VALORI ETICI E PRINCIPIO DI MAGGIORANZA*

AUGUSTO BARBERA**
STEFANO CECCANTI***

1. Un tema (ancora una volta) attuale

Sempre più i legislatori sono impegnati su temi "eticamente sensibili". Temi che riguardano la vita (quando essa ha inizio? Esiste un diritto alla vita dell'embrione?) o che riguardano la morte (esiste un diritto a darsi la morte? E' lecita l'eutanasia? Fino a che punto può spingersi l'accanimento terapeutico? È consentito il testamento biologico?) o che concernono la sessualità (riconoscere le unioni omosessuali?) o la generazione (quali i limiti al diritto alla procreazione?) o l'uso del proprio corpo (fino a che punto sono ammissibili le mutilazioni genitali?) o i propri stili di vita (drogarsi o prostituirsi è espressione di un diritto di libertà?).

Raramente questi temi trovano spazio nei classici recinti del diritto costituzionale e solo da qualche anno appaiono qua e là introdotti da dichiarazioni internazionali o da caute decisioni della Corte europea dei diritti e di altre Corti internazionali. Non infrequente è l'assunzione di questi temi nell'ambito del diritto costituzionale attraverso un'attività interpretativa evolutiva delle vigenti norme costituzionali.

Il legislatore ordinario, in vari Stati, sia pure con atteggiamento spesso sperimentale, sta occupando progressivamente tale campo, ma si tratta di temi che involgono la sfera (materiale) del diritto costituzionale. Non sempre la loro disciplina tocca norme formalmente costituzionali ed è (sempre formalmente) possibile la loro disciplina con legge ordinaria, ma esse richiedono regole comuni. Lo dimostrano le convergenze e le maggioranze trasversali che su queste regolazioni si formano nei Parlamenti e il ricorso, sempre più frequente, alle consultazioni referendarie per la loro approvazione o la loro conferma. Ma quale il fondamento di queste regole comuni?

---

* Una versione, in parte diversa, di questo scritto è stata anticipata sulla Rivista "Atlantide, n.3 del 2005.

** Augusto Barbera è Professore di diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna e direttore della Rivista "Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale" edita da "Il Mulino".

*** Stefano Ceccanti è Professore di diritto costituzionale italiano e comparato nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

2. Il tormentato rapporto fra diritto ed etica

Tale domanda è un interrogativo classico della riflessione sulle democrazie pluraliste e rinvia al rapporto tormentato fra etica e diritto. Il richiamo al diritto naturale come freno al diritto positivo ha una tradizione plurisecolare mentre l'accesso al potere, nel rispetto delle regole democratiche, di formazioni politiche che hanno poi portato ad una fuoriuscita dalla democrazia, ha rilanciato nel secolo scorso in modo stringente il tema dei limiti allle stesse libertà. Non a caso nella sua meditazione sui rischi di un totalitarismo subdolo, che può nascondersi per lunghi periodi sotto il rispetto formale per la democrazia, Giovanni Paolo II, nel suo ultimo volume "Memoria e identità", si concentra sulle modalità di accesso al potere di Adolf Hitler per argomentare sulla fallibilità di elettorati e Parlamenti.

Tale tradizione, come è noto, sembrava definitivamente messa da parte con il prevalere delle concezioni positivistiche — secondo il noto assunto di Hans Kelsen — circa l'indifferenza che la scienza giuridica deve mostrare in ordine ai contenuti del diritto. Gli orrori del nazismo e del totalitarismo hanno frenato la sicurezza dei positivisti. Significativo al riguardo il mutamento di opinione di quanti si erano formati nella Heidelberg neokantiana ("relativisti in etica e socialdemocratici in politica", secondo la felice sintesi di Alessandro Baratta) e dovettero assistere al crollo di Weimar prima e alle tragedie dell'Olocausto dopo: fra questi, in primo piano, Gustav Radbruch (era stato Ministro della Giustizia nel Governo di Weimar), che negli scritti successivi al conflitto mondiale rivede le opinioni "relativiste" formulate negli anni trenta e riscopre il diritto naturale. E anche quanti non accettano una concezione del diritto naturale come "sistema sovralegale" e ritengono che il diritto debba essere immerso nella storia cercano di sottrarsi alle chiusure del positivismo attraverso la considerazione attenta dei punti di intersezione fra diritto e morale, facendo riferimento al "contenuto minimo del diritto" (Herbert Hart), o, con più determinazione ancora, facendo riferimento ai principi che comunque consentano la "Morality of Law" (Lon Fuller).

In quest'ottica la tutela e il riconoscimento delle libertà, dei singoli e delle formazioni sociali, rappresentano la condizione minima per la moralità stessa del diritto. Con i diritti di libertà è stata costretta a fare i conti, dopo la condanna del Sillabo, la stessa dottrina cattolica, dando vita, soprattutto con i documenti del Concilio Vaticano II, a partire dalla dichiarazione conciliare sulla libertà religiosa ("Dignitatis humanae"), ad una sintesi che costituisce la parte più viva della tradizione europea, le cui "radici" si alimentano delle conquiste illuministe innestate sul personalismo cristiano (a questa sintesi si alimenta John Finnis nella cui opera —

così importante nella scienza giuridica odierna — ha un rilievo centrale il concetto di "bene comune").

