Capitolo V

Diritto

1. Cos'è diritto?

Dopo aver percorso un itinerario lungo il quale si è indagato in ordine alla bioetica, alla natura, alla scienza ed, infine, a quella particolarissima branca della scienza contemporanea costituita dalle biotecnologie, appare importante, a questo punto, soffermarsi sul diritto, specialmente nel suo relazionarsi con la scienza e con le biotecnologie.

Non sembra possibile esimersi da tale considerazione in ragione del fatto che le questioni poste dalle biotecnologie, meglio ancora dalle possibilità di applicazione delle medesime, sempre più interpellano il diritto, affinché questi intervenga a disciplinarle in maniera quanto più possibile inequivocabile, affidandogli l'onere di sciogliere i nodi e le problematiche etiche che la società non sembra essere in grado di dipanare.

Percorrendo un itinerario ormai noto a quanti abbiano letto i precedenti capitoli, il primo passo da compiere è quello di verificare cosa si intenda quando si nomina il diritto.

Ordinariamente emerge una concezione del diritto per la quale la giuridicità rimanda alla dimensione della giustizia: il diritto non dovrebbe far altro che ricostituire la giustizia, quando questa appare infranta. Il senso comune sembrerebbe, dunque, usare indifferentemente i termini diritto e giustizia, unendoli in un vincolo inscindibile: la giustizia sarebbe così l'essenza del diritto

Cercando sui vocabolari si ha una definizione molto articolata: per un verso, infatti si legge che diritto sia quel "complesso di norme legislative o consuetudinarie che disciplinano i rapporti sociali"[1]; per altro verso, diritto sarebbe anche un "interesse tutelato dalla legge mediante la garanzia di una diretta utilità sostanziale"[2]. Tutte definizioni che rimandano ad un rapporto molto stretto con l'attività di normazione, sia che questa si manifesti nella formalizzazione di natura legislativa, sia che si manifesti nelle forme consuetudinarie.

Questa prima disamina evidenzia una sostanziale estraneità tra diritto ed il concetto di giustizia: ci si domanda se ciò sia rispondente all'etimologia del termine. Cercando in tale direzione emerge come il termine diritto (anche nelle declinazioni reperibili nelle lingue straniere – *droit*, *derecho*, *direito*, *Recht*, *right*) tragga origine dal latino *directum* (aggettivo che sta ad indicare l'esser retto, corretto, esatto, affidabile, riferito ad una persona, ad un comportamento o ad una situazione).

[1] N. Zingarelli, *Dizionario italiano*, Zanichelli, Bologna, 2000. Si tratta di una definizione sostanzialmente identica a quella fornita da un altro vocabolario, per cui il diritto sarebbe quel "complesso di norme imposte con provvedimenti legislativi o vigenti per consuetudine, sulle quali si fondano i rapporti tra i membri di una comunità o si definiscono quelli tra comunità estranee" (G. Devoto – G. C. Oli, *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana*, I, Le Monnier, Firenze, 1992, p. 903).

[2] N. Zingarelli, *Dizionario italiano*, cit.: un'altra declinazione della definizione data successivamente dall'altro vocabolario ove si definisce che il diritto potrebbe essere la "possibilità o facoltà derivante da norme o da consuetudini di natura non strettamente giuridica, da consuetudini o convenzioni comunemente accettate, da particolari condizioni o circostanze" (G. Devoto – G. C. Oli, *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana*, cit., p. 904).

Stante questa prima constatazione ci si domanda se diritto possa essere considerato ancora sinonimo di giuridico, considerando come le radici etimologiche di questo ultimo termine rimandino anch'esse al latino *jus*, che per alcuni appare essere collegabile a *jungere* (= unire, congiungere), mentre per altri avrebbe origini ancora più antiche, rimandando al sanscrito *yos* (indicante una formula portafortuna)[3].

Non solo, ci si domanda quando sia avvenuto il distacco fra diritto e giustizia e, soprattutto, con quali conseguenze.

Andando ad indagare, ancora, come sia denominato il termine nelle varie lingue, emerge la medesima ambivalenza registrata per la lingua italiana: nelle lingue neolatine, infatti, si usano espressioni che hanno la medesima radice (*diritto*, *direito* - portoghese, *derecho* - castigliano, *droit* - francese, *drept* - rumeno, *dret* – catalano), mentre le lingue germaniche il termine usato ha altra derivazione (*right* - inglese, *recht* - tedesco, *ret* - lingue scandinave): una differente radice etimologica, ma anche un termine ed un'esperienza condivisa da culture estremamente varie nel tempo e nello spazio.

La diversa radice etimologica sollecita subito un interrogativo: si tratta di una semplice differenza linguistica, o questa è testimone anche di una differenza semantica?

Si tratta di un interrogativo non indifferente, non appena si consideri che, per esempio, nella lingua italiana si usano tanto diritto quanto giuridico per riferirsi alla medesima realtà esperienziale.

2. Il diritto nella storia.

Appare importante allora continuare seguendo il percorso già sperimentato in precedenza, andando ad indagare come la concezione del diritto si sia costituita nel dipanarsi della storia (quella occidentale in particolare), al fine anche di avere chiavi di lettura che siano significative nell'illuminare e decifrare il rapporto che si instaura fra diritto e scienza (particolarmente le biotecnologie).

In tal senso, emerge subito che, se nel senso comune il diritto è visto in connessione con la giustizia, ciò non è dovuto ad equivoco: in effetti nel suo sostanziarsi originario il diritto si presenta strettamente congiunto con la giustizia.

2.1 Le concezioni del diritto nella civiltà ellenica.

Ripercorrendo le tracce che conducono alle radici della nostra civiltà, si rivolge lo sguardo innanzi tutto alla civiltà ellenica, che rivela subito alcune particolarità, probabilmente inattese per chi guarda con gli occhi della modernità.

I Greci antichi non hanno sviluppato (o meglio, a noi non ne sono pervenute le tracce) una scienza del diritto, così come viene intesa in senso moderno. Essi, infatti, si sono interrogati a lungo sul diritto, sull'utilità delle leggi e delle relative sanzioni, ma nel corso di una ricerca filosofica del principio, dell'essenza del mondo, dell'*arché*.

[3] Per una ricostruzione delle radici etimologiche si veda G. Devoto, *Jus: al di là della grammatica*, in "Rivista italiana di scienze giuridiche", 1948, specie alle pp.414-418.

Si è passati, infatti, da una concezione della legge come decreto sacrale (*thémis*), rivelato ai re dagli dei, mediante sogni ed oracoli, trasmesso di padre in figlio, ad una nella quale alla *thémis* si sostituisce la *dìke* (la legge come giustizia): un passaggio frutto anche di una evoluzione sociale, per cui alla legislazione di ispirazione divina si affianca, prima, e si sostituisce, infine, una legislazione propriamente umana.

Netta, inoltre, è la distinzione esistente tra la *legge assoluta* e la legge umana (*legge positiva*), le quali identificano a loro volta un *giusto per natura*, che è dato da quelle leggi superiori, non scritte (*àgrapta nòmima*), con cui le leggi positive devono confrontarsi. Esemplare è il contrasto vissuto da Antigone, descrittoci da Sofocle nella tragedia omonima: Antigone si trova dibattuta tra l'imperativo della propria coscienza, che le impone di dare sepoltura al corpo del fratello Polinice, e il decreto del re Creonte, che, invece, ordinava di lasciarlo insepolto, in quanto reo di essere insorto in armi contro la sua stessa città. Antigone deciderà di seguire l'imperativo della propria coscienza, ritenendolo più vincolante delle leggi del momento, andando, così, incontro alla morte, decretata in forza della legge scritta[4].

