



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2009
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

7



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno III - n. 1-2009
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Il conflitto tra norma giuridica e norma morale, problema della bioetica

PAOLO DI MARZIO

1. *Bioetica, norma giuridica e norma morale**

Uno dei problemi fondamentali che ogni individuo si trova a dover affrontare, fin dall'adolescenza, consiste nella scelta dei codici comportamentali da adottare nel disciplinare la propria condotta. Sebbene il diritto cerchi spesso di proporsi come l'unico insieme di regole da rispettare, infatti, nella realtà i codici di condotta seguiti dalle persone si rivelano essere molteplici. Nella complessa società moderna, del resto, pure i Paesi nei quali si ritiene di poter considerare una legge positiva le prescrizioni di una religione rivelata, ad esempio, non possono ugualmente rinunciare ad una propria produzione normativa. Ancora, si può dire che quasi ogni gruppo organizzato avente finalità non solo religiose ma anche solidaristiche, filantropiche e così via, richiede ai suoi aderenti di orientare la propria condotta nel rispetto di alcune regole.

Nasce allora il problema del conflitto di lealtà che si ingenera nell'individuo quando la norma del diritto entra in contrasto con la prescrizione contraddittoria dettata dalla regola prevista dal gruppo di appartenenza.

Naturalmente l'individuo può decidere di non aderire ad alcun gruppo dotato di un proprio codice di condotta, e neppure avere l'intenzione di elaborare un proprio codice comportamentale che possa entrare in conflitto con le norme dell'ordinamento giuridico, ma rimane comunque portatore di una propria concezione morale. Anche in questo caso, pertanto, è ancora possibile che nell'orientare la propria condotta il singolo si trovi talora costretto a scegliere tra il comando del diritto e quello, in ipotesi contraddittorio, che gli proviene dalla sua concezione morale. Ovviamente un simile conflitto non

* Il presente lavoro riprende precedenti riflessioni e sintetizza i contenuti della relazione proposta il 27.4.2007 per il Master Universitario di II livello in "Bioetica e deontologia professionale", organizzato dal Dipartimento di teoria e storia del diritto e della politica dell'Università di Salerno.

sussisterebbe qualora la norma giuridica e la norma morale dovessero sempre coincidere, ma questo non è possibile, fosse solo perché mentre può esistere un unico diritto, l'esperienza insegna che i codici morali seguiti in ogni momento storico, anche nel medesimo ambito territoriale, sono una pluralità¹.

Anche nell'intento di ridurre i contrasti tra i comandi del diritto e quelli della morale, facendo sì che i primi siano sempre ispirati ai principi più ampiamente condivisi della seconda, negli ultimi lustri si sono intensificati gli studi in materia di bioetica.

La bioetica è stata definita come la materia che studia con approccio sistematico la condotta umana nell'area della scienza della vita e della cura della salute, alla luce dei valori e dei principi morali².

Nell'ambito della dottrina italiana si è preferito definire la bioetica come la "connessione interdisciplinare fra i diversi apporti che ad essa provengono dalla scienza biologica e medica, dalla filosofia etica, dalla regolamentazione giuridica"³. Pur diverse tra loro, le ricordate definizioni sintetizzano entrambe profili essenziali della bioetica, e risultano ambedue utili al fine di individuare il suo oggetto di studio.

Forse è però possibile parlare più semplice, e dire che la bioetica è la materia che studia l'etica della vita, che cerca cioè di analizzare come possa viverci in conformità con i principi della morale, pertanto in modo virtuoso, senza arrecare alcun danno ingiusto agli altri, e neppure a sé stessi.

Tenuto conto del suo oggetto, deve senz'altro condividersi l'opinione che lo studio della bioetica debba essere condotto valendosi del contributo che ad esso sono in grado di offrire scienze diverse⁴. Nondimeno sembra possibile affermare che l'analisi delle problematiche poste dalla bioetica assume caratteri peculiari, quando è intrapresa dal giurista al fine di valutare il contributo che

¹ Anche a prescindere dalla constatazione che la storia del diritto offre, nel passato come nell'attualità, numerosi esempi della contemporanea vigenza di una pluralità di ordinamenti giuridici diversi negli stessi luoghi.

² Cfr. *Encyclopedia of Bioethics*, a cura di WARREN THOMAS REICH, The Free Press, New York, 1978, XIX.

Per una rassegna delle diverse definizioni dettate per individuare l'oggetto di studio della bioetica, cfr. ADRIANO BOMPIANI, *Bioetica nell'etica sanitaria*, in *La bioetica. Profili culturali, sociali, politici e giuridici*, a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE e LAURA PALAZZANI, Quaderni Università LUMSA-Studium, Roma, 1997, p. 83 ss.; e ANTONINO DRAGO, *Etica e scienza: una fondazione comune, secondo una visione pluralista*, in *Bioetica e diritti dell'uomo* a cura di Lorenzo Chieffi, Paravia, Torino, 2000, p. 320 ss.

³ VITTORIO FROSINI, voce *Bioetica*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Appendice 2000, Istituto Enciclopedia italiana-Treccani, Roma, p. 209.

