

Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale *

di Carlo Casonato

1. paradossi del biodiritto

In bioetica, gli operatori sanitari, i pazienti, i giudici, i cittadini avvertono l'esigenza, spesso l'urgente necessità di poter orientare i propri comportamenti e di poter prevedere le proprie responsabilità sulla base di regole chiare, il più possibile precise, coerenti e condivisibili.

Tuttavia, regole dotate di tali caratteristiche possono considerarsi abbastanza rare nel diritto anche della bioetica. E questo per una serie di ragioni alcune delle quali comuni a tutto il fenomeno giuridico e altre specifiche del biodiritto. Per quanto riguarda le prime, basti ricordare come le leggi vigenti siano «decine, se non centinaia di migliaia: [siano] state prodotte da corpi politici complessi attraverso difficili mediazioni e compromessi, in epoche diversissime (...), da maggioranze politiche diverse, a livello statale, comunitario, regionale... Che esse costituiscano un complesso coerente, chiaro, univoco è pressoché impossibile»[1]. Ad aggravare tale quadro per quanto riguarda specificamente il biodiritto, contribuisce il fatto che particolarmente nelle tematiche bioetiche manca a monte della decisione da adottare quel substrato culturale, politico, etico e scientifico sufficientemente coeso e condiviso, tale da poter esprimere e fondare la legittimazione di regole giuridiche con le caratteristiche di cui si è detto e di cui si avverte la necessità. La fisiologica lentezza della riflessione giuridica, del confronto politico e della produzione legislativa, inoltre, contribuisce a rendere irraggiungibili i ritmi e la velocità della ricerca scientifica e tecnologica e della conseguente individuazione di sempre nuove ipotesi da disciplinare. Il risultato della situazione pare quindi paradossale: quanto più si avverte l'esigenza di una disciplina tanto più paiono configurarsi le condizioni per un suo progressivo allontanamento[2].

Una possibile via per il raggiungimento di una decisione che possa razionalizzare la materia bioetica potrebbe allora affidarsi alle logiche politiche maggioritarie, tentando la strada dell'adozione da parte delle forze parlamentari che avessero i numeri per farlo di una legge che baserebbe poi il suo rispetto più sull'imposizione di divieti e di sanzioni che su un sufficiente grado di condivisione dei suoi principi fondanti.

Proprio per l'oggetto che dovrebbe essere disciplinato il quale ha la capacità di evocare la concezione etica di fondo di ognuno (quante percezioni diverse già di *bios* esistono)[3], quanto per l'immane coinvolgimento della coscienza individuale, tuttavia, il biodiritto non può certo basarsi solo sulla componente coercitiva del fenomeno giuridico, sul comando autoritario e sulla minaccia di sanzioni[4]. Questo, perlomeno, a pena di non fondare un assetto che minaccerebbe i diritti individuali anche di natura costituzionale e che provocherebbe uno scollamento fra diritto, medicina e società il quale rischierebbe di togliere efficacia alla norma stessa conducendo verso una sua prevedibile disapplicazione e sostituzione con escamotages di diversa natura[5]. «La regola legale può certo avere il senso di affermare un valore» ricorda autorevole dottrina «ma un buon sistema giuridico non proclama valori che non possa, nei limiti del ragionevole, realizzare. E soprattutto, non proclama valori con prescrizioni che inducono comportamenti di fuga, di cancellazione di fatto della regola enunciata»[6].

Al riguardo, si può citare la tematica relativa alla procreazione medicalmente assistita (pma) in cui, dopo anni di disciplina giuridica specifica limitata alla cd. circolare Degan, è intervenuta una legge dal forte apparato sanzionatorio, il cui tenore, nonostante i numeri della partecipazione referendaria, ha vieppiù diviso il tessuto sociale, politico e scientifico italiano ed il cui contenuto è parso a molti fortemente sbilanciato a favore del potenziale nascituro e segnato da un forte sospetto nei confronti delle tecniche di pma *tout court*[7].

Seguendo la mera logica maggioritaria, insomma, si rischia di creare, soprattutto nel biodiritto, un ulteriore paradosso: più si tende a legittimare una determinata disciplina attraverso l'imposizione e meno se ne ottiene rispetto ed osservanza; con la conseguenza che il diritto stesso rischia di trasformarsi in «fonte di conflitto»[8].

Scartata la via della "prova di forza", si torna così al punto iniziale, costituito da un quadro giuridico spesso insoddisfacente; ed insoddisfacente anche nelle materie in cui non è emersa alcuna nuova disciplina in tempi per così dire sospetti.

La fase finale della vita, ad esempio, pone dei problemi di certezza del diritto e di coerenza complessiva del sistema. Senza dare valutazioni di carattere etico o filosofico, ci pare così che la distinzione tra la cosiddetta eutanasia attiva (penalmente sanzionata: 579 sull'omicidio del consenziente e 580 sull'aiuto al suicidio) e quella passiva (morte a seguito di rifiuto di intervento *life-saving*; rifiuto garantito ai sensi dell'art. 32, secondo comma della Costituzione italiana) non tenga conto della vicinanza, in casi estremi, delle due ipotesi[9]; vicinanza che nel caso della cd. sedazione terminale pare giungere ad una completa sovrapposizione. E sempre in tema di fine-vita, vanno citati ormai numerosi casi nella giurisprudenza non solo italiana in cui il diritto penale (solo formalmente?) vigente è stato per così dire disapplicato a favore di principi ritenuti dalle giurie, dai giudici, talvolta perfino dalla pubblica accusa di "giustizia sostanziale". Il caso Forzatti, al riguardo, può essere affiancato alla risoluzione di altri casi in altri ordinamenti, in cui la condanna penale e la sanzione disciplinare per comportamenti di eutanasia attiva, diretta o indiretta, sono state più o meno ingegnosamente sostituite con fattispecie alternative non punibili, attraverso un atteggiamento di inconfessata tolleranza dell'omicidio pietoso[10]. A fronte della scarsa soddisfazione verso il biodiritto vigente (non solo in materia di fine vita) può allora individuarsi una riemersione, in forma moderna, di quella componente del diritto anglosassone riconducibile all'*equity*, che nel XIII secolo comportò il riavvicinamento alla coscienza del Re. I cittadini che non avessero trovato nei rigidi meccanismi rimediali di *common law* la soddisfazione dei propri interessi, si sarebbero potuti rivolgere alla coscienza del *Lord Chancellor*, al fine di ottenere, a pagamento, rimedi più adatti[11]. Si potrebbe forse riflettere, in altri termini, sull'inefficienza del biodiritto contemporaneo nell'assicurare soluzioni largamente percepite come corrispondenti a giustizia. E, a fronte dei vizi e delle rigidità di un sistema che non riesce a svolgere un'efficace azione di organizzazione di società plurali ed altamente tecnologicizzate, si potrebbe ipotizzare il ricorso ad una sorta di nuova *bio-equity*, frutto di una riflessione necessariamente plurale in cui la componente giudiziaria, la circolazione dei modelli ed il dialogo fra discipline e saperi giocano un ruolo importante[12].

Altri campi potrebbero altrettanto bene testimoniare quanto il biodiritto contemporaneo sia in una fase di forte crisi e quanto l'esigenza di poter contare su norme giuridiche chiare e coerenti, condivise ed efficaci sia di fatto frustrata. Si pensi alle controversie alla base della dichiarazione dell'ONU sulla clonazione umana del 23 marzo 2005 o all'autorizzazione data dalla *Human Fertilisation and Embryology Authority* britannica lo scorso 11 agosto 2004 per tentare l'utilizzo di cellule staminali in riferimento a malattie come il diabete, il Parkinson e l'Alzheimer, o alla divisione in seno al Consiglio etico nazionale tedesco sullo stesso tema; oppure si prenda la recente vicenda italiana del piccolo talassemico guarito a Pavia grazie al trapianto di cellule staminali prelevate dal cordone ombelicale di un fratellino generato al *Memorial Hospital* di Istanbul in seguito ad una pratica (selezione basata su una diagnosi pre-impianto) attualmente vietata in Italia. E si pensi ancora alle critiche nei confronti del recente approccio spagnolo in materia bioetica (il cd. "zapaterismo"), alla cd. eugenetica negativa, ai possibili usi o abusi nell'utilizzo dei dati genetici individuali, ai cd. diritto di non esistere e danno da esistenza, fino ai profili sanitari, ambientali, culturali ed economici legati agli ogm.

