

Amedeo Santosuosso

Dal momento in cui si è accorto che è impossibile non essere al centro del mondo, e che questo vale tanto per lui, quanto per ogni essere umano, o animale, o anche sasso, o alga, o batterio, egli ha dovuto accettare che due sole soluzioni sono date, a descrizione del comportamento da tenere in quella situazione. O il centro del mondo è attivo, ed allora il mondo, dotato e arricchito da infiniti centri, sarà infinitamente attivo; oppure dovrà essere assediato dalla totalità del mondo; più esattamente essere il bersaglio del mondo¹.

Introduzione

Sempre più di frequente il diritto si occupa delle persone considerate nella loro dimensione fisica, come entità biologiche, dotate di un corpo. I segni sono numerosi e si possono trovare sia in leggi ordinarie sia in testi di rilievo primario, come la *Carta di Nizza* (2000), la *Convenzione europea sulla bio-medicina* (Oviedo, 1997) e la *Dichiarazione Universale sul Genoma Umano* (UNESCO, 1997), sia in quell'ampia produzione della giurisprudenza dei paesi, europei e non, che ha portato a un diffuso riconoscimento del diritto di autodeterminazione individuale rispetto al proprio corpo e del suo principale strumento giuridico, il consenso informato.

L'aumento delle possibilità di intervento sul corpo umano (che la medicina e la biologia offrono) e l'ampliamento delle libertà riconosciute dal diritto hanno reso di difficile identificazione l'individuo umano come centro di imputazione di diritti e libertà. Sembra rompersi la relazione materiale sottostante l'espressione "libertà dell'individuo": mentre si discorre di una libertà, diventa inafferrabile l'individuo al quale essa si riferisce, oppure, mentre viene definito l'individuo di cui si parla, si perde il senso della sua libertà². Tutto ciò rende attuale il riesame di categorie, come quella di *persona fisica* o di *individuo*, che, fra tutte, sembrano quelle più esposte ai problemi sollevati dalle nuove applicazioni tecniche e scientifiche in campo biologico.

Come ancoraggio del discorso, utilizziamo un noto passo di Hans Kelsen dedicato a *la persona giuridica e la persona fisica*. La scelta è dovuta alla esemplare chiarezza del testo nonché alla autorevolezza del suo autore, le cui teorie tuttora hanno ampia influenza tra i giuristi. D'altra parte, il linguaggio giuridico corrente e quello dei manuali di diritto è ancora oggi (fatte salve alcune eccezioni) quello contro il quale il filosofo austriaco puntava le sue critiche. Infine mi pare che, volendo affrontare un tema all'incrocio tra biologia e diritto, senza soccombere preliminarmente ai presunti dettami del *biologico* o del *naturale*, il fatto di assumere come riferimento una prospettiva lontana dal giusnaturalismo, come quella del massimo esponente del formalismo giuridico, possa essere una scelta utile e prudente.

* [articolo apparso in *Politica del diritto*, n. 4, 2002](#)

¹ G.Manganelli, *Centuria. Cento piccoli romanzi fiume*, Adelphi, Milano 1998: il passo è tratto dalla centuria quarantotto.

² ponevo così la questione nell'introduzione a A.Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina editore, Milano 2001. Il tema affrontato in questo scritto ha costituito il filo conduttore del corso *Nuovi aspetti della libertà individuale*, tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano nell'Anno accademico 2001-2002.

In questo scritto viene prima ricostruito e commentato il passo di Kelsen su la persona fisica; vengono poi passati in rassegna i punti principali del diritto formatosi negli ultimi anni sulle applicazioni scientifiche sul corpo umano; vengono infine individuati alcuni punti sui quali discutere mi pare necessario.

I) La persona fisica giuridica per Kelsen

A) In un celebre paragrafo della *General Theory of Law and State* (1945)³, Hans Kelsen sottopone a critica la *maniera solita* in cui la *persona fisica* viene definita, con formule del tipo “la persona fisica è un essere umano, mentre la persona giuridica in senso stretto non lo è”, oppure la persona fisica è “un essere umano considerato come *investito di diritti* o come *soggetto a doveri*” (Austin).

Kelsen parte da alcuni rilievi di tipo culturale e linguistico. Accade comunemente che “anche qualità osservabili empiricamente sono interpretate come qualità di un oggetto o di una sostanza, e sono rappresentate grammaticalmente come predicati di un soggetto”. Per esempio, la proposizione *la foglia è verde* lascia intendere che la foglia sia cosa distinta rispetto alla sua qualità *verde*. Ma questo è solo il “modo di pensare corrente, determinato dalle forme del linguaggio”, nel quale “la sostanza è trasformata in un’entità separata, che si suppone avere un’esistenza indipendente dalle *sue* qualità. Il soggetto grammaticale, la sostanza, appare, per così dire, come un nuovo membro della serie formata dai predicati, dalle qualità inerenti alla sostanza”. Al contrario, “la foglia non è una nuova entità che si aggiunge a tutte le qualità - verde, liscia, rotonda e così via - ma soltanto la loro unità comprensiva”. Il soggetto grammaticale *foglia* è soltanto “un simbolo del fatto che le qualità formano una unità” e non un’entità *ulteriore* rispetto all’essere verde, liscia e così via. Continuare a dire *la foglia è verde* significa, dunque, *raddoppiare l’oggetto della conoscenza* in un modo che è caratteristico del “pensiero mitologico primitivo che è detto animismo”. Prosegue Kelsen:

Secondo l’interpretazione animistica della natura, si crede che ogni oggetto del mondo percettivo sia la dimora di uno spirito invisibile che è il signore dell’oggetto, nella stessa guisa in cui la sostanza ha le sue qualità, o il soggetto grammaticale i suoi predicati.

Posta questa premessa generale, appare chiaro che le espressioni correnti, secondo le quali “la persona fisica *ha* un dato dovere o diritto”, presuppongono una relazione di sostanza e qualità, in cui “la persona giuridica è la sostanza giuridica a cui doveri e diritti appartengono come qualità giuridiche”. Ma, sostiene Kelsen, “in realtà la persona giuridica non è un’entità separata distinta dai *suoi* doveri e diritti”, ma è soltanto *la loro unità personificata*.

Il passaggio successivo è costituito dalla domanda: “Che cos’è che costituisce questo tipo di unità? Quand’è che un complesso di doveri e diritti, un complesso di norme giuridiche, ha questo tipo di unità?”

Dire che un particolare essere umano *ha* un dato diritto, significa soltanto che una data condotta di quell’individuo è il contenuto di un diritto soggettivo, e quindi costituisce il contenuto di una norma giuridica. Le norme giuridiche, per parte loro, regolano solo particolari azioni e omissioni, e, per quanto possano essere numerose,

³ Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Prefazione di Ettore Gallo, Introduzione di Gaetano Pecora, ETAS, seconda edizione, Milano 1994 (ristampa 2000), parte I, cap. IX, lett.A.B. (prima edizione, in lingua inglese, Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard Un.Pr., Cambridge, 1945). Per i riferimenti alle pagine utilizzo la quinta edizione (1966), nella ristampa del 1974, nella quale il passo su la persona fisica è alle pp.93-96. Kelsen aveva già posto la questione in *La dottrina pura del diritto* (1933). Nondimeno utilizzo la *Teoria generale* in quanto opera che, a causa del contatto con l’ambiente culturale americano, contiene alcuni interessanti rilievi di contesto (come evidenzio in alcuni punti di questo articolo).

non regolano mai l'intera esistenza di un individuo fisico: “nemmeno l'ordinamento giuridico totale determina mai l'intera esistenza di un essere umano soggetta a quell'ordinamento né si interessa di tutte le sue funzioni mentali e corporali”.