Del resto alla purificazione reciproca tra fede e ragione anche sul terreno del diritto è dedicato il celebre confronto svolto tra l'allora cardinale Joseph Ratzinger e il filosofo Jurgen Habermas, nel quale il primo ammette che "con la vittoria della teoria dell'evoluzione… che oggi in larga misura sembra incontrovertibile" il richiamo tradizionale al diritto naturale "purtroppo risulta spuntato" perché è ormai evidente che "la natura come tale…non è razionale".

E' altresì evidente che questo scambio fecondo, che non esclude singoli conflitti anche aspri, è però possibile nel quadro della Rivelazione così come è interpretata dalla Chiese cristiane e in ampia parte dell'ebraismo, in cui il Libro scritto è comunque soggetto a un'interpretazione delle chiese stesse e dei singoli, senza essere im-mediatamente fonte del diritto. Un rapporto così fatto con la fede religiosa ha consentito (o non ostacolato) l'evoluzione in senso liberaldemocratico del costituzionalismo occidentale. La questione è più problematica per taluni Paesi a maggioranza islamica in cui tendono a prevalere concezioni che rinvengono nel Corano la parola di Dio pronunciata *sine glossa*. Un conto è la fede in una Persona, narrata dai Vangeli e autenticata da una Chiesa ovvero,nella versione protestante, affidata al libero esame dei fedeli (il Cristianesimo), o la fede in un'alleanza tra Dio e l''uomo narrata dalle Scritture e rivissuta nel rito (l'Ebraismo), un altro è una fede che fa tutt'uno con la Parola scritta (Ferrari). Se Dio parla direttamente, se possiamo conoscere e afferrare la sua parola, da lì discendono im-mediatamente norme giuridiche a contenuto vincolato (in tal senso le Costituzioni della gran parte delle Costituzioni islamiche). Non mancano certo tentativi pragmatici di risolvere la questione, come in alcuni Paesi arabi e islamici che (buon ultimo la Costituzione dell'Irak) definiscono la Legge islamica come "una delle fonti del diritto" e il maggiori dialogo reciproco tra le tradizioni giuridiche e religiose può aiutare tutti a superare chiusure e rischi di fondamentalismo che albergano in qualsiasi scelta religiosa, a-religiosa, ir-religiosa, ma il problema nell'area islamica non ha ancora trovato una stabile sistematizzazione nel segno della distinzione tra Rivelazione e diritto, tra dono di Dio e diritti e libertà dell'uomo.

3. I confini delle libertà

Ma quali sono i confini delle libertà? Sul punto la letteratura giuridica procede a "vista" senza una visione di insieme e sostanzialmente adagiandosi sul principio liberale della "non interferenza". Mettendo insieme Isaiah Berlin, Bentham e Stuart Mill, le libertà sono viste

essenzialmente come "libertà da" (o in una versione più *liberal* in "libertà di"). Secondo questa concezione l'unico limite che esse possono trovare deriva dalla tutela delle altrui libertà.

Al di fuori di questo limite — viene precisato — la politica e il diritto devono arretrare rispetto alla sovranità e autonomia dell'individuo, cui spetta ogni valutazione sulla moralità della propria azione. Di conseguenza la libertà individuale — secondo questa concezione — non potrebbe sopportare limiti in nome di principi riferiti all'etica pubblica, comunque intesa. Gli orrori del totalitarismo, se in alcuni ambienti di dottrina portano alla riscoperta dei diritti naturali quale limite al potere pubblico, in altri accentuano l'ulteriore ripulsa verso limiti ai diritti dell'individuo che possano fare pensare a concezioni proprie dello "Stato etico". E anzi vi è chi propugna, come alternativa, lo "Stato minimo" (Nozick). Compito della politica — e delle maggioranze — è assicurare il libero dispiegarsi delle inclinazioni individuali (Hayeck) e se mai assicurare che siano garantite pari opportunità secondo principi di giustizia (Rawls).

E' la concezione "neutrale" dello Stato e del diritto, definita anche "antiperfezionista", non sempre abbracciata teoricamente, ma largamente presente nelle posizioni anche di giuristi di altra matrice culturale. Come sia possibile allo Stato essere neutrale rispetto alle varie concezioni del bene presenti in una società non è dimostrato, né teoricamente né empiricamente (Elisabetta Galeotti), ma a noi qui preme sottolineare che tale concezione non è presente nei testi costituzionali (e nella lettura operata dalle Corti costituzionali) né nelle dichiarazioni internazionali dei diritti (pensiamo alla lettura operata dalla Corte europea dei diritti) che tutte prevedono il bilanciamento delle libertà non solo con altre libertà, ma anche con altri valori costituzionali ugualmente meritevoli di tutela. Del resto, come nota Gustavo Gozzi, "la neutralità dello Stato presenta due aspetti" che possono entrare in collisione tra di loro: da un lato quello negativo, di "non identificazione" con alcuna realtà particolare, dall'altro quello attivo "dello Stato che interviene e che deve assicurare ai cittadini la possibilità di manifestare liberamente le proprie convinzioni".

