

Prof. Lorenza Violini

Università degli Studi di Milano

Associazione Italiana dei Costituzionalisti

Convegno annuale

Napoli, 26-27 ottobre 2007

I problemi pratici della laicità

RELAZIONE

Bioetica e laicità

(versione provvisoria – *not for citation*)

I. DUE UNIVERSI INCOMMENSURABILI?	2
1. La bioetica tra scienza, tecnica, etica e diritto	2
2. Un chiarimento sul termine <i>laicità</i>	4
II. GLI <i>HARD CASES</i> DELLE MODERNE DEMOCRAZIE PLURALISTE IN SETTORI ETICAMENTE CONTROVERSI	10
1. Scelte <i>etiche</i> o scelte <i>pratiche</i> nelle decisioni normative? Qualche esempio sulla base dei divieti contenuti nella legge n. 40 del 2004	10
2. ... e sulle problematiche relative alla fine della vita.....	12
3. Note sul testamento biologico e sulla sua effettiva attitudine a risolvere i problemi pratici. .	15
4. Una postilla. Si può condividere una limitazione delle prassi abortive?	16
5. Una riflessione conclusiva sull'alternativa tra scelte etiche o scelte pratiche nei casi problematici nella materia bioetica.	19
III. LA SOCIETA' SECOLARIZZATA ALLA RICERCA DEI SUOI FONDAMENTI.....	20
1. Perché passare dai casi pratici a concetti universali? Tracce di un percorso.....	20
2. Il diritto alla vita dell'embrione ha un fondamento costituzionale nella tutela della dignità umana intesa come norma assoluta? Suggestioni dal dibattito in atto in Germania sull'interpretazione dell'art. 1 GG	22
3. Perché può essere ragionevole equiparare l'embrione al nato? Ovvero qualche riflessione sull'esistenza dell'essere umano <i>in quanto tale</i>	28
4. Se esiste una norma posta a presidio di principi assoluti, essa è anche razionale? Ovvero sui limiti della ragion pratica.	29
5. La tutela incondizionata della dignità umana è propria solo di chi ha riferimenti religiosi?.	32
IV. UNA RAGIONE CHE NON CESSA DI INTERROGARSI SUL SENSO DELLA DIGNITA' UMANA.	34

I. DUE UNIVERSI INCOMMENSURABILI?

1. La bioetica tra scienza, tecnica, etica e diritto

Dovendo discutere di bioetica e laicità¹ nella prospettiva del presente Convegno, che si propone di indagare su “I problemi pratici della laicità”, è necessario fare qualche preliminare considerazione di carattere teorico che chiarisca i termini delle questioni qui evocate.

Nata all’inizio degli anni Settanta per gemmazione dall’etica medica e dall’etica della ricerca scientifica², la bioetica è quella disciplina che indaga sui problemi etici implicati dallo sviluppo delle scienze naturali relative alla vita e alla salute umana. Per questa sua vocazione, essa prospetta soluzioni che riguardano sia l’attività di medici, ricercatori, amministratori sanitari etc., sia l’attività legislativa³: i primi, infatti, sono sempre più spesso vincolati a ottenere, per svolgere le loro attività, pareri o autorizzazioni di Comitati bioetici formati da esperti di più discipline⁴, mentre le istituzioni politiche, chiamate a compiere le scelte di fondo in ordine a tali delicate materie, possono trovare nella speculazione bioetica fonti di ispirazione per le loro decisioni⁵. Nell’uno e nell’altro caso, pur

¹ Il tema è già stato affrontato in questi termini, tra gli altri, da A. PESSINA, *Bioetica e laicità*, in S. ZANINELLI (a cura di), *Scienza, tecnica e rispetto dell’uomo*, Vita e Pensiero, Milano 2001, pp. 13-25. Anche G. Rusconi riflette sui due concetti in modo congiunto; in un saggio del 2002 egli mette in luce come i problemi della bioetica siano affrontati e risolti in modo profondamente diverso se si assume un punto di vista “laico” (“cittadini che si sentono sfidati eticamente da questioni che ritengono concettualmente nuove”) o se si assume un punto di vista che fa invece riferimento ad una concezione in forza della quale si sia convinti di poter risolvere tali questioni “attingendo ad un loro patrimonio tradizionale e di certezza”. E benchè si asserisca in quella sede che la distinzione “laico”/“cattolico” sia assunta solo per “comodità espositiva” e che sia semplicistico asserire che, in ambito bioetico, “i cattolici hanno solide certezze mentre i laici hanno solo dubbi ragionevoli”, la distinzione è divenuta poi parte del modo comune di affrontare i problemi che qui ci occupano. Vedi le tesi di Rusconi in *idem, Laicità e bioetica*, Il Mulino, Bologna 2002, p. 668 ss. Tutt’altra impostazione si rinviene sia nel citato saggio di Pessina sia, da ultimo, in L. PALAZZANI, *Laicità e bioetica*, in G. DELLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Edizioni Studium, Roma 2007, 73 ss., la quale, definendo la bioetica “disciplina che riflette sui confini tra liceità ed illiceità della tecno-scienza rispetto alla vita”, considera centrale per la bioetica stessa la ricerca di giustificazioni razionali del valore riconosciuto o attribuito, sulla base di argomenti diversi, alla vita.

² La paternità del neologismo è comunemente attribuita a V.R. POTTER, *Bioethics: bridge to the future*, Prentice-Hall, London 1971.

³ Come è stato scritto, “Bioethics is a field that ranges from the anguished private and individual dilemmas faced by physicians or other health-care workers at the bedside of a dying patient to the terrible public and societal choices faced by citizens and legislators as they try to devise equitable health or environmental policies. Its problems can be highly individual and personal – what should I do here and now? – and highly communal and political – what should we together do as citizens and fellow human beings?”. D. CALLAHAN, *Bioethics*, in W.T. REICH (a cura di), *Encyclopedia of Bioethics*, Simon & Schuster MacMillan, New York 1995, I, p. 248.

⁴ Una ricostruzione della storia di tali Comitati in Italia è rinvenibile in L. GALVAGNI, *Bioetica e Comitati etici*, Edizioni Dehoniane, Bologna 2005.

⁵ Tanto è vero che in numerosi Paesi gli stessi governi nazionali hanno istituito a questi fini Comitati consultivi per la bioetica. Svariate sono le questioni che vengono dibattute in questi organismi, molte delle quali ampiamente controverse sul piano etico-politico. In Gran Bretagna la HFEA (Human and Fertilisation Embriology Authority istituita con una legge del 1990) ha recentemente dato via libera alla sperimentazione di ibridi; in Germania il Comitato Etico Nazionale (Nationaler Etikrat - istituito come organismo governativo indipendente nel maggio del 2001 -Beschuß der Bundesregierung del 2 maggio 2001) ha dato parere favorevole all’importazione di cellule staminali embrionali prodotte all’estero, stante di divieto di produrle all’interno della nazione; in Italia, il Comitato Nazionale di Bioetica è

con diverso titolo e con diversa efficacia, la bioetica svolge un ruolo importante nel contesto di quella relazione complessa che sussiste da sempre tra scienza, tecnica e diritto⁶.

Per non addentrarsi oltre e perdersi in quello che è ormai diventato un vero e proprio universo, l'universo del bios nelle sue differenti sfaccettature, la presente relazione – dovendo trattare di problematiche giuridiche – prenderà in considerazione le norme che hanno ad oggetto le stesse materie di cui la bioetica si occupa; le due scienze si differenziano invece per natura e per finalità: la bioetica alberga in sé tutto lo spettro delle posizioni filosofiche ed etiche le quali possono condurre a soluzioni anche molto diversificate dei problemi posti dal progresso scientifico, mentre i processi normativi incarnano scelte specifiche e ben determinate.

Scienza/tecnica da un lato ed etica/diritto dall'altro sono dunque i due argini ideali tra cui scorre il testo del presente intervento. E, pertanto, fin d'ora è utile chiarire che il rapporto tra i due termini può essere variamente configurato: un primo modo, prevalentemente presente tra gli scienziati⁷, tende a considerare lecito tutto ciò che è possibile (es. clonazione o qualsiasi nuova frontiera raggiunta dalla scienza e della tecnologia), un secondo, invece, ritiene che la scienza debba sottostare a valutazioni extrascientifiche. Quest'ultima posizione, a sua volta, si distingue tra coloro che usano come criterio di valutazione dell'attività scientifica il principio utilitaristico⁸, e coloro che danno una valutazione etica della stessa in base a principi.

da varie settimane oggetto dell'attenzione della cronaca dopo le discussioni avvenute nel suo seno sul tema della vendita degli ovociti, su cui non pare si stia giungendo ad un accordo. Sul tema della mercificazione del corpo e quindi anche sulla possibile vendita di parte di esso come espressione di autonomia contrapposta ad un presunto paternalismo dello Stato che vieta v. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 801 ss; di particolare interesse l'osservazione secondo cui "si assiste alla affermazione di nuovi diritti fondamentali, specie nei settori maggiormente incisi dallo sviluppo delle tecnologie [...] ma al contempo anche all'emersione di nuove forme di violazione. La più difficili da gestire e da contrastare sono proprio quelle che si avvalgono dell'intermediazione dello stesso titolare della situazione giuridica protetta, posto che inevitabilmente rimettono in gioco la complessa dialettica tra paternalismo ed autonomia"(p. 805-806).

Molte sono le voci critiche che vengono indirizzate al modello di integrazione tra diritto, politica ed etica che avviene tramite di Comitati Etici quando essi si trovano di fronte a complessi problemi scientifici; si veda in proposito per tutti J. TAUPITZ, *Etikkommissionen in der Politik: Bleibt die Etik auf der Strecke?*, *JZ* 2003, 851, il quale si chiede se davvero queste Commissioni siano come i tre Re Magi venuti dall'Oriente a portare alla politica i doni della saggezza o se non siano invece i cavalli di Troia che nascondono il tentativo di espropriare la politica attraendo a sé il potere di decisione che spetta invece alla stessa. Alla stessa bioetica, del resto, non vengono risparmiate critiche anche assai aspre; si veda, ad esempio, J. BARON, *Against Bioethics*, Mit Press, Cambridge 2006, secondo cui questa scienza "has become a kind of secular priesthood to which governments and other institutions look but it lacks the authority that comes from a single, coherent guiding theory in which practitioners are trained" (*ivi*, p. 6); per risolvere questa situazione l'autore propone di unificare il metodo di approccio ai temi della bioetica combinando utilitarismo e teoria delle decisioni ma non accetta che si lascia alla bioetica in quanto tale la decisione ultima sui problemi pratici che essa è chiamata ad affrontare.

⁶ Da ultimo, v. A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, In *Studi parlamentari e di politica costituzionale* 2003, p. 7 ss.

⁷ Polemicamente, ad esempio, il presidente della Max-Planck Institut ha affermato che d'ora in poi il biologo dovrà entrare in laboratorio solo se accompagnato dal giurista, con ciò manifestando tutta l'insofferenza che parte del mondo scientifico percepisce di fronte a contestazioni e contestualizzazioni che gli provengono dalla politica e dal diritto. In questo filone si inserisce anche quella corrente dottrinale che tende, se non ad annullare, almeno a minimizzare i limiti costituzionali relativi alla libertà della scienza. Cfr. H. MARKL, *Freiheit, Verantwortung, Menschenwürde: Warum Lebenswissenschaften mehr sind als Biologie*, citato da J. IPSEN, *Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro*, in *Juristen Zeitung (JZ)* 2001, p. 989.

⁸ Capostipite di questa concezione per quanto riguarda i temi bioetici può essere considerato il cd. Warnock Report, il quale espressamente afferma che la determinazione della soglia dei 14 giorni prima dei quali è consentito alla scienza di manipolare l'embrione umano è di natura convenzionale ("a simple matter of counting") e mira a consentire la ricerca scientifica; grande assente in questa corrente di pensiero è la questione antropologica, ritenuta un ostacolo alla ricerca della massima utilità sociale. V. M. WARNOCK, *A Question Of Life*, in *The Warnock Report on Human Fertilisation*

Per stare all'opinione prevalente, è naturale che in questa sede si faccia riferimento alla seconda ipotesi, quella cioè che mira a sottoporre le scelte della scienza ad una valutazione etico-politica che, per non essere arbitraria, deve fondarsi su argomenti razionali⁹. Una simile valutazione, che è richiesta per tutte le materie su cui la legge interviene, si rivela particolarmente problematica in settori, quali quelli relativi alla discussione bioetica, che registrano disparità di vedute così profonde e così caratterizzanti il contenuto ultimo dell'umana coscienza¹⁰, da rendere difficilmente accettabili soluzioni di compromesso.

Visto che nessuno è su questi temi disposto a transigere, quali orientamenti si devono assumere in sede di politica legislativa? E, ancora, che relazione si può instaurare tra le scelte di valore incarnate nelle norme e il contesto democratico, pluralista e istituzionalmente orientato alla neutralità verso tutto ciò che attiene al foro interno dei cittadini?

A questo proposito, essere chiamati a discutere di bioetica e laicità sembrerebbe suggerire che nei citati campi, in cui le scelte etiche sono particolarmente e palesemente controverse, occorrerebbe avere norme *neutre*, che non prendono posizioni eticamente predeterminate. Ora, è condivisibile questo modo di riflettere su queste tematiche?

Per rispondere all'interrogativo posto, che è centrale per il tema che qui ci occupa, si rende necessaria una breve serie di riflessioni sul significato del termine laicità.

2. Un chiarimento sul termine *laicità*

In quanto centrale per uno Stato democratico e pluralista, la laicità costituisce un principio supremo dell'ordinamento ma, ad un tempo, identifica una tale ampiezza di contenuti, di impostazioni e di conseguenze da giustificare che se ne parli come di un vero e proprio universo. Augusto Barbera ha offerto di recente alla nostra riflessione un panorama di tale principio che ne conferma l'evocata dimensione quantitativa¹¹. Non essendo il caso in questa sede di ripercorrere l'intero spettro di

and Embryology, Oxford, 1985. Sul piano giuridico, la visione utilitaristica si traduce nella attenuazione dei valori fondanti dell'ordinamento, quale è tra tutti la tutela della dignità umana e nella elaborazione di teorie "gradualistiche". Per un approfondimento su questi temi, si veda L. VIOLINI, A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 185-238.

⁹ La clonazione, ad esempio, può essere permessa o vietata, se è pericolosa per la specie umana e se tali pericoli sovrastano i possibili benefici; essa tuttavia può anche essere bandita sulla base di giudizi di valore di tipo deontologico, se si ritiene, ad esempio, che alterare la struttura genetica della specie umana sia un male in sé. Questa prospettiva è stata abbracciata, ad esempio, dalla Dichiarazione Universale del Genoma e dei Diritti dell'Uomo, il cui art. 1 afferma: "The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. In a symbolic sense, it is the heritage of humanity".

¹⁰ Non a caso, in materie cd. "eticamente sensibili" si è invocata la necessità di tutelare la libertà di coscienza, che è un aspetto fondamentale della libertà religiosa. Bartole, ad esempio, commentando la sentenza della Corte Costituzionale italiana che ha parzialmente depenalizzato l'aborto (Corte Cost., Sent. n. 27/1975) fa presente questo profilo della questione. Cfr. S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. cost.*, 1975, 2-3, p. 2099 ss.

¹¹ Secondo una recente ricostruzione di A. BARBERA, *Il cammino alla laicità*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1 ss., esistono almeno sei modelli paradigmatici del termine laicità che hanno caratterizzato sia la scienza giuridica che la storia e diritto. La laicità, dunque, è un principio dai molti volti, che definisce: 1. autonomia dell'ordinamento giuridico

significati che il termine può assumere, ci si limiterà a qualche breve nota introduttiva sul binomio laicità-neutralità.

Come è noto, la laicità – intesa come neutralità dello Stato secolarizzato rispetto al fenomeno religioso – declina in un preciso settore, quello del rapporto tra l’ordinamento e le confessioni religiose, il grande tema della libertà, ma lo declina in modi affatto differenziati, ora propugnando la necessità di mantenere attivamente uno spazio pubblico neutrale secondo il cd. modello francese, ora valutando positivamente la presenza delle esperienze religiose per la costruzione del bene comune come afferma, ad esempio, la Costituzione del Baden Württemberg, la quale espressamente riconosce il significato che rivestono le confessioni religiose per il mantenimento e il rafforzamento dei fondamenti morali e religiosi della vita umana¹².

Ciò posto, poiché la laicità è, ultimamente, una questione di libertà, vi è chi ritiene che essa influenzi tutte le espressioni dell’attività dello Stato e non solo il carattere dei suoi rapporti con il fenomeno religioso. Ciò comporterebbe la necessità per l’ordinamento di preservare lo spazio pubblico e le discussioni politiche da tutte quelle tendenze che mirano a proporre/imporre concezioni che aspirano ad essere riconosciute come vere¹³, di garantire tramite le sue leggi la massima espansione possibile della libera autodeterminazione del singolo, nonché, sul piano delle istituzioni, un atteggiamento di massima neutralità nei confronti delle diverse opzioni etiche presenti nella società civile¹⁴. Tale lettura estensiva del principio di laicità presenta, almeno a parere

dalla sfera etico-religiosa (*laicità come autonomia del diritto*); 2. il limite alla prevaricazione del potere ecclesiastico su quello civile, dalle forme teocratiche a quelle confessioniste alle stesse forme anomale di “ingerenza” (*laicità come autonomia della politica*); 3. limite alla invadenza del potere civile su quello religioso, dalle varie forme di giurisdizionalismo alle più recenti forme di “laicità ostile” (*laicità come limite alla politica*); 4. riconoscimento e garanzia della libertà religiosa e del pluralismo religioso (*laicità come pluralismo confessionale*); 5. indifferenza ed estraneità della sfera pubblica rispetto al fattore religioso, attraverso la quale la laicità tende a proteggersi e a divenire essa stessa ideologia militante (*laicità protetta*); 6. riconoscimento e garanzia della libertà individuale e del pluralismo di culture e tradizioni e quindi rifiuto dello “Stato etico” e di ogni ideologia di stato (*laicità come pluralismo politico*).

¹² “Ihre Bedeutung für die Bewahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Leben wird anerkannt” (Costituzione del Baden Württemberg). Sulla differenza tra la cd. neutralità distaccata e la cd. universale neutralità aperta, denominazioni che servono a distinguere le scelte francesi da quelle compiute in Germania, dove alle Chiese è garantita la libertà di espressione in determinati spazi pubblici (scuola, televisione etc....), v. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Lo Stato secolarizzato nel suo rapporto con la religione*, Relazione al Seminario di Reset – Dialogues on civilisations, Centro Studi Americani, 8 ottobre 2007, p. 3. Sui diversi modelli di laicità si veda almeno P-CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, AVE, Roma 1998.

¹³ Solo una breve nota sul cd. relativismo etico, secondo cui non esisterebbe verità né in campo ontologico né in campo morale. L’idea è stata messa in discussione perché, se non esistono proposizioni che, nel momento in cui si affermano, sono affermate come vere per tutti, non è neppure possibile asserire che non esista la verità, essendo questa stessa una proposizione asserita come vera e come vera per tutti. Il dibattito filosofico odierno sembra peraltro aver superato questa concezione, e si confronta invece con questioni di più ampio respiro (quali il tema della consistenza del soggetto umano, le condizioni per la convivenza tra diversi, la lotta al nichilismo etc) che sarebbero assai utili per elevare di tono il dibattito giornalistico (ma talvolta anche scientifico) sui temi giuridici o sulla laicità. In merito, si veda almeno F. BOTTURI, *Modernità secolar-politica*, in *Paper presentato al Seminario della Fondazione per la Sussidiarietà “Persona, Diritto e Stato”*, Milano 2007, in cui si afferma, ad esempio, che “una delle caratteristiche del post-moderno in quanto nichilista è la caduta dei “grandi racconti”: abolite le categorie di totalità, unità e fine, ogni spiegazione ultima perde senso”. Il punto di confronto pare essere dunque questa perdita di senso, tale per cui “l’unica cifra dell’esistenza possibile per il nichilismo è la cifra del gioco: senza verità e valore, fondati su una realtà eccedente il soggetto, né la contemplazione né l’azione finalizzata hanno un valore, ma solo l’agire fine a se stesso; come il gioco che dotato di regole al suo interno, non vuole però realizzare nulla oltre se stesso al di là del suo stesso esercizio. Per un esempio di confronto utile tra riflessione giuridica e speculazione filosofica v. C. DI MARTINO, *La convivenza tra culture*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione, op. cit.*, p. 491 ss.

