ma nel rispetto delle diverse identità. Una integrazione che significa, cioè, progressiva estensione del complesso di libertà, di diritti, di facoltà, di obblighi ecc. che definiscono la condizione giuridica del cittadino: sia nel senso della progressiva equiparazione di cittadino e straniero; sia nel senso del progressivo avvicinamento delle cittadinanze "deboli" alle cittadinanze "forti", cioè nel senso di favorire pari opportunità ed eguale grado di effettiva partecipazione alla vita della comunità politica a chi pure possiede la cittadinanza giuridico – politica³⁴³.

Una integrazione al contempo attenta a garantire il diritto a mantenere la propria identità – etnica, religiosa ecc. – da parte di individui e di gruppi.

Ciò comporta di conseguenza non solo una produzione normativa speciale in rapporto alla pluralità di gruppi ed alla diversificazione delle esigenze; ma anche una evoluzione della normativa generale, nella misura in cui risultasse incompatibile con le vedute esigenze poste dalla evoluzione della società.

Lo stesso dicasi per la tutela della dignità umana, in quanto tale comune a tutti, quale limite necessario ed insuperabile al riconoscimento del diritto alla diversità.

Stando al diritto vigente, il principio caratterizzante l'ordinamento italiano – come del resto quello di tutti gli Stati appartenenti alla nostra stessa area culturale – è quello del rispetto della dignità di ogni uomo. In particolare il rispetto della persona umana è limite posto dalla Costituzione, che pone così una riserva di legge rinforzata, alla pur prevista possibilità che il legislatore ordinario, per tutelare la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, possa disporre trattamenti sanitari obbligatori (art. 32). E, come si è già detto, la preoccupazione di difendere tale principio è, nel nostro ordinamento, così forte, da prevedersi non solo l'illiceità civile degli atti di disposizione del proprio corpo che non abbiano finalità terapeutiche e comunque producano una invalidità permanente (art. 5 cod. civ.), ma da configurare addirittura gravi fattispecie penali, come nel caso delle lesioni personali (art. 582 cod. pen.).

³⁴³ In materia di cittadinanza rinvio quanto ho scritto in *Profili giuridici della cittadinanza*, in AA.VV., *Individuo e istituzioni. Il futuro della cittadinanza*, a cura di L. ALICI, Cinisello Balsamo 2000, p. 76 ss.

A ben vedere, proprio attorno al concetto di dignità umana ed alla tavola dei diritti umani ad essa strumentalmente piegati, può individuarsi la soluzione del problema del governo di una società complessa qual è quella multietnica, dove la pluralità delle culture può trovare nel diritto il fattore catalizzante della pur necessaria unità. Con due avvertenze pratiche: che al riconoscimento del ruolo universalizzante dei diritti umani contestualmente risponda, nell'ordinamento statale, una adeguata apertura alla restaurazione dell'antico principio della personalità del diritto³⁴⁴; che vengano elaborate adeguate tecniche di tutela dei diritti umani non solo in quanto diritti dei singoli, isolatamente considerati, ma anche come diritti del singolo in quanto facente parte di formazioni sociali etnicamente caratterizzate. Ed è quest'ultima una tematica, sulla quale la riflessione giuridica ha ancora un lungo cammino da fare.

3. G. DALLA TORRE, *Il diritto e le trasformazioni della famiglia*, in S. FANUELE (a cura di), *Bioetica e società. Speranze per l'umanità. Sfide scientifiche e morali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp.175-185

Se è vero che il ruolo del diritto per le trasformazioni della società e, più in particolare, della famiglia ha una influenza meno rilevante rispetto al peso di altri fattori come, ad esempio quello economico o quello culturale, è tuttavia possibile sostenere che il diritto, nel nostro Paese, non ha reso un buon servizio alla famiglia.

Questa affermazione trova riscontro nel fatto che in Italia, da almeno un secolo e mezzo, il diritto positivo si è sviluppato in maniera schizofrenica ed ondivaga oscillando tra due polarità estreme. Dalla seconda metà dell'800 ad oggi i sentieri dell'evoluzione del diritto di famiglia si sono sviluppati attraverso passaggi dissociati tra la concentrazione dell'interesse esclusivamente sull'individuo (con un sostanziale misconoscimento delle relazioni sociali, a comunicare da quelle familiari, tra gli individui), e l'affermazione di un decisivo primato dello Stato rispetto alla famiglia.

La legislazione a cavallo tra la fine dell'800 e gli inizi del'900 è stata tutta improntata all'idea illuministica della liberazione dell'individuo dalle formazioni sociali nelle quali questi si trova inserito,

³⁴⁴ Ho approfondito questi aspetti in G. DALLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma 1997.

viste quasi come gabbie limitanti le libertà personali e, quindi, la libera espressione della persona. Questa impostazione è stata applicata in generale su tutte le formazioni sociali e in particolare sulla famiglia. A tal proposito basta rileggere una pagina celeberrima di quel libro, così famoso per altri motivi, di Cesare Beccaria, "Dei delitti e delle pene", in cui si afferma sostanzialmente che la libertà della persona passa attraverso la sua liberazione dalla famiglia.

Tutta la cultura giuridica ottocentesca, ispirata da proposizioni del genere, è stata conseguentemente una legislazione premiale dell'individuo, nuovo centro d'interesse, e non della famiglia o più in generale delle formazioni sociali.

Nella prima metà del '900, la polarità è stata opposta. Ora sono l'individuo e la famiglia ad essere al servizio dello Stato, nuovo centro d'interesse. Se ad esempio si prova a leggere contro luce la legislazione degli anni trenta in materia demografica, ci si rende conto di come questa legislazione non sia stata dettata da ragioni di carattere etico, ma principalmente ispirata a ragioni di carattere politico. Si pensi all'obbiettivo del "milione di baionette" cui quella politica era anche piegata, nel più ampio quadro della politica militaresca e bellicosa del fascismo.

Dopo questo periodo, la polarità sembra essersi spostata nuovamente all'estremo opposto. Nonostante la centralità che la famiglia ha nella Costituzione, che ad essa dedica ben tre articoli (artt. 29-31), e nonostante la valorizzazione che la Carta fa delle formazioni sociali come luoghi necessari per lo svolgimento della personalità individuale (art.2), sembra che l'attenzione dell'ordinamento sia di nuovo incentrata sull'individuo a prescindere dalla fitta trama di relazioni sociali in cui, a cominciare dalla famiglia, egli si trova inserito.

Si pensi ad esempio alla riforma del diritto di famiglia del 1975, che pure ha cercato di tradurre i principi costituzionali. Nelle disposizioni da essa previste, ed ora integranti il codice civile, si parla di onore del vero, "dei *preminenti interessi della famiglia*" (cfr. art. 144. civ.); ma in realtà bisognerebbe verificare nel cosiddetto "diritto vivente", in particolare nella giurisprudenza, quando questi preminenti interessi della famiglia vengano effettivamente considerati e tutelati, ad esempi nel caso di conflitto tra coniugi.

Ma in altri casi le disposizioni del diritto di famiglia così come novellato nel 1975 mostrano chiaramente i segni di una cultura individualista. È sufficiente pensare alla disposizione di cui all'art. 147 cod. civ. che, dopo aver precisato che il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, dispone che nell'esercizio di tale funzione essi debbono tenere conto "delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". Così in sostanza il legislatore indirizza e limita la funzione educativa dei genitori, con riferimento in particolare a quelle che sono le inclinazioni naturali del minore. Ma qui è da domandarsi se l'opera educativa sia quella di assecondare le inclinazioni naturali, anche quelle malvagie per esempio; o se invece l'opera educativa non debba consistere proprio nella liberazione da quelle inclinazioni naturali che in realtà costituiscono un condizionamento della persona e che, in quanto malvagie, sono contrarie al bene suo e della società.

È chiaro che qui si è dinnanzi, per così dire, a un fenomeno carsico di una mentalità di stampo illuministico, che pensa all'uomo buono in sé e semmai corrotto dalla società, che ritorna ad emergere con forza nel nostro tempo.

In sostanza, dunque, nel nostro Paese la famiglia non è mia stata al centro dell'attenzione del legislatore il quale, invece, si è rivolto sempre in modo preminente o all'individuo o allo Stato.

Diverso, come, s'è detto, il caso della Costituzione, che guarda alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Le sue disposizioni inseriscono la famiglia nel novero delle formazioni sociali tipiche, fondamentali, oggetto di specifica disciplina, destinatarie di organiche forme di sostegno con interventi dello Stato di carattere sociale.

Ma qui occorre dire pure con franchezza che per quanto attiene alla famiglia la Costituzione è stata – per utilizzare una nota espressione di Pietro Calamandrei – “una rivoluzione mancata”. È stata una rivoluzione mancata perché le sue norme in parte sono state indebolite e talora svuotate sostanzialmente del loro contenuto in via interpretativa, mentre in parte sono rimaste del tutto inattuata. Si pensi all'articolo 31 della carta, per il quale “la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose”, aggiungendosi poi che essa “protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”. Basta confrontare la realtà dei servizi per la famiglia con questa disposizione di chiaro carattere programmatico, per rendersi conto del divario esistente tra impegni promessi e promesse mancate.

A questo punto sarebbe interessante approfondire le ragioni di questa mancata applicazione.

Se si va a leggere dal punto di vista giuridico la vicenda storica della famiglia, alla luce della più generale vicenda del rapporto tra Stato e società civile in Italia, è facile accorgersi che la fenomenologia è analoga ed analoghe sono le dinamiche che hanno caratterizzato un secolo e mezzo di storia italiana. Difatti il nostro Stato ha in qualche modo ingabbiato, frenato, limitato, soffocato la società civile, che è in primo luogo costituita dalle famiglie. I dibattiti che negli ultimi anni si sono fatti in tema di autonomia della scuola, dell'Università, di altre realtà sociali, dimostrano come per lungo tempo autonomia non ci sia stata, o sia stata debole, o non sia stata riconosciuta nella misura dovuta, con la conseguenza che le formazioni sociali, ivi compresa la famiglia, non hanno potuto trovare quella espansione che invece era della stessa Costituzione riconosciuta.

Se poi ci si sposta dal cosiddetto diritto della famiglia, cioè dal terreno del diritto privato, al diritto pubblico, cioè in tutto quel settore della legislazione positiva che concerne i servizi sociali, il servizio sanitario, i servizi d'istruzione, il sistema fiscale, lo stesso diritto del lavoro, ci si rende conto del fatto che anche qui, in sostanza, la legislazione si è sempre sviluppata nel senso di guardare esclusivamente o prevalentemente all'individuo, isolatamente considerato, e non nella sua concreta collocazione in una realtà familiare. Con la conseguenza che i servizi sono stati prevalentemente pensati e realizzati a

vantaggio di un individuo avulso dal contesto familiare, e non all'individuo in quanto inserito nella famiglia. Servizi all'individuo, dunque, e non servizi alla famiglia.

C'è da dire che da alcuni anni si stanno ripensando, soprattutto a livello locale, certi modelli e certe esperienze. Ciò vale in particolare in alcuni ambiti: si pensi a tutta la problematica degli anziani, della loro segregazione al di fuori del loro. Ambiente naturale, familiare, e dei problemi che questo comporta; si pensi alla "sanitizzazione" dell'individuo in stato di bisogno, cioè all'istituzionalizzazione sanitaria di tutta una serie di situazioni che avrebbero potuto trovare una diversa soluzione nell'ambito della famiglia. Ma molto, moltissimo resta da fare.

Se nella nostra storia si è sviluppato un modello di diritto che ha avuto al centro l'individuo e non la famiglia, si può allora dire che, in fondo, il diritto non ha reso un buon servizio alla famiglia, non l'ha aiutata e non l'ha sorretta. Il fatto è che quando la cultura, la società e l'economia sono cambiate, quando è finito il sostegno che da esse veniva per tradizione alla istituzione familiare, ecco che la famiglia non ha retto più e si è sviluppato quel processo, per così dire, di "individualizzazione" che è sotto i nostri occhi e che ha trasformato profondamente non solo la realtà familiare, ma il modo stesso di pensare matrimonio e famiglia. Ormai essi sono sempre più concepiti come istituzioni che si pongono strutturalmente a servizio dell'utilità personale. Con la conseguenza che quando, nel concreto di una famiglia l'utilità viene meno (anche se solo per uno), non ci si perita dal recedere dai rapporti che legano ad essa, con conseguente affievolirsi di sensi di doverosità e solidarietà.

È possibile contrastare un fenomeno del genere?

Si è detto che in materia il ruolo del diritto è piuttosto marginale, anche se dotato di una considerevole funzione di tipo pedagogico. Invero il corso della storia può essere corretto e modificato soltanto da forti mutamenti di carattere culturale, da. Modelli forti e da messaggi ricchi di senso. Comunque il diritto esercita una incidenza sulla realtà sociale ed è quindi da credere che un'inversione del diritto positivo, rispetto al passato, non solo sia possibile ma anche possa influire positivamente a vantaggio della famiglia.

È da ritenere tuttavia che ciò potrà avvenire in maniera soddisfacente solo nella misura in cui alla famiglia sia restituito un ruolo di soggetto politico. Se il diritto non l'ha considerata, o quanto meno non l'ha adeguatamente considerata, ciò è dipeso dal fatto che in passato essa non ha avuto voce in politica. E da questo punto di vista appaiono assai significative esperienze come quelle del Forum delle Associazioni Familiari, che vanno adeguatamente sostenute.

Ma esistono oggi altre facce del problema famiglia: quello dei cosiddetti "altri modelli" di matrimonio e famiglia.

"*Vorrei, e non vorrei...*": forse niente meglio della celebre aria mozartiana rende l'idea di quanto è sotto la questione del riconoscimento delle unioni di fatto.

“*Vorrei, e non vorrei?*”. Già, perché il riconoscimento giuridico della convivenza non fondata sul matrimonio è rivendicazione che poggia su una irrisolta (e irrisolvibile) contraddizione: da un lato si vuole la più piena libertà e si rifiuta di conseguenza l’atto del matrimonio; da un lato si vuole affermare la spontaneità dei rapporti affettivi caratterizzati dalla precarietà, dall’altro lato però si vogliono far derivare da quei rapporti precise responsabilità giuridiche.

È questo, del volere allo stesso tempo, un atteggiamento che può dare il senso dell’ondeggiare della passione o di quell’eterna immaturità personale – che a volte sembra caratterizzare il nostro tempo – che porta a non fare scelte e che cerca di lasciare aperte tutte le possibilità. Certo non è un atteggiamento razionale, nel senso di conforme a ragione.

In effetti è abbastanza singolare pensare, nella prospettiva di chi rifiuta col matrimonio ogni impegno stabile nel tempo, la rivendicazione del riconoscimento giuridico delle situazioni di fatto. Perché una volta che questo obiettivo fosse raggiunto, si assisterebbe alla strana situazione di un fatto che in quanto tale cerca di sfuggire alla regolazione giuridica e di uno Stato costretto ad inseguire, con le sue leggi ed i suoi giudici, chi vuole giocare fino in fondo la propria libertà.

Paradossalmente, con il riconoscimento delle convivenze di fatto, che significa in sostanza attribuire loro diritti e doveri che sono propri del matrimonio, verrà ad essere soppressa ogni libertà di non obbligarsi, ogni possibilità di scelta tra stato matrimoniale (o ad esso equiparato) e stato non matrimoniale; cioè verrà ad essere sconfitta proprio quell’idea libertaria che è alla fonte delle stesse rivendicazioni al riguardo.

È da tornare piuttosto alla ragione, lasciando da parte le convenzioni etiche personali che, in una società pluralista e frammentata, inevitabilmente dividono e non uniscono.

A bene vedere le ragioni del matrimonio, come atto giuridico formale che certifica l’assunzione dei diritti e dei doveri che caratterizzano gli status familiari, sono questioni “di ragione”. La costituzione, attraverso di esso, della famiglia, non è un fatto né (solo) personale né (solo) privato.

Non è un fatto personale, perché coinvolge necessariamente altri soggetti (il coniuge, i figli, ma anche i membri della famiglia allargata), creando affidamenti, aspettative, attese, speranze, che il diritto è chiamato a garantire: con certezza, sempre, ovunque. Le gioie e i dolori del rapporto in una coppia che va bene o va male si ripercuotono inesorabilmente su tutti altri soggetti; sono rimangono limitati soltanto a quella coppia o a uno dei soggetti della coppia.

Il matrimonio non è un fatto solo personale perché coinvolge altri soggetti, perché crea affidamenti: “io mi affido a”, “mi fido”, ecco l’integrazione reciproca; affido la mia vita, creando aspettative, attese, speranze, che il diritto è chiamato a garantire. A ben vedere la funzione del diritto è anche questa: se non garantisce l’affidamento, finisce per negare se stesso.

Ma non è neppure un fatto privato, perché la famiglia ha funzioni educative, sociali, assistenziali, in generale solidaristiche, che in sua mancanza o in caso di sua incapacità lo Stato, e quindi la società, cioè

noi tutti, siamo chiamati ad accollarci. DI qui la necessità che sia chiaro per tutti, cioè per i componenti la famiglia ristretta, i componenti la famiglia allargata, l'intera società, *quando* la famiglia si costituisce, fra *chi*, i soggetti nei confronti dei quali si creano inderogabili doveri di solidarietà, *chi* risponde per *chi* e dinnanzi a *chi*. E l'elencazione potrebbe continuare.

Per raggiungere questo stato di certezza (che chiunque pretende per qualsiasi banale rapporto contrattuale) e, quindi, per circondare di adeguate protezioni l'istituto naturale della famiglia, l'umanità ha compiuto nel tempo uno sforzo notevole ed elevatissimo. La storia del diritto insegna che la formalizzazione giuridica del matrimonio, che nasce ben prima della Chiesa e del suo diritto, è stata nel tempo fattore di civilizzazione ("dal dì che nozze...", per ricordare i famosi versi di Foscolo), di certezza del diritto, di garanzia dei più deboli nel rapporto.

Questa formalizzazione è garanzia di chi vuole costituire una famiglia, dichiarando pubblicamente di volersi assumere (oltre che i vantaggi) gli oneri relativi. Ma a ben vedere è garanzia anche per chi non intende avere quei vantaggi né assumersi quegli oneri, per chi vuole gestire liberamente la propria persona e la propria vita.

Ragionevolmente lo Stato deve garantire la libertà di scelta dell'uno e dell'altro. Ma questa garanzia è evidentemente inconciliabile con la pretesa di volere poi, retroattivamente nel tempo, magari quando si è avanti negli anni, quei vantaggi (ma anche quegli oneri) che in età più giovane si sono liberalmente e consapevolmente non voluti.

Forse una riflessione più pagata e meno emotiva, più nazionale e meno ideologica potrebbe a svelenire il dibattito sul tema e ad acquisire più oggettive conclusioni nell'interesse di tutti. Ma giova comunque notare che, come si vede, la difesa del matrimonio è una questione di ragione e non di fede. Certamente la Chiesa non è sola in siffatto impegno, ma è incredibile l'impegno di alcuni perché sia lasciata sola a difendere la ragione.

Considerazioni in parte analoghe, ma in parte diverse, possono essere fatte in relazione all'altro dei modelli alternativi che oggi viene proposto, cioè il modello del matrimonio tra persone dello stesso sesso punto perché anche a proposito delle unioni omosessuali si riscontra sovente l'idea di una relazione precaria, fondata sulla spontaneità di rapporti affettivi che oggi ci sono e domani potrebbero non esservi più virgola in quell'ondeggiamento della passione che, come sia già notato, porta non fare scelte definitive ed a lasciare aperte nel tempo tutte le possibilità.

Ma quand'anche ciò non fosse, nella relazione omosessuale mancano comunque gli elementi essenziali della struttura propria della famiglia fondata sul matrimonio, caratterizzata dalla diversità sessuale come presupposto imprescindibile della complementarietà che supera la difettività originaria dell'individuo: due identità non si completano, ma semmai si sommano. E poi manca l'apertura alla propria azione, per carenza del presupposto fondamentale di base. Senza contare infine che il processo di formazione dell'io personale, cioè il processo di strutturazione della coscienza di sé, nella propria

identità sessuale virgola che nella famiglia trova l'ambiente ideale e proprio per la compresenza della figura paterna e materna, appare a dir poco difficilmente perseguibile nella coppia omosessuale caratterizzata dalla sussistenza di due figure genitoriali fotocopia.