In assenza di valori espressamente previsti dalle norme costituzionali i costituzionalisti rimangono spesso privi di punti di riferimento e non sempre sanno rispondere alle seguenti domande: esiste il diritto a porre fine alla propria vita? Esiste un diritto a drogarsi? Fino a che punto può essere riconosciuto un diritto a disporre del proprio corpo? La prostituzione va solo tollerata (o repressa) o è esercizio di un diritto di libertà? Va riconosciuto a donne adulte il diritto alla pratica tribale della mutilazione genitale?

E se si tratta di diritti di libertà non solo questi comportamenti non possono essere puniti, ma soprattutto non si possono porre limiti a chi agevola l'esercizio di dette libertà.

Significativa al riguarda quella dottrina penalistica che ritiene incostituzionale la norma che punisce l'aiuto al suicido (e legittime solo le norme che puniscono l'istigazione al suicidio).

Il richiamo alla libertà individuale e all'assenza, nell'esercizio di tali libertà, di lesioni ad altre libertà induce a risposte impacciate o pasticciate. Eppure ben pochi, in nome dell'autonomia individuale, sono pronti a sostenere che è proprio di uno Stato etico imporre l'uso del casco o della cintura di sicurezza durante la guida (o a guidare in Lexington Avenue, aggiunge Ronald Dworkin). Ma vi è anche chi sostiene, in nome di un fondamentalismo liberale, che tali limiti sarebbero inammissibili perché volti a tutelare non altrui libertà, ma lo stesso soggetto obbligato cui spetterebbe decidere se drogarsi o se portare il casco.

E' appena il caso di ricordare — per sottolineare come la multiculturizzazione delle nostre società renda ancora più complessi i problemi — che imporre l'uso del casco ai motociclisti Sikh ha posto un problema al legislatore del Regno Unito (che li ha esentati) e la banale libertà di indossare gli indumenti preferiti trova un limite nelle scuole francesi (divieto di portare il velo) o in tutti i luoghi pubblici in determinati paesi arabi (obbligo di indossare il velo).

Fino a che si rimane nell'ambito della concezione liberale della "libertà da" non è possibile una risposta articolata a domande così impegnative, mentre ci aiuterebbe una concezione dell'individuo come persona capace di un agire finalizzato, cui spetta una "libertà per" (Fuller). Ma in questo caso entreremmo in una assai difficile valutazione del fondamento dell'"agire finalizzato". Esso richiede al legislatore il difficile compito di rappresentare una comunanza di valori che spesso le società pluralistiche non consentono di enucleare. I problemi nascono dal fatto che spesso manca alla comunità statale (anche a quelle più omogenee) un parametro comune su questi temi.

Un parametro comune è invece possibile rinvenire all'interno di sistemi ideologici, siano essi religiosi, dottrinari, politico-movimentisti, vale a dire all'interno di ordinamenti parziali. Persino ciò che era comune qualche decennio fa — ad esempio il concetto di famiglia "naturale" nella Costituzione italiana — viene messo in discussione, ad esempio, per ciò che riguarda le convivenze etero od omosessuali.

Ancor più di fronte al mistero della vita nessuno possiede la piena comprensione della verità (una verità acquisita con gli strumenti della scienza), ma si contrappongono fedi diverse, o laiche o religiose. E non potrebbe essere diversamente laddove la scienza non è in grado di dare tutte le risposte necessarie. Lo abbiamo visto nel recente dibattito che ha accompagnato in Italia il referendum sulla fecondazione medicalmente assistita: per una parte degli scienzati

bisogna distinguere fra ootidi, zigoti e prezigoti, atteso che solo al quattrdicesimo giorno si ha la formazione della prima cellula nervosa, e fra le stesse grandi religioni monoteiste non vi è concordanza sulla dignità dell'embrione (fin dal primo istante per la dottrina cattolica, più processuale la visione delle Chiese evangeliche, dal quarantesimo giorno per ebrei e musulmani).

Se queste concezioni non possono costituire un "bene comune"a tutte le componenti della società, bisogna trarne una conseguenza: salvare, nel dibattito su questi temi e nella conseguente disciplina normativa, ciò che invece bene comune è, vale a dire il pluralismo di dottrine, di idee, di stili di vita. E questo — a noi pare — è compito alto della politica.

4. I confini del principio di maggioranza

Pluralismo non significa necessariamente relativismo, eclettismo, indifferentismo, ma coesistenza di verità parziali, o, se si preferisce, di parziali comprensioni della verità, dialogo continuo fra posizioni etiche diverse. Significa sapere che nessuno deve pretendere di possedere le chiavi per una verità certa e condivisa e che quindi tutte le percezioni della verità sono necessariamente parziali. Su questo, del resto, si fonda il costituzionalismo liberaldemocratico (che nelle sue posizioni più mature non considera verità assoluta neanche le concezioni liberalradicali della libertà individuale).

Se così è, l'unico modo per salvare i valori comuni è, per il costituzionalismo liberaldemocratico, il principio di maggioranza: affidare in altre parole la decisione (allorché non è possibile il ricorso all'unanimità) non alla *sanior pars* ma alla *maior pars*. Non a chi, in forza di un'autorità, è in possesso di una verità assoluta ma all'esito di un confronto (libero dibattito pubblico e successiva conta egualitaria delle opinioni) fra chi è portatore di verità parziali.