È la medesima scelta operata da *Socrate*, il quale, posto dinanzi alla possibilità di essere assolto dai giudici a patto di non filosofare più (intendendo con ciò la ricerca continua della sapienza), preferì essere condannato a morte.

Penetrando in maniera più sistematica il pensiero di Socrate, emerge come non sembra che questi si sia posto in maniera specifica la questione del diritto, della sua essenza, del suo fondamento e valore. Il suo pensiero può essere dedotto, tuttavia, dai dialoghi a noi pervenuti che ci rendono testimonianza di una persona, la quale, pur non trattando in maniera sistematica questi problemi, si riferisce costantemente ai temi della giustizia e della legge[5].

In particolare, Socrate postula l'obbedienza alle leggi della città, occorre accettare le leggi sotto le quali si è scelto o comunque accettato di vivere, anche se si dovesse essere condannati ingiustamente sulla loro base[6]: disobbedire ad una legge è immorale in sé, ingiusto, equivale a "distruggere noi, cioè le leggi, e

[4] Afferma Antigone: "Giove certo non fu chi me l'impose, né la Giustizia agl'Inferi compagna codeste leggi fissò mai fra gli uomini. Io non pensai che tanta forza avessero gli ordini tuoi, da rendere un mortale capace di varcare i sacri limiti delle leggi non scritte e non mutabili" (Sofocle, *Canto dell'uomo*, in *Antigone*).

[5] Si ricorda come il pensiero di Socrate sia deducile dalla lettura dei dialoghi platonici, nei quali sovente Socrate è narrato nell'atto di dialogare con altri pensatori. Per quanto concerne la sua concezione di giustizia e legge il riferimento principale è il dialogo *Critone*, cui si devono aggiungere alcuni passi della *Repubblica*.

[6] Nel corso del dialogo con Critone, Socrate immagina che le leggi fa parlare le leggi gli parlino, affermando "che non è giusto, da parte tua, se è vero ciò che diciamo, quel che tu stai facendo nei nostri riguardi. Perché noi che ti abbiamo messo al mondo, che ti abbiamo allevato ed educato, che ti abbiamo fatto partecipe, con tutti gli altri cittadini, di tutti i beni che potevamo procacciarti, noi dichiariamo che chiunque degli ateniesi lo voglia, può trasferirsi dove più gli aggrada, con tutti i suoi beni se, una volta raggiunti i diritti civili e conosciuti gli ordinamenti dello Stato e noi stesse, le Leggi, non ci trovi di suo gradimento. Nessuna di noi vi impedisce di trasferirvi, magari, in una colonia, se non vi andiamo a genio, o in qualche altro luogo che vi piaccia, portandovi appresso le vostre sostanze; ma chi di voi rimane, riconoscendo il nostro modo di amministrare la giustizia e gli affari dello Stato, si impegna all'obbedienza di ciò che noi comandiamo, altrimenti dichiariamo che commette tre volte ingiustizia, prima perché non obbedisce a noi che gli abbiamo dato la vita, poi perché lo abbiamo allevato e infine perché, dopo essersi impegnato all'obbedienza, né ci persuade dei nostri torti eventuali, né ci obbedisce e mentre noi comandiamo con mitezza e lasciamo a lui la scelta tra le due soluzioni, o di persuaderci, cioè, o di obbedirci, egli non fa né l'una né l'altra cosa" (Platone, *Critone*, XIII, 51d-e).

con noi tutta insieme la città"[7].

Per Socrate, dunque, ciò che è legale (*nòmimon* = conforme alle leggi positive) è giusto (*dìkaion*). Un Socrate positivista e statalista? Simili conclusioni potrebbero essere frettolose: egli comprende infatti tra le leggi, nel cui rispetto consiste la giustizia, anche quegli *àgrapta nòmima*, cui si riferisce con tanto vigore. Si tratta, così, di un rispetto dovuto non tanto per il valore intrinseco della legge, quanto per un'esigenza morale dell'uomo, il quale deve necessariamente rispettarla[8]: opporsi alle leggi e fare ad esse torto sarebbe come commettere ingiustizia contraccambiando il torto subito, il che non è lecito, perché non è lecito commettere ingiustizia. Commettere, infatti, ingiustizia contro chi è ingiusto è sempre male[9]: è meglio subire un'ingiustizia piuttosto che commetterla[10].

Platone, a differenza di Socrate, congiunge il problema del diritto a quello politico: egli è deluso dal governo ateniese che ha condannato un uomo, quale era Socrate, alla ricerca continua della verità, manifestando così timore dinanzi ad una persona che rivendicava solo il diritto di pensare; egli è deluso anche dalle esperienze e dalle progettazioni politiche che sono fallite miseramente non già per fallacia della progettualità, ma per l'ignavia delle persone che si trovavano a detenere il potere[11].

La *polis* platonica nasce perché gli uomini non sono autosufficienti, così che, avendo molti bisogni, si ha la necessità di fare scambi con altri, per il proprio interesse[12]: in tale contesto i bisogni potranno essere soddisfatti in maniera più efficiente se si procede ad una divisione tecnica del lavoro, per cui ciascun cittadino dovrà specializzarsi in una *techne*[13] una divisione tecnica che è dovuta anche al fatto che ciascuno nasce con

[7] *Ibidem*, XII, 50a.

[8] "Si dice che il commettere ingiustizia sia per natura un bene, il subirla un male, e che il subirla sia un male maggiore di quanto non sia un bene commetterla; di conseguenza, quando gli uomini commettono ingiustizie reciproche e provano entrambe le condizioni, non potendo evitare l'una e a scegliere l'altra sembra loro vantaggioso accordarsi per non commettere né subire ingiustizia. Di qui cominciarono a stabilire leggi e patti tra loro e a dare a ciò che viene imposto dalla legge il nome di legittimo e di giusto. Questa è l'origine e l'essenza della giustizia" (Platone, *Repubblica*, I, 358e-359a).

[9] "Per nessuna ragione dunque si dee fare ingiustizia. […] E dunque, neanche se ingiustizia ci è fatta, si deve rendere ingiustizia, come pensano i più, poiché è stabilito che mai per nessuna ragione si ha da fare ingiustizia" (*Critone*, X, 49b-c) Così "né si deve rendere ingiustizia né far male ad alcuno degli uomini, neanche chi abbia qualsivoglia male patito da costoro" (*Ibidem*, 49d).

[10] Afferma, ancora, Socrate che "la patria si deve rispettare, e più del padre si deve obbedire e adorare, anche nelle sue collere; e che, o si deve persuaderla o s'ha da fare ciò che ella ordina di fare, e soffrire se ella ci ordina di soffrire, con cuore silenzioso e tranquillo, e lasciarci percuotere se ella ci vuole percuotere, e lasciarci incatenare se ella ci vuole incatenare, e se ci spinge alla guerra per essere feriti o per essere uccisi, anche questo bisogna fare, poiché questo è il giusto; e non bisogna sottrarsi alla milizia, e non bisogna indietreggiare davanti al nemico, e non bisogna abbandonare il proprio posto, ma sempre, e in guerra e nel tribunale e dovunque, bisogna fare ciò che la patria e la città comandano, o almeno persuaderla da che parte è il giusto; ma far violenza non è cosa santa" (*Ibidem*, 50 b-c).

[11] Si vedano le complesse vicende storiche dei suoi rapporti con la città di Siracusa e i suoi tiranni

[12] "Una città nasce perché ciascuno di noi non è autosufficiente, ma ha bisogno di molte cose; […]. Così gli uomini si associano tra loro per le varie necessità di cui hanno bisogno; e quando hanno raccolto in un'unica sede molte persone per ricevere aiuto dalla comunanza reciproca, nasce quella coabitazione cui diamo il nome di città" (Platone, *Repubblica*, II, 369b-c).

