

La laicità come metodo

di Augusto Barbera

(Testo definitivo della relazione presentata in occasione del primo incontro de
"Il Cortile dei Gentili. Spazio di dialogo fra credenti e non credenti"
Università di Bologna - Pontificium Consilium de Cultura
Bologna, Aula Magna di Santa Lucia, 12 febbraio 2011)

In premessa: cosa intendo dire

In questo scritto intendo mettere in rilievo come si sia pervenuti, nel corso del Novecento, dopo i precedenti drammatici conflitti, a una felice sintesi fra costituzionalismo liberale e personalismo cristiano. Tale conquista rischia di essere compromessa sul terreno dei "nuovi diritti", spesso conseguenti alla crescita di nuove soggettività e alle innovazioni scientifiche e tecnologiche, soprattutto nel campo bio-medico. Per evitare questo pericolo si richiede a credenti e non credenti un "metodo laico" che allontani sia fondamentalismi religiosi sia fondamentalismi laici. Mentre i fondamentalismi religiosi rifiutano un confronto critico, alla luce di criteri razionali, delle proprie posizioni, i fondamentalismi laici insistono su visioni radicali delle libertà e sul valore assoluto e auto-referente del principio di autodeterminazione individuale.

Un drammatico scontro e un tormentato incontro

La affermazione del costituzionalismo - frutto dei movimenti razionalisti e illuministi e delle grandi Rivoluzioni dell'Occidente - non poteva non portare a uno scontro con la tradizionale ortodossia della Chiesa cattolica. La lotta tra Stato e Chiesa cattolica è uno dei momenti più drammatici della storia del costituzionalismo, stretto sia dalla pretesa della Chiesa di contrastare i principi di libertà e l'autonomia del potere politico sia dalla pretesa dello Stato di assoggettare la Chiesa (o le Chiese) al proprio dominio¹.

Le posizioni illiberali del "Sillabo" sono le più note e rappresentano il culmine di tale conflitto. Allegato nel 1864 all'Enciclica "*Quanta cura*" condannava in modo inequivocabile il pensiero liberale, "*haec moderna civilitas*", sconfessando, peraltro, quanti avevano fin lì cercato di conciliare il cattolicesimo con le nuove dottrine liberali, da Manzoni a Rosmini a Nicolò Tommaseo in Italia, al moderato Alexis de Tocqueville o all'intemperante Lamennais in Francia².

¹ Eppure al principio di laicità aveva dato una spinta decisiva il cristianesimo. Allorché Gesù di Nazareth nel *Discorso della Montagna* esalta come principio fondante l'amore verso Dio e verso il prossimo svuota il complesso di regole minute, di carattere legalistico, di cui è intriso il *Pentateuco* (nel *Deuteronomio* e nel *Levitico*) sono presenti pedanti norme di carattere giuridico o, addirittura, igienico-sanitario) e cui invece erano legati i Farisei. Ne consegue che - secondo il celeberrimo passo del Vangelo di Matteo - bisogna dare "a Cesare quel che è di Cesare...". Il destino dell'uomo oltrepassa la Città terrena: è *nel* mondo ma non è *del* mondo. Non tutto ciò che è peccato deve essere punito dalla legge terrena diranno i Padri della Chiesa, e viceversa non sempre la violazione della legge terrena sarà peccato. È questo uno dei punti che distinguerà il cristianesimo dall'Islam essendo la distinzione fra diritto e sfera religiosa tuttora estranea a quegli ordinamenti islamici che riconoscono nella *Shari'a* la fonte principale del diritto. Così come distinguerà il cristianesimo da importanti religioni orientali che per secoli hanno invece attribuito a Cesare la natura divina, come in Cina fino all'inizio del Novecento o in Giappone fino all'epilogo tragico della seconda guerra mondiale. Se il pensiero cristiano ha contribuito al principio di laicità distinguendo norme giuridiche e precetti religiosi, bisognerà invece aspettare alcuni secoli per vedere affermata la non meno essenziale distinzione fra potere ecclesiastico e potere civile.

² Non riusciremmo comunque a cogliere il senso di quelle condanne se non ci richiamassimo anche alla traduzione politica dei principi liberali. A differenza del costituzionalismo americano e inglese, che ebbero una forte ispirazione cristiana, per il tramite delle correnti puritane e presbiteriane, il costituzionalismo europeo continentale, sotto l'influenza

Qualche anno dopo, nel 1884, Leone XIII con l'Enciclica *Humanum Genus* avrebbe condannato il principio della sovranità popolare³. La stessa Enciclica "*Libertas*", sempre di Leone XIII, del giugno 1888, che tenterà di limare talune asprezze del documento di Pio IX, non riuscirà ad evitare la condanna delle specifiche libertà propugnate dal costituzionalismo liberale, fra cui la libertà di opinione: "*Concessa a chiunque illimitata libertà di parola e di stampa, nulla rimarrà d'intatto e d'inviolato; non saranno neppure risparmiati quei supremi e veritieri principi di natura che sono da considerare come un comune e nobilissimo patrimonio del genere umano*".

Finalmente, tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del secolo scorso, i movimenti anti temporalisti e i movimenti politici cristiano-sociali, cresciuti in varie parti dell'Europa continentale, avrebbero facilitato, dopo i drammatici scontri del passato, *un incontro fra il pensiero liberale e quello cristiano*. Il primo sempre meno su posizioni pregiudizialmente ostili alle fedi religiose. Il secondo progressivamente arricchito prima dalle allocuzioni papali degli anni trenta, poi in modo definitivo dal Concilio ecumenico vaticano secondo, partendo dal concetto di libertà religiosa ed estendendosi a tutto il sistema delle libertà civili e politiche.

Negli anni trenta decisivo sarebbe stato, per il superamento del conflitto, il contributo dei *movimenti personalisti*, soprattutto in quella *Francia repubblicana* che più di tutte aveva vissuto, dopo la Rivoluzione, la scissione fra libero pensiero e cattolicesimo. Grazie in particolare ad Emmanuel Mounier, e alla rivista *Esprit* da lui fondata agli inizi degli anni trenta, e a Jacques Maritain - come anche in Germania grazie a Paul Ludwig Landsberg (martire in un campo di sterminio nazista) e allo stesso Max Scheler - il richiamo alla "persona" si sarebbe affermato come visione realistica dell'uomo in contrasto e *in alternativa sia all'individualismo liberale che ai totalitarismi nazionalisti e collettivisti* che proprio in quegli anni sembravano trionfanti.

Il costituzionalismo liberaldemocratico, alimentato dalle conquiste dei movimenti socialisti riformisti e dall'influenza della dottrina sociale della Chiesa, e in opposizione al liberalismo conservatore, avrebbe contribuito, inoltre, ad ampliare sempre più le proprie basi attraverso l'inclusione di quei diritti sociali che, affiancandosi alle libertà civili e ai diritti politici, hanno dato sostanza alla moderna "*cittadinanza sociale*" e hanno contribuito a costruire quel modello sociale europeo cui oggi guardano con interesse altri paesi⁴.

Si ponevano così le premesse per superare la scissione fra la persona concreta e la idea della stessa, recuperando l'unità che era stata bandita dalle filosofie razionaliste. Pur presente in filosofie e religioni più antiche solo con il cristianesimo l'idea di "persona" ha assunto maggiore forza, connotando l'essere umano come creato dall'Essere supremo, dal Dio personale, "*a sua immagine e somiglianza*", "*e redento in Cristo*". "*L'uomo è dotato di ragione, e in questo è simile a Dio, creato libero nel suo arbitrio e potere*" : è

rivoluzionaria francese (è significativo che uno scritto di Lamennais del 1829 si intitolò *Des progrès de la Révolution et de la guerre contre l'Église*), aveva messo radicalmente in discussione non solo il potere "temporale" dei Papi ma la Chiesa e le espressioni della cultura cristiana, fino a togliere i nomi dei Santi dal calendario, dalle vie, dai villaggi, fino a contare gli anni non più dalla nascita di Cristo ma dall'inizio dell'era rivoluzionaria o persino ad erigere altari laici alla Dea Ragione.

³ Ma è appena il caso di ricordare che quel papato così retrivo sul piano dei principi non mancò di aprirsi ai tempi nuovi con la *Rerum novarum* e a svolgere un'opera intensa per la tutela di taluni diritti umani, per esempio per l'abolizione delle ultime forme di schiavitù (un mese prima dell'Enciclica che condannava il liberalismo, con un'altra enciclica, *In plurimis*, indirizzata all'episcopato del Brasile, Leone XIII otteneva l'abolizione della schiavitù scontrandosi con i potentati che invece dalla schiavitù traevano profitto). E può essere non superfluo ricordare che il liberalismo europeo coincide con la massima espansione del commercio degli schiavi, giustificato persino da John Locke (v. Losurdo, 37).

⁴ Una tappa sarebbe stata rappresentata, tra l'altro, dal Codice di Malines del 1927. In Italia questo risultato lo si sarebbe avviato anche grazie, in particolare, ai primi passi di Romolo Murri e di Luigi Sturzo e al loro, pur tormentato, dialogo con i socialisti di Filippo Turati e in pieno conflitto mondiale dalla elaborazione del Codice di Camaldoli.

una classica affermazione dei Padri della Chiesa (la citazione è di Sant'Ireneo) ma è alla base, talvolta in modo anche esplicito, delle prime costituzioni liberali e di talune correnti dello stesso illuminismo .

Sebbene nel 1942 Benedetto Croce avesse potuto scrivere (su *La Critica* nel 1942) il saggio "*Non possiamo non dirci cristiani*", collegando direttamente ai valori cristiani anche lo stesso "*ideale liberale*", inteso "*come concezione della vita*", permanevano ancora riserve sulla affermazione piena della libertà religiosa, vista ancora come libertà di aderire alla "verità". Decisivi sarebbero stati gli anni del Concilio Vaticano Secondo.

Decisivo sarebbe stato altresì l'influsso crescente, soprattutto dopo la seconda guerra mondiale, dell' *Episcopato americano*, sospinto da un clima politico maturo e dalla tensione religiosa pluralistica di quella democrazia, ben diversa dalla "*laïcité*" europea, "ostile" nei confronti della Chiesa cattolica, identificata con l'Alleanza Trono-Altare⁵. Negli stessi anni, mentre la Chiesa di Roma prendeva caute distanze dagli episcopati spagnolo e portoghese, complessivamente su posizioni più retrive e filofasciste (Ceccanti 2001, 46 ss.), cresceva l'influenza degli *Episcopati dell'Est* che, nell'intento di limitare le ingerenze dei regimi comunisti, ottenevano sensibili cambiamenti in senso decisamente liberale nella bozza definitiva della Dichiarazione del Concilio "*Dignitatis Humanae*".

E poco prima della Dichiarazione conciliare, nel 1963, con la *Pacem in Terris* Giovanni XXIII, nel paragrafo 52, pur con qualche riserva su aspetti particolari, sottolineerà la grande importanza della Dichiarazione dei diritti del 1948, cui peraltro aveva lavorato anche Jacques Maritain.

Negli stessi anni, gli orrori del nazismo e del totalitarismo avevano frenato *la sicurezza dei gius-positivisti* di matrice kelseniana che pretendevano di costruire un ordine formale sganciato da valori etici. Si rafforzavano, infatti, i tentativi di sottrarsi alle chiusure del positivismo, cercando di individuare i punti di intersezione fra diritto e morale (Hart 1964; Lon Fuller 1986) o tenendo in conto il perseguimento del "*bene comune*" come coesistente al diritto (Finnis 1996), fino alle più recenti correnti "neo-costituzionaliste" (per esempio Carlos Nino, Dworkin e lo stesso Alexy) che ridimensionano decisamente le sicurezze del formalismo positivista⁶.