Siamo pronti a riconoscere questa conclusione, ovvia — a noi pare, almeno in primissima istanza — per il costituzionalismo liberaldemocratico? La vicenda italiana relativa alla legge sulla fecondazione assistita — messa in discussione nella primavera 2005 da un referendum abrogativo — dimostra che la risposta non è così scontata se, da opposte sponde, da una parte vi è chi ha contestato il potere del Parlamento (e quindi alla *maior pars)* di porre limiti al diritto alla procreazione (con ogni mezzo, anche l' eterologa) e dall'altra chi ha contestato e impedito al popolo sovrano (alla *maior pars* anche qui) di potere votare su temi attinenti ai diritti dell'embrione. Da una parte un certo fondamentalismo libertario ha contestato i limiti individuati dal legislatore (alcuni ragionevoli accanto ad altri discutibili),

dall'altro irragionevoli posizioni ostruzionistiche della Conferenza episcopale hanno portato a contestare la consultazione referendaria facendo mancare il *quorum* necessario per la validità della consultazione stessa.

Ma attenzione — come diremo più avanti — la delicatezza della materia trattata, relativa a valori essenziali per la comunità, non significa che le varie maggioranze possono annullare completamente le ragioni dell'altro, a cominciare appunto dai valori di libertà e di uguaglianza su cui si basa il principio di maggioranza stesso. Con ciò peraltro trascurando che il principio di maggioranza può funzionare bene solo ove abbia a supporto alcune invarianti (come la condivisione dei valori costituzionali) e alcune aree di collaborazione in materie che toccano le fondamenta del vivere civile.

La domanda principale è dunque la seguente: quali sono i limiti che si possono opporre al legislatore e, quindi, all'applicazione del principio di maggioranza?

Tali questioni specifiche della transizione italiana, a ben vedere, non sono altro che applicazioni particolari degli interrogativi permanenti sui limiti al principio di maggioranza che riguardano tutte le democrazie dell'Occidente. Non aggiungono nessun ulteriore problema teorico, anche se forse dovrebbero indurre nel nostro contesto a una maggiore saggezza pratica per favorire un bipolarismo maturo che altrove è prodotto più "naturale" della storia e della cultura politica.

Il primo problema da affrontare al riguardo è la distinzione tra i punti di vista particolari di singoli e gruppi rispetto ai valori incorporati nell'ordinamento dello Stato. Il tema non è nuovo, ma è reso più acuto dalle nuove domande della società e dal loro impatto in società multiculturali in cui si perde progressivamente una omogeneità di fondo e sono destinate a coesistere più culture e più tradizioni.

5. Né confessionalismo né "laicismo di Stato"

Secondo il costituzionalismo occidentale, nei suoi filoni più condivisi, il punto di vista dell'ordinamento giuridico non può coincidere con un punto di vista particolare, neanche con quello che si rivelasse eventualmente largamente maggioritario (ad esempio con un confessionalismo di Stato), né esso può consistere nella mera sovrapposizione o collazione di punti vista di comunità o gruppi fra loro non comunicanti. Nel primo caso cadremmo in un anacronistico "confessionalismo di Stato" incompatibile con il moderno costituzionalismo; nel secondo caso verseremmo in una sorta di "neo-feudalesimo" che negherebbe lo Stato). Né l'ordinamento giuridico può diffidare del pluralismo a tal punto da considerare irrilevanti i

punti di vista particolari e da ritenere che entro lo spazio pubblico debba imporre un'identità propria , totalmente "neutralizzata", che rigetti nel privato ogni appartenenza parziale. In quest'ultimo senso, ad esempio, alcuni filoni del costituzionalismo francese che negano il valore dei corpi intermedi e vorrebbero affermare un "laicismo di Stato" (come dimostra la vicenda recente della proibizione del velo islamico e di altri segni religiosi nelle scuole).

E' significativo, peraltro, a quest'ultimo proposito, che ancora in questi mesi le opere che escono in Francia per il centenario della legge di separazione tra lo Stato e le confessioni religiose rilevino distanze interpretative abissali: a chi, come Henri Pena-Ruiz, sostiene ancora oggi che la laicità consisterebbe nel mero confinamento della religione ad "affare privato" e che si tratterebbe di eliminare la legge Debré che inserisce le scuole private nel sistema scolastico pubblico risponde il più equilibrato Jean Bauberot. Quest'ultimo segnala che la separazione tra Stato e Chiese non può essere anche una separazione con la società, dato che "l'universale di una democrazia laica si costruisce a partire dalla parte di universale propria ai diversi sistemi di pensiero, alle diverse culture e civiltà… dal confronto e dal dibattito tra essi… non c'è un universale precostituito, esso è sempre in divenire".

Per i singoli e per i gruppi — credenti e non credenti — può ben esistere una Verità (un fondamento dei fondamenti) che spiega l'insieme, fermo restando che l'umiltà di ciascuno (singolo o gruppo) dovrebbe poi portarlo a non ritenersi in grado di coglierla da solo, in modo autosufficiente, ma solo in relazione all'altro. Le indubbie radici cristiane della convivenza europea-occidentale, nella loro eredità più profonda e vitale, non consistono forse nell'accettazione della verità in relazione costitutiva col pluralismo? A questo del resto pensavano quanti — a torto o a ragione — intendevano inserire il riferimento a tali radici nel preambolo della Costituzione europea.