[13] "Ciascuno di loro deve mettere la propria attività a disposizione di tutti" (*Ibidem*, II, 369e).

doti e capacità differenti[14].

Di qui la suddivisione dei cittadini in tre classi: gli artigiani, aventi la funzione di provvedere alla lavorazione ed alla produzione dei beni materiali; i guardiani ((φύλακες, *phýlakes*), i quali sono preposti alla protezione dello Stato[15]; i filosofi (ἄρχωντες, *árchontes*), cui è affidato il governo dello Stato[16]. Nella società ideale delineata il governo, dunque, è affidato ai filosofi (a coloro che *sanno*, che *conoscono la verità*) e si presenta come una città che non prevede alcuna legge: la società ideale, in quanto tale, non ha bisogno di leggi per costringere i cittadini ad agire bene, in quanto essi sono educati a ciò dallo Stato, né per garantire i cittadini dagli arbitrii dei governanti, i quali non possono commetterne, essendo buoni per definizione.

L'esperienza vissuta induce Platone a riconoscere tardivamente l'importanza di strumenti quali le leggi[17]: egli, però, continua a vedere in esse esclusivamente degli strumenti etico-pedagogici, miranti a quell'educazione dei cittadini, affidata in origine ai governanti.

Compito del legislatore sarà così quello di stabilire un insieme di leggi, atte ad educare i cittadini alle virtù[18]". Leggi che ricorrano alla persuasione, piuttosto che alla coercizione[19]: in tal senso, per Platone, è opportuno che le leggi non si limitino ad indicare reati e relative pene e che le stesse siamo precedute da un proemio (προοίμιον), nel quale sia mostrata la bontà dei precetti[20].

Aristotele è forse il pensatore greco che si occupa in maniera più sistematica del diritto[21], inserendosi

[14] "Le tue parole mi fanno riflettere che innanzitutto ciascuno di noi non nasce identico agli altri, ma con una precisa disposizione per una particolare attività" (*Ibidem*, II, 370a-b).

[15] Per il compito di guardiani si dovranno scegliere "gli individui che abbiano un'indole adatta alla difesa della città" (*Ibidem*, II, 374e); individui che "devono avere sensi acuti, velocità nell'inseguire la presa che hanno fiutato e anche forza per afferrala e combattere. […] E in più devono essere coraggiosi per combattere bene" (*Ibidem*, II, 375a); non solo "è anche chiaro che la sua caratteristica spirituale deve essere l'animosità" (*loc. cit.*), così come "devono essere miti con i concittadini e duri con i nemici" (*Ibidem*, II, 375c), qualità quest'ultima che richiede il possesso di "un'indole filosofica e amante dell'apprendimento" (*Ibidem*, II, 376c).

[16] "Se i filosofi non governano le città o se quelli che ora chiamiamo re o governanti non coltiveranno davvero e seriamente la filosofia, se il potere politico e la filosofia non coincideranno nelle stesse persone e se la moltitudine di quelli che ora si applicano esclusivamente all'una o all'altra non sarà con il massimo rigore impedita dal farlo, è impossibile che cessino i mali delle città e anche quelli del genere umano" (*Ibidem*, V, 473d).

[17] Si trova questo mutamento di opinione nelle sue ultime opere, in particolare *Le leggi*: se nella Repubblica si poneva attenzione alla creazione delle fondamenta di uno Stato che sarebbe peraltro esistito soltanto su di un piano ideale, razionale, l'intento delle Leggi è quello di tradurre nella realtà storica, attraverso l'attività del legislatore e il suo sforzo normativo, quello Stato ideale.

[18] "Vorrei che i cittadini fossero al massimo grado docili alla virtù, ed è chiaro che il legislatore si sforzerà di ottenere ciò in tutta la sua opera legislativa" (*Leggi*, IV, 718c).

[19] Platone osserva, rammaricandosene, come "nessuno mai dei legislatori riflettesse sulla possibilità di usare due metodi di legislazione, la persuasione e la forza, secondo quanto ciò si può fare nei confronti della moltitudine senza educazione, ma essi usano solo di uno e infatti non si danno leggi temperando con la persuasione la costrizione, ma adoperano solo la pura forza" (*Ibidem*, IV, 722b-c).

[20] Posto che "ciò che fu detto nel nostro discorso 'l'ordine di un tiranno' e fu assimilato alla prescrizione di quei medici che abbiamo detto non liberi, questo è legge pura, ciò che fu detto in precedenza di questo e fu chiamato persuasivo da costui è veramente persuasivo ed ha il valore di proemio del discorso. Tutto questo discorso detto per persuadere da colui che lo dice, viene fatto, mi pare chiaro, perché ci è oggetto della legge del legislatore accolga la norma applicatagli, la legge cioè, favorevolmente e quindi l'apprenda più facilmente" (*Ibidem*, IV, 722e-723a). Ne segue che "il legislatore non dovrà lasciare nessuna legge senza proemio, ponendolo sempre davanti a tutte e dovrà dare ad ognuna il suo" (*Ibidem*, IV, 723b).

[21] Il suo pensiero, al riguardo, è espresso principalmente nelle due grandi opere *Etica Nicomachea* e *Politica*.

nel grande filone della filosofia greca che identifica il diritto con la giustizia, distinguendo tra un giusto come *nòmimon* (conforme alla legge scritta) e un giusto come *ìson* (come uguaglianza).

Per Aristotele, in particolare, è la principale tra le virtù etiche: la giustizia è la virtù perfetta, in quanto l'uomo che rispetta tutte le leggi è interamente *virtuoso*[22]. Oltre al significato generale, tuttavia, la giustizia ne ha anche uno particolare, che può essere distinta in *giustizia distributiva*, tesa a regolare i rapporti pubblici, e *giustizia commutativa*[23]. Alla prima compete di dispensare onori o altri beni agli appartenenti alla stessa comunità secondo i meriti di ciascuno ed è simile ad una proposizione geometrica in quanto le ricompense e gli onori distribuiti a due individui stanno in rapporto tra di loro, come i rispettivi meriti di costoro[24]. Alla seconda, simile ad una proposizione aritmetica, ha il compito di pareggiare i vantaggi e gli svantaggi nei rapporti contrattuali tra gli uomini[25].

Il tutto sulla base della considerazione che la condizione naturale, essenziale dell'uomo sia la socialità: la giustizia quindi è una virtù essenzialmente sociale, che si attua nella comunità (*koinonìa*).

Lo Stato pensato da Aristotele non è lo Stato ideale delineato da Platone: il fine del medesimo è assicurare quelle condizioni che consentono di vivere bene (*èu zèn*)[26]: la migliore forma di Stato è

[22] Infatti, "«nella giustizia è compresa ogni virtù». Ed è virtù perfetta soprattutto perché è esercizio della virtù nella sua completezza. Inoltre, è perfetta perché chi la possiede può esercitare la virtù anche verso gli altri e non solo verso se stesso" (Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 1129b).

[23] "Della giustizia in senso parziale e del giusto che le corrisponde, ci sono due specie: una è quella che si attua nella distribuzione di onori, di denaro o di quant'altro si può ripartire tra i membri della cittadinanza (giacché in queste cose uno può avere una parte sia disuguale sia uguale a quella di un altro); l'altra è quella che apporta correzioni nei rapporti privati. Di quest'ultima, poi, ci sono due parti: infatti, alcuni rapporti sono volontari, altri involontari" (*Ibidem*, 1130b).