Mentre la variante liberaldemocratica del costituzionalismo liberale riconosceva sempre più la dimensione sociale dell'individuo "situato", il pensiero cattolico metteva progressivamente da parte le vecchie fondazioni ontologiche "fisiciste", basate su un concetto astratto della "natura umana", e delle leggi "naturali" cui essa è sottoposta, mettendo di più l'accento sui valori della persona, sulla sua libertà e responsabilità, sia pure in armonia con la razionalità immanente alla natura. Il punto di riferimento è sempre *meno il Diritto naturale e sempre più i diritti naturali* della persona; non un astratto gius-naturalismo ma un più dinamico *gius-personalismo*, fermo restando avvertiva Maritain (2003,p.89) che la conoscenza dei diritti è "*imperfetta*" e continuerà "*ad evolversi e ad affinarsi*".

Trovo in proposito carico di novità un duplice tentativo del Pontefice Joseph Ratzinger. Da un lato valorizzando sempre più i "diritti naturali" più che il classico e consueto paradigma del "diritto naturale" (che presuppone "*una visione della natura che con la vittoria della*

⁵ Importante sotto questo profilo l'intensa attività del teologo gesuita John Courtney Murray osteggiato dal Santo Uffizio, allora diretto dal Cardinal Ottaviani, per il Suo "*The Right to unbelief*"- (Diotallevi 2010, 57 ss; Ceccanti 2001,47 ss.).

⁶ Sotto questo profilo appare non dialogante la posizione di Gustavo Zagrebelsky – pur vicino ai "neocostituzionalisti" - allorché afferma che tuttora "*l'appello al diritto naturale è un grido di guerra civile, un appello alla divisione, alla discriminazione*" (Zagrebelsky 2007,71; 2010, 73 ss.; nonché 2010,79 ss). Analoghe le posizioni di Piero Bellini (1984, 71).

teoria evoluzionistica si è persa” : in Habermas- Ratzinger. p. 75) ; dall’altro valorizzando le fonti da cui prende le mosse lo stesso pensiero liberale: *“l’illuminismo è di origine cristiana ed è nato non a caso proprio ed esclusivamente nell’ambito della fede cristiana. Laddove il cristianesimo, contro la sua natura, era purtroppo diventato tradizione e religione di Stato.... è stato ed è merito dell’illuminismo... aver ridato alla ragione la sua propria voce.* » (Ratzinger 2005, p. 57) ⁷.

I diritti della “persona” nelle costituzioni del secondo dopoguerra e nelle Dichiarazioni internazionali

Attorno ai valori della persona si sono costruite le Costituzioni di questo secondo dopoguerra, prime fra tutte la Costituzione italiana del 1948 e quella tedesca del 1949 . Se il fondamento delle costituzioni liberali era da rinvenirsi nel binomio proprietà-libertà, nello “stato costituzionale” del secondo dopoguerra (dopo la parentesi di Weimar) esso viene sempre più rinvenuto nella dignità e nella libertà della “persona”, nella concretezza della stessa rispetto all’individuo astratto e isolato, nella tutela dei diritti sociali accanto ai diritti politici e civili .

La repubblica italiana fin dall’art. 1 della Costituzione è fondata sul lavoro perché è il lavoro che assicura la piena *dignità* alla persona, chiamata a proseguire la creazione del mondo e non a soffrire una maledizione biblica. Essa, inoltre, “*ricosce*” nell’art. 2 i *diritti inviolabili dell’uomo*, sia come singolo e sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (vedendo in queste ultime tuttavia non solo il mezzo attraverso cui la persona acquista una dimensione responsabile ma nello stesso tempo un possibile mezzo di oppressione della persona stessa di fronte a cui predisporre le necessarie tutele). Per rendere effettivi tali diritti la Repubblica è altresì impegnata a garantire la “*pari dignità sociale*” e a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono “*il pieno sviluppo della persona umana*”, in particolare attraverso il riconoscimento di quei diritti sociali che rappresentano una nuova frontiera del costituzionalismo del Novecento (da ultimo, con riferimento espresso a quest’ultimo obiettivo, la Sentenza n.80 del 2010 della Corte costituzionale, a proposito del diritto alla istruzione dei disabili).

Non è privo di significato che a questa architettura abbiano contribuito , nella stessa scrittura delle norme, personalità così diverse, cattolici come Giorgio La Pira, e marxisti, come Lelio Basso, con il contributo di Giuseppe Dossetti e Palmiro Togliatti, uniti nella formulazione delle disposizioni normative, anche se distinti - come tenevano a sottolineare - per le retrostanti “*motivazioni spirituali*” . Significativo in particolare l’ordine del giorno Dossetti presentato il 9 settembre 1946 nella prima sottocommissione sul *primato della “persona umana”* e sulla necessaria socialità della stessa. Ed altrettanto significativo che i cattolici impegnati nella Costituente siano riusciti a sottrarsi alle pressioni di taluni ambienti vaticani che premevano per un testo costituzionale meno liberale, quale sarebbe risultato da un progetto preparato dai *Gesuiti di civiltà cattolica* ⁸.

Accenti ancora più marcati nella costituzione tedesca nella quale dichiarato è l’intento di prendere le distanze dal formalismo positivista (Becchi,2-3). Costruita da un’ Assemblea (come recita il Preambolo), “*consapevole della propria responsabilità davanti a Dio e agli uomini*”, ruota attorno alla “*Menschenwürde*” e alla “*frei Entfaltung der Persönlichkeit*” ,

⁷ In questo senso ora il documento della Commissione teologica internazionale dal titolo “*Alla ricerca di un’etica universale:nuovo sguardo sulla legge naturale*”, varato nel 2008, per il quale (punto 10) l’espressione “*legge naturale* “ è “*fonte di molti malintesi ..a volte richiama semplicemente una sottomissione rassegnata ..alle leggi fisiche della natura , mentre l’essere umano cerca di dominare e orientare questi determinismi per il suo bene ...a volte (è) presentata come un dato oggettivo che si imporrebbe dall’esterno alla coscienza personale indipendentemente dal lavoro della ragione e della soggettività*” (Commissione teologica internazionale 2009,cit., nota 75).

⁸ ...come ha recentemente documentato il Gesuita Giovanni Sale 2008, 45 ss.

alla dignità e allo sviluppo della “persona”, riconosciuta come cardine dell’ordinamento giuridico, sottolineando così il ripudio delle aberranti teorie che avevano distinto i “*Menschen*” dagli “*Untermenschen*”.

I diritti fondamentali si fondano sulla dignità umana e non è sufficiente per la Costituzione tedesca l’inverso: fare discendere la dignità umana dal riconoscimento di diritti inviolabili . Sotto questo profilo la dignità come diritto della persona non può essere sottoposta a ponderazioni o bilanciamenti. In questa chiave si comprende - lo accennavo prima - il mutamento di opinione di quanti dovettero assistere da vicino alle tragedie dell’Olocausto, fra questi, in primo piano, Gustav Radbruch, già ministro socialdemocratico in uno dei governi di Weimar, che negli scritti successivi al conflitto mondiale rivede le opinioni formulate nella Heidelberg socialdemocratica degli anni trenta e riscopre il tema dei diritti naturali (Radbruch 1962). Posizioni, queste, che avrebbero influenzato, in più occasioni, la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale di Karlsruhe.

Le costituzioni italiana e tedesca hanno poi rappresentato, come è noto, un modello per le principali costituzioni del secondo dopoguerra: negli anni ottanta, dopo la caduta dei regimi fascisti (Spagna, Portogallo, Grecia) e, negli anni novanta, dopo il crollo di quei regimi comunisti che nell’Europa dell’Est avevano preteso di annullare i diritti della persona di fronte allo Stato e al Partito unico.

Nella stessa direzione si sono mosse le sempre più numerose dichiarazioni universali dei diritti dell’uomo, fin dalla Dichiarazione dei diritti del 1948 e dai due successivi Patti sui diritti civili e sociali del 1966, che del costituzionalismo liberaldemocratico rappresentano una importante proiezione esterna (Barbera 2005, 37 ss; Di Ciommo, 19 ss.; Häberle 2001).

In questi schemi, costruiti attorno ai valori della persona, sono tuttavia presenti inevitabili punti di debolezza e di forza nello stesso tempo; così riassumibili: a) mentre i classici diritti di libertà si basano su puntuali fattispecie analitiche (manifestare un pensiero, riunirsi, associarsi ecc.) i nuovi diritti della persona privilegiano la tecnica dei “principi” rispetto a quella delle “regole analitiche” ; b) i valori della persona sono assunti secondo uno “*schema aperto*” ; come ebbe infatti a sottolineare lo stesso Mounier (1955, 85 ss.) il personalismo non può mai essere un sistema compiuto in quanto la persona, che ne rappresenta l’oggetto principale , va sempre oltre ogni possibile sistemazione definitiva; c) l’interpretazione delle norme che abbiano come punto di riferimento i valori della persona deve necessariamente rispondere alle esigenze del “*caso*” sottoposto a giudizio, e a principi di “ragionevolezza” e “proporzionalità”, con un movimento che parta *dal caso stesso al diritto* e non , come di solito, in modo deduttivo, *dal diritto al caso* da decidere.

I “nuovi diritti”: il pericolo di un nuovo scontro

Alla fine degli anni ottanta, nel giro di pochi decenni, divengono sempre più clamorose le novità nell’applicazione delle conoscenze scientifiche, soprattutto nella genetica e nelle biotecnologia, fino a creare in laboratorio le condizioni della vita o fino a spostare le stesse frontiere fra la vita e la morte. A queste si aggiungono i fenomeni di globalizzazione e i processi di multi-culturalizzazione. Fenomeni tutti, in breve, che hanno più volte messo in gravi difficoltà gli schemi costruiti dal costituzionalismo liberaldemocratico, già sollecitati dalla crescita di soggettività femminile e giovanile della fine degli anni sessanta.

Da qui i ripetuti tentativi per individuare diritti non espressamente sanciti nelle Costituzioni, spesso costruiti sulla base di rimandi multilivello a Carte europee e internazionali.

Nel rispondere alle spesso drammatiche domande che tali innovazioni sollevano *rischia di spezzarsi quella convergenza* fra il costituzionalismo liberale e il pensiero cattolico che ho

prima sottolineato; quella sintesi che ha costituito la parte più viva del costituzionalismo liberaldemocratico del secondo dopoguerra⁹.

Le risposte non sono facili ma sono in grado di innescare conflitti anche aspri, come ci ricordano le non lontane vicende del referendum sulla *fecondazione assistita* o le tensioni innescate dalla proposta di riconoscimento delle *unioni omosessuali* o, da ultimo, le angoscianti vicende legate ai *casi di Piergiorgio Welby o di Eluana Englaro* (casi, peraltro, assai diversi fra loro ma appiattiti nella polemica politica e mediatica, perché il primo era in grado di esprimere una volontà, per la seconda invece si è dovuta ricostruire una volontà).

Sono questioni, peraltro, che pongono problemi spesso inediti per la scienza giuridica. Le Corti costituzionali, con una tecnica importata dalla Corte Suprema degli USA, fanno ricorso al "*bilanciamento*" fra diritti. Significativa sotto questo profilo la Sentenza (la n. 27 del febbraio 1975) con cui la Corte costituzionale italiana richiese il bilanciamento fra il diritto alla vita del nascituro e il diritto alla salute della madre (ma così anche negli USA la storica Sentenza della Corte Suprema *Roe vs. Wade* del gennaio 1973; o la Sentenza del febbraio 1975 del *Bundesverfassungsgericht* tedesco che seguì di pochi giorni quella italiana o quella del Tribunale spagnolo dell'aprile 1985; o della Corte costituzionale portoghese del marzo 1984). E in alcuni casi il bilanciamento non sarebbe difficile realizzarlo: ad esempio fra il diritto al matrimonio di coppie omosessuali e la tutela dell'istituto familiare si è tentata la strada (finora però senza successo in Italia) del riconoscimento delle così dette unioni civili (in questo senso sembra del resto spingere una recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 138 del 2010).