Resta poi il fatto che la relazione omosessuale, a prescindere da qualsiasi considerazione di carattere morale, rimane di per sé fatto personale privato virgola in idoneo a costituire *status* personale e, quindi, necessariamente destinato a rimanere nell'ambito di ciò che è giuridicamente (non moralmente!) irrilevante, come lo sono tutte le espressioni della sessualità che non incidono nella sfera di ciò che è giuridicamente proibito.

In realtà occorre squarciare il velo che impedisce di guardare con chiarezza le cose così come stanno e, in particolare, di cogliere due diverse prospettive in cui la questione delle “famiglie altre” si pone attualmente.

La prima è espressione di una posizione ideologica che, in quanto tale va smascherata. La struttura della famiglia non è, come si pretende, storico-culturale; non è destinata a mutare col divenire della storia ecco i mutamenti della società; ha un fondamento antropologico, la sua struttura fondamentale è naturale. E d'altra parte c'è la Costituzione, che pensa alla famiglia come “società innaturale”, appunto, e come società fondata sul matrimonio. non ci possono essere nel nostro ordinamento altre “famiglie”.

Ma c'è una seconda prospettiva su cui occorre essere attenti, ed è quella posta dagli aspetti concreti, pratici, delle situazioni umane verificatesi nel tempo, che pongono problemi di solidarietà. Del resto la solidarietà è un principio fondamentale in una società democratica: nella nostra Costituzione è chiaramente detto che la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri, qualificati come inderogabili, di solidarietà (art. 2).

In questa prospettiva è evidente che la società non può negare aiuto a chi ne ha bisogno. Occorre, in altre parole, prevedere forme di intervento legislative ed amministrative dirette a venire incontro a situazioni che, pur originando dalla libera scelta di non volere formalizzare col matrimonio un determinato rapporto, nel tempo di vengono umanamente e socialmente meritevoli di considerazione. Il problema è che, a tal fine, non si deve ricorrere allo schema giuridico della famiglia. Non si può considerare famiglia ciò che famiglia non è, anche perché non la sia voluta.

Per risolvere problemi giuridici ed economici derivanti da situazioni di fatto prolungate sì nel tempo si possono percorrere utilmente vie diverse da quella, impropria, dell'equiparazione alla famiglia fondata sul matrimonio. A titolo meramente esemplificativo basti qui ricordare che la richiesta di riconoscimento di una rilevanza giuridica alle cosiddette “famiglie di fatto” è legata, di solito, ad eventi precisi: il subentrare del convivente nel rapporto di locazione al partner deceduto; ovvero il risarcimento del danno prodotto al convivente anziano o senza lavoro, dalla morte del partner per incidente stradale o sul lavoro; o più banalmente il poter fruire della pensione di reversibilità del convivente. È chiaro che in questi casi virgola che possono verificarsi ad esempio da convivenze protrattesi per lunghissimo tempo,

per soddisfare bisogni sovraggiunti che sono umanamente meritevoli di considerazione, una società solidarista e sociale deve e può trovare forme giuridiche originali. Risolvere questi problemi estendendo alle convivenze il regime giuridico della famiglia fondata sul matrimonio pare dunque inutile, oltre che indebito.

4. **G. DALLA TORRE, *Problemi giuridici della fecondazione artificiale umana*, in *Scienza e origine della vita*, Edizioni Orizzonte Medico, Roma, 1980, pp. 187-208**

I.

Il tema dei rapporti fra scienza ed origine della vita, cui pure inserisce il problema della fecondazione artificiale umana – o, meglio, della inseminazione artificiale umana – può considerarsi al centro delle questioni di fondo che l'umanità oggi si trova di fronte, e che sono destinate a segnare profondamente i destini. Perché è ormai chiaro agli occhi di tutti quali siano i progressivi effetti di quell'opera di negazione della natura intesa come ciò che è più proprio dell'uomo, di quella concezione dell'uomo in quanto *artifex*, in quanto *faber fortunae suae*, in quanto manipolatore del creato e suo plasmatore a proprio piacimento. È ormai chiara a tutti, infatti, la prospettiva dell'ecatombe ecologica cui il mito moderno dell'*homo faber*, così precisamente descritto nelle arti letterarie e musicali dalla mitologia faustiana, inevitabilmente conduce.

Altrettanto chiaro, ormai, è che l'opera manipolatrice e distruttiva della scienza non sarebbe giunta dove è giunta, «senza l'avallo e la spinta dell'idea filosofica dell'*homo faber*»³⁴⁵, cioè senza quella rivoluzione

³⁴⁵ Così S. COTTA, *Uomo e natura*, in AA.VV., *L'uomo e l'ambiente* (Atti del XXII Convegno Nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani), Milano, 1972, p. 20, alle cui osservazioni mi sono rifatto per queste annotazioni preliminari.

copernicana nella concezione dei rapporti fra uomo e natura che da due secoli circa porta a considerare l'uomo come artefice della natura, e non come essere inserito in essa in un armonico e sapiente equilibrio. Di qui l'esigenza, per la soluzione effettiva delle questioni in esame, di fidarsi non solo e non soltanto nell'autocontrollo della scienza, ovvero nell'efficacia dello strumento giuridico, ma anche e soprattutto nella preliminare ed imprescindibile riconversione filosofica dell'*homo faber* verso l'idea perenne dell'*homo sapiens*.

Queste annotazioni introduttive, di carattere filosofico, ad un discorso che invece si vuole dipanare essenzialmente sul piano giuridico, hanno una loro intuibile giustificazione, quasi a prevenire illusorie speranze sul ruolo e sulle possibilità del diritto a tutelare le sorgenti della vita umana. Senza voler negare, ovviamente, la precisa funzione che esso è chiamato a svolgere in questo senso, è più che evidente che non vi sarà disciplina giuridica capace di trattenere l'uomo, che ritenga di essere artefice dei propri destini, dalla manipolazione della vita umana sin dal suo sorgere, grazie alle sconfinata possibilità offertegli da una scienza e da una tecnica sempre più avanzate.

Se, da queste considerazioni di carattere generale, si scende all'esame del tema oggetto della fecondazione artificiale dal punto di vista strettamente giuridico, si deve preliminarmente osservare che sotto numerosi profili la pratica della inseminazione artificiale umana entra in rilievo agli occhi del giurista. Ed invero l'accennato sviluppo delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecniche, avendo permesso un sempre più agevole perseguimento del concepimento dell'uomo al di fuori del normale congiungimento sessuale, pone al giurista una serie numerosa e complessa di problemi interpretativi che non sono di facile soluzione. Si tratta di problemi che, in estrema sintesi, si possono ricondurre sostanzialmente alla questione della collocazione della pratica della inseminazione artificiale nel contesto di un apparato normativo che, dinnanzi al fatto giuridico di fondamentale rilievo dato dalla nascita di un uomo, appare tuttora costruito sul presupposto della naturalità degli atti ordinati alla procreazione. Anche la riforma del diritto di famiglia operata dalla legge 19 maggio 1975 n. 151, che per molti aspetti viene a toccare problemi connessi con quello della inseminazione artificiale, ha continuato a costruire il sistema normativo sul fondamento della normalità del rapporto da cui deriva il concepimento. Ed è interessante notare come la considerazione della pratica della inseminazione artificiale presente sia nelle proposte di legge Falcucci e Gatti Caporaso, sia in un emendamento governativo, in relazione al problema del disconoscimento della paternità nel caso di figlio nato da inseminazione artificiale eterologa della moglie, non venne accolta in quanto, in sede di dibattito parlamentare, si fece osservare che il richiamo dell'inseminazione eterologa nel testo di riforma del diritto di famiglia, avrebbe potuto dare luogo alla supposizione di una sua tacita legalizzazione³⁴⁶.

³⁴⁶ Cfr. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico-pratico alla legge 19 maggio 1975*, II, 1, Milano 1975, p. 67 s.

Numerosi sono, dunque, i problemi che si pongono all'interprete chiamato ad inquadrare la pratica della inseminazione artificiale in un complesso normativo costruito su tutt'altri presupposti; problemi che toccano sia aspetti personali che patrimoniali, e che si pongono nell'ambito del diritto civile così come del diritto penale³⁴⁷. Si pensi, infatti, alle numerose questioni connesse alla condizione giuridica del figlio nato da inseminazione artificiale; all'accertamento della paternità, al disconoscimento della paternità; alla rilevanza o meno del consenso del marito, nel caso di inseminazione artificiale eterologa, in ordine all'accertamento o al disconoscimento della paternità; ai riflessi che la pratica in questione può produrre in materia matrimoniale in tema di impedimento di consanguineità, di importanza come causa di nullità del matrimonio, di separazione giudiziale a causa dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza in ragione dell'avvenuta inseminazione artificiale. Si pensi, ancora, alle questioni relative alle conseguenze di carattere patrimoniale, come nel caso dell'ammissibilità o meno di una responsabilità del padre «biologico» e dei suoi ascendenti in ordine all'obbligo alimentare legale; ai problemi in tema di responsabilità e di risarcimento danni, nei confronti della donna oggetto di inseminazione artificiale; ovvero ai problemi collegati alla validità di contrattazioni aventi ad oggetto il seme, come bene a sé stante, ovvero il procedimento di inseminazione. Si pensi, infine, nel campo penale, alle questioni possibili in relazione ai delitti di incesto, di supposizione, soppressione ed alterazione di stato, alla violenza carnale, oltre ai riflessi relativamente a fattispecie di reato di carattere più generale come ad esempio nel caso dei vari delitti contro la libertà personale.

Non sono d'altra parte trascurabili i profili canonistici della inseminazione artificiale. Se non altro perché la rilevanza o meno di questa pratica in ordine ai concetti che di consumazione del matrimonio e di impotenza ritiene il diritto della Chiesa può finire per produrre conseguenze nell'ordinamento italiano nella misura in cui la disciplina canonistica dell'atto di matrimonio, e quindi dei requisiti richiesti per la validità, è presupposta nel sistema di riconoscimento degli effetti civili del matrimonio canonico elaborato in applicazione delle disposizioni del Concordato lateranense³⁴⁸.

II.

³⁴⁷ Per i profili civilistici e penalistici cfr. A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, pp. 732-743; V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano 1971, pp. 751-765; A. SIGISMONDI, *Inseminazione artificiale (diritto penale)*, *ivi*, pp. 765-778. A queste voci si rinvia per la ricchissima bibliografia esistente in argomento.

³⁴⁸ Sui profili canonistici cfr. P. CIPROTTI, *Inseminazione artificiale (diritto canonico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, cit., pp. 778-780, il quale ricorda anche altri aspetti della rilevanza canonistica della inseminazione artificiale, in particolare in ordine alla legittimazione della prole, alla separazione personale dei coniugi, oltre che alle conseguenze penali di una pratica che non è prevista dal *codex iuris canonici* come reato, ma che può entrare a configurare altre ipotesi di reato, come ad esempio la violenza personale, l'ingiuria, l'adulterio, l'incesto, ecc.

Una esposizione sistematica, organica, approfondita di tutte le questioni che solo sommariamente si sono accennate appare in questa sede impossibile. E non solo per ragioni facilmente intuibili, giacché un'esposizione del genere richiederebbe molto più tempo, molto più impegno, ma soprattutto l'apporto di competenze diverse. Perché a ben guardare è importante circoscrivere in ampia sintesi i problemi, per fare in definitiva emergere possibilità e limiti di una pratica che non trova una positiva disciplina; per individuare convergenze e divergenze fra tale pratica ed i principi ispiratori del nostro ordinamento giuridico; per cogliere – ed è questo l'aspetto che in questa sede ritengo più importante – in quale misura il giurista positivo, nella sua opera di interpretazione dettata dalla necessità di inquadrare la pratica in questione nel sistema normativo, sia determinato dalle linee di tendenza che si possono cogliere nell'evoluzione legislativa in quelle materie alle quali può più o meno direttamente riferirsi la problematica in esame. In altre parole mi sembra importante soprattutto individuare quali siano i valori e i modelli verso i quali si orienta attualmente il legislatore, per permettere poi di saggiare la conformità o meno a tali valori e modelli della inseminazione artificiale, e quindi per poterne anche valutare in sede interpretativa la sua legittimità non solo formale, ma anche sostanziale.

A questo scopo è interessante notare come il problema della inseminazione artificiale, inteso quale problema giuridico, s'impone all'attenzione della dottrina giuridica italiana nella seconda metà degli anni cinquanta, su sollecitazione di alcuni casi giudiziari civili e penali – i primi verificatesi in materia nel nostro Paese – che sollevarono ampio interesse e partecipata emotività nell'opinione pubblica. È infatti, del 1956 la prima decisione giudiziaria civile concernente la materia della inseminazione artificiale della donna, mentre la prima decisione giudiziaria penale è di due anni posteriore, del 1958. Questi casi giudiziari, tra l'altro risolti nei vari gradi di giudizio in maniera diversa, alimentarono un dibattito dottrinale molto nutrito, soprattutto fra civilisti e penalisti, del quale è rimasta testimonianza in una considerevole bibliografia³⁴⁹.

Facilmente intuibili sono le motivazioni di siffatto interesse dell'opinione pubblica per una questione del tutto nuova, per una pratica che urtava profondamente le concezioni etiche ed il costume di un paese che non aveva ancora conosciuto la dissoluzione del proprio tradizionale patrimonio etico-religioso e della propria cultura contadina sotto l'avanzare dell'industrializzazione; una pratica che toccava temi di fondo come quelli dell'infedeltà coniugale e della legittimità della prole. Ma altrettanto facilmente intuibili sono le ragioni dell'interesse della dottrina giuridica, in particolare se si pensa al fatto che tutto il sistema normativo in quel tempo vigente rispondeva – per quanto attiene alla questione centrale che pone la pratica della inseminazione artificiale – alla concezione della famiglia fondata sul matrimonio come prototipo di organizzazione naturale e sociale, entro la quale doveva avvenire la trasmissione della vita³⁵⁰. Una concezione, questa, che se era evidente sia nella legislazione ordinaria sia nelle disposizioni

³⁴⁹ Cfr. per tutti la bibliografia riportata da V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, cit., 764-765.

³⁵⁰ Così A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, cit., p. 734.

costituzionali, era d'altra parte assai radicata nel costume e nella coscienza comuni; costume e coscienza che costituiscono, com'è noto, il più solido fondamento della norma, e la più affidabile garanzia in ordine alla sua osservanza da parte dei consociati.

Tutto il nostro sistema giuridico era orientato, dunque, verso quella fermissima concezione. Basterebbe pensare alle norme penali che configuravano l'adulterio come reato; basterebbe pensare alle disposizioni del codice civile che dall'adulterio facevano discendere una serie di conseguenze di grande rilievo: dell'impossibilità di riconoscere la prole nata al di fuori del matrimonio al diritto di chiedere la separazione personale, per colpa dell'altro coniuge, riconosciuto al coniuge innocente.

Questo straordinario interessamento della dottrina giuridica per un problema che veniva a sconvolgere schemi concettuali e categorie giuridiche tradizionali ed indiscusse – si pensi solo alla presunzione di concepimento in costanza di matrimonio del figlio nato dopo centottanta giorni dalla sua celebrazione ed entro trecento giorni dal suo scioglimento o annullamento, con le relative conseguenze in ordine alla legittimità o meno del figlio stesso, in relazione alla possibilità di inseminazione artificiale omologa effettuata dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio – ebbero ripercussioni anche in sede parlamentare, in alcune proposte di legge della fine degli anni cinquanta, volte ad elaborare una normativa repressiva dell'inseminazione artificiale umana. Proposte di legge che se sollevarono, in sede politica e giuridica, numerose polemiche e riserve in relazione alle concezioni da cui dipartivano ed in relazione alla funzione che la normativa penale doveva avere, in particolare se dovesse avere prevalentemente funzione repressiva o preventiva se cioè dovesse mirare a punire la donna che avesse acconsentito alla inseminazione artificiale, ovvero a proibire i presupposti stessi e le pratiche ad essa predisposte, d'altra parte non sollevarono riserve o contrasti sull'opportunità di una disciplina penalistica della materia. Segno evidente, quest'ultimo, dell'attenzione del mondo politico e giuridico ai convincimenti della pubblica opinione ed alle attese di quest'ultima nei confronti del legislatore³⁵¹.

Dalla seconda metà degli anni sessanta, invece, e soprattutto negli anni settanta, il problema della inseminazione artificiale viene progressivamente abbandonato dalla dottrina giuridica. Forse per il venire meno del carattere di novità, forse per l'esaurimento dei vari aspetti giuridici del problema nell'ampio dibattito precedente, forse per il mancato intervento del legislatore, che avrebbe dato adito – almeno in un primo tempo – alle consuete fatiche dell'interprete, forse anche per la rarità di casi giurisprudenziali probabile segno d'una ristretta pratica dell'inseminazione artificiale.

Ma il disinteresse della dottrina per un tema pure di così grande rilievo, toccando il fatto giuridico fondamentale della nascita di un uomo deve molto probabilmente ricondursi anche, ma direi forse soprattutto, alla evoluzione che nel tempo la legislazione veniva subendo in materie con le quali la inseminazione artificiale aveva attinenza. Una evoluzione legislativa destinata progressivamente a

³⁵¹ Cfr. in proposito le osservazioni di S. LENER, *Per un divieto generale della inseminazione artificiale umana*, in *Civiltà cattolica*, IV 1959, pp. 27-41; ID., *Scopo lineamenti e limiti di una legge repressiva dell'inseminazione artificiale umana*, ivi, pp. 337-350.

rivoluzionare la tradizionale disciplina dei fatti attinenti all'ordine biologico, ovvero di rapporti con esso in qualche modo connessi: dalla legge sull'adozione speciale del 1967, con cui vennero a recidersi i legami di sangue tra il minore adottato e la famiglia di origine; alla legge sul divorzio del 1970 verso la quale aveva non poco spinto l'esigenza di giuridica definizione della condizione dei figli adulterini; alla riforma del diritto di famiglia del 1975, che conducendo fra l'altro ad una netta separazione fra coniugio e filiazione, produce in sostanza l'equiparazione dei figli nati al di fuori del matrimonio con i figli nati in costanza di matrimonio; fino alla legge sull'aborto del 1978, che giunge a legittimare la volontaria rimozione del prodotto del concepimento dal seno materno³⁵².

Una evoluzione legislativa, dunque, che se da un lato può aver modificato i termini in cui il problema deve essere riguardato dal lato giuridico, dall'altro lato ha sostanzialmente svuotato – come si vedrà – i profili che in sede civilistica e penalistica con maggior rilievo la pratica della inseminazione artificiale veniva ad assumere.

III.

Per poter cogliere appieno gli aspetti e le conseguenze di questo fenomeno, occorre richiamare – e sia pure per sommi capi – gli orientamenti della dottrina in presenza di un sistema giuridico, com'era quello perpetuatosi fino alla fine degli anni sessanta, nel quale doveva essere inquadrata la pratica della inseminazione artificiale.

Nel tentativo di risolvere i complessi problemi che la pratica in questione aveva sollevato, nel contesto appunto di un sistema normativo che ignorava la pratica stessa e che si ispirava a tutt'altri presupposti, l'indagine giuridica venne in sostanza a polarizzarsi su due specifici e fondamentali aspetti, ai quali era possibile ricondurre tutti gli aspetti. E cioè da un lato l'aspetto del procedimento praticato sulla donna, con i suoi presupposti di liceità e con le ripercussioni che può produrre su chi lo pone in essere, nei rispettivi riflessi civilistici e penalistici; dall'altro l'aspetto relativo alla nuova esistenza scaturita da inseminazione artificiale, e quindi ai problemi relativi alla condizione giuridica del soggetto così nato, ed ai conseguenti rapporti tra coloro che fornirono i presupposti per la sua esistenza.