¹⁴ Prendendo spunto da un recente dibattito, si può rilevare come una certa concezione di laicità concorra a definire i requisiti del pluralismo democratico e interroghi così l’interprete sulle modalità di dialogo, di comunicazione, di convivenza tra cittadini laici (intendendo con questo termine i cittadini atei, agnostici o comunque non credenti) e

di chi scrive, più di un aspetto problematico. Allo Stato laico e quindi neutrale nei riguardi della religione, infatti, non pare sia interdetto di compiere, in nome di tali principi, scelte di valore anche ben chiaramente connotate. Questo vale sia nei confronti del valore da attribuire al fenomeno religioso, come si evince dal fatto che esistono diverse manifestazioni della neutralità propria di uno Stato laico, sia nei confronti delle altre scelte che lo Stato compie nella costruzione e nell'attuazione del proprio ordinamento.

E, invero, come è stato detto, mentre “lo Stato italiano – in quanto stato laico - non è uno Stato ideologico o confessionale” esso non è neppure uno Stato “neutrale”. Esso non si identifica con una determinata ideologia (Stato islamico, Stato sovietico etc...) né riserva una posizione preferita a quelli tra i suoi cittadini che professano ideologie politiche o religioni e ad esse ispirano la loro condotta quotidiana. Tuttavia, esso non è neutrale, non si limita a stabilire regole per la formazione degli organi costituzionali attraverso cui si esplica la vita dello Stato”. E' vero invece che “la [...] marcatissima preferenza per i diritti di libertà e la loro priorità nei confronti di altri valori o di determinate qualità morali è indicazione di non neutralità. E non è neutrale neanche ove si tenga conto della indicazione di altri valori oltre a quelli della libertà che si impongono alla difesa del legislatore e del giudice, come l'eguaglianza, la famiglia e il lavoro”¹⁵. Da questo possiamo

credenti. Analizzando criticamente il noto confronto dialettico tra il filosofo laico Habermas e l'allora Cardinale Ratzinger, F. RIMOLI, *Laicità secolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, in *Diritto Pubblico*, 2006, p. 335 ss. rileva l'incompatibilità pratica tra un approccio fondato sul non cognitivismo (caratteristica, questa, irrinunciabile per uno Stato laico, cfr. F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, 1995, p. 2) e un'idea di verità perché “una lettura in senso postilluministico induce a ritenere l'idea di verità *per sé* non spendibile nel contesto etico e tanto meno in quello politico” (p. 339). Pur condividendo in astratto l'invito di Habermas al dialogo e all'apprendimento reciproco tra credenti e non credenti, ritenendolo “un fine che non può essere in sé non condiviso”, l'autore lo giudica in concreto come un argomento “pericolosamente fuorviante se ritenuto come risultato non solo da perseguire, ma realmente perseguibile”, perché ogni volta che “i presupposti dei partecipanti al discorso sono antitetici (...) inevitabilmente si svela il nucleo rigido, sovente irrazionale, ma comunque inattaccabile e non trattabile, dei dogmi e delle fedi” (p. 368). Sulla base di queste premesse, dunque, il principio di laicità “correttamente inteso” varrebbe ad “elidere le argomentazioni trascendenti dal discorso politico” e a considerare “integrabili solo quelle argomentazioni capaci di rinunciare a pretese di verità” (p. 365), in quanto il suo nucleo centrale è inteso “innanzitutto come un atteggiamento rivolto alla ricerca, al dubbio, al confronto, al dialogo” (p. 366). Affrontando il problema da una differente prospettiva, A. TRAVI, *Riflessioni su laicità e pluralismo*, in *Diritto Pubblico*, 2006, p. 376 ss. ricostruisce la portata costituzionale del principio di laicità fondandola prevalentemente sull'art. 19 Cost. e sul rapporto che intercorre tra la libertà di religione riconosciuta nel nostro ordinamento e gli art. 2 e 3 della Costituzione. Dopo aver anch'egli ricordato come il termine si presti a letture tra loro anche molto diverse e in forza dei presupposti enunciati, l'Autore definisce la laicità come “il criterio secondo il quale i cittadini si confrontano fra loro senza distinzione di religione e, pur portatori di convinzioni diverse, contribuiscono insieme al «pieno sviluppo della persona umana»” (p. 378). A completare il dibattito, C. PINELLI, *Principio di laicità, libertà di religione, accezioni di “relativism”*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, p. 822, ritiene condivisibile l'esigenza sollevata da Habermas di pervenire ad un dialogo tra cittadini religiosi e laici, rilevando come tale dialogo comporti “rinunce parallele” da parte di entrambi, e approfondendo le difficoltà legate alla “consistenza delle soluzioni” (in quanto, secondo l'Autore, “le parallele rinunce di credenti e non credenti comportano «una formazione razional-solidale della volontà» che «non può venir prescritta legalmente ma solo richiesta»”, p. 832) alla luce delle diverse accezioni di relativismo che animano il dibattito dottrinale.

¹⁵ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2006, p. 144 ss.

Distingue tra neutralità nei confronti del fenomeno religioso e neutralità etica anche Augusto Barbera, secondo cui mentre “non è possibile dare risposte sicure sul tormentato rapporto tra etica e diritto” non è però corretto “definire un ordinamento come laico o viceversa come confessionale, o addirittura agitare lo spettro dello “Stato etico”, solo facendo riferimento alla risposta che viene data su questo tema”. V. A. BARBERA., *Il cammino della laicità*, op. cit., p. 32.

Una rassegna completa delle teorie della giustizia e del rapporto tra diritto e morale è contenuta in M.J. PERRY, *Morality, Politics and Law*, Oxford University Press, New York, 1988, *passim*, tutto dedicato al tema delle scelte pubbliche in una democrazia pluralista e alla necessità di riflettere sul concetto di bene comune. Analoga impostazione del problema morale posto dalla necessaria ricerca del bene comune da parte dell'ordinamento in R.P. GEORGE, *Making Man Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, Oxford 1992, che ripercorre le tesi di Hart, Devlin, Dworkin, Rawls e Raz, per giungere alla conclusione che ogni legge persegue un certo modello di bene comune, il quale tuttavia non comporta una coartazione della libertà di coscienza e della libertà di pensiero ma

desumere, ancora, che il tema della Stato laico ha poco a che spartire con le scelte che un ordinamento compie nei riguardi dei temi bioetici in quanto temi eticamente sensibili imponendo ad esse di porsi come neutrali. In altre parole, non è detto che, se le leggi dello Stato si propongono di difendere determinati valori o principi sia nei settori che non comportano scelte cd. etiche sia in quelli cd. eticamente controversi, esse siano espressione di una eticità di Stato che si impone ai cittadini come limitativa della loro sfera di libertà di coscienza e di azione.

Del resto, è noto che “per quanto liberale, nessun ordinamento giuridico riesce ad essere neutrale rispetto alle varie concezioni del bene presenti in una società”¹⁶.

Pertanto, tutelare beni e valori non è interdetto alla legge di uno Stato laico né, se ciò avviene, tale Stato si trasforma automaticamente da Stato democratico e pluralista in Stato etico¹⁷.

Ora, se laicità non corrisponde a neutralità assiologia, almeno per quanto riguarda l’attività legislativa, in che senso essa può essere messa in correlazione con la bioetica?

La risposta può essere ricercata in una certa accezione di laicità la quale, ripercorrendone la genesi e gli sviluppi, mette in luce come essa nasca dentro l’alveo delle istituzioni religiose per definire la differenza che sussiste tra i chierici da un lato e il popolo di Dio dall’altro, gli uni chiamati a tener viva la tensione dell’uomo verso Dio, gli altri impegnati ad agire nella realtà secondo principi razionali che siano compatibili col credo religioso professato ma che non coincidono con il medesimo né con le motivazioni che sorreggono la speculazione sulla trascendenza. Da ciò si evince come non necessariamente il pensiero laico neghi valore all’esperienza religiosa¹⁸. Al contrario, la laicità è pienamente compatibile con la religione a condizione che l’esperienza religiosa sia aperta a riconoscere il valore intrinseco delle cose umane, da indagarsi tramite la ragione¹⁹.

semplicemente l’onere per il singolo di attenersi alla legge, che può essere giusta o ingiusta ma ciò solo in dipendenza dal tipo di *bene* che viene perseguito.

¹⁶ G. AMATO, *Libertà involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Politica del diritto*, 1990, p. 47.

¹⁷ Il tema attiene al complesso rapporto tra etica e diritto, tra pluralismo e relativismo dei valori e, più in generale, ci interroga sui fondamenti stessi della democrazia. A questo riguardo, va ricordato che anche Kelsen, teorico del positivismo e del relativismo giuridico, ritiene “un errore grossolano presumere che la teoria relativistica dei valori propria del positivismo implichi la concezione che non esistono valori, che non vi è legge e ordinamento morale, che la democrazia è una mera finzione”, perchè “il relativismo politico significa soltanto che i giudizi di valore in generale – senza i quali le azioni umane non sono possibili – ed in particolare il giudizio che la democrazia è una buona o la migliore forma di governo, non può essere provata come assoluta per mezzo di una conoscenza razionale e scientifica, una conoscenza cioè che escluda la possibilità di un giudizio di valore opposto. La democrazia, se realmente stabilita, è, anche dal punto di vista di una teoria dei valori relativistica, la realizzazione di un valore e in tal senso, sebbene il valore sia solo relativo, una realtà e non una mera finzione”. H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Il Mulino, Bologna 1966, riportato da C. PINELLI, *Principio di laicità, libertà di religione, accezioni di “relativismo”*, *cit.*, p. 841.

¹⁸ Sulla impossibilità di eliminare la religione dalla vita dello Stato, essendo la religione “un fatto che determina la struttura della società”, v. C. STARK, *Staat und Religion*, in *JZ* 2000, p. 1.

¹⁹ Così A. PESSINA, *Laicità e filosofia*, in G. DELLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Edizioni studium Roma, Roma 2007, p. 48. L’autore si rifà in questa sede al pensiero di Sofia Vanni Rovighi e ne riporta un esempio volto a ribadire come “ci sia un ordine delle cose e dei valori che va trattato per quello che è e che non deve essere considerato in base a criteri, per quanto nobili, ma estrinseci”; secondo la filosofa, una moralità laica dell’uomo religioso non ammette una violazione di valori umani in nome di uno scopo superiore religioso: non ammette ad esempio, che si dia un buon voto all’esame di uno scolaro che non lo merita solo perchè è uno scolaro buono e pio”. V.S. VANNI ROVIGHI, *Fondazione critica del concetto di laicità*, in AA.VV., *Laicità, problemi e prospettive*, Vita e pensiero, Milano 1977, pp. 235-248. Sempre in quella sede, il concetto di laicità viene considerato un concetto *interno* al Cristianesimo e ne vengono declinate le caratteristiche. Tuttavia, tale concetto può essere condiviso anche da chi non

Che relazione si può allora istaurare tra *bioetica* e *laicità*?

Se non si vuole che i due universi restino incommensurabili, essi possono essere ricondotti entrambi al concetto di ragione, quello stesso concetto che spinge ad interrogarsi, rispetto all'ordinamento, su quali siano le *rationes* delle scelte legislative nei settori materiali che accomunano diritto e bioetica e che comportano, pertanto, una interazione tra le due scienze, pur nella diversità di metodo cui si è fatto sopra riferimento²⁰. Ora, se per ragione non si intende solo la ragione scientifica ma si ricomprende - tomisticamente - tutta la riflessione sull'uomo e sulla sua esperienza (secondo la nota formula della *ratio* intesa come *adeguatio rei et intellectus*) essa comporta un lavoro di ricerca che tenga conto dei principi e dei dati esperienziali su cui fondare la proprie conclusioni²¹.

si pone in un'ottica neotomistica ma si rifa alla filosofia liberale, la quale essa stessa propugna l'idea che le cose umane debbano essere trattate secondo regole proprie, non imposte dall'esterno. Come ha scritto Nicola Abbagnano (citato da Pessina, *ivi*, p. 40) "Riconosciuto nella sua struttura concettuale e storica, il principio del laicismo non mostra alcun carattere di antagonismo con alcuna forma di religiosità, neppure con il cattolicesimo" poiché, ad esempio "è interesse dei cattolici, come di tutti, che l'amministrazione dello Stato, le scienze, la cultura, l'educazione e in generale le sfere dell'attività umana si organizzino e reggano su principio che possano essere riconosciuti da tutti, cioè che siano indipendenti dalla inevitabile disparità delle credenze e delle ideologie e perciò rendano efficaci e feconde le attività che su di esse si fondano".

²⁰ Come messo in luce da A. BARBERA, *Il cammino alla laicità*, *op. cit.*, p. 48, nelle questioni eticamente sensibili, dove è più difficile rinvenire posizioni comuni, il principio di laicità deve essere utilizzato come *metodo* capace di "accomunare non credenti e credenti e di realizzare le condizioni per la coesistenza fra valori e progetti di vita contrastanti". In questa prospettiva, la laicità come metodo coinvolge sia i laici che i credenti, chiedendo loro di impegnarsi reciprocamente a un dialogo in cui non si scontrino "ragioni assolute" ma si proceda a "bilanciamenti ispirati a criteri di «accettabilità razionale» vale a dire di ragionevolezza e di proporzionalità".

Che al centro del dibattito non stia una differenziazione tra religione e laicità ma che si tratti di un problema di ragione è condiviso da A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. VOLPI, *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Il Mulino, Bologna 2001, p. 42, secondo cui "sui mass media italiani prevale la raffigurazione di una contrapposizione ideologica fra la visione laica e una visione religiosa. Questa contrapposizione è in realtà inesistente perché inesistente oltre che logicamente impossibile è una concezione laica del diritto alla vita. Essere laici come sono io significa applicare il metodo della separazione fra le proprie convinzioni religiose e l'analisi scientifica - o più precisamente razionale - dei fenomeni indagati".

Sempre contrario all'enfaticizzazione degli steccati P. ANTONELLO, *Introduzione* a R. GIRARD, G. VATTIMO, *Verità o fede debole? Dialogo su cristianesimo e relativismo*, Massa, 2006, p. I/II, secondo cui secondo cui "fra le tante guerre di religione presunte o reali che caratterizzano il dibattito filosofico e pubblicistico contemporaneo, quello fra laicismo e religione - fra la necessità del pluralismo confessionale e culturale richiesta dallo stato democratico e la presunta cultura autoritaria delle religioni - si sta imponendo come una delle più combattute e pervasive. Come spesso accade, questo genere di dibattiti soffre di polarizzazioni che servono più allo spirito di polemica o alla semplificazione espositiva imposta dai mezzi di comunicazione che a un'articolazione più specifica dei termini della questione. Anche nel nostro paese le discussioni cui assistiamo oggi sembrano tese soprattutto a dimostrare la differenza dei valori in campo e dei contendenti - laici e materialisti da una parte, cristiani e fideistici dall'altra - fra cui non mancano posizioni oltranziste. D'altro canto è pur vero che nel mezzo della disputa si stanno rendendo disponibili alcune proposte teoriche che non pongono steccati sul campo, proponendo piuttosto una effettiva conciliazione fra Cristianesimo e laicità, fra il relativismo della società liberale e l'accettazione del ruolo e dell'importanza delle religioni nell'esistenza pubblica e privata". Per quest'ultima posizione l'autore fa riferimento a D. ANTISERI, *Relativismo, nichilismo, individualismo. Fisiologia o patologia dell'Europa?*, Rubettino, Bari 2005; E. BIANCHI, *La differenza cristiana*, Einaudi, Torino 2005.

I campi della contesa possono essere riuniti se si segue la tesi di M. Weber, così come riletta oggi da Gauchet, secondo cui il Cristianesimo sarebbe "la religione dell'uscita dalle religioni" e che in tal modo esso avrebbe se non consentito almeno facilitato lo sviluppo della democrazia, del libero mercato e della cultura dei diritti civili e delle libertà individuali. Si veda in proposito M. GAUCHET, *Il disincanto del mondo. Una storia politica della religione*, Einaudi, Torino 1992 (per la citazione virgolettata di cristianesimo, v. p. 8) ma anche R. RORTY, G. VATTIMO, *Il futuro della religione. Solidarietà, carità, ironia*, Garzanti, Milano 2005, pp. 78-79.

²¹ È stato anche detto in proposito: "Diventa importante chiedersi se la ragione umana abbia un suo spazio di autonomo esercizio in un orizzonte peculiare e con un metodo proprio; se quindi essa pervenire a conoscenze vere e fondate in ambiti reali distinti da quelli delle scienze formali e naturali o se invece tutto quanto eccede il sapere scientifico sia in ultima istanza il frutto di una opzione arbitraria, in merito alla quale non si potrebbero formulare asserzioni vere o false

E' per questo che occorre ora addentrarsi a discutere di problemi pratici come primo momento di analisi²² che consenta, in un secondo tempo, di scandagliare tali scelte concrete allo scopo di metterne in luce i loro momenti genetici. *Ça va sans dire* che occorre parlare di problemi pratici in modo tale per cui termine non venga inteso nel senso di un riduttivo pragmatismo ma includa la tensione a prefigurare soluzioni ragionevoli ed equilibrate, orientate alla integrazione sociale e al perseguimento del bene comune.

In estrema sintesi: il metodo *laico* è il metodo della ragione la quale, nel campo del diritto, si caratterizza per essere una ragione pratica volta ad analizzare contesti ed esperienze (valutazione e accertamento di fatti) e a soppesare le motivazioni che gli individui e le diverse componenti del corpo sociale sono in grado di elaborare al fine di pervenire ad un consenso che permetta l'adozione di decisioni collettive condivise²³.

né si sarebbe in grado di discutere o di convincere il proprio interlocutore. Se valesse questa seconda eventualità, le decisioni più importanti della vita umana quelle relative al fine ultimo, al senso della realtà, alla moralità o doverosità del proprio agire sarebbero ridotte al livello di semplici gusti o confinate nei limiti di una scelta privata ed intima, meritevole di rispetto solo se accetta la sua strutturale relatività e non aspira ad alcuna oggettività: in caso contrario infatti sarebbe facilmente accusata di intolleranza e della pretesa di imporre indebitamente ad altri il proprio limitato punto di vista". M. LENOCI, *La ragione umana tra scienza e filosofia*, in S. ZANINELLI (a cura di), *Scienza, tecnica e rispetto dell'uomo*, op. cit., p. 27.

²² Anche chi non condivide l'impostazione qui accolta, del resto, ritiene necessario ricercare "la coesistenza pluralistica delle diverse istanze, che potranno trovare, da prospettive che permangono *comunque* diverse, un accordo strettamente operativo, giocando su un consenso *overlapping* da ricercare di volta in volta su problemi specifici di *policy*" F. RIMOLI, *Laicità secolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, op. cit., p. 354. Analogamente G. RUSCONI, *Laicità e bioetica*, op. cit, secondo cui "come cittadini dobbiamo legiferare nonostante l'inconciliabilità delle visioni della vita, sulla base di una concezione discorsiva e procedurale della democrazia che è la sostanza stessa della laicità" anche se poi aggiunge che si tratta di "una definizione impegnativa perché esclude per principio che al suo interno si avanzino pretese di verità di carattere in qualche modo metafisico" (*ivi*, p. 668-669).