Ferma restando la distinzione di piani con l'ordinamento nel suo complesso, di cui si parlerà tra breve, è difficile immaginare un ordinamento pienamente rispettoso del pluralismo (e quindi che non ammette una Verità di Stato) se esso poggia su una società in cui i singoli e i gruppi ritengono di possedere pienamente da soli un'unica Verità, fatalmente diversa da quella affermata dagli ulteriori singoli e gruppi (su questo si veda in particolare il dibattito teologico-giuridico di più decenni tra Erik Peterson e Carl Schmitt).

Se dal punto di vista dei singoli e dei gruppi la questione è comunque molto aperta e affermazioni molto assertive di identità, entro certi limiti, non costituiscono un problema insolubile, dal punto di vista complessivo dell'ordinamento costituzionale va invece affermato in modo netto, come patrimonio tendenzialmente universale, che nessun organo o autorità,

neanche una maggioranza, può affermare che esista una Verità assoluta rispetto a cui porsi come interprete univoco.

Ogni volta che si fa riferimento a princìpi, verità che trascendono le scelte contingenti, come ad esempio il richiamo dell' articolo 2 della Costituzione italiana alla Repubblica che "riconosce" (e non "determina", i diritti) — ma una riflessione analoga potrebbe farsi in riferimento ad altre Costituzioni- ciò è pensato e va interpretato per relativizzare le scelte della politica, per richiamare a limiti che altri (a cominciare dalle Corti costituzionali) faranno valere nel sistema, senza che nessuno possa esprimersi come l'interprete unico e indiscusso di quei richiami.

Da questo punto di vista è bene osservare che dalle Costituzioni del secondo dopoguerra non si può più impostare la critica sui rischi di una "maggioranza onnipotente" come se esse non si fossero poste quel problema: i richiami a valori costituzionali, l'istituzione di contropoteri atti a farli valere, il collegamento con organizzazioni e Corti sopranazionali, sono già state una prima parziale risposta a quelle esigenze, che sarebbe ingiusto ignorare. Altrimenti vi è il rischio che la sana polemica anti-relativista possa convertirsi, anche non volendo, in una polemica anti-pluralista che immagina di far ricorso nello spazio pubblico a una Verità unica che esso dovrebbe far propria.

Come ha scritto uno dei maggiori autori della Costituzione spagnola, Gregorio Peces-Barba, da sempre a cavallo tra pensiero cristiano e laico, tra Maritain e Bobbio, "secondo la democrazia nessuna posizione può, se trionfa a maggioranza, attribuirsi il fatto di esprimere l'unica verità. Questo punto di vista, che potremmo chiamare di positivismo ideologico, è incompatibile con uno degli elementi essenziali della democrazia, che è il pluralismo. Però è ugualmente sbagliato pensare che la verità possa provenire da una minoranza religiosa o filosofica che per il fatto di ritenere di esprimere il monopolio della verità possa imporsi alla maggioranza".

Se vogliamo quindi dare una risposta (non facile) alla domanda sui fondamenti che legittimano il principio di maggioranza e, nello stesso tempo, lo delimitano, possiamo dire che essi vanno scoperti nello stesso ordinamento giuridico perché, come per i diritti di cui parlano le Costituzioni dell'occidente, è l'ordinamento che li fa propri come tali (e questa è la verità parziale che ci proviene dal positivismo giuridico), ma ciò non di meno l'ordinamento non opera in un vuoto, in assenza di persone, di gruppi, di un'eredità storico-culturale. Nel modo di recepirli e di farli valere attraverso vari organi e livelli che si equilibrano tra loro (anche al di sopra dello Stato nazionale) l'ordinamento positivo è cosciente di dover soggiacere a

penetranti limiti perché quei fondamenti in larga parte gli preesistono (e questa è la verità parziale che ci proviene dai filoni giusnaturalistici).

Si tratta quindi di fondamenti che in parte preesistono e in parte devono essere riconosciuti e da qui derivano i nostri problemi.

6. Un "bipolarismo etico" da evitare

L'ordinamento nel suo complesso attinge pertanto alle varie fonti di valore, di legittimazione, senza mettersi in alternativa ad esse, e cerca di metterle in comunicazione dentro un sistema di regole, di cui la principale — come dicevamo — è il principio di maggioranza, applicata ai vari livelli, soprattutto nei Parlamenti nazionali (ma anche — allorchè operano anche strumenti di democrazia diretta — nella deliberazione collettiva degli elettori).

In che rapporto sta tale regola rispetto a quei fondamenti, soprattutto rispetto alle leggi eticamente sensibili?