Per quanto riguarda in particolare il primo aspetto, l'attenzione si rivolse al problema di fondo se l'inseminazione artificiale eterologa potesse ricondursi al reato di adulterio previsto dall'art. 559 cod. pen., e sia nel caso più eclatante da inseminazione avvenuta contro la volontà del marito ovvero a sua insaputa, sia nel caso più normale di inseminazione eterologa effettuata consenziente il marito. La dottrina

³⁵² Sugli orientamenti del legislatore italiano in materia matrimoniale e familiare, con particolare riferimento ai modelli ed ai valori che sul piano filosofico ed ideologico ne hanno di volta in volta improntato gli interventi riformatori, cfr. G. DALLA TORRE, *Il nuovo diritto di famiglia in Italia. Analisi ed interpretazioni*, in AA.VV., *La famiglia nella normativa canonica e civile* (Atti del XII Congresso Canonistico-pastorale, Chieti: 15-18 settembre 1980); e prima ancora ID., *Diritto di famiglia. Il costume e la legge*, in *Studi Cattolici*, 233-234 (luglio-agosto 1980), pp. 433-438.

si rivelò profondamente divisa al riguardo, così come la giurisprudenza, fra quanti sostenevano la configurabilità del delitto di adulterio, e quanti – in prevalenza – sostennero l'assunto contrario. Una divisione ricollegabile, in definitiva, alla altra divisione caratterizzante allora l'indagine interpretativa circa l'oggetto della tutela predisposta dalla norma incriminante dell'art. 559 cod. pen. Perché evidentemente quanti ritenevano che tale norma fosse posta a protezione della fedeltà coniugale, intesa come diritto del marito all'esclusività dei rapporti sessuali con la moglie, erano portati a negare nel caso di inseminazione artificiale eterologa la ravvisabilità dell'adulterio, mancando la materialità stessa del rapporto sessuale³⁵³. Al contrario opinavano quanti intendevano il bene della fedeltà coniugale non solo o non tanto come esclusività dello *ius in corpus*, bensì come proteso alla difesa della certezza della prole e della integrità del sangue; ovvero quanti ravvisavano nella disposizione in questione un delitto plurioffensivo, volto alla protezione di tutti i beni or ora accennati e in generale del matrimonio monogamico nei suoi fondamenti etico-giuridici³⁵⁴.

È chiaro che il problema della configurabilità o meno, nel caso di inseminazione artificiale eterologa, del reato di adulterio, se costituiva il problema centrale sotto il profilo penalistico, non era senza riferimenti di grande rilievo anche sul piano civilistico, sia in relazione alle ripercussioni che poteva avere nei rapporti tra coniugi, in ordine ad esempio alla ricordata ammissibilità della domanda di separazione personale per colpa, sia in relazione alla condizione giuridica del figlio così nato, con una serie di interazioni quasi di causa-effetto fra ambito penalistico e ambito civilistico. Giacché se la configurabilità o meno in sede penale dell'adulterio conduceva, sul piano civile, alla qualificazione o meno di adulterini ai figli nati da quella che con sottile umorismo venne in dottrina definita «una specie eretica di cicogne»³⁵⁵, d'altra parte proprio le soluzioni adottate in sede civile al problema dello *status* giuridico dei nati in questione finivano inevitabilmente per condizionare le soluzioni che, in sede penale, si ricercavano attorno ad altre determinate questioni connesse con la fecondazione artificiale: si pensi ad esempio, alle ipotesi di alterazione di stato previste dall'art. 567 cod. pen.

Per quanto attiene, poi, al secondo degli aspetti più sopra evidenziati e cioè ai problemi relativi alla condizione giuridica del nato da inseminazione artificiale, occorre rilevare che anche qui le discrepanze di opinioni nella dottrina giuridica e nella giurisprudenza erano assai rilevanti. In estrema sintesi si può dire che per alcuni, nonostante il disposto dell'art. 231 cod. civ. nel quale «il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio», doveva considerarsi come solo figlio della madre – con tutte le conseguenze di carattere personale e patrimoniale ben immaginabili – il nato da inseminazione

³⁵³ Una sintetica rassegna delle varie opinioni dottrinali in A. SIGISMONDI, *Inseminazione artificiale (diritto penale)*, cit., pp.772-775.

³⁵⁴ Una accurata analisi della problematica penalistica e civilistica sollevata, in relazione all'adulterio, dall'inseminazione artificiale, in S. LENER, *L'inseminazione eterologa costituisce adulterio?*, in *Civiltà cattolica*, 1959, II, pp. 8-25; ID., *Matrimonio, fedeltà coniugale e inseminazione artificiale*, ivi, III,1950, pp. 59-77. A. LENER, che giunse ad una originale motivazione della ravvisabilità del delitto di adulterio nel caso di inseminazione artificiale eterologa, si dovettero a suo tempo le pagine più meditate sui vari profili giuridici della pratica dell'inseminazione artificiale.

³⁵⁵ Così nel suo contributo in materia si espresse A. MUSATTI, *Ingiuria grave al marito*, in *Foro italiano*, II, 1959, p. 85 ss.

artificiale, sulla base della considerazione per cui il fondamento della responsabilità paterna doveva ricercarsi non nella determinazione dell'origine biologica, bensì nella individuazione di un fatto causale alle conseguenze del quale l'uomo doveva restare legato, «così come – si disse – per altra via è legato alle conseguenze del matrimonio». Per la sola esistenza del fattore biologico, ci si chiese, esiste anche la ragione giuridica del rapporto di paternità? E si giunse appunto alla risposta negativa, sostenendo che il fatto causale cui doveva essere ricollegata la ragione giuridica del rapporto di paternità era da ricercarsi in definitiva solo in quegli atti che per natura sono preordinati alla procreazione, cioè, come si affermò, in «quel fatto di possesso che di per sé solo è normale causa efficiente della generazione»³⁵⁶.

Altri, al contrario, partendo dalla giusta osservazione che «i fatti biologici obbediscono a leggi fisiche, con sovrana indifferenza per quelle giuridiche»³⁵⁷, rilevando cioè la distinzione esistente fra ordine dei fatti biologici e ordine giuridico, per cui – secondo l'antica regola romana – padre non è colui che sul piano naturale ha fornito i presupposti per l'esistenza del figlio, bensì *pater id est quem nuptiae demonstrant*, concluse che per risolvere il problema della condizione giuridica del figlio nato da inseminazione artificiale dovesse farsi ricorso esclusivamente ai principi racchiusi nel diritto positivo. Ora essendo due le condizioni necessarie e per sé sufficienti del rapporto di filiazione legittima, e cioè l'esistenza di un vincolo matrimoniale ed il concepimento nel periodo intercorrente fra i centoottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio ed i trecento giorni dal suo scioglimento, si doveva inevitabilmente concludere che se il concepimento fosse avvenuto in costanza di matrimonio, anche se ad opera di inseminazione artificiale eterologa, il figlio non potesse che essere attribuito al marito. A meno che, naturalmente, egli non fosse in condizione di agire per il disconoscimento della paternità ai sensi dell'art. 235 cod. civ., cioè per una ristretta e tassativa serie di accuse – mancata coabitazione ai tempi del concepimento, affezione da impotenza, separazione legale, adulterio della moglie – previste in generale dal codice civile per attenuare la rigidità della presunzione di paternità dei figli nati da donna coniugata. In altre parole per costoro non era assolutamente rilevante, sul piano giuridico, il modo – se naturale ovvero artificiale – con cui aveva avuto luogo l'inseminazione, dalla quale si era prodotto il concepimento, trattandosi di fatti che sfuggivano all'ordine giuridico. Di conseguenza il problema della paternità della prole concepita per inseminazione artificiale appariva come un problema male posto, giacché il diritto ritiene legittimo o illegittimo un figlio non in base alla sua derivazione biologica, bensì in base alla ricorrenza di certe condizioni poste dal diritto positivo. Così che può benissimo darsi il caso che ordine biologico ed ordine giuridico non concordino affatto, come nell'ipotesi di colui che non possa disconoscere il figlio concepito sì in costanza di matrimonio, ma grazie a notoria inseminazione artificiale eterologa della moglie, in assenza di una delle condizioni previste dal codice civile per il disconoscimento di paternità.

³⁵⁶ A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, cit., p. 734.

³⁵⁷ S. LENER, *Una nuova insidia contro la famiglia e il matrimonio. I – Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Civiltà cattolica*, I/1959, p. 128 ss.

Superfluo a questo punto richiamare, sia pure in sintesi, le facilmente comprensibili conseguenze diverse di queste due diverse impostazioni del problema, ad esempio in materia di paternità legittima e naturale, di filiazione, di obbligo degli alimenti e dell'assistenza, di eredità, e simili.

IV.

Se trasferiamo quest'ordine di problematiche al presente, in riferimento cioè a quelli che sono i capisaldi della vigente, rinnovata legislazione, è dato rilevare profonde diversità. Chiaramente, ancora oggi il problema della inseminazione artificiale non può non ruotare essenzialmente attorno ai due accennati aspetti fondamentali: e cioè il procedimento praticato sulla donna da un lato, e la nuova esistenza scaturita dalla pratica inseminativa dall'altro. Ma si deve notare che è profondamente mutato lo scenario. Da un lato, infatti, si è verificata una radicale evoluzione della mentalità, del costume, del sentire etico degli italiani, anche per ciò che riguarda matrimonio, famiglia, sessualità. E ciò non può essere senza conseguenze nel senso di sollecitare il legislatore verso riforme che accolgono valori ed istanze provenienti dall'evoluzione sociale. Emblematica, sotto questo profilo, la vicenda che ha condotto alla legalizzazione dell'aborto, perché certamente alla legge 194 del 1978 non si sarebbe giunti se nel comune sentire, nel sentire di tutti, fosse rimasto vivo il senso dell'illiceità morale dell'interruzione volontaria della gravidanza. Ma la radicale evoluzione della mentalità, del costume, del sentire etico non può essere senza conseguenze sul piano giuridico anche in relazione a quello che viene detto lo *jus conditum*, giacché il comune sentire può essere assai rilevante, per non dire condizionante, in relazione all'opera ermeneutica dell'interprete del diritto vigente. Si rifletta soltanto – ad esempio – sull'influsso che l'odierno, sempre più consistente fenomeno sociale delle c.d. unioni di fatto, e quindi il giudizio etico che su di esse viene formulato, hanno avuto sulle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali del nuovo diritto di famiglia, giunte ormai ad affermare esplicitamente il riconoscimento giuridico della c.d. «famiglia di fatto» o «famiglia naturale», nonostante il principio inequivoco contenuto nell'art. 29 Cost., secondo il quale «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale *fondata sul matrimonio*»³⁵⁸.

Ora la mentalità, il costume, il sentire etico odierni non possono non avere una profonda incidenza sul problema giuridico dell'inseminazione artificiale, se non altro per quanto attiene a tutti quei capitoli in cui la passata dottrina si era posta il problema della liceità delle pratiche di inseminazione artificiale umana. Problema che, in mancanza di un riscontro positivo sul piano normativo, veniva risolto variamente con riferimento tra l'altro al generalissimo criterio del buon costume, assunto appunto quale criterio per una limitazione di efficacia della libertà di disporre riconosciuta ai singoli. Un criterio cioè che

³⁵⁸ Sul riconoscimento giuridico della cosiddetta famiglia di fatto, cfr. AA.VV., *La famiglia di fatto* (Atti del Convegno nazionale di Pontremoli: 27-30 maggio 1976), Montereale, 1977.

costituisce un adeguamento di carattere elastico dell'ordinamento a delle concezioni extragiuridiche, che possono mutare nel tempo³⁵⁹.

D'altra parte è profondamente mutato anche il contesto normativo nel quale il problema dell'inseminazione artificiale deve essere riguardato. Oltre ai ricordati interventi del legislatore in campi e materie più o meno direttamente attinenti alla questione, si deve pure ricordare l'opera della Corte costituzionale volta ad una armonizzazione della legislazione ordinaria ai principi della Costituzione, sia direttamente attraverso la cassazione di norme ritenute incostituzionali, sia indirettamente attraverso le c.d. sentenze interpretative o manipolative. Si pensi soltanto alle conseguenze in ordine al problema in esame dell'avvenuta depenalizzazione dell'adulterio e del concubinato, ad opera delle sentenze costituzionali del 19 dicembre 1968 n. 126 e 3 dicembre 1969 n. 147³⁶⁰. Conseguenze che possono in sostanza ricondursi al quasi totale svuotamento di ogni rilievo penalistico della pratica dell'inseminazione artificiale, rimanendo soltanto alcuni profili di maggiore o minore rilevanza, come quelli già ricordati del delitto di alterazione di stato o del delitto di incesto.

Per quanto attiene più specificatamente ai mutamenti normativi intervenuti in seguito all'intervento del legislatore, basterebbe pensare alla ricordata, sostanziale equiparazione tra figli legittimi e figli illegittimi, e, più in generale, alla separazione tra linea matrimoniale e linea familiare, tra coniugio e filiazione, operata dalla riforma del diritto di famiglia del 1975³⁶¹. Giacché il fatto che coniugio e filiazione non siano più intesi l'uno come presupposto dell'altro, il fatto che il legislatore abbia abbandonato – almeno stando all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale ormai corrente – la concezione della famiglia fondata sul matrimonio come prototipo di organizzazione naturale e sociale in cui deve avvenire la trasmissione della vita, conduce inevitabilmente ad un estremo ridimensionamento del problema della condizione giuridica del figlio nato da inseminazione artificiale, e di tutti gli altri problemi ad esso connessi e conseguenti.

Le norme del nuovo diritto di famiglia da un lato conducono ad un radicale aggravamento delle responsabilità procreative attraverso strumenti – quali l'attribuzione anche alla madre ed al figlio della legittimazione ad agire per il riconoscimento della paternità, ovvero l'ammissibilità di una illimitata ricerca giudiziale della paternità – che in definitiva tendono a colmare il divario in precedenza esistente fra ordine biologico e ordine giuridico; dall'altro lato attraverso la sostanziale equiparazione dei figli nati fuori dal matrimonio ai figli nati in costanza di matrimonio portano in definitiva ad uno scadimento del

³⁵⁹ Sulla nozione giuridica di buon costume, cfr. A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano 1959, p. 700-706.

³⁶⁰ In generale sul ruolo della Corte costituzionale nella evoluzione dell'ordinamento italiano cfr. AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna 1978. Le sentenze della Corte costituzionale in materia, cfr. *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 2175 ss., p. 2230 ss.

³⁶¹ Per una sintetica rassegna del nuovo diritto di famiglia, cfr. M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1977. In particolare sul tema in esame: A. COSCIA, *A proposito della fecondazione artificiale. Lo «status» di figlio legittimo nell'attuale momento legislativo*, in *L'amministrazione italiana*, 1977, p. 1354 ss.

matrimonio quale atto fondante la famiglia, e quindi quale requisito necessario per l'acquisto dei relativi *status*. Sicché in dottrina si è giunti ad affermare che in sostanza l'esistenza di un atto di matrimonio altro non è che la condizione indispensabile perché l'ordinamento connetta in via automatica conseguenze giuridiche al rapporto di coppia – *status* di coniuge, *status* di figlio – indipendentemente da quella rinnovata verifica della perdurante validità dei rapporti sottostanti³⁶². Ora non vi è chi non veda come queste innovazioni normative producano una modificazione del fondamentale interesse ad indagare sulla legittimità o meno della prole in seguito ad inseminazione artificiale; e come anche questioni di grande rilievo sul piano civilistico, come quelle relative all'accertamento della paternità naturale o al disconoscimento della filiazione legittima, si collochino in un contesto nuovo per certi aspetti, vengano ad essere ridimensionate nel loro rilievo effettivo. Lo stesso dicasi per innovazioni quali la sostituzione della separazione per colpa, in particolare per adulterio, alla separazione giudiziale per fatti incolpevoli. Si vuol dire in altre parole che il venire meno delle, per così dire, «sanzioni civili» previste dal vecchio diritto di famiglia nel caso di violazione dell'obbligo della fedeltà – e cioè impossibilità di riconoscere i figli nati da adulterio, ed impossibilità di chiedere la separazione personale da parte del coniuge adultero – producono in definitiva un ridimensionamento della problematica civilistica circa l'inseminazione artificiale.

Certo sussistono ancora numerosi profili attinenti ai rapporti personali e patrimoniali, così come sussistono ancora tutti quei profili in tema di responsabilità – si pensi soltanto alle questioni dibattute in tema di responsabilità civile, penale, amministrativa e professionale del personale sanitario che procede all'inseminazione artificiale – che la dottrina già da tempo era venuta individuando ed approfondendo. Ma è altrettanto certo che sul piano sostanziale, sul piano dei riflessi umani e sociali, questi profili appaiono di minor rilievo rispetto agli altri sopra menzionati.

Concludendo sul punto, si può forse osservare che proprio nel veduto complessivo riconoscimento della problematica in esame si deve ravvisare una delle ragioni per cui il tema dell'inseminazione artificiale ha finito per essere via via accantonato sia dalla dottrina, sia da quella giurisprudenza che è in ultima analisi, il termometro, il misuratore dei mutamenti sociali.

V.

Per quanto riguarda, in specie, gli aspetti della questione attinenti più generalmente alla problematica familiare, occorre ricordare che sotto il profilo ideale le innovazioni che dottrina, giurisprudenza, legislazione sono venute via via apportando nel settore, ciascuna nel proprio specifico ambito di competenza, appaiono sempre più caratterizzate dalla preoccupazione di considerare la realtà

³⁶² Così M. BESSONE, G. FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4/1979, p. 1335.

matrimoniale e familiare come un «vissuto» che il diritto deve prendere in considerazione e garantire, anziché come un «dover essere», come un modello che il legislatore deve imporre all'osservanza dei consociati³⁶³. Oggi si afferma sempre più, contrariamente a quanto avveniva nel passato, quella concezione individualistica del matrimonio e della famiglia intesi come mezzi per realizzare la piena affermazione ed emancipazione della personalità individuale; concezioni di ascendenza illuministica, questa, che nei suoi eccessi si evolve dal libertinismo elitario settecentesco all'odierno libertarismo di massa. In sostanza oggi l'ordinamento finisce per piegarsi alle volizioni del singolo, financo alle sue pulsioni le più irrazionali³⁶⁴.

Sono intuibili le conseguenze che siffatto atteggiamento può avere in ordine ad una pratica com'è quella della fecondazione artificiale, che proprio grazie a siffatto atteggiamento, ed a sentimenti e modi di vedere diffusi nella nostra società, potrebbe divenire sempre più numerosa. Si pensi ad esempio al caso limite, ma tutt'altro che improbabile, della donna che desiderasse procreare non solo senza essere sposata, ma anche senza conoscere e coinvolgere il *partner*, anzi volendo positivamente escludere dal suo rapporto con il figlio procreato attraverso inseminazione artificiale; un rapporto racchiuso in una visione individualistica, possessiva ed egoistica della missione di trasmettere la vita. Esempio limite ma tutt'altro che improbabile dato l'affermarsi di certa cultura che rivendica il diritto alla libera gestione del proprio corpo da parte della donna ed alla libera gestione della maternità, che tende a guardare alla procreazione non come ad un fatto di coppia bensì come ad un fatto che riguarda esclusivamente la madre, che considera i rapporti fra sessi diversi non tanto in termini di complementarità quanto in termini di una distinzione che crea abissi incolmabili, ovvero in termini di un egualitarismo che soffoca le diversità.

Una cultura individualistica e libertaria che ha già avuto le sue affermazioni in sede legislativa; si pensi alle disposizioni della legge abortista in tema di autodeterminazione della donna, con assoluta esclusione da ogni potere decisionale del padre del concepito, anche quando sia unito in matrimonio con la donna che intende abortire. Una cultura individualistica e libertaria che tende ad affermarsi ulteriormente in sede legislativa: si pensi soltanto a certe proposte di legge pendenti in Parlamento in materia di adozione, laddove è prevista la possibilità di adottare non solo da parte di coppie non unite in matrimonio, ma anche da parte di singoli, con l'effetto di scardinare tutta la logica sottostante alla legge sull'adozione speciale del 1967, tesa a dare una famiglia normale a minori in stato di abbandono, e non a soddisfare l'interesse individuale ad avere eredi.

L'affermarsi di queste tendenze non può essere senza effetto anche sul problema della inseminazione artificiale, che verrebbe così a tramutarsi da pratica nata con il positivo scopo di rimuovere

³⁶³ L'osservazione è di L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra «pubblico» e «privato»* (Atti del XLIX Corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica: Reggio Calabria 9-14 settembre 1979), Milano 1979, p. 273.