[24] "il giusto è un che di proporzionale. Infatti, la proporzionalità è una proprietà non solo del numero astratto, ma anche del numero in generale: la proporzione è un'uguaglianza di rapporti, e implica almeno quattro termini. Che la proporzione discreta implichi almeno quattro termini è chiaro. Ma anche la proporzione continua ne ha quattro: essa, infatti, impiega un termine come se fossero due, cioè lo prende due volte. Esempio: A sta a B, come B sta a C. Dunque B è stato menzionato due volte, cosicché, se si pone B due volte, i termini in proporzione saranno quattro. E anche il giusto implica almeno quattro termini, e il rapporto è lo stesso, giacché sia le persone sia le cose sono messe in rapporto allo stesso modo. Dunque, il termine A starà al termine B, come C a D, e quindi, scambiando i medi, A starà a C, come B a D. Anche le somme degli antecedenti con i conseguenti sono nello stesso rapporto: la distribuzione risulta giusta se i termini che mette insieme a due a due sono posti in questo modo. È dunque l'accoppiamento del termine A col termine C e quello di B con D che costituisce il giusto nella distribuzione, e il giusto cosi inteso è un medio, mentre l'ingiusto è ciò che viola la proporzione: infatti, ciò che sta in proporzione è un medio, e il giusto è in proporzione. I matematici chiamano geometrico questo tipo di proporzione, giacché nella proporzione geometrica succede che le somme degli antecedenti con i conseguenti stanno fra loro come ogni antecedente sta al suo conseguente. Ma questa proporzione non è una proporzione continua, giacché una persona ed una cosa non possono costituire un termine singolo. Il giusto così inteso, dunque, è la proporzionalità, mentre l'ingiusto è ciò che viola la proporzionalità" (*Ibidem*, V, 1131a-b).

[25] "[Il giusto] nei rapporti privati è una specie di uguale, e l'ingiusto una specie di disuguale, ma non secondo quella proporzione, bensì secondo la proporzione aritmetica. Non c'è nessuna differenza, infatti, se è un uomo buono che toglie qualcosa ad uno cattivo, o se è uno cattivo che toglie qualcosa ad uno buono, né se a commettere adulterio è un uomo buono o uno cattivo: la legge guarda solo alla differenza relativa al danno, e li tratta entrambi da uguali, chiedendosi soltanto se uno ha commesso o subito ingiustizia, e se ha procurato o subito il danno. Per conseguenza, poiché l'ingiusto così inteso è una disuguaglianza, il giudice cerca di ristabilire l'uguaglianza" (*Ibidem*, V, 1131b-1132a).

[26] "La comunità, che risulta di più villaggi, è lo stato, perfetto, che raggiunge ormai, per così dire, il limite dell'autosufficienza completa: formato bensì per rendere possibile la vita, in realtà esiste per rendere possibile una vita felice" (Aristotele, *Politica*, I, 2, 1252b)

quell'ordinamento, secondo il quale tutti si comportano meglio e vivono felicemente[27].

Aristotele è consapevole della necessità del dominio delle leggi, quale garanzia e tutela della libertà del cittadino: nell'*isonomia* non c'è possibilità di arbitrio in quanto chi detiene il potere può esercitare la propria sovranità solo "in tutti quei casi in cui le leggi non possono pronunciarsi con esattezza, perché non è facile emanare norme generali per tutti i casi"[28].

Ulteriore garanzia risiede nella generalità della legge: la possibilità di intervento arbitrario è prevista solo nei casi di *silentium legis*, un intervento che tenga conto però di tutto lo spirito che informa l'opera del legislatore[29].

La legge è ordine: la sua funzione è quella di razionalizzare la vita politica, sostituendo al dominio della passione quello della ragione. Il suo valore è tecnico e politico: la giustezza della legge consiste nella sua finalità, ossia nel suo perseguire l'interesse generale[30].

L'efficacia della legge, inserita in un siffatto ordinamento, risiede nell'intimo convincimento, da parte del cittadino, che questa esprime una volontà comune: è la consapevolezza che il diritto agisce come norma intimamente e liberamente riconosciuta, e quindi spontaneamente osservata dal cittadino.

Solo l'autorità dello Stato ha il potere di attribuire ai propri comandi una forza coattiva[31]: una forza che si dispiega anche nell'uso di strumenti quali premi e punizioni[32], al fine di educare gli uomini/cittadini, che tendono, per natura, a ben altri comportamenti.

La tendenza prevalente del pensiero giuridico greco fu pertanto quella di riferire il diritto all'essere, all'unità obiettiva del mondo, inteso come *kòsmos*, quale ordine permanente ontologico delle cose. Per i Greci è inconcepibile considerare il diritto prescindendo dal suo rapporto con la giustizia e la natura delle cose.

Pur rintracciando i presupposti per la necessità di una legislazione positiva che utilizzi la sanzione quale garanzia di certezza e difesa contro gli eventuali abusi dei governanti; pur rinvenendo la possibilità, anzi la necessità, dell'uso della sanzione, sia essa positiva o negativa, quale strumento per indurre i cittadini ad un comportamento conforme ai principi di una sana coesistenzialità (dove mai si può rintracciare un uso

[27] "Che la costituzione migliore sia di necessità quell'ordinamento sotto il quale ognuno può stare nel modo migliore e vivere in modo beato, è evidente..." (*Ibidem*, VII, 2, 1324a)

[28] *Ibidem*, III, 11, 1282b

[29] "Quando, dunque, la legge parli in generale, ma in concreto avvenga qualcosa che non rientri nell'universale, allora è cosa retta il correggere la lacuna là dove il legislatore ha omesso o errato, parlando in generale: e ciò direbbe anche il legislatore stesso se fosse presente colà, e se avesse previsto la cosa, l'avrebbe regolata nella legge" (Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 1137b)

[30] "Si deve determinare il giusto in modo uguale e quel che è giusto in modo uguale tiene d'occhio il vantaggio dello Stato intero e quello comune dei cittadini" (Aristotele, *Politica*, III, 13, 1283b)

[31] "Sarà la legge che deve avere questa potenza costrittiva (***anankastikè dynamis***), essendo una disposizione che proviene da una saggezza ed un intelletto (***lògos***)" (Aristotele, *Etica Nicomachea*, X, 9, 1180a)

[32] "Infatti i più obbediscono più alla necessità che alla ragione e più per le punizioni che per il decoro. Perciò alcuni ritengono che i legislatori debbano invitare ed incitare alla virtù in vista del decoro ...; se poi costoro disobbediscono e sono riottosi per natura, debbono porre punizioni e castighi per essi, e bandire addirittura gli incorreggibili" (*Ibidem*, X, 9, 1180a)

più promozionale di quello appena ricordato?), la filosofia del diritto assorbe in sé la scienza del diritto; anzi, nella cultura ellenica non appare nemmeno lecito parlare di filosofia del diritto, quanto solo di filosofia.

2.2 Il diritto romano.

Con la civiltà romana, si ha un radicale mutamento di direzione: la tendenza speculativa assume una rilevanza minore a favore dell'attività giurisprudenziale. Significativo è il fatto che, se per l'antica Grecia i riferimenti e le tracce del pensiero giuridico si reperiscono principalmente nei dialoghi e nelle opere filosofiche, per la civiltà romana parlano essenzialmente le raccolte giurisprudenziali a noi pervenute.

Il magistrato romano interviene quando individua delle irregolarità rispetto alla norma, che si definisce ne ripetersi costante e regolare di comportamenti tenuti dai cittadini[33]: con la sentenza egli opera prima un'analisi della struttura sociale (rilevando appunto la *norma*) e poi sanziona le eventuali irregolarità rilevate. Le sentenze sono le leggi (le *norme*) applicate dal magistrato.