⁴ Cfr. ADRIANO BOMPIANI, *Bioetica nell'etica sanitaria ... cit.*, p. 86; e LORENZO CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell'uomo, cit.*, p. XI.

la scienza in questione può offrire per il progresso dell'ordinamento giuridico. In tale ambito, inoltre, le rigide contrapposizioni tra scuole di pensiero rischiano di risultare di ostacolo all'evoluzione del diritto e perciò alla piena realizzazione del suo obiettivo di assicurare il rispetto dei principi della giustizia e tutelare, in tal modo, la dignità dell'uomo⁵.

L'ambito della fede religiosa è un tipico settore in cui i conflitti di lealtà possono risultare frequenti, ed è per questo che lo Stato, mediante i Concordati con la Chiesa cattolica e le Intese con le confessioni religiose di minoranza, ha previsto la possibilità di stipulare accordi che, anche in deroga al diritto comune, consentano ai fedeli di non violare i precetti della loro fede. Si pensi all'esenzione dei Ministri di culto dal prendere parte ad azioni di guerra, al rispetto della volontà degli israeliti di osservare il riposo settimanale nel giorno di sabato, e così via.

Merita però di essere precisato che la funzione delle Intese consiste nell'assicurare ai fedeli di una determinata confessione la riduzione dei conflitti di lealtà quando una determinata esigenza dipende dai precetti della fede cui aderiscono. Ad esempio, è consentito all'ebreo assumere l'impegno a dire la verità, nel corso del processo, indossando il suo classico copricapo, mentre la regola generale è nel senso che nelle aule di giustizia si deve stare a capo scoperto. Se il conflitto di lealtà non riguarda uno o più credi determinati, però, la facoltà di astenersi dal rispetto del diritto comune deve essere estesa a tutti, se non si vuole dare origine ad ingiustificate disparità di trattamento tra i sudditi. Ne discende che Concordati ed Intese non debbono risolversi in strumenti per introdurre regimi giuridici privilegiari, che consentano ad alcuni *subditi legum* di esercitare facoltà precluse a tutti gli altri.

Resta il fatto che non tutti i conflitti di lealtà possono essere evitati perché, come le confessioni religiose, anche lo Stato si fonda su un insieme di precetti che si assume siano fondati sull'etica, e per l'esattezza sulla morale condivisa in una data comunità in un determinato momento storico. Inoltre lo Stato, nel momento in cui vieta ai sudditi di farsi giustizia da sé, deve impegnarsi a garantirne la sicurezza. Ad esempio, l'ordinamento di quasi tutti gli Stati moderni occidentali, compreso il nostro, vieta di mostrarsi in pubblico camuffati. Diversamente alcuni ordinamenti religiosi, in particolare l'Islam, richiedono alle donne di indossare il velo. Quando questo assume forme particolari, il caso paradigmatico è il *burqa*, è chiaro che la persona la quale lo indossa diviene non riconoscibile. La questione è stata affrontata in Francia, ed in quel Paese

⁵ Cfr. FRANCESCO D'AGOSTINO, *Temi di bioetica nella Filosofia del diritto*, in *La Bioetica. Profili culturali, sociali, politici e giuridici ... cit.*, p. 105.

si è sostenuto debba prevalere il comando giuridico, per cui si è ritenuto di poter vietare alle studentesse di indossare un velo che ne nasconda l'identità. Il problema, evidentemente, è di quelli grossi, ed affannerà a lungo giuristi e teologi. In qualsiasi Stato, specie se non teocratico, il conflitto tra norma etica e norma giuridica costituisce un problema da affrontare.

In Italia, ove la fede cattolica è tradizionalmente maggioritaria, il problema è "complicato" dal fatto che il Pontefice vive ed esercita il suo magistero in un piccolo Stato ricavato nel cuore del territorio nazionale. Si tratta di uno dei non molti vanti che ci rimangono, ma ne deriva qualche problema ulteriore. Di recente Benedetto XVI ha pubblicamente insistito sulla necessità di prestare attenzione nella guida degli autoveicoli, in considerazione dei tanti, troppi, decessi che sono dovuti alla circolazione stradale. Nel corso di un radiogiornale che mi è capitato di ascoltare, trasmesso da un canale a diffusione nazionale, i due conduttori si domandavano se tra breve il Papa avrebbe dato consigli anche sulla organizzazione della vita quotidiana, lasciando intendere che tanto non gli competeva. Dove trova fondamento questa opinione? Il Pontefice è un'autorità morale ed un uomo libero, che deve poter manifestare le sue opinioni. Tutti rimangono liberi di accogliere o meno i suoi consigli. La malizia è spesso nelle orecchie di chi ascolta, piuttosto che nelle parole di chi esprime lealmente il proprio pensiero.