Di conseguenza, la persona fisica, in senso naturalistico, per tutti gli aspetti non regolati da norme giuridiche che contengano doveri o diritti, *non ha alcuna esistenza* per il diritto, come può accadere per lo schiavo per il quale “non vi sono norme giuridiche che qualifichino alcun comportamento [di questo individuo] come un dovere o un diritto”. Risulta chiaro quindi che

uomo e persona sono non solo due concetti diversi, ma anche il risultato di due generi di considerazioni completamente diversi. L'uomo è un concetto biologico e fisiologico, in breve, un concetto delle scienze naturali. La persona è un concetto della giurisprudenza, dell'analisi cioè delle norme giuridiche.

La risposta alla domanda su cosa costituisca *questo tipo di unità* cui diamo il nome di persona fisica in senso giuridico è, dunque, la seguente:

la persona fisica è la personificazione di un complesso di norme giuridiche le quali, ponendo i doveri ed i diritti che formano il contenuto della condotta di uno stesso essere umano ne regolano la condotta. [...] l'essere umano non è la persona fisica ma, per così dire, soltanto la ‘delimitazione’ di una persona fisica. Il rapporto fra una cosiddetta persona fisica e l'essere umano, con il quale la prima è sovente erroneamente identificata, consiste nel fatto che quei doveri e quei diritti, che sono compresi nel concetto di persona, si riferiscono tutti al comportamento di quell'essere umano.

In conclusione, la persona fisica per il diritto (in questo senso *giuridica*) è “non già una realtà naturale, ma una costruzione del pensiero giuridico”, e la proposizione corrente, secondo la quale la persona fisica *ha* diritti e doveri, va intesa e corretta in la persona fisica giuridica *è* diritti e doveri. La “cosiddetta persona ‘fisica’ è allora una persona ‘giuridica’ in senso ampio” (p.96), e non ha quindi una qualità diversa da quelle che comunemente sono chiamate persone *giuridiche*: entrambe sono creazioni del diritto, accomunate dal carattere dell'artificialità.

B) Presupposti e contesto della persona fisica *giuridica*.

In sintesi i punti essenziali del passo di Kelsen che in questo scritto interessa sottolineare sono i seguenti:

- a) l'essere umano, persona fisica *naturale*, è entità diversa dalla persona fisica *giuridica*;
- b) l'essere umano è alla base dell'*unità simbolica e linguistica* della persona fisica *giuridica*;
- c) l'essere umano è la *delimitazione biologica* di una persona fisica *giuridica*;
- d) l'essere umano esiste per l'ordinamento solo nella limitata parte in cui vi siano norme giuridiche che lo assumono come riferimento di diritti e doveri.

Queste proposizioni sintetiche hanno alcuni presupposti che le rendono possibili.

In primo luogo, la dimensione biologica, fisiologica, naturale e la dimensione giuridica devono essere sempre nettamente distinguibili e depurabili dalle reciproche contaminazioni. Solo così è possibile quell'operazione di purificazione linguistica e concettuale del diritto da incrostazioni e residui mitologici primitivi, di cui il passo esaminato è un chiaro esempio.

In secondo luogo, la possibilità di allontanare, in quanto appartenente al mondo della biologia, tutto quanto si riferisca alla dimensione organica della persona fisica, sembra dare per implicito che, nel confronto con il mondo della biologia, della fisiologia e delle scienze naturali, quello del diritto abbia una sorta di monopolio della normatività e, comunque, una posizione di preminenza. In altri termini, della

dimensione biologica e fisiologica, oggetto delle scienze naturali, non traspare alcuna possibile normatività diversa da quella giuridica, né naturalistica (quella giusnaturalistica è, ovviamente, esclusa in Kelsen) né scientifica.

In terzo luogo, vi è coincidenza *spaziale* e *storica* tra l'essere umano (la persona fisica *naturale*) e l'ambito al quale l'ordinamento si riferisce quando crea quei diritti e quei doveri che costituiscono la persona fisica *giuridica*. In altri termini, la persona fisica *naturale* è una *delimitazione sicura* della persona fisica *giuridica*: la persona fisica giuridica è un insieme di diritti e di doveri che, più o meno ampi e numerosi che siano, cadono tutti all'interno di un confine *fisico-spaziale* sicuro e stabile nel tempo, costituito da quell'entità biologica individuale, che è l'essere umano da tutti conoscibile empiricamente nella sua finitezza e materialità, sostanzialmente uniforme e immutabile. In Kelsen non traspare alcun dubbio o problematicità sul fatto che il criterio unificatore delle norme sia quella specifica entità biologica che è l'uomo, entità individuale e distinta.

Infine, Kelsen presuppone ordinamenti ognuno dei quali sia unificato da una norma fondamentale, che stabilisce il modo in cui una norma particolare deve essere creata per potere appartenere al sistema, e quindi “*che sia stata prescritta dal parlamento o creata dalla consuetudine o posta dai tribunali*”⁴, e sia ordinato secondo una stabile gerarchia facente capo a una costituzione. Questa visione non è chiusa alla creazione giurisprudenziale di norme, tanto che è lo stesso Kelsen a denunciare, significativamente dagli Stati Uniti, come “soltanto il pregiudizio proprio della giurisprudenza dell'Europa continentale, che il diritto consiste, per definizione, unicamente di norme generali, soltanto l'erronea identificazione del diritto con le regole generali della legge formale e consuetudinaria, potevano oscurare il fatto che la decisione giurisdizionale continua il processo di creazione del diritto dalla sfera del generale e dell'astratto in quella dell'individuale e del concreto” (p.138).

Il diritto creato dai tribunali (*statuito* al pari di quello di origine legislativa) normalmente costituisce una mera *continuazione*, a livello individuale, del processo di creazione del diritto. Talora, quando “non vi sia una norma giuridica generale” (p.148), può accadere che il tribunale sia “autorizzato a decidere la controversia discrezionalmente”, vincolato solo dal diritto processuale e non da una norma preesistente di diritto sostanziale: “ciò significa che il tribunale è autorizzato a creare per il caso concreto quella norma di diritto sostanziale che esso reputi soddisfacente, giusta o equa. Il tribunale ha allora la funzione di legislatore”. Fin qui il giudice crea una *norma particolare*. Ma “la decisione giurisprudenziale può anche creare *norme generali*”, come nei sistemi in cui vige la regola secondo la quale una norma generale, con forza vincolante per i casi simili, viene tratta dal *precedente*. In tali sistemi “i tribunali sono organi legislativi [...] sono creatori di norme giuridiche generali” (p.152). In definitiva, il sistema di Kelsen contempla esplicitamente che la giurisprudenza produca norme generali, sempre che l'ordinamento nel quale operano quei giudici preveda questa possibilità⁵.

Le elaborazioni di Kelsen si collocano in un contesto storico del quale è utile richiamare qualche punto.

La *Teoria generale del diritto e dello stato* viene pubblicata nel 1945 negli Stati Uniti, con una prefazione scritta nell'aprile 1944 a Berkeley (California), dove Kelsen si trova avendo abbandonato la Germania prima dell'avvento del nazismo.

⁴ Kelsen, *op.cit.*, parte I, cap.X, B.a.