In altri casi le *operazioni di balancing si complicano* perché richiedono una risposta a domande complesse, che più volte ci siamo posti in questi anni.

Alcune riguardano *l'inizio della vita*: fino a che punto può spingersi la libertà della ricerca scientifica e dove interviene il limite della dignità dell'embrione ("essere umano" ma non "persona" per la Corte di Strasburgo: *caso Vo vs. France* del luglio 2004) ? come bilanciare il diritto alla *procreazione per via eterologa* con il diritto dei figli alla identità biologica ? come bilanciare il diritto a procreare e la lesione della dignità di quelle donne il cui *utero è preso in affitto*? può essere limitato il *diritto all'obiezione di coscienza* dei medici allorché in determinate strutture sanitarie sia necessario garantire l'accesso alle pratiche di interruzione della gravidanza ?

Altre riguardano *il limite estremo della vita* : esiste il *diritto disporre della propria vita* e quindi a porre fine alla propria vita? entro quali limiti ammettere il *testamento biologico*? rappresentano forme di accanimento terapeutico *l'alimentazione e la idratazione forzate*?

Ed ancora : si può intervenire con tecniche invasive nei confronti di chi pratica uno sciopero della fame e della sete (viene alla memoria il caso di Bobby Sands che nel maggio 1981 si lasciò morire per la causa irlandese)¹⁰? come bilanciare la scelta religiosa del Testimone di Geova e il diritto alla salute dello stesso Testimone che sia in stato di incoscienza e a cui deve essere praticata una emotrasfusione¹¹?

Lo sappiamo. In questioni così eticamente sensibili è assai arduo rinvenire una visione comune a tutte le componenti della società (tanto che la Corte di Strasburgo, pur così attiva in altri ambiti, si è fin qui tenuta lontana dalle questioni che attengono all'inizio e al

⁹ E' significativo al riguardo quanto sostenuto (con un certo ardimento) in dottrina circa la necessità di andare oltre la "cittadinanza", civile, politica sociale e l'ingresso della cittadinanza nella "dimensione biologica e sanitaria" (Mori 2001).

¹⁰ Il tema è ampiamente affrontato da Romboli 1988, 355 ss.

¹¹ ...nessun problema ovviamente –si tratta di giurisprudenza consolidata - per i minori, per i quali l'autorizzazione può essere concessa dal giudice competente.

fine vita ricorrendo al “*marginale di apprezzamento nazionale*”). Salvaguardare il pluralismo nella sfera pubblica, cercando di salvaguardare insieme le posizioni di credenti e non credenti, è compito alto di una politica che voglia definirsi laica.

Un metodo laico

Ma che significa laicità? In un mio saggio (Barbera 2008) ho messo in rilievo diversi volti della stessa :

- 1) innanzitutto essa è *autonomia del diritto dai precetti religiosi*, in antitesi alle “Religioni del libro” (islamica e ebraico-ortodossa) che fanno derivare puntuali regole giuridiche dal Corano o dal Pentateuco;
- 2) può, inoltre, essere vista come *autonomia del potere politico* dalle ingerenze ecclesiastiche, in antitesi a concezioni teocratiche o confessionali;
- 3) può viceversa essere vista come *libertà delle Chiese* dall’ingerenza temporale, realizzatasi attraverso le varie espressioni storiche del “giurisdizionalismo”, dal “regalismo” al “gallicanesimo” al “giuseppinismo” alle più recenti “*chiese patriottiche*”;
- 4) può, ancora, intendersi come affermazione del pluralismo religioso di contro a “*confessioni di stato*”, come aspetto di un più ampio pluralismo dei valori ;
- 5) può intendersi come *esclusione della religione dalla sfera pubblica*, relegata nel privato: è la *laïcité de combat* , secondo una tradizione , sia pure in via di lento superamento, del solo costituzionalismo francese (concezione che talvolta affiora nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti a proposito della presenza di simboli religiosi nelle scuole o allorché ha giustificato forme di divieto, in taluni paesi, del velo islamico);
- 6) può essere vista, infine, a prescindere dal riferimento immediato alla dimensione religiosa come *rifiuto dello Stato etico*, dello stato totalitario, che tende a subordinare la libertà dell’individuo a verità e ideologie di stato o di partito.

Ai predetti significati della laicità si può aggiungere un altro significato che possiamo così definire: *laicità come metodo*, un metodo in grado di accomunare non credenti e credenti e di realizzare le condizioni per la coesistenza fra valori e progetti di vita contrastanti; in primo luogo il rifiuto di fondamentalismi e di chiusure dogmatiche contrapposte. Il *metodo laico* – a differenza delle sopracitate definizioni della laicità - non è una categoria giuridica ma è regola per fare coesistere e dialogare fra loro tutte le fedi e tutte le dottrine; è un “processo” che di per sé , anche a prescindere dai risultati conseguiti , assicura il loro mutuo rispetto e la loro reciproca comprensione.

Come sottolinea Jürgen Habermas, in queste materie non devono scontrarsi *ragioni assolute* ma vanno operati, da parte di credenti e non credenti, in forma “*discorsiva*”, bilanciamenti ispirati a criteri di “*accettabilità razionale*”, vale a dire di “ragionevolezza” e di “proporzionalità” (Habermas 2006) . Nei suoi scritti più recenti Habermas va al di là della “*clausola condizionale*” (“*Proviso*”) che (1993, passim) aveva posto per un dialogo fra credenti e non credenti , e cioè che essi trovassero in comune il linguaggio della politica. Per Habermas i laici devono produrre uno sforzo ulteriore , quello di tenere conto del linguaggio e dei valori delle fedi religiose , in quanto integrabili nei valori della comunità o in quanto non nettamente contrastanti con essa (non quindi l’indissolubilità cattolica del matrimonio o il ripudio della moglie previsto da altre confessioni – traduco io come esempio – ma il rispetto dei simboli religiosi , compreso il crocefisso, o le festività).

Vi può essere – è un punto che intendo qui sottolineare - un metodo e un atteggiamento laico in chi è credente e vi può essere, viceversa, un atteggiamento non laico da parte chi, pur professandosi laico, pretende di imporre come assolute le proprie verità.

Seguire un “metodo laico” significa mantenere il *pungolo del dubbio e non adagiarsi sulle chiusure dogmatiche* che sono proprie non solo delle religioni vissute acriticamente ma

anche di talune ideologie giuridiche individualiste. Il metodo laico richiede, in breve, il *senso del limite*, spirito critico (e autocritico) e misura nel giudicare. Chi è laico - *se è un intellettuale, e non un "ideologo"* - anche se ha la fortuna di possedere certezze interiori, deve essere aperto alle ragioni degli altri, sapendo che l'accesso alla verità è per definizione sempre imperfetto e che nessuno deve pretendere di possedere, *nella sfera pubblica*, le chiavi per una verità certa e indiscussa.

E' un atteggiamento che si impone ancor più di fronte al mistero della vita, laddove la scienza non è in grado di dare tutte le risposte necessarie. Tutto ciò non implica necessariamente relativismo o indifferentismo eclettico ma è il presupposto per un dialogo fra posizioni etiche diverse.

Il principio di maggioranza (e i suoi limiti)

I valori della laicità sono strettamente legati con i principi del costituzionalismo liberaldemocratico per il quale la principale tecnica di adozione delle decisioni politiche è il "*principio di maggioranza*". Esso affida le decisioni politiche alla *maior pars*, lasciando ai margini altre tecniche, sia il principio di "*unanimità*" sia, soprattutto, il criterio della "*sanior pars*". In base a questo ultimo criterio la decisione è lasciata alle persone investite di una legittimazione derivante o da una autorità scientifica o da un carisma o da una condizione sacerdotale. E' quest'ultima, infatti, la tecnica di decisione prevista all'interno della Chiesa cattolica o in talune nazioni islamiche o nei collegi che svolgono attività di ricerca scientifica.

Il principio di maggioranza è invece la conseguenza sia del riconoscimento della *eguaglianza dei cittadini* sia di un fondamentale principio liberaldemocratico, in base al quale nessuno, nella sfera pubblica, può considerarsi portatore di verità assolute ma solo di visioni parziali della verità (Barbera-Fusaro 1995). Chi è portatore di verità assolute, e quindi non negoziabili *difficilmente accetterà di restare in minoranza* sulla base della conta dei voti e della prevalenza della *maior pars*.

Il ricorso al principio di maggioranza è dunque *l'unica risorsa possibile* per la convivenza all'interno di una comunità politica (sia esso, ovviamente, il frutto di un sistema maggioritario o proporzionale e si traduca in una maggioranza semplice o qualificata). Vi è tuttavia un limite da tenere presente. La delicatezza della materia trattata, relativa a valori essenziali per la comunità, richiede che le varie maggioranze, anche laddove le norme costituzionali dovessero consentirlo, *non possono annullare completamente le ragioni delle minoranze* (Barbera-Ceccanti 2005), devono appunto adottare un "metodo laico".

Vi è, infatti, una condizione epistemologica da soddisfare, insita nel principio stesso di maggioranza. Essa è soddisfatta solo quando la decisione adottata a maggioranza conclude un procedimento che ha preliminarmente sottoposto a vaglio critico gli elementi che concorrono alla decisione stessa, al fine di testarne la validità e di consentire un confronto fra le varie opinioni (Manin 2010, 6). E' l'etica della "discussione" cui prima mi riferivo. Mi rendo conto che essa è un'etica che può restare a un livello "formale" ma è l'unico strumento che ci è dato per raggiungere nella sfera pubblica una "comprensione dialogica" delle rispettive convinzioni morali.

Dicevo prima che si rischia di spezzare il felice incontro fra il costituzionalismo liberale e il personalismo cristiano. Non aiutano ad evitare un simile risultato sia talune posizioni così dette laiche sia talune posizioni di credenti. Le prime allorché individuano diritti di libertà in ogni bisogno o in ogni aspirazione soggettiva; allorché, in breve, ritengono frutto di "*proibizionismo*" qualunque tentativo di imporre limiti e regole alla libertà di autodeterminazione, considerata come un assioma indiscutibile. Le seconde allorché

pretendono di imporre, attraverso le norme giuridiche, anche a chi credente non è, i propri convincimenti e i propri comportamenti etici¹².

Mi limito a due esempi, che a me paiono “casi limite”. *Primo esempio*. Da parte laica non vedo argomenti a favore della *fecondazione eterologa* che non si risolvano nella difesa della libertà di procreazione in quanto tale, escludendo il bilanciamento con altri valori. Lascia assai perplessi non solo il non tenere conto del diritto alla identità biologica del nascituro; non solo l'ipocrisia del concetto di “donatore” che spesso (anche se non sempre) nasconde forme di *mercificazione*, talvolta anche in chiave eugenetica, ma persino il sacrificio di terzi coinvolti, sia esso un donatore di seme o una donatrice di ovociti. Non voglio mettere insieme le posizioni di quanti con le motivazioni più varie (spesso apprezzabili) sono costretti a ricorrere alla fecondazione eterologa ma come non riflettere sulla recente notizia di un noto cantante inglese (*Elton John*) e di un suo compagno che per soddisfare il loro bisogno di genitorialità hanno fatto ricorso all'affitto dell'utero di una ragazza. Alcuni commentatori non hanno mancato di sottolineare questa nuova frontiera per le coppie omosessuali - “*nascere per contratto*” (Shalev 1992, 90 ss) - ma non sembrano sfiorati dal dubbio per la grave offesa inferta alla dignità di quella ragazza, il cui grembo è stato mercificato (pratica sempre più frequente sfruttando la situazione di bisogno di ragazze dei paesi poveri, dell'India in particolare ove sono fiorenti alcune cliniche specializzate). Il silenzio dei movimenti femministi sul tema è assordante (per quanto almeno a mia conoscenza). L'offesa alla dignità della madre gestante peraltro va molto al di là dei dubbi, che pure non mancarono in dottrina, sull'antico istituto del “baliatico” (Santosuosso 2001).