Del resto noi italiani non siamo sempre un popolo coerente. Quando, a seguito degli attentati dell'11 settembre, alcuni giornalisti chiesero a Norberto Bobbio un parere e questi non se la sentì di esprimerlo, dicendo di essere turbato e di sospendere il giudizio, è stato aspramente criticato, affermandosi che gli intellettuali devono offrire lumi ai cittadini. In questo caso, evidentemente, si riteneva che chi detiene un'autorità morale *non solo può* parlare liberamente, *ma addirittura deve* farlo.

2. Bioetica cattolica e bioetica laica

Incontra tuttora larghi consensi nella dottrina soprattutto italiana, la possibilità di definire i caratteri di una concezione bioetica cattolica, cui se ne contrapporrebbe una laica.

Operando il massimo sforzo di sintesi⁶, la bioetica cattolica sarebbe orientata alla ricerca della migliore tutela della persona umana in quanto valore.

⁶ Nella coscienza, pertanto, che ridurre in poche parole concetti complessi impone di rinunciare, quanto meno, alla completezza.

A quest'ultima dovrebbe riconoscersi per definizione, del resto, la suprema dignità, in quanto creatura divina. La bioetica cattolica risulterebbe perciò fondata su una concezione generale della vita e dei valori, e sarebbe in tal senso espressione di un pensiero c.d. forte.

La bioetica laica, invece, prescinderebbe dai massimi sistemi e sarebbe volta alla ricerca della soluzione di problemi specifici, come l'ammissibilità dell'aborto, la liceità o meno dell'eutanasia e della fecondazione eterologa, e così via⁷. Tale corrente di pensiero prenderebbe le mosse dall'affermazione che la qualità di persona potrebbe riconoscersi appieno non agli uomini in quanto tali, ma ai soli *individui senzienti*, capaci, in sostanza, di provare piacere e dolore⁸. La bioetica laica ammetterebbe l'esistenza di una pluralità indeterminata di codici etici, e ricercerebbe solo il limite del lecito nei comportamenti umani in un dato momento storico, sarebbe pertanto espressione di un pensiero c.d. debole. Nasce spontaneo il rilievo che la c.d. bioetica laica, almeno secondo questa impostazione, finirebbe per essere espressione di quel relativismo etico che Benedetto XVI combatte da sempre, come ha del resto ribadito sin dai primi giorni di pontificato.

Invero la c.d. bioetica laica appare fondata su impostazioni che pur avendo, e solo in linea di massima, un nucleo comune, presentano evidenti differenze⁹ in ordine a questioni fondamentali, e non si presta ad essere riassunta unitariamente neppure nelle sue concezioni essenziali.

Possono farsi degli esempi, rammentando le linee guida di alcune delle correnti bioetiche laiche. Alla scuola del c.d. *utilitarismo* si deve l'idea che l'obiettivo da proporsi in bioetica consista nel realizzare le condizioni perché al maggior numero di individui senzienti sia assicurata la massimizzazione del piacere e la minimizzazione delle sofferenze¹⁰.

Alla corrente del c.d. *non cognitivismo etico* si deve l'impostazione che afferma la non conoscibilità della verità quale valore oggettivo ed in conseguenza

⁷ Naturalmente anche la c.d. bioetica cattolica è impegnata nella ricerca di una soluzione per questi problemi, ma la farebbe discendere da una concezione globale della vita e dei valori predeterminata.

⁸ Mentre "la tesi centrale che accomuna gli orientamenti di pensiero contrapposti alla bioetica 'laica' condivide un assunto comune: tutti gli esseri umani sono meritevoli di rispetto e di protezione, intesi nella valenza forte, a partire dal concepimento fino all'ultimo istante", scrive LAURA PALAZZANI, *Bio-etiche: teorie filosofiche a confronto*, in *La bioetica. Profili culturali, sociali, politici e giuridici ... cit.*, p. 50.

⁹ Una breve ma efficace sintesi di tali impostazioni è proposta da LAURA PALAZZANI, *Bio-etiche: teorie filosofiche a confronto ... cit.*, p. 41 ss.

¹⁰ Cfr. ad es., PETER SINGER, *Practical Ethics*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1993 (trad. it. della Ied. a cura di Giampaolo Ferranti, *Etica pratica*, Liguori, Napoli, 1989).

la concezione di un'etica radicalmente soggettiva¹¹. Questa concezione, esposta in forma tanto sintetica, sembra offrire il fondamento per giustificare ogni misfatto, perché ognuno potrebbe costruirsi il proprio sistema di valori e seguirlo, pretendendone il rispetto da parte di ogni consociato. Ma questa versione estrema non rientra nelle finalità della corrente di pensiero e comunque anche la dottrina cattolica impegna il fedele alla ricerca della verità ammettendo che quest'ultima non è completamente conoscibile. Quando Pilato domanda al Cristo: "Che cos'è la verità?"¹², Gesù non risponde. Possono darsi molte interpretazioni del brano, ma non sembra infondato ritenere che la risposta sia mancata perché l'interlocutore non era in grado di comprenderne tutto il significato, ed in ogni caso rimane fermo che la definizione della verità non si rinviene neppure in quel passo, così importante, del Sacro Testo.