Le maggioranze possono decidere (anzi talvolta devono farlo) ma sapendo che su questi temi — proprio perché di valore materialmente costituzionale — devono non sacrificare completamente le ragioni dell'altro, ma cercare un bilanciamento fra valori, un equilibrio di soluzioni, avendo di mira la coesione, non la contrapposizione, il compromesso fra concezioni etiche diverse, non la vittoria dell'una sull'altra (le vittorie in questo campo sono affidate, se mai, alla storia non alle sole armi del diritto). Se il principio di maggioranza non fosse così mitigato, l'alternarsi delle maggioranze porterebbe un'inammissibile alternarsi delle discipline su materie che invece richiedono una tendenziale stabilità (come dicevamo, un "bipolarismo etico").

Si tratta quindi del terreno su cui il Parlamento, se vi riesce, può sensatamente riaffermare una sua centralità qualitativa. Come può avvenire ciò?

In diversi Paesi, e l'Italia fra questi, come reazione a identità ideologiche ormai illanguiditesi, opera la tendenza a ripararsi dietro l'idea del "voto di coscienza", della libera decisione di ciascun parlamentare (operando riconoscimenti anche formali nei regolamenti dei gruppi parlamentari), ma si tratta di una linea di per sé non suscettibile — a noi pare — di condurre a larghe e meditate convergenze. E' vero che su queste materie i singoli parlamentari devono avere un margine di scelta maggiore rispetto alle materie legate all' indirizzo politico di maggioranza, ma ciò non deve impedire che i gruppi parlamentari e le coalizioni non debbano avere una linea su di esse. Anzi la libertà di coscienza dei parlamentari arricchisce l'istituzione

parlamentare, come legittimazione e come esiti nella costruzione di una decisione, se sfocia anche in un dissenso rispetto ad una linea che c'è, non rispetto ad un'assenza di linee. Quest'ultima, infatti, ben difficilmente potrebbe portare a leggi ragionevoli e con ampi consensi per il mero aggregarsi di scelte di singoli, in modo atomistico. Potrebbe invece più probabilmente portare, nell'assenza di un ruolo unificante delle forze politiche, a scontri traversali tra maggioranze ristrette che farebbero riferimento ad appartenenze esterne al Parlamento, ad una sorta di vincolo di mandato con Chiese, logge, lobbies.

Il nostro problema non è infatti solo quello di evitare che il bipolarismo maggioranza-opposizione si estenda indebitamente alle leggi eticamente sensibili, ma anche quello di evitare altri bipolarismi non meno laceranti, come quello fra clericali e laicisti o tra proibizionisti assoluti e libertari senza limiti.

Questo è ancor più vero nei Paesi retti da regimi presidenziali (sia del Nord che del Sudamerica) dove la separazione dei poteri tipica di quella forma di governo rende più netta la distinzione tra esecutivo e legislativo e meno rilevante quello tra maggioranza e l'opposizione come nelle forme parlamentari europee.

I Parlamenti dovrebbero in altri termini funzionare su questi temi come moderatori delle varie posizioni (talvolta conflittuali) presenti nella società, scoprendo e ricostruendo i fondamenti comuni, sull' equilibrato esempio della legge francese sui Pacs, votata dall'ottanta per cento dell'Assemblea Nazionale e che ha mostrato di resistere bene all'alternanza politica successiva e non sul lacerante esempio spagnolo della legge sul matrimonio omosessuale.

Accanto a questo ruolo dei Parlamenti resta poi preziosa la funzione dell'altro moderatore istituzionale del bipolarismo, le Corti costituzionali, chiamate ad espungere quelle soluzioni estreme su tali temi che vadano al di là della banda di oscillazione consentita dalle costituzioni ispirate ai principi del costituzionalismo liberaldemocratico. Paradossalmente proprio coloro che in alcuni ordinamenti criticano il principio di maggioranza in nome di visioni 'forti' contestano o ignorano il ruolo di freno assunto da tali Corti che hanno spesso posto forti limiti al principio di maggioranza. Ad esempio molti esponenti cattolici che a proposito del recente referendum sulla procreazione hanno criticato in Italia il ricorso al principio di maggioranza e che nel contempo hanno idealizzato l'apertura nordamericana al rilievo pubblico delle religioni trascurano di ricordare che la giurisprudenza della Corte suprema americana è stata molto rigorosa, anche negli ultimi anni, nel far rispettare il jeffersoniano muro di separazione tra lo Stato e le Chiese e che per questo la Corte è criticata da molti cristiani "reborn" che vorrebbero far intervenire a proprio sostegno la maggioranza

parlamentare oggi ad essi omogenea. Anche la sentenza della Corte tedesca che ha messo in discussione la presenza del crocifisso dalle scuole della Baviera è stata criticata da molti cattolici bavaresi che avrebbero voluto mantenere la normativa ad essi più favorevole e che hanno anche organizzato manifestazioni di piazza contro la sentenza (aprendo un grande dibattito sulla "crisi di autorità della Corte") prima che il Parlamento non producesse un ragionevole compromesso consentendo la rimozione del crocifisso solo in alcuni casi particolari.

Come dimostra tale vicenda, i due ruoli, quello dei Parlamenti e quello delle Corti, restano diversi e solo un buon funzionamento in questa chiave dei primi, senza inerzie o colpi di maggioranza, consente alle Corti che il loro intervento non possa venir in alcun modo sospettato di indebita supplenza o di sconfessione politica della maggioranza *pro tempore*.