⁵ sottolinea le aperture di Kelsen e la necessità di non adottare un modello veteropositivistico P.Borsellino, *Vere e false alternative in tema di rapporti tra bioetica e diritto*, in A.Santosuosso- G.Gennari (a cura di), “Le questioni bioetiche davanti alle Corti: le regole sono poste dai giudici?”, numero monografico di *Notizie di Politeia*, n.65, 2002, pp.122-5

L'opera viene pubblicata in una collana che è interessata alla *Continental jurisprudence* in una prospettiva che prende atto che i due grandi sistemi giuridici del mondo, quello di *civil law* e quello di *common law*, stanno evolvendo verso quella che, in vari campi del diritto, può diventare una base comune (*a common ground*), visto che, ormai, i sistemi di *civil law* riconoscono sempre più l'importanza della *case-law* e i sistemi di *common law* ripongono una nuova fiducia nelle leggi e persino nei codici⁶.

Le società occidentali sono ormai società *individualizzate*, nel senso che pongono a loro fondamento, l'individuo, mentre il patriarcato è presente nelle legislazioni solo come residuo (in taluni casi rilevante, ma comunque *residuo*) di un ordine giuridico della società, che appartiene definitivamente al passato. La *medicina* ha compiuto importanti progressi sul piano diagnostico, ma è ancora largamente inefficace su quello terapeutico. I *trapianti* di organi sono ben lungi dall'essere una pratica terapeutica sicura e diffusa. La *genetica umana* non ha effettuato passi significativi in ordine alla conoscenza dei meccanismi dell'ereditarietà e sconta, invece, il discredito che le deriva da grossolane (sul piano teorico) e violente (sul piano sociale) politiche eugenetiche. Gli esseri umani hanno un controllo della loro *riproduzione* che non ha subito mutamenti da tempo memorabile. Sono di là da venire, anche se imminenti, il processo di Norimberga, così come le costituzioni del secondo dopoguerra, e la positivizzazione dei diritti fondamentali che costituisce uno dei loro tratti principali⁷. Le contaminazioni tra dimensione biologica e dimensione giuridica possono quindi ben presentarsi come meri residui del passato.

II) Gli interventi sulla persona fisica *naturale* e sui suoi confini.

Una sommaria ricognizione dello stato attuale degli interventi sulla persona fisica *naturale* e dei campi nei quali si pone un problema di interazione tra norme giuridiche e dimensione biologica, tra libertà e corpo degli individui, è utile per saggiare la consistenza attuale del problema. I diversi punti vengono semplicemente enunciati, in modo schematico e senza essere sviluppati. Delle inevitabili semplificazioni il lettore terrà conto⁸.

A) Un primo punto è costituito dalle decisioni in ordine ai trattamenti medici. Un individuo può decidere sui trattamenti sanitari sulla propria persona, anche quando la volontà abbia il contenuto di un *rifiuto di trattamenti* la cui mancata esecuzione comporti un danno grave alla salute o, persino, la morte. Il rifiuto di emotrasfusione da parte del Testimone di Geova, maggiorenne cosciente e capace, è il caso emblematico, che ha ormai avuto ampio riconoscimento nella giurisprudenza di molti paesi, dall'Italia agli Stati Uniti, fino al Giappone (pur con qualche inevitabile oscillazione). Il recente caso di *Miss B*, che si è vista riconoscere da una corte inglese il diritto a interrompere i trattamenti di respirazione artificiale, costituisce lo sviluppo logico del riconoscimento del diritto all'autodeterminazione. Una decisione di tal genere potrebbe essere presa da una corte italiana, come da quella di altri paesi⁹.

⁶ dalla *General Introduction* a Kelsen, *General Theory ... op.cit.*, p.IX.

⁷ Kelsen prevede la possibilità che l'ordinamento giuridico, "obbligando gli organi che creano il diritto a rispettare o ad applicare talune norme morali o principi politici od opinioni di giuristi, trasformi queste norme, principi o opinioni, in norme giuridiche e quindi in vere e proprie fonti del diritto" (Kelsen, *op.cit.*, p.134).

⁸ Per una loro trattazione più estesa rinvio a alcuni miei precedenti lavori: A.Santosuosso, *Corpo e libertà... cit.*; A.Santosuosso- G.Gennari (a cura di), "Le questioni bioetiche ... cit..

⁹ High Court of Justice 22.3.2002, Family Division (UK). Per un precedente canadese vedi *Quebec Superior Court in Nancy B v Hôtel-Dieu de Québec et al. (1992) 86 DLR (4th) 385*, nel quale una consapevole donna di 25 anni affetta da un'incurabile malattia neurologica invocava un'ingiunzione

In condizioni particolari, può essere riconosciuto anche il *diritto alla assistenza al suicidio* in pazienti in condizione terminale. Alcuni stati, come l'Olanda e l'Oregon, hanno approvato specifiche leggi in materia, ma non si può escludere che, pur in mancanza di leggi *ad hoc*, qualche corte riconosca questo diritto. La condizione del soggetto cosciente e capace, che però è impedito fisicamente nella possibilità di dar seguito pratico alla sua determinazione di porre fine alla vita, è quella che con maggiore probabilità porterà a un riconoscimento del diritto al suicidio assistito¹⁰.

Un paziente può decidere anche sulle *cure nel futuro immediato*, per esempio nel corso di un intervento chirurgico mentre si trova sotto anestesia. L'idea secondo la quale un soggetto, per il solo fatto di trovarsi momentaneamente privo della coscienza, perda il diritto di vedere rispettata la volontà espressa poco prima, è ormai quasi del tutto abbandonata.

Un individuo può decidere anche sulle *cure prevedibili*, come nel caso delle direttive anticipate su sviluppi prevedibili di malattie in atto. Il tema delle direttive anticipate è ormai all'ordine del giorno: alcuni stati degli USA hanno leggi in materia; la Convenzione di Oviedo (1997), ratificata dall'Italia nel 2001, prevede che si tenga conto delle volontà espresse.

La decisione sulle *cure future e eventuali*, nella forma di direttive anticipate ipotetiche (*Nel caso in cui mi trovassi...*) è quella che, in mancanza di specifiche leggi, è più controversa, ma tutto lascia pensare che l'estrema difficoltà di prendere decisioni mediche per i pazienti in stato di irreversibile perdita della coscienza, porterà progressivamente a dare un peso sempre maggiore a quelle opinioni che, seppure manifestate in forma ipotetica, sono le ultime attribuibili al diretto interessato. Vi sono i presupposti giuridici perché anche in Italia, o in altri paesi in cui non vi siano leggi *ad hoc*, qualche corte riconosca valore a quelle dichiarazioni, in casi particolari.

Tutte queste decisioni e manifestazioni di volontà e di opinioni (dal rifiuto di trattamenti alla richiesta di aiuto a morire) possono avere diverse motivazioni individuali, da quelle strettamente religiose fino a quelle che hanno come presupposto una particolare concezione della vita e della morte, che porta il diretto interessato a dire: *in date condizioni io considero che la mia vita non sia più degna di essere vissuta ed è per me come essere morto, chiedo perciò che non mi si faccia più sopravvivere*. Questa definizione individuale di cosa sia *vita*, e di cosa sia bene per la propria vita (in sostanza i suoi confini *visti dall'interno*), è stata fino a pochi decenni fa contrastata da visioni dell'etica medica e religiose che si traducevano nell'autorizzazione data al medico di operare, in nome del *bene* del paziente o della scriminante dello *stato di necessità*, anche contro la volontà espressa dal diretto interessato. Oggi questa prospettiva è ripudiata dalla deontologia medica (vedi l'ultima versione del codice italiano di deontologia medica) e ha pochissimi sostenitori in campo giuridico, anche tra i giuristi cattolici.