Secondo esempio. Da parte cattolica non vedo sforzi significativi per sottoporre a vaglio critico la perdurante avversione verso le campagne a favore dell'uso dei *profilattici* nei paesi del terzo mondo, essenziali per contenere la diffusione dell'Aids, mentre vedo chiuso lo spiraglio (v. *Congregazione per la dottrina della fede* in “La Sicilia” del 22 dicembre 2010) che sembrava aperto da una recente intervista del Pontefice (nel volume *Luce del mondo*, 206).

Nel *primo esempio* la libera determinazione della coppia, assunta come un indiscutibile valore assoluto, nell'altro esempio il richiamo non meno dogmatico ad una dottrina - enunciata da Paolo VI nel n.14 dell'Enciclica *Humanae Vitae* - che non riesce a spiegare razionalmente perché l'uso di detto contraccettivo sarebbe moralmente inaccettabile, e quindi vietato, mentre sarebbe consentito il complesso calcolo dei giorni infecundi¹³. Ed ancora : capisco la contrarietà alla crioconservazione degli embrioni, che pur non essendo “persone” hanno la “dignità di persona”, ma non comprendo - lo dico in modo

12 Anche le vicende che hanno accompagnato la approvazione della *legge sulla fecondazione assistita* possono essere eloquenti per quanto riguarda il rispetto del principio di maggioranza, sia da parte di laici sia da parte di credenti. Non lo si è rispettato da parte di coloro che - per esempio alcuni autorevoli ginecologi o taluni movimenti femministi - non volevano alcuna legge preferendo la libertà assoluta e contestando la legittimazione del Parlamento a decidere, ritenendo così (a torto o a ragione) che si ponessero vincoli impropri sia alla ricerca scientifica sia alla libertà femminile. E non lo si è rispettato da parte di chi - fra questi la stessa Conferenza episcopale italiana - pur avendo responsabilmente accettato, all'atto della discussione e approvazione della legge, la regolamentazione di pratiche di fecondazione assistita (in linea di principio escluse dalla dottrina cattolica), ha puntato, con metodo ostruzionistico (metodo da tempo praticato anche da partiti politici), al non raggiungimento del *quorum*, per evitare che gli elettori, in una libera consultazione referendaria, potessero andare al di là del compromesso parlamentare. Ben diversa era stata negli anni settanta la posizione cattolica a proposito delle consultazioni referendarie su divorzio e interruzione della gravidanza, peraltro promossi anche da comitati di cattolici.

13 Il richiamo alla necessità che l'amore coniugale “*rimanga sempre aperto alla vita*” (Istruzione “*Dignitas personae*”, punto 6) sembra legato ad un astratto ordine naturale, alla “fisicità” del dato biologico, e rischia di porsi in contraddizione con il principio di responsabilità delle persone e quindi con le condizioni concrete della singola coppia. Nell'ambito della stessa teologia di ispirazione cattolica si tende a distinguere metodo “teleologico” e “metodo deontologico”, il primo attento ai fini, il secondo più attento agli strumenti e ai mezzi (indicazioni in Ceccanti 2010, 64-65; vedi anche Piana 2007, 2011 e *passim*).

sommesso non avendo la necessaria competenza scientifica – perché la Congregazione della Fede si pronunci anche contro la crioconservazione degli ovociti ¹⁴.

Un “moderno habeas corpus”?

Ad alimentare forme di fondamentalismo laico concorre un’ impostazione teorica, con intenti ed effetti di tipo “libertario”, volta ad individuare nel nostro sistema costituzionale un generale ed indistinto diritto di libera auto-determinazione dell’individuo .

E’ un diritto che da tempo girovagava in una antica e svogliata letteratura e che era stato messo da parte, dopo l’avvento della Costituzione italiana, per il timore che potesse indebolire le più moderne garanzie rappresentate dalle puntuali libertà individuate nel testo costituzionale (v.le critiche di Amato, 1990, 50 ss.). Nessun dubbio sul fatto che in assenza di una legge debba prevalere “una sfera generale di libertà” che consenta al cittadino di fare ciò che la legge non vieti espressamente. E’ un aspetto del più generale “principio di legalità” (Pace , 175 secondo la antica impostazione di Donati ora in Corte cost.115/2011) ma da ciò non è possibile trarne il riconoscimento costituzionale di un principio generale di autodeterminazione (dottrina in Caruso , 23 ss.) opponibile allo stesso legislatore. Proprio allo scopo di meglio garantire il sistema delle libertà con puntuali garanzie istituzionali le costituzioni contemporanee, e fra queste quella italiana, fanno riferimento a *specifiche* fattispecie di libertà, non assumendo a livello costituzionale tutti i possibili diritti dell’individuo o, meno ancora, generici interessi dei cittadini.

Tuttavia, nel corso degli anni ottanta il concetto di “*autodeterminazione*”, più legato a schemi inerenti i diritti di libertà, è stato utilizzato dalla dottrina nel tentativo di superare la concezione mercatista e patrimoniale legata al concetto di “*autonomia*”, soprattutto riflessa nell’art.5 del Codice civile ,relativo agli atti di disposizione del proprio corpo (Romboli 1988 , 225 ss) . Ma la dottrina successiva è andata oltre questa importante conquista, fino ad individuare nella Costituzione italiana, e nelle più recenti carte internazionali e sovranazionali, un generale diritto all’auto-determinazione, definito “libertà morale”, espressione di una “sovranità su di sé”. Diritto progressivamente declinato in varie direzioni, dalla più innocente “auto-determinazione informativa”, alla più impegnativa “auto-determinazione biologica”, dalla più pacifica “auto-determinazione terapeutica” fino al “diritto a togliersi la vita”. Un “*diritto alla libera disposizione del proprio corpo*” che si tradurrebbe in un “moderno habeas corpus”¹⁵.

Premesse siffatte – basate sulla piena sovranità sul proprio corpo - circolano, lo vedremo più avanti, in talune concezioni radicali delle libertà individuali e sono presenti in quanti ritengono inopportuni interventi del Parlamento volti ad elaborare una *legislazione sul fine*

14 *Dignitas personae*, Su alcune questioni di bioetica, Istruzione della Congregazione per la dottrina della Fede del 12 dicembre 2008, punto 20

15 Quasi tutte le espressioni citate sono di Stefano Rodotà che sul tema svolge da tempo una intensa , e assai coerente, attività pubblicistica e che ha contribuito alla redazione della Carta europea dei diritti (in varie sedi, per esempio Rodotà 2009 73 ss ma da ultimo Rodotà 2010, 269 ss dove peraltro, accanto a un più corretto riferimento all’art.32 Cost, si enfatizza una espressione usata dalla Corte costituzionale nella Sentenza 438/2008). La medesima impostazione è presente nell’appello firmato da un notevole numero di giuristi “*No alla cancellazione del diritto fondamentale alla autodeterminazione* “ che nel lodevole intento di opporsi al testo in discussione alla Camera sul testamento biologico afferma principi che possono portare alle meno accettabili conseguenze indicate nel testo. Anche la letteratura costituzionalistica in modo sempre più diffuso tende a collocarsi su queste posizioni : v, ad esempio , Veronesi 2010, 137 ss ; Rimoli 2006, 545 ss ; ma anche Modugno, 20 ss che trae dall’art.13 la tutela di un diritto alla “libertà morale” ; v. anche Zatti 2010, 122ss.ed altra dottrina ivi richiamata nonché alcuni scritti contenuti in Romboli 2007 e in S.Canestrari , G. Ferraro , C. Mazzoni, S, Rodotà 2011 riferiti ad atti di disposizione del proprio corpo. Le conclusioni - cito per tutte quelle di Veronesi (2010 , 150 ss) - sono nel senso della libertà di automutilarsi (purchè non costituisca atto negoziale), prostituirsi, suicidarsi ecc. (ma lo stesso Veronesi tenta di contenere le deduzioni dalle proprie tesi interrogandosi se nel caso delle mutilazioni di origine tribale la donna sia effettivamente libera). Fortemente critico nei confronti di queste posizioni S.Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it . Sulla insussistenza di un generico “diritto alla libertà morale v. Pace 1992,172 ss . Ma si parla anche di *habeas mentem* : Baldassarre, 372 ss

vita, salvo che essi non si limitino a riconoscere che la materia sarebbe *già* coperta da un diritto costituzionale, il “*diritto a morire*” (così Rodotà 2009), limitando quindi la funzione della legge (ritenuta opportuna ma non necessaria) alla sola regolamentazione di dettaglio.

Le strade per raggiungere questo risultato sono due: o il “diritto alla vita” declinato anche come “diritto a non vivere”, o il diritto a disporre del proprio corpo. La conseguenza che ne viene tratta è la stessa: un agghiacciante diritto a morire che, tra l’altro, renderebbe incostituzionale, e quindi sindacabile dalla Corte costituzionale, l’art. 580 del codice penale laddove prevede come reato l’ “*aiuto al suicidio*”, mentre verrebbe ovviamente salvato solo il più grave reato di “*istigazione al suicidio*” previsto dal medesimo Codice: così infatti in scritti di non pochi penalisti o costituzionalisti (Gemma, Stortoni, Seminara, Giunta ed altri). E’ un antico dibattito da Cesare Beccaria e da David Hume in poi: si va dal suicidio come esercizio di una “libertà di fatto” (Romboli, 2007, 247 ss) all’esercizio di un vero e proprio diritto costituzionale (riferimenti in Faenza 2010, 1809 ss.)¹⁶.

Di quei diritti *non vi è traccia nella Costituzione repubblicana*. E proprio per ciò sarebbe oggi una forzatura fare dire a detta norma più di quanto il legislatore è oggi in grado di dire, ribaltando addirittura le norme del codice penale e riconoscendo legittime forme di “suicidio assistito”. In tal senso, peraltro, si è pronunciata la Corte di Strasburgo nel caso *Pretty v. Regno Unito* dell’aprile 2002 (v. invece Rodotà 2006, 255) negando che esista il *right to die* invocato nel ricorso della Signora sulla base dell’art.2 della Convenzione europea dei diritti (che prevede il diritto alla vita ma non nel suo versante negativo del diritto a togliersi la vita).

Nell’ordinamento costituzionale italiano l’unico punto di riferimento è invece rappresentato dall’*art.32 della Costituzione* che, richiedendo il consenso della persona per le terapie, e quindi riconoscendo il “*diritto a rifiutare le cure*” (ivi comprese, a me pare, l’alimentazione e l’idratazione forzate), implicitamente riconosce un diritto del paziente a che la malattia faccia il suo corso, anche scontando un esito letale della stessa (Canestrari 2007, 23; 2011, 1901 ss). Un diritto a “rifiutare le cure”, non un “diritto a morire”. Da questo unico, anche se importante, punto di riferimento si traggono più generali conseguenze che non hanno riscontri nel testo costituzionale e ancor meno nei lavori dell’Assemblea Costituente¹⁷.