Quasi come uno sviluppo dell'assolutismo del pensiero del non-cognitivismo si pone poi la scuola del c.d. *contrattualismo* la quale, dato per scontato che una morale oggettiva seppur esiste è inconoscibile, sostiene che i valori dell'etica debbano essere individuati nell'ambito di comunità morali, che sono poi chiamate a confrontarsi tra loro per negoziare la fissazione di alcuni principi valevoli per tutti¹³. È agevole riconoscere in questa impostazione il retaggio di concezioni morali tipiche degli Stati Uniti ove rimane ampiamente diffusa la concezione, quasi mistica, che l'uomo è per sua natura orientato al bene (tranne rare eccezioni), e si ritiene quindi possibile rimettere ad un comitato etico scelte delicatissime, quale la decisione di far cessare l'intervento terapeutico su di un malato terminale che soffre.

Ciò che preme sottolineare dall'angolo visuale del giurista, comunque, è che contrapporre una bioetica laica¹⁴ ad una bioetica cattolica¹⁵, quasi che si trattasse di due mondi incapaci di dialogare, rischia di comportare la creazione di un dualismo poco produttivo e comunque pericoloso.

¹¹ Cfr. ad es., UBERTO SCARPELLI, *Etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.

¹² Vangelo di GIOVANNI 18, 37-38.

¹³ Cfr. HUGO TRISTAM ENGELHART, *The foundation of Bioethics*, New York Oxford University Press, New York, 1986, trad. it. *Manuale di Bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1991.

¹⁴ Ma, come si è appena evidenziato, sarebbe più corretto parlare, al plurale, di bioetiche laiche.

¹⁵ Sempre a voler accogliere, per sforzo di semplificazione, un presupposto tutto da dimostrare, cioè che la concezione della bioetica espressa dal pensiero cattolico sia uniforme. Naturalmente la perplessità rimane fondata anche con riferimento alle concezioni bioetiche espresse da esponenti di confessioni religiose diverse dalla cattolica, "l'osservazione ravvicinata ... ci insegna a leggere dietro l'etichetta 'fattore religioso in bioetica' fenomeni, tendenze, opzioni diverse, anche in seno alla stessa tradizione religiosa (esemplare in tal senso la pluralità di correnti bioetiche nell'islam)", scrive MARCO VENTURA, *Laicità e fattore religioso in bioetica*, in *Bioetica e diritti dell'uomo ... cit.*, p. 46 (i corsivi sono nel testo).

In una realtà storica che sembra avviata a mostrare la ferma condanna sociale di ogni totalitarismo intransigente, infatti, occorre promuovere il confronto di tutti gli uomini, portatori di qualsivoglia concezione ideale, in ordine ai problemi della morale, per ricercare insieme le migliori regole della convivenza. Tale confronto, del resto, non rappresenta un'ipotesi astratta, bensì un'esperienza storica consolidata, e proprio il diritto ne fornisce la prova. Che cos'è infatti l'ordinamento giuridico in una società democratica, se non *un insieme di regole fondate sulla morale comune e destinate a disciplinare la convivenza di uomini portatori di concezioni etiche ed interessi diversi?*

Naturalmente quando le regole imposte dal legislatore contrastano con la morale comune, tutto il sistema finisce per perdere la sua stessa legittimazione. Ne costituisce un esempio la legge sulla procreazione assistita che non solo ha operato scelte le quali sembrano porsi in contrasto con le preferenze della maggioranza dei cittadini¹⁶, ma ha pure rimesso buona parte della disciplina in concreto della materia alle determinazioni di una normazione secondaria che non ha mancato di operare ulteriori discutibili opzioni, ritenute da autorevole dottrina persino illegittime¹⁷, nell'assenza della reale possibilità di controllo da parte della cittadinanza.

Il problema è poi complicato dal fatto che il "processo di frammentazione che è proprio di una società pluralista", ha comportato "il venir meno di un'etica condivisa e il frazionarsi del corpo sociale in una pluralità di tavole di valori etici, una distinta dall'altra e non di rado in reciproco conflitto"¹⁸, e tanto induce a ritenere necessario che il confronto tra i giuristi e fra gli stessi componenti delle Assemblee legislative avvenga senza apriorismi ideologici, nel costante sforzo rivolto alla reciproca comprensione ed alla ricerca della più ampia condivisione. In tal modo potrà perseguirsi la ricerca del bene comune ed evitarsi la frammentazione della compagine sociale anche in ordine alla concezione di quali siano le leggi dello Stato cui debba riconoscersi realmente efficacia imperativa.

Una simile impostazione, del resto, non sembra trovare ostacoli nella

¹⁶ Si pensi al divieto di accedere alla fecondazione assistita imposto a tutte le coppie la cui sterilità o infertilità non sia stata medicalmente accertata. *Amplius*, sulle diverse problematiche poste dalla disciplina della procreazione assistita in Italia, cfr., PAOLO DI MARZIO, *Diagnosi preimpianto e linee guida ministeriali*, nota a Trib. Cagliari, sent. 22.11.2001, n. 2508, e Trib. Firenze, ord. 17.12.2007, in *Giur. mer.*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 997 ss.

