

I Unità – Biodiritto

a) Cos'è diritto?

- Qual è il rapporto fra diritto e giustizia? Sono sinonimi?
 - Definizioni dei vocabolari
 - a) Diritto = complesso di norme legislative o consuetudinarie che disciplinano i rapporti sociali (Zingarelli)
 - b) Diritto = complesso di norme imposte con provvedimenti legislativi o vigenti per consuetudine, sulle quali si fondano i rapporti tra i membri di una comunità o si definiscono quelli tra comunità estranee (Devoto Oli)
 - c) Diritto = interesse tutelato dalla legge mediante la garanzia di una diretta utilità sostanziale (Zingarelli)
 - d) Diritto = possibilità o facoltà derivante da norme o da consuetudini di natura non strettamente giuridica, da consuetudini o convenzioni comunemente accettate, da particolari condizioni o circostanze (Devoto Oli)
 - Etimologia: rimanda al latino *directum* (aggettivo che sta ad indicare l'esser retto, corretto, esatto, affidabile, riferito ad una persona, ad un comportamento o ad una situazione)



Diritto non è sinonimo di giuridico: constatazione confermata dall'etimologia di giuridico, che rimanda al latino *jus*, collegabile a

- *jungere* (= unire, congiungere),
- a *yos* (indicante una formula portafortuna): sanscrito

Resta aperto l'interrogativo: posta la loro attuale distinzione, diritto e giustizia sono mai stati sinonimi? Se sì, quando si è consumata la differenziazione?

b) Il diritto nella storia

a) Il diritto romano.

- Il diritto romano è un diritto essenzialmente giurisprudenziale
- Il magistrato interveniva quando individuava delle irregolarità rispetto alla norma, che era definita dal ripetersi costante e regolare di comportamenti tenuti dai cittadini
- Permangono tuttavia l'essenza morale e la radice ontologica del diritto → giuristi romani si dichiaravano autentici sacerdoti della giustizia, ricercatori della vera giustizia
- La giustizia era rappresentata simbolicamente dalla dea *Iustitia* che proclamava lo *ius* quando l'ago (*examen*) della bilancia era completamente verticale, ossia retto (*rectum*) o perfettamente retto (*de + rectum*)
- la giustizia era definita come la volontà costante e perenne di dare a ciascuno il suo
- i precetti fondamentali della giustizia erano vivere onestamente (*honeste vivere*), non arrecar danno ad alcuno (*neminem ledere*) ed attribuire a ciascuno il suo (*suum cuique tribuere*).

b) Il diritto nella modernità

- La realtà giuridica pre-moderna aveva un diritto essenzialmente giurisprudenziale, caratterizzato dall'esistenza di una pluralità di fonti, tra loro spesso confliggenti, il cui principio di legittimazione risiedeva nella massima ciceroniana *lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens contraria*
↓ ↓ ↓
- Determinazione di una molteplicità di *status* e/o di appartenenze cetuali, cui corrispondeva una pluralità di diritti, che erano la risultante di una sorta di intreccio di interessi e diritti soggettivi tali da impedire o rendere molto difficile qualsiasi cambiamento

c) Illuminismo e diritto positivo

- Si realizza il convergere di alcuni fattori quali
 - ✓ emersione della classe borghese
 - ✓ affermarsi della temperie culturale illuminista↓ ↓ ↓
- si costituisce diritto nelle forme attualmente conosciute, particolarmente per il suo inquadrarsi in un modello quale quello dello Stato di diritto
- in particolare un diritto
 - ✓ quale strumento pedagogico mediante il quale educare l'uomo nel suo avvicinarsi sempre più all'ideale mediante il quale educare l'uomo nel suo avvicinarsi sempre più all'ideale di uomo illuminato dalla ragione
 - ✓ diritto
 - ✓ quale *ius positum*: la positività quale garanzia di
 - certezza
 - chiarezza
 - ✓ astratto
 - ✓ generale
- un diritto, nel cui ambito sono state individuate alcune unità di misura
 - ✓ spazio: territorio dello Stato
 - ✓ tempo: vigenza sull'esistente
 - ✓ soggetti: individui
- un diritto che ragiona in termini di liceità/illiceità, espungendo ogni considerazione morale.

c) *Scienza e diritto*

- Per molto tempo diritto e scienza sono state realtà in una condizione di sostanziale indifferenza:
 - le questioni di natura etica non emergevano in quanto già risolte all'interno della società
 - il diritto era interpellato sostanzialmente per questioni riguardanti le controversie in materia di proprietà intellettuale
- Rapporto radicalmente cambiato negli ultimi decenni, a causa dei cambiamenti subiti dalla scienza (particolarmente le biotecnologie)
Per queste ultime si ricorda
 - complessità essenziale
 - irruzione dell'elemento della decisioneA questi aspetti corrisponde
 - un disorientamento da parte della società
 - una difficoltà ad elaborare criteri di valutazione, atti ad orientare le decisioni in materia
↓ ↓ ↓
 - ricorso sempre più sistematico al diritto affinché sciogla i nodi problematici che la società non sembra essere più in grado di sciogliere
- Tutto ciò ha dato luogo ad una serie di criticità per quanto concerne il diritto
 - a) Snaturamento progressivo della funzione del diritto: da strumento utile per regolare la coesistenza diventa strumento utilizzato per formulare valutazioni di natura etica
 - b) criticità emergenti per quanto concerne le cd "misure" del diritto
 - ✓ spazio: superamento della territorialità
 - ✓ tempo: non più tempo dell'esistente, ma un prolungamento verso il futuro
 - ✓ soggetti: emersione di nuove soggettività (generazioni future, esseri viventi non umani)
 - attenzione alle generazioni future evidenzia almeno tre ordini di criticità
 - estensione del tempo oltre il presente
 - individuazione dei soggetti titolati a chiederne la tutela
 - principio di precauzione (aberrazione giuridica)