³⁶⁴ Su queste linee di tendenza cfr. F. D'AGOSTINO, *Matrimonio e indissolubilità*, in *Communio*, 51 (maggio – giugno 1980, fascicolo dedicato al tema del matrimonio cristiano), pp. 35-43.

il male fisico psichico e morale della sterilità, a pratica destinata a soddisfare le individualistiche esigenze di un'affermazione egoistica di sé.

Le considerazioni che si sono or ora venute svolgendo, nonostante la loro apparente paradossalità, inducono a porsi interrogativi di carattere più generale. Vien fatto cioè di domandarsi se, fermo restando che non *omne quod licet honestum est*, le pratiche di inseminazione artificiale siano conformi, ovvero in quale misura siano conformi, ai principi racchiusi nella Carta costituzionale. Ci si può domandare, ad esempio, se la veduta rottura operata dalla riforma del diritto di famiglia tra coniugio e filiazione che costituisce senza dubbio elemento di legittimazione della inseminazione artificiale, sia davvero coerente con la lettera e con lo spirito della nostra Costituzione. Difatti questa in definitiva guarda alla famiglia fondata sul matrimonio come al luogo normale e privilegiato in cui avviene la trasmissione della vita; come indispensabile strumento di mediazione fra l'individuo e la collettività, nel quadro di una consistenzialità in cui si esplicita la personalità di ciascuno³⁶⁵.

Più in generale ci si può chiedere che significato abbia quell'art. 29 Cost. che parla della «famiglia come società naturale», cioè come società voluta dalla stessa natura umana e preesistente allo Stato, che parla della famiglia ordinata «sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», dinnanzi al ricorso da parte della moglie all'inseminazione artificiale eterologa, con conseguente procreazione di figli esclusivamente suoi e non pure del marito. Ci si può chiedere che significato può avere la previsione, da parte dello stesso art. 29 Cost., di limiti al principio d'eguaglianza dei coniugi stabiliti «a garanzia dell'unità familiare», nel momento in cui con la pratica dell'inseminazione artificiale i coniugi dispongono della propria capacità generativa, uno fornendo quanto necessario e sufficiente alla procreazione di numerosissimi esseri umani, l'altra procreando prole soltanto sua e di un terzo. Ci si può chiedere che significato può avere quell'art. 30 Cost. nella misura in cui responsabilizza quanti si sono assunti la grave obbligazione umana e sociale prima ancora che giuridica di mettere al mondo una nuova vita, ed in quanto assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima, di fronte alla pratica dell'inseminazione artificiale di donna nubile. Sono interrogativi che furono a suo tempo posti in dottrina³⁶⁶, ma che a maggior ragione viene oggi fatto di riproporsi dinnanzi alle vedute evoluzioni legislative che pongono all'interprete sempre meno remore nella legittimazione giuridica dell'inseminazione artificiale. Sono interrogativi che tendono non solo o non tanto a rilevare inadempienze o tradimenti del dettato costituzionale; quanto piuttosto a ricercare nel nostro ordinamento giuridico, e più precisamente in quelle disposizioni costituzionali che sono gerarchicamente sovraordinate alle leggi ordinarie, motivi e spunti per una corretta qualificazione dell'inseminazione artificiale dal punto di vista giuridico.

³⁶⁵ Cfr. G. DALLA TORRE, *Diritto di famiglia. Il costume e la legge*, cit., p. 438.

³⁶⁶ Cfr. in particolare S. LENER, *Per un divieto generale della inseminazione artificiale umana*, cit., pp. 27-41.

Un'esigenza, questa, non certo dettata per il gusto delle belle costruzioni teoriche che pur tanto affascinano i giuristi, ovvero da concrete e spicciole esigenze di pratici del diritto; bensì dall'attenzione all'integrale tutela di quell'uomo per il quale, in definitiva, il diritto è giustificato: *hominum causa omne ius constitutum est*. Un'esigenza che richiama alla mente l'insuperata, suggestiva osservazione del grande filosofo danese Soren Kierkegaard, per la quale «il genere umano ha la proprietà, poiché ogni singolo è fatto a somiglianza di Dio, che il singolo è più alto del genere».

5. G. DALLA TORRE, *Il diritto e le trasformazioni della famiglia*, in S. FANUELE (a cura di), *Bioetica e società. Speranze per l'umanità. Sfide scientifiche e morali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp.175-185

Se è vero che il ruolo del diritto per le trasformazioni della società e, più in particolare, della famiglia ha una influenza meno rilevante rispetto al peso di altri fattori come, ad esempio quello economico o quello culturale, è tuttavia possibile sostenere che il diritto, nel nostro Paese, non ha reso un buon servizio alla famiglia.

Questa affermazione trova riscontro nel fatto che in Italia, da almeno un secolo e mezzo, il diritto positivo si è sviluppato in maniera schizofrenica ed ondivaga oscillando tra due polarità estreme. Dalla seconda metà dell'800 ad oggi i sentieri dell'evoluzione del diritto di famiglia si sono sviluppati attraverso passaggi dissociati tra la concentrazione dell'interesse esclusivamente sull'individuo (con un sostanziale misconoscimento delle relazioni sociali, a comunicare da quelle familiari, tra gli individui), e l'affermazione di un decisivo primato dello Stato rispetto alla famiglia.

La legislazione a cavallo tra la fine dell'800 e gli inizi del'900 è stata tutta improntata all'idea illuministica della liberazione dell'individuo dalle formazioni sociali nelle quali questi si trova inserito, viste quasi come gabbie limitanti le libertà personali e, quindi, la libera espressione della persona. Questa impostazione è stata applicata in generale su tutte le formazioni sociali e in particolare sulla famiglia. A

tal proposito basta rileggere una pagina celeberrima di quel libro, così famoso per altri motivi, di Cesare Beccaria, "Dei delitti e delle pene", in cui si afferma sostanzialmente che la libertà della persona passa attraverso la sua liberazione dalla famiglia.

Tutta la cultura giuridica ottocentesca, ispirata da proposizioni del genere, è stata conseguentemente una legislazione premiale dell'individuo, nuovo centro d'interesse, e non della famiglia o più in generale delle formazioni sociali.

Nella prima metà del '900, la polarità è stata opposta. Ora sono l'individuo e la famiglia ad essere al servizio dello Stato, nuovo centro d'interesse. Se ad esempio si prova a leggere contro luce la legislazione degli anni trenta in materia demografica, ci si rende conto di come questa legislazione non sia stata dettata da ragioni di carattere etico, ma principalmente ispirata a ragioni di carattere politico. Si pensi all'obbiettivo del "milione di baionette" cui quella politica era anche piegata, nel più ampio quadro della politica militaresca e bellicosa del fascismo.

Dopo questo periodo, la polarità sembra essersi spostata nuovamente all'estremo opposto. Nonostante la centralità che la famiglia ha nella Costituzione, che ad essa dedica ben tre articoli (artt. 29-31), e nonostante la valorizzazione che la Carta fa delle formazioni sociali come luoghi necessari per lo svolgimento della personalità individuale (art.2), sembra che l'attenzione dell'ordinamento sia di nuovo incentrata sull'individuo a prescindere dalla fitta trama di relazioni sociali in cui, a cominciare dalla famiglia, egli si trova inserito.

Si pensi ad esempio alla riforma del diritto di famiglia del 1975, che pure ha cercato di tradurre i principi costituzionali. Nelle disposizioni da essa previste, ed ora integranti il codice civile, si parla di onore del vero, "*dei preminenti interessi della famiglia*" (cfr. art. 144. civ.); ma in realtà bisognerebbe verificare nel cosiddetto "diritto vivente", in particolare nella giurisprudenza, quando questi preminenti interessi della famiglia vengano effettivamente considerati e tutelati, ad esempi nel caso di conflitto tra coniugi.

Ma in altri casi le disposizioni del diritto di famiglia così come novellato nel 1975 mostrano chiaramente i segni di una cultura individualista. È sufficiente pensare alla disposizione di cui all'art. 147 cod. civ. che, dopo aver precisato che il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, dispone che nell'esercizio di tale funzione essi debbono tenere conto "delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". Così in sostanza il legislatore indirizza e limita la funzione educativa dei genitori, con riferimento in particolare a quelle che sono le inclinazioni naturali del minore. Ma qui è da domandarsi se l'opera educativa sia quella di assecondare le inclinazioni naturali, anche quelle malvagie per esempio; o se invece l'opera educativa non debba consistere proprio nella liberazione da quelle inclinazioni naturali che in realtà costituiscono un condizionamento della persona e che, in quanto malvagie, sono contrarie al bene suo e della società.

È chiaro che qui si è dinnanzi, per così dire, a un fenomeno carsico di una mentalità di stampo illuministico, che pensa all'uomo buono in sé e semmai corrotto dalla società, che ritorna ad emergere con forza nel nostro tempo.

In sostanza, dunque, nel nostro Paese la famiglia non è mai stata al centro dell'attenzione del legislatore il quale, invece, si è rivolto sempre in modo preminente o all'individuo o allo Stato.

Diverso, come, s'è detto, il caso della Costituzione, che guarda alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Le sue disposizioni inseriscono la famiglia nel novero delle formazioni sociali tipiche, fondamentali, oggetto di specifica disciplina, destinatarie di organiche forme di sostegno con interventi dello Stato di carattere sociale.

Ma qui occorre dire pure con franchezza che per quanto attiene alla famiglia la Costituzione è stata – per utilizzare una nota espressione di Pietro Calamandrei – “una rivoluzione mancata”. È stata una rivoluzione mancata perché le sue norme in parte sono state indebolite e talora svuotate sostanzialmente del loro contenuto in via interpretativa, mentre in parte sono rimaste del tutto inattuato. Si pensi all'articolo 31 della carta, per il quale “la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose”, aggiungendosi poi che essa “protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”. Basta confrontare la realtà dei servizi per la famiglia con questa disposizione di chiaro carattere programmatico, per rendersi conto del divario esistente tra impegni promessi e promesse mancate.

A questo punto sarebbe interessante approfondire le ragioni di questa mancata applicazione.

Se si va a leggere dal punto di vista giuridico la vicenda storica della famiglia, alla luce della più generale vicenda del rapporto tra Stato e società civile in Italia, è facile accorgersi che la fenomenologia è analoga ed analoghe sono le dinamiche che hanno caratterizzato un secolo e mezzo di storia italiana. Difatti il nostro Stato ha in qualche modo ingabbiato, frenato, limitato, soffocato la società civile, che è in primo luogo costituita dalle famiglie. I dibattiti che negli ultimi anni si sono fatti in tema di autonomia della scuola, dell'Università, di altre realtà sociali, dimostrano come per lungo tempo autonomia non ci sia stata, o sia stata debole, o non sia stata riconosciuta nella misura dovuta, con la conseguenza che le formazioni sociali, ivi compresa la famiglia, non hanno potuto trovare quella espansione che invece era della stessa Costituzione riconosciuta.

Se poi ci si sposta dal cosiddetto diritto della famiglia, cioè dal terreno del diritto privato, al diritto pubblico, cioè in tutto quel settore della legislazione positiva che concerne i servizi sociali, il servizio sanitario, i servizi d'istruzione, il sistema fiscale, lo stesso diritto del lavoro, ci si rende conto del fatto che anche qui, in sostanza, la legislazione si è sempre sviluppata nel senso di guardare esclusivamente o prevalentemente all'individuo, isolatamente considerato, e non nella sua concreta collocazione in una realtà familiare. Con la conseguenza che i servizi sono stati prevalentemente pensati e realizzati a

vantaggio di un individuo avulso dal contesto familiare, e non all'individuo in quanto inserito nella famiglia. Servizi all'individuo, dunque, e non servizi alla famiglia.

C'è da dire che da alcuni anni si stanno ripensando, soprattutto a livello locale, certi modelli e certe esperienze. Ciò vale in particolare in alcuni ambiti: si pensi a tutta la problematica degli anziani, della loro segregazione al di fuori del loro. Ambiente naturale, familiare, e dei problemi che questo comporta; si pensi alla "sanitizzazione" dell'individuo in stato di bisogno, cioè all'istituzionalizzazione sanitaria di tutta una serie di situazioni che avrebbero potuto trovare una diversa soluzione nell'ambito della famiglia. Ma molto, moltissimo resta da fare.

Se nella nostra storia si è sviluppato un modello di diritto che ha avuto al centro l'individuo e non la famiglia, si può allora dire che, in fondo, il diritto non ha reso un buon servizio alla famiglia, non l'ha aiutata e non l'ha sorretta. Il fatto è che quando la cultura, la società e l'economia sono cambiate, quando è finito il sostegno che da esse veniva per tradizione alla istituzione familiare, ecco che la famiglia non ha retto più e si è sviluppato quel processo, per così dire, di "individualizzazione" che è sotto i nostri occhi e che ha trasformato profondamente non solo la realtà familiare, ma il modo stesso di pensare matrimonio e famiglia. Ormai essi sono sempre più concepiti come istituzioni che si pongono strutturalmente a servizio dell'utilità personale. Con la conseguenza che quando, nel concreto di una famiglia l'utilità viene meno (anche se solo per uno), non ci si perita dal recedere dai rapporti che legano ad essa, con conseguente affievolirsi di sensi di doverosità e solidarietà.

È possibile contrastare un fenomeno del genere?

Si è detto che in materia il ruolo del diritto è piuttosto marginale, anche se dotato di una considerevole funzione di tipo pedagogico. Invero il corso della storia può essere corretto e modificato soltanto da forti mutamenti di carattere culturale, da. Modelli forti e da messaggi ricchi di senso. Comunque il diritto esercita una incidenza sulla realtà sociale ed è quindi da credere che un'inversione del diritto positivo, rispetto al passato, non solo sia possibile ma anche possa influire positivamente a vantaggio della famiglia.

È da ritenere tuttavia che ciò potrà avvenire in maniera soddisfacente solo nella misura in cui alla famiglia sia restituito un ruolo di soggetto politico. Se il diritto non l'ha considerata, o quanto meno non l'ha adeguatamente considerata, ciò è dipeso dal fatto che in passato essa non ha avuto voce in politica. E da questo punto di vista appaiono assai significative esperienze come quelle del Forum delle Associazioni Familiari, che vanno adeguatamente sostenute.

Ma esistono oggi altre facce del problema famiglia: quello dei cosiddetti "altri modelli" di matrimonio e famiglia.

"*Vorrei, e non vorrei...*": forse niente meglio della celebre aria mozartiana rende l'idea di quanto è sotto la questione del riconoscimento delle unioni di fatto.

“*Vorrei, e non vorrei?*”. Già, perché il riconoscimento giuridico della convivenza non fondata sul matrimonio è rivendicazione che poggia su una irrisolta (e irrisolvibile) contraddizione: da un lato si vuole la più piena libertà e si rifiuta di conseguenza l’atto del matrimonio; da un lato si vuole affermare la spontaneità dei rapporti affettivi caratterizzati dalla precarietà, dall’altro lato però si vogliono far derivare da quei rapporti precise responsabilità giuridiche.

È questo, del volere allo stesso tempo, un atteggiamento che può dare il senso dell’ondeggiare della passione o di quell’eterna immaturità personale – che a volte sembra caratterizzare il nostro tempo – che porta a non fare scelte e che cerca di lasciare aperte tutte le possibilità. Certo non è un atteggiamento razionale, nel senso di conforme a ragione.

In effetti è abbastanza singolare pensare, nella prospettiva di chi rifiuta col matrimonio ogni impegno stabile nel tempo, la rivendicazione del riconoscimento giuridico delle situazioni di fatto. Perché una volta che questo obiettivo fosse raggiunto, si assisterebbe alla strana situazione di un fatto che in quanto tale cerca di sfuggire alla regolazione giuridica e di uno Stato costretto ad inseguire, con le sue leggi ed i suoi giudici, chi vuole giocare fino in fondo la propria libertà.

Paradossalmente, con il riconoscimento delle convivenze di fatto, che significa in sostanza attribuire loro diritti e doveri che sono propri del matrimonio, verrà ad essere soppressa ogni libertà di non obbligarsi, ogni possibilità di scelta tra stato matrimoniale (o ad esso equiparato) e stato non matrimoniale; cioè verrà ad essere sconfitta proprio quell’idea libertaria che è alla fonte delle stesse rivendicazioni al riguardo.

È da tornare piuttosto alla ragione, lasciando da parte le convenzioni etiche personali che, in una società pluralista e frammentata, inevitabilmente dividono e non uniscono.

A bene vedere le ragioni del matrimonio, come atto giuridico formale che certifica l’assunzione dei diritti e dei doveri che caratterizzano gli status familiari, sono questioni “di ragione”. La costituzione, attraverso di esso, della famiglia, non è un fatto né (solo) personale né (solo) privato.

Non è un fatto personale, perché coinvolge necessariamente altri soggetti (il coniuge, i figli, ma anche i membri della famiglia allargata), creando affidamenti, aspettative, attese, speranze, che il diritto è chiamato a garantire: con certezza, sempre, ovunque. Le gioie e i dolori del rapporto in una coppia che va bene o va male si ripercuotono inesorabilmente su tutti gli altri soggetti; sono rimangono limitati soltanto a quella coppia o a uno dei soggetti della coppia.

Il matrimonio non è un fatto solo personale perché coinvolge altri soggetti, perché crea affidamenti: “io mi affido a”, “mi fido”, ecco l’integrazione reciproca; affido la mia vita, creando aspettative, attese, speranze, che il diritto è chiamato a garantire. A ben vedere la funzione del diritto è anche questa: se non garantisce l’affidamento, finisce per negare se stesso.

Ma non è neppure un fatto privato, perché la famiglia ha funzioni educative, sociali, assistenziali, in generale solidaristiche, che in sua mancanza o in caso di sua incapacità lo Stato, e quindi la società, cioè

noi tutti, siamo chiamati ad accollarci. DI qui la necessità che sia chiaro per tutti, cioè per i componenti la famiglia ristretta, i componenti la famiglia allargata, l'intera società, *quando* la famiglia si costituisce, fra *chi*, i soggetti nei confronti dei quali si creano inderogabili doveri di solidarietà, *chi* risponde per *chi* e dinnanzi a *chi*. E l'elencazione potrebbe continuare.

Per raggiungere questo stato di certezza (che chiunque pretende per qualsiasi banale rapporto contrattuale) e, quindi, per circondare di adeguate protezioni l'istituto naturale della famiglia, l'umanità ha compiuto nel tempo uno sforzo notevole ed elevatissimo. La storia del diritto insegna che la formalizzazione giuridica del matrimonio, che nasce ben prima della Chiesa e del suo diritto, è stata nel tempo fattore di civilizzazione ("dal dì che nozze...", per ricordare i famosi versi di Foscolo), di certezza del diritto, di garanzia dei più deboli nel rapporto.

Questa formalizzazione è garanzia di chi vuole costituire una famiglia, dichiarando pubblicamente di volersi assumere (oltre che i vantaggi) gli oneri relativi. Ma a ben vedere è garanzia anche per chi non intende avere quei vantaggi né assumersi quegli oneri, per chi vuole gestire liberamente la propria persona e la propria vita.

Ragionevolmente lo Stato deve garantire la libertà di scelta dell'uno e dell'altro. Ma questa garanzia è evidentemente inconciliabile con la pretesa di volere poi, retroattivamente nel tempo, magari quando si è avanti negli anni, quei vantaggi (ma anche quegli oneri) che in età più giovane si sono liberalmente e consapevolmente non voluti.

Forse una riflessione più pagata e meno emotiva, più nazionale e meno ideologica potrebbe a svelenire il dibattito sul tema e ad acquisire più oggettive conclusioni nell'interesse di tutti. Ma giova comunque notare che, come si vede, la difesa del matrimonio è una questione di ragione e non di fede. Certamente la Chiesa non è sola in siffatto impegno, ma è incredibile l'impegno di alcuni perché sia lasciata sola a difendere la ragione.

Considerazioni in parte analoghe, ma in parte diverse, possono essere fatte in relazione all'altro dei modelli alternativi che oggi viene proposto, cioè il modello del matrimonio tra persone dello stesso sesso punto perché anche a proposito delle unioni omosessuali si riscontra sovente l'idea di una relazione precaria, fondata sulla spontaneità di rapporti affettivi che oggi ci sono e domani potrebbero non esservi più virgola in quell'ondeggiamento della passione che, come sia già notato, porta non fare scelte definitive ed a lasciare aperte nel tempo tutte le possibilità.