¹⁷ Cfr. FRANCESCO GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam.*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 199 s.

¹⁸ GIUSEPPE DALLA TORRE, *Etica e diritto nella formazione dei moderni codici*, in *Studi in onore di Piero Bellini*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1999, p. 103.

morale cattolica. Cristo non nega la società terrena e l'esigenza che la stessa debba fondarsi su istituzioni e regole proprie. Si ricordi il monito: *"Date dunque a Cesare quel che è di Cesare"*¹⁹.

Deve pure prendersi atto che le scelte cui quotidianamente gli operatori del diritto sono chiamati, lungi dal risolversi in esercitazioni tecniche, ineriscono tante volte ai più alti valori, e sono in grado di scuotere le coscienze di chi deve compierle, imponendogli di interrogarsi sui massimi problemi della morale. In qualità di magistrato mi è capitato in sorte di dover decidere su una richiesta di cambio di sesso mediante operazione chirurgica, da praticarsi su di un bambino di poco più di un anno d'età²⁰. Al di là di ogni possibile supporto che la scienza medica può offrire, in simili casi il giudice rimane comunque solo, con i suoi dubbi, a decidere della sorte di un piccolo, innocente essere umano²¹.

Ma non è solo al giudice che compete assicurare la migliore sorte agli sventurati, si tratta di un compito che spetta a tutti gli uomini, i quali non sempre se ne danno cura. Significativo, come sempre, pare l'insegnamento di Cristo che, tanto per fare degli esempi, invita a visitare i carcerati, non condanna l'adultera. Non sembra tuttavia che questi comportamenti siano posti in essere da tutti, neppure tra i credenti, e comunque non possono imporsi per legge.

Del resto, sembra corretto seguire l'opinione maggioritaria²² che assegna al diritto, nel campo della morale, il compito di assicurare la tutela (soltanto) del minimo etico²³. Anche il non credente, secondo il pensiero cattolico, è in grado di percepirlo e contribuire a proteggerlo. La capacità di discernere il bene dal male e di perseguire il primo assicurandosi la salvezza, infatti,

¹⁹ Vangelo di MATTEO 22, 17-21.

²⁰ Si trattava, in sostanza, di un ermafrodito.

²¹ Nessun codice, fosse pure il più perfetto, sarà mai in grado di dettare il precetto che il giudice deve applicare in ogni vicenda umana. Invero, la realtà supera troppe volte ciò che è possibile prevedere. La valvola di sicurezza del sistema giuridico consiste nel riconoscere una discrezionalità, più o meno ampia, a chi è chiamato a giudicare.

Con specifico riferimento all'oggetto della presente analisi, LORENZO CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell'uomo ... cit.*, p. XXVII, sottolinea come "la stessa dinamicità delle questioni bioetiche abbia sovente costretto proprio i giudici ad intervenire per risolvere i dubbi. In taluni casi essi sono giunti pure a svolgere un'opera creativa di continuo rinnovamento del diritto divenendo di fatto dei 'legislatori interstiziali'". Cfr. anche, in proposito, i preoccupati rilievi proposti da ANDREA PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in *Bioetica e diritti dell'uomo ... cit.*, p. 251 ss.

²² Cfr. ad es., GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 21.

²³ E forse dovrebbe dirsi, realisticamente, che il compito del diritto nel campo della morale si esaurisce nel cercare di assicurare la tutela del minimo etico.

appartiene ad ogni uomo, pur se non abbia conosciuto la rivelazione. Tale attitudine, secondo il pensiero cattolico, è stata impressa da Dio nel cuore di ogni uomo. La ricerca delle regole giuridiche è ricerca di canoni razionali e la ragione appartiene ad ogni uomo per natura, e lo distingue dagli esseri viventi non umani²⁴.

Nell'ambito del diritto poi, ogni contrapposizione ideologica rischia di nuocere allo sforzo di elaborare regole che siano accettabili per tutti; pare allora inopportuno pretendere di contrapporre concezioni portatrici di pensieri deboli e pensieri forti.

Il diritto, sembra opportuno ribadirlo, tutela soltanto il minimo etico²⁵, mentre una bioetica che ambisca ad assicurare il benessere ed il progresso dell'uomo non può accontentarsi di un simile risultato.

Il diritto positivo, in ogni caso, rimane un prodotto della società terrena, ed è espressione dei più forti, non necessariamente dei più giusti²⁶. Occorre perciò sforzarsi di raggiungere la più ampia condivisione circa i valori fondamentali che l'ordinamento giuridico deve tutelare, in tal modo i suoi comandi rimarranno eticamente orientati e non lasceranno spazio alla prepotenza della maggioranza.

L'evoluzione degli ordinamenti giuridici positivi anche dichiaratamente laici, comunque, sembra essere tutta volta ad assicurare la massima tutela all'individuo da intendersi come valore. Il giurista, pertanto, non può non confrontarsi con la bioetica personalista limitandosi ad etichettarla come cattolica²⁷.