Un “lasciarsi morire e un lasciare morire” non significa un “fare morire”¹⁸. Mettendo in relazione stretta libertà e dignità della persona, si giustifica il riconoscimento di un diritto a lasciarsi morire rifiutando determinati trattamenti sanitari - ivi comprese la tanta discussa

¹⁶ Sul tentativo di enucleare un “diritto all’eutanasia” dall’art.2 Cost. riferimenti in Tripodina, 122. Non par dubbio che tale norma vieti forme di *eutanasia attiva* (“eugenetica”, “economica”, “pietosa”) atteso che il valore della persona non può essere misurato sulla base dell’efficienza fisica della stessa, può invece rimanere il dubbio per le forme di *eutanasia passiva*, da ricondurre alla volontà stessa del soggetto (e diverse dal lasciarsi morire, richiedendo un intervento attivo di altri soggetti). I dubbi possono essere più o meno fondati ma è anche da considerare che la funzione di apertura ad altri diritti svolta dall’art.2 è da legare strettamente agli orientamenti prevalenti nella comunità (alla costituzione “materiale” secondo la terminologia mortatiana), quale espressa anche dal legislatore (Barbera 1974).

¹⁷ Anzi vi è chi sostiene che ben altro era l’intendimento dei Costituenti nel formulare l’art.32 (Mangiameli, 2009).

¹⁸ So bene tuttavia che tale distinzione si basa su una differenza tra “omissione” (rifiuto delle cure) e “comportamento attivo” (attività volta all’eutanasia) che non sempre è facile delineare nel caso concreto (da ultimo un caso sottoposto ai giudici tedeschi: *Bundesgerichtshof*, 25 giugno 2010) ma ciò non può escludere che vada posta la questione di principio, almeno per quanti cooperano attivamente a favorire il togliersi la vita. Se vi è il diritto a ottenere un aiuto per morire – in caso di inabilità, ad esempio, come nel citato caso della Signora Pretty – vi dovrebbe essere un corrispondente (ma inammissibile) dovere di dare la morte (letteratura sul punto in Tripodina, 122).

alimentazione e idratazione forzate¹⁹ - ma è assai problematico - io credo - giustificare il ricorso a forme di “eutanasia attiva”.

Peraltro nei Paesi che hanno ammesso forme di eutanasia le cautele sono state tali (e non poteva essere diversamente) che “la morte per diventare dolce diventa puntigliosamente burocratizzata e il rispetto della dignità si chiude nel rigore di una procedura” (Semplici 2009, 94)²⁰.

Mi rendo conto del pericolo che concetti astratti – vita, dignità, responsabilità – possano prendere il posto di concreti “*esseri viventi*” (così correttamente ma con conclusioni estreme: Barbara Duden, 1994, *passim*) e che l’apprezzamento della dignità della persona può essere pericolosamente rimessa a un terzo (sia esso il legislatore o il medico). Il *senso ultimo* di un’esistenza libera sarà sempre legata ad una scelta individuale, scelta verso la quale il rispetto deve essere fuori discussione; e spetterà alla stessa persona, in concreto, valutare fino a che punto la sua vita sia *degnata di essere vissuta*; ma ciò premesso, non può quella scelta divenire regola generale.

Dal “*dominium rei*” al “*dominium sui*”

Se deve essere riconosciuto un diritto a liberamente disporre del proprio corpo – sempre sulla base dell’impostazione prima riferita – ne deriva, per le impostazioni più radicali, che esso ricomprende non solo il più circoscritto diritto a *darsi la morte*, ma anche a *mutilarsi*, a *drogarsi*, a *prostituirsi*, a *disporre in vario modo del proprio corpo*. Dall’antico e assoluto *dominium rei* ad un più moderno *dominium sui*, sempre in nome del “dogma della volontà” (Baldassarre, 1997, 229).

Evidenti le ripercussioni sulla possibilità per la legge di incidere sull’autonoma e libera determinazione dell’individuo. Se le (innumerevoli) facoltà che discenderebbero da tale diritto avessero un fondamento costituzionale non sarebbe possibile incidere sulle stesse senza incidere su quel diritto generale di libertà²¹.

19 Non mi pongo in questa sede se idratazione ed alimentazione (o ventilazione) siano trattamenti medici o irrinunciabile sostegno vitale: è tema aperto come dimostra la recente decisione del 25 giugno 2010 del *Bundesgerichtshof* (cui forse seguirà una decisione del *Bundesverfassungsgericht*).

20 Fatto salvo che il *diritto alla vita* - diritto assoluto, non negoziabile e non rinunciabile - è il valore prioritario dell’ordinamento, il diritto riconosciuto dall’art.32 di rifiuto delle cure può invece comportare - io credo - due conseguenze:

- la possibilità di esprimere una chiara, inequivocabile ed *espressa* dichiarazione anticipata di volontà attraverso il cd. *testamento biologico*, nelle forme e nei modi che spetta al legislatore stabilire, da utilizzare nel caso in cui il paziente non sia più in grado di esprimere una volontà (ma con una formulazione meno maldestra del testo in discussione alla Camera – febbraio 2011 - talmente generica da potere ricomprendere persino i pazienti affetti da Alzheimer);
- la possibilità per pazienti *capaci di intendere e di volere*, e che si trovano tuttavia in condizioni di totale dipendenza fisica, di potere *rinunciare alle cure*, anche quando questa rinuncia richieda un comportamento “attivo” da parte di un medico (fermo il riconoscimento di una possibile obiezione di coscienza); intervento non direttamente volto a provocare la morte ma a *rimuovere* il mezzo tecnologico che tiene inchiodati in vita (per esempio staccare una macchina).

A quest’ultimo proposito non voglio riaprire dolorosissimi casi che hanno commosso tanti di noi ma – lo accenno nel testo - non possono essere posti sullo stesso piano il caso Welby e i casi sempre più frequenti, non solo in Italia, in cui si cerca di ricostruire una volontà di un paziente, non in grado di esprimersi per uno stato vegetativo permanente, sulla base del loro “stile di vita” e delle loro “convinzioni etiche”. Per quanto riguarda il caso Welby le difficoltà sono venute sia dal comportamento “attivo” necessariamente richiesto al medico, sia dal “giuridicismo” esasperato dell’Ordine dei medici che consentiva il distacco del respiratore da parte del medico, perché richiesto dal paziente, ma prevedeva contemporaneamente l’obbligo per lo stesso medico di intervenire allorché il paziente fosse entrato in stato di incoscienza sia dall’equivoca posizione del Tribunale romano – di sostanziale *non liquet* - che pur riconoscendo la sussistente un diritto del paziente non ha ritenuto di intervenire in assenza di una legge di regolamentazione.

21 Mi riferisco alla fonte legislativa poiché ritengo corretti i dubbi di chi contesta quei limiti che non trovino un fondamento nella legge stessa (per esempio per le pratiche estreme di piercing e tatuaggio - Piccinini 601 ss - regolamentate in alcune ordinanze di Sindaci). In questo caso, infatti, sarebbe violato - lo dicevo prima - non il diritto alla disponibilità del proprio corpo ma il principio di legalità.

Alla legge verrebbe opposto un diritto costituzionale di libertà (non escludendo ovviamente i necessari bilanciamenti²²). E i terreni in cui ciò è avvenuto sono già tanti. Proviamo a vederne qualcuno.

Come sappiamo, i movimenti liberali dell'Occidente sono all'avanguardia nel combattere il fenomeno tribale delle *mutilazioni genitali femminili*. Ma se si parte da una concezione che fonda le libertà sulla libera disponibilità del proprio corpo, e se si aggiunge la considerazione che non vengono toccate libertà altrui, non sarebbe possibile negare a donne adulte (diverso per le minorenni) il diritto a ricorrere alla pratica della *mutilazione genitale* (Venuti, 202 ss.). A questo si riferiscono taluni critici della legge n. 7 del 2006, che prevede le stesse come reato, mai accettata comunque da chi ritiene che il diritto penale deve rispettare le specificità etniche (Fornasari 2008,195).

Considerazioni analoghe potrebbero essere svolte per la *prostituzione*. Essa va solo tollerata o considerata esercizio di un diritto di libertà? La risposta di una parte della dottrina (Marino 2007, 227 ss.), anche richiamandosi al concetto di "libertà sessuale", è in questo secondo senso, fino a mettere in dubbio la legittimità costituzionale delle norme che puniscono il "favoreggiamento della prostituzione" (salvando ovviamente solo le fattispecie volte allo sfruttamento della stessa) o fino a considerare di dubbia costituzionalità ogni provvedimento che tocchi, per chi si dedica a tale antico mestiere, "il diritto di dislocare liberamente il proprio corpo" in ogni parte della città (Piazza 2008, 4038). Ma è proprio necessario - si potrebbe obiettare - rifarsi ad un diritto costituzionalmente tutelato alla disponibilità del proprio corpo per riconoscere - come è giusto - anche a chi si prostituisce taluni diritti civili comuni ad ogni persona (Marella 889 ss)?

Considerazioni analoghe potrebbero svolgersi anche per la *assunzione di stupefacenti*. Dopo il referendum dell'aprile 1993, che ha portato alla abrogazione della legge Iervolino-Vassalli, drogarsi non è più un reato. Per alcuni tale "*svolta antiproibizionista*" è stata la ricerca di un modo migliore di combattere la diffusione delle droghe, per altri è invece il riconoscimento di un diritto di libertà ("a right to do wrong", si dice in altri Paesi). La differenza fra le due posizioni, emersa anche nel dibattito che accompagnò la consultazione referendaria, non è di poco conto. Se si trattasse di diritti di libertà non solo questi comportamenti non potrebbero essere puniti (e può esserlo saggio non farlo), ma soprattutto non potrebbero essere ostacolati. Si possono avere le opinioni più diverse sulle sanzioni amministrative nei confronti di chi assume sostanze stupefacenti, per esempio quelle previste dall'art. 75 del d.p.r. 309/390 introdotto con la legge 49/2006 (la c.d. legge Fini-Giovanardi), ma non si può convenire con chi ritiene che le *sanzioni amministrative* ivi previste siano incostituzionali perché incidono su diritti di libertà dei cittadini. Drogarsi non significa esercitare una libertà (così invece Ainis 2004,143 ss.); significa privarsi di una libertà ed anzi offendere la propria dignità.

Ma si potrebbero citare altre situazioni. Esiste un *diritto a sterilizzarsi*? La legge 194/78 ha portato ad una *abolitio criminis*, ad una abrogazione del reato di sterilizzazione volontaria, già previsto dall'art. 552 del Codice penale, ma siamo di fronte ad una scelta discrezionale del legislatore o al riconoscimento di un diritto costituzionale (Gemma 1977; Seminara 212 ss.; Romboli 1988, 270 ss.)?

Spetterebbe all'interessato, che ha la disponibilità del proprio corpo, decidere - per ricordare una vicenda che ha appassionato la Francia qualche anno fa - se sottoporsi al "*lancer de nain*" ovvero si tratta di una pratica che, come deciso dal *Conseil d'Etat*, è da

²² In base alla legge 164/182 è riconosciuto un *diritto a mutare i caratteri del proprio sesso* ma sulla base di una autorizzazione del giudice (Palmeri 729 ss.); fino a che punto - bisognerebbe chiedersi - tale intervento autorizzatorio è riconosciuto compatibile con il riconoscimento di un diritto costituzionale?

proibire perchè ferisce la “dignità della persona”, e quindi l’*ordre public*” (cfr. www.justeurope.unblog.fr)?

Capisco il timore di derive “*proibizioniste*” (Ferrajoli 2008,288ss) ma siamo di fronte a impostazioni che potevano considerarsi coerenti con i principi delle costituzioni liberali che esaurivano la loro funzione nel porre limiti al potere pubblico. Ma fino a che punto il costituzionalismo moderno recepisce le vecchie dimensioni delle libertà classiche?