In altri termini, cosa sia *vita degna di essere vissuta* è, a livello giuridico, oggetto di definizione individuale.

per far rispettare il suo rifiuto della ventilazione artificiale, senza la quale non poteva respirare in modo indipendente. La Corte, in quel caso, ha deciso per l'autorizzazione all'ingiunzione, ordinando al medico curante di interrompere il funzionamento del ventilatore se e quando il paziente lo avesse ordinato.

¹⁰ A.Santosuosso, *Corpo e libertà... cit.*, p. 206. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha negato (caso *Pretty*, 29/4/2002) che l'ordinamento inglese fosse in contrasto con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per il fatto di non prevedere la possibilità di una autorizzazione preventiva a dare assistenza al suicidio senza incorrere in sanzioni penali. Il fatto che la decisione sia di contenuto negativo per la ricorrente non esclude comunque la grande importanza del caso che, primo del genere affrontato dalla Corte di Strasburgo, conferma l'attualità della questione.

B) Un secondo punto riguarda i *trapianti*, che sono entrati negli ultimi decenni nella medicina come prospettiva terapeutica. Dai primi successi nei trapianti di cornea negli anni Cinquanta, al primo riuscito trapianto da vivente (nel 1954, un rene prelevato da un gemello monozigote), ai miglioramenti della durata della sopravvivenza alla fine degli anni Sessanta, si giunge finalmente, negli anni Settanta, alla diffusione su larga scala del trapianto come terapia, avendo trovato nella ciclosporina una soluzione efficace ai problemi di rigetto. Si ricomponesse così la separatezza tra la strada aperta da Alexis Carrel (con i primi esperimenti di inizio Novecento), le previsioni avveniristiche formulate da Agostino Gemelli negli anni '20 e la pratica clinica.

Fra trapianti da cadavere (è del 1967 il primo trapianto di cuore di Christian Barnard) e trapianti da vivente (soprattutto rene), per la prima volta nella storia dell'umanità, il corpo dell'uomo può essere frutto della combinazione di parti provenienti da diversi *individui*. Non mancano i riflessi giuridici:

- nel trapianto *da vivente* vi è la continuazione biologica di una parte di un essere umano in un diverso essere umano. Sul piano giuridico è necessario un atto di disposizione di sé da parte di colui il quale cede l'organo. Pur con tutte le cautele con le quali viene giustificata la cessione di un organo, ricorrendo all'idea di *dono* o di solidarietà, prevalentemente nell'ambito familiare, è innegabile che la cessione del rene da vivente rappresenti un atto di libera disposizione del proprio corpo, fuori da ogni giustificazione terapeutica per chi subisce l'intervento. La solidarietà può essere la motivazione, ma l'atto è di libertà rispetto al proprio corpo;
- nel trapianto *da cadavere* vi è una continuazione biologica di parti del proprio corpo dopo la propria morte. Sul piano giuridico acquista rilievo la volontà, di tipo *latu sensu* testamentaria, sulla destinazione dei propri organi.

Per effetto di questi trasferimenti di organi e di tessuti da un essere umano a un altro, ognuno dei quali sopravvive o con una parte proveniente da altro o privato di una parte di sé, diventa problematico e, a rigore, non più appropriato, l'uso del termine *individuo*.

C) Un terzo punto riguarda alcune *condizioni intermedie* tra quella di vita e di morte, di cui le principali sono quelle dei malati affetti da morbo di Alzheimer e dei soggetti in Stato Vegetativo Permanente (SVP).

(a) I malati affetti da *morbo di Alzheimer* attraversano, tra il momento della diagnosi della malattia (che avviene ancora in condizioni di relativo benessere) e la morte, vari stadi intermedi di progressivo degrado delle funzioni psichiche. Vi è uno stadio, prima della perdita totale della capacità, in cui il paziente ha pressoché totalmente perso la memoria di sé e della propria storia individuale, ed è, però, ancora in stato di coscienza. Si può scorgere in tale condizione *una nuova, sia pur limitata, soggettività all'interno della stessa storia biologica*. Dal punto di vista della identità psicologica si può dire che i soggetti in gioco diventano due, quello attuale e quello della condizione di benessere precedente. Ma, se nella storia biologica dello stesso essere umano si verifica una discontinuità della storia personale di tale entità da potersi parlare persino di una duplicità di soggetti, bisogna trarre la conclusione che uno dei due, quello precedente, non vi è più, e quindi, almeno dal punto di vista esistenziale, è morto. Si tratta di una questione non solo filosofica, ma anche giuridica. Se il *primo* soggetto, quello dello stato di benessere, ha espresso una volontà, sottoscrivendo direttive anticipate sulle cure, e il *nuovo* soggetto, le cui capacità

psichiche sono ridotte, esprime una volontà diversa, a quale delle due si fa riferimento? Se si seguono quelle del *nuovo soggetto* si violano le volontà espresse in condizioni di piena capacità; se si seguono le direttive anticipate si pone un serio problema di preminenza e di signoria di un soggetto su un altro (*slavery argument*)¹¹. In ogni caso, quale che sia la soluzione che si adotti, è indiscutibile che ci si trovi di fronte a una duplicità di espressioni psicologiche che, pur interne alla storia biologica dello stesso essere umano, possono essere talmente differenziate e sconnesse da rendere difficile, ancora una volta, l'uso del concetto di *individuo* e di libertà individuale.

(b) Altra condizione intermedia è quella dei soggetti in Stato Vegetativo Permanente (SVP), uno stato che sicuramente non corrisponde ai criteri legali di morte cerebrale (si tratta, quindi, di soggetti vivi per il diritto), ma che comporta una radicale interruzione dei rapporti con il mondo esterno. Secondo una certa prospettiva filosofica è una condizione pari a quella di morte: è la cosiddetta *morte personale* o *morte corticale*. Anche in questi casi, se si segue il criterio della morte corticale, si pone un problema di duplicità di soggetti (per discontinuità della storia personale), uno dei quali è morto. Se si segue, invece, il criterio giuridico, secondo il quale i soggetti in SVP sono vivi, si pone un problema di validità o meno delle volontà espresse in una condizione molto diversa, come si è visto sopra a proposito delle volontà future ipotetiche. In ogni caso rimane aperta la questione di *chi* effettui le scelte terapeutiche e assistenziali per soggetti che non recupereranno la coscienza.

D) Un quarto punto riguarda i criteri per l'*accertamento della morte*. Nel 1968 viene descritta per la prima volta una condizione encefalica, riscontrabile in soggetti trattati con moderne tecniche rianimatorie, che consente una definizione di morte diversa da quella tradizionale costituita dall'arresto cardio-respiratorio¹². La definizione di *morte cerebrale*, ripresa dalla maggior parte delle leggi statali negli anni successivi, è stata un utile compromesso pratico, che ha offerto adeguate garanzie sociali e, nello stesso tempo, ha consentito il prelievo di organi per i trapianti. Come risultato è emersa una pluralità di concezioni della fine dell'individuo e della persona, e quindi della morte. Accanto all'idea di *morte cerebrale* vi è quella della perdita irreversibile della capacità di coscienza (*morte corticale* o *personale*), senza contare la posizione di chi, come Hans Jonas, ritiene che non sia opportuno modificare in nessun senso il concetto tradizionale di *morte per arresto cardio-respiratorio*, perché non sembra lecito che la morte dell'uomo sia accertata con criteri diversi da quelli che valgono per tutte le altre forme viventi¹³. Nessuna di queste concezioni della morte riesce ad avere una indiscussa superiore certezza e eticità: non quella che ha basi scientifiche, in quanto contiene forti elementi di tipo convenzionale e in quanto presuppone una certa idea di persona (che possa essere considerata morta anche se il cuore batta ancora); non quella su basi etiche, *à la Jonas*, in quanto esposta alla critica che anche

¹¹ R.Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, Harper Collins, 1993; R.Dresser, "Dworkin on Dementia. Elegant Theory. Questionable Policy", *Hastings Center Report*, 25, n.6 (1995): 32-38; A.Santosuosso, "Informed consent to clinical research", *The Italian Journal of Neurological Sciences*, n.5, 1997 (suppl.), pp.15-20.