L'essenza morale e la radice ontologica del diritto continuano tuttavia ad essere rivendicate: senza un riferimento a queste verità profonde, non era possibile una vera *scienza del diritto*, né una sua giusta applicazione. I giuristi romani si dichiaravano, infatti, autentici sacerdoti della giustizia, ricercatori della vera giustizia[34], ove la giustizia era rappresentata simbolicamente dalla dea Iustitia che proclamava lo *ius* quando l'ago (*examen*) della bilancia era completamente verticale, ossia retto (*rectum*) o perfettamente retto (*de* + *rectum*)[35]: la giustizia si definiva, così, come *la volontà costante e perenne di dare a ciascuno il suo*[36]; una giustizia i cui precetti fondamentali erano si sostanziavano nel *vivere onestamente, non arrecar danno ad alcuno ed attribuire a ciascuno il suo*[37].

2.3 Il diritto nella modernità

Nonostante la differenza degli approcci, resta costante, comunque, la stretta connessione fra diritto e giustizia: una connessione che si manterrà costante nel tempo, fin quando non si giunge alle soglie dell'età moderna (ove la modernità è da riferirsi al costituirsi dello Stato in senso moderno, con lo strutturarsi del diritto nelle forme ancora persistenti nella contemporaneità).

Si ricorda come la realtà giuridica pre-moderna si caratterizzasse per l'avere un diritto essenzialmente giurisprudenziale, caratterizzato dall'esistenza di una pluralità di fonti, tra loro spesso confliggenti, il cui principio di legittimazione risiedeva nella massima ciceroniana *lex est sanctio iusta, iubens*

[33] La norma dei Romani continua ad essere quel *nòmos*, quella regolarità che si desume dall'ordine naturale cosmico, cui si è già accennato.

[34] "Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes" (D. 1.1.1.1)

[35] In tal senso si vedano le annotazioni di Sebastião Cruz nel suo *Ius. Derectum (directum)*, Coimbra, 1971

[36] "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens" (Inst., I, I)

[37] "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere" (Inst., I, I)

honesta et prohibens contraria[38].

La pluralità di fonti determinava a sua volta una molteplicità di *status* e/o di appartenenze cetuali[39], cui corrispondeva una pluralità di diritti i quali costituivano una sorta di intreccio di interessi e diritti soggettivi tali da impedire qualsiasi tipo di azione[40].

Proprio questa sorta di immobilismo cui la società sembrava irrimediabilmente legata, sotto anche l'impulso e la spinta della classe borghese, classe emergente caratterizzata da un dinamismo economico-produttivo che chiedeva sempre più ascolto e, soprattutto, forme di tutela.

Queste spinte, nonché il venire a maturazione di alcuni processi culturali e sociali, hanno determinato il costituirsi del diritto nelle forme attualmente conosciute, particolarmente il suo inquadrarsi all'interno dell'archetipo giuridico cui si rifà il nostro ordinamento giuridico, ossia quello Stato di diritto[41], frutto del clima sociale e culturale dell'Illuminismo (*Aufklärung*).

Si ricorda, in particolare, l'Illuminismo fosse un movimento culturale, sviluppatosi e diffusosi nel XVIII secolo, caratterizzantesi per la fiducia posta nella ragione e, soprattutto, nella capacità dell'uomo di avvalersene al fine di fugare le tenebre generate dalla superstizione e dall'ignoranza[42]: un movimento ideologico e culturale che informò di sé tutto il Settecento, inteso a portare i lumi della ragione in ogni campo dell'attività umana, allo scopo di rinnovare non soltanto gli studi e le varie discipline, ma la vita sociale intera, la cultura e le istituzioni, combattendo per mezzo della critica i pregiudizi, che impedivano il cammino della civiltà e si oppongono al progresso e alla felicità degli uomini.

---

[38] Così asserisce Luigi Ferrajoli nel suo *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, specie alla p. 203

[39] "In mancanza di un sistema formalizzato di fonti positive, la fonte di legittimazione del diritto e l'oggetto della scienza giuridica non era il diritto *positum* da una qualche *auctoritas*, ma precisamente per la sua *veritas* o *natura*: ossia direttamente la giustizia o il diritto naturale, immediatamente attinti, tramite ragione e conoscenza, dalla scienza o sapienza giuridica" (*Ibidem*, p. 910)

[40] "A diverse utilità corrispondevano diverse titolarità di diritti, talché su uno stesso fondo vi era chi aveva diritto di ricavare una somma di denaro annuo, chi aveva una parte di un certo prodotto, chi di seminare cereali e trattenerli dopo pagate decime e sottratte quote, chi di pascolare nel periodo intercorrente tra le semine, chi di tagliare quantità di legna, chi di raccogliere la sola legna caduta, chi di liberamente ricercarvi prodotti spontanei come funghi e tartufi, chi di cacciarvi, chi di pescarvi, chi di transitarvi a pagamento. La divisione delle utilità di godimento e la loro costruzione come diritti diversi (cioè come diversi predicati di proposizioni giuridiche) aveva dal punto di vista economico l'effetto di impedire la modificazione della destinazione del fondo, dato che ogni mutamento di destinazione da parte del titolare di una utilità avrebbe leso un diritto altrui" (G. TARELLO, *Idee settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni*, in *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, ECIG, Genova, 1978, p. 205)

[41] "Carattere principale dello stato moderno è la concentrazione del potere, con il superamento delle forme di organizzazione politica in cui il potere era distribuito orizzontalmente e verticalmente in centri di potere autonomi: il positivismo giuridico in corrispondenza ammette un'unica fonte di diritto, la fonte costituita da quel potere centralizzato ed altre fonti ammette soltanto come fonti delegate e subordinate. [...] Lo stato moderno non è solamente quello in cui il potere è centralizzato e sovrano, ma quello in cui il potere si esprime nella legge, la legge generale e astratta, e con la legge regola se stesso e i poteri delegati e subordinati: stato costituzionale e, nella forma più piena, stato di diritto" (U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, pp. 95-96)

[42] "L'illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso. Minorità è l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stessi è questa minorità se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di servirsi del proprio intelletto senza esser guidati da un altro. Sapere aude! Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza - è dunque il motto dell'illuminismo" (I. Kant, *Che cos'è l'illuminismo?*, 1784)

Una forte spinta ideale sembra caratterizzare, dunque, l'Illuminismo nel suo svilupparsi: la spinta a formare un uomo nuovo, che si facesse condurre unicamente dalla ragione.

L'avanzare della borghesia, il cui ideale è costituito dall'individualismo, con i connessi miti del progresso scientifico, del successo economico e della tolleranza, determina una esigenza nuova di tutela dei singoli, nei confronti degli altri e del potere pubblico[43]. In questo contesto, "la sicurezza è [...] la garanzia della possibilità di trafficare pacificamente, di stabilire rapporti economici con chiunque, di godere indisturbati della proprietà: è, in sintesi, garanzia di rapporti giuridici chiari, univoci e modificabili solo per volontà degli interessati, è garanzia di *certezza* nei rapporti giuridici di cui il singolo è titolare"[44].

Strumento utile per il raggiungimento di tale ideale è, pertanto, il diritto, anzi un diritto nuovo, che viene così pensato come mezzo per la realizzazione dell'ideale di uomo illuminato dalla ragione e, nello stesso tempo, come strumento pedagogico, mediante il quale educare l'uomo nel suo avvicinarsi sempre più all'ideale.

Ne deriva l'esigenza di delineare un "nuovo diritto", caratterizzantesi innanzi tutto per l'essere un diritto positivo (*ius positum*).

Proprio la positività, l'essere scritto, costituisce la premessa e, ad un tempo, la via attraverso la quale si può ottenere la tutela della *certezza* del diritto, grazie alla quale ciascuno sa quali possano essere le conseguenze del suo comportarsi, dove si colloca nel momento in cui opta per un comportamento, anzichè un altro.

La positività, inoltre, costituisce via attraverso cui si realizza l'esigenza di *chiarezza*: non più il ricorso necessario al signore perché questi dica il diritto applicabile nella situazione e/o nella controversia, ma una disciplina delle situazioni facilmente desumibile dal dettato estrinsecato nella norma scritta.