A fronte di un quadro tanto confuso si potrebbe forse parlare in termini di "dis-ordinamento" giuridico in cui quel fenomeno sociale che è il diritto pare trovarsi in una situazione di estremo ritardo e tendenziale impotenza. Per superare tale condizione e ad al fine di recuperare per il diritto costituzionale e per il diritto in genere un ruolo di organizzazione delle contemporanee società pluraliste anche nelle tematiche bioetiche pare pure possibile prospettare alcune soluzioni. Procederemo in questa sede dagli argomenti più generali, ma anche più vaghi e meno risolutivi in quanto suscettibili di interpretazioni potenzialmente contraddittorie, a quelli più specifici e stringenti.

2. l'utilità del biodiritto: il significato dell'appartenenza ad una famiglia giuridica

L'appartenenza dell'ordinamento italiano all'insieme di sistemi riconducibili alla *western legal tradition* o alla forma di stato sociale di derivazione liberale, anzitutto, traccia un panorama di principi e di criteri entro cui l'ordinamento non potrà non muoversi, a pena di negare la sua stessa identità giuridico-costituzionale. Anche in materia bioetica, allora, il diritto non potrà nascere *tabula rasa*, ma all'interno di un quadro di riferimento ai principi fondamentali che ne costituiscono il patrimonio genetico.

Le classificazioni sistemologiche, ovviamente, variano da autore a autore a seconda dei criteri cui dare priorità nel costruire gli elementi essenziali di una determinata famiglia. Facendo riferimento alla titolarità ed all'esercizio del potere nello stato, e alle modalità e alla finalizzazione del relativo utilizzo, Giuseppe de Vergottini adotta una classificazione che si divide in stato di derivazione liberale, stato socialista, stato autoritario e stato modernizzatore. Secondo tale ricostruzione, l'Italia, in quanto stato di derivazione liberale, pone l'accento sulle modalità dell'uso del potere politico,

prescrivendo complesse procedure di partecipazione di organi diversi al processo di formazione delle decisioni e delle garanzie costituzionali. La fase attuale di tale forma di stato si caratterizza per l'estensione del suffragio, la ripartizione dell'esercizio del potere e la tutela, oltre che delle libertà politiche, di quelle economiche e sociali anche in termini di diritto soggettivo e in prospettiva di eguaglianza sostanziale[13]. Per quanto può più interessare in questa sede, un principio generale dello stato di derivazione liberale prevede una tendenziale separazione stato-religione, secondo modelli che possono essere anche differenziati (dall'indifferenza, alla collaborazione o preferenza verso il fenomeno religioso), ma che devono comunque rescindere, anche in vista del principio di pluralismo religioso, il collegamento diretto fra il diritto ed una determinata professione religiosa[14].

Tale aspetto è sottolineato ed articolato da Ugo Mattei e Pier Giuseppe Monateri, i quali pongono a fondamento della famiglia giuridica cui anche l'Italia appartiene, la prevalenza di un diritto di natura tecnico-professionale, distinto dalle altre due concezioni ad egemonia politica e tradizionale. La *western legal tradition*, in questo senso, basa la sua identità ed omogeneità sulla distinzione fra circuito giuridico e circuito politico e sul «grande divorzio ideale» fra diritto e tradizione religiosa e filosofica[15]. Per dirla con Rudolf Schlesinger, il diritto in occidente è inteso come «autonomo corpo di regole, indipendente e separato (anche se influenzato) dalla religione, dalla morale e da altre norme sociali».

Pur nelle diverse prospettive[16], quindi, la tendenziale distinzione tra diritto e religione si pone come elemento connotativo la natura stessa (anche) del nostro ordinamento. E la creazione e l'interpretazione del biodiritto non potrà scostarsi da tale impostazione, pena, ripetiamo, la negazione di uno dei profili della sua identità giuridico-costituzionale.

Un secondo, ma collegato, esempio di quanto si possa dedurre dall'appartenenza ad una determinata famiglia giuridica come resa evidente dall'adozione di una costituzione come quella vigente in Italia può riguardare il principio personalista. Tale principio è stato richiamato già da Costantino Mortati fra i principi fondamentali della nostra costituzione. Il suo contenuto pare esprimere soprattutto una priorità di valore: «non la persona è per lo Stato (o per la nazione, o per qualche altra entità collettiva), ma lo Stato è per la persona; se è vero che gli interessi meramente individuali possono e devono essere talora posposti e sacrificati a interessi collettivi o generali, ciò accade però in un contesto nel quale fine ultimo dell'organizzazione sociale deve essere lo sviluppo delle persone, di ogni singola persona umana»[17]. Misure che non tenessero conto di tale principio, sostenendo ad esempio l'imposizione di trattamenti sanitari al solo fine di tutelare la salute individuale, sulla base della credenza per cui "la vita non appartiene al soggetto, ma a Dio", sarebbero in questo contesto prive di senso giuridico. E questo non per una scelta di carattere meramente ideologico, ma per una precisa opzione di carattere giuridico-costituzionale, la quale viene sottolineata da un altro dei principi fondamentali, quello pluralista, che impone il rispetto, fin dove possibile, delle diverse peculiarità culturali in termini, ad esempio, di autodeterminazione, di libertà di cura, di accesso e contenuto delle prestazioni sanitarie[18].

L'appartenenza ad una determinata famiglia giuridica, quindi, pone una cornice entro cui l'ordinamento deve muoversi.

Con l'eccezione di alcuni pochi profili, tuttavia, tale insieme di principi e di valori non ha la capacità di far scaturire regole del caso concreto le quali siano precise chiare e condivise. All'ampia portata dei principi in parola, infatti, corrisponde una natura generica e spesso anfibia che pare esaltarsi nel biodiritto: cosa deve intendersi per persona? Entro che limiti tutelare il pluralismo? Che definizione dare a dignità? Quale limite all'influenza religiosa sul diritto, sapendo che quest'ultimo è l'espressione di una data cultura?

3. il ruolo della costituzione e del diritto costituzionale

Il diritto costituzionale offre un quadro in cui, come un cerchio concentrico rispetto al più largo cerchio del modello giuridico di appartenenza, cercare e forse trovare principi orientativi anche per le tematiche che coinvolgono profili di bioetica[19].

La costituzione italiana tratta espressamente dei diritti inviolabili dell'uomo e della libertà personale (artt. 2 e 13), di eguaglianza e di sviluppo della persona umana (art. 3), di pari dignità sociale e di dignità umana come limite all'iniziativa economica privata (artt. 3 e 41), di libertà religiosa e di eguale libertà delle confessioni religiose (artt. 19 e 8) ma anche di indipendenza e sovranità, nei rispettivi ordini, di Stato e Chiesa cattolica (art. 7), di promozione della ricerca scientifica e tecnica, e della libertà della scienza (artt. 9 e 33), di tutela del paesaggio e, si è dedotto, dell'ambiente (art. 9) della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29), del diritto-dovere di mantenimento ed educazione dei figli e della protezione della maternità e dell'infanzia (artt. 30 e 31), della salute come fondamentale

diritto dell'individuo e interesse della collettività e della generale volontarietà dei trattamenti sanitari (art. 32), di soggezione dei giudici soltanto alla legge e di autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 101). Nella ripartizione di competenze fra stato e regioni, inoltre, l'art. 117 dispone che lo stato abbia legislazione esclusiva sullo stato civile, sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e sulla tutela dell'ambiente, mentre siano comprese fra le materie di legislazione concorrente la ricerca scientifica e tecnologica, la tutela della salute e la valorizzazione dei beni ambientali[20].

Come si vede, non mancano certo i riferimenti per una disciplina costituzionale delle tematiche bioetiche.

Un primo problema, ancora una volta, è rappresentato dalle differenti e non di rado opposte interpretazioni che sono state date a concetti ampi come dignità, persona, salute, maternità, e perfino a formule che parrebbero più precise come trattamento sanitario[21].

Il bilanciamento di interessi che di norma costituisce la tecnica di risoluzione dei conflitti fra posizioni parimenti protette a livello costituzionale rappresenta un secondo ordine di problemi non essendo legato, aldilà dell'altrettanto vago principio di ragionevolezza, a criteri che non siano anch'essi ampiamente discrezionali. Orientamenti laici e cattolici[22], dottrine *pro-life* e *pro-choice*, così, possono partire dagli stessi riferimenti costituzionali non messi in discussione (valore della persona, rispetto della dignità, diritto alla propria individualità, principio di autodeterminazione e così via) per giungere a risultati diametralmente opposti.

Anche la dottrina costituzionalistica, ovviamente, si trova ad essere divisa sulla direzione da dare all'interpretazione di norme e principi costituzionali in relazione a fatti concreti riferibili alle tematiche di bioetica.