E’ ben vero che l’art. 2 della Costituzione racchiude una “*fattispecie aperta*” - che io stesso ho contribuito a valorizzare in altre sedi (Barbera 1974) - ma è anche vero che esso collega i diritti inviolabili ai *valori della persona*; un riferimento, certo, elastico ma in grado - tornerò sul punto - di evitare un ancor più generico riferimento a qualsivoglia libera determinazione dell’individuo .

Peraltro un punto di forza del costituzionalismo del Novecento è imperniato sull’idea che l’ordinamento non deve limitarsi a garantire i diritti costituzionali ma deve adoperarsi per il loro *sviluppo*. Non basta tutelare, ad esempio, la libertà di pensiero o la libertà di associazione ma occorre favorire - o quanto meno non ostacolare - quegli strumenti che meglio possano tutelarle in positivo . Potrebbe essere così anche per questo tipo di pretesi diritti? La Repubblica dovrebbe non solo non interferire ma addirittura avrebbe il compito - ne accennavo prima - di aiutare l’esercizio di tali libertà, ivi compresi, appunto, o togliersi la vita, o drogarsi o prostituirsi, o sterilizzarsi, o mutilarsi?²³

Una concezione radicale delle libertà

Alla base delle posizioni radicali fin qui evidenziate sta una concezione teorica delle libertà volta a riconoscere la piena legittimità di tutti quei comportamenti che non toccano direttamente la “*libertà del vicino*”. In tal caso la politica e il diritto dovrebbero arretrare rispetto alla sovranità e all’autonomia dell’individuo, cui spetterebbe ogni valutazione sul contenuto etico della propria azione .

Nelle posizioni classiche del liberalismo individualista le libertà sono viste essenzialmente come “non intromissione” della legge nell’autonomia individuale: così da John Locke a Geremia Bentham , da Stuart Mill a Thomas Hill Green, da Isaiah Berlin a Friedrich von Hayek ed ovviamente a Nozick. Secondo tale impostazione gli *unici limiti* ammessi all’autonomia dell’individuo dovrebbero essere ispirati al principio per cui la mia libertà finisce laddove comincia quella degli altri. Qualora non vengano intaccate le libertà di altri soggetti la politica e il diritto dovrebbero arretrare rispetto alle scelte dell’individuo, cui spetta ogni valutazione sul contenuto etico della propria azione (Zanetti 1998)²⁴.

Richiamandosi a detto principio generale di libertà una parte della dottrina civilistica – lo si è visto prima - tende a giustificare quanto può essere confinato nella sfera privata rifiutando limiti “di sapore paternalistico” (Zeno Zencovich 2010, 880). Ed in effetti talune scelte possono essere lasciate alla libera disponibilità dei soggetti interessati ma fino a

²³ E’ quanto, ad esempio, stanno tentando alcuni Comuni per favorire il diritto, previsto dall’art.32 della Costituzione, di rifiutare forme di accanimento terapeutico attraverso la possibile registrazione presso appositi uffici comunali dei “testamenti biologici”, pur in assenza di una normativa nazionale. Si può segnalare al riguardo la *nota Anci del 23 novembre 2010 sui registri comunali per il testamento biologico* per la quale “si può fondare la legittimità dell’azione comunale in una generica e generale competenza innominata a far fronte comunque alle esigenze delle proprie comunità, allorché questo avvenga senza violazione di leggi, secondo il principio in base al quale ciò che non è vietato è permesso, fermo restando il rispetto di situazioni giuridiche altrui”.

²⁴ Ma vi è anche chi, nell’ambito del medesimo pensiero liberale, ritiene che compito dello Stato non sia solo quello di assicurare il libero dispiegarsi delle inclinazioni individuali (von Hayek 1986, 542 ss.) ma soprattutto quello di assicurare - mi riferisco a Rawls - che siano garantite pari opportunità secondo principi di giustizia (Rawls 1971). Del tutto opposte le posizioni “*communitarians*” che esaltando il ruolo delle comunità di appartenenza finiscono per svalutare l’autonomia e la responsabilità individuali.

che punto rappresentano l'esercizio di un diritto soggettivo di libertà costituzionalmente tutelato ?

E' un tema - per *richiamare* un esempio - da tempo dibattuto da taluni *movimenti femministi* che tendono a leggere la soluzione trovata nella legge 194/1978 come il riconoscimento di un "nuovo diritto" (Mori 2008 ma criticamente Mancina, *passim*), un diritto di libertà della madre di disporre di ciò che è ancora parte del proprio corpo e non - come nella già citata Sentenza della Corte e nell'intenzione del legislatore - un *agere licere*, frutto di un bilanciamento fra il diritto alla salute della stessa e il diritto alla vita del nascituro (anzi con questo intento estensivo era stato indetto, ma senza successo, un referendum che corse parallelo a quello sulla legge 194). Un equilibrio che finora ha retto, anche se rimesso in discussione dalle innovazioni farmacologiche, sia quelle di tipo "intercettivo" (la c.d. pillola del "giorno dopo"), sia quelle di c.d. "contro gestazione" (la pillola Ru 486).

L'esperienza delle Costituzioni del secondo dopoguerra, cui prima mi riferivo, e lo sviluppo conseguente della teoria costituzionale non consentono, a mio avviso, di accettare impostazioni così radicali delle libertà. In una costituzione improntata a principi e valori le libertà non possono essere costruite solo sulla base di modelli giuridici auto-referenti. Una libertà costituzionale non può né tradursi nella tautologica "*libertà di volere liberamente*" né essere circoscritto alla mera dimensione procedurale (previsione di riserve di legge o fissazione di garanzie giurisdizionali), prescindendo dai contenuti.

Nel momento in cui le costituzioni ambiscono a costituire anche una *tavola di valori* che informa l'intero ordinamento è ancora possibile alle stesse restare *neutrali* o *agnostiche* rispetto alle varie concezioni del bene presenti nella società (E.Galeotti 1994) ? ²⁵ Non possono esserlo, io credo, e non è un caso che una delle poche costituzioni che tutela un diritto generale di azione - la Costituzione tedesca con la *frei Entfaltung seiner Persönlichkeit* - lo circonda di intensi limiti, ivi compresi quelli derivanti dalla *Sittengesetz*, dalla "legge morale" (Pedrini 2006,161).

Non aiutano al riguardo le antiche categorie, costruite solo sulla "*libertà da*" (le libertà *dallo* Stato o dal potere o comunque da costrizioni esterne: G.Jellinek,64) mentre appare più in linea con le moderne tendenze costituzionali una concezione dell'individuo visto come persona cui spetta una "*libertà per*" ("*right to*" per Lon Fuller, 1955). La persona - lo accennavo prima - *non è il frutto di una sommatoria di diritti* ma, capovolgendo il punto di vista, è una entità irriducibile cui vanno riconosciuti diritti fondamentali. Stretto è quindi il

²⁵ E' una domanda che ci colloca ai confini dello "stato etico"? Mi limito a riprendere *una domanda di Dworkin* (1982, 319), che pure è uno dei padri del neo-costituzionalismo: quanti in nome dell'autonomia individuale, sono pronti a sostenere che è proprio di uno Stato etico imporre *l'uso del casco o della cintura di sicurezza*? L'esempio per Dworkin era formulato per assurdo ma di queste limitazioni si è dovuta occupare la Corte costituzionale italiana in due occasioni. Più di recente (ord.49/2009) allorché è stato ritenuto da un Giudice che l'obbligo delle cinture di sicurezza previsto dall'art.172 del Codice della strada contrasterebbe, oltre che con alcuni immancabili articoli della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e della Dichiarazione Universale, anche "con l'art. 13 Cost., non costituendo misura di prevenzione atta a evitare danni a terzi, ma paternalistica previsione dell'ordinamento nei confronti del singolo, considerato in posizione di inferiorità etica e psicologica, retaggio di ordinamenti assolutistici e illiberali, in stridente contrasto con i principi dello Stato democratico" e quindi con l'art.2 .Cost., "giacché i diritti inviolabili dell'uomo e lo sviluppo della sua personalità risultano gravemente compressi" (sic!). Del resto non era mancato chi in dottrina si era preoccupato per la "paventata illegittimità" dell'obbligo in questione espressione di una cultura paternalista (Anzani 407). Qualche anno fa (Sentenza 180/1994) era stato ritenuto dal Giudice remittente che le norme del Codice della strada che prevedono l'obbligo del casco per i motociclisti sarebbero lesive "dell'art. 32 della Costituzione, perché impongono un obbligo che si sostanzia in un trattamento sanitario preventivo. Infatti mentre è giustificabile la sottoposizione a obblighi coercitivi per ragioni sanitarie quando vi sia pericolo per il diritto alla salute di terzi, sembra illegittima la coercizione dettata da un "mero interesse" della collettività alla tutela della salute del singolo o da motivazioni riconducibili a generiche esigenze di limitazione dei costi economici derivanti alla collettività dagli incidenti stradali". Non a caso Dworkin è ironico con quei costituzionalisti o filosofi del diritto che mettono sullo stesso piano, con sussiego accademico, la libertà di opinione e la libertà di compiere un gesto insignificante, vale a dire i diritti umani per i quali generazioni intere hanno combattuto e i variopinti frammenti di pretesi diritti dell'individuo.

collegamento fra “dignità della persona” e “libertà” della stessa; collegamento che si può spingere fino al punto di delimitare i confini di una libertà sulla base del rispetto o meno della dignità personale (Barbera 1967, 106 ss.). La dignità della persona è insieme – è stato detto in modo incisivo – “fondamento “ e “limite” delle libertà costituzionali (è “con-fine”: Ruggeri-Spadaro, 347, 368; ma anche Di Ciommo 2010). Libertà non è solo “*liberazione*” da impedimenti - un liberarsi dal potere o dagli altri - ma libera “comunicazione” di sé. La rimozione degli impedimenti è in questa prospettiva un mezzo, non un fine. Non è “la libera volontà” di un individuo ripiegato su se stesso; non è diritto “*di ciascuno per sé*” quanto, piuttosto, energia che si espande.²⁶

Come sottintende la nostra costituzione (citavo prima l’art.2), e come espressamente affermato in altri testi costituzionali (e in molte dichiarazioni internazionali), i diritti di libertà sono riconosciuti in funzione della tutela e dello sviluppo dei valori della persona, in primo luogo della “*dignità della persona*”. E tali valori fanno riferimento non all’individuo isolato, “*chiuso nella volubilità delle sensazionisenza passato ed avvenire, senza legami* “ ma ad una “*persona*”, titolare di diritti e di doveri e inserito in relazioni sociali, e perciò responsabile (Mounier 1955,57-58). “*La persona si oppone all’individuo in quanto ella è dominio, scelta, formazione, conquista di sé*”(Mounier, 1955 88).

So bene che il riferimento alla dignità della persona, il cui contenuto è non cristallizzabile, rischia l’astrazione (di essere *abs-tracta* da un contesto) e può essere suscettibile di diverse, e anche contrastanti, interpretazioni - per esempio spingendo sia a vietare il *burqa*, perché offende la dignità della donna sia a consentirlo per rispetto delle convinzioni di chi intende indossarlo - ma questo non consente di escludere gli stessi dal novero dei concetti giuridici, come in talune ricostruzioni di dottrina (Luciani, 1060 ss.), che così sottovalutano le numerose fonti del diritto che ad essa si riferiscono, a partire dall’art.1 della Carta europea dei diritti (Annecca, 419 ss.; Schachter 1983, 850 ss;).