La protezione assicurata dal diritto non si volge più ad offrire una tutela inibitoria e/o risarcitoria soltanto nell'ipotesi in cui risulti pregiudicata la capacità della persona lesa di produrre reddito. Nell'epoca contemporanea gli ordinamenti giuridici si sforzano di garantire analoga protezione ad ogni

²⁴ "La questione della vita e della sua difesa e promozione non è prerogativa dei soli cristiani ... essa appartiene ad ogni coscienza umana che aspira alla verità ed è attenta e pensosa per le sorti dell'umanità. Nella vita c'è sicuramente un valore sacro e religioso, ma in nessun modo esso interpella solo i credenti: si tratta, infatti, di un valore che ogni essere umano può cogliere alla luce della ragione e che perciò riguarda necessariamente tutti", GIOVANNI PAOLO II, enciclica *Evangelium vitae*, n. 101.

²⁵ Cfr. LAURA PALAZZANI, *Bio-etiche: teorie filosofiche a confronto ... cit.*, p. 40.

²⁶ Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 64.

²⁷ "L'aggettivo 'cattolico' è stato attribuito alla bioetica personalista dai 'laici'... Se la bioetica 'laica' è orgogliosa di proclamarsi tale, va ricordato che la bioetica personalista rifiuta l'etichetta di 'cattolica' 'cristiana' o 'religiosa'... La bioetica personalista si inserisce nel dibattito bioetico come una bioetica e un'etica anch'essa razionale, pertanto filosofica, dunque aperta a tutti coloro che condividono la consistenza e la coerenza delle argomentazioni e delle giustificazioni del personalismo filosofico", sottolinea LAURA PALAZZANI, *Bio-etiche: teorie filosofiche a confronto ... cit.*, pp. 33, 38.

interesse personale ingiustamente pregiudicato dall'agire di chiunque²⁸, anche della collettività.

La ricerca della miglior tutela dell'individuo prosegue senza soste, si tratta di materia in continuo fermento e si aprono ora nuovi scenari. Al miglioramento della protezione da assicurarsi ai soggetti attualmente lesi, si affianca la ricerca degli strumenti utili per assicurare tutela a chi ancora non è, agli individui delle generazioni future, cui potremmo consegnare un pianeta degradato. "Il problema delle generazioni future, quindi, investe la necessità non solo politica, ma etica e giuridica, di costituire un solido e invalicabile *argine* contro la capacità della Scienza – del Potere della Scienza – di produrre lesioni irreversibili di lunga durata a Beni considerati come patrimonio indisponibile dell'Umanità presente e futura ... In una situazione del genere, c'è da domandarsi: hanno gli uomini presenti responsabilità verso gli uomini futuri? Può configurarsi una responsabilità intergenerazionale a lunga scadenza e gittata?"²⁹ si domanda, efficacemente, Giuseppe Limone.

Una simile impostazione non contrasta con la concezione cattolica che valorizza ogni individuo, creatura divina, e gli richiede il rispetto dei comandi morali indipendentemente dai comportamenti assunti dalla generalità dei consociati. "La 'salvazione' è opera individuale, nel senso che l'opera salvifica del Messia si rivolge ai singoli uomini, alla loro coscienza ... la collaborazione, attraverso la fede e le opere, a tale opera salvifica, riguarda la responsabilità individuale e non l'antica responsabilità collettiva di tutto Israele ... ciò non significa che il cristianesimo porti ad una svalutazione del sociale. Il nuovo precetto dell'amore reciproco (ricordiamo la parabola del samaritano) tende, infatti, a trasformare la società in comunità"³⁰.

Un esempio può probabilmente risultare utile per chiarire l'opinione.

²⁸ Si pensi a tutta la problematica relativa all'emersione ed alla predisposizione della tutela giuridica del c.d. danno biologico, fenomeno che muove dal presupposto che l'uomo è un valore perchè è, e non solo perchè può produrre ricchezza.

²⁹ GIUSEPPE LIMONE, *La scienza contemporanea al confronto con le generazioni future*, in *Bioetica e diritti dell'uomo ... cit.*, pp. 4 e 8 (il corsivo è nel testo). I giuristi, gli scienziati, i cultori della bioetica, sono allora chiamati a stemperare le polemiche ed a ricercare la concordia, in ordine alla risposta più corretta da dare a simili interrogativi.

³⁰ ENRICO OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1983, p. 84 s.

3. L'individuo come soggetto privilegiato nella tutela giuridica

Sembra opportuno sottolineare, a questo punto, che non sempre ciò che è possibile realizzare risulta pure eticamente accettabile. Lo sviluppo della scienza medica, e pertanto l'interesse della collettività alla tutela della salute, si è indubbiamente giovato delle maggiori conoscenze del corpo umano conseguite dagli antichi medici egizi sezionando i corpi dei nemici catturati o uccisi. Tuttavia simili comportamenti, evidentemente, non risultano moralmente condivisibili, e sono oggi vietati dal diritto.