Su un versante di «massima preclusione garantistica»[23], ad esempio, si è collocato Antonio Baldassarre criticando un approccio proceduralista delle costituzioni, le quali andrebbero invece intese necessariamente, nella loro versione democratica, come «costituzioni di valori»; una sorta di «diritto naturale secolarizzato (...) privato della sua origine trascendente e tuttavia identico a se stesso nel suo contenuto di valore»[24]. La lettura, ai sensi della costituzione italiana, del diritto alla vita, attribuibile in quanto tale ad ogni «persona», cioè ad ogni «nuova individualità formatasi all'atto del concepimento», conduce tale autore a criticare fortemente certa giurisprudenza costituzionale in tema di interruzione volontaria di gravidanza (a partire dalla sentenza n. 27 del 1975) e ad escludere interventi manipolativi o sperimentativi sul genoma umano o sull'embrione. E sulla base di considerazioni in riferimento ai diritti ed ai doveri familiari dell'art. 29 della Costituzione, l'autore giunge a limitare la procreazione medicalmente assistita all'interno della famiglia costituzionalmente riconosciuta, escludendone l'accesso per quella di fatto[25].

Con altra prospettiva, le riflessioni cariche di conseguenze anche sul piano giuridico di Uberto Scarpelli tendono a separare il piano della morale da quello del diritto, rifiutando le tentazioni soggettivistiche implicite in un'opera di codificazione del diritto naturale e tentando di delineare un diritto il più possibile compatibile con concezioni etiche, religiose e culturali anche molto distanti con il principale limite del danno a terzi o alla collettività[26].

In una posizione intermedia fra la «massimizzazione dell'individuo e delle sue scelte e [il] personalismo integrale tutto teso alla tutela della vita» può porsi Lorenzo Chieffi il quale tenta di selezionare alcuni principi costituzionali condivisi (come il divieto di discriminazione genetica o la non commercializzazione o brevettabilità del corpo umano) che discendono pure dall'esemplificazione di un «sobrio uso dei valori costituzionali in un'ottica evolutiva»[27].

Altri riferimenti potrebbero essere portati alla base della differente, talvolta opposta lettura del dato costituzionale come offerta dalla dottrina[28]. Pare comunque confermato come «[n]el suo compiersi dinamico secondo il 'verso' pluralista e nell'impatto con l'esperienza, la Costituzione si mostra generalmente responsiva agli interpreti che la interrogano, ma in grado di offrire un supporto ad un ventaglio di soluzioni anche eticamente, oltre che giuridicamente, molto differenti l'una dall'altra quantunque tutte in qualche modo riconducibili al contesto dei principi e valori ivi sanciti (...). In tal modo, la Carta costituzionale figura come sostegno fondamentale di ipotesi regolative anche molto distanti tra loro, soprattutto nella soluzione dei problemi connessi ai cd. diritti della vita»[29].

Di fronte alla possibilità di un ventaglio così ampio di impostazioni le quali, pur partendo dallo stesso dato testuale, giungono a risultati distanti e incompatibili, si potrebbe essere tentati di abbandonare ogni riferimento ai parametri costituzionali in quanto inutile ai fini di condurre all'individuazione di norme che possano risultare chiare e coerenti, condivise ed efficaci.

A nostro avviso, tale atteggiamento è da respingere. Ed in questa sede, ci soffermeremo brevemente su due ipotesi tese al recupero di un ruolo del diritto e del diritto costituzionale in bioetica: quella che potremo chiamare sostanziale-costituzionale e quella di carattere procedimentale.

4. un nucleo duro di natura sostanziale

Per alcuni profili, la Costituzione pare poter assumere anche in riferimento alle tematiche bioetiche un significato di base, per così dire di primo livello. Pare contenere, in altri termini, un nucleo duro di principi direttamente applicabili che costituiscono una sorta di minimo comun denominatore dotato (ancora) di autorevolezza ed in grado di fornire una base sufficientemente chiara, coerente, condivisa ed efficace per una perlomeno parziale formazione e legittimazione del biodiritto.

L'art. 32, secondo comma, ad esempio, fonda un principio cardine in ambito sanitario: il cd. consenso (che significa anche dissenso) informato. Il testo della disposizione, infatti, non pare lasciare alcuno spazio per imporre trattamenti sanitari non espressamente previsti da legge i quali non siano liberamente accettati dal paziente[30]. Anche senza discutere del carattere rinforzato della riserva di legge prevista, che fa riferimento quella sì ad una delle formule (rispetto della persona umana) più controverse di tutto il biodiritto, il testo ed il significato della disposizione escludono la legittimità, in mancanza appunto di una disciplina legislativa, dell'imposizione di trattamenti sanitari contro la volontà del soggetto[31]. La legittimità o addirittura la doverosità dell'imposizione di misure anche di sostegno vitale in assenza di una legge in materia - posizioni pur minoritarie riemerse a livello nazionale e locale in riferimento alla cd. vicenda della signora Maria[32] - non possono quindi considerarsi compatibili con il quadro costituzionale, oltre che con uno dei principi cardine della famiglia giuridica di appartenenza[33]. Ed a conferma di tale diritto costituzionale all'autodeterminazione, si può interpretare anche la posizione di chi, per impedire che la nutrizione e l'idratazione artificiale vengano interrotte in pazienti anche in stato vegetativo permanente, non revoca in dubbio il diritto al rifiuto delle cure, ma il fatto che tali metodi di sostegno non siano qualificabili tecnicamente come "trattamenti sanitari" e che quindi non facciano parte del bene protetto dalle fonti giuridiche, oltre che deontologiche ed etiche, sul consenso[34].

La libertà di coscienza costituisce un altro profilo su cui il diritto costituzionale può dare indicazioni chiare, precise e vincolanti. Intesa come «relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso» trova fondamento in una lettura sistematica degli articoli 2, 19 e 21 della Costituzione offerta dalla Corte costituzionale in una serie di sentenze[35]. Su questa base, sarebbe incostituzionale, ad esempio, una legge che non garantisse al personale sanitario il diritto di non intervenire in materie "eticamente sensibili" (si pensi all'interruzione volontaria di gravidanza, alla pma o all'atto della sospensione di un trattamento di sostegno vitale) e questo anche a scapito di rischiare che determinati interventi vengano svolti da una minoranza anche esigua del personale sanitario.

Altri temi su cui pare essersi decantato un sufficiente grado di condivisione anche su basi costituzionali riguardano il diritto a determinate prestazioni sanitarie essenziali, l'alleviamento della sofferenza e la palliazione, la condanna delle cure futili[36].

I problemi, tuttavia, riemergono non appena si abbandoni questo primo livello per cercare di trovare una disciplina su ambiti di maggior complessità. Se le indicazioni su base costituzionale a questo ulteriore livello sono - come anticipato - numerose, il segno da dare alle stesse dipende da criteri ampiamente soggettivi e, effettivamente, il grado di condivisione delle interpretazioni e la certezza del diritto giungono a livelli di rarefazione insostenibili. Come già è spesso capitato in altri settori altamente discrezionali, allora, la Corte costituzionale potrebbe trovare un ruolo di *rule-making* generalmente accettato, anche se non da tutti condiviso. Un utilizzo equilibrato della tecnica del bilanciamento degli interessi ed il carattere convincente delle motivazioni addotte potrebbero quindi permettere alla Corte di entrare nel circuito di creazione del diritto, assumendo una posizione di particolare efficacia, vista la vicinanza al caso concreto, nel regolare quanto in bioetica debba essere giuridicizzato. Per assumere tale posizione, tuttavia, è necessario che la Corte agisca con estrema cautela e sappia riconoscere i limiti che il sistema le assegna, primo fra tutti quello della discrezionalità politica del legislatore[37]. Intervenire sulle tematiche bioetiche ad un livello puramente "politico" oppure andando oltre i "paletti" fissati dalla costituzione significherebbe per la Corte rischiare di perdere uno delle sue caratteristiche funzionali necessarie (un generale riconoscimento) con forti rischi in termini di legittimazione complessiva.

Per fare un esempio che espliciti la differenza fra il primo livello (costituzionalmente orientato) ed il secondo

(politicamente discrezionale), può farsi riferimento alla recente legge italiana sulla pma. Il comma 3 dell'articolo 6 della legge 40 del 2004 sarebbe certamente incostituzionale se interpretato nel senso letterale per cui «La volontà può essere revocata (...) fino al momento della fecondazione dell'ovulo». Se inteso come un impianto dell'embrione coercitivo, in assenza di un perdurante consenso della donna, la disposizione configurerebbe chiaramente uno di quei trattamenti lesivi dei «limiti imposti dalla persona umana» testualmente vietati dal carattere rinforzato della riserva di legge contenuta nel secondo comma dell'art. 32 della Costituzione. Fino a che rimarranno aperti i dubbi sulla possibilità di configurare nell'ordinamento italiano un diritto costituzionale alla procreazione[38] e considerando non decisivo il riferimento al principio di eguaglianza, invece, non sembra facilmente percorribile l'ipotesi di considerare incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa pure previsto dall'art. 4, terzo comma, della legge 40. Ancorché discutibile e discussa, tale ultima scelta non sarebbe allora costituzionalmente obbligata, ma rimarrebbe alla scelta discrezionale ed alla responsabilità politica del parlamento su cui gli elettori dovranno esprimersi.

