

INTRODUZIONE

Questo libro tratta due argomenti: il rapporto tra ordinamenti giuridici e pluralismo culturale e la libertà di cura. Ad essi sono dedicate rispettivamente la prima e la seconda parte ed entrambi sono considerati nella prospettiva giuridica e comparata, nell'ottica del diritto costituzionale comparato.

L'indagine è bipartita e tuttavia essa sottende un assetto concettuale unitario, che si evidenzia considerando i suoi fondamenti teorici, l'oggetto ed i suoi presupposti.

La cultura come manifestazione d'identità – l'identità culturale – e la scelta terapeutica come possibile manifestazione del medesimo concetto – identità – sono i fondamenti teorici dello studio che segue. Si cercherà di comprendere quale possa essere la rilevanza giuridica di queste due nozioni e in particolare se l'identità che esse esprimono possa dar luogo a diritti specifici, i “diritti culturali”.

A questo scopo, si assume che la cultura degli individui e dei gruppi esprima una “visione del mondo”, una *Weltanschauung*, che trova una delle sue possibili manifestazioni anche nella scelta terapeutica. Si ipotizza che quest'ultima possa essere intesa come «identità progettuale del malato» – essendo correlata al bene della vita e della salute, che esprimono nel modo più profondo il modo d'essere della persona – e che, come tale, possa dar luogo a diritti peculiari¹. Così inteso, l'oggetto dell'indagine che segue può essere sinteticamente descritto come la verifica della rilevanza giuridica dell'identità culturale di individui e gruppi e, di conseguenza, della tutela riconosciuta.

Se questo è l'oggetto d'indagine, esso presuppone un aspetto ulteriore: l'individuazione della cultura come paradigma anche inespresso retrostante le norme giuridiche, anche quando essa è considerata in un determinato contesto (la libertà di cura).

In tale accezione si parlerà di paradigmi culturali come premesse, sovente non esplicitate, delle norme giuridiche. Un paradigma, nella definizione di Michael Cohen, è il parametro della realtà d'ogni

¹ Parla di «identità progettuale del malato» P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003, p. 337.

individuo: «a shared set of assumptions about the world, by which individuals define the parameters of their reality and their investigation of this reality»².

La condivisione di tali presupposti (*assumptions*) con altri individui forma uno dei fattori d'aggregazione che confluiscono nei legami alla base dei contesti sociali³.

Il contesto sociale così descritto costituisce l'oggetto che l'ordinamento giuridico interviene a disciplinare. Nella misura in cui le norme giuridiche riflettono i paradigmi condivisi alla base della struttura sociale, tuttavia, questa ne costituisce anche il presupposto. Nelle norme, infatti, si rispecchia inevitabilmente la percezione e la qualificazione della realtà condivisa dalla comunità.

Individuati i fondamenti teorici, l'oggetto ed i presupposti dell'indagine che segue, rimane da illustrare un altro elemento: gli obiettivi che la speculazione su queste premesse si pone.

In primo luogo, crediamo che la riflessione su questi elementi consenta di descrivere le dinamiche dell'effettività degli ordinamenti giuridici. La cogenza delle norme giuridiche, nella nostra ipotesi, s'illustra principalmente ma non esclusivamente nella prescrittività delle stesse. La condivisione delle premesse culturali, che le norme rispecchiano, è il presupposto ulteriore della loro effettività.

Il rispetto delle norme giuridiche, in altre parole, non è garantito solo dalla sanzione che consegue alla loro eventuale inosservanza, ma si fonda anche sulla condivisione dei presupposti culturali che queste rispecchiano. Quest'ulteriore elemento concorre alla cogenza delle norme e può essere definito, mutuando un'espressione che si trova in dottrina, come "autorità culturale" dell'ordinamento.

L'"autorità culturale" (*cultural authority*), nella definizione di Paul Starr, è «the probability that particular definitions of reality and judgments of meaning and value will prevail as valid and true». Starr illustra tale concetto in relazione alle professioni, in particolare a quella medica, come autorità che sussiste accanto all'autorità sociale, ma da

² Cfr. M. COHEN, *A Fixed Star in Health Care Reform: The Emerging Paradigm of Holistic Healing*, in *Ariz. St. L. J.*, 1995, p. 27.

³ «Those who follow the paradigm find acceptance within the community, since they are committed to the consensus reality. On the other hand, those who oppose the paradigm or who define problems or articulate solutions outside the paradigm, are deemed suspect, since their method implicitly attacks the foundational order. For this reason, the shift from one paradigm to another generally occurs by revolution rather than by accretion», *ibidem*.

questa è distinta: «Though they are often combined, social authority need not entail cultural authority. Subjects may obey a government while privately rejecting its claims as untrue or unjust. And cultural authority need not always entail authority over conduct. The priest or scientist may be authoritative about morals or nature, but may be restricted by convention from addressing, much less regulating, specific choices and actions»⁴.