d) Biodiritto

- Il biodiritto si connota essenzialmente come approccio giuridico alle questioni che nascono dal progresso delle scienze della vita e della salute.
- Le sue origini risalgono agli anni '60 del XX secolo, specialmente negli USA, quando in un clima culturale nel quale si pone sempre maggiore attenzione ai diritti individuali: in tale contesto si avvia un processo nel corso del quale si tende ad accentuare le dimensioni della libertà e dell'uguaglianza (p.es., affermazione del principio di autodeterminazione e della necessità di acquisire un consenso informato). Tutto ciò in un contesto nel quale la ricerca scientifica e la prassi medica conoscono un'evoluzione importantissima, nel corso della quale sono messe a punto una serie di innovazioni che fanno sì che momenti e situazioni, caratterizzati da un'ineluttabilità essenziale, diventino luoghi in cui è possibile esercitare scelte, con un conseguente aumento esponenziale della problematicità di giuridificazione di tali possibilità.
- Il biodiritto non è mera intersezione tra diritto e bioetica, potendosi rintracciare le origine in tempi anteriori alla costituzione della bioetica, ma certamente condivide gran parte dell'oggetto di interesse della disciplina.
- Oggetto del biodiritto è dato dalle questioni poste dalle scienze della vita e dalla biomedicina, questioni caratterizzate da forte innovatività ed evoluzione che finiscono per caratterizzare l'oggetto del biodiritto come intrinsecamente incerto.
- L'incertezza dell'oggetto del biodiritto deriva, oltre che dall'essenziale imprevedibilità del *bios*, dal mutamento tanto del paradigma biologico, quanto di quello giuridico.
 - ✓ Il *mutamento del paradigma biologico* è conseguente ad un cambiamento radicale che si è realizzato grazie ai progressi nella ricerca e nelle conseguenti possibilità applicative: quelli che ieri erano considerati fatti oggi si trasformano in possibilità su cui poter o dover scegliere a livello individuale o collettivo.
 - ✓ Il *mutamento del paradigma giuridico* è
 - mutamento dettato dal progredire delle conoscenze e delle possibilità applicative
 - mutamento determinato a sua volta dal mutamento del paradigma biologico: quelli che prima erano fatti, ora sono diventati luoghi in cui si possono compiere scelte individuali e sociali
 - mutamento che evidenzia la convenzionalità delle definizioni giuridiche (cfr. questione dell'individuazione/definizione dell'inizio vita)
 - ↓ ↓ ↓
 - ritardo fisiologico del diritto, determinato da almeno tre ordini di ragioni
 - lentezza del formarsi del diritto, che, per acquisire quella stabilità che gli è essenziale, richiede i tempi della mediazione e del rilievo di un consenso diffuso
 - differenza essenziale tra diritto e scienza → se la scienza può essere riprodotta nello stesso modo in ogni parte del mondo, non altrettanto avviene per il diritto che è legato a culture e principi ordinamentali
 - oggetto del biodiritto: le questioni da disciplinare spesso interpellano strutture di coscienza e morali → difficoltà intrinseca nel reperire una soluzione condivisa

Emblematica di tale mutamento è la definizione di morte.

- ✓ La *definizione giuridica di morte* ha subito un'evoluzione, dettata dal progresso della conoscenza scientifica e dalle possibilità applicative che si sono profilate con l'avvento dei trapianti.
- ✓ In ambito giuridico si è assistito ad un cambiamento dei criteri di accertamento dell'avvenuto decesso di una persona: dal criterio respiratorio (si accertava la fine della respirazione con mezzi empirici), si è passati all'arresto del battito cardiaco (=cessazione dell'attività cardiocircolatoria), fino alla "cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo" (art. 1 legge 29 dicembre 1993, n.578).
- ✓ Attenzione: si possono avere definizioni differenti, o meglio adottare criteri giuridici di accertamento differenti a seconda del contesto culturale.
↓ ↓ ↓
- ✓ In Giappone si adotta il criterio dell'arresto cardiocircolatorio, a meno che il soggetto non esprima espressamente che il criterio da utilizzare debba essere quello della cessazione dell'attività encefalica.
- ✓ In New Jersey, si adotta il criterio della cessazione dell'attività cerebrale, ma può essere richiesto che sia utilizzato il criterio dell'arresto cardiocircolatorio (nel caso si ritenga che il primo violi le credenze religiose dell'interessato). → Si potrebbero avere effetti paradossali di un individuo dichiarato morto, secondo il criterio della morte cerebrale, che potrebbe essere "risuscitato" giuridicamente in NJ, se avesse scelto come criterio di accertamento l'arresto cardiocircolatorio