²³ È possibile in questo modo, almeno in prima battuta, prescindere dalle molte sfaccettature della discussione in atto circa la differenza tra la cd. "bioetica laica" e la sempre cd. "bioetica cattolica"; si condivide in questa sede la posizione di chi afferma che tale distinzione è frutto di un "radicalizzarsi di posizioni che non favoriscono né il dialogo né la comprensione critica dei problemi" e che tende ad enfatizzare i pericoli che discendono dalla presunta invadenza delle dimensione religiosa nella vita pubblica. Tale posizione tende ad accomunare il fondamentalismo islamico che conduce al terrorismo e "il peso esercitato dalla Chiesa nel condizionare il dibattito politico su questioni come l'uso delle cellule staminali, la fecondazione assistita, il matrimonio tra coppie omosessuali, l'eutanasia etc". Sarebbe in nome della pericolosità della religione, comune a tutte le religioni, che "l'intelligentia laica reagisce richiamandosi ai principi dell'illuminismo e paventando il ritorno di un integralismo e di un fondamentalismo religioso foriero di rischi per la vita democratica". Le espressioni virgolettate sono prese da M. BORGHESI, *Laicità e secolarizzazione. Il cristianesimo contemporaneo tra agostinismo e illuminismo critico*, in *Paper presentato al Seminario "Persona, Stato e Diritto", Fondazione per la Sussidiarietà*, Milano, 2007, pro manuscripto, p. 1.

La radicalizzazione dell'opposizione tra chi è *laico* e chi è invece *religioso-fondamentalista* si deve a Derrida, il quale sostiene che lo scontro di civiltà altro non è se non lo scontro tra di diversi "monoteismi abraminici" da cui ci potrà salvare solo l'Europa "laica". Cfr. G. BORRADORI (a cura di), *Un dialogo con J. Derrida*, in *idem, Filosofia del terrore. Dialoghi con Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, Laterza, Bari 2003, p. 126. Su questa stessa linea v. G.E. RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Einaudi, Torino 2000; *id.*, *Non abusare di Dio. Per un'etica laica*, Rizzoli, Milano 2007; G. GIORELLO, *Di nessuna Chiesa. La libertà del laico*, Cortina, Milano 2005; G. FORNERO, *Bioetica laica e bioetica cattolica*, Bruno Mondadori, Milano 2005; C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, Laterza, Bari 2006; E. LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Laterza, Roma-Bari 2006; T. PIEVANI, *Creazione senza Dio*, Einaudi, Torino 2006.

II. GLI *HARD CASES*²⁴ DELLE MODERNE DEMOCRAZIE PLURALISTE IN SETTORI ETICAMENTE CONTROVERSI

1. Scelte *etiche* o scelte *pratiche* nelle decisioni normative? Qualche esempio sulla base dei divieti contenuti nella legge n. 40 del 2004

Entrando ora nel merito dei problemi *pratici*²⁵ posti dalla bioetica alle moderne democrazie, ci si può chiedere se sia compatibile con il carattere democratico e pluralista di uno Stato l'esistenza di leggi che prendano posizione su temi eticamente controversi.

La risposta negativa ha dominato il dibattito intorno alla legge n. 40 del 2004²⁶: tra gli argomenti adottati contro tale legge, uno dei più suggestivi è quello secondo cui, poiché esistono una pluralità di concezioni scientifiche ed etiche sulla natura dell'embrione e su tutte le altre questioni che da essa discendono, la scelta più opportuna sarebbe stata quella di non introdurre alcuna proibizione ma di lasciare campo libero alle scelte personali. Secondo una visione di ottimizzazione delle conseguenze normative, infatti, se una legge non riducesse le possibilità di scelta dei destinatari, consentirebbe ad una più larga sfera di cittadini di non vedere contraddette o ostacolate dai pubblici poteri le proprie concezioni. Secondo questa logica, la legge n. 40 del 2004, che ha introdotto – ad esempio – il divieto di fecondazione eterologa, è stata fatta oggetto di molte contestazioni fino ad affermare che se l'avesse consentita, mentre non avrebbe costretto alcuno a servirsene, avrebbe lasciato libero chi desiderasse un figlio almeno parzialmente cromosomicamente proprio, di realizzare tale desiderio, mentre vietando una simile prassi la percentuale di cittadini che deve sacrificare le proprie visioni per sottostare alla legge si amplia²⁷.

Per questa e per le molte delle sue scelte, tale legge è stata vista come il tentativo di imporre la sua visione morale ai cittadini, una morale che – pur non coincidendo con le posizioni della Chiesa

²⁴ Citata per esteso, la famosa affermazione del giudice Holmes suona: *Great cases like hard cases make bad laws*, e chiarisce in modo lapidario che il metodo spesso usato di enfatizzare i casi estremi onde ottenere determinate conquiste legislative può essere fuorviante. V. l'opinione dissenziente di Holmes in *Northern Securities Co v United States*, 193 US 197, 400 (1904).

²⁵ L'espressione *scelte pratiche*, da contrapporre a *scelte etiche*, mira a mantenere il presente intervento nell'alveo del tema del convegno. Il contributo che si intende dare in questo secondo paragrafo è quello di identificare ragioni condivisibili – al di là delle concezioni etiche – che stanno alla base delle scelte legislative adottate. Più corretto forse sarebbe stato parlare di etica dei principi ed etica delle conseguenze, ma queste categorizzazioni avrebbero potuto essere fuorvianti rispetto al dibattito in corso.

²⁶ Per ripercorrere il dibattito sulla legge 40/2004 si vedano tra i molti, A. CELOTTO e N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. A margine di una legge controversa*, Franco Angeli, Milano 2004; C. CASINI, *I diritti del concepito nel quadro internazionale*, in Aa. Vv., *Atti del Convegno Scienza Etica e legislazione della procreazione assistita*, Perugia, 4 ottobre 2002, in *Quaderni del Comitato universitario di bioetica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2003; A. SIMONCINI, *Alcune note su fecondazione medicalmente assistita, principio di precauzione e incostituzionalità degli effetti referendari*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Fasano, 2005. Sulle accuse in merito alla connotazione ideologica della legge si veda, per tutti C. FLAMIGNI, *Sulla legge "cattolica" per la fecondazione assistita in Italia*, in *Bioetica*, 2003, 4, 733 ss.

²⁷ Sul punto si osserva, peraltro, che una simile impostazione presuppone l'esistenza di un diritto, cioè il diritto di procreare, il cui riconoscimento da parte della dottrina non è così certo. Tale riconoscimento si fonderebbe in generale sull'art. 2 Cost. e, ammesso che lo sia, pone problemi notevoli in ordine alla titolarità dello stesso quali, ad esempio, se

Cattolica in merito – ne conservava molti tratti mentre per altri essa rispecchiava altre e più *laiche* posizioni. Come valutare questo complesso assetto normativo? Se la legge non rispecchia l’etica *cattolica*, di che scelta etica si tratta? Si tratta forse di una sorta di *etica di Stato* o non si tratta invece semplicemente di una scelta di valore, come accade in modo assai meno discusso per tutte le norme giuridiche?

E, invero, per l’ordinamento è intrinseca la vocazione a vietare determinati comportamenti non solo perché essi siano *eticamente* riprovevoli ma anche per le conseguenze negative che ne derivano per la compagine sociale; alla base delle scelte normative di uno Stato democratico (espressione che è in questo caso sintetica del termine laico e del termine pluralista²⁸) vi è, normalmente, una pluralità di fattori: scelte e motivazioni etiche, ideologiche, culturali e politiche, espressive dei diversi soggetti individuali o collettivi che partecipano ai processi si intrecciano con considerazioni di ordine pratico, volte ad incidere sulla rilevanza sociale del comportamento considerato dalla norma²⁹. Se un certo comportamento o una certa azione è ritenuta dal legislatore foriera di conseguenze ritenute socialmente indesiderabili, essa viene vietata; il che comporta un mix di motivazioni ora etiche ora pratiche che non è sempre facile districare. Per tacere del fatto che anche quelle che sono state qui definite come *scelte pratiche* sono pur sempre *scelte*, e quindi valutazioni compiute secondo un criterio discretivo che pone da un lato ciò che si sceglie e dall’altro ciò che dalla scelta rimane escluso, senza che questo comporti necessariamente una valutazione riportabile a motivazioni religiose. Per stare all’esempio della fecondazione eterologa, la scelta del divieto potrà essere anche stata in parte determinata da valutazioni morali e di principio relativa alla natura dell’atto; rilevanti sono peraltro state altresì considerazioni di natura eminentemente pratica, relative, ad esempio, alla necessità di conservare la relazione naturale, geneticamente rilevante, che normalmente sussiste tra genitori e figli³⁰. Si può ritenere quindi che i motivi del divieto di tale prassi siano stati non (o non solo) una sua presunta *immoralità* bensì le sue prevedibili conseguenze sociali. La fecondazione eterologa presenta, infatti, diversi aspetti di dubbia opportunità quali l’incertezza relativamente alle proprie origini cromosomiche, conoscere le quali è

si tratta di un diritto individuale o della coppia. Per una ricostruzione del dibattito in materia cfr. G. BALDINI, G. CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, Milano 2002.

²⁸ V. G. DELLA TORRE, *Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1991, p. 274.

²⁹ A conferma di quanto sin qui detto, non si può qui non considerare quella che è l’impostazione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: in casi come quello Evans (*Evans v. United Kingdom*, Corte Europea dei diritti dell’Uomo, Sent. del 07/03/2006 e Sent. del 10/04/2007, ric. N. 6339/05) inerenti a problematiche di bioetica molto controverse, la Corte Europea non fa che richiamare la dottrina del margine di apprezzamento, sottolineando così la necessità che gli Stati trovino la c.d. *bright-line rule* necessaria per garantire al loro interno la certezza del diritto e la fiducia che l’opinione pubblica deve poter nutrire nei confronti dello stesso ordinamento interno. In altre parole, la Corte Europea dei diritti dell’Uomo riconosce lo Stato come il soggetto in grado di trovare la soluzione “pratica” migliore per sé stesso attingendo al proprio patrimonio storico, culturale e giuridico.

³⁰ A dimostrazione di quanto appena detto e per meglio comprendere come le decisioni legislative che vietano la fecondazione eterologa tentino di dare una soluzione di natura *pratica* alle problematiche concrete esistenti si richiamano di seguito alcune sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che ben dimostrano l’importanza (talvolta spinta fino all’eccesso) che viene data alle origini cromosomiche. In particolare nelle sentenze *Kroon v. Netherland* (Corte Europea dei diritti dell’Uomo, Sent. del 27/10/1994, ric. N. 18535/91) e *Tavli v. Turchia* (Corte Europea dei diritti dell’Uomo, sez. III, Sent. del 9/11/2006, ric. N. 11449/02) in materia di disconoscimento di paternità, la Corte di Strasburgo ha sostenuto che fosse interesse (ed un interesse giuridicamente rilevante) del figlio conoscere (anche a distanza di quasi vent’anni) la propria identità biologica (su cui A. OSTI, *il rispetto della vita familiare davanti alla corte di Strasburgo*, in *Quaderni Costituzionali* vol. 2/2007). Si veda in proposito anche Corte Cost., sent. 266/2006 su cui E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 283. Da ultimo si richiama anche Corte Cost. sent. 347/1998 con cui la Corte ha escluso il disconoscimento di paternità di chi avesse prestato il proprio consenso alla inseminazione eterologa.

un diritto che l'ordinamento protegge con cura ad esempio nel delicato campo delle adozioni e che può essere ben condiviso da laici e da cattolici senza distinzione³¹, per tacere di problematiche psicologiche che possono derivare al figlio o ai genitori nei casi in cui emergano particolari caratteristiche fisiche o psichiche nel figlio stesso, percepito come *non interamente proprio*. E se disaccordo c'è su quale sia il valore migliore da tutelare, la scelta ultima sarà determinata in base alla corretta applicazione dei processi democratici, predisposti allo scopo di ridurre *ad unum* la pluralità di opinioni su un certo tema. Come è stato autorevolmente osservato, infatti, il concorso dei cittadini alla determinazione della vita politica nazionale, attraverso l'associazione in partiti politici ma non solo, "sta ad indicare il momento fluido e complessivo dell'incontro o scontro dei possibili orientamenti dal quale secondo la regola della maggioranza potrà formularsi ed individuarsi, legittimato appunto secondo i binari predisposti da tale regola, l'indirizzo politico statale"³².

2. ... e sulle problematiche relative alla fine della vita

Sui temi relativi alla fine della vita, che costituiscono uno dei capitoli più controversi e drammatici del dibattito bioetico, la scelta del legislatore italiano di astenersi dal riconoscere un diritto a morire si basa su una visione determinata della vita di natura dogmatica/religiosa o su considerazioni di ordine pratico motivabili secondo ragione?

Forse anche chi non condivida il principio della sacralità della vita, può accettare che la vita non sia regolamentabile alla stregua di un qualunque altro bene giuridico, essendo la vita l'apriori che consente il possesso di ogni bene e l'esercizio di ogni diritto³³. Di conseguenza, poiché qualsiasi

³¹ Ad esempio CANESTRARI ritiene che la norma in esame sia l'esito di una valutazione erronea rispetto ai beni da tutelare; egli considera che il legislatore avrebbe potuto valorizzare il desiderio di una coppia di avere figli anche con la fecondazione artificiale, non essendoci in ciò nulla di socialmente dannoso o riprovevole; anzi, nella sua concezione, il bene comune inteso come somma dei beni dei singoli avrebbe ben potuto essere incrementato da una norma permissiva di tale prassi. Secondo tale visione la proposizione valoriale "è bene che i figli abbiano lo stesso patrimonio cromosomico dei genitori" ha minor valore rispetto alla proposizione valoriale "è bene che chiunque desideri avere un figlio possa ricorrere a tutti i mezzi tecnicamente disponibili per ottemperare al proprio desiderio". Cfr. S. CANESTRARI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40: procreazione e punizione*, in *Bioetica*, vol. 3, 2004, pagine 421-435.

³² G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Indirizzo politico* (Voce), in *Enciclopedia giur.*, Treccani, Roma 1989, p. 7.

³³ Che la vita sia un bene *sui generis* anche per l'ordinamento è documentato dalla enorme difficoltà che incontra la giurisprudenza allorché si trova a dover decidere se la vita sia o meno "risarcibile". In tali casi le decisioni delle Corti, soprattutto allorché giudicano relativamente a vite sane, legano l'eventuale riconoscimento di un risarcimento del danno a fatti esogeni evitando di collegarlo con il bene vita in sé: una recente sentenza Tedesca (BGH del 14 novembre 2006, VI ZR 48/06), per esempio, ha condannato un medico al mantenimento fino al diciottesimo anno di età di un figlio non desiderato e nato a causa di un suo errore nell'impianto di un metodo anticoncezionale, ma ha giustificato tale decisione legando il danno non all'evento nascita (e quindi risarcendo la vita non voluta) ma al mancato rispetto, da parte del medico, del planning familiare della paziente. Ancora, nel caso canadese *Malette* (*Malette v. Shulman*, 1990, 67 DLR), il tribunale ha riconosciuto un risarcimento del danno pari a \$ 20.000,00 dollari ad una persona che a causa di una trasfusione non voluta (in quanto testimone di Geova) è stato "salvato": in questo caso la Corte ha giustificato il risarcimento sulla base delle sofferenze morali e psicologiche provocate dal mancato rispetto della volontà del paziente chiarendo che non è possibile ritenere la vita come bene risarcibile. Si possono poi citare i casi inglesi che escludono categoricamente la configurazione della nascita, sia pur indesiderata, di un bambino sano come danno (*Mc Farlane v. Tayside Health Board* (2000) 2 AC 59 e *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2004) 1 AC 309) proprio sulla base della considerazione che la vita è un "bless" e non può essere ritenuta come fonte di danno risarcibile. Ancora, in materia di *wrongful life* si ricorda l'*affaire Perruche*: in questo caso il riconoscimento da

ordinamento liberale è finalizzato a garantire l'autoconservazione degli associati, sarebbe una contraddizione in termini garantire anche un diritto alla morte³⁴.

Le perplessità connesse alla creazione di un diritto a morire si infittiscono, anziché diradarsi, con riferimento ai casi in cui la rivendicazione di tale diritto emerge in risposta alla preoccupazione di terminare i propri giorni dopo anni di debilitazioni e sofferenze vissute grazie a nuove tecnologie mediche che consentono di preservare e prolungare la vita³⁵.

Mi sembra difficile trovare argomentazioni a favore della depenalizzazione dell'eutanasia, aventi consistenza tale da rendere opportuno introdurre nell'esperienza giudica un'eccezione al principio del divieto generale di uccidere. Come è stato acutamente osservato, invero, "le regole contro l'uccisione non sono principi morali isolati all'interno di un codice morale; sono parti di un tessuto di regole contro l'uccisione che forma il codice. Più fili si tolgono, più l'intera costruzione si indebolisce"³⁶.

Anche ammettendo in ipotesi che vi fossero argomenti di tale natura, quale si vorrebbe fosse il rispetto dell'autodeterminazione del richiedente, sorgerebbero nuovi – e forse più complessi – problemi pratici. Sulla base di quali criteri, ad esempio, l'ordinamento potrebbe differenziare le ipotesi in cui la pretesa di aiuto al suicidio provenga da un soggetto sano³⁷ da quelle in cui tale richiesta provenga da un soggetto malato³⁸?

Ed ancora, con riguardo a quest'ultima situazione, come trascurare che la richiesta di eutanasia verrebbe avanzata non da un soggetto nel pieno possesso delle proprie facoltà e davvero capace di autodeterminarsi, ma da una persona malata che vive, perciò stesso, uno stato di fatto di debolezza estrema fisica e psichica, che l'ordinamento dovrebbe in qualche modo essere chiamato a tutelare in nome della propria vocazione di Stato sociale, che tutela non solo la libertà ma anche l'eguaglianza sostanziale?

parte della Corte di Cassazione francese della risarcibilità in capo al bambino malato della vita alla stregua di un danno (vd. Ass. Plen. N. 9, 17 Novembre 2000) ha sollevato un ampio dibattito che si è concluso con la c.d. legge anti-Perruche del 2002 (loi n. 303/2002 del 4 marzo 2002) che esclude che si possa chiedere un risarcimento danni per il mero fatto di essere stati messi al mondo e slega, quindi, la risarcibilità del danno dalla vita stessa.

Sul piano filosofico, vi è chi ha icasticamente affermato che la vita non è una cosa che può essere oggetto di scambio perché la vita è il modo di essere di qualcuno, è il qualcuno esistente. E, ancora, che la vita non è un qualcosa ma è un qualcuno: senza questo incondizionato presupposto non è possibile alcuna dinamica esistenziale e nessuna forma relazionale. Cfr. PESSINA, *loc. cit.*, p. 30, p. 101.

³⁴ Come è stato bene messo in evidenza da L.R. KASS, *La sfida della bioetica. La vita, la libertà e la difesa della dignità umana*, Lindau, Torino 2007. Analogamente A. PESSINA, *Eutanasia. Della morte e di altre cose*, Cantagalli, Siena 2007, secondo cui mentre normalmente si ritiene che la depenalizzazione dell'eutanasia sia compatibile, per non dire coerente, con l'istituzione di una società democratica e liberale, una società autenticamente liberale non può essere "anomica" e il rispetto della libertà del cittadino deve essere sempre compatibile con la tutela della sussistenza della società. Pertanto, "il divieto di uccidere, e in particolare il divieto di uccidere l'innocente, non è un accessorio in una società liberale perché questo divieto è la condizione necessaria sebbene non sufficiente per l'esistenza della società stessa". *Ivi*, p. 18-19.

³⁵ Per una ricostruzione del tema, v. C. ROXIN, *Zur Strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-10, 1999 (disponibile on-line in http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10vo.htm).

³⁶ F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. Trim. Dir. Pen.*, 1998, p. 76.

³⁷ Come è noto, generalmente gli ordinamenti giuridici moderni considerano penalmente illecito l'aiuto e l'istigazione al suicidio.

³⁸ Ed invero, come stabilire chi sia il titolare di quest'ultimo diritto? Sarebbe sufficiente la percezione soggettiva del malato, purché sia capace di intendere e volere? Oppure sarebbe necessaria una certificazione oggettiva del carattere terminale della malattia? E perché escludere i malati incurabili e disabilitati, che però non stanno morendo?