Ecco allora la distinzione - applicabile anche in altre ipotesi - fra un primo livello, minimo ma decisivo (consenso all'impianto) in riferimento al quale la Costituzione contiene principi chiari e vincolanti e su cui la Corte costituzionale è chiamata ad intervenire in funzione di garanzia (*circuito della costituzionalità*), ed un livello ulteriore (fecondazione eterologa) la cui disciplina, tendenzialmente libera da limiti stretti in Costituzione o da interventi interpretativi della Corte, potrà essere orientata dal legislatore, oltre che giudicata dagli elettori, secondo la propria volontà discrezionale (*circuito della politica*).

Dove porre il confine fra il primo ed il secondo livello è certamente materia che varia nel tempo ed a seconda dell'interprete. Un certo pluralismo interpretativo, d'altro canto, è elemento tipico di tutto il diritto costituzionale; di più, è elemento utile al fine di mantenere in vita la stessa Costituzione, permettendo a dottrina e giurisprudenza il raggiungimento di soluzioni più avanzate, arricchite dal confronto fra diverse impostazioni. Senza pretendere di raggiungere un accordo unanime, quindi, confidiamo che, sulla scorta degli esempi citati, si possa pure individuare anche nel biodiritto un nucleo duro di principi costituzionali generalmente riconosciuti i quali, in stretto riferimento al caso concreto, possano essere considerati alla stregua di base costituzionale generalmente condivisa su cui fondare la piattaforma della disciplina specifica da adottare[39].

Oltre tale livello, tuttavia, pare difficile individuare un biodiritto costituzionalmente orientato: la precisione del riferimento costituzionale ed il grado di condivisione paiono davvero insufficienti ai fini della soluzione sostanziale-costituzionale. Una possibile via d'uscita dai paradossi indicati in principio, allora, potrebbe risiedere nella via procedurale.

5. e poi... la via procedurale

In presenza della difficoltà di fondare ad un livello ulteriore un diritto della bioetica il quale sia sufficientemente condiviso e perciò osservato, chiaro ed efficace; in assenza, in altre parole, di una più comprensiva dimensione biogiuridica utile ed applicabile, parte della dottrina di diverse discipline e da diverse angolazioni ha proposto di puntare sui profili procedurali, lasciando al minimo quelli sostanziali: «*In modern, pluralist societies, an overlapping consensus can more easily be reached on procedures, minimum rules and rights than on the good life*»[40].

Analogamente, autorevole dottrina italiana propone di sospendere, con cautela e discrezione, solo parzialmente e solo provvisoriamente, una concezione del diritto costituzionale che si basa solo sulla tutela di valori sostanziali per favorire un approccio di natura procedurale[41]. Abbandonare l'attitudine così tipica del costituzionalismo moderno a fondare valori, garanzie di contenuto, «piattaforme assiologiche unificanti», per un'impostazione procedurale nasconde certo il pericolo di riportare il diritto costituzionale ad una fase di «proceduralismo avalutativo di impronta positivista». Nella prospettiva proposta, pur tuttavia, è verosimile che, ciclicamente, in fasi segnate da rapida ed intensa trasformazione del dato politico, sociale, culturale e scientifico-tecnologico, il primato dei valori sostanziali venga provvisoriamente messo in secondo piano, rispetto all'emersione della valenza procedurale del diritto e delle stesse Costituzioni[42]. Il tutto in attesa della riaffermazione di un equilibrio fra valori e del riconoscimento di un bilanciamento di interessi più condiviso e più avanzato; equilibrio e bilanciamento che siano in grado di fondare un biodiritto che si presenti come ipotesi risolutiva dei conflitti assestata e generalmente osservata.

Se tale posizione pare motivata da convincente realismo, riconoscendo le oggettive difficoltà del biodiritto contemporaneo, ci si può chiedere, d'altro canto, se non rappresenti un arretramento eccessivo del diritto ed in particolare del diritto costituzionale; se non nasconda insomma una sconfitta troppo pesante, ancorché provvisoria, delle

stesse ragioni alla base del fenomeno giuridico.

Per rispondere a tale obiezione si può sostenere come non sia raro che anche il diritto costituzionale si ritiri, in momenti di forte incertezza e transizione, sul versante procedurale[43].

Ed in mancanza di un accordo che possa fondare e sostenere una soluzione giuridica nel merito, anche l'elemento procedurale può assumere una forte valenza garantista. Il principio precauzionale, ad esempio, può intendersi in termini di «pre-principio di carattere procedurale», imponendo in settori a forte incertezza scientifica, dinamiche di onere della prova e di assunzione di responsabilità a tutela della vita umana o dell'ecosistema nei confronti di effetti potenzialmente, ma massicciamente, distruttivi[44].

Altri principi di carattere procedurale hanno valenza per così dire istruttoria, consentendo di preparare il terreno culturale per la futura decisione politica. I principi di informazione, di partecipazione, di collaborazione, già fatti propri da alcuni ordinamenti interni, dal diritto internazionale e da quello comunitario, sono rivolti alla costituzione delle sedi e delle condizioni di legittimazione in cui si possa, nel momento opportuno, adottare una scelta di merito ragionevole e motivata[45]. La legge 145 del 2001 di ratifica della convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina de1997, ad esempio, prevede espressamente che «Le parti firmatarie (...) prendono provvedimenti affinché le fondamentali questioni suscitate dagli sviluppi della biologia e della medicina divengano oggetto di discussione pubblica appropriata, alla luce, in particolare, delle specifiche implicazioni mediche, sociali, economiche, etiche e giuridiche, e affinché le possibili applicazioni di tali sviluppi divengano oggetto di consultazioni appropriate» (art. 28)[46].

6. a mo' di conclusione: biodiritto e pluralismo nello stato costituzionale

Fin qui, si è trattato di una serie di cerchi concentrici che, con gradi di precisione e vincolatività crescenti, dovrebbero orientare il contenuto delle decisioni giuridiche in bioetica. L'appartenenza ad una determinata famiglia giuridica, così, porta con sé il rispetto di alcuni principi base, i quali paiono caratterizzare tanto la natura del diritto oggettivo, quanto il rispetto di una serie di diritti soggettivi. Il riferimento ai principi fatti propri dalla Costituzione assolve la stessa funzione, ma visto il riferimento testuale, può contenere indicazioni più dettagliate e vincolanti. Alcune (poche) disposizioni della Costituzione o parte della giurisprudenza costituzionale, ancora, risultano talmente precise da non consentire oscillazioni di rilievo nell'interpretazione, a meno di non compiere atti creativi tanto improbabili quanto, di norma, ideologicamente orientati.

Al di fuori di quest'ultimo, più ridotto cerchio concentrico, al di fuori del cerchio del "costituzionalmente vincolato" sarà quindi il legislatore che potrà scegliere ed approvare il diritto della bioetica considerato più opportuno. Nell'esercitare tale attività, peraltro, si dovrà considerare il quadro procedurale indicato, anche sulla base della già rilevata sostanziale inutilità di un biodiritto approvato "a colpi di maggioranza".

Proprio sull'importanza in termini di garanzia di pluralismo che tale ultimo profilo dovrebbe assicurare, svolgeremo questa parte conclusiva.

Una delle possibili ricostruzioni dello stato costituzionale di diritto (e dei diritti) punta sulla necessaria pluralità degli organi chiamati, a diverso titolo e con differente legittimazione, a condividere le principali scelte dell'ordinamento[47]. Il Parlamento, in quanto organo direttamente rappresentativo, si pone certamente come principale attore nell'esercizio della funzione normativa (art. 70 Cost.). A differenza che nello stato di diritto, peraltro, lo stato costituzionale impone che il Parlamento non sia l'unico attore, e che non sia nemmeno quello che può dire l'ultima parola. Una parte, infatti, appartiene al Presidente della Repubblica cui la Costituzione affida il potere di promulgare, o di non promulgare, le leggi approvate dalle Camere. Ma, soprattutto, la Corte costituzionale ha il potere di dichiarare le leggi incostituzionali, espungendole così dall'ordinamento[48]. Da questo punto di vista, lo stato costituzionale decreta la fine della sovranità del Parlamento - e dello stesso popolo - e la sua sostituzione con una libertà limitata dalla Costituzione e dalla lettura che della costituzione danno altri organi: infatti «La sovranità appartiene [si] al popolo, che la esercita [però] nelle forme e nei limiti della Costituzione» (art. 1, comma 2 Cost)[49].