In un contesto sociale culturalmente omogeneo, tali elementi – prescrittività ed autorità culturale delle norme – tendono a convergere. All'opposto, la possibilità di una dissociazione emerge nel confronto con identità i cui presupposti culturali siano diversi da quelli che le norme rispecchiano. Tali identità, pur essendo soggette alla prescrittività delle norme, possono non condividerne i paradigmi retrostanti. Questo confronto è oggi tanto più frequente, quanto più emergono le diverse cause del pluralismo.

L'aumento della mobilità, ad esempio, così come attestata dai flussi migratori, frammenta l'omogeneità sociale di Stati che conoscevano tale fenomeno solo in misura marginale. L'emersione d'identità culturali diverse da quelle implicitamente presupposte dall'ordinamento corrisponde all'emersione della natura implicita di taluni presupposti dell'identità culturale prevalente, percepita invece come generale ed esclusiva. Essa, inoltre, non si correla necessariamente solo all'origine etnica, ma può derivare anche dall'adesione individuale a concezioni del mondo – religioni e filosofie – fondate su opzioni diverse da quelle di maggioranza. Le distinte cause del pluralismo sociale emergente possono sfociare nella richiesta di visibilità (giuridica), o nel rifiuto di osservare le norme che contrastino con i principi ritenuti essenziali nella propria identità culturale. Si pone allora la necessità di comprendere quale sia il discrimine che determina la rilevanza giuridica delle identità culturali. Il concetto di identità culturale giuridicamente rilevante dovrà essere necessariamente oggetto di approfondimento, anche con riferimento ad una sua possibile diversità e quindi autonomia rispetto ad altri settori scientifici, quali ad esempio le scienze sociologiche.

⁴ Cfr. P. STARR, *The Social Transformation of American Medicine*, New York, 1982, p. 13.

In secondo luogo, ci si interroga sull'individuazione di un'alternativa a quella parte della dottrina, che vede nel riconoscimento del "multiculturalismo" una possibile negazione della maggioranza⁵.

Vogliamo prospettare un'ipotesi diversa. La differenza tra alcune identità e premesse culturali delle norme giuridiche non porta necessariamente alla negazione delle premesse medesime, ma piuttosto alla loro definizione. L'esplicitazione dei paradigmi culturali delle norme giuridiche, inoltre, non solo detta una definizione della maggioranza, ma la riconduce al significato concettuale che tale termine esprime: la rappresentazione di una parte (seppur la più ampia) della società. All'opposto, la mancanza d'esplicitazione, nella misura in cui non definisce i termini che consentano un confronto con altre identità culturali, sembra piuttosto riconducibile alla rappresentazione dell'intero contesto sociale e non di una parte di esso.

Quest'opera di definizione consente di esplicitare i paradigmi culturali delle norme giuridiche e non necessariamente li nega, specie quando essi si correlino a diritti ritenuti fondamentali. La possibilità di ammettere la considerazione di culture diverse ed ulteriori rispetto a quelle presupposte dagli ordinamenti consente forse di riaffermare con forza il rispetto inderogabile dei principi fondamentali, che degli ordinamenti stessi dettano l'identità.

La riflessione sulla prescrittività giuridica e l'autorità culturale delle norme alla luce dell'effettività dell'ordinamento sarà sottoposta a verifica con riferimento specifico alla libertà di cura.

Ambedue sono argomenti di stringente attualità: da un lato, il pluralismo culturale è al centro di un ampio dibattito, come testimonia il vasto utilizzo del termine "multiculturalismo" che è spesso oggetto d'analisi nelle discipline sociologiche e non solo, occupando ampia parte della letteratura anche giuridica. Talvolta, il "multiculturalismo" si affianca ad alcuni concetti, com'è avvenuto ad esempio con la cittadinanza che è divenuta così "cittadinanza multiculturale"⁶. La portata di tale aggettivazione è oggetto di ampia riflessione, poiché ci si chiede se essa connoti in senso innovativo definizioni già note ai diversi

⁵ Cfr. ad es. G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Milano, 2000, *passim*. È tuttavia opportuno evidenziare sin d'ora come il termine "multiculturalismo" sia utilizzato in accezioni talvolta diverse tra loro: cfr. anche *infra* nota 8.

⁶ Cfr. W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999 (trad. it. di *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995).

ordinamenti giuridici⁷.