¹² Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Death, *Definition of Irreversible Coma*, "Journal of the American Medical Association" 1968, 205, pp.85-88.

¹³ H.Jonas, *Tecnica, medicina e etica. Prassi del principio responsabilità* (1985), tr.it.Einaudi, Torino 1997, pp.167-184.

per molti animali si potrebbe avere una condizione di morte cerebrale, solo che ad essi si applicassero le tecniche rianimatorie in uso per gli umani¹⁴.

Risulta così impossibile stabilire un criterio generale di morte, che non sia per qualche motivo, scientifico o religioso, esposto a critica, e che non suoni come una imposizione morale o ideologica verso coloro i quali non condividano i presupposti del criterio di morte adottato per legge. E' questo il problema alla base delle scelte legislative del New Jersey (1993) e del Giappone (1997), che sono opposte quanto al contenuto, ma simmetriche per quanto riguarda lo schema normativo adottato. In entrambi i paesi la legge statale stabilisce un criterio generale che corrisponde al sentire (si deve supporre, trattandosi di società democratiche) della maggioranza dei cittadini (nel New Jersey la *morte cerebrale* e in Giappone la *morte cardio-respiratoria*), ma entrambe le leggi prevedono che i singoli possano manifestare la volontà che la propria morte sia accertata secondo il criterio opposto a quello legale¹⁵.

In sintesi, le diverse situazioni che si possono verificare a seconda del contesto sono le seguenti:

1. morte per arresto cardio-respiratorio come criterio generale;
2. morte cerebrale come criterio generale;
3. morte per arresto cardio-respiratorio, con possibilità di eccezione individuale verso la morte cerebrale (Giappone);
4. morte cerebrale, con possibilità di eccezione individuale verso la morte per arresto cardio-respiratorio (New Jersey).

Se a queste possibilità si aggiungono quelle che derivano dalle scelte individuali che, pur relative a trattamenti sanitari, presuppongono una particolare idea di morte o di vita (e che quindi possono essere considerate un modo indiretto di scegliere in ordine alla propria morte), bisogna aggiungere ulteriori quattro possibilità:

5. direttiva anticipata per il caso di SVP;
6. direttiva anticipata con richiesta di suicidio assistito;
7. direttiva anticipata con rifiuto di determinati trattamenti;
8. rifiuto di trattamenti salvavita in date condizioni.

In conclusione, il momento della morte e il criterio per il suo accertamento sono sempre più spesso frutto di una decisione individuale. Il modello universale rimane, ma sullo sfondo, solo come scelta pubblica con carattere residuale rispetto alle volontà dei singoli.

E) Un quinto punto riguarda la *nascita*. A partire dal 1978 (nascita di Louise Brown), la fecondazione extracorporea ha reso possibile condizioni del tutto inedite nella storia dell'umanità. È oggi possibile, e vi sono stati casi effettivamente accaduti, che il processo di generazione sia frutto dell'apporto di ben cinque attori della procreazione e della filiazione: una donna e un uomo che progettano di avere un figlio, una donatrice di ovulo, un donatore di seme e una donna che conduce la gravidanza. La nascita può, inoltre, avvenire anche a molto tempo di distanza dalla procreazione, a seguito di congelamento degli embrioni.

È ovvio che la stragrande maggioranza della popolazione mondiale non si avvarrà di queste possibilità, ma il semplice fatto che esse esistano fa sì che anche il riprodursi

¹⁴ il problema perciò non è concettuale o di definizione della morte, ma pratico, e si traduce nella domanda: *perché non utilizziamo le rianimazioni per gli animali?*.

¹⁵ Sull'argomento vedi gli scritti di Giuseppe Gennari e di Mariachiara Tallacchini in A.Santosuosso-G.Gennari (a cura di), "Le questioni bioetiche ... *cit.*

in modo *naturale* sia sempre più frutto dell'intreccio tra una opportunità biologica e una decisione di *non* avvalersi di queste tecniche. Ci si può, dunque, riprodurre in vari modi e vi sono *vari modi di essere ascendente* e/o padre/madre di un nuovo essere umano.

Guardando la scena dal punto di vista del *nato*, il fatto di poter essere stato concepito in vari modi e per effetto di più combinazioni, fa sì che il proprio profilo personale, e i rapporti nei quali ci si trovi immersi, siano oggetto di interrogazione e incidano sul/i suo/i profilo/i personale/i (si veda, per esempio, il prossimo punto).

E' significativa la situazione in cui viene a trovarsi chi viene adottato: vede recisi per intervento dell'autorità pubblica i rapporti con la famiglia di origine (che si assume biologica) e vede costruiti, sempre per effetto di interventi pubblici, nuovi rapporti familiari con la famiglia adottante. Se si considera che il fondamento giuridico di tale intervento pubblico sta nella concezione della famiglia come comunità di affetti, la cui esistenza è requisito imprescindibile dell'esperienza familiare e quindi anche della filiazione (sia che i figli siano effettivamente procreati dai genitori sia che entrino nella famiglia per adozione), risulta evidente che è l'apporto biologico dei genitori a rivelarsi una non necessità, e non viceversa. In sintesi, le leggi mostrano di far propria una concezione non necessariamente biologica di vita, con la conseguenza che l'ingresso nella famiglia adottiva rappresenta una *seconda nascita* nella storia biologica e personale dello stesso essere umano, tanto da rendere lecita l'affermazione che nella vita può accadere di *nascere due volte*¹⁶.

In tutte le questioni che riguardano la sessualità e il controllo della capacità riproduttiva il movimento delle donne è stato decisivo, tanto da potersi dire che, senza di esso, sarebbe inimmaginabile la storia del *right of privacy*, dell'autodeterminazione e dell'affermarsi della libertà di scelta di donne e uomini rispetto al proprio corpo, dalle scelte di vita a quelle sulla propria morte. Va ricordato, comunque, che, dopo la nascita di Louise Brown, una parte significativa del pensiero delle donne si è ritratta, e ha riscoperto la *natura* femminile o la *verità biologica* dei rapporti personali.

F) Un sesto punto riguarda il *mutamento di sesso*. La legge italiana del 1982 (analogamente a quanto avviene in altri paesi) dà ai transessuali la possibilità legale di praticare un intervento chirurgico che porti al mutamento del sesso da uomo a donna o (più raramente) da donna a uomo. Essa si basa sull'accertamento delle condizioni psicosessuali dell'interessato e, per il rilievo che dà all'aspetto psichico, costituisce un netto superamento dell'idea che il sesso sia determinato su sola base cromosomica. La Corte costituzionale (sentenza n.161 del 1985) ha confermato in pieno la legittimità della legge e ha definito l'intervento chirurgico come *atto terapeutico* teso alla realizzazione del diritto alla salute del transessuale: questi, attraverso l'intervento, ricompono l'equilibrio tra gli aspetti fisici e psichici della sua sessualità.

In casi del genere si verifica nella vita della stessa persona una discontinuità che non ha pari quanto a radicalità legata alle preferenze sessuali.