Essendo tale limite concepito in termini di garanzia dell'assetto costituzionale contro rischi di sempre possibile tirannia della maggioranza, risulta essenziale che gli organi che esercitano il controllo sulla produzione legislativa del Parlamento siano dotati di canali di legittimazione diversa e distante da esso. E' infatti la diversa composizione (sia

tecnica che in senso lato politica) che può comportare una diversa sensibilità (costituzionale) a permettere un efficace funzionamento dei limiti al potere della maggioranza e delle garanzie che connotano lo stato costituzionale. In questo senso, la pluralità e la diversità degli organi chiamati a partecipare, seppur a titolo assai diverso, all'indirizzo politico costituzionale conduce a quel dialogo che, molto di più di quanto possa fare un mero catalogo di diritti, può dare concretezza ai principi di separazione dei poteri e di garanzia dei diritti individuali che dal 1789 dovrebbero far parte del patrimonio genetico-costituzionale dello stato democratico[50]. Su questa linea, si potrebbe giungere a dire che il concetto di costituzione materiale nello stato costituzionale, formula che concentra la «forza normativa della volontà politica»[51] e che riassume i limiti alla revisione costituzionale, non possa che essere un concetto plurale. I principi costituzionali sostanziali che danno validità allo stesso sistema e che possono anche scostarsi dalle disposizioni testuali, in altri termini, sono legittimi solo se condivisi da una pluralità di organi di diversa "estrazione": fra essi, in Italia ed a livello istituzionale, il Parlamento, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale.

«Il paradosso di un sistema che, tutto ispirato alla massima valorizzazione del principio della democrazia rappresentativa, sottopone la volontà della massima autorità rappresentativa, il parlamento, al giudizio insindacabile di quindici saggi, scelti con metodi che rispondono a vari criteri ma non certo a quello della rappresentanza politica, questo paradosso si rivela, dunque, solo apparente (...): è il *diritto* che è stato scritto per limitare la *politica*. Sopra alla volontà della maggioranza investita dal corpo elettorale c'è il diritto, ed ad applicarlo c'è un giudice, la Corte costituzionale, che non risponde delle sue decisioni né al corpo elettorale né alla maggioranza che esso ha espresso»[52]. La principale garanzia dello stato costituzionale, secondo questa linea, si poggia su un pluralismo istituzionale che rappresenta anche il riflesso di percezioni culturali che già nella società si presentano distanti. Politeismo dei valori, pluralismo istituzionale e garanzia del diritto e dei diritti giungono così a costituire il circolo virtuoso che dovrebbe animare le dinamiche dello stato costituzionale contemporaneo.

Il pluralismo, sociale e istituzionale, non pare essere oggi particolarmente in voga; inteso come concetto postmoderno che esclude il raggiungimento della verità, è considerato da alcuni in termini prevalentemente negativi[53]. Per quanto detto, viceversa, una buona dose di pluralismo pare a chi scrive essenziale nella formazione di tutte le scelte rilevanti dello stato costituzionale, e pare esserlo a maggior ragione nella formazione delle scelte che abbiano a che fare con i temi bioetici.

Invece di attaccare il carattere plurale della società, della politica, del diritto per far emergere *la* forza dominante capace di adottare *la* decisione giusta, la quale poi coinvolgerebbe anche le minoranze e potenzialmente le generazioni future, si potrebbe (ri)provare a dare riconoscimento e legittimazione ai diversi attori interessati al procedimento (in senso lato) normativo proprio in virtù della loro diversità. In termini per così dire omeopatici, si potrebbe tentare di abituare il sistema a gestire dosi crescenti di pluralismo, anziché a combatterlo frontalmente; a considerarlo in termini fisiologici, anziché patologici, come mezzo per giungere gradualmente ad una decisione più condivisa ed utile. E questo nella consapevolezza che, oggi più di ieri, l'obiettivo del diritto non è il comando, ma il porre ordine ad una società i cui caratteri vanno rispettati, «giacché unicamente presupponendo e considerando quei caratteri non le si farà violenza e la si ordinerà effettivamente. Ordinare significa sempre rispettare la complessità sociale, la quale costituirà un vero e proprio limite per la volontà ordinante impedendo che questa degeneri in valutazione meramente soggettiva e quindi in arbitrio»[54].

Su questa linea, si vuole qui sottolineare come una dimensione procedurale che prenda sul serio e dia spazio ad una pluralità di contributi sia la forma che maggiormente incontra le caratteristiche dello stato costituzionale e quella che con maggiore probabilità permetterà di costruire un biodiritto utile anche oltre la ridotta sfera del "costituzionalmente vincolato".

In termini pratici, ogni decisione ed ogni decisore in bioetica già deve considerare fonti giuridiche plurali poste a livelli *territorialmente* diversi. Si va dal diritto internazionale pattizio al diritto comunitario, dal diritto statale ai margini riconosciuti alla legislazione concorrente regionale (fra cui, ad esempio, ricerca scientifica e tecnologica e tutela della salute ex art. 117, terzo comma). Il fenomeno della circolazione di modelli tra ordinamenti, inoltre, influenza certamente legislatori e giudici in misura maggiore che in altre aree del diritto.

Anche a livello interno, peraltro, va considerata una pluralità di livelli e di formanti *giuridici*. Il diritto della bioetica non si risolve certo con i principi caratterizzanti la famiglia giuridica d'appartenenza e con il diritto costituzionale. Al di sotto di quella legislativa (ma talvolta a fianco o sopra di essa), tutte le fonti secondarie fino ai decreti non regolamentari ed alle circolari[55], oltre che la componente dottrinale e soprattutto quella giurisprudenziale paiono svolgere un ruolo

certamente decisivo[56].

Ancora, può ricordarsi una pluralità di livelli in senso lato *culturali* del biodiritto. Oltre alla componente strettamente giuridica, va certamente sottolineato il contributo dell'attività svolta dai comitati etici al pari del ruolo normativo e di garanzia riconosciuto alla dimensione deontologica. Si pensi, al riguardo, alla sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002 in cui, fra l'altro, si riconoscono espressamente «i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione»[57]. Fra le dimensioni culturali del biodiritto pare utile ricordare anche il recupero da parte della stessa Corte costituzionale del pensiero scientifico il quale, orientato dalla sensibilità etica e sottoposto alla verifica costante della comunità scientifica, deve orientare la discrezionalità del legislatore in materia di scelte terapeutiche[58].

Ultimo, ma decisivo snodo della decisione in bioetica è costituito dal singolo operatore che, in base ai criteri menzionati ed in scienza e coscienza, è riconosciuto quale centro d'imputazione responsabile della scelta sul caso concreto. «Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali» conferma la Corte costituzionale «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia»[59].

Il quadro che del biodiritto si è illustrato non è certamente semplice né lineare. Chiunque voglia o debba cimentarsi con esso - dal cittadino all'operatore sanitario, dal componente di un comitato etico al legislatore - dovrebbe avere la capacità di orientarsi all'interno di una dimensione procedurale a più voci, articolata e complessa, in cui ogni componente è dotata di competenza e di legittimazione diverse ma complementari. Tale dimensione si allontana dall'ordinario procedimento legislativo, richiamando le norme, le garanzie, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le rispettive competenze sono esercitate, con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza; richiamando, in una formula sintetica, la *governance*[60]. Ed un altro (pure vago) principio evocato dall'inquadramento che del biodiritto si è dato riguarda la *sussidiarietà*, secondo cui ognuno dei livelli dovrebbe intervenire laddove possa farlo in termini più efficaci, con regole che possono variamente essere di *hard* o di *soft law*.

Si tratta, insomma di un biodiritto aperto, a geometria variabile, che basa il proprio riconoscimento sull'essere il risultato di una procedura dialogica, di contrapposizione anche accesa ma sempre intellettualmente onesta fra più componenti della società, della politica, delle religioni, della scienza, del diritto, della cultura[61]. Un dialogo in cui nessuno vince sulla base dei rapporti di forza, ma con-vince caso per caso chi dispone delle migliori argomentazioni[62]. In questa prospettiva, si potrebbe giungere alla formazione di un biodiritto che, più che altro, si legittima prevalentemente attraverso il carattere plurale del procedimento di formazione: *non veritas nec auctoritas sed pluritas facit legem*.