Anche nel campo della bioetica si pone, pertanto, un problema con cui il giurista è chiamato quotidianamente a confrontarsi: nel contrasto tra l'interesse dell'individuo e quello della collettività, a quale deve assicurarsi la prevalenza?

È ovvio che non possa darsi una risposta avente una valenza generale perché occorrerà, evidentemente, che si analizzi caso per caso. Sembra tuttavia possibile individuare delle linee di tendenza proprio in tema di tutela del diritto alla vita ed alla salute, una materia fondamentale anche per gli studi della bioetica.

Il pensiero liberale, il quale elaborando il modello dello Stato di diritto tanto ha contribuito al progresso dell'ordinamento giuridico, ammetteva comunque che tale Stato potesse disporre "della libertà, del patrimonio, della vita stessa dei sudditi"³¹. L'interesse della collettività, quindi, si riteneva dovesse comunque prevalere su quello dell'individuo.

Questa concezione, però, soltanto pochi decenni dopo si era già significativamente evoluta. È probabile che a tale sviluppo abbia contribuito pure la diffusa presa di coscienza conseguita per effetto dei tremendi eventi cui il mondo aveva assistito nel corso della seconda guerra mondiale, quando milioni di individui erano stati ridotti al rango di numeri e sterminati, non mancando chi ritenne di servirsene senz'altro come cavie per i propri esperimenti in campo medico³².

La Costituzione italiana prevede ora, all'art. 32, la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività. Naturalmente la norma si presta anche a diverse e più approfondite letture, ma interessa

³¹ VITTORIO EMANUELE ORLANDO, *Prefazione* a GEORG JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. della IIa ed. tedesca (Tubinga 1905) a cura di Gaetano Vitagliano, Società editrice libraria, Milano, 1912, p. 11.

³² Come è noto, non sempre ciò che viene dopo, anche se abbiamo l'abitudine di definirlo: "evoluzione", rappresenta un progresso. Evidentemente i già ricordati medici dell'antico Egitto vantano epigoni.

rilevare in questa sede che già dal testo della disposizione deve desumersi che il *diritto* alla salute dell'individuo si vede riconoscere una posizione giuridica prevalente sull'*interesse* alla salute della collettività. Tale diritto del singolo, pertanto, in linea di principio non deve essere sacrificato neppure quando ciò costituisca un interesse generale. Ne discende, ad esempio, che la sperimentazione terapeutica può essere ritenuta illegittima se praticata in modo occulto³³.

Questa impostazione risulta sostanzialmente accolta nell'ambito dell'ordinamento internazionale dall'art. 2³⁴ della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, adottata dal Consiglio d'Europa il 19 novembre 1996, aperta alla firma ad Oviedo il 4 aprile 1997 e resa esecutiva in Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145³⁵.

4. *Bioetica e biogiuridica. Insufficienza del diritto ad assicurare, da solo, il progresso della società umana*

Esistono comportamenti giuridicamente corretti, eppure eticamente deprecabili.

Si pensi al miliardario che promuove il fallimento del modesto imprenditore suo debitore. In tal modo l'uomo ricco getta nella disperazione delle famiglie, eppure agisce in modo giuridicamente insindacabile. Nello stesso senso può farsi ancora l'esempio del grande possidente immobiliare che per finalità meramente speculative si accanisce a rivendicare la libertà di una delle sue tante case, pur sapendo che la famiglia la quale l'abitava non avrà dove

³³ Nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale, l'art. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881, detta: "... nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico".

Per un primo approccio al problema dei requisiti ritenuti necessari perché il consenso al trattamento sanitario possa considerarsi validamente prestato, cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 81; e FORTUNATO FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso: questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 97 ss., 107 ss.

³⁴ "In ogni caso l'interesse dell'individuo viene privilegiato rispetto agli interessi della scienza e della società", questi ultimi "non devono essere trascurati, ma vengono in secondo piano rispetto a quelli dell'individuo ..." ha osservato, analizzando il testo del patto, CHIARA DE SALVIA, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina, ne I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, Unione forense, Roma, fasc. 1-2, gennaio-agosto 2000, p. 102 ss.

³⁵ Merita di essere ricordato che l'art. 3 della legge italiana di esecuzione prevede che "entro sei mesi dalla data di entrata in vigore" dell'atto normativo avrebbero dovuto essere emanati uno o più decreti legislativi recanti norme di attuazione e coordinamento. A distanza di diversi anni questi decreti non sono stati ancora adottati.

andare a vivere. Anche questa condotta, di per sé, risulta giuridicamente corretta, ma appare moralmente discutibile.

Lo sforzo che deve essere compiuto, allora, consiste nell'individuare i limiti che la morale impone all'agire dell'uomo. Il problema, evidentemente, non è solo giuridico³⁶.

Deve infatti giungersi a sentire come un *imperativo morale* il rispetto dell'uomo in quanto tale. È un problema che attiene alla più ampia diffusione della cultura di base, ed in tale ambito si riscontra un costante progresso, ma anche, per esempio, all'educazione, campo nel quale i tempi moderni non sembrano lasciare spazio all'ottimismo.