Ed è anche vero che con il riferimento ai valori della persona si corre il rischio di indebolire la certezza del diritto ma non si vede perché possa essere assunto fra le categorie giuridico-domatiche un concetto generico di “*libertà dell’individuo*” (valutato alla luce di un non meno vago principio “*di espansione delle libertà*”: Rimoli 543) e non si possa tentarlo di arricchirlo con riferimento ai valori della persona, evitando così, peraltro, il rischio di scambiare per diritti fondamentali tutti i più o meno comprensibili desideri o bisogni e di basarsi su una concezione della libertà in cui la coscienza soggettiva diviene l’unica misura dell’istanza etica. Una concezione della libera autodeterminazione che non conosce altre ragioni al di fuori di se stessa esaspera la dimensione soggettivistica e giunge, persino, come abbiamo visto, a giustificare la libertà di drogarsi o il diritto di disporre del proprio corpo o di mutilarsi. *You can do whatever you feel*” è una canzone degli anni ottanta (dei “*Village People*”), assai fortunata ma che sottolinea la dispersione in frammenti della libertà della persona^{27 28}.

²⁶ La persona ha il diritto di scegliere non ciò che più gli aggrada ma ciò che ritiene più giusto per sé e per gli altri: così sottolineava *Immanuel Kant* per il quale la essenza della “*libertà consiste nel fare ciò che le regole rispondenti a ragione ti impongono di fare*” (e a Kant si deve la costruzione della “*persona*” come categoria non solo etica ma giuridica: Cattaneo, *passim*). Se si vantano *diritti* da una comunità la stessa può richiedere quei *doveri* di solidarietà che servono allo sviluppo della personalità di altri componenti la comunità stessa.

²⁷ Non si può confondere, secondo Giuliano Amato, “*la libertà con il tornaconto egoistico...di chi considera libertà qualunque facoltà appaia a taluno conveniente* “ (Amato 1990,47-48). Sottolinea ancora Amato (1990,56) che l’ordinamento, anche laddove riconosce ampi margini di autonomia all’individuo, deve alimentare modalità di esercizio della stessa che favoriscano la necessaria ponderazione nelle scelte da compiere (come previsto, ad esempio, dalla legge 194 per la decisione della donna di interrompere la gravidanza). Come ancora affermato da Ruggeri e Spadaro “*nel concetto di dignità della persona confluisce sia il “diritto alla libertà” che il “dovere di essere libero*” (Ruggeri, Spadaro 1991,368).

²⁸ Mettendo in relazione libertà e dignità della persona - mi limito ad un esempio - si possono giustificare, alla luce dei principi costituzionali, le manipolazioni geniche “*germinali*” effettuate a scopi terapeutici, per eliminare la trasmissione di

Una concezione della Costituzione “non totalizzante”

Richiamarsi alla Costituzione repubblicana e alle Carte internazionali è cosa sempre sana e giusta: ma rimane il fatto che quelle parole sulla “persona”, sulla sua libertà e dignità, rischiano di essere lette in modo diverso, e talvolta in modo contrapposto. E’ quanto spesso avviene allorché si affronta il tema dei “nuovi diritti”²⁹. Vengo a una conclusione che richiederebbe – ne sono cosciente – più ampio svolgimento. Sia nelle posizioni di chi cerca nella Costituzione il riconoscimento di sempre più insaziabili diritti individuali sia nelle posizioni di chi cerca nella Costituzione il divieto di cittadinanza degli stessi prevale una concezione “totalizzante” del documento costituzionale (Schmitt, 15 ss; Angiolini, 33 ss). Quella concezione totalizzante delle costituzioni che non sempre è in linea con i principi di una “democrazia aperta”³⁰ e che, alla fine, finisce per dare spazio a minoranze tecnocratiche (i Giudici delle Corti, italiane o europee) rispetto alla maggioranza democratiche (non a caso si è parlato di *juristocracy*: Hirschl 2004).

Siamo in campi - io credo - in cui il legislatore, sulla base appunto del principio di maggioranza, potrà riconoscere o meno la liceità di determinati comportamenti (Romboli 1991, 578 ss.). Spetterà ad esso, sulla base di valutazioni politiche e/o etiche (e rispettando “proporzionalità” e “ragionevolezza”), punire o meno l’aiuto al suicidio, reprimere o meno atti di disposizione del proprio corpo, consentire o meno la sterilizzazione, porre limiti o meno alla procreazione eterologa, reprimere o meno l’uso di stupefacenti, prevedere o meno la obbligatorietà di taluni trattamenti immunitari, indossare o meno il burqa, consentire (ovviamente nei limiti previsti dalla legge stessa) alle ordinanze dei Sindaci di ostacolare, o meno, la prostituzione nelle strade.

E spetterà al legislatore prevedere, con maggiore o minore ampiezza, le forme di espressione del rifiuto delle cure, anche mediante *dichiarazione anticipata di volontà*. Sotto questo ultimo profilo è possibile giungere alla conclusione, lo dico in breve, che la Costituzione non prevede né un “diritto a morire” né, viceversa, un “dovere di vivere” (così invece in una parte della letteratura: riferimenti in D’Aloia, 610 ss; e in Nicotra 147 ss).

Il già citato riferimento ai “diritti inviolabili” dell’art.2 della Costituzione consente di veicolare nell’ordinamento costituzionale diritti non espressamente previsti nel testo costituzionale dagli articoli 13 e seguenti, sia trasmettendo diritti previsti da dichiarazioni internazionali, sia arricchendo i valori costituzionali che possono consentire il bilanciamento con altri diritti costituzionali ma non esclude (anzi esige) una opera di “*conformazione legislativa*”, coinvolgendo la sede parlamentare (così è stato, per esempio, per il diritto alla privacy). Sarebbe una forzatura ritenere che tali comportamenti debbano essere necessariamente vietati ma è una forzatura non minore ritenere che essi siano espressione di diritti di libertà

difetti genetici ma sarebbero in armonia con i principi di libertà e di dignità della persona le manipolazioni effettuate a fini “*eugenetici*”, alla ricerca di “qualità superiori” della propria discendenza. Parimenti – è appena il caso di dirlo – contrasterebbero con i citati principi costituzionali - e non sarebbero tutelati dalla libertà della ricerca scientifica di cui all’art.33 Cost. - le forme di “*clonazione ibrida*” (meno dubbi potrebbe forse sollevare invece il “*trasferimento di nucleo*” da una cellula umana a un ovocita). Diverso, come è noto, è il punto di vista della dottrina cattolica: a differenza di quelle “somatiche” le terapie germinali “*allo stato attuale*” sono moralmente illecite: punti 26 e 33 della citata Istruzione; così come parimenti illecito è l’uso delle cellule staminali “embrionali” mentre viene incoraggiato l’uso di cellule staminali “adulte”.

²⁹ Lo dimostra peraltro la ricca giurisprudenza delle Corti nazionali e internazionali, e soprattutto della Corte europea dei diritti: per esempio la Sentenza *Omega-Spielhallen* che ha ritenuto legittimo il divieto di circolazione di apparecchi per giochi automatici il cui contenuto si poneva in contraddizione con il rispetto della dignità umana: v. Di Ciommo, 201 ss. e 206. E lo dimostra la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* che ha potuto utilizzare la *Menschenwürde*, come base per importanti decisioni (per esempio per dichiarare incostituzionale la pena dell’ergastolo): v. Panebianco 2002.

³⁰ Sull’esigenza di costruire in questo campo norme “aperte al futuro” ha insistito più volte Habermas in molti dei suoi scritti.

costituzionalmente tutelati, tali addirittura da determinare la illegittimità costituzionale di leggi contrastanti.

Ma come deve comportarsi il legislatore? Ho già detto che il principio di maggioranza legittima l'intervento dello stesso ma che è parimenti necessario che esso tenga conto delle ragioni delle minoranze, siano esse formate da credenti o da non credenti. Vale anche per il legislatore - aggiungo - la distinzione weberiana fra *etica dei "principi"* ed *etica della "responsabilità"* (così anche Tettamanzi 1993,376). Richiamandosi a quest'ultima bisogna che credenti e non credenti mantengano la capacità di distinguere tra i singoli valori che possono essere, secondo i rispettivi punti di vista, non negoziabili - e in questo consiste il rifiuto del *relativismo etico* - e le concrete scelte da operare nella sfera pubblica, dove sono in gioco valori di cui sono portatori gruppi e concezioni etiche diverse. E in questo consiste il rispetto del *pluralismo* in una società da tempo *multi-etica* (Ceccanti 2010, 57 ss.).

In conclusione

Nell'epoca del "disincanto", proprio delle società "postmoderne" (il riferimento d'obbligo è a Lyotard 1981), si tende a contrapporre alla "sacralità della vita" ("*sanctity of life*") il concetto ritenuto più laico di "qualità della vita" ("*quality of life*") (Singer 1994).

Il riferimento al "sacro" può richiamare un ancoraggio alla trascendenza, non da tutti accettato. Il riferimento alla "qualità della vita" può essere utilizzato non solo come "auto-rappresentazione" da parte del soggetto stesso ma anche in chiave economica e statistica come calcolo di costi e benefici che l'intera comunità è chiamata a sostenere sia nell'accogliere che nel sostenere la vita stessa. E' necessario - io credo - sfuggire a questo falso dilemma. Il "sacro" può non essere necessariamente legato alla trascendenza ed essere più laicamente considerato.

Con le Rivoluzioni dell'Occidente, su cui si è costruito costituzionalismo liberaldemocratico, il "sacro", come fondamento di legittimità, di ordine e di senso comunitario (Maurice Gaudelier,2010), non discende più dall'alto attraverso la persona del Sovrano, secondo la nota formula paolina (*omnis potestas a Deo*), ma si trasfonde direttamente nei diritti dell'uomo e del cittadino definiti, nelle prime Carte rivoluzionarie, "*sacri e inviolabili*". I diritti della persona vanno difesi, per i credenti in quanto essa è costruita a "*immagine e somiglianza di Dio*", per i non credenti in quanto la persona "*ha valore in sé e per sé*", come "*bene comune*", e non solo per la sua utilità.

Sotto questo profilo ha ragione Ronald Dworkin (1994, 93 ss) nel sottolineare che la "sacralità della vita" può rappresentare un terreno comune di dialogo per credenti e non credenti? Io ritengo di sì ripercorrendo l'arricchimento comune che la storia è riuscita a sviluppare. Le due culture dialogando hanno avuto ed hanno ancora la possibilità di arricchirsi vicendevolmente, attraversandosi (secondo l'etimo *δια-λογος* - *dia-logos*).

Ho prima citato la convergenza di cattolici e laici sul terreno del costituzionalismo liberaldemocratico ma posso ricordare anche sui temi della "vita" i sempre più incisivi movimenti per l'*abolizione delle pene capitali*. Nati in ambito laico hanno fatto sì che la Chiesa cattolica attenuasse progressivamente la propria posizione "giustificazionista" (anche se ancora permane un tentativo di giustificazione, con palese imbarazzo, nel punto 56 dell'*Evangelium vitae* di Papa Giovanni Paolo II).

Su quali fondamenta intendiamo appoggiare il richiamo a tali valori, se a un "*Dio personale*" o a un "*Dio ignoto*", è tema di drammatico rilievo ma, tutto sommato, di minore importanza rispetto al modo come credenti e non credenti possono riuscire a dialogare sui temi che coinvolgono la vita e la dignità delle persone.

Riferimenti bibliografici

Ainis M., *Le libertà negate*, Rizzoli, Milano 2004

Amato G., *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?* in *Politica del diritto* 1990, 47 ss.