Ma quand'anche ciò non fosse, nella relazione omosessuale mancano comunque gli elementi essenziali della struttura propria della famiglia fondata sul matrimonio, caratterizzata dalla diversità sessuale come presupposto imprescindibile della complementarietà che supera la difettività originaria dell'individuo: due identità non si completano, ma semmai si sommano. E poi manca l'apertura alla propria azione, per carenza del presupposto fondamentale di base. Senza contare infine che il processo di formazione dell'io personale, cioè il processo di strutturazione della coscienza di sé, nella propria

identità sessuale virgola che nella famiglia trova l'ambiente ideale e proprio per la compresenza della figura paterna e materna, appare a dir poco difficilmente perseguibile nella coppia omosessuale caratterizzata dalla sussistenza di due figure genitoriali fotocopia.

Resta poi il fatto che la relazione omosessuale, a prescindere da qualsiasi considerazione di carattere morale, rimane di per sé fatto personale privato virgola in idoneo a costituire *status* personale e, quindi, necessariamente destinato a rimanere nell'ambito di ciò che è giuridicamente (non moralmente!) Irrilevante, come lo sono tutte le espressioni della sessualità che non incidono nella sfera di ciò che è giuridicamente proibito.

In realtà occorre squarciare il velo che impedisce di guardare con chiarezza le cose così come stanno e, in particolare, di cogliere due diverse prospettive in cui la questione delle “famiglie altre” si pone attualmente.

La prima è espressione di una posizione ideologica che, in quanto tale va smascherata. La struttura della famiglia non è, come si pretende, storico-culturale; non è destinata a mutare col divenire della storia ecco i mutamenti della società; ha un fondamento antropologico, la sua struttura fondamentale è naturale. E d'altra parte c'è la Costituzione, che pensa alla famiglia come “società innaturale”, appunto, e come società fondata sul matrimonio. non ci possono essere nel nostro ordinamento altre “famiglie”.

Ma c'è una seconda prospettiva su cui occorre essere attenti, ed è quella posta dagli aspetti concreti, pratici, delle situazioni umane verificatesi nel tempo, che pongono problemi di solidarietà. Del resto la solidarietà è un principio fondamentale in una società democratica: nella nostra Costituzione è chiaramente detto che la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri, qualificati come inderogabili, di solidarietà (art. 2).

In questa prospettiva è evidente che la società non può negare aiuto a chi ne ha bisogno. Occorre, in altre parole, prevedere forme di intervento legislative ed amministrative dirette a venire incontro a situazioni che, pur originando dalla libera scelta di non volere formalizzare col matrimonio un determinato rapporto, nel tempo di vengono umanamente e socialmente meritevoli di considerazione. Il problema è che, a tal fine, non si deve ricorrere allo schema giuridico della famiglia. Non si può considerare famiglia ciò che famiglia non è, anche perché non la sia voluta.

Per risolvere problemi giuridici ed economici derivanti da situazioni di fatto prolungate sì nel tempo si possono percorrere utilmente vie diverse da quella, impropria, dell'equiparazione alla famiglia fondata sul matrimonio. A titolo meramente esemplificativo basti qui ricordare che la richiesta di riconoscimento di una rilevanza giuridica alle cosiddette “famiglie di fatto” è legata, di solito, ad eventi precisi: il subentrare del convivente nel rapporto di locazione al partner deceduto; ovvero il risarcimento del danno prodotto al convivente anziano o senza lavoro, dalla morte del partner per incidente stradale o sul lavoro; o più banalmente il poter fruire della pensione di reversibilità del convivente. È chiaro che in questi casi virgola che possono verificarsi ad esempio da convivenze protrattesi per lunghissimo tempo,

per soddisfare bisogni sovraggiunti che sono umanamente meritevoli di considerazione, una società solidarista e sociale deve e può trovare forme giuridiche originali. Risolvere questi problemi estendendo alle convivenze il regime giuridico della famiglia fondata sul matrimonio pare dunque inutile, oltre che indebito.

6. G. DALLA TORRE, *Pluralismo religioso, multiethnicità e biodiritto*, in «Medicina e Morale», 3, 2006, pp.533-554

Pluralismo religioso e multiethnicità: considerazioni preliminari

Contrariamente a quanto preconizzato, anni or sono, da studiosi della società, il fatto religioso viene conoscendo negli ultimi tempi una imprevista e per certi aspetti incredibile crescita.

Molte e complesse le ragioni del fenomeno, il quale parrebbe in evidente ed insanabile contraddizione con le derive di una secolarizzazione che, nelle aree geopolitiche più sviluppate del pianeta, sembra aver raggiunto le prode estreme. In effetti esso appare un inspiegabile “regresso” agli occhi di quanti considerano la secolarizzazione non solo e non tanto l’abbandono di comportamenti di tipo sacro, quanto la “fine del tradizionalismo e della superstizione e inizio di un processo che porta gli uomini ad agire in modo sperimentale e pragmatico, razionale e basato su conoscenze scientifiche, che possono essere sottoposte a verifica e abbandonate non appena si rivelino inadeguate³⁶⁷”; di quanti pensano la storia come una evoluzione lineare ed inarrestabile dalla religione, concepita come favola, mito, superstizione, alla ragione, che si esprime in una scienza sperimentale che non ha dogmi, cioè formulazioni indiscutibili ed immodificabili, ma acquisizioni scientifiche caratterizzate dalla loro discutibilità e provvisorietà.

Per chi ritiene che l’uomo e la società non solo possono fare programmaticamente a meno di Dio, ma addirittura si debbano proporre di cancellarlo³⁶⁸, quella che è stata definita la “*revanche de Dieu*”³⁶⁹ appare un fenomeno regressivo che doverosamente deve essere combattuto. Si tratta di un

³⁶⁷ G. PASQUINO, *Secolarizzazione*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976 p. 904.

³⁶⁸ Cfr. P. GRASSI, *Secolarizzazione*, in E. BERTI, G. CAMPANINI (a cura di), *Dizionario delle idee politiche*, Ave, Roma, 1993, p. 766 ss.

³⁶⁹ Così G. KEPPEL, *La rivincita di Dio*, (trad. it.), Rizzoli, Milano, 1991.

approccio al problema religioso che sembra ignorare immani sforzi di pensiero, come quelli di un Agostino o di un Tommaso, tesi a dimostrare la possibile concordia fra religione e ragione, e che, partendo da una originaria impostazione “*etiamsi Deus non daretur*”, giunge spesso ad approdi segnati da una forte ideologizzazione. Da questo punto di vista la recente pretesa dello Stato francese di proibire non solo l’esposizione di simboli religiosi in locali pubblici, ma addirittura anche il personale uso di simboli religiosi qualora ci si trovi in locali pubblici – come sono quelli scolastici – costituisce un fatto di tanto palmare evidenza, quanto di evidente illiberalità³⁷⁰.

Probabilmente la crescita del fenomeno religioso è legata alla nostra dinamica delle evoluzioni sociali, culturali e del costume, per cui giunti agli estremi di una posizione si innescano e finiscono per prevalere contropunte che sollecitano il corpo sociale nella direzione opposta. Così, ad esempio, si potrebbe comprendere perché ad un secolo tanto libertino quale il Settecento, sia seguito inaspettatamente un secolo rigorista e puritano al massimo come l’Ottocento. Dunque la *revanche de Dieu* non sarebbe altro che l’inevitabile reazione di una società che partita dalla tesi, ipoteticamente assunta, dell’*etiamsi Deus non daretur*, ha finito per farne una asserzione sulla quale costruire la vita sociale ed il proprio ordinamento.

Peraltro occorre ammettere che le dimensioni più rilevanti, dal punto di vista vuoi numerico vuoi qualitativo, della crescita del fenomeno religioso nelle società contemporanee, e segnatamente in quelle marcate dalla secolarizzazione, sono legate ad altro macrofenomeno che segna l’età contemporanea. Dopo secoli di civiltà stanziale, radicata al punto tale da formare l’opinione comune che la stanzialità fosse punto di arrivo di un processo evolutivo e quindi sinonimo di civiltà, sembra intravedere l’avvento, nuovamente, di una civiltà nomade. Non gli individui, come da secoli si era abituati, ma i popoli si sono rimessi in movimento percorrendo, com’è sempre accaduto nella storia, i percorsi che conducono là dove la abbondanza e la disponibilità di beni offrono prospettive di migliori condizioni di vita.

Si tratta di movimenti che portano a scompaginare culture; che ripropongono i problemi antichi di una convivenza tra le diversità; che abbattano le barriere non solo fisiche dei confini statali, ma culturali ed ordinamentali che, negli ultimi due secoli, hanno portato a far coincidere cittadinanza e nazionalità, appartenenza politica ed appartenenza culturale, stessa lingua e medesimo Stato. Nelle società oggetto di immigrazione si viene a riprodurre quanto l’Europa occidentale ebbe a conoscere, a partire dal XVI secolo, a seguito del processo di frammentazione religiosa attivato dalla Riforma; ma in maniera più ampia e complessa: più ampia, perché la pluralizzazione non nasce da divisioni interne della stessa “famiglia religiosa”, il cristianesimo, ma dall’accrescersi di presenze religiose eterogenee e talora assolutamente incompatibili fra di loro; più complessa, perché la pluralizzazione religiosa, in quanto “eterologa”, porta

³⁷⁰ In merito si veda P. CAVANA, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, Torino, 2004. Per una prospettiva comparata E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006.

con sé l'immissione nel corpo sociale di valori anche etici e culturali del tutto difformi da quelli tradizionali.

Insomma: la rinascita del fenomeno religioso nelle società fortemente secolarizzate pone il problema, nuovo, della convivenza di tavole di valori etici fortemente differenziate tra di loro e spesso in insanabile contraddizione. Ciò vale per i fenomeni, pur presenti, di rinascita "endogena", perché tale rinascita non si ripresenta automaticamente nelle forme dell'antico ma, più sovente, in forme nuove, che pongono problemi (anche) etici inediti, come bene dimostrano certe interdizioni che nascono da letture fondamentalistiche dei testi sacri della tradizione giudaico – cristiana (si pensi, ad esempio, al delicato tema delle trasfusioni di sangue), da parte di realtà confessionali nuove che nulla hanno a che vedere con l'ebraismo e con il cristianesimo. Ma quanto osservato vale pure, ed a maggior ragione per i fenomeni di rinascita "esogena" del fatto religioso, come altrettanto bene dimostrato da certe interdizioni di cui, anche nell'ambito biomedico, sono portatrici le componenti dell'immigrazione dei Paesi islamici³⁷¹. E ciò, pur sapendo bene che determinate tavole di valori etici e dati costumi sociali sono, alle volte, portato di una cultura piuttosto che, in senso stretto, di una religione: è, notoriamente, il caso delle pratiche di mutilazioni sessuali femminili tradizionalmente radicate nella cultura di popolazioni che religiosamente afferiscono all'islam. Perché rimane pur sempre il fatto che qualora alcune pratiche siano prodotte di una cultura e non di una religione, questa rimane pur sempre il veicolo più forte ed efficace di trasmissione di quella.

L'impatto del pluralismo etnico – religioso sulle realtà ordinamentali tradizionali

L'impatto del pluralismo etnico – religioso sulle realtà ordinamentali tradizionali ha effetti di dimensioni non trascurabili, ancorché spesso poco presenti alla consapevolezza dei contemporanei.

Già i fenomeni di frammentazione delle religioni tradizionali e di secolarizzazione costituiscono potenti fattori di problematicità sul piano giuridico. In effetti la pluralizzazione della società dal punto di vista (anche) religioso pone in crisi norme ed istituti giuridici trasmessi dalla storia. Si pensi al caso dell'aborto: fino a meno di mezzo secolo fa negli ordinamenti europei ed americani era conformemente considerato un reato, in corrispondenza ad un condiviso sentire morale; in seguito questo è venuto meno,

³⁷¹ Cfr. per tutti il saggio di P. RICCI SINDONI, *Bioetica e religioni*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il Comitato nazionale per la bioetica: Quindici anni di impegno*, Convegno di Studio, Roma 30 novembre – 3 dicembre 2005, Materiali Congressuali, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2005, p. 447 ss. Per i profili più strettamente biogiuridici delle immigrazioni rinvio in particolare a G. DALLA TORRE (a cura di), *Immigrazione e salute. Questione di biogiuridica*, Studium, Roma, 1999.

trascinando con sé la scomparsa del reato e l'affermarsi di una legislazione più o meno largamente permissiva dell'interruzione volontaria della gravidanza.

Al riguardo giova notare una dinamica singolare della psicologia individuale e sociale. Nel senso che la forza di una norma positiva che vieta ed obbliga, la sua effettività, non si fonda tanto sul timore della sanzione e, quindi, sulla capacità coercitiva dei pubblici poteri, quanto sulla coscienza individuale e sociale, giacché tale norma è rispettata in *foro esterno* nella misura in cui costituisce la espressione giuridica di un valore coltivato in *interiore homine*. La generalità dei consociati non uccide o non ruba per timore della polizia o dei giudici, cioè per timore della reazione di forza dello Stato, ma perché le disposizioni del codice penale che puniscono l'omicidio od il furto trovano piena corrispondenza nel sentire interiore di ognuno. Tant'è che il deterrente del minacciato intervento della forza dello Stato appare relativamente efficace, se non addirittura del tutto inefficace ed inutile, nei confronti della criminalità abituale, che tali valori etici in coscienza non coltiva.

Il quadro risulta però ulteriormente complessificato dal fatto che, come accennato, oggi la frammentazione sociale è anche effetto dei fenomeni immigratori, che fanno presenti in contesti originariamente omogenei dal punto di vista etnico – religioso – e quindi anche etico – paradigmi culturali e valoriali del tutto estranei. Insomma: pluralismo “endogeno” e pluralismo “esogeno” concorrono a provocare e mettere in crisi il sistema di valori tradizionali su cui poggia l'ordine giuridico positivo.

In proposito è bene precisare che, contrariamente a quanto non di rado si crede, non esiste un diritto positivo “neutrale” rispetto ai valori. Ogni norma positiva esprime un “valore”, veicola un “valore” nella società, la volontà del legislatore racchiusa nel precetto normativo in qualche modo parte della società, con le sue tavole assiologiche, e ad essa ritorna in forma giuridicamente precettiva in qualche modo rafforzando e, se del caso, rielaborando l'elemento valoriale di partenza. Il fatto è di palmare evidenza in alcuni ambiti dell'ordinamento giuridico positivo, come ad esempio quello penale, dove le norme immediatamente esprimono un valore che si intende proteggere. Ma anche in quegli ambiti dell'ordinamento che appaiono più lontani o addirittura estranei alla problematica valoriale, la norma positiva non è mai neutrale. Che cosa pare più lontano dal terreno dei valori e, viceversa, più segnato dal formalismo estremo come il diritto processuale; eppure difficilmente apparirà giusta la sentenza pronunciata da un giudice non imparziale o nei confronti di chi, ignaro del fatto che si procedesse nei suoi confronti, non si è potuto difendere in giudizio. Ciò significa che le pur aride e formalistiche disposizioni dei codici di rito in tema di ricusazione del giudice o di invalidità delle notificazioni degli atti giudiziari, al di là di un (talora) esasperato formalismo sono dirette a tutelare un valore: quello di una sentenza giusta. In fondo in questa prospettiva tutti i recentissimi dibattiti in tema di “giusto processo”

non fanno altro che evidenziare il dato per cui anche il processo esprime “valori” ed è diretto a tutelare “valori”³⁷².

Il diritto positivo, dunque, non è “neutrale”; semmai è, o dovrebbe essere, “laico”, vale a dire non espressione di questa o quella posizione etica, ma dell’unica etica a lui propria, che è poi quella della giustizia³⁷³. Per tornare alla questione del pluralismo etnico – religioso, è del tutto evidente che la frammentazione che ne deriva quanto a valori etici sussistenti nel corpo sociale pone al giurista un duplice problema: l’indebolimento dell’ordinamento positivo per l’indebolimento delle tavole valoriali tradizionali, su cui esso poggiava; la crescente difficoltà di innovare l’ordinamento, per la difficoltà che il legislatore incontra, all’atto di produrre nuove norme, nell’elaborare precetti che abbiano come “minimo denominatore comune” i diversi valori sussistenti nella società o, quantomeno, che riescano ad essere mediazione tra di loro. Laddove questo non accada, nella misura in cui la scelta del legislatore accoglierà le istanze etiche di una parte ma non dell’altra, si esporrà ineluttabilmente al rischio di forme più o meno accentuate e diffuse di resistenza alla legge, a cominciare dall’obiezione di coscienza³⁷⁴. Non è un caso che tanto più le società contemporanee divengono – per dirla con un’abusata ma efficace citazione weberiana³⁷⁵ – “politeiste” dal punto di vista etico, tanto più crescono nella società, in numero ed in tipo, le obiezioni di coscienza. Si potrebbe giungere a dire che il fenomeno dell’obiezione di coscienza sta divenendo la “cartina di tornasole” del grado di frammentazione della società quanto a scale di valori.

Si tratta di rischi che mettono a nudo l’incapacità del legislatore di ordinare la società e che, nelle prospettazioni delle evoluzioni più eccessive e radicali dei fenomeni di resistenza alla legge, fanno intravedere la dissoluzione della compagine sociale e la disgregazione della stessa società politica. Non a caso gli Stati sono assai restii a riconoscere, legalizzandole, forme di obiezione di coscienza.

A fronte di tali rischi si pone una duplice, pericolosa deriva, da un lato la tentazione, assai forte, per il legislatore di non intervenire a regolamentare la realtà fenomenica, dando luogo al tanto spesso denunciato *far – west*; dall’altro lato la tentazione, egualmente forte per il legislatore, di arrestarsi sulla soglia del “diritto debole”, cioè di una disciplina meramente regolamentare³⁷⁶. Si tratta di derive entrambe pericolose, perché conducono ad una anomia che sostanzialmente legittima, nel conflitto degli interessi in gioco, le ragioni del più forte rispetto a quelle del più debole. Perché nel caso del “diritto debole” il legislatore svuota di senso la regola giuridica, rinunciando a perseguire ciò che è proprio del diritto: la giustizia nelle relazioni interpersonali e la tutela del più debole nel rapporto (*ius quia iustum*); nel caso della

³⁷² Sul concetto di “giusto processo”, con particolare riferimento all’ordinamento costituzionale italiano, cfr. M. CECCHETTI, *Giusto processo. Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento V*, Giuffrè, Milano 2001, p. 595 ss.

³⁷³ Rinvio al riguardo a quanto ho osservato in *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento V*, Giuffrè, Milano 2001, p. 595 ss.

³⁷⁴ In materia cfr., fra i tanti, R. NAVARRO VALLS, L. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, con la collaborazione di R.P. PALOMINO E V. TURCHI, Giappichelli, Torino, 1995.

³⁷⁵ M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, (trad. it.), Einaudi, Torino, 1967.

³⁷⁶ Sul diritto debole rinvia a G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato e...*, p. 119 ss.

rinuncia alla stessa regola giuridica, poi, egli addirittura scende a legittimare la violenza del più forte (*ius quia insum*)³⁷⁷.

Le evoluzioni delle rivendicazioni giuridiche del fenomeno religioso

Per maggior completezza del quadro, occorre ora rivolgere l'attenzione alla fenomenologia che, almeno nelle società occidentali, ha segnato negli ultimi secoli il divenire del fatto religioso.

All'inizio è il principio della religione come fattore identificante la società politica e collante che unisce i suoi componenti in un corpo sociale organizzato: la fondazione della cittadinanza sulla comunità fede religiosa è paradigma affermato con la Pace di Augusta (1555), in quella formula del "*cuius regio eius religio*" che viene poi definitivamente consacrata nella Pace di Westfalia (1648).

In questo contesto chi professa una religione diversa da quella del sovrano, e ne osserva i relativi precetti etici, nelle migliori delle ipotesi è considerato uno straniero in patria e come tale risulta giuridicamente un *capite deminuto*; nella peggiore e più frequente delle ipotesi viene perseguitato e costretto alla apostasia. Di qui nasce, come noto, la rivendicazione del moderno diritto alla libertà religiosa, come diritto di essere immune da coercizioni dei poteri pubblici in materia di coscienza³⁷⁸. Libertà che storicamente è la prima, tra le libertà dei moderni, ad essere innanzitutto rivendicata e, poi, riconosciuta; libertà che, strutturalmente, comprende le altre libertà fondamentali, nella misura in cui libertà religiosa è anche libertà di manifestazione del pensiero, di associazione o di riunione, per cui la lesione di una di queste ultime si riflette ineludibilmente in una lesione anche della libertà religiosa.