E non è da escludere la funzione dello stesso corpo elettorale, cui non può essere chiesto , nei sistemi che prevedono il ricorso ai referendum, né di più né di meno di ciò che è richiesto ai rappresentanti in Parlamento. Non vogliamo ripercorrere le polemiche che hanno accompagnato in Italia l'invito dei Vescovi all'astensione in occasione della legge sulla fecondazione assistita, ma ci limitiamo ad un esperimento mentale per riassumere un tema che richiederebbe ben altro spazio: se una maggioranza radicale seguisse in Italia la strada spagnola del matrimonio omosessuale sarebbe consentito al popolo di esprimersi con un referendum abrogativo? E sarebbe politicamente corretto che quella maggioranza parlamentare invitasse all'astensione dal voto?

Abbiamo già in precedenza sottolineato che la distinzione dei piani tra persone e gruppi da un lato e ordinamento giuridico dall'altro non è una separazione assoluta. I Parlamenti, chiamati ad operare nella logica complessiva dell'ordinamento, sono alla cerniera con le preferenze dei singoli e dei gruppi. E' pertanto inevitabile che risentano proficuamente dei conflitti che una società produce rispetto alle interpretazioni dei fondamenti comuni.Tuttavia, se siamo interessati a una tenuta complessiva del sistema, ad una possibile convivenza, anche nei gruppi sociali, al fine di supportare gli eletti in tale delicato ruolo, deve farsi strada, a fianco delle proprie marcate preferenze, la consapevolezza del ruolo specifico di chi pone in essere norme vincolanti per tutti e deve fare riferimento non solo alle proprie convinzioni, ma deve tenere conto del dovere di assicurare una coesistenza dei vari punti di vista. Anche qui può segnalarsi per chi, investito di un mandato parlamentare, è chiamato a legiferare la distinzione weberiana fra etica dei "principi" ed etica della "responsabilità".

Non può pertanto essere affidato ai soli Parlamenti, ma deve essere largamente condiviso, il triplice senso delle mediazioni da costruire: a) quello orizzontale di ricerca di intese tra gruppi sociali e politici diversi; b) quello verticale di rapporto tra fini da tutelare e mezzi con cui farli valere; c) quello trasversale di un bilanciamento tra valori, diritti e interessi diversi che quasi sempre sono in gioco nella stessa normativa su tutti i temi eticamente sensibili, nessuno escluso: è raro imbattersi nella scelta tra un valore, un diritto o un interesse da un lato e il nulla dall'altra, quasi sempre il dilemma reale è dove porsi in un *continuum* ideale tra esigenze diverse, ad esempio tra tutela della vita di un soggetto e tutela della salute dell'altro, entrambi meritevoli di tutela.

In alcuni momenti particolarmente delicati è comprensibile che le confessioni religiose presentino le proprie posizioni su alcuni temi come non negoziabili, rigidamente vincolanti per i propri fedeli ma anche per gli eletti, con una sorta di mandato imperativo. Tuttavia è importante uno sguardo più ampio e di lungo periodo, come quello della Dichiarazione dell'episcopato francese del 15 giugno 2005 per la ricorrenza del centenario della legge di separazione tra Chiesa e Stato, dove la laicità "sana e legittima" (secondo l'espressione classica di Pio XII) è identificata "per natura e per definizione" come "pluralità e diversità" anche di "regimi giuridici" possibili e dove l'azione della Chiesa dentro tale laicità è identificata non per temi o per luoghi, ma sulla base di uno stile, quello di "contribuire a promuovere la dignità integrale di ogni persona umana nella nostra vita sociale, così come la pace e la giustizia".

Questo pare essere il linguaggio più promettente per non opporre fondamenti e convivenza, termini che spesso vengono vissuti come erroneamente incompatibili. Si può forse obiettare che questo modo di vivere i fondamenti nella convivenza, di metterli in comunicazione, sia troppo debole per motivare l'impegno di chi porta con sé grandi motivazioni ideali, offra cioè uno sguardo troppo disincantato sugli spazi offerti dalla democrazia pluralista per un impegno appassionato. Ma un grande filosofo tedesco, Paul-Louis Landsberg, che era fuggito dalla Germania nel 1933 all'avvento del nazismo e che sarebbe scomparso nel 1944 nel lager di Orianenbourg, scrisse nel 1937, ispirando in modo decisivo la nozione di "engagement" del personalista cristiano Emmanuel Mounier e testimoniando in prima persona il valore delle sue riflessioni: "Non c'è un'azione concretamente storica senza una certa decisione per una causa imperfetta… E' difficile decidersi per una causa imperfetta… ma il valore di un impegno consiste in gran parte nella coesistenza e nella tensione produttiva tra l'imperfezione della causa e il carattere definitivo dell'impegno. E' attraverso una tale coscienza dell'imperfezione che la Fedeltà a una causa si troverà preservata da ogni fanatismo, cioè da ogni convinzione di vivere in possesso di una verità assoluta e integrale".

RIFERIMENTI

Il volume di Giovanni Paolo citato nel testo è pubblicato da Rizzoli, Milano, 2005.

Particolarmente ampia la produzione di Gustav Radbruch. Ci limitiamo a citare *Lo spirito del diritto inglese,* Giuffrè, Milano, 1962 ed ivi la introduzione di Alessandro Baratta.