Almeno nell'epoca contemporanea, invero, il diritto sta comunque facendo la sua parte per assicurare all'uomo una tutela quale valore in sé. Negli ultimi anni si possono registrare confortanti sviluppi in ordine alla protezione di interessi fondamentali, risultati cui è stato possibile pervenire quale conseguenza della più ampia deprecazione sociale delle condotte che offendono tali valori. Può farsi riferimento alla tematica delle *molestie sessuali*, che pure nell'ambito del diritto registra ora una più intensa e diversificata tutela. Anche in questo campo, però, devono ancora risolversi problemi di *deficit* culturali. Nelle aule di giustizia mi è capitato di assistere alla deposizione testimoniale di una madre che aveva visto la figlia dodicenne uscire, piangente e con indosso solo parte della biancheria intima, dalla stanza del fratello. Eppure la donna si premurava di aggiungere che, a suo parere, poiché era il fratello, qualsiasi cosa avesse fatto l'aveva posta in essere per il bene della sorella, ma evidentemente non è detto che sia andata veramente così.

Ancor più interessante, per certi aspetti, risulta la progressiva presa di coscienza che le c.d. *molestie morali* costituiscono anch'esse un'offesa ingiusta perpetrata ai danni dell'individuo che ne rimane vittima. In questo ambito il diritto non è ancora giunto a dettare specifiche regole, almeno in Italia, prevedendo adeguate sanzioni per i molestatori.

La stessa categoria delle molestie morali, del resto, è stata studiata prevalentemente attraverso una prospettiva che può essere considerata deformata e deformante da parte di chi abbia a cuore le sorti dell'individuo. In sostanza, da qualche lustro le grandi aziende hanno preso coscienza che i dipendenti perseguitati a mezzo di molestie morali da colleghi e superiori (c.d. *mobbing*),

³⁶ “Non bisogna chiedere al diritto ciò che esso non può dare: non è possibile chiedere per suo tramite l'attivazione di una disponibilità fraterna e nemmeno di una solidarietà calda e umanizzante. Bisogna chiedergli ciò che esso sa e può dare: la garanzia delle persone contro la tracotanza altrui, anche quando questa tracotanza (ed è caso non raro) possa essere accettata da chi è destinato a divenirne vittima”, FRANCESCO D'AGOSTINO, *Temi di bioetica nella Filosofia del diritto ... cit.*, p. 120.

rimanevano vittime di una condizione di prostrazione che ne riduceva la resa lavorativa. È stato per evitare pregiudizi alla produzione che tali imprese hanno promosso studi volti ad individuare le migliori strategie per contenere il fenomeno. Da un punto di vista etico, però, non sembra che il problema della molestia morale possa essere correttamente affrontato nell'ottica di contenere i danni economici che ne derivano al datore di lavoro della vittima, bensì attraverso la prospettiva di assicurare la miglior tutela al molestato. Del resto le molestie morali si verificano pure al di fuori dei luoghi di lavoro, in ogni ipotesi in cui le persone si trovano ad avere rapporti continuativi, come ad esempio avviene tra gli studenti di una classe scolastica oppure i condomini di un edificio.

In definitiva, anche per conseguire la minima distanza possibile tra i comandi dell'etica e quelli del diritto, occorre impegnarsi nel dialogo e nel confronto tra portatori di ideali diversi, sforzandosi di limitare la rigidità delle contrapposizioni³⁷ già a livello di analisi del mondo della morale. Invero alcuni contrasti tra diverse dottrine si verificano su falsi problemi in relazione ai quali, con un po' di buona volontà, si potrebbero raggiungere ampie condivisioni. Rimane fermo, però, che il diritto non può e non deve disciplinare coattivamente ogni comportamento umano. Del resto è ben noto che delle tre modalità normative: permesso, proibito e comandato, quella di utilizzazione più frequente da parte dell'ordinamento giuridico è la prima, il permesso, e così deve essere, se vogliamo continuare a considerare un valore la libertà umana.

Per ridurre i conflitti di lealtà occorre perseguire sempre il dialogo ed il confronto, ed assicurarsi il contributo della comunità politica, delle famiglie, della scuola, della religione. In tal modo potrà essere l'uomo a migliorare e la violazione delle prescrizioni dell'etica si ridurrà, anche indipendentemente dalla previsione di una sanzione giuridica per i contravventori.

³⁷ "La perdurante contrapposizione, all'interno del dibattito dottrinale e nelle stesse Assemblee parlamentari, di una concezione *laica* della bioetica rispetto ad una più strettamente *confessionale* (legata alle posizioni espresse dal Magistero cattolico) hanno impedito fino ad ora, in molti settori della ricerca scientifica, il raggiungimento di una sintesi che, smussati gli eccessi liberistici da un lato e dogmatici dall'altro, tentasse di rinvenire un giusto punto di equilibrio conforme, questa volta, al catalogo assiologico contenuto nel testo costituzionale dello Stato", osserva LORENZO CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di Lorenzo Chieffi, Paravia, Torino, 2000, p. XX (i corsivi sono nel testo).