Il moto verso la piena libertà religiosa passa, nella storia, attraverso una prima fase: quella della mera tolleranza dei culti minoritari. Tolleranza che in questa esperienza storica ha precisamente il senso di un atteggiamento di benevola condiscendenza, e talvolta di forzata accettazione, tenuto nei confronti delle religioni diverse da quella dello Stato o della maggioranza, nelle quali si vede un elemento negativo per la saldezza della compagine sociale e per l'omogeneità dei valori chiamati a fondare il vivere insieme e, quindi, l'ordinamento giuridico; ma diversità che si sopporta, seppure entro un quadro ben definito di limiti³⁷⁹, nella convinzione che tale tolleranza sia, allo stato, il male minore rispetto ai mali ben maggiori che comporterebbe la – peraltro giusta – repressione di una diversità religiosa che minaccia l'unità

³⁷⁷ Sulle derive di quello che chiama il "diritto arbitrario", cioè il diritto prodotto dall'estemporaneo e casuale affermarsi di interessi forti ma privo di ogni fondazione valoriale cfr. N. IRTI, *Nihilismo e concetti giuridici. Intorno all'aforisma 459 di "Umano, troppo umano"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, e prima ancora ID., *Nihilismo giuridico* Laterza, Bari - Roma, 2004.

³⁷⁸ Cfr. il classico contributo di F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, (ed. a cura di A.C. JEMOLO), Feltrinelli, Milano, 1967.

³⁷⁹ Eloquente appariva a questo riguardo la formula dell'art. 1 dello Statuto Albertino, 4 marzo 1848, il quale, affermato che la "Religione Cattolica Apostolica Romana è la sola religione dello Stato", aggiungeva che "gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi" (corsivi nostri). Dunque una mera tolleranza e nei soli, ristretti limiti previsti dall'ordinamento. Si vedano al riguardo le considerazioni di A.C. JEMOLO, *La natura e la portata dell'art. 1 dello Statuto*, in *Rivista di diritto pubblico*, 5 - 6 (I)/1913, p. 249 ss.

sociale³⁸⁰. Sul piano ordinamentale il riconoscimento di tale tolleranza si traduce, ovviamente, in un trattamento giuridico diseguale fra cittadini, a seconda della fede religiosa professata.

Il passaggio dalla mera tolleranza alla piena libertà, che avviene successivamente, è qualificato dal congiunto conseguimento di una piena eguaglianza di trattamento giuridico dei cittadini, senza distinzione (tra l'altro) di religione. In effetti la piena libertà religiosa viene raggiunta, dalle religioni di minoranza, con la rivendicazione di un eguale trattamento giuridico, nel senso che solo l'affermazione dell'eguaglianza (*formale*) davanti alla legge comporta per esse l'innalzamento al regime di libertà che è garantito alla religione di Stato.

Nei tempi più recenti il processo prosegue e si evolve. Le confessioni religiose di minoranza, pur continuando a reclamare il godimento degli stessi spazi di libertà di cui gode la confessione di maggioranza o stabilità, cominciano ad avanzare rivendicazioni sempre più forti per vedere assicurata, ognuna rispetto alle altre, la propria identità. Dal diritto all'eguaglianza si passa al diritto alla diversità, nel senso che da una formalistica uniformazione nella regolamentazione giuridica di tutte le religioni, si passa alla richiesta dell'affermazione di una eguaglianza che, rispettando le diversità intercorrenti tra di loro, si traduce in una differenziazione di disciplina giuridica che tuteli l'originarietà di ciascuna (*eguaglianza sostanziale*). Non si rivendica più il diritto ad essere eguali, ma il diritto ad essere diversi; ed in tale contesto tutte le confessioni religiose debbono essere non *eguali davanti alla legge*, ma *egualmente libere*. In altre parole il diverso statuto giuridico di cui ognuna di esse deve godere nell'ordinamento, a salvaguardia della identità di ciascuna, di necessità trova il suo limite solo nel fatto che, seppure attraverso regolamentazioni differenti, a tutte siano assicurati gli stessi spazi di libertà³⁸¹.

In questa prospettiva la tolleranza, da valore negativo o debole, diviene valore positivo o forte: essa, cioè, “finisce per detonare non il frutto di un accorgimento di portata *strumentale e contingente*, ma un atteggiamento contraddistinto da una precisa *validità intrinseca* e fornito di un *significato universale*: esso viene a consistere nell'accettazione della pluralità delle fedi, delle opinioni, dei costumi, dei comportamenti”³⁸².

Le conseguenze problematiche di queste ultime evoluzioni delle rivendicazioni giuridiche del fenomeno religioso, che portano all'apologia di un principio – quello di tolleranza – che storicamente era carico di significati negativi (si tollera un male minore per evitare il male maggiore), sono facilmente individuabili in due diverse prospettive. La prima è che la tolleranza di ogni posizione etico – religioso, nella misura in cui in nome del “diritto alla diversità” viene a postulare una diversa disciplina giuridica per ogni differente posizione sussistente in materia, finisce per introdurre nell'ordinamento giuridico valori etici eterogenei e non di rado inconciliabili tra di loro. Con l'effetto evidente di far perdere omogeneità

³⁸⁰ In merito cfr. R. GATTI, *Tolleranza*, in BERTI, CAMPANINI, *Dizionario delle idee politiche...*, p. 917 ss.

³⁸¹ In merito, e con riferimento all'ordinamento costituzionale italiano, rinvio a G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 79-88.

³⁸² GATTI, *Tolleranza...*, p. 917.

ed unità all'ordinamento stesso, che tende a degenerare nella frammentarietà di ordinamenti diversi e spesso conflittuali tra di loro.

La seconda conseguenza problematica è che la tolleranza, da virtù civile secondo la quale si rispetta l'altro, nella sua dignità di persona, nonostante ed oltre le sue differenti posizioni etico – religiose, tende a scivolare sul terreno del relativismo scettico. Non sono più tollerate le persone: sono tollerate le diverse posizioni etiche e religiose (così come quelle politiche, ideologiche ecc.), nel contesto di un sentire per il quale in ultima analisi tutte le concezioni e tutte le posizioni si equivarrebbero, perché non esistono verità oggettive o, comunque, laddove esistessero non sarebbero conoscibili (il c.d. *non cognitivismo*). Questa impostazione di pensiero, che nella dottrina giuridica ha pure avuto autorevoli “padri nobili”³⁸³, finisce per toccare le derive della negazione stessa del diritto, laddove questo è chiamato a prescrivere o negare, quindi a fare scelte di campo da un punto di vista valoriale, ovvero per attingere alle più modeste e non problematiche rive di quello che s'è detto un “diritto debole”, meramente procedimentale; un diritto in definitiva inutile, o assai poco utile, nella misura in cui rinuncia a perseguire ciò che il diritto è proprio, vale a dire la discriminazione tra le diverse posizioni alla luce del principio di giustizia e la tutela, nel rapporto, della parte più debole e innocente.

Le ambiguità della biogiuridica, tra pluralismo ed uniformità

I passaggi della bioetica, cioè lo studio sistematico della condotta umana nell'area delle scienze della vita e della cura della salute alla luce dei principi morali³⁸⁴, alla biogiuridica³⁸⁵, cioè lo studio delle applicazioni giuridiche delle acquisizioni bioetiche, rappresentano gli approdi ultimi e concreti di un immane sforzo a difesa della vita, in tutte le sue manifestazioni.

Come giustamente è stato osservato, la biogiuridica “costituisce una provocazione continua sia per il moralista “classico”, portato a ritenere (a torto) che una mera e brillante riflessione sui “principi” esaurisca il compito della bioetica, sia per il giurista “positivo”, abituato a ritenere (anch'egli a torto) che l'ordinamento giuridico vigente già contenga “tutto” il diritto e possa fornire i criteri necessari per dare una soluzione corretta ai singoli problemi che la biomedicina fa continuamente sorgere”³⁸⁶. Una provocazione perché se è vero che diverse sono le finalità perseguite dalla bioetica e dalla biogiuridica, in

³⁸³ Cfr. in generale F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna 2003. Per riferimenti più direttamente attinenti alle tematiche della bioetica e della biogiuridica cfr.: F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1988; U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Giuffrè, Milano, 1988; L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino, 2002.

³⁸⁴ Cfr. la classica definizione in W.T. REICH (a cura di), *Encyclopedia of Bioethics*, vol. I, The Free Press New York, 1978, XIX.

³⁸⁵ Si veda al riguardo il bel lavoro di PALAZZANI, *Introduzione...* cfr. anche C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università degli Studi – Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2006.

³⁸⁶ F. D'AGOSTINO, *Prefazione*, in PALAZZANI, *Introduzione...*, p. X.

quanto attinenti all'ordine del buono la prima ed all'ordine del giusto la seconda, è altrettanto vero che solo sul terreno della biogiuridica è possibile dare effettività alle acquisizioni della bioetica in termini di principi; è solo grazie alla biogiuridica che si purificano ricerca scientifica e prassi medica dalla tentazione all'autoreferenzialità, sottoponendo come ogni fenomeno sociale a dibattito ed a controllo in una società democratica. E per ciò ben a ragione si è sostenuto un “primato della *biogiuridica* come ambito tematico e disciplinare sulla *bioetica*”³⁸⁷.

D'altra parte una provocazione in quanto il diritto, che pure *hominum causa constitutum est*, nella prospettiva propriamente teleologica non può non tenere conto sia dei risultati, sempre più avanzati, che la ricerca e la prassi biomedica permettono di conseguire, sia dei risultati, correlati ed anch'essi sempre più avanzati, che la riflessione etica sulla vita offre giorno dopo giorno. Sicché il diritto, comune insieme di concetti, di categorie, di norme, di istituti, di costruzioni dogmatiche, è continuamente sollecitato dalla bioetica a riconsiderazioni profonde, è costretto continuamente e sempre più a ripensare e rivedere il patrimonio dottrinale e normativo ereditato dal passato. basti pensare ai fondamentali, ma tormentati capitoli del sapere giuridico relativi a concetti quali ad esempio quello di persona³⁸⁸.

In diversa prospettiva è da considerare, poi, la complessità della fenomenologia giuridica, che non considera mai – come invece può fare, almeno in parte, la morale – l'uomo in sé, ma sempre nella relazione con gli altri e nel contesto della società generale.

Alla luce di quanto più sopra rilevato, i percorsi della biogiuridica nella realtà contemporanea sono inevitabilmente marcati da una evidente ambiguità.

Da un lato, infatti, la frammentazione della società secondo tavole di valori differenti, sollecita il principio giuridico del pluralismo³⁸⁹ ad evolversi, nell'ordinamento giuridico statale, secondo il modello di una pluralità di regimi giuridici diversificati, diretti a garantire la tolleranza delle diverse posizioni etico – religiose e il diritto a non vedere misconosciuta o negata la “identità – diversità” di ognuna. Da questo punto di vista, ad esempio, nella prassi sanitaria o nella ricerca biomedica la biogiuridica non potrebbe fare a meno di condurre ad una disciplina giuridica che tenga nel dovuto conto le differenze registrabili nelle differenti realtà etniche e religiose attorno a tematiche come la dignità personale, il pudore, la sessualità, il dolore o la stessa morte.

Dall'altro lato, tuttavia, la biogiuridica non può prescindere dalla esigenza strutturalmente connaturata all'ordinamento giuridico della *reductio ad unum*, attorno ad una scala valoriale che dà senso, armonia, logica, non contraddizione all'insieme delle norme che l'ordinamento stesso compongono. Ma

³⁸⁷ Così ancora D'AGOSTINO, *Ibid.*

³⁸⁸ Per un recente, ottimo approfondimento critico della tematica cfr. E. GIACOBBI, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Giappichelli, Torino, 2003.

³⁸⁹ Per i giuristi pluralismo è, come noto, nozione che sta a dire il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico statale della pluralità delle fonti normative e, dunque, dei luoghi di produzione del diritto, anche al di là del diritto statale, cfr. per tutti T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 3 ss.

non una scala valoriale qualsiasi, bensì una scala valoriale che abbia nella “vita” il bene centrale ed ultimo da salvaguardare.

Si tratta di una ambiguità data da polarità contrapposte che, se assolutizzate in un senso o nell’altro, conducono a conseguenze entrambe inaccettabili: da una parte la dissoluzione di ogni possibilità di ordinata convivenza; dall’altra la mistificazione negatrice delle identità. L’ambiguità può essere positivamente superata pensando ad una realtà ordinamentale nella quale una legittima pluralità di regimi giuridici differenziati in rapporto ai diversi gruppi sociali, trovi unità in un fascio di valori – principi inderogabili, che costituiscono fondamento dell’ordinamento e criterio di interpretazione coerente e non contraddittorio dei suoi diversi comandi. Un fascio di valori – principi chiamati a costituire, in altre parole, il limite al riconosciuto pluralismo giuridico ed il *ring* entro il quale si deve svolgere la dinamica sociale.

Da questo punto di vista paradigmatico appare, per quanto attiene al fenomeno del pluralismo religioso, il caso della Costituzione Italiana, la quale presenta un assetto originalissimo nelle relazioni fra Stato e confessioni religiose, non rintracciabile in altre esperienze costituzionali similari. Un assetto che, come è ben noto, si impernia sul principio del riconoscimento del diritto alla propria identità da parte delle diverse confessioni religiose, attraverso il diritto a negoziare con lo Stato una disciplina giuridica idonea a garantire tale identità; principio che trova contemporaneamente limite nell’altro, di cui al primo comma dell’art. 8 Cost., dell’eguale libertà di tutte le confessioni religiose. Nel senso che il diritto a una disciplina giuridica differenziata a tutela delle diverse identità, non può tradursi in spazi di libertà più o meno ampi riconosciuti rispettivamente alle diverse confessioni religiose.

A tale rapporto è speculare il diritto di libertà religiosa individuale e collettiva che, al di là dell’unico limite esplicitamente indicato dall’art. 19 Cost. (e cioè quello dei “riti contrari al buon costume”), incontra nell’ordinamento costituzionale altri limiti, ancorché impliciti, in valori – principi che si esprimono in diritti fondamentali come quelli alla vita, alla dignità personale, all’integrità personale, alla libertà fisica e psicologica personale, al consenso ai trattamenti sanitari, alla inderogabilità dei doveri di solidarietà anche sociale.

Questo assetto, nel quale si struttura a ben vedere la “laicità all’italiana”³⁹⁰, fu voluto dal Costituente del 1948 guardando, per dir così, al passato, cioè per non discriminare le altre confessioni religiose rispetto alla Chiesa cattolica. Ma così facendo il Costituente poneva, inconsapevolmente, un sistema di grande significato “profetico” rispetto alla società che doveva venire: quella che è sotto i nostri occhi. Perché è da ritenere – alla luce degli insegnamenti della storia – che la pacifica convivenza in una società multietnica e multireligiosa può essere assicurata, nel rispetto delle diverse tradizioni e culture,

³⁹⁰ Al riguardo rinvio a quanto approfondito in G. DALLA TORRE, *Il caso italiano*, in L. PAOLETTI (a cura di), *L’identità in conflitto dell’Europa. Cristianesimo, laicità, laicismo*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 15 ss.

attraverso il ricorso a moderati e saggi riconoscimenti a spazi di diritto personale³⁹¹; ricorso che, appunto, trova lo strumento per eccellenza proprio nel sistema della negoziazione legislativa sancito dalla Costituzione Italiana.

Il problema dei “nuovi poveri”

Il quadro sin qui delineato, già assai complesso, tende a complicarsi ulteriormente per un altro fenomeno che direttamente tocca le problematiche sottese alla bioetica ed alla biogiuridica. In effetti grazie anche alla globalizzazione si deve registrare l'ascesa sullo scenario, interno ed internazionale, di nuovi poteri: tra essi il potere scientifico – tecnologico³⁹². Esso appare insofferente di disciplina eteronoma; tende ad essere autoreferenziale; è spesso guidato dalla pretesa di logiche illuminate di poche élites, che mirano a governare dall'alto basandosi sul principio dell'affidamento (talora cieco) delle masse e, talvolta, ad estendere il proprio potere oltre le loro competenze. E l'umanità, che negli ultimi due secoli ha progressivamente e faticosamente costruito, attraverso le istituzioni della democrazia, sistemi di controllo del potere per eccellenza e fino a ieri sostanzialmente unico, cioè il potere politico, oggi si trova dinnanzi al concreto rischio di appagarsi nel controllo democratico di un potere divenuto ormai vuoto, mentre le vere decisioni vengono prese altrove senza alcun controllo e senza nessuna possibilità di intervento.

Gli scienziati credono e pretendono, in atto, di essere liberi. Ma lo sono realmente? O, almeno, in quale misura? Quello che la scienza sia libera è un postulato tutto da dimostrare. A ben vedere, anzi, numerosi indizi sembrerebbero dover indurre a conclusioni del tutto diverse, anzi addirittura opposte. Basti qui pensare al fatto che la scienza ormai sembra essere stata progressivamente assorbita dalla tecnologia.

All'opposto, infatti, di quanto avveniva in passato, oggi la scienza tende ad essere ancillare di una tecnologia sempre più potentemente, protesa al raggiungimento di obiettivi concreti. In questo contesto la scienza si limita a fornire alla tecnologia le basi cognitive indispensabili al perseguimento dei risultati pratici cui questa tende, per cui la scienza è sempre meno libera e sempre più condizionata dalle esigenze della tecnologia³⁹³. Sotto questo profilo la tecnologia parrebbe giungere talora a condizionare lo

³⁹¹ Per approfondimenti rinvio a quanto ho scritto in *Multietnicità, bioetica e diritto*, in F. Compagnoni, F. D'Agostino (a cura di), *Bioetica, diritti umani e multietnicità. Immigrazione e sistema sanitario nazionale*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2001, p. 27 ss.

³⁹² In generale sulla democrazia ed i nuovi poteri cfr. F. GARELLI, M. SIMONE (a cura di), *La democrazia. Nuovi scenari nuovi poteri*, Atti della 44° Settimana Sociale dei Cattolici Italiani (Bologna: 7-10 ottobre 2004), Bologna, Dehoniane 2005. Per quanto attiene al declino del potere politico rinvio in particolare alla mia *Introduzione* alla prima Tavola Rotonda della Sessione su *Politica e poteri* (*Ibid.*, p. 305 ss.); sul potere scientifico – tecnologico si vedano i contributi della Sessione su *Scienza e tecnologia* (*Ibid.*, p. 60 ss.).

³⁹³ Si veda al riguardo la chiara riflessione di F. MACIOCE, *Bioteologie e diritto: il confine della ricerca*, in *Dialoghi* 2005, cap. 3, p. 42 ss.

stesso potere economico, nella misura in cui la continua produzione di beni tecnologicamente sempre più sofisticati esige l'addomesticamento del mercato e la creazione artificiale di una domanda di tali beni.

Il pericolo massimo perché nei confronti di nuovi poteri, come quello scientifico – tecnologico, non ci sono principi e norme, neppure di grado costituzionale, che difendano, perché tali poteri tendono a porsi al di fuori del potere tradizionale, il potere politico, e quindi anche al di fuori di quella regolamentazione giuridica che di esso è stata sin qui espressione. L'insofferenza degli operatori nel settore per ogni regolamentazione che derivi dall'esterno, foss'anche dal legislatore statale, è a tutti assai evidente: si pensi solo agli accessi dibattiti che, in merito, hanno preceduto e seguito la dibattutissima legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita.

Ecco dunque un nuovo problema che si pone, per la biogiuridica, sul fronte del pluralismo etnico – religioso. Perché è del tutto evidente che le considerazioni sopra fatte a proposito dell'esigenza di tutelare giuridicamente, a fronte della frammentazione sociale, unità e molteplicità, eguaglianza e differenze (o identità), finiscono per essere svuotate di senso se rapportate al fenomeno della globalizzazione del potere scientifico – tecnologico, che porta questo, con le sue pretese ad essere immune da eteroregolamentazioni, a sfuggire comunque al controllo del legislatore nazionale grazie alla sua trasversalità planetaria.