Inoltre, il “multiculturalismo” è spesso utilizzato come sinonimo di pluralismo culturale, quando la pluralità è un auspicio, o di pluralità, quando invece ci si limita a registrare il dato della coesistenza di diverse culture e le problematiche che ne conseguono. Tuttavia, la correttezza di entrambe queste identificazioni è contestata da più parti, poiché il “multiculturalismo” indicherebbe una corrente di pensiero collocata in precisi contesti storici e geografici⁸.

D’altro lato, periodicamente emerge la questione della libertà di cura come manifesto di rivendicazioni di diversa natura, che tuttavia hanno un dato in comune: esse impegnano gli ordinamenti giuridici nella (ri)definizione dello spazio che ognuno di essi garantisce alla scelta terapeutica individuale (e, come vedremo, in alcuni casi collettiva). In tale accezione, la libertà di cura s’identifica con le rivendicazioni correlate all’utilizzo di specifiche terapie com’è avvenuto, ad esempio, nel recente passato in Italia con la “multiterapia Di Bella” e negli Stati Uniti con il “*laetrile*”⁹. Anche questo significato specifico della libertà terapeutica è oggetto di critiche, poiché imporrebbe una definizione eccessivamente restrittiva. Ad esempio, in quest’accezione essa è prevalentemente riferita ai pazienti, vale a dire a coloro che chiedono di ricevere una terapia. Si dimentica così la libertà di prestazione della cura che è parte altrettanto fondamentale, per quanto spesso negletta, della scelta terapeutica. I limiti che l’ordinamento pone all’attività del terapeuta (l’obbligo di seguire un determinato percorso di studi, il conseguimento d’una specifica abilitazione, ecc.) sono espressione del sistema sanitario ufficiale. Proprio la scelta di metodi curativi non contemplati in tale sistema può essere fonte di conflitti giudiziari che coinvolgono sia i medici, sia i pazienti.

Inoltre, la libertà di cura può essere riferita anche ad un panorama più ampio rispetto a quello delle rivendicazioni correlate ai singoli metodi di cura. L’analisi dello spazio garantito dai diversi ordinamenti alle scelte terapeutiche, infatti, può definire una tipologia di

⁷ Tale riflessione coinvolge inevitabilmente – come vedremo – i concetti di “maggioranza” e “minoranza”, cfr. R. TONIATTI, *Multicultural citizenship and Education*, in *European Journal for Education Law and Policy*, 2001, 5, in particolare p. 40 ss.

⁸ Cfr. ad esempio A. FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale*, Bari, 2001, p. 3 ss.

⁹ Cfr. ad esempio C. PICIOCCHI, *Libertà di cura tra “medicina ufficiale” e “medicine alternative”*. *Prime riflessioni per una comparazione fra gli ordinamenti italiano e inglese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, I, p. 83 ss.

regolamentazioni giuridiche dei sistemi sanitari, che si dispiega principalmente attraverso la descrizione del rapporto tra metodi di cura “ufficiali” e “non ufficiali”¹⁰.

Il complesso intreccio delle definizioni utilizzate con riferimento ad entrambi gli argomenti impone la necessità di chiarire sin dall’inizio il tema dell’indagine: l’utilizzo dei termini “multiculturalismo”, “cultura” e le loro possibili ripercussioni sul concetto della cittadinanza saranno oggetto d’approfondimento nel primo capitolo. La collocazione sistematica della libertà di cura sarà considerata nella seconda parte in entrambi i suoi aspetti: la prestazione e la ricezione.

Nella prima parte si prospetterà l’analisi del riconoscimento che gli ordinamenti accordano ad alcune identità culturali. La struttura dei diritti che, in ipotesi, sono riconosciuti in considerazione delle loro peculiarità (“diritti culturali”) ed il loro fondamento costituzionale saranno oggetto d’indagine.

Alla ricognizione di un’eventuale rilevanza giuridica di alcune identità culturali è dedicato il capitolo secondo, che considera le problematiche costituzionali sottese alla differenziazione normativa, in particolar modo alla luce della “ricerca dei confini” delle identità stesse. Il capitolo successivo analizza i limiti del riconoscimento medesimo, focalizzando la (assunta) neutralità di alcuni ordinamenti giuridici nei confronti del fenomeno religioso come possibile paradigma dell’(assunta) “neutralità culturale” degli stessi. I diritti inviolabili sono inoltre considerati come i limiti estremi del riconoscimento stesso.

La prima parte termina con alcune ipotesi ricostruttive in merito ai diritti culturali ed alla dimensione negoziale del dialogo tra ordinamenti giuridici ed identità, con particolare attenzione al ruolo delle maggioranze.