Si tratterebbe, in altri termini, di un biodiritto che, al di là dei limiti minimi e massimi di contenuto precedentemente illustrati, si mostrerebbe aperto a più componenti e compatibile con impostazioni ideologiche differenti. Tale risultato, in presenza di precise condizioni di carattere giuridico e culturale, è stato raggiunto dai legislatori di alcuni ordinamenti agendo su quello che in altra sede abbiamo definito *principio di non incompatibilità*[63]. In materia di procreazione assistita, ad esempio, il legislatore canadese è riuscito ad emanare nel 2004 una normativa sostanzialmente accettata da tutte le componenti ideologiche presenti nella società. Dopo aver accertato su quali pratiche ci fosse un'opinione largamente condivisa (divieto di creazione di chimere o della clonazione riproduttiva, ad esempio) si è cercato di individuare su quali principi ci fosse, da parte di una larghissima parte degli orientamenti, se non un accordo, perlomeno non un rifiuto netto e totale. Ogni componente politica e sociale, così, è stata indotta a selezionare i (pochi) principi irrinunciabili rispetto a quelli che, pur non condivisi, avrebbero potuto costituire oggetto di compromesso. Questo sulla base della volontà comune di evitare che una società fortemente plurale fosse disciplinata da una legge fondata su un principio di assolutismo giuridico. Nelle legge, quindi, sono confluiti tutti i principi su cui non si sono registrate opposizioni insuperabili, mentre sono state escluse quelle pratiche che, anche da parte di un solo gruppo, potessero essere invise al punto da pregiudicare il riconoscimento complessivo della normativa[64]. Grazie a questo sistema di veti incrociati ma limitati, la legge ha impiegato una decina d'anni ad essere approvata, ma può ora godere di una legittimazione complessiva. Se alcuni profili della disciplina, inevitabilmente, sono rimasti oggetto di critica anche accesa, l'idea di inserire nella legge principi, diritti, doveri e limiti i quali fossero, se non apertamente accettati,

perlomeno *non incompatibili* con le posizioni ideologiche di fondo di tutte le componenti interessate, ha permesso di scrivere una legge rispettosa delle diverse esigenze sociali e sostenuta da una complessiva accettazione; una legge che ha spinto i diversi orientamenti a ricercare, in uno spirito di confronto aperto ed intellettualmente onesto, tutti i punti sostenibili d'unione[65].

Per raggiungere obiettivi del genere, la struttura del biodiritto dovrebbe anch'essa scomporsi secondo una prima serie di disposizioni strettamente giuridiche e vincolanti ed una seconda serie di regole di condotta variamente dettagliate ed aperte ad una pluralità di applicazioni concrete. Tale profilo potrebbe permettere un biodiritto non irrimediabilmente impedito dal pluralismo culturale né definitivamente in ritardo rispetto ad ogni nuova scoperta, ma che abbia in se stesso quel tanto di flessibilità che potrebbe renderlo accettato ed efficiente[66].

Una prospettiva di biodiritto utile, tollerante ed aperta, in linea con i principi dello stato costituzionale, certamente non facile da raggiungere, ma, come altri ordinamenti dimostrano, non del tutto impossibile.

* in corso di pubblicazione in C. Casonato, C. Piciocchi (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, CEDAM.

[1] R. Bin., *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004, 56.

[2] Cfr., fra gli altri, L. Palazzani in *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, 7, scrive: «La bioetica vive in una situazione paradossale: quanto più fortemente si avverte l'urgenza della risoluzione delle problematiche bioetiche, tanto più emerge e si acutizza il divario tra l'accelerazione incalzante del progresso tecno-scientifico e la lentezza nella elaborazione di una risposta».

[3] «In realtà esistono tanti abbozzi di *bio-diritto* quante sono le idee di vita che - in modo più o meno consapevole e coerente - sorreggono le *rationes* delle norme che, nei diversi settori, esprimono *bio-diritto*»: A. Costanzo, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Istituto Siciliano di Bioetica, Acireale, 2002, 54.

[4] Si veda l'*Introduzione* di S. Rodotà a *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, XI in cui si ricorda come «la mancanza di valori condivisi non possa essere sostituita da "un'etica dei più", imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie».

[5] I fraintendimenti del diritto lo renderebbero controproducente e sgradevole per l'uomo di oggi. Sgradevole «perché gli piove dall'alto e da lontano, assomigliando al tegolo che cade da un tetto sulla testa di un passante; gli sa di potere, di comando, di comando autoritario, evocando immediatamente l'immagine sgradevolissima del giudice e del funzionario di polizia, con l'ulteriore possibilità di sanzioni e di coercizioni». Controproducente per il «rischio probabile di una separazione fra diritto e società, con un cittadino più povero perché gli sfugge di mano uno strumento prezioso del vivere civile, con il diritto sostanzialmente esiliato dalla coscienza comune, con il giurista - cioè con colui che sa di diritto - relegato in un cantuccio e assai poco partecipe della complessiva circolazione culturale». Citiamo da P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 6.

[6] «La possibilità di ottenere l'adempimento spontaneo; la possibilità di coercire l'adempimento; l'utilità e la compatibilità in relazione al sistema: insomma gli effetti di una regola sulla condotta sociale e sull'insieme dell'ordinamento, queste sono le preoccupazioni del giurista»: P. Zatti, *Verso un diritto per la bioetica*, in C.M. MAZZONI, *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 71.

[7] In ogni caso, la legge 40 del 2004 pare incoerente rispetto alle legge 194 in materia di interruzione volontaria della gravidanza (Cfr., ad esempio, quanto sostenuto da G. Benagiano, *Legge 40/2004: le critiche di un conservatore*, in *Bioetica*, 2004, 221), in sé contraddittoria, inapplicabile e - ci pare - incostituzionale laddove, ad esempio, vieta la revoca del consenso al trattamento una volta fecondato l'ovulo (art. 6, comma 3). E le forti critiche espresse hanno convinto le stesse forze politiche proponenti a correggere la legge in sede di linee guida emanate con decreto ministeriale, con procedura che suscita perplessità in termini di rispetto del sistema gerarchico delle fonti. Si tratta delle linee guida, peraltro stranamente considerate vincolanti, previste all'art. 7 della legge 40 ed adottate con decreto del

ministero della salute di data 21 luglio 2004, ora pubblicate in G.U. n. 191 del 16 agosto 2004. Al riguardo, fra i molti studi nella prospettiva pubblicistica, cfr. i contributi apparsi nel forum di *Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, 453; C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge 40/2004*, in *Diritto pubblico*, 2004, 532; E. Camassa, C. Casonato (a cura di), *La procreazione assistita: ombre e luci*, Trento, 2005.

[8] V. Pocar, *Sul ruolo del diritto in bioetica*, in *Sociologia del diritto*, 1999, 164.

[9] Ci riferiamo alla vicinanza delle due fattispecie nei famosi casi *Ms B* e *Diane Pretty* la quale ha confermato come la base della diversa considerazione giuridica della eutanasia passiva (interruzione di trattamenti anche *life-saving*, oggetto di diritto costituzionale: art. 32 cost.) rispetto a quella attiva (diretta e indiretta, condotta penalmente rilevante: artt. 579, 580 cod. pen.) si basi esclusivamente sul carattere interno o esterno della causa della morte. Al riguardo, ci si consenta di rinviare a C. Casonato, *Morte dignitosa e sospensione delle cure: ordinamenti giuridici a confronto* (<http://www.jus.unitn.it/dsg/ricerche/biodiritto/home.html>), 2003.

[10] Oltre al caso italiano cd. Forzatti, si veda, ad esempio, la memoria presentata da alcuni professori di diritto in relazione ai casi *Vacco v. Quill*, 521 US 793 (1997) e *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997): *Brief Amicus Curiae of Law Professors in Support of Respondents*, 13: «Although it is an "open secret" that such technically illegal practices are taking place, prosecutions and disciplinary actions against the medical personnel involved have thus far been almost non-existent».

[11] Cfr. U. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1996, 35.

[12] Altre considerazioni *infra* in sede conclusiva.

[13] Ci si perdoni la brutale sintesi. Il riferimento va a G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2004, I, 102 e ss.

[14] Si veda ancora G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 346 e ss.

[15] «La legittimazione del giurista (...) non è né religiosa né politica, ma principalmente tecnica»: U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, 51 e ss. che riportano a p. 68 la successiva citazione di Rudolf B. Schlesinger.