Dal punto di vista tradizionale, il giurista richiamerebbe al riguardo la sussistenza, in un ordinamento democratico, di principi oltre i quali non è possibile andare e ai quali ogni attività umana è assoggettata. Per esempio richiamerebbe il diritto che è racchiuso nelle Costituzioni, il quale costituisce, se si vuole, la “tavola di valori” cui per definizione, in una società democratica, tutti hanno acconsentito nel costruire la casa comune. Di qui la conseguenza della vincolatività per tutti i consociati, fino a prova di revisione costituzionale, dei principi e delle norme contenute nella Costituzione: cioè in quella che con notevole acutezza Jacques Maritain, nell'ormai lontano 1949, chiamava la “fede democratica secolare” in cui non solo l'intelligenza ma anche il cuore dei consociati è decisamente impegnato e che “è richiesta per l'unità stessa del corpo politico”³⁹⁴.

In effetti è del tutto evidente che una moderna democrazia pluralista non può imporre ai propri cittadini, come condizione di appartenenza, un credo filosofico, ideologico o religioso. Eppure, per riprendere la riflessione maritainiana, una società di uomini liberi non può non presupporre alcuni principi fondamentali, costituenti il cuore e la ragione stessa della propria esistenza. Nel senso che “una democrazia autentica implica il consenso degli spiriti e delle volontà su ciò che concerne le basi della vita comune: essa è cosciente di se stessa e dei suoi principi e dev'essere capace di difendere e promuovere la propria concezione della vita sociale e politica; *essa deve creare all'interno di se stessa un credo umano comune*”³⁹⁵.

³⁹⁴ J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, (trad. it.), Vita e Pensiero, Milano 1975 p. 143 s. Come noto il volume raccoglie una serie di conferenze tenute da Maritain presso l'Università di Chicago, pubblicate prima in inglese nel 1951 e poi in francese nel 1953.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 131.

Ma queste argomentazioni, è evidente, non reggono alle sfide del nuovo contesto, nella misura in cui si incentrano ancora in una visione del diritto fortemente radicata nella dimensione statale. In effetti, in una società segnata dalla globalizzazione, nella quale la concezione statualistica del diritto e la strutturazione gerarchica delle fonti del diritto statale sono inevitabilmente entrate in crisi³⁹⁶, si impone il ripensamento e la rielaborazione di un'idea di diritto che, nel quadro di un sistema di fonti organizzato non più secondo gerarchia ma secondo competenza, si ispiri al principio del riconoscimento dell'essere umano nella sua dignità, indipendentemente dall'appartenenza etnica³⁹⁷. Una dignità che, in quanto tale, trascende le dimensioni geografiche, storiche e delle diversità socio-culturali³⁹⁸.

Considerazioni conclusive, tra "diritto debole" e "diritto laico"

Alla luce delle considerazioni sviluppate sin qui si conferma la non pervietà, dal punto di vista giuridico, della via pure proposta da molte istanze e con grande autorevolezza, di quello che ho chiamato il "diritto debole". Cioè un intervento anche nel mondo della ricerca scientifica e della pratica bio – medica, di un diritto positivo "leggero", solo diretto a regolamentare le procedure senza la pretesa di toccare i principi e, di conseguenza, di fare delle opzioni sul piano dei valori. Una siffatta scelta sarebbe motivata, come noto, dal fatto che in una società pluralista, qual è la nostra, ben difficilmente il legislatore troverebbe la regola giuridica condivisa da tutte le posizioni etiche sussistenti nel corpo sociale; ma anche in quanto il principio di laicità dello Stato, questo sì un principio *supremo*³⁹⁹, non legittimerebbe l'adozione di una disciplina giuridica qualificata dall'essere espressione di "una" posizione etica tra le tante sussistenti nel corpo sociale. Lo Stato laico, si dice, non è uno stato etico e quindi si deve tenere ben alla larga da ogni tentazione di divenire, attraverso le sue leggi, lo strumento di imposizione coattiva ad una società pluralista di una etica tra le altre.

La soluzione del "diritto debole" è fortemente suggestiva ma, a ben vedere, inaccettabile⁴⁰⁰. Non solo perché un diritto debole, meramente procedimentale, non è in quanto tale in grado di risolvere i conflitti insorgenti tra interessi contrapposti sussistenti nel corpo sociale: in quanto si arresta a disciplinare le mere procedure (es., la sperimentazione deve avvenire solo in istituzioni pubbliche o private a ciò

³⁹⁶ Al riguardo illuminanti le considerazioni di P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, spec. p. 54 ss.

³⁹⁷ Si veda al riguardo COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Problemi bioetica in una società multietnica*, 25 settembre 1998, Roma, 1999; ma dello stesso cfr. anche il parere di pari data su *La circoncisione: profili bioetici*.

³⁹⁸ Sulla dignità umana come valore giuridico cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto* 1991, cap. 3, p. 343-377.

³⁹⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sent. n. 203 del 1989. Per una ricostruzione dottrinale del principio di laicità dello Stato a partire dalle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale cfr. S. DOMIANELLO, *Sulla laicità nella Costituzione*, Giuffrè, Milano 1999.

⁴⁰⁰ Per un approfondimento critico rinvio a G. DALLA TORRE, *Libertà della coscienza etica e limiti della norma*, in M. FORTINO (a cura di), *La procreazione medicamente assistita*, Atti del Convegno internazionale di Messina, 13-14 dicembre 2004, Giappichelli, Torino 2005, p. 75 ss.

autorizzate), non giunge a decidere quale fra gli interessi in conflitto debba prevalere e quale soccombere (es., deve prevalere l'interesse dell'équipe di ricerca o la coscienza del singolo ricercatore che di essa fa parte, e che per motivi etici rifiuta un certo tipo di sperimentazione?, deve prevalere l'interesse a quella ricerca che richiede la sperimentazione sugli animali, o l'interesse opposto degli animalisti a vedere soppressa ogni forma non solo di vivisezione, ma anche di sperimentazione animale?, ecc.) perché è evidente che in tal modo il diritto finisce con l'abdicare alla funzione sua propria, che è appunto quella di prevenire e/o dirimere i conflitti tra interessi in gioco e, quindi, i contrasti tra le parti della società.

Ma la soluzione del “diritto debole” non è accettabile anche per quanto attiene alla questione della laicità. Perché è evidente che siffatto diritto, in quanto a sua volta espressione di una posizione etico – ideologica tra le tante esistenti nella società pluralista, non è affatto neutrale o laico, ma tutto di parte giacché, per dirla con Weiler, “è chiaro che non esiste una posizione neutrale in un'alternativa fra due opzioni”⁴⁰¹.

A questo punto è necessario ripetere quanto già detto in altre occasioni, e cioè che il legislatore, se non può limitarsi ad un “diritto debole”, non può neppure scegliere una fra le tante tavole di valori etici sussistenti nella società per non ledere il principio della laicità dello Stato. Egli deve, al contrario, assumere come criterio di orientamento valoriale e come contenuto del “diritto forte” che è chiamato a produrre, la specifica “etica” che il diritto, quale esperienza umana di “dover essere”, è chiamato a garantire, pena la negazione di sé stesso. E se si parte dall'idea che il diritto ha la funzione specifica di garantire le condizioni esteriori per la pacifica coesistenza tra gli esseri umani, regolando i comportamenti dei consociati nel rispetto della dignità propria di ognuno di essi e, quindi, delle spettanze di ciascuno, è possibile giungere ad individuare nella “giustizia” il valore etico che il diritto è chiamato ad esprimere. In questo senso, appunto, la saggezza romana teneva a sottolineare: “*omne ius hominum causa constitutum*”⁴⁰².

In questa prospettiva, “la legge è giusta (dunque legittima oggettivamente) nella misura in cui garantisce la relazionalità universale degli uomini (quale condizione dell'identità), l'ordine delle libertà (ossia la limitazione delle libertà quale garanzia della compossibilità e compatibilità delle libertà) e l'uguaglianza ontologica (ossia l'uguale trattamento per tutti gli uomini, rifiutando eccezioni e privilegi), secondo simmetria (il diritto che si rivendica, deve poter essere rivendicabile da chiunque altro nella medesima situazione) e secondo reciprocità (al diritto di un soggetto deve corrispondere il dovere dell'altro di rispettarlo). Solo la legge che risponde a tali requisiti tutela oggettivamente l'uomo: se la legge privilegia, asimmetricamente, la libertà di alcuni (non riconoscendo la libertà degli altri) e attribuisce diritti (senza i reciproci doveri), va contro l'uomo stesso e contraddice il significato della giuridicità (non garantendo la relazione universale)”⁴⁰³.

⁴⁰¹ J.H.H. WEILER, *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, (prefazione di A. BARBERA), Rizzoli, Milano, 2003 pag. 68.

⁴⁰² Come noto così scrive Ermogeniano in età diocleziana, D. 1.5.2

⁴⁰³ PALAZZANI, *Introduzioni...*, p. 91 s.

Dunque la giustizia è l'unico principio etico del quale il diritto deve farsi carico e che è, tra l'altro, in grado di garantire la laicità. Nel senso che il diritto è *laico* nel suo principio perché riconosce all'uomo, ad ogni uomo, le spettanze che ad esso vanno riconosciute in modo assoluto in ragione della sua dignità⁴⁰⁴. E qualora si volessero disporre tali spettanze secondo una scala gerarchica, certamente a quelle attinenti alla vita spetterebbero i vertici.

Il paradosso accennato pone in evidenza come sul piano del diritto è più agevole, rispetto a quello dell'etica, trovare i criteri risolutivi dei gravi e numerosi problemi posti da quella che forse non è esagerato chiamare l'emergenza biomedica. Dinnanzi all'affannosa ricerca dell'etica per la bioetica virgola che per gli studiosi del diritto ecclesiastico statale ripropone con forza la questione della laicità dello Stato, forse è proprio nell'etica del diritto la via giusta, forse l'unica via, per uscire dal labirinto.

Ma più in generale e da chiedersi se il problema della laicità sul quale tanto ci affanniamo virgola non debba essere risolto seguendo il medesimo itinerario. Se cioè Stato laico non sia quello - e solo quello - che rimane fedele alla sua struttura le specificità.

7. G. DALLA TORRE, *Il nuovo pluralismo religioso* in «Iustitia» 1/2019, pp.1-9

1. *La “revanche de Dieu”*

Dopo le preconizzazioni degli anni settanta del secolo scorso sulla scomparsa del sacro nella città secolare, dopo il trionfante e devastante avanzare del secolarismo nell'Occidente, ed anche in Paesi come l'Italia che si ritenevano immuni da questo fenomeno, oggi assistiamo ad un ritorno prepotente della religione sulla scena pubblica. Qualcuno ha parlato, in proposito, di “revanche de Dieu”: rivincita di Dio.

Certo si tratta di un ritorno del fatto religioso che non è una restaurazione del passato, ma che appare sovente in forme nuove. Esso è dovuto a fattori diversi: endogeni e soprattutto esogeni.

⁴⁰⁴ Al riguardo si vedano le riflessioni di F. D'AGOSTINO, *Ripensare la laicità: l'apporto del diritto*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, Giappichelli, Torino 1993, p. 39 ss.

I primi nascono come naturale contropinta ai processi secolaristici, che portano le religioni tradizionalmente esistenti nei nostri Paesi a reagire con azioni di maggior impegno e presa sociale: si pensi solo, per quanto attiene al mondo cattolico, al progressivo affermarsi, in luogo delle antiche forme associative, delle odierne realtà dei movimenti, caratterizzati tra l'altro dalla pretesa di un coinvolgimento totalizzante della persona.

In questa sede interessano piuttosto i secondi, cioè i fattori esogeni, che sono legati agli epocali processi di immigrazioni in Occidente di sempre più consistenti gruppi umani, i quali portano con sé le loro differenti mentalità, culture, paradigmi etici, credenze religiose. Il caso più evidente e per molti aspetti il più problematico è dato dall'islam, nelle sue diverse espressioni.

La riemersione del fenomeno religioso – il quale rivendica una rilevanza pubblica – nelle forme inedite per noi italiani del pluralismo, pone ovviamente una serie di problemi in relazione ad alcuni principi costituzionali quali la libertà religiosa, l'eguaglianza senza discriminazione d'ordine religioso, la laicità dello Stato.

2. Aspetti soggettivi ed oggettivi del diritto di libertà religiosa

Giova previamente richiamare alcuni aspetti del diritto di libertà religiosa, così come codificato nella nostra Costituzione.

Innanzitutto quelli che attengono ai profili soggettivi, vale a dire ai soggetti titolari del diritto. Dall'art. 19 Cost. si ricava chiaramente che la libertà religiosa è un diritto individuale e collettivo, mentre dal primo comma dell'art. 8 Cost. si desume altrettanto chiaramente che nel nostro ordinamento – a differenza di altri ordinamenti, pure espressione di Stati democratici – è riconosciuto anche come diritto istituzionale, in particolare delle confessioni religiose.

Per quanto riguarda le persone fisiche, il testo costituzionale parla di “tutti”, dunque senza alcun limite di cittadinanza o di legale permanenza sul territorio dello Stato.

Più complessa la questione dei profili oggettivi del diritto in questione, cioè di quali siano i suoi contenuti. L'art. 19 Cost. si riferisce ai tre classici contenuti elaborati già dal pensiero liberale classico: libertà di professione della propria fede religiosa (ovviamente in pubblico), libertà di farne propaganda, libertà di culto privato e pubblico. E tuttavia l'esperienza insegna che il fatto religioso è per natura sua altamente diffusivo, sì che quasi ogni ambito della vita individuale e sociale è – o può potenzialmente essere – toccato dalla questione religiosa: si pensi al matrimonio ed alla famiglia, all'educazione della prole, alla scuola ed all'educazione, alla sanità ed ai servizi sociali, al lavoro ecc. Del resto tale diffusività è stata accertata da una nutrita giurisprudenza costituzionale (conforme a quella delle corti sovranazionali ed internazionali), che ha ricondotto alla garanzia di cui all'art. 19 Cost. tutta una serie di ambiti che vanno ben al di là di quelli espressamente citati dall'articolo.

Accanto al problema dei contenuti del diritto, si è posto anche quello dei limiti. Anche qui l'indicazione costituzionale, vale a dire il limite dei riti contrari al buon costume, è apparsa al vaglio giurisprudenziale assolutamente insufficiente. Nel senso che si è allargata progressivamente la linea di demarcazione, affermandosi sostanzialmente il concetto per cui il limite del diritto di libertà religiosa non è rinvenibile soltanto in quello esplicitamente menzionato dall'art. 19 Cost., ma può derivare anche da principi e norme costituzionali eventualmente confliggenti, assunti in via interpretativa come non derogabili dalla libertà religiosa.

3. *Problematiche relative alla libertà religiosa individuale*

Il nuovo pluralismo religioso pone una serie di problematiche inedite per un Paese come il nostro, per tradizione omogeneamente religioso ed in cui il cattolicesimo ha dato un contributo fondamentale nel forgiarne l'identità. Gli abitanti della Penisola erano italiani molto prima della unificazione nazionale: lo erano Francesco d'Assisi, Dante Alighieri o Caterina da Siena. Dunque da noi il pluralismo religioso costituisce un problema con una peculiare rilevanza, rispetto ad altri Paesi di più antica tradizione di pluralismo confessionale.

Se si considera la libertà religiosa come diritto individuale, la nuova situazione di pluralismo religioso pone una serie di problemi in vari ambiti. Innanzitutto per quanto attiene alle pratiche di iniziazione religiosa e più in generale alle usanze riferibili a tradizioni religioso-culturali: si pensi solo alla circoncisione maschile o alle mutilazioni genitali femminili.

Assai rovente tutta la complessa materia matrimoniale e familiare, in cui il fatto religioso entra pesantemente, in particolare per quelle religioni – come l'islam – che ritengono la materia estranea al diritto secolare ma rientrante nella legge religiosa. Lo stesso dicasi, evidentemente, per i profili della educazione e della istruzione. Per quanto riguarda in particolare il settore scolastico, esiste un doppio profilo della questione: da un lato la pretesa dei diversamente credenti di avere un insegnamento (di letteratura, storia, filosofia ecc.) non "inquinato" da inflessioni cattoliche, dall'altro la pretesa ad avere nella scuola pubblica l'insegnamento della religione di appartenenza. E se l'insegnamento della religione cattolica, previsto dal Concordato, è soggettivamente facoltativo (ma la sua attivazione in ogni classe è oggettivamente obbligatoria), quindi tale da non sollevare problemi in ordine alla libertà religiosa, altrettanto non può dirsi per pratiche tradizionali che sono espressione della storia e della cultura italiane (il caso esemplare è quella della realizzazione del presepe nelle scuole materne ed elementari, fonte di ricorrenti *querelles*).

Altri ambiti problematici sono quelli dell'osservanza dei precetti religiosi nell'ambito lavorativo, delle pratiche religiose nelle comunità segreganti (ospedali, case di ricovero, istituti penitenziari ecc.),

dell'abbigliamento (velo, burqa) e del porto di simboli religiosi nei luoghi pubblici, dei regimi alimentari (nelle scuole, negli ospedali, nelle carceri, nelle mense aziendali ecc.).

Nei tempi più recenti si sono poi venute ponendo questioni in materia bioetica: si pensi al caso di trattamenti sanitari non consentiti dalla religione di appartenenza (es. trasfusioni di sangue).

4. Problematiche relative alla libertà religiosa collettiva e istituzionale

Nutrito poi il gruppo di questioni attinenti ai profili comunitari ed istituzionali della libertà religiosa. Attualmente, specie per quanto riguarda l'islam ma non solo, il problema più urgente appare essere quella della disponibilità di luoghi di culto. Si tratta di una rivendicazione che incide direttamente su uno dei tre contenuti del diritto in esame specificamente contemplato dalla Costituzione. Accanto a questo si pone il tema della rivendicazione delle confessioni religiose senza Intesa di poter beneficiare del finanziamento pubblico. Si tratta di temi tutt'altro che secondari, posto che il nostro ordinamento contempla una tutela non solo negativa ma anche positiva delle confessioni, il che comporta la creazione delle condizioni (anche economiche e strumentali) perché la religione possa essere concretamente esercitata.

Meno diffuse ancora, ma è prevedibile che tra non molto diverranno un argomento di dibattito pubblico, le richieste a vedere riconosciute civilmente le festività religiose, con le conseguenze giuridiche che ciò comporta, come l'astensione dal lavoro, ma anche qui con l'impegno pubblico a renderle possibili e visibili; ovvero il riconoscimento del diritto ad esporre simboli religiosi nello spazio pubblico, a cominciare dalle – ed in particolare nelle – scuole.

Non ancora avvertite, anche per la peculiare situazione italiana, altre rivendicazioni che altrove (per esempio nel Regno Unito) si sono rese sempre più evidenti, come ad esempio la garanzia dell'assicurazione di un effettivo pluralismo religioso nei “media” e il riconoscimento dei titoli di studio rilasciati da istituti religiosi di alta cultura.

5. Le incertezze dello Stato laico

A fronte degli accennati fenomeni lo Stato laico si trova dinnanzi ad una scelta talora paralizzante, e per certi aspetti paradossale, data dalle modalità di declinazione di quel principio di eguaglianza che pure costituisce postulato e al tempo stesso effetto della laicità. Da un lato, infatti, in nome dell'eguaglianza si perseguono obiettivi di integrazione ed assimilazione, che evidentemente comportano la tendenziale scomparsa delle diversità; dall'altra, sempre in nome dell'eguaglianza, si tende ad affermare il diritto alla diversità (o alla differenziazione, come a qualcuno piace dire). Da un lato, come nell'esperienza francese, c'è la tendenza al sacrificio delle identità e all'appiattimento sul modello del

citoyen; dall'altro lato l'esplosione delle diversità, come – seppure con diverse esperienze – nel caso inglese ed in quello tedesco, comporta il rischio della messa in pericolo dei collanti che tengono insieme una comunità politica.

Si osservi poi che nelle nostre società si è sovente dinnanzi alla singolare e contraddittoria situazione per cui in nome dei diritti inviolabili dell'uomo, si pretende dal diversamente credente la rinuncia a propri comportamenti religiosi, violandosi così uno di tali diritti: quello alla libertà religiosa. Esiste poi tutta una giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che vede nel principio di laicità un limite al diritto di libertà religiosa.