Va detto poi che, per lo più, il dibattito in corso sul tema dell'eutanasia, tendendo ad enfatizzare i temi della libertà e dell'autodeterminazione, non sempre approfondisce altri aspetti del problema. Ad esempio, sarebbe utile avviare un confronto su quali potrebbero essere le conseguenze dell'asserito diritto a morire e della regolamentazione giuridica dell'eutanasia sulle loro implicazioni nel rapporto tra il malato e la sua famiglia³⁹: come accertare, ad esempio, che la scelta del sofferente di avvalersi di un simile diritto non sia stata influenzata dai parenti⁴⁰? Come evitare che la scelta del paziente di non avvalersi di tale diritto possa essere ritenuta dai familiari come causa di scioglimento del vincolo di solidarietà che li lega al sofferente, il quale rifiuta un atto che pure il diritto gli consente⁴¹?

Il riconoscimento del diritto all'eutanasia, poi, non pare priva di conseguenze anche sul rapporto tra medico e paziente. Certamente è positivo che in questi ultimi anni si sia assistito ad un rafforzamento della posizione dei pazienti nei confronti dei medici, nell'intento di evitare il più possibile scelte unilaterali di questi ultimi a discapito della libertà e dignità dei primi. Come impedire tuttavia che l'attribuzione di un potere unilaterale di decisione in capo ai pazienti – sotto forma di un diritto soggettivo – incida sul legame solidaristico che deve instaurarsi tra questi e i medici⁴²? E, d'altra parte, quali garanzie assicurare ai pazienti che non vogliono esercitare un simile diritto ma si trovino in contesti in cui i medici praticano l'eutanasia⁴³?

Si può poi e conclusivamente sostenere, come è stato fatto, che la configurazione legislativa in capo ai soggetti malati di una pretesa, giuridicamente rilevante, a veder conclusa la propria vita avrebbe

³⁹ In verità, sul tema non mancano interessanti contributi di autorevoli medici non necessariamente religiosi. V., ad esempio, L. ISRAEL, *Contro l'eutanasia*, Lindau, Torino 2007.

⁴⁰ Benché relativo a una paziente in stato vegetativo permanente, può ricordarsi in questa sede l'ormai tristemente famoso caso Schiavo, in cui si è assistito a una vera e propria battaglia legale per l'accertamento della effettiva volontà della donna di rifiutare la nutrizione e l'idratazione artificiale, tra il marito (secondo cui la moglie si era espressa chiaramente nel senso di non volere vivere in condizioni come quelle in cui successivamente si era trovata) e i genitori di quella (che testimoniavano in senso contrario). Per una precisa ricostruzione del caso e della contesto giuridico in cui esso è sorto, v. C. SNEAD, *The (Surprising) Truth about Schiavo: A Defeat for the Cause of Autonomy*, in *Notre Dame Legal Studies Paper*, n. 5, 2006.

⁴¹ Cfr. in tale senso R. SPAEMANN, *Ciudadanos creyentes y ciudadanos no creyentes en una democracia* (conferencia del VII Congreso Católicos y Vida pública, Universidad San Pablo-CEU, 18 de noviembre 2005), *Semanario Alfa y Omega*, n° 474, 24-XI-2005, in <http://homearguments.blogspot.com/2005/12/ciudadanos-creyentes-y-ciudadanos-no.html>.

⁴² Con la conseguenza che questi ultimi si abituino a non accompagnare più i primi quando ciò si riveli di poco interesse scientifico od economico. In questo senso v. L.R. KASS, *Toward a more natural science. Biology and human affairs*, Free Press, New York 1985.

⁴³ È noto che la Francia e la Germania hanno conosciuto fenomeni di turismo sanitario provocati da cittadini olandesi che si sono trasferiti in tali paesi per paura delle pratiche eutanasiche legalizzate dal proprio ordinamento. Cfr. L. ISRAEL, *op. cit.*, p. 63 e R. SPAEMANN, *op. cit.*, p. 63, il quale riferisce la situazioni degli anziani olandesi, i quali – non sentendosi più “sicuri” negli ospedali e case di ricovero olandesi (dove la eutanasia è largamente ammessa) – migrano in Germania per farsi ricoverare.

In tale panorama non può non citarsi il caso inglese *Burke* (R. Burke v. General Medical Council, 2005, EWCA Civ. 1003) in cui un paziente affetto da una malattia neurologica degenerativa, chiede preventivamente al tribunale che gli venga garantita la continuazione delle cure (life-preserving treatment) anche contro l'opinione dei medici. In estrema sintesi si ricorda che i giudici britannici ritennero la questione parzialmente infondata in quanto si trattava di decidere di una ipotesi futura ed eventuale poiché al momento della causa il signor Burke era perfettamente capace di intendere e di volere e nulla avrebbe indotto i medici a violare la sua volontà. La sentenza, in conclusione, tenta di rassicurare il signor Burke su quelli che sono i doveri del medico (“*medical staff have a positive duty to care for patients and a fundamental aspect of this duty of care is to take such steps as are reasonable to keep the patient alive*”). A commento di tale caso si veda P. de Cruz, *The Burke case: the terminally ill patient and the right to life*, in (2007) 70 (2) MLR 294-317.

rilevanti implicazioni anche per la configurazione pratica dell'arte medica, la cui funzione tipica (tutelare la salute) verrebbe snaturata⁴⁴.

In considerazione dei problemi pratici fin qui irrisolti ora messi in luce, la normativa attuale - nella sua apparente radicalità - potrebbe avere una sua ragionevolezza in quanto sanziona l'azione di qualcuno che ha come conseguenza diretta o indiretta il decesso di un altro, senza che rilevi, ai fini della configurazione dell'illecito⁴⁵, che tale azione sia stata autorizzata o persino richiesta dalla vittima. È d'obbligo interrogarsi, e non solo sulla base dei casi limiti, se sia opportuna una modifica di tale norma creando procedure che consentano in determinati casi di rimuovere o attenuare tale divieto introducendo la cd. buona morte anche nel nostro ordinamento. Sul piano pratico, la parziale rimozione del divieto potrebbe forse risolvere alcuni casi, consentendo a uno o più medici di certificare la volontà di morte di chi non sia materialmente in grado di darla a sé stesso; ciò tuttavia potrebbe innescare processi di ampliamento in via interpretativa di quanto le norme consentono in casi eccezionali e quindi consentire tramite la morte legalmente procurata la soluzione di un problema che è anche di tipo socio sanitario, visti i costi che comportano certe terapie salvavita in pazienti che non hanno prospettive di guarigione e di reinserimento sociale.

Occorre pertanto e conclusivamente, almeno *ad interim*, valutare con attenzione le motivazioni di chi fa dell'autodeterminazione e del conseguente diritto a morire la propria bandiera anche politica per accertare che costoro, coscienti o meno, non stiano in realtà contribuendo a mettere in ombra gli obblighi che uno Stato sociale ben organizzato dovrebbe assumersi, invece che lasciarli assolvere ai deboli e malati in nome di un loro presunto *diritto* a che qualcun altro concluda la loro esistenza (almeno terrena).

3. Note sul testamento biologico e sulla sua effettiva attitudine a risolvere i problemi pratici.

Se le riflessioni appena svolte valgono per i pazienti coscienti e capaci di intendere e volere, diversa è la situazione di coloro che versano in stato vegetativo permanente.

La tendenza in atto è a introdurre nel nostro ordinamento il testamento biologico, cioè una dichiarazione del soggetto che anticipa le proprie volontà di non intervento medico nel caso in cui si trovasse in situazioni di incapacità ad esprimerle⁴⁶. A tal proposito non si può non notare come, ancora una volta sulla scorta di casi limite - che però colpiscono in modo particolare l'opinione pubblica e di riflesso il legislatore -, l'idea di legiferare in materia sia vista come la soluzione dei molti problemi che le scelte di fine vita pongono alle strutture sanitarie, lasciando che sia il paziente

⁴⁴ C. ROXIN, *loc. cit.*, p. 14.

⁴⁵ Potendo invece rilevare una simile autorizzazione o richiesta ai fini della applicabilità delle attenuanti.

⁴⁶ Per una ricostruzione del dibattito in materia si veda, tra i tanti: L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Famiglia*, 2006, fasc. 3, p. 1, pagine 435-438; M. ARAMINI, *Testamento biologico – spunti per un dibattito*, (2007) Milano; D. MALTESE, *Il testamento biologico*, in *Riv. It. Dir. civ.*, 2006, fasc. 4, I, pp. 525-533; F. D. BUSNELLI, *Rifiuto delle terapie tra autodeterminazione del paziente e ruolo di garanzia del medico*, in P. CATTORINI (a cura di), *Le direttive anticipate del malato. Esperienze operative e questioni etico-giuridiche*, Elsevier

stesso a decidere sul proprio destino mentre fin qui tali scelte sono state a carico dei medici e delle strutture sanitarie, con tutte le conseguenze giuridiche ed economiche del caso.

Tuttavia, il dibattito sulla necessità di predisporre una legge che dia effettività alla volontà del paziente preventivamente prestata in simili documenti andrebbe impostata non solo come forma estrema di autodeterminazione, quella per cui un individuo vuole affermare la propria volontà anche nel momento in cui essa, evidentemente, sia venuta meno pur in presenza di vita fisica, ma anche tenendo in conto del valore obiettivo che rivestono tali scelte e quindi della loro effettiva attitudine a risolvere i problemi che, è indubbio, sono oggi enfatizzati dalle capacità tecniche delle strutture sanitarie.

Se si guarda alla esperienza degli Stati europei ed extraeuropei che già utilizzano il *living will* (testamento biologico) quanto sin qui accennato appare ancora più evidente⁴⁷. Si nota in queste esperienze che anche laddove vi è un contesto che regola la dichiarazione anticipata di trattamento, l'autonomia del paziente non può realizzarsi pienamente, e il rapporto medico paziente finisce per risultare ancora più complesso: di fronte ad un testamento biologico il medico, oltre a dover esercitare la propria professione medica si trova, infatti, di fronte al difficile compito di valutare la correttezza ed attualità del consenso preventivamente espresso. In alcuni (sempre più frequenti) casi la volontà del paziente espressa preventivamente non viene rispettata dal medico che dubita della validità della stessa. Questo genere di situazione ha posto non pochi problemi: se il mancato rispetto delle direttive anticipate di trattamento salva la vita del paziente che non voleva essere trattato, si può individuare un danno compensabile? E ancora, esiste un principio di *favour life*, nel caso sorgano dubbi sulla validità di una direttiva anticipata di trattamento? Il medico è responsabile per il mancato rispetto della volontà del paziente quando ha garantito il più alto standard di cure mediche⁴⁸?

4. Una postilla. Si può condividere una limitazione delle prassi abortive?

Tra le molte questioni pratiche su cui si discute, si può ora fare un cenno alla questione dell'aborto. Il tema è anch'esso di proporzioni rilevanti e richiederebbe ben altro spazio. Tuttavia, qualche considerazione merita di essere compiuta; ci si può chiedere, ad esempio, se anche chi fosse

Masson, Milano 1999, p. 4 ss.; G. SPOTO, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in *Europa e diritto privato*, 2005, I, p. 183 ss.

⁴⁷ Per una ricostruzione delle problematiche relative al *living will* nei paesi di *common law* si veda: S. MICHALOWSKY, *Advance refusal of life-sustaining medical treatment: the relativity of an absolute right*, in (2005) 68(6), *MLR* 958-982 e S. MICHALOWSKY; *Trial and error at the end of life – No harm done?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n. 2 (2007), pp. 257-280.

⁴⁸ Si veda, a titolo esemplificativo, sul problema della compensabilità del danno, *Malette v. Shulman*, 1990, 67 DLR che ha previsto che sia risarcibile solo il danno psicologico dovuto al mancato rispetto delle direttive anticipate non dovendosi ritenere che la vita possa essere considerata alla stregua di un danno (vedi supra nota n. 32); sullo standard delle cure: *Ms B v. NHS Hospital Trust*, 2002, EWHC 429 par. 473 nel quale è stato previsto che poiché alla paziente era stato assicurato il più alto standard di cure, il medico non dovesse essere ritenuto responsabile per il mancato rispetto della sua volontà; e ancora sulla applicazione principio del *favour life*, *HE v. A Hospital NHS Trust*, 2003, 2 FLR 408 : la corte inglese ha qui sancito un principio precauzionista a favore della vita (del mantenimento in vita), per cui se un medico dubita della veridicità o attualità delle direttive anticipate di trattamento ha il dovere di agire come se le stesse non fossero mai state date.

favorevole all'interruzione volontaria di gravidanza e non condivide la visione secondo cui la scelta non può essere lasciata solo alla donna⁴⁹, possa concordare sulla necessità di vietare certe prassi abortive: è quanto è successo di recente negli Stati Uniti, paese liberista per eccellenza, che pure ha considerato costituzionalmente legittima una legge federale che proibisce il cd. *partial birth abortion* per la evidente crudeltà di tale pratica, che consiste nel provocare un parto e poi procedere alla eliminazione del feto⁵⁰.

E, ancora, vi sono margini per tornare a riflettere sulla pratica dell'aborto, come viene praticata nel nostro paese?

Come è stato detto, “dopo il passaggio della legge negli anni ottanta il dibattito è continuato ma in termini diversi: si discute soprattutto sullo statuto etico dell'interruzione volontaria della gravidanza piuttosto che sul suo statuto di problema sociale”. Anche adesso tuttavia “si è critiche e reticenti nei confronti di argomentazioni che interpretano l'aborto come diritto. perché, come per le americane, i diritti mettono in ombra contesti e relazioni e quella tra donna e feto è appunto una relazione, per quanto *sui generis*; perché argomentare per l'aborto in termini di diritti nasconde la dimensione di questione pubblica dell'aborto stesso e introduce una dimensione avversariale incongrua”⁵¹.

Tali affermazioni provengono da un contesto culturale essenzialmente favorevole alla ivg. ma non mancano di metterne in luce le problematiche ancora aperte. Analogamente, recenti fatti accaduti nell'ambito delle prassi di ivg (Careggi, il destino dei due gemelli del San Paolo di Milano) hanno toccato le coscienze e l'opinione pubblica.

Da noi, come tutti sappiamo, vi sono limiti precisi alla interruzione volontaria della gravidanza, anche in nome del fatto che al feto è stato riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla legge il diritto alla vita. Pertanto, potrebbe non essere insensato avviare un processo di

⁴⁹ La connessione tra comportamento individuale e (ineliminabile) rilevanza sociale dello stesso è messo in luce da R. GUARDINI, *Il diritto alla vita prima della nascita*, in Scritti, Brescia 1972, p. 390. Dopo aver ricordato come l'essere umano venga concepito senza il suo assenso e come pertanto la sua sopravvivenza sia determinata dal contesto sociale in cui egli viene ad essere collocato (il rapporto fisico con la madre prima ma poi anche, dopo la nascita, il rapporto con la famiglia che lo accoglie, con la scuola e poi, infine, giunto alla maturità, con la società tutta), l'autore rileva che una sottostima della irripetibilità dell'embrione come fondamento della sua inviolabilità induce ad una affievolimento generale della irripetibilità dell'uomo e favorisce una concezione del popolo come “massa”. Memore delle tragiche esperienze naziste egli afferma: “Il nostro tempo va sempre più dissolvendo il singolo nella massa e l'irripetibilità, in quanto qualità essenziale di ogni uomo, è per molti cosa morta. Più o meno chiaramente, con maggiore o minore consapevolezza, è vivo in molti il senso che gli uomini sono così numerosi che il singolo non ha più importanza” (*ivi*, p. 391). E, di nuovo, questo deriva anche dal fatto che sotto il nazismo la dignità umana era stata così radicalmente calpestata da aver portato alle note atrocità contro gli ebrei nei campi di concentramento ma anche ad operazioni di eutanasia di massa quali la cd. Operazione TS, che aveva causato dalle settanta alle novantamila vittime tra bambini portatori di handicap, persone affette da demenza senile, epilettici, detenuti provenienti di manicomi criminali. *Ivi*, p. 390.

⁵⁰ Tale pratica abortiva prevedeva che il medico estraesse dall'utero il corpo del feto lasciando però all'interno dell'utero la testa, sulla quale veniva praticato un foro dal quale veniva estratto il cervello del feto stesso. Si procedeva poi alla completa estrazione del feto ormai privo di vita. La U.S. Supreme Court ha dichiarato costituzionalmente legittima legge federale (*Partial Birth Abortion Ban Act of 2003*) che aveva vietato tale pratica (Gonzales v. Carhart, Sentenza del 18/4/2007. Naturale provare un senso di raccapriccio pensando a quanto accade. Ora, è stato detto che il senso di orrore e raccapriccio che si prova di fronte alla evidenza della violazione della dignità umana, quale ad esempio di fronte alle foto dei detenuti di Guantanamo o alle sevizie cui sono stati sottoposti i prigionieri di Abu Ghraib, sono elementi esperienziali che se da un lato potrebbe anche impedire di procedere con discorsi argomentativi razionali, dall'altro vanno tenuti presenti perché “il discorso argomentativo li deve portare con sé visto che essi appartengono al suo oggetto” W. HASSERMER, *Argomentazioni con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi* 2005, p. 125 ss., e in part. p. 133.

⁵¹ T. PITCH, *Perché si discute di diritto e diritti*, in www.sociologiadip.unimib.it/mastersqs/dida1/tesi3/tamar.pdf.

ripensamento almeno delle modalità con cui si è data attuazione alla legge n. 194. Vi sono situazioni che non possono non far riflettere: definire *errore*, ad esempio, l'eliminazione di un feto sano, come è successo di recente, e procedere poi, dopo questo errore, ad una irriflessa e quasi automatica eliminazione del feto gemello malato, percepita dalla mentalità comune come ovvia se non persino dovuta, non può non sollevare il dubbio che la chiara ispirazione di fondo che ha mosso l'emanazione della legge n. 194⁵², che non a caso si apre con l'affermazione del diritto alla vita del feto e che vieta ogni uso a scopo eugenetico dell'ivg., non sia stata almeno parzialmente disattesa⁵³.

Riflettendo su un caso deciso dal Tribunale di Piacenza nel 1950, il quale aveva accertato la responsabilità del padre nei confronti del figlio cui era stata trasmessa attraverso il concepimento una condizione morbosa, Francesco Carnelutti, dopo aver icasticamente messo in luce il senso giuridico del concetto di danno, affermava: “se un malato vale meno di un sano, *a fortiori* la vita, anche di un malato, vale qualcosa mentre la non vita non vale nulla. E questo, badiamo, non è un gioco dialettico ma il riconoscimento della più alta verità: a prescindere dalle possibilità sempre maggiori di guarire (ndr su cui ci si impegnerà sempre meno, visto che vi è un rimedio che consente di risolvere il problema con minor sforzo) per chi non confonde il male col morbo e col dolore, proprio la vita di un malato può raggiungere le vette più alte: se Leopardi fosse stato un atleta, mancherebbe assai probabilmente al mondo una delle sue bellezze più pure”⁵⁴.

⁵² E quale sia la ispirazione di fondo che ha mosso la legge 194 è provato anche dalla scelta (confermata di recente anche da Corte Cost., sentenza n. 425/2005) legislativa di garantire l'anonimato alla madre che da alla luce un figlio, senza riconoscerlo, sacrificando il diritto della persona a conoscere le proprie origini biologiche: così facendo la legge ha bilanciato il diritto del figlio con l'interesse della madre a rimanere anonima al fine di tutelare la propria salute, partorendo in condizioni mediche appropriate, nonché con l'esigenza, fortemente sentita dall'ordinamento, di evitare aborti ed abbandoni di neonati. Nello stesso senso si ricorda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sent. 13 febbraio 2003, *O. c. Francia*.

⁵³ Pardi e Barcellona hanno sovente ribadito la loro presa di distanza dalla pratica dell'aborto così come è stata realizzata dagli ospedali, dai medici e dalle pazienti non mancando di ricordare che, nelle intenzioni dei promotori e del legislatore tale legge era stata emanata per porre fine alla piaga degli aborti clandestini e non per motivi eugenetici.

⁵⁴ Cfr. F.C., *Postilla*, in *Foro Italiano* 1951, 990.