G) Un settimo, e ultimo, punto riguarda le *applicazioni della genetica*, che hanno portato a una nuova valorizzazione dei legami biologici e familiari. I dati genetici riguardano sia un individuo sia tutti coloro che sono in rapporto con i caratteri ereditari, che formano il patrimonio di un gruppo di individui affini: la "linea

¹⁶ ho avuto occasione di affrontare questo tema nella sentenza Tribunale di Milano, sez lavoro, 4-6 giugno 2002, n.1756

genetica” è costituita di similitudini genetiche risultanti da una procreazione e condivise da due o più individui.

Ogni individuo che eserciti la *sua* libertà di conoscere i propri dati genetici finisce con l’incidere direttamente sulla libertà degli *altri* individui dello stesso gruppo genetico, che possono non desiderare di conoscere le proprie predisposizioni a alcune malattie. Questi *altri* sono *terzi* in senso stretto, ma non sono del tutto *estranei*, giacché una parte di quei dati gli appartengono o dovrebbero, sempre che le relazioni formali di parentela corrispondano effettivamente a quelle biologiche. Le categorie di libertà individuale e di “terzi” che non devono essere danneggiati, che da John Stuart Mill in avanti sembravano definitivamente chiare, appaiono insufficienti. Di qui la necessità di nuove definizioni. Il Consiglio d’Europa (punto 58 dell’*Explanatory Memorandum* della Raccomandazione del Consiglio d’Europa 97-5) individua una sorta di “stato intermedio” per gli appartenenti alla stessa linea genetica e propone una loro protezione legale ibrida:

Queste parti terze possono essere costituite dai membri della linea genetica del soggetto dei dati o da parenti collaterali o da membri della sua famiglia sociale. Gli estensori convengono di accordare uno stato intermedio ai membri appartenenti alla linea genetica del soggetto dei dati in modo tale da distinguerli dalle parti terze, nel senso stretto del termine, e di garantire loro una protezione legale ibrida.

Questi problemi, che si pensavano più che altro teorici, si sono presentati in Italia, dove il Garante per la privacy, con una decisione del 22/5/99, ha autorizzato (nonostante che fosse noto il diniego del titolare dei dati) l’accesso ai dati sanitari del padre di una donna affetta da glaucoma bilaterale, e perciò interessata a conoscere, ai fini di una futura gravidanza, se il padre fosse stato affetto dalla stessa malattia.

In conclusione, si può dire che i confini dell’individualità biologica umana, sia nella dimensione temporale sia in quella spaziale, non risultino più né stabili né determinabili in modo uniforme per tutti. Nella maggior parte dei casi siamo *indivisi*, ma non siamo *indivisibili*, sia per effetto di prelievi di organi sia per accadimenti che interrompono la continuità psicologica/esistenziale. Per altro verso, per quanto siamo *integri*, non possiamo escludere di essere *integrabili* con organi o tessuti provenienti da altri. La durata nel tempo, pur a parità di condizioni, può variare in relazione a diversi fattori: il luogo in cui ci si trovi, la disponibilità di risorse tecnologiche, il sistema giuridico applicabile e le scelte individuali. Ciò è particolarmente evidente per la cessazione dell’essere umano (il momento della morte), ma vale, pur secondo modalità diverse, anche per l’inizio.

I punti sin qui richiamati toccano aspetti diversi e non omogenei. Alcuni riguardano le nuove possibilità di intervento sull’essere umano che la tecnologia biomedica offre; altri riguardano aspetti più propriamente giuridici, attinenti le scelte che gli esseri umani possono compiere in ordine alla propria esistenza biologica. Alcune questioni preesistevano (o potevano astrattamente preesistere) alle nuove tecniche biologiche (come quelle che riguardano la possibilità di scegliere su come disporre di sé), ma sono comunque fortemente segnate dal contesto attuale nel quale si pongono: per scegliere tra terapie diverse è necessario che esse siano disponibili; così come per rifiutare trattamenti salvavita è necessario che tali trattamenti esistano, entrambe condizioni che si danno solo negli ultimi decenni, e solo in una parte del mondo. Profili biologici e giuridici sono in una significativa e reciproca interazione. In alcuni casi, lo si vedrà più avanti, l’intreccio tra aspetti biologici e aspetti giuridici è tanto stretto da apparire inestricabile.

III) Frammentazione e ricomposizione della persona fisica

Si può, a questo punto, ritornare al passo di Kelsen dal quale siamo partiti e interrogarsi nuovamente sulla persona *fisica*.

Affrontiamo, **in primo luogo**, un profilo che si può dire *di contesto*. Per Kelsen la persona fisica vive e dipende totalmente dall'ordinamento. E si è visto come egli presupponga ordinamenti ognuno dei quali sia unificato da una norma fondamentale e sia ordinato secondo una stabile gerarchia facente capo a una norma.

Dagli anni Quaranta del Novecento ad oggi molto è accaduto, in tutti i campi del diritto, e molto è accaduto in quello delle applicazioni medico scientifiche sul corpo umano, anche in relazione al modo di produzione di norme. Nelle materie che riguardano le applicazioni scientifiche sul corpo umano, nei sistemi di *common law* come in quelli di *civil law*, la produzione giurisprudenziale di standard giuridici sembra *di fatto* funzionare meglio di quella legislativa nel rispondere a bisogni di regolazione altrimenti inevasi e mostra marcati segni di autonomia rispetto alle norme di produzione legislativa. In più, i giudici lavorano molto spesso *non su leggi, ma su standard giurisprudenziali, che, inoltre, si sono formati in mancanza di leggi specifiche e che hanno marcati caratteri transnazionali*. La creazione giurisprudenziale di norme è frutto *ora* del ricorso a principi generali *ora* della ricerca della regola del caso in precedenti anche di altri paesi (che è operazione problematica anche nella logica di *common law*!) e in norme sopranazionali, stratificate e eterogenee. Talora tende a presentarsi persino come un diritto giurisprudenziale che si colloca *direttamente* oltre la dimensione statale. Un diritto giurisprudenziale così costruito sembra, quindi, autonomizzarsi non solo dalla legge dello stato di appartenenza, ma anche dal contesto territoriale e ordinamentale nel quale operano i singoli giudici.

Il processo di creazione di norme si presenta come frutto del concorso tra partner di natura e livelli diversi: dalla giurisprudenza (dei singoli paesi, sovranazionale e transnazionale), alle convenzioni internazionali, alle costituzioni nazionali fino alle leggi ordinarie e alle fonti extragiuridiche (tecniche, deontologiche ecc.). A dispetto delle gerarchie formali delle fonti del diritto, ognuno di questi partner, quando opera sui temi di cui ci occupiamo, *concorre alla pari* o, comunque, secondo gerarchie che sono *diverse* da quelle formali e, in ogni caso, *mobili*, a seconda del problema da risolvere¹⁷. Per i diritti e le libertà individuali rispetto alle applicazioni scientifiche, il sistema complessivo delle fonti si presenta *plurale e mobile*, e i singoli ordinamenti appaiono esposti e permeabili alla eterointegrazione.