[16] Cfr. ad esempio, quanto riportato da F. Bertolini, *Principio di laicità ed attitudine dello Stato alla autonoma determinazione di sé*, nel sito dell'associazione italiana dei costituzionalisti (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/bertolini.html>), secondo cui «la completa equiparazione delle manifestazioni del sentimento religioso ad ogni altra espressione di sentimento interiore, proprio in quanto unita al principio della indifferenza dello Stato verso le fedi religiose, doveva condurre, per forza sua propria, ad una sorta di necessaria "neutralità degli apparati pubblici dinanzi alle istanze emergenti di tempo in tempo dalla comunità" a prescindere dalla loro intrinseca natura e dal loro contenuto (F. Rimoli, *Laicità (dir. cost.)*, *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma 1995, *sub voce*, 2). Dall'altro lato, la valorizzazione del principio pluralista ed il recupero della specificità del fenomeno religioso in quanto tale - che nella costituzione italiana si alimentano in particolare sul disposto degli articoli 7 e 8, secondo comma - avrebbero invece determinato "il passaggio dalla concezione negativa della libertà religiosa ... ad una concezione eminentemente positiva" con il conseguente intervento fattivo dello Stato nella regolazione degli istituti attraverso i quali si estrinseca la religiosità dei consociati tramite "una legislazione sempre più attenta e minuziosa ... che da un lato attiva a livello comunitario le libertà dei singoli e dall'altro legittima le diversità, religiose ed ideologiche" (C. Cardia, *Stato laico*, *Enc. Dir.*, XLIII, Milano 1990, *sub voce*, 879, 890), implicando necessariamente non la neutralità dell'ordinamento, ma invece la sua apertura al radicamento di valori per la qualificazione dei suoi scopi (S. Mangiameli, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale»*, in *Diritto e società* 1996, 51). Certamente la costituzione italiana prevede, a fianco della negazione di una religione di stato e di una tendenziale eguaglianza delle religioni («Tutte le religioni sono egualmente libere»: art. 8, e si vedano gli artt. 3, 19 e 20) anche disposizioni che rivelano una particolare attenzione per la Chiesa cattolica. Si veda ad esempio, l'art. 7: «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani».

[17] Citiamo da V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera,

[18] Sul ruolo della tutela dei diritti umani come quadro di riferimento e limite negativo alla costruzione del biodiritto, si veda M. Casado, *Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética*, in C.M. Romeo Casabona (coord.), *Derecho biomédico y bioética*, granata, 1998, 113; A. Bompiani, A. Lo reti Beghè, L. Marini, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2001.

[19] Sui rapporti fra Costituzione e bioetica e sulle possibili diverse interpretazioni del tema, si vedano, fra gli altri, AA.VV., *Forum Bioetica e Costituzione* ospitato dalla *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 295; G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto*, Torino, 1993, 29; P. Cattorini, E.D'Orazio, V. Pocar, *Bioetiche in dialogo*, Milano, 1999. Di Costituzione coinvolta nelle questioni bioetiche parla C. Magnani, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Urbino, 1999, 133.

[20] Al riguardo, va ricordato come nella proposta di revisione costituzionale in discussione alla Camera al momento della stesura del presente lavoro, le «norme generali sulla tutela della salute» tornino ad essere di espressa competenza esclusiva statale. Cfr. l'inserimento della lettera *m-bis*) nel secondo comma dell'art. 117 ad opera del disegno di legge costituzionale AC 4862.

[21] Il riferimento è alla posizione di parte della dottrina italiana, fortemente isolata sul piano internazionale, che, negandone la qualifica di "trattamento sanitario", giunge ad escludere la nutrizione ed idratazione artificiale dal contenuto del diritto al consenso e "dissenso" ai sensi dell'art. 32, secondo comma della costituzione. Il parere del Comitato nazionale per la bioetica del 18 dicembre 2003 sulle dichiarazioni anticipate di trattamento riporta come anche i componenti che ritengono nutrizione e idratazione «atti eticamente e deontologicamente doverosi» esclusi dalla disponibilità (dal legittimo rifiuto) del paziente non arrivano ad imporli nel caso in cui risultino «gravose»: cfr. la pagina 11 del parere al sito: http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf.

Simile impostazione era già contenuta anche nel punto 120 della Carta degli operatori sanitari pubblicata nel 1994 dal Pontificio Consiglio della Pastorale per gli operatori sanitari: «l'alimentazione e la nutrizione, anche artificialmente amministrate, rientrano tra le cure normali dovute sempre all'ammalato quando non risultino gravose per lui». Cfr. D. Neri, *Note sul documento del CNB sulle «Dichiarazioni anticipate di trattamento»*, in *Bioetica*, 2004, 192.

[22] Riassumiamo in una formula, senza volerla banalizzare, una delle possibili chiavi di lettura di un contrasto di impostazioni molto forte. Contro categorizzazioni di tal genere, cfr. A. Baldassarre, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. Volpi (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, 2001, 42, secondo cui «questa contrapposizione [fra una visione "laica" e una visione religiosa] è in realtà inesistente, perché inesistente, oltretutto logicamente impossibile, è una concezione "laica" del diritto alla vita». Si veda, d'altro canto, l'utilizzo dei termini «laico» e «cattolico» adottato da C. Flamigni, *Sulla "legge cattolica" per la fecondazione assistita in Italia*, in *Bioetica*, 2003, 733, oppure trattato da L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., 12.

[23] La definizione è di G.F. Ferrari, *Bioteologie e diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, IV, 1566.

[24] A. Baldassarre, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, cit., 29. Sul concetto di costituzione proceduralista, vedi *infra*.

[25] A. Baldassarre, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, cit., 40.

[26] La sintesi è ripresa da G.F. Ferrari, , *Bioteologie e diritto costituzionale*, cit., 1568. Si veda U. Scarpelli (raccolta di scritti a cura di M. Mori), *Bioetica laica*, Milano, 1998; P. Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, 213 e 61 oltre che *l'Omaggio a Uberto Scarpelli*, a cura della stessa P. Borsellino ospitato da *Bioetica*, 4/2003, 651 cui si rinvia anche per spunti bibliografici.

[27] Il riferimento è ancora a .F. Ferrari, , *Bioteologie e diritto costituzionale*, cit., 1568, che richiama il contributo di L. Chieffi, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 88 ss..

[28] Ad esempio: tutela dell'embrione, morte dignitosa, diritto di procreare. Su quest'ultimo aspetto, cfr. F. Pastore, //

diritto di procreare: natura, titolarità e limiti, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, 159.

[29] V. Baldini, *Introduzione. Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, cit., 10.

[30] Il testo recita: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

[31] Il fondamento del principio (anche costituzionale) del consenso, infatti, pare stare nel fatto che la scelta sull'*an* del trattamento sia di carattere personale e possa essere quindi motivata non solo da motivi oggettivi di ordine medico-sanitario, ma anche, e talvolta soprattutto, da criteri individuali più comprensivi di carattere morale che fanno riferimento all'autopercezione di sé, del proprio corpo, della propria immagine, della propria vita.

[32] Il riferimento è alla donna del milanese capace di intendere e di volere che alla fine del gennaio del 2004 aveva rifiutato l'amputazione del piede, pur consapevole che la setticemia conseguente al mancato intervento sarebbe stata letale.

[33] Il riferimento alla vicenda delle emotrasfusioni nei confronti dei Testimoni di Geova può far riflettere sul ritardo con cui un chiaro principio costituzionale ha ricevuto applicazione. Ed applicazione non ancora completa, visto *

[34] Al riguardo si veda il parere sulle dichiarazioni anticipate di trattamento emesso nel dicembre 2003 dal Comitato nazionale per la bioetica (p. 11) in cui è riassunta la posizione di alcuni componenti il collegio i quali sostengono che l'alimentazione e l'idratazione artificiale «quando non risultino gravose per [il paziente], costituirebbero invece, atti eticamente e deontologicamente doverosi, nella misura in cui - proporzionati alle condizioni cliniche - contribuiscono ad eliminare le sofferenze del malato terminale e la cui omissione realizzerebbe una ipotesi di eutanasia passiva»: http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf.

[35] Si tratta delle sentenze n. 409 del 1989 e n. 467 del 1991. Al riguardo, in generale, cfr. E. Rossi, *Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale: alcune riflessioni*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *Isoggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 257; A. Guarino, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992; R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994; R. Navarro Valls, J. Martinez Torron, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, 1995. Per quanto riguarda più da vicino il ruolo dell'obiezione di coscienza in bioetica, cfr. G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto*, cit., 107; A. Costanzo, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, cit., 69 e la bibliografia *ivi* citata.

[36] Sul cosiddetto diritto alla salute si vedano, fra i molti, i contributi all'interno di L. Chieffi, *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003. Le altre tematiche citate hanno trovato una riflessione trainante soprattutto a livello etico e deontologico. Pure, gli articoli 2, 3, 13 e 32 paiono poter costituire le basi per un rispettivo inquadramento a livello costituzionale.