Aver modificato l'impostazione culturale sottesa a tale affermazione ha condotto alla *neverending story* del danno da procreazione, che è stato trasformato da danno patrimoniale in danno non patrimoniale, con tutte le conseguenze relative alla duplicazione delle voci risarcitorie poi ritenute illegittime dalla Cassazione; dal danno da procreazione è emersa la tematica del danno per vita sbagliata (*Wrongful life*) che deriverebbe dalla lesione di un diritto a nascere sani e quindi a non nascere se malati. Tale presunto (ma non ancora azionato) diritto potrebbe essere ulteriormente esteso al diritto a nascere sani e felici per concludere con un diritto a non esistere, da risarcirsi eminentemente ad opera dei genitori. La formulazione della questione, volutamente paradossale, non esime dal considerare con attenzione il problema che si pone ragionando sulla vita non come dato ma come diritto.

Per un esame acuto e completo della giurisprudenza in materia si v., da ultimo, V. GUGLIELMUCCI, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e Responsabilità*, n. 10, 2007, p. 957, in cui si mette in luce come all'origine dei problemi attuali in cui versa la dottrina civilistica in tema di risarcimento del danno sta il cambiamento culturale che si è prodotto da momento in cui la nascita non è stata più considerata solo un “lieto evento” ma è divenuto un evento da valutarsi secondo le circostanze in cui versa la coppia la quale, ad esempio, non riesce ad abortire e non ottiene un intervento di sterilizzazione efficace. In un caso del 1990 deciso dalla Corte d'Appello di Venezia, i giudici affermano infatti che è escluso che il valore della vita in sé potesse escludere l'invocato risarcimento nel senso che non basta “definire buona a cattiva la nascita di un bambino ma che occorre stabilire se in un dato momento un determinato fatto ha provocato un pregiudizio alla donna che poteva abortire” (App. Venezia, 23 luglio 1990, in *Foro It.*, Rep 1992, voce *Professioni intellettuali*, n. 92). Queste e altre decisioni giurisprudenziali in tema di risarcimento del danno da mantenimento per nascita non voluta hanno visto una forte opposizione della dottrina che temeva una riduzione della vita, per definizione *res inestimabilis*, al suo mero valore cd. “commerciale” (V. ad esempio TRABUCCHI, *Il figlio nato o nascituro, inestimabilis res e non solo res extra commercium*, in *Riv. Dic. Civ.*, 1991, I, p. 211). Mentre in un primo tempo si richiedeva ai fini del risarcimento che l'insuccesso della ivg avesse provocato danno alla salute della donna, la situazione cambia quando si comincia a considerare tale evento la lesione di un diritto della personalità o del diritto all'autodeterminazione, che tramuta il danno da contrattuale in extracontrattuale (danno ingiusto) e si risarcisce

5. Una riflessione conclusiva sull'alternativa tra scelte etiche o scelte pratiche nei casi problematici nella materia bioetica.

Gli esempi si potrebbero moltiplicare⁵⁵ per documentare come le proibizioni di cui l'ordinamento è intriso e che non risparmiano questioni morali su cui pure ampiamente si discute, ora decise in senso almeno parzialmente libertario come nel caso della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza del 1975 ora in senso precauzionale, come è accaduto per la legge n. 40 del 2004, non sono necessariamente conseguenze di un totalitarismo etico, ma sono da valutarsi alla stregua delle motivazioni razionali che le sorreggono.

Se è vero, come è stato detto, che “la funzione del diritto consiste nel temperare libertà e regole affinché l'esercizio della libertà non conduca a conseguenze caotiche nella convivenza senza peraltro sopprimerne le radici feconde”⁵⁶, ciò comporta che vengano sempre compiute valutazioni etiche e pratiche che consentano di distinguere tra un *bene* (esercizio della libertà e delle sue feconde radici) ed un *male* (conseguenze caotiche per la convivenza), da comporsi secondo le modalità stabilite dai processi democratici.

in danno-evento consistente nella lesione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile. “Tale danno si ritiene presuntivamente esistente e consistente nello stravolgimento della vita di più persone con abitudini, passatempi, ritmi biologici forzatamente mutati, nella perdita di ciance lavorative, nella modifica della vita di relazione, insomma un totale cambiamento nelle abitudini di vita che la nascita di un figlio comporta nella vita di una coppia senza che questa abbia potuto deciderlo” (Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. Civ. e prev.*, 2002, 441).

Questa tendenza ha portato alla discussione in atto sul danno da vita sbagliata e su quanto si è detto in apertura della presente nota. Conclusivamente si può affermare che, sebbene la problematica sia ancora in parte aperta, “sia mondo cattolico che mondo laico sono perplessi sulla fondatezza del riconoscimento di una pretesa risarcitoria di un figlio nato infelice quando l'unica alternativa per lo stesso sarebbe stata quella di non nascere affatto”. Così V. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 963, che richiama G. ALPA, *Wrongful life: soluzioni controverse*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2006, n. 2, p. 65 ss.

⁵⁵ Si potrebbe ad esempio addivenire alla proibizione della crioconservazione degli embrioni non solo perché si sia intimamente convinti del loro essere persone ma per le problematiche pressoché irrisolvibili circa la proprietà degli stessi in caso di separazione tra i due genitori. Si veda *Evans v. United Kingdom*, Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sent. del 07/03/2006 e Sent. del 10/04/2007, ric. N. 6339/05, e *Nachmani v. Nachmani* (50(4) P.D. 661 (Isr)). Questi due casi, identici quanto ai presupposti fattuali, hanno avuto due esiti completamente diversi ed opposti essendo stato vietato alla signora Evans di poter utilizzare gli embrioni crioconservati sulla base della necessità del consenso di entrambi i membri della coppia. Nel caso israeliano, invece, è stato concesso l'impianto degli embrioni crioconservati in considerazione del fatto che il diritto della donna ad avere dei figli geneticamente suoi dovesse prevalere su quello dell'uomo di non volere diventare padre. A commento della decisione della CEDU si veda, D. TEGA, *La procreazione assistita per la prima volta al vaglio di Strasburgo*, in *Quaderni Costituzionali*, vol. 3/2006; V. SILVESTRI, *Il quesito sul diritto alla vita dell'embrione e/o feto ex articolo 2 della Cedu rimane ancora insoluto nella sentenza Evans v. Regno Unito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, J. SAMILOFF, *Whose Embryo anyway?*, in *New Law Journal*, 2006. A commento della decisione della Corte israeliana cfr. D. CORNER, *Jurisprudence in the age of biotechnology: An Israeli case analysis*, in *Medical Ethics at the dawn of the 21st century*, 2000, vol. 913; D. STATMAN, *The right to parenthood. An argument for a narrow interpretation*, in *Ethical Perspective*, 10, 2003, 3-4.

A questa riflessione si oppone che sostiene che il divieto di crioconservazione diminuisce il tasso di successi delle procedure procreative. V. ad es. Ce. Do., *Turco: meno gravidanze. Presto nuove linee guida*, in *Il sole 24 ore*, 18 ottobre 2007, p. 19. A ciò si può opporre che, invece di crioconservare embrioni, si può addivenire ad un potenziamento della crioconservazione degli ovociti, eticamente e praticamente assai meno problematica.

⁵⁶ A. CERRI, *Diritto e scienza: cit.*, 7 ss.

Con ciò si è abbozzato un primo tentativo di risposta alla questione del senso delle scelte coinvolte nella formazione delle norme giuridiche: senza negare l'ispirazione etica della norma (e quindi del bene che essa, come ogni altra azione umana, tende a perseguire), la sua coerenza e razionalità va commisurata ai mali concreti che il legislatore tende in questo modo ad evitare. Enfatizzando la dimensione pratica, si può evitare che ordinarie limitazioni della libertà – le quali, come si è detto sopra, sono atti che fanno parte della natura stessa di ogni ordinamento – vengano trasformate in *questioni eticamente sensibili*, con ciò suggerendo che la legge non possa dirimerle senza venir meno alla sua presunta neutralità.

III. LA SOCIETÀ' SECOLARIZZATA ALLA RICERCA DEI SUOI FONDAMENTI

1. Perché passare dai casi pratici a concetti universali? Tracce di un percorso

L'idea che una norma che incide sui diritti individuali possa intervenire solo nei casi in cui entri in gioco il principio del *neminem laedere* è tanto suggestiva quanto contestabile, sulla base della considerazione che “I diritti di libertà costituzionalmente riconosciuti hanno alla loro base un valore da tutelare (la vita, la libertà dalle coercizioni fisiche, il libero associarsi etc...), non una generica libertà di agire”⁵⁷. Per quanto fondamentale sia la libertà d'agire, è pur vero che talvolta l'ordinamento interviene a limitarla – e a limitarla persino contro la volontà del titolare dei diritti – in nome di valori superiori.

Una concezione rigorosamente avalutativa delle scelte pubbliche in materia di diritti di libertà si fonda sul binomio libertà-emancipazione, che mira a sciogliere l'uomo da tutto ciò che lo vincola⁵⁸; ciò comporta una enfattizzazione della libertà come pretesa alla non interferenza (libertà di) mentre sottostima l'altro importante aspetto della stessa, che vede nella legge non un nemico da eliminare ma la condizione perché la dignità umana venga tutelata e la condizione umana promossa (libertà da)⁵⁹.

⁵⁷ A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, op. cit., p. 37. V. anche A. PESSINA, loc. cit., p. 37, secondo cui “il liberalismo della neutralità rischia sempre di precipitare in un liberalismo dell'indifferenza, cioè in un liberalismo in cui non esisterebbe alcuna differenza rilevante fra le azioni che vengono compiute liberamente dai cittadini”.

⁵⁸ Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Lo Stato secolarizzato nel suo rapporto con la religione*, op. cit., p. 5, dove si afferma che “non esiste diritto illimitato, nemmeno un diritto di libertà garantito come diritto umano; altrimenti esso diventa un potere sugli altri. Nella convivenza umana, esso deve sussistere insieme all'eguale libertà degli altri, non può cancellare questa libertà e nemmeno gli altrui diritti fondamentali, ad esempio il diritto alla vita, alla salute, alla proprietà, alla libera scelta di una professione”.

⁵⁹ Che vi siano situazioni in cui l'uomo necessita, per una sua fragilità sociale o intrinseca, di essere tutelato dall'ordinamento sia tramite l'attribuzione di diritti fondamentali sia, soprattutto, tramite l'attribuzione di diritti sociali è pacificamente riconosciuto. E, invero, non vi è chi non riconosca che la riflessione sulla dignità umana cambia di segno se riferita ai diritti individuali, in cui prevale l'autodeterminazione, o se riferita ai diritti sociali. Cfr. F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli 2005, secondo cui “una lettura radicalmente individualistica della dignità umana, quasi un

Un esempio recente di come anche questa seconda dimensione è tenuta presente dall'ordinamento è costituito dalla legge che vieta le mutilazioni genitali femminili: pur essendo volta a tutelare l'integrità fisica e la dignità della donna essa è stata letta come espressione di eurocentrismo etico e culturale, che impone propri valori e proprie certezze a chi tali valori e tali certezze non condivide. Ma questa concezione, credo, è ampiamente discutibile⁶⁰; tale discussione, per essere fruttuosa, dovrebbe preliminarmente chiarire se effettivamente la donna in questione fa questa scelta pienamente cosciente e libera, o se tale scelta sia più o meno surrettiziamente imposta alla stessa da una religione, da una cultura o da una tradizione portatrici di disvalori che fanno della donna un soggetto debole, che lo Stato deve tutelare. E se lo Stato deve tutelare un soggetto debole limitandone la sua apparente libertà, allora il limite può essere imposto solo in nome di un principio o di un valore più alto della libertà stessa. È qui che si innesta il giudizio di valore (ma anche le valutazioni di fatto) che il legislatore deve compiere prima di legiferare e che non coincidono necessariamente con una estensione purchessia della libertà di agire.

Pertanto, se dal punto di vista dell'esercizio del potere, si può ben asserire che solo all'uomo, nella propria coscienza, spetta decidere che cosa è bene e che cosa è male per sé, per la sua sfera privata, non si può escludere che la legge, che regola i rapporti interpersonali e bilancia i contrapposti interessi, possa avvicinarsi o discostarsi dalle concezioni morali del singolo ma debba poi compiere una propria valutazione etico-politica, se non altro per il valore ultimo che si può così sintetizzare: "è bene che esista una legge"⁶¹. È per questo che molti ritengono improponibile l'assoluta neutralità dell'ordinamento rispetto alle scelte dell'individuo e cercano vie che consentano l'integrazione reciproca tra diritto e morale. È quanto asserisce Barbera rileggendo l'odierno dibattito sul tema e, in particolare, sui cd. "anni della reazione perfezionista antiliberalista" di cui sono esponenti di spicco Dworking, Alexy e Habermas. Quest'ultimo in particolare si è distinto in questi anni per il tentativo di contemperare l'esigenza di libertà con l'esigenza di valutare che bene si persegue tramite l'esercizio della stessa. Ma su questo si tornerà tra breve.

Per ora ci si addenterà invece nel tema della tutela della dignità umana alla ricerca dei fondamenti delle scelte etiche e bioetiche del legislatore, scelte che abbiamo visto essere differenziate e diversamente valutabili ma che devono comunque essere ricondotte a principi unitari che lascino aperta la discussione sull'esistenza del bene e del male e dunque la possibilità di argomentare a favore o contro le molteplici opinioni con cui il diritto e la società inevitabilmente si scontrano.

corollario dell'affermazione della razionalità e libera volontà degli esseri umani, trascura la capacità della clausola, riconosciuta dalla maggior parte delle moderne democrazie pluralistiche, di porsi come fondamento normativo generale anche dei diritti sociali".

Sul rapporto tra dignità umana, ricerca del bene comune e *Leistungsstaat* v. anche P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Saggi, Milano 2003, p. 133 ss.

⁶⁰ Così anche L. CHIEFFI, *Introduzione. I diritti di cittadinanza in una società multietnica*, in *idem* (a cura di), *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Giappichelli, Torino 2005, p. 10, secondo cui è possibile individuare principi fondamentali irrinunciabili da opporre a pratiche lesive della salute e della dignità umana. Sul tema v. anche G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 179 ss.

⁶¹ Questo giudizio di valore è stato espresso dalla Corte costituzionale nella sent. n. 45 del 2005, con la quale è stata dichiarata inammissibile la richiesta di sottoporre a referendum abrogativo l'intero impianto normativo della legge n. 40 del 2004. Rifacendosi a principi già enunciati dalla giurisprudenza precedente, nell'occasione i giudici della Consulta hanno affermato il carattere costituzionalmente necessario della normativa in questione, dal momento che essa "indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa". Per un'analisi più approfondita della decisione richiamata v. L. VIOLINI, *Referendum* (voce), in V. ONIDA, B. RANDAZZO (a cura di), *Viva vox constitutionis. Temi e tendenze nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2005*, Giuffrè, Milano 2006, p. 593 ss.

2. Il diritto alla vita dell'embrione ha un fondamento costituzionale nella tutela della dignità umana intesa come norma assoluta? Suggestioni dal dibattito in atto in Germania sull'interpretazione dell'art. 1 GG

Riassumendo il percorso fin qui compiuto, possiamo dire che, in una società democratica e pluralista, in cui sembra essersi dissolta la base comune che permette di fare scelte condivisibili, la regola ultima non può essere quella dell'enfaticizzazione del principio di libertà, intesa come libertà di autodeterminazione. Se ciò fosse, l'ideale ultimo dell'ordinamento sarebbe la sua autodistruzione mentre è sotto gli occhi di tutti che esso continua a sussistere, non come residuo di un'epoca di imposizioni da dissolvere ma come necessità derivante dal bisogno di un ordine e di integrazione sociale insita nel concetto stesso di *societas*, la quale esiste in modo contestuale allo *ius*.

Abbiamo anche visto che le norme giuridiche possano intervenire a compiere scelte di valore in vista del perseguimento del bene comune e dell'utilità sociale; il che comporta ora chiedersi se sia possibile che tali norme possano anche compiere scelte di rilievo relative al contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti, quali – ad esempio – il diritto alla vita, intervenendo là dove la Costituzione sia apparentemente silenziosa.

La domanda non è, evidentemente, astratta, ma si pone nel contesto del nostro tema, quello relativo a “bioetica e laicità”, e ha come punto di riferimento concreto la nota e qui pluricitata legge n. 40 del 2004. Tale atto, per sua stessa esplicita ammissione, si prefigge di regolamentare i processi di fecondazione assistita tutelando i diritti delle persone coinvolte negli stessi, compresi i diritti dell'embrione (*in vitro*, in questo caso). Con ciò essa definisce l'embrione *in vitro* come soggetto di diritti e da ciò essa fa discendere una serie non breve di conseguenze circa i processi di fecondazione artificiale e di ricerca sugli embrioni che non hanno mancato di suscitare perplessità ed opposizione essendo, tra l'altro, una delle leggi più restrittive tra quelle fin qui adottate⁶².

Nel complesso ed articolato panorama delle opinioni scientifiche ed etiche sulla natura dell'embrione, strettamente connesse alla pluralità di scelte fin qui compiute in materia di inizio della vita, essa si pone come una sorta di punto di non ritorno, ponendo il limite nel momento oltre al quale cessa ogni incertezza, non essendo da nessuno fin qui stato sostenuto che vi sia vita e dignità umana prima della unione dei gameti. Altre e differenziate tra loro sono invece le scelte compiute dagli ordinamenti giuridici esteri, tutte volte a consentire un uso più articolato degli embrioni in sede di fecondazione assistita e processi di sperimentazione scientifica che hanno per oggetto gli embrioni stessi o alcune loro parti.

Come si può giustificare questa scelta così restrittiva, così apparentemente limitativa della libertà dei singoli e della scienza, così rigorosa nell'escludere ogni bilanciamento tra diritti fondamentali ed interessi economici contrapposti: insomma una vera e propria scelta tanto radicale quanto radicalmente avversata come irragionevole?

⁶² Un ampio esame delle legislazioni vigenti nei diversi Paesi europei è contenuto in C. CASONATO, E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino 2006.

La ricerca di ragioni giustificatrici può essere orientata facendo riferimento al dibattito in atto nella dottrina tedesca in merito al concetto di dignità umana e della sua estensione⁶³; anche in quella sede – nel silenzio della Corte Costituzionale in materia – i temi bioetici sono oggetto di viva attenzione, attenzione resa più acuta da un lato dalla emanazione di una legge sulla tutela degli embrioni nel 2002 che si vuole attualmente modificare e, dall'altro, dalle tematiche relative alla sicurezza della società nel suo complesso a seguito della recrudescenza del terrorismo.

Assai diffusa e non priva di autorevoli sostenitori è l'opinione secondo cui la scelta sul momento a partire dal quale si deve tutelare la dignità umana non sia da lasciarsi alla scienza in quanto tale (che non è in grado) né al diritto in quanto tale (che non è competente)⁶⁴. Il che può apparire paradossale se non si ipotizza che, allora, la scelta in questione non possa che dipendere da un dato naturale a cui il diritto si possa riferire per definire, almeno in parte, i propri contenuti⁶⁵. È il controverso crinale che separa il giuridico dal pregiuridico, quale è adombrato anche nella nostra Costituzione quando afferma di “riconoscere” i diritti fondamentali, e che viene reso esplicito nella Costituzione tedesca; la formula dell'art. 1 GG è, come si sa, ancora più radicale rispetto al nostro art. 2 Cost., tanto da essere stata definita da T. Heuss, ai tempi dell'Assemblea Costituente, *la tesi non interpretata*⁶⁶.

⁶³ Il dibattito su questo tema in Germania è imponente. La posizione assolutistica è sostenuta da C. STARK, *Art.1*, Nr 17 ss, 86, 89 ss, in H. von MANGOLT, F. KLEIN, C. STARK (a cura di), *Bonner Grundgesetz*, vol.1, 4. ed., 1999 nonché in *idem*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaften und Fortpflanzungsmedizin*, JZ 2002; 1065; HOEFLING, *Art. 1*, n. 21, p. 51 ss., in SACHS (a cura di), *Grundgesetz*, 3. ed., 2003; P. KUNIG, *Art.1*, nr. 14, p. 36 sulla fecondazione artificiale, in v. MÜNCH, KUNIG, *Grundgesetzskommentar*, 2000. Contro, tra i molti, HERDEGEN, JZ 2001, p. 773-774; *idem*, in MAUNZ, DÜRIG, *Grundgesetz*, *Art. 1*, I, n. 90, 2003; ROBBERS, in DC. UMBACH/ T. CLEMENS, *Kommentar zum GG*, Monaco, 2005. Riferisce di tale dibattito J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Atti del Convegno di Studi (Roma, 2-4 ottobre 2006)*, Aracne Editrice, Roma 2007.