In definitiva, la diffusa mancanza di norme sostanziali e la libertà di cui (*di fatto* o secondo una generalissima norma procedurale?) i giudici godono nel ricostruire la regola del caso, attingendo a fonti extrastatali o sopranazionali, rendono difficile *sia* il perdurare di uno stabile ordine gerarchico delle norme *sia* il riferimento territoriale dello stesso diritto: il territorio dello stato non appare più la stabile *delimitazione*

¹⁷ per una trattazione più estesa di questi temi rinvio a due miei lavori: A.Santosuosso, "Giudici senza leggi: necessità o nuova prospettiva?", in A.Santosuosso- G.Gennari (a cura di), "Le questioni bioetiche ...*cit.*, pp.4-31; A.Santosuosso, "L'integrità della persona nell'ambito della medicina e della biologia: a proposito dell' art.3 della carta di Nizza", in Atti del Convegno *Giustizia e Carta europea*. Milano, 4 febbraio 2002, in corso di pubblicazione.

dell'attività di produzione di norme e della loro vigenza¹⁸. I rilievi che seguono, su la persona fisica, vanno considerati all'interno di questa realtà degli ordinamenti.

Il **secondo punto** che può essere considerato è quello del rapporto tra la dimensione biologica, fisiologica, naturale e la dimensione giuridica, che, per Kelsen, sono sempre nettamente distinguibili e depurabili dalle reciproche contaminazioni.

Si è visto sopra (paragrafo II, D) come la definizione legale di morte e l'accertamento della morte siano frutto di una complessa interazione tra (a) condizioni biologiche diverse (di cui alcune accadono solo oggi per effetto degli interventi rianimatori), (b) l'accreditamento giuridico di una di queste condizioni (morte cerebrale o morte per arresto cardiorespiratorio), (c) la possibilità offerta (o meno) ai singoli di scegliere quale criterio adottare per sé, e (d) l'effettivo esercizio di tale libertà. Inoltre, in un senso più ampio, si può dire che (e questa è un'ulteriore condizione) il modo e il quando si muore dipenda dalle scelte che ogni soggetto compie in ordine alle cure per la propria sopravvivenza in condizioni critiche.

Si consideri, poi, il caso dei *terzi non estranei* in genetica (paragrafo II, G). Che esistessero legami di tipo genetico tra gli appartenenti a una stessa linea di discendenza era chiaro da tempo immemorabile, ma è la realtà dei test genetici predittivi e presintomatici (così come la possibilità di interventi sul genoma coinvolgendo la linea germinale) a portare alla elaborazione (o, meglio, alla enunciazione) della categoria dei *terzi-non-estranei*. La particolarità di questa categoria sta nel fatto che essa non ha alcun senso per la sola biologia (essendo la vita tutta interrelata in modo più o meno diretto) e neanche per il solo diritto, posta la consolidata distinzione tra diretti interessati e terzi (cioè tutti gli altri, anche i familiari, nelle nostre società individualizzate). I *terzi-non-estranei* sono un chiaro esempio di relazione tra scienza e diritto, che appare inestricabile.

Nel caso della definizione di morte e dei *terzi-non-estranei* le singole derivazioni da elementi giuridici e scientifici possono essere riconoscibili, ma si presentano come non separabili, pena il venir meno di quelle entità concettuali. Si tratta di ibridi *scienza-diritto*, frutto di quella che Sheila Jasanoff ha chiamato co-produzione tra scienza e diritto, e che non preesistono a nessuno dei due (ulteriore esempio è quello dei brevetti di sequenze viventi)¹⁹. E, se ciò fosse vero, sarebbe messa in discussione la netta distinguibilità tra dimensione biologica, tra scienze della natura e diritto, e così anche l'affermazione, che è netta in Kelsen, secondo la quale la persona fisica *naturale* sia per intero appartenente al mondo della biologia e la persona fisica *giuridica* sia tutta appartenente al mondo del diritto.

Il **terzo punto** riguarda l'idea, che traspare in Kelsen, secondo la quale il diritto, rispetto al mondo della biologia, della fisiologia e delle scienze naturali, abbia una sorta di monopolio della normatività e, comunque, una posizione di preminenza. La questione si presenta particolarmente complessa. Come ho osservato in precedenti

¹⁸ “il territorio dello Stato non è affatto un'entità geografica naturale”, ma soltanto “la sfera territoriale di validità dell'ordinamento giuridico chiamato Stato” (Kelsen, *op.cit.*, p.212.). L'assonanza tra territorio entità geografica e persona fisica in senso naturalistico è evidente.

¹⁹ S.Jasanoff (1995), *Science at the Bar. Law, Science and Technology in America*, Harvard Un.Pr., Cambridge Ma. (ora in tr.it. *La scienza davanti ai giudici*, a cura di M. Tallacchini, Giuffrè, Milano 2001); M.Tallacchini, “La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto, in A.Santosuosso-G.Gennari, *op.cit.*, pp.126-137. Esistono anche altre forme di produzione di entità ad opera del diritto in cooperazione con altre discipline (basti pensare ai brevetti in generale o alle varie forme societarie in ambito economico). La particolarità sta probabilmente nel fatto che le entità co-prodotte di cui parla Sheila Jasanoff riguardano direttamente il vivente e il modo in cui definiamo un soggetto, un individuo o un essere vivente.

occasioni, oggi vi sono numerosi segni di tipo diverso, se non opposto, tanto che vi è chi pone in luce la pretesa della tecnica di ridurre il diritto a *tecnica distinta ma servente*.

Per il diritto nel suo complesso sembra persino porsi un problema di *secolarizzazione* verso il potere tecnico scientifico²⁰ e verso la razionalità scientifica, che si pone come una sorta di teologia laica. In altri termini, il diritto, che ha elaborato modi di regolazione dei rapporti (sempre delicati e aperti) con la morale, è ora in grado di regolare quelli con la scienza e le sue applicazioni?

I rapporti tra diritto e scienza possono essere visti anche in modo diverso: non è il diritto che subisce l'invasione delle pretese regolative della scienza e delle sue applicazioni, ma, all'opposto, è in atto un *crescente processo di regolazione giuridica della scienza*, che vede il diritto in una posizione invadente, come sarebbe dimostrato proprio dalla *creazione giuridica di entità scientifiche*, che si realizza nel sistema dei brevetti in campo biologico e nella definizione di morte. Si moltiplicano così i momenti di contaminazione, nei quali il diritto può divenire elemento coesistente nella definizione della conoscenza scientifica, che risulta, almeno in parte, socialmente costruita²¹.

Sulla questione, quanto mai aperta, mi limito a fare due soli rilievi. In primo luogo, una *maggiore presenza* del diritto nel campo della scienza non significa necessariamente *maggiore forza* del diritto, non potendo escludersi che il diritto possa, alla fine, risultare *servente*, anche quando la scienza e la tecnica sembrano subordinarsi ad esso, esigendo però definizioni e accreditamenti. In secondo luogo, sia che si ponga la questione in termini di secolarizzazione sia in termini di invadenza del diritto, si presuppone comunque che non vi sia (o, almeno, che vacilli) un monopolio della normatività da parte del diritto e si dubita che esso abbia una posizione di sicura preminenza.

Il **quarto**, e ultimo, punto da considerare è quello in cui Kelsen, posta la netta distinzione tra persona fisica *naturale* e persona fisica *giuridica*, afferma che la persona fisica *naturale* è la *delimitazione biologica* della persona fisica giuridica, presupponendo che vi sia coincidenza *spaziale* e *storica* tra la persona fisica *naturale*, come entità biologica, e l'ambito nel quale ricadono quei diritti e quei doveri che costituiscono la persona fisica *giuridica*. Ma, alla luce di quanto si è visto sopra, si può ancora dire che l'entità biologica naturale individuale, che è l'essere umano, costituisca una delimitazione *sicura* della persona fisica *giuridica*? E che l'espressione linguistica *persona fisica naturale* abbia un non equivoco corrispondente *naturale*, appunto?