Angiolini, V. , *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam , Padova 1995

Annecca M.T., *Testi genetici e diritti della persona*, in S.Canestrari , G. Ferraro , C. Mazzoni, S. Rodotà, *Il governo del corpo*, Tomo II, Giuffrè, Milano 2011

Anzani G., *Il mancato uso delle cinture di sicurezza nella circolazione stradale: un "comportamento" di disposizione della persona*, in Romboli (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, Plus, Pisa University Press, 2007

Baldassarre A., *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni , Roma 1974

Baldassarre A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, 1997

Barbera A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano 1967

Barbera A., *Commento all'art.2 della Costituzione* , in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G.Branca, Zanichelli, Bologna 1975

Barbera A., Fusaro C., *Maggioranza (principio di)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto Treccani, Roma 1995, *ad vocem*;

Barbera A., *Eutanasia: riflessioni etiche, storiche e comparatistiche*, in Canestrari, Cimbalo , Pappalardo, *Eutanasia e diritto. Confronto fra discipline*, Giappichelli, Torino 2003

Barbera A., *Prefazione a Weiler J, Un'Europa cristiana*, Rizzoli, Milano 2003

Barbera A., *I nuovi diritti. Attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. Califano, Giappichelli, Torino 2004

Barbera A., Ceccanti S., *I fondamenti giuridici di una possibile convivenza*, in *Atlantide*, n. 3 del 2005

Barbera A. , *Il cammino della laicità* , in *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, Bologna 2007 e in www.foruncostituzionale.it

Barbera A. (a cura di) , *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, VIII ed., Laterza , Roma Bari, 2005

Barile P. , *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984

Becchi P., *La dignità umana nel Grundgesetz e nella Costituzione italiana*, Relazione al Convegno "La dignità dell'uomo: testo e contesto" Modena 14 ottobre 2010 (in corso di pubblicazione ma consultabile in www.dottgiur.unimore.it/online/Home/NewsedeventiOLD/articolo35002529.html .)

Bellini P., *Libertà e dogma*, Il Mulino, Bologna 1984

Canestrari S. , G.Cimbalo, G.Pappalardo, *Eutanasia e diritto* , Giappichelli , Torino, 2003

Canestrari S.(a cura di) , *Laicità e diritto*, Bononia Univerdity Press, 2007

Canestrari S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente* , in S.Canestrari , G. Ferraro , C. Mazzoni, S. Rodotà, *Il governo del corpo*, Tomo II, Giuffrè, Milano 2011

Carozza P.,*Il traffico dei diritti umani nell'età post-moderna*, in *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L.Antonini, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007

- Caruso C., *da Nottingham a la Mancha: l'odissea dei Sindaci nell'arcipelago dei diritti costituzionali*, in *Le Regioni*, 2010, fascicolo 1-2
- Casonato C., *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Alcione, Trento, 2006
- Cattaneo M.A., *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Giuffrè, Milano 1981
- Ceccanti S., *Una libertà comparata*, Il Mulino. Bologna 2001
- Ceccanti S., *Al cattolico perplesso*, Borla, Roma 2010
- Chieffi L., *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Politica del diritto* 1997
- Commissione teologica internazionale, *Alla ricerca di un'etica universale; nuovo sguardo sulla Legge naturale*, in www.vatican.va/roman_curia/congrgations
- Congregazione per la dottrina della Fede, *Istruzione "Dignitas personae su alcune questioni di bioetica"* 12 dicembre 2008, in www.zenit.org
- D'Aloia A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto* 1998
- Di Ciommo M., *Dignità umana e stato costituzionale*, Passigli editore, Firenze 2010
- Dickmann R., *Costituzione e contesto costituzionale*, in *Diritto e società* 2010
- Diotallevi L., *Una alternativa alla laicità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010
- Duden B., *Il corpo delle donne come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Bollati Boringhieri, Torino 1994
- Dworkin R. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna 1982
- Dworkin R., *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Comunità, Milano 1994
- Ferrajoli L., *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2008
- Finnis J., *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino 1996, con introduzione di Francesco Viola
- Fornasari G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo*, in A. Bernardi B. Pastore, A. Pugiotto, *Legalità penale e crisi del diritto*, Giuffrè, Milano 2008
- Fuller L., *Freedom. A Suggested Analysis*, in *Harvard Law Review* 1955, 1305 ss
- Fuller L., *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano 1986
- Galeotti A.E., *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Liguori, Napoli 1994
- Gemma G., *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1977
- Gemma G., *Diritto a rinunciare alla vita e suoi limiti*, in *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene editore, Napoli 2009
- Giunta F., *Diritto di morire e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1995
- Glendon M.A., *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007
- Gaudelier M., *Al fondamento delle società umane. Ciò che ci insegna l'antropologia*, Jaca Book, Milano 2010
- Habermas J., *Il futuro della natura umana. Sui rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino 2002
- Habermas J., *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma-Bari, 2006

- Habermas-Ratzinger , *Ragione e fede in dialogo*, a cura di G.Bosetti, Marsilio,Padova 2005
- Häberle P., *Stato costituzionale*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 2000, *ad vocem*
- Hart H.L.A., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964
- Hayek (von), *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore , Milano 1986
- Hirschl R., *Towards Juristocracy .The origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press,2004
- Jellinek G.,*La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*(1895) , ora Giuffrè, Milano 2002
- Lyotard J.F., *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, Milano 1981
- Losurdo D., *Contro- storia del liberalismo*, Laterza, Roma-Bari 2005
- Luciani M., *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Jovene , Napoli 2009
- Mancina C., *La laicità ai tempi della bioetica. Tra pubblico e privato*, Il Mulino, Bologna 2009
- Mangiameli S., *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale .it](http://www.forumcostituzionale.it)
- Manin B., *L'avvocato del diavolo in democrazia. Il ruolo del contraddittorio nella deliberazione politica*. Lettura del Mulino, Bologna 20 novembre 2010 (in corso di pubblicazione)
- Marino G., *Appunti per uno studio dei profili costituzionali della prostituzione*, in Romboli R. (a cura di) , *Atti di disposizione del proprio corpo*, Plus, Pisa University Press, 2007
- Maritain J., *L'uomo e lo Stato (1951)*, Marietti, Genova –Milano 2003
- Maritain J., *La persona e il bene comune*, Morcelliana, Brescia 2009 (ed orig.1947)
- Marella M.R. ,*Sesso mercato e autonomia privata*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari ed altri, I, in Trattato di biodiritto , a cura di S.Rodotà e P.Zatti, Giuffrè , Milano 2010
- Modugno F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995
- Mori M. ,*L'etica della qualità della vita e la natura della bioetica* , in Rivista di filosofia 2001
- Mori. M., *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto* , Einaudi Torino , 2008
- Mounier E.,*Rivoluzione personalista e comunitaria*, Edizioni di Comunità, Milano 1955
- Mounier E.,*Manifesto al servizio del personalismo comunitario*, Laterza, Bari 1982 (la prima edizione francese è del 1936)
- Nicotra I.,*Vita e sistema dei valori nella Costituzione*, Giuffrè, Milano 1997
- Occhiocupo N., *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Giuffrè, Milano 1984
- Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Cedam, Padova, 1992
- Palmeri G.,*Il cambiamento di sesso*, in S.Canestrari , G. Ferraro , C. Mazzoni, S, Rodotà, *Il governo del corpo*, Tomo II, Giuffrè, Milano 2011
- Panebianco M.,*Bundesverfassungsgericht,dignità umana e diritti fondamentali*, in Diritto e società 2002
- Pedrini F., *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale . Un diritto per tutte le stagioni?*, in Quaderni costituzionali 2006
- Piana, G., *Bioetica tra scienza e morale*, Utet, Torino 2007
- Piana G., *Licenza di preservativo?* , in Rocca n.1 / 2011
- Piazza M., *Ordinanza antiprostituzione per il buon costume o scostumatamente anti-Costituzione ?*, in Giurisprudenza costituzionale 2008

Piccinni M.A., *Il corpo artefatto: le “marchiature artistiche” tra integrità e autodeterminazione*, in S.Canestrari, G. Ferraro, C. Mazzoni, S. Rodotà, *Il governo del corpo*, Tomo II, Giuffrè, Milano 2011

Radbruch G., *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962

Ratzinger J., *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, con introduzione di M.Pera, Cantagalli Siena 2005

Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1971

Rawls J., *Liberalismo politico*, Einaudi, Torino 1993

Rimoli F., *Bioetica. Diritti del nascituro, diritti della generazioni future*, in I diritti costituzionali, a cura di R.Nania P.Ridola, vol.II, Giappichelli, 2006

Rodotà S., *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano 2009

Rodotà S., *Perché laico*, Laterza, Roma Bari 2009 (nuova ed. ampliata 2010).

Rodotà S., *Il diritto di morire*, intervista a cura di E.Martini, in Il Manifesto del 23 settembre 2009

Rodotà S., *Laicità e governo sulla vita*, ora in www.partitodemocratico.it 2010

Rodotà S., *Habeas Corpus*, in Trattato di Biodiritto, a cura di Stefano Rodotà e Paolo Zatti, vol.I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano 2010

Romboli R., *sub.art. 5*, in Pizzorusso, Romboli, Breccia De Vita *Delle persone fisiche, libro I, artt.1 -10*, in Commentario al Codice civile Scialoja –Branca, a cura di F.Galgano, Zanichelli, Bologna Roma 1988

Romboli R., *La “relatività” dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, 1991

Romboli R. (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Plus, Pisa University Press, 2007

Ruggeri A. Spadaro A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto* 1991

Sale G., *Il Vaticano e la Costituzione*, Jaca book, Milano, 2008

Santossuosso A., *Corpo e libertà. Una storia fra diritto e scienza*, Cortina editore, Milano 2001

Shalev C., *Nascere per contratto*, Giuffrè Milano 1992

Schachter O., *Human dignity as a normative concept*, in *American Journal of International Law* 1983, p.849 ss

Schmitt C., *Dottrina della Costituzione* (1928), ora Giuffrè, Milano 1984

Seminara S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1995

Seminara S., *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S.Canestrari, G. Ferraro, C. Mazzoni, S. Rodotà, *Il governo del corpo*, Tomo II, Giuffrè, Milano 2011, 1901 ss

Semplici S., *Undici tesi di bioetica*, Morcelliana, Brescia 2010

Silvestri G., *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali* 1989, p.229 ss

Singer P., *Ripensare la vita* (1994), Il Saggiatore, Milano 1996

Stortoni L., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in Canestrari, Cimbalo, Pappalardo, *Eutanasia e diritto*, Giappichelli, Torino 2003.

Tettamanzi D., *Verità e libertà*, Edizioni Piemme, Casale Monferrato, 1993

Tripodina C., *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene , Napoli 2004

Venuti M.C. , *Integrità della persona e multietnicità*, in *Diritti fondamentali e multietnicità*, a cura di A.Galasso, Flaccovio, Palermo 2003

Veronesi P., *Il corpo e la Costituzione*, Giuffrè, Milano 2007

Veronesi P., *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari ed altri, I, in *Trattato di biodiritto* , a cura di S.Rodotà e P.Zatti, Giuffrè , Milano 2010

Vincenti U., *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma- Bari, 2009

Zagrebelsky G.,*Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992

Zagrebelsky G., *La virtù del dubbio*, Laterza, Roma -Bari 2007

Zagrebelsky G., *Contro l'etica della verità*, La Terza, Roma-Bari 2008

Zagrebelsky G., *Scambiarsi la veste . Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010

Zamagni S., Guarnieri A (a cura di), *Laicità e relativismo nella società postsecolare*, Il Mulino, Bologna,2009

Zanetti G.F., *Amicizia, felicità , diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Carocci, Roma 1998

Zanetti G.F. (a cura di) ,*Elementi di etica pratica*, Carocci, Roma, 2003

Zatti P., *Principi e forme del governo del corpo*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari ed altri, I, in *Trattato di biodiritto* , a cura di S.Rodotà e P.Zatti, Giuffrè , Milano 2010

Zeno Zencovich V., *Approcci diversi a contratto e sessualità*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari ed altri, I, in *Trattato di biodiritto* , a cura di S.Rodotà e P.Zatti, Giuffrè , Milano 2010