Non solo, il diritto nuovo immaginato dall'Illuminismo dovrà essere un diritto che si caratterizza per l'*astrattezza*: non più norme relative ad una situazione contingente e particolare, ma norme che devono essere pensate come rivolte alla disciplina di classi e/o categorie di situazioni.

Un diritto nuovo, infine, che si caratterizzi anche per la *generalità* del suo dettato normativo: nell'anelito alla costituzione di un mondo nuovo, il diritto, pensato come normazione che non prevede particolarismi di alcun genere, si propone come strumento di garanzia della libertà e dell'uguaglianza, presupposti necessari per la considerazione dell'uomo nuovo, illuminato dalla ragione.

Nel suo concretizzarsi, nelle forme del diritto che ancora oggi persiste, è stata messa a fuoco una

[43] "La specifica natura dell'*ethos* di cui tale ultima classe [la borghesia] è portatrice spiega anche perché l'esigenza di certezza che la società manifesta in questi secoli deve essere soddisfatta con strumenti tipicamente garantistici e formali. Il tipo di rapporti eminentemente mercantili, su base individualistica, di cui è materiata la vita quotidiana del borghese, tende a creare una solidarietà di tipo eminentemente societario piuttosto che comunitario. Si capisce perciò il feticismo della legge, della certezza in senso legalistico, che caratterizza il pensiero giuridico da Bacone a Montesquieu, fino i giuspositivisti del secolo scorso e del nostro" (M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 190-191)

[44] *Ibidem*, p.193

dicotomia entro/oltre, che valeva quale criterio per il discernimento di ciò che potesse essere compreso nell'ambito della considerazione giuridica, stando bene attenti a non attribuire tuttavia all'eventuale esclusione un valore che ne trascendesse l'effettiva portata: ne è derivata l'individuazione di alcune unità di misure atte a dirimere le questioni inerenti all'eventuale rilevanza giuridica.

Spazio: il diritto, nel suo organizzarsi in ordinamenti giuridici, individua una unità di misura spaziale circoscrivendo l'ambito di competenza al territorio dello Stato cui si riferisce l'ordinamento preso di volta in volta in considerazione (sul territorio ascrivibile allo Stato italiano vige l'ordinamento giuridico italiano, con i suoi principi, le sue regole e le sue procedure giudiziarie). Si tratta di una delimitazione dell'ambito di competenza delle norme, che, per un verso, implica che lo Stato non si propone "come un ordinamento tra gli altri, bensì come lo ordinamento, quello che comprende in sé tutti gli altri"[45] e, per altro verso, realizza ancora l'ideale della certezza, permettendo di individuare puntualmente quale sia il sistema di regole cui riferirsi in un dato luogo ed in un tempo dato.

Tempo: il diritto nel suo concretizzarsi ha individuato un ambito di competenza anche in senso temporale, estendendo la sua validità all'arco di tempo corrispondente alla realtà esistenziale dei soggetti interessati. Tutto ciò in ragione dell'essenzialità del requisito della reciprocità, per cui un diritto trova un corrispettivo nel dovere altrui di rispettarlo: requisito che permette, ancora, la realizzazione della certezza della tutela.

Soggetti: al fine di garantire una tutela giuridica che rivestisse i connotati dell'efficacia, rientrava nella considerazione giuridica, infine, il soggetto colto nella sua individualità. Si poteva accordare tutela a tutto ciò che esorbitasse la cifra dell'individualità solo ricorrendo ad un artificio giuridico, ossia attribuendo un carattere fittizio di personalità ai vari tipi di aggregazioni soggettive. Si tratta evidentemente di un artifizio intellettuale, un'astrazione che è stata, tuttavia, motore straordinario di progresso[46]: un artifizio che ha permesso la posizione del primo *panel* di libertà politiche e civili che ha costituito l'incipit dell'età moderna; un artificio che però ha conosciuto una parziale correzione, con la promulgazione di una serie di diritti sociali, i quali hanno posto la questione di un'uguaglianza che non fosse solo formale, ma sostanziale.

Tutto ciò che potesse essere compreso entro il tempo presente, entro l'individualità soggettiva, entro il limite territoriale dello Stato, accederebbe a pieno titolo alla considerazione giuridica. Con questo non si asserisce che per le situazioni ed i soggetti che non rientrassero all'interno, collocandosi oltre, non fosse possibile configurare un qualche *status* giuridicamente rilevante: i concetti elaborati finora

[45] M. Corsale, *cit.*, pag. 176

[46] Basti pensare all'assurdità di potersi concepire tutti uguali (questo sarebbe il portato dell'assunzione della soggettività giuridica come unità di misura del diritto): antropologicamente siamo profondamente diversi l'uno dall'altro (vuoi per differenze di natura fisica, quali sesso, età, corporatura, razza, vuoi per differenze di altra natura, quali possono essere l'educazione, l'istruzione, le opinioni politiche, culturali e religiose), ma l'essere considerati giuridicamente uguali, in virtù della soggettività riconoscibile in capo a ciascuno di noi, ha dato spazio alla capacità di iniziativa, alla possibilità per ciascuno di realizzarsi, senza essere ostacolato da impedimenti dovuti ad appartenenze di status e/o cetuali.

rispondevano semplicemente all'esigenza di certezza della tutela, che si riteneva in tal modo ben assicurata.

Si tratta di un diritto nuovo che espunge dalla sua considerazione ogni valutazione di natura etica, preferendo ragionare in termini di liceità/illiceità, in modo da permettere una coesistenza delle diversità altrimenti difficilmente coniugabili: l'astrazione soggettuale permette, infatti, di prescindere da considerazioni di natura etica e morale, ritenute di stretta pertinenza di quell'uomo nuovo, illuminato dalla ragione e, per ciò, ritenuto capace di autonomia.

3. Il diritto e la scienza.

Si ha così un diritto pensato e sviluppatosi sulla base di uno specifico riferimento antropologico: l'uomo nuovo, illuminato dalla ragione, l'uomo razione capace di autonomia (capace, cioè, di darsi le regole del vivere).

Dall'altra parte sta la scienza che, almeno fin quasi alla fine del XX secolo, nel cadenzamento delle proprie acquisizioni e possibilità applicative riusciva ad elaborare criteri di valutazione atti ad orientare scelte ed opzioni di qualsiasi genere, configurando una sorta di autosufficienza regolativa.

Stanti così le cose, si trattava di due realtà sostanzialmente indifferenti fra loro: la scienza appariva per lo più non rilevante, meglio ancora, essenzialmente indifferente per il diritto, che veniva interpellato quasi esclusivamente a dirimere i conflitti fra soggetti che ruotavano nel mondo-scienza, dunque quasi esclusivamente per questioni inerenti alla c.d. "proprietà intellettuale".

Non rilevavano giuridicamente le eventuali questioni di natura etica, in quanto queste erano state per lo più già risolte all'interno della società: in una parola, il confronto politico, pubblico, provvedeva a risolvere le criticità che via via fossero poste dalla ricerca scientifica e/o dalle sue applicazioni, così che il diritto non era pressoché mai chiamato in causa.

Si tratta di un rapporto che negli ultimi decenni sembra essere radicalmente cambiato, in ragione anche dei cambiamenti strutturali che la scienza, particolarmente le biotecnologie che della scienza contemporanea rappresentano forse l'icona più rappresentativa, ha subito.

Basti ricordare come tratto distintivo delle biotecnologie sia la complessità: una complessità dettata dalla pluralità di possibili metodologie, di campi applicativi, di finalità; una complessità che si rispecchia anche nell'etimologia del termine (risultante dalla coniugazione di *bios* – da intendersi come quel biologico che appare sottrarsi alla possibilità di pre-determinazione assoluta; *techne* – nell'accezione aristotelica di sapere pratico e strumentale; e *logos* – suffisso che ordinariamente sta ad indicare il sapere di natura teoretica, il sapere astraente e generalizzante tipico della scienza).