[37] In termini generale, cfr. già G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 39 e ss.

[38] Si veda, fra gli altri, P. Iagulli, *"Diritti riproduttivi" e riproduzione artificiale*, Torino, 2001.

[39] Sulla pluralità degli agenti chiamati alla difficile operazione, cfr. *infra*.

[40] W. Van der Burg, *Law and Bioethics*, in P. Singer, H. Kuhse, *A Companion to Bioethics*, cit., 55.

[41] Seguiamo in queste argomentazioni G.F. Ferrari, *Bioteologie e diritto costituzionale*, cit., 1570, da cui prendiamo anche le successive citazioni.

[42] «Pare dunque logico che in una stagione caratterizzata da simili transizioni epistemologiche e culturali la pur indiscutibile pregnanza dei valori sostanziali venga doppiata dalla massiccia presenza dei principi procedurali, destinati

anzi temporaneamente a prevalere»: G.F. Ferrari, *Bioteologie e diritto costituzionale*, cit., 1571.

[43] L'esempio fatto dallo stesso G.F. Ferrari, *Bioteologie e diritto costituzionale*, cit., 1570 è rivolto alle dottrine della *procedural* rispetto alla *substantive due process* nella storia costituzionale statunitense.

[44] Il riferimento va ancora a G.F. Ferrari, *Bioteologie e diritto costituzionale*, cit., 1573 in cui una disanima della nascita, dell'affermazione a livello comunitario e dei singoli paesi membri del principio oltre che delle sue valenze.

[45] Cfr. G.F. Ferrari, *Bioteologie e diritto costituzionale*, cit., 1575.

[46] Se la legge 145 del 2001 ratifica e dà esecuzione alla Convenzione di Oviedo, va peraltro ricordato come l'Italia non figuri fra gli Stati che hanno ratificato la Convenzione stessa. Questo, a motivo non tanto della mancanza dei decreti legislativi di attuazione, quanto per l'inspiegabile mancato deposito presso il Consiglio d'Europa dello strumento di ratifica: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm>.

[47] In generale, ci si permetta il riferimento a C. Casonato, *Judges and Rights: Activism, Restraints, and Legitimacy*, in C. Casonato, *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, 2004, 27 e ss.

[48] Il Parlamento potrà certamente riapprovare la legge, sfidando la Corte la quale potrà a sua volta ridichiararla incostituzionale. Il Parlamento, allora, potrebbe "alzare" il livello del conflitto approvando, con le procedure aggravate richieste, una legge di revisione costituzionale. Anche tale mossa, peraltro, potrebbe non essere definitiva visto il potere che la Corte si è assunta - ma che non ha mai esercitato - di controllare la legittimità costituzionale anche delle leggi costituzionali e di revisione (sent, 1146 del 1988).

[49] Così, «le Costituzioni hanno lo scopo di regolare e vincolare, quindi anche di limitare, i poteri, compresi quelli supremi (...). La Costituzione nasce sì per regolare le forme di esercizio del potere attribuito al popolo, ma anche, o ancor prima, per fissare i "confini" di questo potere, dunque per limitarlo. Anche il "popolo sovrano" non può e non deve essere un sovrano assoluto (...). Si potrebbe dire: se c'è un sovrano assoluto, sia pure esso il popolo, non c'è Costituzione»: V. Onida, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 21.

[50] Il riferimento è all'art. 16 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto del 1789: «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione».

[51] G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 124.

[52] Citiamo da R. Bin, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002, 19 e s.

[53] Per limitarsi alla più recente dottrina in materia biogiuridica, si veda L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., 7 e ss. «Due sono i principali fattori rintracciabili del ritardo della riflessione bioetica: l'interdisciplinarietà e il pluralismo». Il pensiero postmoderno, in questi termini, sarebbe condannato ad una «frantumazione pluralistica», al «"contingentismo" più radicale», alla «prospettiva scettica del non-cognitivismo teorico» ad una considerazione della natura come «insieme casuale e complesso, plurale e frammentato di fenomeni e di accadimenti situazionali (nello spazio) e puntuali (nel tempo)». In questo panorama, «l'etica o non ha alcuna verità o ha solo verità soggettive»: Idem, 10 e s. Ma si pensi, in termini generali, all'accezione fortemente negativa data di consueto ad ogni forma di relativismo.

[54] P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., 16 e s.; P. Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., 208.

[55] Si pensi alla circolare Degan che ha disciplinato, parzialmente, la procreazione assistita per quasi vent'anni, o alle linee guida del 4 agosto 2004 emanate in attuazione alla legge 40 del 2004 con decreto ministeriale non regolamentare.

[56] Fra gli altri, se veda il numero monografico a cura di A. Santosuosso, *Le questioni bioetiche davanti alle Corti: le regole sono poste dai giudici?*, di *Politeia*, 2002, n. 65.

[57] E in caso di possibile antinomia fra componente giuridica e deontologica il giuramento professionale del medico prevede di osservare le norme giuridiche «che non risultino in contrasto con gli scopi della mia professione».

[58] Un «intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sentenza n. 185 del 1998)». Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002, confermata, per quanto riguarda i limiti della potestà legislative concorrente, dalla sentenza n. 338 del 2003. In termini generali, si è parlato di «internormativités», intesa come una regolazione articolata «entre le social, le politique et le juridique, entre la science, l'éthique et le droit». Riprende la formula P. Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, 192

[59] Utilizziamo analogicamente brani tratti dalla sentenza 282 del 2002.

[60] Il riferimento è alla cosiddetta *governance* europea su cui si veda il libro bianco della Commissione delle Comunità Europee del settembre 2001.

[61] Già si veda S. Rodotà, *Introduzione* a S. Rodotà, *Questioni di bioetica*, cit., X, che, pure in riferimento alla bioetica, non al biodiritto, parla di «un luogo di incessante elaborazione e confronto, (...) con l'obiettivo di fornire i materiali necessari perché, se e quando appaia necessario, si giunga a definire sistemi normativi diversi e eventualmente integrati, affidati alla regola legislativa o amministrativa o giudiziaria, alla deontologia, alla persuasione morale, al controllo sociale». Cfr. anche P. Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, cit., 191, 209; Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001, 298; dnick, *The Ground of Dialogical Bioethics*, in *Health Care Analysis*, 2002, 391. Di segno contrario, lo scetticismo di F. D'Agostino, *Introduzione*, in L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., VIII: «Si continua a pensare (...) di poter attivare attraverso la *bioetica* (...) una generica (e, se si vuole, generosa) prospettiva di riflessione pluralista ed interdisciplinare che dovrebbe (solo in nome del suo carattere pluralista e interdisciplinare) avere la forza di *orientare* la ricerca e la pratica scientifica e biomedica (...). Di una cosa possiamo comunque andare certi: non è attraverso il confronto interdisciplinare sui più scottanti e nuovi problemi della biomedicina (come si continua a ipotizzare ingenuamente), non è in forza dell'ossequio reciproco, che si sviluppa inevitabilmente tra "esperti" gentili e penserosi, riuniti a discutere attorno a un tavolo, che di per sé può scaturire un pensiero migliore di quello tradizionalmente elaborato, con sforzi tragicamente solitari, da filosofici accademici».

[62] Cfr. C. Labrusse-Riou, *Destino biologico e finalità del diritto*, in S. Rodotà (a cura di), *Questioni di bioetica*, cit., 383. Cfr. G. Gilet, *Reasoning In Bioethics*, in *Bioethics*, 2003, 243. A. Alvarez, *How rational Should Bioethics Be?*, in *Bioethics*, 2003, 501.

[63] Si permetta, al riguardo, rinviare a C. Casonato, *Procreazione assistita e pluralismo: l'esempio dell'Assisted Human Reproduction Act canadese*, in <http://www.jus.unitn.it/dsg/ricerche/biodiritto/home.html>.

[64] Si tratta, ad esempio, dei divieti di clonazione terapeutica e di ingegneria genetica sulla linea germinale; divieti per cui la AHRA è diffusamente criticata per l'eccessiva chiusura.

[65] Nonostante le aperture sulla ricerca sugli embrioni sovranumerari o sulla selezione embrionaria, ad esempio, la *Canadian Conference of Catholic Bishops* non si è opposta alla legge: <http://www.genetics-and-society.org/policies/other/canada.html>.

[66] Già in M. Mori, *La «novità» della bioetica*, in S. Rodotà (a cura di), *Questioni di bioetica*, cit., 415. In termini positivi vogliamo ricordare l'accordo raggiunto fra le diverse anime del Comitato nazionale per la bioetica italiano in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento. Un esempio di tali caratteri pare rinvenirsi nella legge canadese sulla procreazione assistita.