Sotto uno specifico profilo, che però assume ogni giorno sempre più evidenza, occorre esemplificativamente notare che con la riemersione del fenomeno religioso riemerge la questione matrimoniale e familiare. Il fatto non deve sorprendere, perché si tratta di materia in cui eminentemente si esprime la visione religiosa dell'uomo e della società, si estende la congruente scala di valori morali, si manifesta la pressione educatrice e conformatrice delle istituzioni religiose.

La risultante è che riappare il dualismo (potenzialmente) conflittuale tra diritto secolare, di derivazione statale, e diritto religioso; riappaiono le rivendicazioni per riportare la disciplina giuridica di matrimonio e famiglia alla società civile. In particolare ritorna la rivendicazione, che tra Ottocento e Novecento era stata tipica del cattolicesimo, del diritto a sposare secondo coscienza e, più ancora, a vedere regolata la vita familiare secondo i dettami della propria fede religiosa.

Giova richiamare conclusivamente sul punto quanto scriveva Rosmini a metà Ottocento: “La libertà di coscienza non può esistere, se la legge civile non si piega e adatta alle coscienze de' cittadini, mostrandosi rispettosa alle loro religiose credenze. La legge civile non può adattarsi alle coscienze e credenze religiose de' cittadini, se essa parte dal principio di astrarre da tutte le credenze” (A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, Boniardi-Pogliani, Milano 1843, II, p. 411 ss.).

6. *Gli insegnamenti del Magistero*

Non è il caso di riprendere in questa sede l'insegnamento del Concilio Vaticano II sulla libertà religiosa, consacrato nella dichiarazione *Dignitatis humanae*.

Appare invece opportuno presentare una selezione di passi di uno dei tanti documenti in cui, più recentemente, Benedetto XVI ha affrontato la questione della libertà religiosa. A partire in particolare dal Messaggio per la celebrazione della XLIV Giornata Mondiale della Pace, del 1° gennaio 2011 dal titolo “Libertà religiosa, via per la pace”.

In questo documento il Papa osservava preliminarmente che “Nella libertà religiosa [infatti] trova espressione la specificità della persona umana, che per essa può ordinare la propria vita personale e sociale a Dio, alla cui luce si comprendono pienamente l’identità, il senso e il fine della persona. Negare o limitare in maniera arbitraria tale libertà significa coltivare una visione riduttiva della persona umana; oscurare il ruolo pubblico della religione significa generare una società ingiusta, poiché non proporzionata alla vera natura della persona umana; ciò *significa rendere impossibile l’affermazione di una pace autentica e duratura di tutta la famiglia umana*” (n. 1).

Osservava poi che “ *Il diritto alla libertà religiosa è radicato nella stessa dignità della persona umana*, la cui natura trascendente non deve essere ignorata o trascurata. Dio ha creato l’uomo e la donna a sua immagine e somiglianza (cfr Gen 1,27). Per questo ogni persona è titolare del sacro diritto ad una vita integra anche dal punto di vista spirituale. Senza il riconoscimento del proprio essere spirituale, senza l’apertura al trascendente, la persona umana si ripiega su se stessa, non riesce a trovare risposte agli interrogativi del suo cuore circa il senso della vita e a conquistare valori e principi etici duraturi, e non riesce nemmeno a sperimentare un’autentica libertà e a sviluppare una società giusta”; ed aggiungeva che “La dignità trascendente della persona è un valore essenziale della sapienza giudaico-cristiana, ma, grazie alla ragione, può essere riconosciuta da tutti. Questa dignità, intesa come capacità di trascendere la propria materialità e di ricercare la verità, va riconosciuta come un bene universale, indispensabile per la costruzione di una società orientata alla realizzazione e alla pienezza dell’uomo. Il rispetto di elementi essenziali della dignità dell’uomo, quali il diritto alla vita e il diritto alla libertà religiosa, è una condizione della legittimità morale di ogni norma sociale e giuridica” (n. 2).

Si soffermava quindi sui contenuti della libertà in questione, affermando che “ *La libertà religiosa è all’origine della libertà morale*. In effetti, l’apertura alla verità e al bene, l’apertura a Dio, radicata nella natura umana, conferisce piena dignità a ciascun uomo ed è garante del pieno rispetto reciproco tra le persone. Pertanto, la libertà religiosa va intesa non solo come immunità dalla coercizione, ma prima ancora come capacità di ordinare le proprie scelte secondo la verità” (n. 3).

Proseguendo il suo Messaggio, Papa Ratzinger rilevava poi: “Si potrebbe dire che, *tra i diritti e le libertà fondamentali radicati nella dignità della persona, la libertà religiosa gode di uno statuto speciale*. Quando la libertà religiosa è riconosciuta, la dignità della persona umana è rispettata nella sua radice, e si rafforzano l’ethos e le istituzioni dei popoli. Viceversa, quando la libertà religiosa è negata, quando si tenta di impedire di professare la propria religione o la propria fede e di vivere conformemente ad esse, si offende la dignità umana e, insieme, si minacciano la giustizia e la pace, le quali si fondano su quel retto ordine sociale costruito alla luce del Sommo Vero e Sommo Bene. *La libertà religiosa è, in questo senso, anche un’acquisizione di civiltà politica e giuridica*” (n. 5).

Importante notare come il Papa tenesse a sottolineare la dimensione pubblica della religione, rilevando tra l'altro che “ *La libertà religiosa, come ogni libertà, pur muovendo dalla sfera personale, si realizza nella relazione con gli altri. Una libertà senza relazione non è libertà compiuta.* Anche la libertà religiosa non si esaurisce nella sola dimensione individuale, ma si attua nella propria comunità e nella società, coerentemente con l'essere relazionale della persona e con la natura pubblica della religione. La *relazionalità* è una componente decisiva della libertà religiosa, che spinge le comunità dei credenti a praticare la solidarietà per il bene comune. In questa dimensione comunitaria ciascuna persona resta unica e irripetibile e, al tempo stesso, si completa e si realizza pienamente” (n. 6).

Ed ancora, nel Discorso ai membri del Corpo diplomatico accreditato presso la Santa Sede, del 10 gennaio 2011, diceva: “Vorrei ricordare infine che la libertà religiosa non è pienamente applicata là dove è garantita solamente la libertà di culto, per di più con delle limitazioni. Incoraggio, inoltre, ad accompagnare la piena tutela della libertà religiosa e degli altri diritti umani con programmi che, fin dalla scuola primaria e nel quadro dell'insegnamento religioso, educino al rispetto di tutti i fratelli nell'umanità”, aggiungendo che “occorre affermare che una proclamazione astratta della libertà religiosa non è sufficiente: questa norma fondamentale della vita sociale deve trovare applicazione e rispetto a tutti i livelli e in tutti i campi; altrimenti, malgrado giuste affermazioni di principio, si rischia di commettere profonde ingiustizie verso i cittadini che desiderano professare e praticare liberamente la loro fede”.

Anche Papa Francesco è intervenuto più volte in tema. In particolare del discorso del 20 giugno 2014, rivolto ai partecipanti al Convegno internazionale su “La libertà religiosa secondo il diritto internazionale e il conflitto globale dei valori”. Nell'intervento, dopo aver osservato che “ il dibattito intorno alla libertà religiosa si è fatto molto intenso, interpellando sia i Governi sia le Confessioni religiose” e che “La Chiesa Cattolica, a questo riguardo, fa riferimento alla Dichiarazione *Dignitatis humanae*, uno dei documenti più importanti del Concilio Ecumenico Vaticano II”, ha detto tra l'altro: “La ragione riconosce nella libertà religiosa un diritto fondamentale dell'uomo che riflette la sua più alta dignità, quella di poter cercare la verità e di aderirvi, e riconosce in essa una condizione indispensabile per poter dispiegare tutta la propria potenzialità. La libertà religiosa non è solo quella di un pensiero o di un culto privato. E' libertà di vivere secondo i principi etici conseguenti alla verità trovata, sia privatamente che pubblicamente. Questa è una grande sfida nel mondo globalizzato, dove il pensiero debole – che è come una malattia – abbassa anche il livello etico generale, e in nome di un falso concetto di tolleranza si finisce per perseguire coloro che difendono la verità sull'uomo e le sue conseguenze etiche”.

Ha quindi aggiunto: “Gli ordinamenti giuridici, statuali o internazionali, sono chiamati pertanto a riconoscere, garantire e proteggere la libertà religiosa, che è un diritto intrinsecamente inerente alla natura

umana, alla sua dignità di essere libero, ed è anche un indicatore di una sana democrazia e una delle fonti principali della legittimità dello Stato” precisando che: “La libertà religiosa, recepita nelle costituzioni e nelle leggi e tradotta in comportamenti coerenti, favorisce lo sviluppo di rapporti di mutuo rispetto tra le diverse Confessioni e una loro sana collaborazione con lo Stato e la società politica, senza confusione di ruoli e senza antagonismi. Al posto del conflitto globale dei valori si rende possibile in tal modo, a partire da un nucleo di valori universalmente condivisi, una globale collaborazione in vista del bene comune”.

7. Per concludere

Per concludere sembra importante richiamare un passo dell'importante discorso tenuto, sempre da Benedetto XVI, il 22 settembre 2011, al Reichstag di Berlino, durante il viaggio apostolico in Germania. “Contrariamente ad altre grandi religioni – diceva –, il cristianesimo non ha mai imposto allo Stato e alla società un diritto rivelato, mai un ordinamento giuridico derivante da una rivelazione. Ha invece rimandato alla natura e alla ragione quali vere fonti del diritto – ha rimandato all'armonia tra ragione oggettiva e soggettiva, un'armonia che però presuppone l'essere ambedue le sfere fondate nella Ragione creatrice di Dio. Con ciò i teologi cristiani si sono associati ad un movimento filosofico e giuridico che si era formato sin dal secolo II a. Cr. Nella prima metà del secondo secolo precristiano si ebbe un incontro tra il diritto naturale sociale sviluppato dai filosofi stoici e autorevoli maestri del diritto romano”. Dunque è sul piano della ragione che va individuata la soluzione, certamente non facile, di un problema complesso in una società religiosamente pluralistica, vale a dire quello dell'equilibrio tra tradizione e identità nazionale da un lato, ed effettività della libertà religiosa individuale, collettiva ed istituzionale dall'altra.

Bibliografia di GIUSEPPE DALLA TORRE

(a cura di Francesco Zini)

Diritti Fondamentali e Biodiritto

G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 1993;

G. DALLA TORRE, *Persona cittadino straniero. Per una introduzione giuridica*, in *Iustitia* (1993), pp. 1-15;

G. DALLA TORRE, *I valori etici come base della democrazia*, in «Orientamenti Sociali», III., Luglio-Settembre 1994, pp.3-7;

G. DALLA TORRE, *Gli interventi umanitari: le ragioni del diritto*, in *Iustitia* 1/1994, pp. 36-45;

G. DALLA TORRE, *I diritti umani, fondamento, dell'etica pubblica*, in «Studium», 1/1995, pp.725-738;

G. DALLA TORRE, *Verso una nuova cittadinanza*, in *Il Vangelo della carità. Una risposta da Palermo*, Centro S. Pedro Arrupe, Palermo, 1995, pp. 59-74;

G. DALLA TORRE, *La vita e il diritto*, in «Iustitia», IV, Aprile - Giugno, 1996, pp.105-109;

G. DALLA TORRE, *Bioetica: i nuovi problemi della cittadinanza*, in G. DALLA TORRE, L. PALAZZANI (a cura di), *La bioetica. Profili culturali, sociali, politici e giuridici*, Studium, Roma 1997, pp.13-27;

G. DALLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Edizioni Studium, Roma, 1997;

G. DALLA TORRE, *La vita come valore giuridico. Saggi di analisi giurisprudenziale*, in «Studium» 1/1998, pp. 455-469;

G. DALLA TORRE, *Etica e diritto nella formazione dei moderni codici*, in *Studi in onore di Piero Bellini*, Rubbettino, Napoli, 1999, pp. 303-319.

G. DALLA TORRE, *Diritto e bioetica*, in AA.VV., *Corso residenziale di bioetica*, Ospedale Pediatrico «Bambino Gesù», Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico, Tipografia Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 57-80;

- G. DALLA TORRE, *Diritti umani e bioetica*, in «Pedagogia e Vita», 2009, pp.45-49;
- G. DALLA TORRE, *Derechos humanos y Bioética*, in *Los derechos humanos en Europa*, Salamanca, 9-11 Ottobre 2008, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2009, pp. 155-169;
- G. DALLA TORRE, *Annotazioni sul diritto alla vita nell'ordinamento canonico*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Giuffrè, Milano, 2010, pp.235-250;
- G. DALLA TORRE, *Homosexualidad* in *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 340-346;
- G. DALLA TORRE, *Principio di uguaglianza e bioetica*, in *Vita, ragione, dialogo. Scritti in onore di Elio Sgreccia*, Cantagalli, Siena, 2012, pp.129-133;
- G. DALLA TORRE, *Riflessioni su diritti umani e bioetica*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 795-807.

I diritti di inizio vita

- G. DALLA TORRE, *Aborto e diritto alla vita: linee di una problematica attuale*, in «Iustitia», 2-3, 1972, pp. 236-253;
- G. DALLA TORRE, *Sulla questione dell'aborto*, in «La Famiglia», XXXXVII, Settembre - Ottobre 1974, pp. 428-433;
- G. DALLA TORRE, *Legge di aborto e principi dell'ordinamento italiano*, in «Medicina e Morale», I, 1979, pp. 45-62;
- G. DALLA TORRE, *Problemi giuridici della fecondazione artificiale umana*, in *Scienza e origine della vita*, Edizioni Orizzonte Medico, Roma, 1980, pp. 187-208;
- G. DALLA TORRE, *Una continua provocazione per la coscienza cristiana: stato attuale di applicazione della legge 194*, in *Ai confini della vita*, Convegno nazionale di bioetica, Palazzo Vecchio, Salone de' Dugento, Firenze, 28-29 Novembre 1992, Cassa di Risparmio-Le Monnier, Firenze, 1995, pp. 30-33;

G. DALLA TORRE, *Le leggi contro la vita: il loro significato politico-giuridico*, in «*Evangelium Vitae*» e diritto, Atti del Simposio Internazionale, Città del Vaticano, 23-25 maggio 1996, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997, pp. 99-119;

G. DALLA TORRE, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in Orientamenti Sociali, II, Aprile – Giugno 1998, pp. 5-7;

G. DALLA TORRE, *La tutela del concepito*, in M.P. BACCARI (a cura di), *Chi difende i principi non negoziabili? La voce dei giuristi*, Quad. Arch. Giur., 3/2011, III, pp. 192-199.

I diritti di fine vita

G. DALLA TORRE, *Qualche considerazione su eutanasia e principi costituzionali*, in «Legalità e Giustizia», I/2003, pp. 238-241;

G. DALLA TORRE, *Dichiarazioni anticipate di trattamento (Fatti e giudizi)*, in «Iustitia», 1/2004, pp. 103-108;

G. DALLA TORRE, *Mare dentro. Le problematiche di fine vita*, in P. Dalla Torre (a cura di), *Cinema contemporaneo e questioni bioetiche*, Studium, Roma, 2010, pp. 127-138.

La sperimentazione clinica e i comitati etici

G. DALLA TORRE, *Profili giuridici dei comitati etici tra jus conditum e jus condendum*, in «Iustitia», IV, Ottobre – Dicembre 1989, pp. 381-411;

G. DALLA TORRE, *Profili giuridici dei comitati di bioetica. Fra jus conditum e jus condendum*, in AA.VV., *I comitati di bioetica. Storia analisi proposte*, Edizioni Orizzonte Medico, Roma, 1990, pp. 69-99;

G. DALLA TORRE, *Sperimentazione e consenso. A proposito delle “norme di buona pratica clinica”*, in «Iustitia», III, 1992, Luglio - Settembre, pp. 326-356;

G. DALLA TORRE, *La protezione dei soggetti di sperimentazione clinica: il consenso informato e il consenso di chi non può consentire*, in A.G. SPAGNOLO - E. SGRECCIA (a cura di), *Lineamenti di etica della sperimentazione clinica. Fondamenti storici, epistemologici, metodologici ed etico – normativi della sperimentazione clinica*, Vita e Pensiero, Milano, 1994, pp. 141-169;

G. DALLA TORRE, *Dichiarazioni anticipate di trattamento (Fatti e giudizi)*, in «Iustitia», I, 2004, pp. 103-108.

Obiezione di Coscienza e Bioetica

G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in R. BOTTA (a cura di) *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, a cura di, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 19-61;

G. DALLA TORRE, *Le leggi contro la vita: il loro significato politico – giuridico*, in *Evangelium Vitae e diritto*, Atti del Simposio Internazionale tenutosi nella Città del Vaticano, 23-25 Maggio 1996, Libreria Editrice Vaticana. Città del Vaticano, 1997;

G. DALLA TORRE, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», IV, 2003, pp.1049-1065;

G. DALLA TORRE, *L'obiezione di coscienza dei farmacisti*, in S. FANUELE (a cura di), *Bioetica e società. Speranze per l'umanità. Sfide scientifiche e morali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 103-113;

G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, in «Iustitia», 2009, II, pp. 31-42;

G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, in «Iustitia», 2009, III, pp. 267-275.

Laicità, Bioetica e Biodiritto

G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato: una nozione giuridicamente inutile?*, in «Rivista Internazionale di Filosofia e del Diritto», 1/1991, pp.274-300.

G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Studium, Roma, 1992;

- G. DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 1993;
- G. DALLA TORRE, *Nuove frontiere dei rapporti fra Chiesa e comunità politica: la questione bioetica*, in «Archivio giuridico», 1/1994, pp. 275-290;
- G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in «Studium», I, 1995, pp. 9-25;
- G. DALLA TORRE, *Identità religiosa, comunità politica e diritto*, in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti. Studi raccolti da Francesco D'Agostino*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 51-67.
- G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in AA.VV., *Il principio di laicità nello stato democratico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, pp. 285-305;
- G. DALLA TORRE, *Laicità vo cercando...*, in «Nuovi studi politici», 1/2001, pp. 3-6;
- G. DALLA TORRE, *Europa, quale laicità?*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (MI), 2003;
- G. DALLA TORRE, *Laïcité et statuts personnels. Le modèle italien*, in *Quelle laïcité en Europe?*, sous la direction de J.-D. DURAND, Université, Jean-Moulin, Lyon, 2003, pp. 45-64;
- G. DALLA TORRE, *Secolarizzazione e laicità* in AA.VV., *Le radici cristiane dell'Europa*, Fondazione Cassamarca, Treviso, 2004, pp. 19-34;
- G. DALLA TORRE, *Lessico della laicità*, Studium, Roma, 2007;
- G. DALLA TORRE, *La bioetica nei rapporti tra Stato e Chiesa*, in A. TALAMANCA, M. VENTURA (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Barberini*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 237-250.

Multiculturalismo, Bioetica e Biodiritto

- G. DALLA TORRE, *Etica e diritto in una società frammentata e multi-etnica*, in «Studium», V, 1998, pp.681-697;
- G. DALLA TORRE, *Società multiculturale e diritti umani*, in «Esperienze Sociali», I, 1999, pp.51-58;
- G. DALLA TORRE, *Per una introduzione ai problemi bioetici in una società multi-etnica*, in G. DALLA TORRE, (a cura di), *Immigrazione e salute. Questione di bio-giuridica*, Studium, Roma, 1999, pp.9-15;

G. DALLA TORRE, *Multietnicità, bioetica e diritto*, in F. COMPAGNONI-F. D'AGOSTINO (a cura di), *Bioetica diritti umani e multietnicità. Immigrazione e sistema sanitario nazionale*, a cura di, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (MI), 2000, pp.27-46.

G. DALLA TORRE, *Multietnicità, bioetica e diritto*, in «Nuovi Studi Politici», III, 2001, pp.9-27;

G. DALLA TORRE, *Il diritto e le trasformazioni della famiglia*, in S. FANUELE (a cura di), *Bioetica e società. Speranze per l'umanità. Sfide scientifiche e morali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp.175-185;

G. DALLA TORRE, *Pluralismo religioso, multietnicità e biodiritto*, in «Medicina e Morale», 3, 2006, pp.533-554;

G. DALLA TORRE, *Il nuovo pluralismo religioso*, in «Iustitia», 1/2019, pp.1-9.