Estremamente accorto, invece, da parte della nostra Corte costituzionale, l'uso isolato della dignità umana “quale autonomo valore, anzi supervalore costituzionale, in grado – da solo – di consentire l'invalidazione di precetti legislativi”. Cfr. A. RUGGERI, A SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, 1991, p. 352. Tali autori segnalano che solo in due casi (sent. 37/1985 e sent. 561/1987) “la Corte ha creato un nuovo diritto costituzionalmente protetto, non attraverso il richiamo a una preesistente norma costituzionale, né genericamente utilizzando il solo art. 2, ma ricorrendo, insieme ad altri, appunto al principio della dignità umana”. Più spesso invece, la Corte utilizza questo principio in modo strumentale, per rafforzare altri diritti o principi (es. sentt. 252/2001 e 432/2005 in materia di estensione agli stranieri del diritto a taluni trattamenti sanitari; o sent. 354/2002, in materia penale, per escludere che la “qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale”).

⁶⁴ J. LIMBACH, *Menschen ohne Makel*, in FAZ nr. 47, 25.2.2002, p. 51.

⁶⁵ Si tratta, peraltro, di stabilire se il termine *natura* faccia riferimento a dati oggettivi e non modificabili o se invece essa sia “sottoposta ad una ridefinizione continua per quanto riguarda le sue concrete determinazioni grazie soprattutto alla scienza” (G. RUSCONI, *loc. cit.*, p. 670, usa questo argomento per opporsi alla concezione habermasiana secondo cui occorre procedere ad una moralizzazione della natura umana che porti a prendere atto di come i fondamenti biologici della persona non siano disponibili per una bioingegneria che si sottragga a vincoli morali.). Per una lettura quanto meno problematica nel secondo senso si veda quanto ha stabilito il giudice del Tribunale di Venezia, a mente del quale se viene ucciso il convivente *more uxorio* nel caso di una relazione incestuosa, è necessario risarcire anche il danno morale dovuto alla perdita del convivente stesso. Recita la massima di tale decisione “Il convivente *more uxorio* e sorella della vittima primaria del fatto illecito del terzo ha diritto al ristoro dei danni sofferti per la perdita della relazione, pur incestuosa, instaurata col fratello, dovendosi fondare il nostro sistema giuridico sulla piena tutela dei diritti dell'individuo prescindendo dalla corrispondenza ad un modello di tipo naturale”. Trib. Venezia, sent. 31.7.2006, in *Giur. Civ. comm.* 2997, I, p. 864.

⁶⁶ Sui dibattiti che si svolsero in preparazione del Parlamentarisches Rat e sui lavori dell'Assemblea Costituente tedesca v. F. BERARDO, “*La dignità umana è intangibile*”: *il dibattito costituente sull'art. 1 del Grundgesetz*, in *Quaderni Costituzionali* 2006, 387 ss. La discussione che avvenne in quella sede ebbe come temi l'indipendenza dell'uomo dello Stato, la sua alternativa dipendenza da Dio, su cui pure non si trovò accordo, il fondamento dei diritti fondamentali e, infine, il riconoscimento che la dignità umana poteva ben essere il punto fondante ultimo dell'intera compagine

Su questo background si innestano le visioni più garantiste della dignità umana, che autorevoli autori non esitano ad attribuire *in toto* anche all'embrione *in vitro* mentre sottolineano il carattere eccezionale e del tutto peculiare della legislazione sull'aborto, che non nega una analoga tutela all'embrione *in vivo* e al feto salvo fermarsi di fronte all'impossibilità materiale per il diritto di disporre del corpo della madre⁶⁷. La posizione che potremmo chiamare, per semplicità, *assolutistica* ha ampi agganci nella giurisprudenza costituzionale tedesca che ha affermato, tanto per fare un esempio, che lo Stato ha l'obbligo, ex art. 1 GG, di tutelare l'onore di una persona anche dopo sua morte, con ciò innescando una ampia ed articolata discussione sulla persistenza dei diritti fondamentali pur in assenza del titolare degli stessi⁶⁸.

Tutta kantiana la base filosofica cui fa riferimento tale corrente dottrinale: l'uomo è scopo a se stesso, è essere per sé stesso (*Dasein um seiner selbst willen*) e da ciò discende che egli non potrà mai essere ridotto a mezzo per ottenere altri seppur nobilissimi scopi; tanto radicale è la non riduzione a mezzo dell'essere umano da supportare una analoga radicalità nella estensione della tutela: ovunque nell'orbe terraqueo l'uomo ha diritto ad essere tutelato in quanto possessore di una

costituzionale o, come si disse, "La via attraverso cui ricostruire sulle macerie del passato lo Stato di diritto era indicata in 'un ritorno al diritto naturale senza perdere di vista il ristabilimento della certezza del diritto'" (M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, vol. II, Il Novecento, Milano 2002, p. 196.

⁶⁷ È per questo che lo Stato laico ha introdotto la pur discutibile e discussa legislazione sull'aborto mentre per la concezione cristiana dell'esistenza, che ne nega la legittimità "essere madre non significa produrre vita ma dare la vita ad un uomo. E un uomo è persona, dapprima come assopita e poi, pian piano, destantesi; così, in immediato rapporto con la madre cresce un essere che, formandosi, si sottrae a lei seguendo il proprio destino. In ciò risiede la grandezza ma anche l'elemento tragico della maternità: il figlio è legato tanto intimamente con la madre da formare con lei un unico ambito di vita. Però non si dissolve in essa ma sta contemporaneamente e fin dal primo momento della sua vita in immediato rapporto con l'esistenza, con le norme assolute, con Dio". Da questo punto di vista, la domanda cruciale potrebbe essere quella di stabilire se madre e feto siano uno e due, essendo il secondo irriducibile *ab origine* alla prima. La citazione è tratta da R. GUARDINI, *Il diritto alla vita prima della nascita*, op. cit., p. 395. Si nota in questo passo il riferimento ad una concezione di persona che non è ancora stato messo in discussione dal pensiero filosofico che, in seguito, tenterà invece di dissociare tale caratteristica dalla mera esistenza di un individuo della specie umana per attribuirlo solo ad individui con determinate caratteristiche e qualità. Fondamentale per riflettere su questo tema contro le tendenze nichiliste attualmente molto forti. V. SPAEMANN, *Person. Versuche einer Unterscheidung zwischen "etwas" und "jedermann"*, Muenchen, 2004, *passim*. Tale volume tenta (Versuche...) di argomentare contro la tendenza a distinguere tra uomo e persona, secondo la visione di coloro che asseriscono che "la distinzione tra vita umana e persona è fondamentale; non solo tutti gli essere umani sono persone, lo sono solo dopo aver esercitato una volta attività simboliche" (Mori) oppure ancora: "Gli embrioni, i feti, i neonati, gli uomini allo stato vegetativo, non sono persone hanno uno status inferiore ai mammiferi adulti non umani" (Engelhart, *Manuale di Biologia*). Come è stato detto "Tutto ciò non può lasciare profondamente inquieti perchè, operata questa distinzione infondata, qualcuno potrà legittimamente categorizzare la vita, valutarla, misurarla, conferire un nulla osta al suo sviluppo oppure negarlo, qualcuno si farà giudice della vita e della morte dell'altro" (C. DI MARTINO, *Lo statuto dell'embrione*, Relazione, *Pro manuscripto*. Si ringrazia l'autore per aver messo a disposizione tale scritto inedito). Da sottolineare la posizione di Spaemann e del suo tentativo interamente volto a ragionare sul problema e a delinearne soluzioni argomentate e non fatte proprie solo a partire da un presupposto non dimostrato. Oggi infatti è quanto mai importante riflettere ed argomentare, non primariamente per convincere altri ma per chiarire prima di tutto a sé stessi se la propria posizione religiosa o morale sia veramente fondata e tenga di fronte a tutte le possibili obiezioni.

Qualche considerazione sulla differenza tra individuo e persona riferite all'interpretazione dell'art. 32 Cost. e, insieme, interessanti considerazione sulla tutela oggettiva della maternità ex art. 31 Cost, che andrebbe tutelata in modo oggettivo e incondizionato "anche contro la eventuale volontà di entrambi i genitori indipendentemente da analisi eleganti e raffinate, e da sottili disquisizioni sullo stato giuridico del nascituro e dalla durata della vita intrauterina v. P.F. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. SICLARI, *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 42 e 48.

⁶⁸ Sent. 24.2.1971, Caso Mephisto, BVerfGE 30, 173. Su questa base si argomenta ora circa il diritto alla tutela della dignità umana dell'embrione sostenendo che già oggi si identifica una tutela costituzionale di diritti delle generazioni future (possible people) e questo pertanto non può escludere che si tutelino individui che hanno iniziato il proprio processo evolutivo (potential people). V. sul tema ampiamente T. HARTLEB, *Grundrechtsvorwirkungen in der*

dignità unica ed irripetibile; analogamente alla estensione spaziale si configura l'estensione temporale, una estensione che deve andare fino al punto di non ritorno, fino al punto in cui non sussiste più nessun ragionevole dubbio quanto alla sua esistenza materiale. Il tempo, si dice, è un fattore fondamentale per lo sviluppo dell'essere umano: e pertanto non solo l'uomo è degno di tutela oggi; nell'oggi appare, emerge e viene tutelato l'uomo in tutta la sua storia, fin dal momento della sua origine, cosicché il processo di formazione dell'essere umano si può configurare come unitario, ininterrotto, non soggetto alla determinazione di una soglia che comporta da un lato un fattore ineliminabile di opinabilità e, dall'altro, l'attribuzione alla legge (allo Stato, o agli scienziati) del potere di decidere sul dato, sul pregiuridico che il diritto è chiamato a riconoscere.

E il dato naturale che il diritto è chiamato a riconoscere come bene è l'unico ed irripetibile patrimonio genetico che dal momento della fecondazione si crea e che, se adeguatamente sviluppato, porta alla formazione del soggetto umano, anch'esso unico ed irripetibile non solo nel suo aspetto materiale ma anche nella sua coscienza, volontà e libertà⁶⁹; essendo l'uomo una unità di anima di corpo e di spirito, il momento sorgivo della fisicità (*habeas corpus*) è anche il momento sorgivo dell'uomo in quanto tale, momento in cui il programma genetico che determina lo sviluppo del nuovo essere è presente interamente e non necessita di ulteriori perfezionamenti. Esso infatti si sviluppa secondo una logica che si predetermina in quel preciso istante in cui sono già presenti i criteri della sua organizzazione cromosomica cosicché si può asserire che l'organismo umano è forma predeterminata che si sviluppa vivendo⁷⁰.

Dire che all'embrione spetta la tutela della dignità umana e quindi il connesso diritto alla vita non sarebbe dunque una sorta di fondamentalismo ontologico, come si potrebbe desumere dal fatto che si considera uomo anche un ente di sei-sedici cellule. La questione decisiva per gli autori citati è la non riduzione della tutela della dignità umana come la Costituzione stessa la presuppone pur senza definirla e che, per sottrarre l'uomo al velleitarismo degli altri e del potere, non può che ricomprenderne tutto il processo della formazione dell'essere umano. Limitare la tutela della dignità umana ad alcuni stadi del processo sarebbe dunque in contraddizione con lo stesso massimalismo costituzionale.

La tutela costituzionale della dignità umana come principio che non patisce eccezioni o attenuazioni ha molte conseguenze pacificamente riconosciute se riferite al nato (divieto di tortura, divieto di ridurre in schiavitù, divieto di drogarsi, divieto di subire sperimentazioni senza avervi consentito⁷¹),

bioethischen Debatte – alternative Gewährleistungsdimensionen von Art. 2 II 1 GG und Art. 1 I GG, in *Deutsches Verwaltungsblatt* 2006, p.672.

⁶⁹ Sulla indissolubile unione tra corporeità e spiritualità come propria dell'uomo, che entra a determinare il modo con cui si concepiscono gli eventi fondamentali della vita di un uomo quali sono la nascita e la morte si veda A SCOLA, *Una nuova laicità. Temi per una società plurale*, Venezia, 2007, in part. p. 178.

⁷⁰ Una obiezione a tale ragionamento è quella che si basa su fatto che solo una parte di embrioni fecondati giunge a completa formazione mentre moltissimi vengono eliminati naturalmente. E, invero, è il rapporto pieno con l'organismo materno che consente lo sviluppo dell'essere umano come essere personale fino alla nascita. Se talora questo rapporto non si istituisce o si istituisce in modo patologico, vengono meno le condizioni di questo sviluppo. Il che è molto interessante sul piano antropologico: il rapporto tra madre e figlio infatti, radicato nella fisicità della gestazione, è l'emblema di ogni relazione umana. Se viene meno la consapevolezza che l'altro uomo è parte imprescindibile del sé, si perdono le basi ontologiche per la costruzione della *societas*. E' per difendere questo che vi è chi difende strenuamente la dignità umana dell'embrione: l'uomo, per natura, chiede di essere immesso in un rapporto vitale con l'altro da sé, e questa connessione intrinseca è resa evidente nell'origine dell'uomo stesso, che è totalmente connessa al rapporto con la madre.

⁷¹ Sulla Convenzione di Oviedo e sulla sua discussa attuazione v. E. PICKER, *Menschenrettung durch Menschennutzung*, in *JZ* 2000, p. 693.

conseguenze che la legge ordinaria non può modificare o rendere nulle. Riconoscere, anche solo ad opera della legge, una tutela analoga all'embrione *in vitro* dopo che il progresso scientifico ha consentito all'uomo di agire su di esso, non sarebbe che la naturale estensione della tutela che la Costituzione garantisce all'uomo *in quanto uomo*; il che comporta – per l'embrione – il diritto a non essere usato per scopi di ricerca, a non essere selezionato tramite la diagnosi preimpianto⁷² e a non essere crioconservato.

Alla tesi della salvaguardia senza eccezioni e senza limiti temporali della dignità umana si contrappongono coloro che attenuano la portata della norma dell'art. 1 GG allo scopo, come sovente si sente ripetere, di non svilire la tutela attribuendola in modo troppo generoso. Accomunati dalla tendenza a mettere in dubbio la natura assoluta della tutela della dignità umana, essi restano tuttavia tra loro divisi nell'individuare sia l'estensione temporale della tutela sia le conseguenze

⁷² La diagnosi preimpianto consiste nel prelievo di cellule da embrioni al primissimo stadio di sviluppo; tale trattamento, non avendo generalmente scopi terapeutici ma essendo finalizzato ad accertare l'eventuale presenza di difetti genetici negli embrioni da impiantare, determina una forma di selezione genetica tra questi ultimi. Se è vero che il ricorso a una simile pratica potrebbe soddisfare il desiderio dei genitori, soprattutto quelli afflitti da terribili malattie ereditarie, di avere un figlio geneticamente sano, occorrerebbe discutere sulla congruità del prezzo da pagare per ottenere tale risultato. Per ammettere una simile diagnosi, infatti, occorrerebbe accettare che l'embrione non abbia dignità per quello che è, ma solo per il possesso delle qualità fisiche predeterminate dai genitori. Ma, per usare le parole di Kollek, è "compatibile con la dignità della vita umana il fatto di essere stato generato con riserva, di essere giudicato degno di vita e di sviluppo in base all'esito di un test genetico"? R. KOLLEK *Praimplantationsdiagnostik*, Franke, Tübingen-Basel 2000, p. 214.

Habermas ha sostenuto che la risposta a tale quesito debba essere negativa, e dunque che l'ordinamento giuridico possa legittimamente vietare la diagnosi preimpianto. Secondo il filosofo tedesco, infatti, "Ciò che ci trattiene dal legalizzare quella diagnosi non sta solo nella generazione con riserva degli embrioni, ma anche nel tipo di riserva che viene fatta valere. Creare una situazione in cui si possa eventualmente gettare via un embrione malato è cosa altrettanto problematica dell'operare una selezione sulla base di criteri unilaterali. Questa selezione è intrapresa in maniera unilaterale (e dunque strumentalizzante) in quanto non è possibile presupporre nessun consenso anticipato, nemmeno in quella forma ipotetica .. che consisterebbe nella presa di posizione di un paziente in caso di intervento terapeutico sul menoma: qui infatti non nasce nessuna persona". J. HABERMAS, *I rischi di una genetica liberale. La discussione sull'autocomprensione etica del genere*, in *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino 2002, p. 69.

Secondo Böckenförde, (*Menschenwürde als normatives Prinzip*, in *JZ* 2003, 809) il divieto di ricorrere a una simile pratica resisterebbe anche contro l'obiezione della violazione della dignità umana dei genitori (e della donna in particolare) e il loro diritto all'autodeterminazione che esso comporterebbe, poiché li costringerebbe ad accogliere contro il loro volere un figlio malato. La risposta a tale obiezione prende le mosse dalla constatazione che la libertà di scelta dei genitori e la loro dignità restano salve perché essi decidono liberamente se sottoporsi ai processi di fecondazione assistita. Un simile divieto tuttavia rende coscienti i genitori del fatto che, una volta compiuta questa scelta libera, essa non può estendersi anche alla determinazione del tipo di figlio che vogliono, o delle caratteristiche che questi deve avere per essere accettato come figlio.

Si evidenzia così come sia labile il confine tra desiderio e diritto: un genitore può ovviamente desiderare di avere un figlio sano ma, paradossalmente, non ha diritto ad averlo; non tutti i desideri, infatti, sono diritti perché se sono diritti allora chi li viola è tenuto a risarcire il danno e qui i paradossi non hanno fine come ha ben messo in evidenza tutta la vicenda Perruche, in cui il tentativo dei giudici francesi di concedere il risarcimento del danno ad un figlio nato handicappato, non essendo stata fatta correttamente la diagnosi in sede di amniocentesi, ha imposto al legislatore di intervenire, tra l'altro anche per far fronte all'astensione dal lavoro degli ecografisti, che non volevano rischiare di essere costretti a tali risarcimenti. Come si vede, il divieto di analisi reimpianto, ancora una volta, ha due facce: una di principio (l'embrione ha dignità umana e va rispettato) ma anche una di fatto: l'embrione non va "selezionato" e quindi non si dovrebbe aprire la strada a questa prassi che, una volta "concessa" può diventare un'arma pericolosa non solo nella mani dei genitori ma anche nelle mani di terzi (la classe medica, il potere, etc.). Per tacere delle conseguenze risarcitorie che potrebbero discendere da errori (peraltro assai frequenti) nella esecuzione dell'esame.

Infine, un'ulteriore potente argomentazione contro la diagnosi preimpianto (e contro l'uso a scopo eugenetico dell'aborto) proviene da coloro che, una volta nati, vivono in una situazione di handicap fisico o psichico, e dai loro familiari; se si radicasse l'idea che i malati o gli handicappati sono soggetti da eliminare prima della nascita, foss'anche in nome di un loro presunto bene, non sarebbe poi facile trovare motivazioni per non trasporre questo tipo di cultura anche rispetto alle persone già nate (o a coloro che si trovassero in una situazione di handicap in età matura).

giuridiche dell'attenuazione⁷³. Volendo sintetizzare al massimo le posizioni dei cd. gradualisti, si può dire che essi ritengono che occorra identificare degli elementi che consentano di differenziare il tasso di dignità da attribuire ai singoli stadi dello sviluppo embrionale e fetale⁷⁴. Ora, le diverse ipotesi avanzate in merito all'inizio della vita umana si fondano su diversi "indicatori" che segnalano la presenza di un uomo (o di una vita umana) e che servono a definire il momento a partire dal quale scatta l'obbligo di tutelarne la dignità. Tali indicatori sono: il tempo⁷⁵, l'apparenza⁷⁶, la quantità di cellule, lo spazio (o il luogo)⁷⁷. Quanto al tipo di tutela, la sua intensità varia secondo la logica dei cerchi concentrici: il massimo di tutela spetterebbe al nato⁷⁸, tutela analoga al feto sano dopo i primi tre mesi di gestazione; nei primi tre mesi di gestazione il feto ha diritto alla vita ma la madre può disporre di tale diritto solo che si sia sottoposta all'onere di chiedere la consulenza del medico (*Beratungspflicht*); all'embrione *in vitro* spetta una tutela minima, mentre nessuna tutela spetta all'embrione *in vivo* prima dell'impianto, a motivo della legalizzazione della cd. "pillola del giorno dopo"⁷⁹; in altre parole, l'embrione *in vitro* avrebbe un diritto alla vita che, non essendo espressione di una piena dignità umana - cosa che renderebbe impossibile ogni bilanciamento - può essere bilanciato con altri interessi particolarmente importanti;

⁷³ Si configura in tale modo "quel grande supermercato delle opzioni individuali" temuto anche dai filosofi lontani ad visione metafisiche ed ontologiche. Si vedano le riflessioni di Vattimo in GIRARD, VATTIMO, *loc. cit.*, p. XIX.