Nella seconda parte si ricercheranno i tratti sistematici della libertà di cura attraverso il riferimento alla libertà del terapeuta, così come a quella del paziente. Anche la bipartizione della libertà di cura in libertà di prestazione e di ricezione sottende una prospettiva concettuale

¹⁰ Cfr. ad esempio le classificazioni dei diversi sistemi sanitari proposte, con riferimento alle medicine “non convenzionali”, da J. STEPAN, *Problèmes actuels de législation sanitaire. Médecine traditionnelle et médecines parallèles*, in *Recueil international de législation sanitaire*, 1985, 36, p. 311 e nella relazione del PARLAMENTO EUROPEO, *Relazione sullo statuto delle medicine non convenzionali*, 6 marzo 1997, relatore on. Paul Lannoye (PE DOC A4-075/97). Si può leggere, nella versione italiana, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 97 ss.

unitaria: entrambi gli aspetti sono infatti considerati alla luce della definizione della libertà di cura come risultante del rapporto tra scelte individuali (del paziente e del terapeuta) e scelte di sistema.

Il capitolo quinto si occupa della libertà di prestazione della cura, assumendo a punto di partenza il concetto di “circuiti sanitari ufficiali”, i cui confini sono presidiati dalle norme giuridiche e dalla deontologia professionale dei corpi d’autodisciplina delle professioni sanitarie, che conducono alla diversa definizione della libertà dei terapeuti secondo la loro appartenenza o meno ad esso. L’analisi comparata pone a confronto alcuni ordinamenti giuridici, allo scopo di comprendere i mutamenti dei confini dei circuiti sanitari ufficiali e le strategie dell’inclusione elaborate dagli operatori di alcune medicine che, come ad esempio la chiropratica, sono passate spesso dallo *status* di “medicina alternativa” a quello di “medicina ufficiale”.

L’altro aspetto della libertà di cura, la ricezione, è analizzato nel capitolo sesto. In primo luogo si considera il diritto all’autodeterminazione come *genus* di tale aspetto della libertà terapeutica nella sua dimensione “negativa”, ovvero come sfera di autonomia dell’individuo. Quindi si indaga l’aspetto positivo, che sostanzialmente di significato la libertà terapeutica principalmente attraverso il sostegno economico della stessa. A tal fine sono considerati casi che possono essere definiti paradigmi del dissenso, in particolare la “cura Di Bella” nell’ordinamento giuridico italiano ed il “*laetrile*” in quello statunitense, poiché con riguardo ad entrambi le giurisdizioni costituzionali si sono pronunciate delineando i confini della libertà terapeutica nei rispettivi ordinamenti giuridici.

Infine, si verificherà se la libertà terapeutica possa assumere, in alcune ipotesi, i tratti del “diritto culturale”. I capitoli settimo ed ottavo ripropongono la partizione della libertà di cura in prestazione e ricezione anche in questa peculiare prospettiva. In entrambi la rilevanza giuridica del fondamento culturale della scelta terapeutica è sottoposta ad indagine.

Tale fondamento è sottoposto a verifica innanzi tutto attraverso l’analisi dell’obiezione di coscienza, come esempio di attribuzione di rilevanza giuridica alla dimensione culturale del terapeuta. La medesima rilevanza è quindi indagata con riferimento ad una dimensione “istituzionale”, nel caso dei *sectarian providers*, ovvero di quei luoghi di cura per i quali è possibile individuare una determinata identità religiosa che condiziona le scelte terapeutiche e che, talvolta, entra in

conflitto con i diversi convincimenti etici che fondano le scelte di cura dei pazienti.

Il capitolo ottavo analizza la possibile rilevanza giuridica della dimensione culturale nell'ambito della ricezione della cura. In un percorso simmetrico a quello seguito nella prima parte, si evidenziano in primo luogo i limiti del riconoscimento giuridico, quando gli ordinamenti non attribuiscono rilevanza alla dimensione culturale degli individui in ambito terapeutico, giungendo anzi in alcuni casi a limitare lo stesso *genus* della libertà di ricezione: il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Quindi si propongono i casi della circoncisione maschile e delle obiezioni all'obbligo d'immunizzazione contro alcune patologie, come esempi paradigmatici della possibile rilevanza giuridica della dimensione culturale della scelta di cura degli individui e delle problematiche che ad essa possono conseguire.

Anche in quest'ultima parte la scelta terapeutica è considerata come una possibile espressione della cultura degli individui, intesa nuovamente come *Weltanschauung*, ovvero la visione del mondo che ogni persona esprime autonomamente, in conformità alla propria identità.