Il quadro delineato sopra (vedi il paragrafo II) autorizza l'affermazione della *frammentazione* dell'individuo, ove lo si consideri come riferimento costitutivo e elemento di base delle nostre società. E se l'uomo entità biologica non costituisce più la delimitazione sicura nella quale ricadono l'insieme di diritti e di doveri che costituiscono la persona fisica giuridica, quale risposta può essere data al sempre valido interrogativo di Kelsen: *Quand'è che un complesso di doveri e diritti, un complesso di norme giuridiche, ha questo tipo di unità?*²² In altri termini, dissolto il

²⁰ sia consentito rinviare a A.Santosuoso (2001), *Corpo e libertà... cit.*

²¹ per una ricostruzione di queste reciproche relazioni vedi M.Tallacchini, *La costruzione...cit.*

²² il problema può astrattamente porsi anche per la *persona giuridica*, che, nella prospettiva kelseniana (vedi sopra), condivide con la *persona fisica* la giuridicità e l'artificialità. E infatti Kelsen bolla alla stessa maniera, come residui animistici, sia il riferimento all'essere umano per la persona fisica sia il riferimento all'*essere sovraumano* o al *superuomo* per la persona giuridica. Il problema della riduzione a unità ha, però, tratti diversi. Per Kelsen, la persona *fisica giuridica* (persona giuridica in senso ampio) è ridotta a unità dalla delimitazione costituita dall'essere umano biologico, mentre la

riferimento biologico, vi da chiedersi *chi* e *come* determina il *chi*, che unifica i diritti e i doveri della persona fisica *giuridica*.

Giunti a questo punto o si rinuncia all'idea che esista una *persona fisica naturale*, che valga in generale e che funzioni da centro di imputazione dei diritti e dei doveri che costituiscono la persona fisica *giuridica*, oppure bisogna dire che esistono molti modi possibili di *persone fisiche naturali*, e che ognuno di questi modi è frutto delle scelte liberamente fatte o anche delle scelte non fatte. Insomma, la persona fisica naturale potrebbe essere vista come una costruzione sociale, che si polarizza al livello della libertà del singolo, ed è quindi una costruzione, al tempo stesso, *giuridica* e *scientifica applicata*. L'unità "essere umano" si *ricompon*e solo a livello del singolo e in un dato momento, per effetto di una peculiare interazione tra interventi e definizioni tecnico-biologiche e scelte personali e giuridiche. In questo senso si può precisare l'affermazione secondo la quale "la libertà stessa non appare più come attributo di un individuo dato, nella sua corporeità e quindi sessualità, ma come criterio ordinatore, connettivo della individualità stessa nella sua estensione attuale e nella proiezione futura e passata, criterio capace di fissare i confini di tempo e di spazio e, perché no, di genere. La libertà quindi non è qualcosa che può esservi o no, ma diventa requisito imprescindibile senza del quale *non si dà neanche l'individuo*"²³.

Allo stato delle cose non pare sufficiente dire che l'affermazione *l'individuo ha l'attributo della libertà* deve leggersi come *l'individuo è libertà*. Non pare sufficiente per almeno un paio di motivi.

In primo luogo, perché questa libertà è, al tempo stesso, facoltà prevista dall'ordinamento e elemento costitutivo essenziale di quel centro (extragiuridico) al quale sono imputati i diritti e i doveri della persona fisica *giuridica*, centro senza del quale la persona fisica *giuridica* non ha più una delimitazione che la riduca a unità. La collocazione di questa libertà costitutiva della delimitazione della persona fisica naturale va risolta: essa o è estranea e preesistente all'ordinamento oppure, se è interna ad esso, è in una posizione necessariamente sovraordinata agli altri diritti e doveri, poiché costituisce il presupposto essenziale, senza del quale non si riescono a ridurre a unità e, quindi, neanche a concepire quei diritti e doveri nella loro connessione in una persona fisica *giuridica*. Una libertà del genere sembra presentarsi come una sorta di norma fondamentale (*grundnorm*) o, almeno, come un'autorità, che regola l'unità delle *persona fisica-ordinamento* e che, tra i suoi compiti, ha quello di rendere possibile il governo e la compatibilità delle diversità di cui siamo portatori. Ciò in quanto non solo siamo diversi uno dall'altro, ma lo siamo in modi molto diversi, che possono essere compresenti o succedersi anche all'interno di una stessa storia biologica²⁴.

In secondo luogo, perché l'affermazione *l'individuo è libertà* è esposta alla obiezione: libertà di *chi*? E esercitata da *chi*? Quesito al quale non può essere data una risposta del tipo *è libertà dell'individuo*, data l'evidente tautologia. Si può tentare una risposta spostando l'attenzione sullo sviluppo diacronico della storia

persona giuridica in senso stretto è ridotta a unità da un atto convenzionale, lo statuto. Secondo questo ordine di idee, oggi, che il riferimento biologico all'essere umano *non delimita* più, si dovrebbe giungere a una delimitazione convenzionale anche per la persona *giuridica*, attraverso uno statuto definito *all'interno* della stessa *persona fisica*. Il che è un ulteriore modo per giungere allo stesso risultato della *persona-fisica ordinamento* (vedi avanti nel testo).

²³ chiudevo così il mio *Corpo e libertà... cit.*

²⁴ A.Sen, in *Globalizzazione e libertà* (Mondadori, Milano 2002, p.52), sottolinea "l'inevitabile pluralità delle nostre identità". E' interessante notare il ricorso al possessivo *nostre*, che presuppone la risoluzione del problema *di chi?* e di *come ridotto/i a unità?* (altrimenti non si può usare il *nostre*), che è giusto il tema affrontato in questo scritto.

individuale: a) la persona fisica giuridica è *libertà presente*, idonea a modificare nel *futuro* (anche prossimo) gli stessi confini e la stessa delimitazione biologica che la unificano; b) la persona fisica naturale, o essere umano biologico, è invece il *prodotto storico* della libertà esercitata in passato, prodotto mai definitivo e suscettibile di divisioni e integrazioni. Si può dire quindi che il *chi* della libertà ordinatrice della persona fisica è, di necessità, un essere umano *dotato di piene facoltà intellettive, in un dato luogo e in un dato tempo* e, delimitato per effetto delle scelte, fatte e non fatte, e prossimo a nuove diverse delimitazioni biologiche: un “*chi*” *singolare e provvisorio*.

Per concludere ci si può chiedere quali rapporti intrattenga questa *persona fisica-ordinamento* con le altre persone con pari caratteristiche e con l’ordinamento generale nel quale si colloca, tenuto conto del carattere mobile e plurale che gli ordinamenti hanno (vedi, all’inizio di questo paragrafo, il *punto di contesto*). Se ogni *persona fisica*, unita secondo la sua *grundnorm*, è ordinamento, i rapporti tra le persone dovrebbero essere regolati da qualcosa somigliante al diritto internazionale. E, per altro verso, bisogna considerare che la permeabilità degli ordinamenti statali nazionali si può manifestare verso le fonti di altri paesi e sopranazionali, ma anche verso le *persone fisiche-ordinamento*, che, per certi versi, si pongono alla pari.

In questo scritto ho inteso semplicemente porre sul tappeto, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni punti che mi sono sembrati significativi delle difficoltà in cui versano alcune categorie del diritto ricevute dalla tradizione di fronte alle nuove applicazioni scientifiche in campo umano²⁵.

²⁵ Ringrazio Patrizia Borsellino, Gianluigi Palombella e Giancristoforo Turri per la disponibilità che hanno dimostrato nel leggere una prima versione di questo lavoro e per i loro preziosi commenti e suggerimenti. E’ inutile dire che la responsabilità di questo scritto rimane totalmente mia.