⁷⁴ Va detto, tuttavia, che sulla dignità umana del feto non paiono esserci dubbi: essa spetta a costui ma vi è un rapporto talmente particolare con la madre data la dimensione simbiotica del corpo dell'uno con il corpo dell'altra da impedire che tale dignità sia difesa dall'ordinamento in modo efficace, cioè tramite una sanzione penale; e pertanto l'unica forma di tutela della dignità umana del feto che l'ordinamento può prendersi la responsabilità di imporre è la richiesta alla madre di sentire dei consulenti prima di prendere la propria decisione (*Beratungspflicht*). Tutto questo non sembra intaccare la affermazione cardine della Corte Costituzionale secondo cui "Wo menschliches Leben existiert, .. kommt ihm Menschenwürde zu" (sentenze sull'aborto del 1975 – BVerfGE 39, 1,41- e del 1993 – BVerfGE 88, 203, 252) (ma anche, come ha detto la Corte nella prima sentenza, quella del 1975, "Das menschliche Leben ... ist die vitale Basis der Menschenwürde" – 39, 1, 42). Sulla giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di aborto v. M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunita. Con la traduzione integrale della sentenza 28 maggio 1993 del Tribunale Costituzionale Federale*, Giuffrè, Milano 1996.

Un'osservazione interessante per il dibattito italiano, fatta propria anche dai gradualisti, è che la giurisprudenza sull'aborto non può essere applicata per analogia per identificare lo status costituzionale dell'embrione *in vitro* visto che nel caso dell'aborto si dice che la possibilità di "uccidere" la vita nascente è applicata solo alla particolare ed unica relazione che lega la madre al figlio (einzigtartige Verbindung von Mutter und Kind) tale per cui non si può esigere che la donna presti il suo corpo – cioè il suo essere per generare; l'aborto viene dunque concepito non come diritto ma come eccezione motivata in fatto (questo deriva dalla forte tendenza presente nella Corte costituzionale a non creare le condizioni per la cd. slippery slope) che ovviamente non esiste nel caso dell'embrione *in vitro* visto che il rapporto tra l'embrione *in vitro* usato per ricerca e il paziente che si aspetta il beneficio dalla ricerca sulle di lui cellule staminali non assomiglia per nulla a quello tra madre e figlio. Di qui le incertezze che danno luogo al dibattito in materia.

E, infine, sulla garanzia della dignità umana dell'embrione *in vitro*, quanto si afferma è che la Corte Costituzionale ha coscientemente evitato di pronunciarsi, il che ha dato modo alla dottrina di aprire il dibattito in merito allo *Zeitpunkt* a partire dal quale tale tutela va posta in essere, anche se gli stessi gradualisti affermano che vi sono *dicta* che sembrerebbero indicare una certa tendenza della Corte a ricomprendere anche l'embrione *in vitro* nel novero dei soggetti cui spetta la tutela costituzionale della loro dignità in quanto appartenenti alla specie umana.

⁷⁵ JARRASS, in JARRASS, PIEROTH, *Grundgesetz*, 6.ed, 2002, Art. 1, N. 6 in connessione con Art. 2, n. 64 ("è necessaria una *zeitliche Differenzierung*..."). La soglia dei 14 giorni è stata quella identificata in modo convenzionale dal Warnock Report. V. supra, nota 4.

⁷⁶ ZIPPELIUS, in DOLZER, VOGER (a cura di), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 1, comma 1, n. 2, N. 51 (1995) espressione della tendenza a far dipendere l'estensione della garanzia della dignità umana all'embrione nella misura del suo approssimarsi all'immagine di uomo, cioè dall'aspetto.

⁷⁷ Vi sarebbe infatti una diversità tra embrione *in vivo* ed embrione *in vitro* essendo diverso il fatto di trovarsi in utero e fuori dallo stesso. Questo indicatore legato al luogo è significativo per DEDERER, *Menschenwürde des Embryos in vitro?*, in *Archiv fuer Oeffentliches Recht* 2002, 1,6.

⁷⁸ Alcuni autori sostengono che la tutela della dignità umana spetti solo al nato con esclusione di tutte le fasi precedenti; v. in proposito DREIER, *Grundgesetz*, vol.1, 1996, Art. 1, I, n. 51/59

⁷⁹ Come è noto, in Germania, è consentito fare ricerca sugli embrioni ma solo se questi sono stati prodotti prima dell'entrata in vigore della legge sulle cellule staminali (*Stammzellgesetz*).

tale operazione deve però mantenere i caratteri della eccezionalità e non scadere in un bilanciamento puro e semplice e incondizionato (*nicht beliebig abwägbar*).

3. Perché può essere ragionevole equiparare l'embrione al nato? Ovvero qualche riflessione sull'esistenza dell'essere umano *in quanto tale*.

Esposte le argomentazioni delle due parti in causa, come procedere a valutarne la consistenza e a compiere la scelta di campo?

C'è più di una motivazione razionale che può indurre a considerare l'embrione un essere umano a tutti gli effetti, titolare dei diritti che gli competono in virtù del proprio stato, quali, essenzialmente, il diritto alla vita e al mantenimento della propria identità cromosomica.

Prendiamo in considerazione un punto di partenza che è del tutto familiare al mondo del diritto: il principio di eguaglianza. Esso asserisce che tutti gli uomini sono eguali di fronte alla legge. Se considerato con attenzione, questo enunciato normativo non manca di mostrare o la sua totale irragionevolezza o una sua radicale ed ultima sapienza: come è possibile infatti che non si percepisca come irragionevole che miliardi di esseri umani che hanno vissuto per milioni di anni abbiano in se un *quid* strutturale che li identifica come uomini nonostante le differenze culturali ma anche fisiche, razziali, linguistiche e spirituali? Che cosa è quel *quid* che caratterizza l'essere umano e consente di qualificarlo come eguale a tutti gli altri esseri umani mentre ne conosciamo l'unicità e l'irripetibilità, cioè il suo essere inevitabilmente *persona*? Fosse la legge a rendere eguali gli uomini, essa avrebbe allora anche il potere di renderli diseguali. La speculazione filosofica ci dice, invece, che l'uomo è l'universale-particolare⁸⁰ dove si manifesta, al di là dei singoli uomini, "una soglia, uno stile, un nucleo comune che caratterizza l'umano come tale"⁸¹.

Vi è dunque un *quid* che caratterizza l'umano? La risposta può certo essere negativa ma, se essa è positiva, allora ricomprendere in questo *quid* anche la più piccola espressione di questo *umano* non può essere contro la ragione, anzi ne valorizza la capacità di discernere il vero dentro l'apparenza e di porre in essere una istanza di giustizia; e, infatti, tutelare nell'embrione il carattere misterioso ma realmente esistente che lo identifica come individuo unico ed irripetibile pone l'ordinamento di fronte alla necessità di non venire mai meno alla sua vocazione garantista, quella per cui anche il debolissimo, colui che non si vede, colui che non ha forza per tutelarsi da sé trova nell'ordinamento stesso un baluardo contro il potere, la violenza ed il sopruso. Questa identificazione dell'embrione con l'uomo che sarà trova un suo possibile ancoraggio nell'esperienza: l'embrione è ciascuno di noi all'inizio della sua avventura umana in quanto la sua soppressione sarebbe equivalsa alla mia morte.

⁸⁰ Questa visione, secondo Derrida, è propria di Husserl, nel pensiero del quale "nessuna identità culturale si presenta come il corpo opaco di un idioma in traducibile bensì, viceversa, sempre come l'insostituibile iscrizione dell'universale nel singolare, come la testimonianza unica dell'essenza umana e del proprio dell'uomo". Citato da C. DI MARTINO, *loc. cit.*, p. 498.

⁸¹ Sulla universalità dell'uomo, in quanto tale, v. di recente Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano 2007, Cap. V).

Pertanto, solo garantendo questa tutela assoluta all’embrione in quanto uomo, in quanto *me stesso di ieri* inseparabile dal *me stesso di oggi*, uomo in atto (e non in potenza, essendo in potenza un bravo giurista anche il bambino di 10 anni), appartenente a tutti gli effetti alla specie umana, si può essere certi, nella logica del principio di precauzione, che essa ricomprenda per esteso il *quid* che caratterizza l’essere umano in quanto tale e che è indipendentemente delle caratteristiche quali-quantitative che distinguono un uomo da un altro⁸².

4. Se esiste una norma posta a presidio di principi assoluti, essa è anche razionale? Ovvero sui limiti della ragion pratica.

La tutela della dignità dell’uomo in tutte le sue dimensioni ed espressioni non può, secondo la visione qui esposta, essere bilanciata con altri interessi pur rilevanti per lo sviluppo dell’uomo e del mondo, ivi compresa la libertà della ricerca scientifica volta alla tutela della salute delle generazioni future, vista l’esistenza di ampi mezzi alternativi e non eticamente problematici⁸³ Ora, per dare l’assenso a questo principio etico anche dal punto di vista giuridico, è necessario che l’ordinamento preveda l’esistenza di norme che incarnano e tutelano principi assoluti e non bilanciabili, che li tutelano nella loro totalità, a cui non si può venire meno neppure in situazioni eccezionali.

Mentre il dibattito sul *quando* dell’inizio della vita è stato originato dal progresso scientifico innestato dalla biomedicina e dalla genetica, quello sulla presenza di norme irrinunciabili in un ordinamento costituzionale democratico e pluralistico ha sullo sfondo l’*escalation* del terrorismo fondamentalista, lo spettro ancora ben presente della catena di eventi iniziata l’11 settembre del 2001.

Questa discussione è molto interessante sia per valutare la razionalità di norme che per semplicità possiamo definire assolute, e che quindi si sottraggono alla logica della valutazione per costi/benefici, sia per mettere un luce uno dei tanti aspetti della relazione che intercorre tra diritto e

⁸² Si prescinde in questa sede dall’approfondire il tema, pur amplissimo, della non identificazione dell’essere umano in quanto appartenente alla specie con la persona, degna di tutela. Per un esame di tutte le teorie contrattualistiche e funzionaliste che sono state avanzate soprattutto in seno alla cultura anglosassone si veda C. KACZOR, *The Edge of Life. Human Dignity and Contemporary Bioethics*, Dordrecht, 2005. Qui si vuole soltanto richiamare una delle tante conseguenze che possono derivare dall’indenticare l’uomo con una delle sue caratteristiche (es. è uomo solo l’uomo sano). Esempio tipico di eugenismo è il cd. Protocollo di Groeningen, approvato in Olanda, che prevede la possibilità di interrompere la vita ai bambini che si presume avranno una scarsa qualità di vita perché dovranno convivere con patologie o disabilità a volte gravi. In tal modo si allinea la prassi dell’aborto volontario praticato in caso di malformazione fetale con la prassi di infanticidio selettivo. V.E.VERHAGEN, P.J.J. SAUER, *The Groenigen Protocol – Eutanasia in severly ill newborns*, in *New England Journal of Medicine*, 2005, 325 (10), p.959 – 962. Del resto, già Singer nel 1996, commentando in modo positivo il caso Baby Doe, aveva affermato che “l’ampio consenso che riscuote l’infanticidio medico ci suggerisce di non andare alla ricerca di punti in corrispondenza dei quali tracciare linee nette ma di accettare l’idea che lo sviluppo dell’essere umano è un processo continuativo che non offre linee di demarcazione netta tra gli stadi ma, possiamo aggiungere, lo stesso si deve dire dello sviluppo dello status morale dell’essere umano”.

⁸³ È ben noto infatti che la ricerca sulle cellule staminali, anche embrionali, può oggi essere compiuta senza distruggere embrioni ma prelevando tali cellule dal cordone ombelicale. È peraltro urgente provvedere all’istituzione delle banche del cordone ombelicale, che aiuterebbero tale pratica, garantendo tra l’altro che eventuali cure con staminali possano essere compiute su un individuo a partire dalle proprie cellule.

morale. Essa ha preso le mosse da un conferenza del 1992 di Niklas Luhmann⁸⁴ e da un esempio di scuola ivi messo a tema, l'esempio della bomba atomica a orologeria, innescata in un luogo segreto da un terrorista che viene poi fatto prigioniero. In quella sede ci si chiese se fosse possibile mettere sotto tortura tale persona per costringerlo a rivelare il luogo in cui è nascosta tale bomba; così impostata, la questione comportava quasi naturalmente una risposta affermativa e da tale risposta si desunse l'irrazionalità dell'esistenza di norme inviolabili come quella che discende dal rispetto della dignità umana e che impone il divieto di tortura; non sarebbe infatti stato ragionevole rinunciare in quel caso a compiere una corretta valutazione costi/benefici, connessa alla possibilità di salvarne molti (e innocenti) per risparmiarne uno (e pure colpevole).

Questa *lettura* dell'esempio serve a dimostrare che presumere l'esistenza di norme assolute come il divieto di tortura si rivela irrazionale rispetto alla ragion pratica di chi decide valutando e soppesando opposti interessi; essa dimostra altresì come vi possa essere una contraddizione insanabile tra diritto e morale poiché il diritto ha una funzione sociale, ad assolvere la quale l'etica intesa come processo razionale che valuta costi e benefici e sceglie secondo una pura logica di massimizzazione di questi ultimi, pur essendo utile in molti casi, in altri può essere di ostacolo. Sul piano delle conseguenze giuridiche, tale concezione mira a sostenere che il divieto può essere allentato e le relative modalità attuative costruite in modo da evitare gli abusi (prevedendo, ad esempio, il controllo televisivo del procedimento etc.⁸⁵)

Quale *controlettura* si può opporre a tale tesi? È stato proposto⁸⁶ di considerare la dignità umana alla stregua di un tabù, di una norma ultima che non può essere né relativizzata né attenuata. Il tabù può, come è noto dagli studi di antropologia, essere violato purché a tale violazione faccia seguito la relativa riparazione. In modo analogo si deve configurare la norma inviolabile: essa non può essere attenuata ma non per questo è irrazionale. La razionalità della norma che presidia principi che non patiscono eccezioni, che pure in taluni casi necessita di essere lesa, non è tanto la richiesta di una modifica formale della norma stessa ma la assunzione di responsabilità di chi, pur cosciente di violarla in modo formale e quindi di essere soggetto alla relativa sanzione, non si sottrae all'obbligo morale di violarla.

In tal modo, la razionalità intrinseca della norma assoluta resta preservata: si lascia intatto il principio e la norma che lo rappresenta. Resta preservata altresì la coerenza tra diritto e morale, ciascuno nel proprio ordine non violati nella loro ultima consistenza: il diritto conserva il suo fondamento e la sua integrità mentre la morale, che determina il comportamento affinché esso sia conforme alla coscienza, se da un lato impone all'uomo di osservare la legge dall'altro comporta che, *in extremis*, egli obbedisca alla sua coscienza. L'uomo può, ultimamente, assumersi le proprie responsabilità anche *contra lege* ma lo deve fare cosciente della propria scelta e dopo aver valutato di non avere nessun altro mezzo alternativo; così, diritto e morale, se correttamente intesi, non necessariamente coincidono ma si rafforzano a vicenda, ciascuno restando fedele alla vocazione sua

⁸⁴ Si tratta di una conferenza del 1992, tempo in cui la domanda sembrava assolutamente accademica: La conferenza è stata pubblicata in N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* 1993. Essa ha invece ripreso di attualità dopo l'11 settembre e il dibattito che ne è seguito su emergenza e terrorismo e al caso Daschner (v. infra, nota 84). La questione ha avuto risonanza anche sui giornali. V., tra i molti, W. HASSEMER, *Dann würde man auf eine schiefe Ebene geraten*, FAZ del 25.2.2003, p. 41, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Würde des Menschen war unantastbar*, FAZ del 3.9.2003, p. 33, H. J. PAPIER, *Das Grundgesetz ist eindeutig. Die Menschenwürde gilt absolut*, Die Zeit del 13.5.2003, p. 6, D. GRIMM, *Es gehts um Prinzipien*, SZ del 26.5.2004, p. 10.

⁸⁵ Cfr. W. BRUGGER, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingte Recht auf Folter?*, in JZ 2000, p.165 ss.

propria, il primo di regolamentare i fenomeni sociali la seconda di governare il comportamento del singolo. E, invero, la persistenza della sanzione sul piano oggettivo unita al rischio soggettivo di vedersela comminare fanno sì che le eventuali violazioni dovute a circostanze eccezionali non degenerino in una generalizzata diminuzione della percezione del valore che la norma garantisce e la sanzione protegge.

Detto in concreto, se effettivamente succedesse che la tortura di un solo uomo fosse l'unico modo per salvare la moltitudine da una catastrofe certa, essa potrebbe essere messa in atto dal singolo attore la cui azione tuttavia non è "consentita" dalla norma e resta sottoposta all'accertamento della verità tramite il processo⁸⁷; egli pertanto agisce sapendo di commettere una violazione della legge e di poter essere sanzionato ma, proprio per questo, sarà indotto al comportamento anti-giuridico solo se effettivamente convinto di avere una intrinseca giustificazione morale e una effettiva/impellente necessità di agire da valutarsi anche nell'ottica del rischio della sanzione⁸⁸. Senza rischio di sanzione e quindi con la garanzia di una immunità *a priori* il rischio di una degenerazione del valore in gioco, in questo caso della dignità umana, finisce per essere più forte del beneficio che si ottiene allentando la norma assoluta e aprendo la norma relativizzata alla ridda delle interpretazioni sia dei singoli operatori che dei giudici chiamati a farla rispettare.

E, invero, nel caso della tortura, che in Israele è stata considerata in un primo tempo costituzionalmente accettabile in nome della sopravvivenza dello Stato di Israele, dunque una ragion di stato particolarmente gravosa, a fronte di abusi e applicazioni inopportune è stata poi dichiarata costituzionalmente illegittima⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. R. POSCHER, *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, in JZ 2004, p.765.

⁸⁷ Può sembrare un caso di scuola mentre si tratta di un caso effettivamente accaduto. Il vicecapo della polizia di Francoforte, Daschner, ha minacciato il sequestratore del figlio del banchiere Jacob von Metzler di farlo torturare se non avesse rivelato il nascondiglio della vittima; questi confessò, senza bisogno di tortura, ma il figlio fu rinvenuto quando era già morto. Il poliziotto fu condannato con molte attenuanti. Sulla vicenda e sulla discussione che ne è seguita v. da ultimo J.F. LINDNER, *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, in DöV 2006, p. 577.

⁸⁸ In modo analogo alcuni ragionano nei confronti degli atti eutanasi che talora vengono posti in essere e la cui giustificazione viene ricercata in una presunta *pietas*, più forte della norma. Scrive D'Agostino: "Nei limiti in cui si cura delle azioni, in cui le tipicizza, il diritto tende a misconoscere o addirittura a fraintendere le azioni non tipicizzabili: le azioni eccezionali, indotte da evenienze causali imprevedibili (caso fortuito), da forza maggiore (*necessitas non habet legem*), o anche, aggiungerei, da quella grazia che soffia dove vuole e induce gli uomini ad azioni non riconducibili alle normali schematizzazioni dell'esistenza quotidiana (si potrebbe quasi dire: *caritas non habet legem*). Sta qui il nocciolo di verità della tesi che [...] vede nell'eutanasia un evento-limite, che dovrebbe sfuggire ad ogni regolamentazione proprio perché affonda le sue radici in una dimensione (la pietà) della quale è perfino difficile parlare [...] Anche in questo caso sembra che la legge debba tacere: *pietas non habet legem*. Può però questa osservazione valere come argomento per una depenalizzazione degli omicidi eutanasi? Paradossalmente, proprio la loro perseguibilità penale ci garantisce della realtà della pietas che muove alcuni assassini; depenalizzando l'eutanasia, non sapremmo più se quel certo atto eutanasi sia stato motivato da reale pietà per il sofferente o da altri, meno nobili, motivi. E comunque è facile osservare che mai coloro che veramente hanno ucciso per pietà hanno poi preteso l'impunità per le loro azioni". F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, op. cit., p. 226-227.