Non solo, le biotecnologie costituiscono un'autentica novità per il passaggio da un approccio di ordine fenotipico ad un approccio genotipico, con un'accentuazione del tutto inedita dell'aspetto decisionale: spesso le manipolazioni non sono tentativi di imitazione di quanto si verifica già in natura, quanto di una decisione, presa sulla base di considerazioni e supposizioni autonomamente sviluppate

prescindendo da qualsiasi riferimento ad un già dato.

A fronte della complessità ed all'incremento dell'aspetto decisionale si registra un disorientamento complessivo: emerge soprattutto una difficoltà ad elaborare criteri di valutazione atti ad orientare le decisioni, ad individuare le eventuali soggettività nonché diritti coinvolti nelle varie ipotesi che si possano prefigurare. Ne è derivato, così, un progressivo ricorso al diritto affinché questi assuma l'onere di prendere quelle decisioni che la società non sembra essere più in grado di elaborare ed assumere.

Tutto ciò ha delineato una molteplicità di criticità avendo riguardo delle caratteristiche strutturali del diritto.

La prima è di ordine generale: si assiste ad uno snaturamento progressivo della funzione del diritto, che, da strumento utile per regolare la coesistenza di uomini-soggetti pensati autonomi, si muta in strumento utilizzato per formulare valutazioni di natura etica. In una parola, al diritto, cui competerebbe una valutazione in termini liceità/illiceità, viene imputato l'onere di esprimere valutazioni in termini di giustizia/ingiustizia.

L'uomo contemporaneo, incapace di elaborare risposte dotate di senso, per l'affastellarsi delle scoperte e delle applicazioni scientifiche (marcatamente biotecnologiche), abdica proprio a quella qualità che lo rende soggetto rilevante nella giuridicità, ossia abdica alla capacità di valutazione, delegando proprio al diritto questa funzione.

Un secondo fattore di criticità è dato dal mutamento del paradigma giuridico, attinente essenzialmente a mutamenti di definizione giuridica di eventi e fattispecie: mutamenti dettati dal progredire delle conoscenze e delle possibilità applicative, che rendono obsolete le definizioni sin qui operanti; mutamenti che evidenziano la convenzionalità di tali definizioni.

Appaiono emblematiche in tal senso le vicende della definizione giuridica di vita/inizio vita: da un punto di vista giuridico ci si domanda quando abbia inizio la vita umana[47], ed, inoltre, quando possa avere inizio la protezione (la titolarità dei diritti coincide con l'inizio della vita (ammesso che lo si possa individuare), oppure avviene in un altro momento?).

In proposito si ricorda come in ambito giuridico si registri, per un verso, una tendenza ad una autolimitazione nell'indicazione/individuazione dell'inizio vita (quand'anche si dovesse statuire che la vita è protetta dal concepimento, difficilmente poi si trova definizione giuridica del concepimento) e, per altro verso, all'attribuzione di personalità non piena ad embrione/feto (il riconoscimento di una piena personalità è ordinariamente subordinata alla vitalità del feto)[48]

Si tratta di interrogativi che nascono dall'oggettivo mutamento del paradigma biologico,

[47] In proposito si ricorda come si tratti di interrogativo non risolto in ambito biologico, ove si aprono diverse possibilità, per cui si può affermare che la vita ha inizio quando uovo e spermatozoo si incontrano; ma anche quando uovo e spermatozoo si fondono, dando luogo allo zigote; così come quando lo zigote si annida nell'utero; oppure quando lo zigote raggiunge un certo grado di sviluppo.

[48] In tal senso, si hanno alcune sentenze negli USA (*Roe v. Wade*, *Webster v. Reproductive Health Service*, *Gonzales v. Carhart*), che hanno tracciato un orientamento diffuso, per cui il nascituro è riconosciuto centro di interessi, più o meno complesso, giuridicamente rilevante e tutelato, la cui tutela cresce con l'avvicinarsi all'evento nascita.

conseguente ad un cambiamento radicale che si è realizzato grazie ai progressi nella ricerca e nelle conseguenti possibilità applicative, per cui quelli che ieri erano considerati fatti oggi si trasformano in possibilità su cui poter o dover scegliere a livello individuale o collettivo.

In proposto si può parlare di un ritardo "fisiologico" del diritto, che rende ancora più evidente la diversa velocità con cui si muovono da un parte l'innovazione scientifica e tecnologica e dall'altra l'approfondimento culturale, politico e giuridico, chiamati a valutazioni, caratterizzate da stabilità e condivisione, sulle possibilità di scelta che si aprono grazie alle nuove scoperte in ambito scientifico: un ritardo che nasce per almeno due ordini di ragioni.

La prima è legata alla natura stessa del diritto: perché si abbia una normazione dotata di efficacia e certezza è necessario che si registri una certa condivisione, poiché non appare appropriato utilizzare il mero principio maggioritario. Si registra, così, una lentezza nel "formarsi" del diritto: lentezza dovuta anche alla complessità dei processi del dibattito politico e conseguente produzione giuridica, che non può dare strutturalmente risposte immediate, ma richiede il "tempo" della mediazione utile per la formazione appunto di un consenso diffuso che garantisca in termini di legittimazione delle decisioni adottate.

Il secondo ordine di ragioni può essere rintracciato in una differenza essenziale tra diritto e scienze/ricerca biomedica: se queste ultime sono ripetibili in ogni parte del globo (la riproducibilità sperimentale è una caratteristica propria della scienza) non altrettanto può dirsi del diritto. Una disciplina giuridica che risulta essere efficace e buona in alcuni contesti, non potrebbe esserlo in altri: il trapianto di istituti e regolamentazioni giuridiche da un ordinamento ad un altro non dà necessariamente gli stessi risultati.

Una terza serie di criticità emerge anche per quanto concerne le c.d. "misure" del diritto.

Spazio: l'organizzazione della ricerca scientifica (che si sviluppa sempre più attorno ad autentici network di gruppi di ricerca che lavorano in sinergia su progetti comuni), così come le conseguenze del processo di globalizzazione in ambito produttivo ed economico (che si presenta estremamente frammentato e, soprattutto, dotato di una mobilità che sfugge le possibilità di controllo). Il rilievo dell'interdipendenza dei fenomeni legati allo sviluppo della ricerca e delle conseguenti applicazioni biotecnologiche conduce inevitabilmente verso il superamento delle divisioni territoriali[49]. Di qui l'esigenza di affrontare e governare le problematiche in una dimensione che ecceda l'ambito statale, sia per quanto riguarda il limite territoriale imposto al suo esercizio, sia per quanto concerne la soggettività politica. Non si tratta, infatti, di una devoluzione di attribuzioni ad un qualche ordinamento giuridico internazionale, che non espungerebbe comunque la dimensione statale, presupponendo l'incontro convenzionale di due o più volontà statali: la categoria sarebbe piuttosto quella della trans-nazionalità, la quale implicherebbe una sorta di rete

[49] Lo sviluppo del *Progetto Genoma*, per esempio, ha visto la collaborazione e la ricerca contemporanea da parte di una pluralità di stati e centri di ricerca, pubblici e privati, il cui controllo sfugge inevitabilmente alle maglie dei singoli ordinamenti.

relazionale fondata su alcuni principi fondamentali universalmente riconosciuti (quasi un ritorno all'antico *jus gentium*)[50].