L'opera di Herbert Hart richiamata è oggi raccolta in *Contributi all'analisi del diritto,* GIUFFRÈ. Milano:1964, p. 81 ss con introduzione di Vittorio Frosini.

Lo scritto citato di Lon Fuller è *La moralità del diritto,*GIUFFRÈ. Milano: 1986 (a p.236 discute le tesi di Hart).

L'evoluzione delle posizioni della Chiesa cattolica in materia di diritti dal Sillabo ai documenti del Concilio Vaticano II è sintetizzata in S. Ceccanti, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamenatlismi, società multietniche*, Il Mulino. Bologna:2001, pp. 45-65.

John Finnis (v. *Legge naturale e diritti naturali,*Giappichelli, Torino 1996 con introduzione di Francesco Viola) rappresenta oggi il tentativo più moderno di lettura della dottrina del diritto naturale di San Tommaso.

Il dialogo Habermas-Ratzinger è pubblicato col titolo *Etica, religione e Stato liberale* nel n. 2/2004 della rivista "Humanitas"; la citazione dell'allora cardinale Ratzinger è alle pp. 256-257.

Il volume di Silvio Ferrari è *Lo spirito dei diritti religiosi*, Il Mulino. Bologna: 2002.

La posizione di Rawls in *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli. Milano: 1971; di von Hayek, in *Legge, legislazione e libertà,* Il Saggiatore, Milano 1986 (che peraltro si richiama anche a Bruno Leoni).

Le posizioni di Elisabetta Galeotti sono da ultimo in *Joseph Raz e il perfezionismo liberale,* in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di G.F.Zanetti. Milano: Cortina editore, 1999. 101 ss.

Gustavo Gozzi si occupa di neutralità dello Stato e più in generale di rapporto tra democrazia, principio di maggioranza e rispetto dei diritti nel Suo *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999 (la citazione è tratta dalla p. 249) nonché assieme a Giorgio Bongiovanni in *Democrazia,* in "Le basi filosofiche del costituzionalismo"a cura di A. Barbera, Laterza . Bari: V edizione, 2003, p.215 ss.

Sul "diritto alla infelicità" G. F. Zanetti, *Amicizia, felicità , diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridic*. Roma:, Carocci. 1998.

Gli scritti di Isaiah Berlin sono numerosissimi: ci limitiamo a indicare *Quattro saggi sulla libertà,* Feltrinelli. Milano: 1989 (ma l'opera è del 1958).

La citazione di Ronald Dworkin in *I diritti presi sul serio.* Il Mulino. Bologna: 1982, p.319.

Alcune considerazioni sul "diritto all'escissione" per le donne adulte nel volume *Elementi di etica pratica,* a cura di G.F.Zanetti,Carocci , Roma 2003, p.13 ss (ivi un commento di A. Barbera).

Per una critica alla dottrina che considera il suicidio esercizio di un diritto di libertà e "stataliste" le norme del codice penale che puniscono chi agevoli il suicidio v. A.Barbera,in "*Nuovi diritti".Attenzione ai confini,*in Corte costituzionale e diritti fondamentali , a cura di Licia Califano , Giappichelli. Torino: 2004, 31 ss.

La posizione di Bobbio ora in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* Comunità, 1972, 161 ss.

Il saggio di Henri Pena-Ruiz, *Histoire de la laïcité*, è edito da Gallimard. Paris: 2005, la citazione è alle pp. 14-79 ed il suo lessico appare una chiara secolarizzazione di forme religiose settarie.

Quello di Jean Bauberot, *Laïcité 1995-2005, entre passion et raison*, è edito da Seuil. Paris: 2004.

Sul tema relativo all'inserimento delle radici "giudeo-cristiane" nel preambolo della Costituzione v. J.H.H. Weiler ,*Un Europa cristiana,* Rizzoli, Milano 2003, con prefazione di A.Barbera.

Per la discussione fra Carl Schmitt ed Erik Peterson si cfr. il saggio di Peterson, *Il monoteismo come problema politico*. Brescia: Queriniana, 1986.

La citazione di Peces Barba è tratta da *La democracia en Espaňa. Experiencias y reflexiones".* Madrid:, Temas de hoy. 1996, p. 87

La questione del crocifisso, anche con riferimento alla sentenza della Corte tedesca sulla Baviera, è affrontata nel volume curato da Roberto Bin, Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici.* Torino: Giappichelli, 2004 (ivi la relazione di S:Ceccanti).

La "crisi di autorità" della Corte tedesca è ricostruita e valutata nel già citato volume di G. Gozzi *Democrazia e diritti*, pp. 256 ss. ed anche da P. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*. Paris: Puf, 2004, in particolare pp. 763-769.

La distinzione di Max Weber fra "etica dei principi" ed "etica della rersponsabilità" è affrontata anche da Dionigi Tettamanzi, *Verità e libertà.* Edizioni Piemme, Casale Monferrato, 1993, p.376 ss.

La citazione di Landsberg è contenuta in J. Semprun, *L'actualité d'un grand témoin*, in Emmanuel Mounier. Actes du colloque tenu à l'Unesco, Tome I. Paris: Parole & Silence, 2003, p. 118.