⁸⁹ Corte Suprema di Israele, *Issa Ali Batate et al. v. The General Security Service et al.*, del 6 settembre 1999, in www.court.gov.il/mishpat/html/en/verdict/judgement.rtf. Con questa sentenza la Corte Suprema israeliana si pronunciò sull'uso, da parte dei membri del Gss (General Security Service), di sistemi di coercizione fisica durante l'interrogatorio di indiziati di reato (terrorismo) che venivano indotti a confessare mediante tecniche "usuali" che tuttavia potevano provocare gravi danni fisici. La Corte cercò di bilanciare due esigenze fondamentali quali la dignità umana della persona fisica e la vita da proteggere rispetto a possibili attentati terroristici e concluse che i Gss non avevano il potere di ricorrere a tali mezzi di "pressione fisica", ancorché in situazioni di emergenza e ciò non tanto sulla base dei principi della *Basic Law: Human Dignity and Liberty* del 1992 ma perché alle forze dell'ordine, tra cui anche i Gss, era vietato per legge l'uso della violenza nei confronti degli indagati. Sul punto cfr. P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006, ed ivi pp. 268-270.

Questa visione assolutistica stata fatta propria della Corte Costituzionale federale nella sentenza sulla *Luftsicherungsgesetz*, che ha dichiarato l'incostituzionalità di tale legge sulla base del principio secondo cui l'art. 1 del GG non contempla la possibilità di violare la dignità umana e il connesso diritto alla vita neppure in casi di attacco terroristico tramite dirottamento⁹⁰. A tale sentenza la dottrina ha attribuito il dovuto riconoscimento come una sentenza che ha reindividuato con chiarezza i fondamenti della convivenza di un popolo o, come è stata definita, la riaffermazione della imprescindibile ricerca dell'assoluto che caratterizza anche le società più secolarizzate⁹¹; la Corte, ancora una volta, non è entrata in merito alle questioni bioetiche ma, tramite la sentenza citata, ha lasciato intravedere la sua naturale ritrosia ad attenuare il rigore della norma che tutela la dignità umana⁹². Analoga ritrosia si rinviene in giurisdizioni, quale ad esempio in Francia, in cui si è considerato contrario alla dignità umana il noto *lancio del nano* o che ha negato il risarcimento del danno ad un testimone di Geova che aveva subito una trasfusione di sangue durante un intervento chirurgico visto che il medico aveva agito in modo appropriato e assolvendo al suo dovere di tutelare la salute del paziente, più rilevante del rispetto dovuto al paziente stesso che non aveva dato il suo consenso a tale pratica.

5. La tutela incondizionata della dignità umana è propria solo di chi ha riferimenti religiosi?

Ciò posto, è stato messo in luce come, proprio a partire dai casi citati (e poi anche dalle carte internazionali e costituzionali che hanno come *tête de chapitre* la tutela della dignità umana) la tutela della dignità umana travalichi la mera percezione soggettiva di quanto sia conforme alla propria dignità; benché questo sia un aspetto fondamentale di tale diritto, esso non è l'unico. Accanto all'aspetto soggettivo che consiste nel determinare autonomamente in che cosa consista la propria dignità e quali conseguenze ne debba trarre l'ordinamento in termini di non intrusione nella propria sfera intima, delle proprie convinzioni religiose, morali e politiche, esiste un aspetto oggettivo, secondo cui appartenere alla specie umana comporta la responsabilità di sottoporre le proprie idee agli standards che si devono applicare all'umanità nel suo insieme e consentire che esse possano in taluni casi essere considerate più importanti delle proprie preferenze⁹³.

⁹⁰ NJW 2003, 1303, 1304 (“die Menschenwürde als Fundament aller Grundrechte mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig ist”); ivi si stabilisce che non rileva lo scopo dell'atto né l'effettiva violazione dal parte della stesso perchè la mera esistenza dell'atto dello Stato (in questo caso la legge) è una violazione della dignità umana. Questa visione vale essenzialmente per i vivi che non possono essere né torturati, né ridotti in schiavitù né uccisi per procurare organi per i trapianti. In tal caso infatti si viene meno alla famosa formula di Dürig il quale, commentando la Costituzione all'indomani della sua emanazione – 1956 – aveva affermato che l'uomo non può mai divenire oggetto, semplice mezzo o grandezza misurabile per l'attività dei pubblici poteri. Cfr. DÜRIG, AoR 85, 1956, 117,127.

⁹¹ Cfr. J. ISENSEE, *Menschenwürde: die saekulare Gesellschaft auf der suche nach dem Absoluten*, in AoR 2006, p.175 ss.

⁹² Per una lettura più approfondita della sentenza, v. M. GENNUSA, *La dignità umana e le sue anime. Spunti alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in Z. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, EDI, Napoli 2006, p. 189 ss.

⁹³ Così, D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value*, Public Law, Winter 1999, p.682 (701).

Se così è, allora – come è stato anche messo in evidenza nel precedente paragrafo - non pare esservi un contrasto tra l'esistenza di norme *assolute* e scelte *razionali* cosicché esse hanno diritto di cittadinanza in seno ad un ordinamento senza che la sua intima coerenza risulti scardinata. E il settore che attiene alla bioetica e quindi alla regolamentazione dei contesti relativi alla vita umana è quello che meglio si presta a recepire tali scelte, in nome di una tutela della dignità umana, la cui rilevanza per l'intera cultura giuridica moderna non può essere messa in dubbio⁹⁴.

Ed è ancora in questo contesto che si palesa la poca attendibilità di una contrapposizione tra visione *laica* e presunta visione *cattolica/religiosa/fideistica* del valore della vita. Come è noto, uno dei più accreditati rappresentanti del mondo laico, Jürgen Habermas, nel suo libro su *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, mette in guardia contro una relativizzazione delle norme che proteggono la vita umana fin dal suo sorgere. Con argomenti razionali e non teologici o metafisici egli sostiene infatti che se vi sarà chi potrà determinare le caratteristiche genetiche della vita di una persona, da quelle più banali a quelle più sostanziali, si perderà la base ontologica che determina l'eguaglianza tra gli uomini e la loro eguale dignità⁹⁵; la scienza e la tecnica, nel loro pur lodevole tentativo di perseguire la perfezione (la cd. utopia dell'uomo perfetto) possono in questo momento, se non correttamente orientate, prendere il timone della barca su cui naviga la storia dell'umanità dirigendola verso una meta non chiara ma che si profila come il mondo della più perfetta ingiustizia. A differenza di quanto avveniva nel secolo scorso, oggi – sempre secondo Habermas – la più vera alleata nella difesa dell'umano e della ragione non sarebbe più la scienza ma la realtà delle religioni intese come realtà portatrici di orizzonti di senso pienamente traducibili dal linguaggio religioso in un linguaggio razionale condiviso; ad esempio, l'enfatizzazione del concetto di dignità umana, con la sua forza evocativa e fondativa, altro non sarebbe se non la traduzione laica del concetto di uomo come creatura di Dio⁹⁶ e come tale va conservato, riproponendo pur in forma diversa, la domanda di assoluto che ivi alberga e che mira a contrastare i tentativi di riduzione dell'uomo indotti da una scienza che pretende di determinare estensione e contenuto della "natura" umana per affermare, ultimamente, il potere manipolativo dell'uomo sull'uomo⁹⁷.

Di qui la necessità da un lato di riconoscere i limiti della ragione scientifica e, dall'altro, di ricentrare la ricerca religiosa a partire dal tema della ragione da riportarsi alla sua dimensione originaria, quella secondo cui la *ratio* non è opposta alla *fides* bensì alla mera casualità, al caso

⁹⁴ G. BOGNETTI, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in G. NOLTE (a cura di), *European and US constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005, ed *ivi* p. 79: "dopo i drammatici eventi della seconda guerra mondiale ci fu una latente ma diffusa sensazione che nessuna delle teorie in circolazione concernenti i fondamenti dei diritti umani fosse pienamente soddisfacente. Tutte queste teorie avevano una base filosofica debole o non difendevano sufficientemente i diritti, quasi per allontanare la possibilità che le peggiori esperienze recentemente accadute potessero ritornare. L'idea che incominciò ad emergere fu l'unica valida, la giustificazione ultima dell'esistenza di diritti inviolabili doveva essere trovata nella qualità intrinseca dell'essere umano come soggetto distinto nel mezzo del complesso universo, nella speciale forma della dignità dell'uomo".

⁹⁵ J. HABERMAS, *I rischi di una genetica liberale. La discussione sull'autocomprensione etica del genere*, in *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino 2002, p. 62-67.

⁹⁶ Come è stato detto, "Una rinuncia alla dignità umana come principio centrale del nostro ordinamento giuridico non sarebbe [...] un'opzione ragionevole. [...] Io non mi posso rappresentare un ancoraggio più profondo e una tutela più decisa di una cultura amica dell'essere umano e dei diritti dell'essere umano della credenza secondo la quale ogni nato da femmina sia sotto lo sguardo e nelle mani di un dio amoroso e pietoso – non come parte di una quantità o come essere appartenente a un genere ma come persona nella sua unicità e straordinarietà. Finché una tale credenza ha forza, l'intoccabilità della persona si rifà a Dio e trae il suo valore e la sua sopravvivenza da questa fonte suprema. Se tale credenza, come da noi, perde la sua forza, resta tuttavia un riverbero della tradizione forte di immagini che, seppur diffusamente, incide sulle nostre rappresentazioni dell'essere umano". W. HASSEMER, *loc. cit.*, p. 135.

⁹⁷ J. HABERMAS, *Fede e sapere*, in *Il futuro della natura umana*, *op. cit.*, pp. 106-112.

come *alter ego* del senso⁹⁸. Da ciò si può desumere come il contrasto non sia tra fede e ragione, laico o religioso o altro ma tra diverse concezioni di ragione, una aperta al contributo di senso che possono offrire le esperienze ed i fenomeni religiosi ed una che afferma invece la sua piena autonomia nel determinare essa stessa il senso.

IV. UNA RAGIONE CHE NON CESSA DI INTERROGARSI SUL SENSO DELLA DIGNITA' UMANA.

Emerge dalle pagine che precedono come l'applicazione di tecnologie sempre più avanzate alla vita dell'uomo suscita una serie di problemi che stanno obbligando laici e cattolici ad intensificare la riflessione sui grandi temi della filosofia occidentale, quali quelli relativi al rapporto tra particolare e universale, al nesso tra l'essere e il divenire, alla ricerca del senso e del destino dell'uomo.

A tale riflessione – che ora assume accenti conflittuali⁹⁹ ora si sviluppa in forma di dialogo¹⁰⁰ - non può restare estraneo il diritto. Al contrario, quest'ultimo – in quanto elemento intersistemico, per stare alla definizione di Luhmann, che “trae la sua legittimazione funzionale dal rapporto di interazione genetica tra sottosistema giuridico e mondo della vita” – deve guardare al dibattito odierno se vuole mantenere fede alla sua natura di scienza pratica ma anche di scienza umana, che trova i suoi moti ispiratori in una ontologia spesso sottaciuta ma inevitabilmente presente.

Questa vocazione umanistica del diritto mi sembra sia ben documentata dal caso – riferito dal Digesto – della regolamentazione giuridica del frutto del grembo di una schiava data in usufrutto¹⁰¹. Come è noto, per il diritto romano l'usufruttuario poteva usare della cosa e trarne i frutti, cosicché ad esso spettavano, ad esempio, la lana della pecora o gli agnelli che la pecora stessa aveva generato durante il periodo dell'usufrutto. Ora, come è altrettanto noto, anche gli schiavi erano *res*; nonostante ciò, quel ordinamento non ha potuto esimersi dal porsi la domanda se il figlio della schiava diventasse proprietà dell'usufruttuario (al pari di ogni altra *res*) o tornasse nel possesso del padrone della madre. Perché questo? Perché – mi pare di poter dire – non manca mai negli

⁹⁸ Afferma Habermas in un passo interessante quanto poco citato del suo dialogo con Joseph Ratzinger che la ragione, spinta al suo estremo, percepisce l'esistenza di un altro da sé. Egli afferma infatti che “la ragione che riflette sulle proprie radici più profonde si scopre originata da una istanza altra, della quale è costretta a riconoscere il fatale potere, se non vuole perdere il proprio orientamento razionale nel vicolo cieco di un'auto-appropriazione ibrida”. Cfr. J. HABERMAS, J. RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo, Le idee di Benedetto XVI a confronto con un grande filosofo*, Marsilio, Venezia, 2005, p. 54.

⁹⁹ L. KASS, *Science, Religion and the Human Future*, in *Commentary*, April 2007, p. 36.

¹⁰⁰ Basti pensare ai dialoghi tra Ratzinger e Habermas, tra Girard e Vattimo, tra Scola e Rusconi per comprendere come l'era del dialogo è più che mai presente e con essa anche l'etica del dialogo, che tuttavia non comporta necessariamente l'elogio del dubbio. V. invece, le conclusioni di M.J. PERRY su questo tema, secondo cui “We must be willing to let our convictions be tested in ecumenical dialogue with others who do not share them. We must let our selves be tested, in ecumenical dialogue, by convictions we do not share [...]. If necessary, we must revise our convictions until they are credible to ourselves, if not always or even often to our interlocutors. We must be willing to lend credibility to our convictions by being faithful to them in our lives and not merely in our polemics. We must resist and seek to transform a politics that represses, by marginalizing or privatizing, questions of human authenticity”. M.J. PERRY, *op. cit.*, p. 183.

¹⁰¹ V. M.P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Giappichelli, Torino 2006.

osservatori dei fenomeni sociali e del fenomeno umano in particolare, la percezione di essere di fronte a una realtà i cui elementi non sono definibili nella loro interezza.

L'uomo ha in sé un *quid* che non può essere ricondotto alla somma dei suoi antecedenti o all'insieme dei suoi fattori costitutivi, qualcosa che, in ultima analisi, sfugge ai legislatori e ai giudici in ogni ordinamento e in ogni tempo. Facendo un salto temporale di qualche millennio rispetto al caso ora ricordato, anche oggi infatti i tribunali di ultima istanza o i tribunali internazionali, che pure hanno il compito di garantire i diritti fondamentali, esitano ad entrare nel merito del tema della nascita (caso Vo)¹⁰² e della morte (caso Pretty)¹⁰³. Oltre ad essere elevato a simbolo di relativismo o di incapacità dell'ordinamento di dare risposte chiare ai problemi ultimi che muovono lo spirito dell'uomo verso la ricerca del vero e del bene, questo fenomeno, guardato da un diverso angolo di visuale, può essere segno della problematicità ancora aperta di tali ardue questioni, problematicità che consente alla società civile e alla politica di continuare ad interrogarsi.

Ora, quali sono gli argomenti che meglio preservano l'evidenziata irriducibilità della natura umana? Quelli avanzati da coloro che pensano di controllarne tramite scienza e tecnologia i processi di produzione e di rottamazione¹⁰⁴ alla stregua di qualsiasi altro prodotto materiale, o quelli di chi tenta di identificare dei principi e delle regole giuridiche che non pregiudichino quell'ultima indeterminatezza? Il presente intervento è stato pensato per documentare la praticabilità di questa seconda strada, come quella che consente al legislatore di non arrendersi ad una scienza adespota e di valutarne i progressi secondo principi razionali¹⁰⁵ e criteri morali¹⁰⁶ salvando nella sua interezza il principio della dignità umana.

Come è stato detto, “la protezione della dignità umana è il nocciolo personale della Costituzione, essa appartiene alla cultura della vecchia Europa, radicata profondamente nella tradizione del

¹⁰²Corte Europea dei diritti dell'uomo, sent. del 8 luglio 2004, Ric. N. 53924/2000, *Vo c. Francia*. Il caso concerne l'applicabilità dell'articolo 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ad un feto di 5 mesi in gestazione nel 1991 allorché lo stesso a causa di un errore medico veniva “abortito” e il medico rimaneva, secondo la legge nazionale francese, impunito dal punto di vista penale non essendo previsto l'omicidio colposo per aver causato la morte di un feto. La Corte di Strasburgo, adita dalla signora Vo, si astenne dal definire lo status giuridico del feto e non chiarì se lo stesso dovesse considerarsi titolare di quel diritto alla vita sancito in Convenzione ma rimandò al margine di apprezzamento degli Stati. A commento di questo caso tra i molti si segnalano: T. GOLMAN, *Vo v. France and foetal rights: the decision not to decide*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2005 vol. 18, pp. 277-282; A. PLOMER, *Foetal right? The case of Vo v. France*, in *Human Rights Law Review*, 2005, 5, 2, pp. 311-338; J. PICHON, *Does the unborn child have a right to live? The insufficient answer of the European Court of Human Rights in the judgment Vo v. France*, in *German Law Review*, Vol. 7, 4, 2006; L. VIOLINI, A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, cit., p. 218-222.

¹⁰³Cfr. *The Queen on the application of Mrs Diane Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, House of Lord, sentenza del 29 novembre 2001 e Corte Europea dei diritti dell'uomo, sent. del 29 aprile 2002, Ric. N. 2346/2002, *Pretty c. Regno Unito*. In estrema sintesi: il giudice nazionale ha negato al marito della signora Pretty il permesso di porre fine alla vita della moglie, malata di una malattia neurologica degenerativa, perché l'azione che avrebbe condotto alla morte della stessa non consisteva in un mero spegnimento della macchina ma in un intervento attivo del marito stesso. Dal canto suo, la Corte di Strasburgo adita dalla stessa signora Pretty, non ha riconosciuto alcuna violazione della Convenzione e ha rigettato la domanda della ricorrente: la Corte non si considerava legittimata a modificare la decisione del giudice nazionale in una materia strettamente connessa con concetti quali la vita e la morte.

¹⁰⁴In una recente intervista a Peter Singer è stato chiesto se vi fosse qualcosa di eticamente inaccettabile se dei genitori concepissero un figlio al solo scopo di produrre organi da trapiantare in un altro figlio malato dopo averlo eliminato. La risposta è stata negativa. Riferito da L. KASS, *A More Perfect Human: The Promise and the Peril of Modern Science*, Conferenza tenuta allo United States Holocaust Memorial Museum il 17 Marzo 2005.

¹⁰⁵See M. NOVACK, *The Universal Hunger for Liberty: Why the Clash of Civilizations is not Inevitable*, Basic Books, Toronto, 2004.

¹⁰⁶B. J.F. LONERGAN, *Insight: A Study of Human Understanding*, Harper & Row, 1978, in part. Cap. XIII).

Cristianesimo e nell'antropologia politica dell'illuminismo". Tuttavia, "che cosa sia dignità umana, che cosa essa significhi, quale parte di realtà essa comprenda, in quale rapporto stia con altri principi fondamentali, come si modifichi e si rappresenti seguendo la storia del genere umano o invece opponendovisi: tutto questo si sa non appena si sia argomentato con il concetto di dignità umana. Prima si possono solo fare delle affermazioni o delle professioni di fede. E per quanto non sia facile argomentare sulla base di questo principio e sia invece assai più agevole limitarsi a richiamarlo come elemento di appoggio a tesi già costruite, ciò è tuttavia quanto mai necessario e richiede, affinché esso sia adeguatamente onorato e rafforzato, che si proceda con la massima accuratezza argomentativa, includendo nel discorso non solo principi e diritti ma tutta la compagine fattuale che ad essi fa da sfondo e dà concretezza ad ogni nostro riflettere ed agire"¹⁰⁷.

¹⁰⁷ W. HASSEMER, *loc. cit.*, p. 136 ss.