Tempo: le possibilità operative delle biotecnologie dispiegano i propri effetti non solo sul soggetto sottoposto al trattamento, ma li possono estendere anche alle generazioni a venire, cui il patrimonio genetico dello stesso potrebbe essere trasmesso. Ciò implica che, nella considerazione giuridica inerente alla liceità di una pratica tecnologica, si deve estendere lo sguardo ben oltre l'orizzonte esistenziale del soggetto interessato: c'è un oltre temporale che interpella fortemente i teorici del diritto e che chiede tutela al pari del presente.

Soggetti: emergono, infine, nuove soggettività (quali ambiente, biodiversità, generazioni future) che esigono tutela. In particolare, le possibilità applicative ha conferito rilevanza giuridica alle c.d. *generazioni future*: si accorda una tutela all'uomo non solo in quanto esistente nel presente, ma in quanto appartenente ad una specie geneticamente determinata (accanto alla tutela della persona emerge l'esigenza della salvaguardia della specie contro ogni forma di degrado ed asservimento). Il richiamo alla responsabilità nei confronti delle generazioni future sposta, dunque, l'attenzione all'uomo non solo in quanto esistente nel presente, ma in quanto appartenente ad una specie geneticamente determinata. Il soggetto individuale, quale centro d'imputazione di diritti e pertanto di tutela, sfuma così nel concetto più ampio e comprensivo di specie umana, nozione questa che racchiude in sé ad un tempo le caratteristiche di universalità e di pluralità degli appartenenti, rifuggendone però le specificazioni di genere sia di natura sessuale sia di appartenenza ad una qualche condizione di vita e/o *status*. Tutto ciò determina l'inevitabile obsolescenza degli schemi tecnici del soggetto e del diritto soggettivo, fin qui evocati per accordare tutela all'individuo nell'esercizio delle *potestas* a lui attribuite[51].

In particolare, la rilevanza giuridica delle cd *generazioni future* presenta profili di criticità per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, si manifesta la necessità di estendere il tempo da quello dell'esistenza personale ad una dimensione futura, nella quale si collocano coloro che ancora non sono chiamati ad esistere. Questa

[50] Si concorda parzialmente con A. Catania, il quale, riflettendo sui diritti fondamentali, interrogandosi in particolare sul problema della loro garanzia, li connette con una "traslitterazione della sovranità statale stessa nei termini di sovranità giuridica. […] Come la cittadinanza vede sbiadire la propria connotazione di appartenenza e di nazionalità, così la sovranità si trasferisce alla procedura giuridica, per fondare sul momento procedurale dell'accordo, del consenso auto-obbligante." (A. Catania, *Cittadinanza e idea di giustizia*, in Id., *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 114-115) La forza obbligante nascerebbe da una rivisitazione del patto, intendendo con ciò non tanto un patto giusnaturalistico quanto un patto storicamente posto fra le nazioni, nelle quali i cittadini svolgerebbero un ruolo partecipativo ed attivo, volto ad esercitare una pressione sugli Stati perché si realizzi la piena giuridicità dei diritti fondamentali. Secondo Catania, dunque, non si potrebbe prescindere da una dimensione statale della sovranità, sia pure rivisitata, per ottenere la piena tutela dei c.d. nuovi diritti. Questa opinione non è tuttavia condivisibile, proprio per la particolare natura delle questioni poste in gioco, che richiedono, invece, come già espresso, una rivisitazione integrale del concetto di sovranità sia per quanto riguarda il limite territoriale dell'esercizio, sia per il soggetto politico chiamato ad esercitarlo.

[51] Sull'erosione della soggettività reale cfr. F. Riccobono, *I diritti umani della quarta generazione*, in Id., *Soggetto, Persona, Diritti*, ed. Terzomillennio, Napoli, 1999.

estensione è densa di problematicità in quanto viene a mancare il requisito essenziale della reciprocità, per cui il mio diritto ha un suo corrispettivo nel dovere altrui. Si costituirebbe, infatti, un rapporto tra chi già esiste e coloro che probabilmente esisteranno, nel quale è evidente l'impossibilità di reperire un dovere in capo a questi ultimi[52].

In secondo luogo, dando rilevanza ad una soggettività collettiva come la specie umana, nel suo eventuale futuro, fa emergere un interrogativo su chi sia veramente titolato, legittimato ad agire giudizialmente per petire la tutela dei loro diritti (chi potrebbe essere il loro tutore?)

In terzo luogo, ponendo la rilevanza giuridica delle generazioni future in termini di diritti, la giuridicità contemporanea ha elaborato il c.d. "criterio di precauzione", quale principio utile per la loro tutela: un principio, che appare aproblematico nell'ambito della ricerca scientifica (i protocolli sperimentali sono impostati su questo principio, onde ridurre al minimo le possibilità di eventi "imprevisti" e/o "imprevedibili"); così come non si profilerebbero particolari criticità in seguito di una sua assunzione da un punto di vista politico; un principio che quando viene applicato in ambito giuridico manifesta un elevato grado di problematicità per il suo spostare il focus da un impianto giuridico fondato sul fatto ad un impianto giuridico che muove in direzione preventiva-repressiva, ponendo in essere delle restrizioni degli spazi di libertà in vista di qualcosa che eventualmente potrebbe verificarsi (qualcosa che è possibile, ma non è certo che avvenga).

4. Diritto e scienza: riflessioni post pandemia

5. Quale diritto per la scienza e le biotecnologie contemporanee?

La disamina dei rapporti intrecciati fra il diritto e la scienza ha fatto emergere una serie di criticità, che mettono in discussione fortemente il diritto nel suo configurarsi, sia per questioni che attengono la sua natura, sia per quanto concerne il suo strutturarsi.

Sono questioni a loro volta sollecitate dai cambiamenti essenziali subiti dalla scienza contemporanea, che, come si è visto, potrebbe essere chiamata ad un ripensamento delle sue categorie di pensabilità.

Ci si domanda, allora, quale sia la via migliore da percorrere. Constatata la tensione cui sono sottoposte le misure attorno alle quali si è strutturato il diritto, ci si domanda se sia opportuno tentare un loro aggiustamento che permetta di rispondere alle esigenze di tutela che emergono nella realtà contemporanea, oppure sia più opportuno ripensarle *ex novo*, individuandone altre del tutto inedite?

Non solo, si assiste ad un progressivo cambiamento della funzione attribuita al diritto, che è chiamato sempre più spesso a sciogliere quei nodi etici che l'uomo dell'oggi appare incapace di sciogliere (perché il diritto deve decidere, per esempio, quando si può dichiarare che la vita sia cominciata? Sulla base di quali

[52] Cfr. in questo senso F. Riccobono, *"Diritti" e "nuovi diritti"*, in Id., *Soggetto, Persona, Diritti*, cit., specie pp. 90-92, dove asserisce che le difficoltà di garanzia dei c.d. diritti di quarta generazione, definiti i diritti dell'età tecnologica, sono state aggirate ragionando essenzialmente in termini di doveri imputabili ai vari soggetti, piuttosto che in termini di diritti ascrivibili.

criteri può individuare l'inizio della vita, in modo inequivocabile, come può essere richiesto solo al diritto, che è chiamato a regolare la coesistenza?): anche qui, ci si domanda se sia opportuno tentare di aggiustare oppure non sia meglio rifondare il diritto attribuendogli una funzione di valutazione etica. Così facendo, però, non si rischia di tornare ad un diritto pre-moderno? Con quali conseguenze?

Così come per la scienza si proponeva il cambio dell'icona, da Prometeo ad Atlante, non potrebbe essere valido proporre un analogo cambiamento per la giuridicità? Da un diritto incentrato sulla soggettività, definita e definibile dal plesso diritto/dovere, ad un diritto incentrato sulla doverosità, ove l'accento si ponga sul versante dell'assunzione di responsabilità da parte di coloro che hanno tale facoltà, responsabilità nei confronti delle realtà che, altrimenti, non avrebbero voce né possibilità di agire in propria difesa.