

## **Il biodiritto**

Dopo aver percorso un itinerario lungo il quale si è indagato in ordine alla bioetica, appare importante, a questo punto, soffermarsi sul diritto, specialmente nel suo relazionarsi con la scienza, per poi giungere ad una breve disamina del biodiritto.

### **1. Cos'è diritto?**

Non sembra possibile esimersi da tale considerazione in ragione del fatto che le questioni poste dalla scienza contemporanea, meglio ancora dalle possibilità di applicazione della medesima, sempre più interpellano il diritto, affinché questi intervenga a disciplinarle in maniera quanto più possibile inequivocabile, affidandogli l'onere di sciogliere i nodi e le problematiche etiche che la società non sembra essere in grado di dipanare. Il primo passo da compiere è quello di verificare cosa si intenda quando si nomina il diritto.

Ordinariamente emerge una concezione del diritto per la quale la giuridicità rimanda alla dimensione della giustizia: il diritto non dovrebbe far altro che ricostituire la giustizia, quando questa appare infranta. Il senso comune sembrerebbe, dunque, usare indifferentemente i termini diritto e giustizia, unendoli in un vincolo inscindibile: la giustizia sarebbe così l'essenza del diritto

Cercando sui vocabolari si ha una definizione molto articolata: per un verso, infatti si legge che diritto sia quel "complesso di norme legislative o consuetudinarie che disciplinano i rapporti sociali"<sup>1</sup>; per altro verso, diritto sarebbe anche un "interesse tutelato dalla legge mediante la garanzia di una diretta utilità sostanziale"<sup>2</sup>. Tutte definizioni che rimandano ad un rapporto molto stretto con l'attività di normazione, sia che questa si manifesti nella formalizzazione di natura legislativa, sia che si manifesti nelle forme consuetudinarie.

Questa prima disamina evidenzia una sostanziale estraneità tra diritto ed il concetto di giustizia: ci si domanda se ciò sia rispondente all'etimologia del termine. Cercando in tale direzione emerge come il termine diritto (anche nelle declinazioni reperibili nelle lingue straniere – *droit, derecho, direito, Recht, right*) tragga origine dal latino *directum* (aggettivo che sta ad indicare l'esser retto, corretto, esatto, affidabile, riferito ad una persona, ad un comportamento o ad una situazione).

Stante questa prima constatazione ci si domanda se diritto possa essere considerato ancora sinonimo di giuridico, considerando come le radici etimologiche di questo ultimo termine rimandino anch'esse al latino

---

<sup>1</sup> N. Zingarelli, *Dizionario italiano*, Zanichelli, Bologna, 2000. Si tratta di una definizione sostanzialmente identica a quella fornita da un altro vocabolario, per cui il diritto sarebbe quel "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" (G. Devoto – G. C. Oli, *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana*, I, Le Monnier, Firenze, 1992, p. 903).

<sup>2</sup> N. Zingarelli, *Dizionario italiano*, cit.: un'altra declinazione della definizione data successivamente dall'altro vocabolario ove si definisce che il diritto potrebbe essere la "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" (G. Devoto – G. C. Oli, *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana*, cit., p. 904).

*jus*, che per alcuni appare essere collegabile a *jungere* (= unire, congiungere), mentre per altri avrebbe origini ancora più antiche, rimandando al sanscrito *yos* (indicante una formula portafortuna)<sup>33</sup>.

Non solo, ci si domanda quando sia avvenuto il distacco fra diritto e giustizia e, soprattutto, con quali conseguenze.

Andando ad indagare, ancora, come sia denominato il termine nelle varie lingue, emerge la medesima ambivalenza registrata per la lingua italiana: nelle lingue neolatine, infatti, si usano espressioni che hanno la medesima radice (*diritto, direito* - portoghese, *derecho* - castigliano, *droit* - francese, *drept* - rumeno, *dret* – catalano), mentre le lingue germaniche il termine usato ha altra derivazione (*right* - inglese, *recht* - tedesco, *ret* - lingue scandinave): una differente radice etimologica, ma anche un termine ed un'esperienza condivisa da culture estremamente varie nel tempo e nello spazio.

La diversa radice etimologica sollecita subito un interrogativo: si tratta di una semplice differenza linguistica, o questa è testimone anche di una differenza semantica?

Si tratta di un interrogativo non indifferente, non appena si consideri che, per esempio, nella lingua italiana si usano tanto diritto quanto giuridico per riferirsi alla medesima realtà esperienziale.

### **1. Il diritto nella storia.**

In primo luogo, appare importante allora indagare come la concezione del diritto si sia costituita nel dipanarsi della storia (quella occidentale in particolare), al fine anche di avere chiavi di lettura che siano significative nell'illuminare e decifrare il rapporto che si instaura fra diritto e scienza.

In tal senso, emerge subito che, se nel senso comune il diritto è visto in connessione con la giustizia, ciò non è dovuto ad equivoco: in effetti nel suo sostanziarsi originario il diritto si presenta strettamente congiunto con la giustizia.

#### **1.1 Il diritto romano.**

La civiltà romana rappresenta un autentico caposaldo nella costituzione della cultura giuridica: basti solo pensare come la gran parte di istituti e concetti giuridici si sia strutturata e formalizzata all'interno di questa esperienza giuridica, che si caratterizza per l'essere un'attività eminentemente giurisprudenziale. Per la civiltà romana parlano, infatti, essenzialmente le raccolte giurisprudenziali a noi pervenute (*Digesto, Institutiones, et similia*): queste non sono altro che la risultante di una sistematizzazione delle varie sentenze, le cui massime contribuiscono alla enucleazione di principi, istituti e concetti, utili per orientare la valutazione nel corso delle controversie.

Il magistrato romano interveniva, pertanto, quando individuava delle irregolarità rispetto alla norma, definitasi nel ripetersi costante e regolare di comportamenti tenuti dai cittadini<sup>4</sup>: con la sentenza

---

<sup>3</sup> Per una ricostruzione delle radici etimologiche si veda G. Devoto, *Jus: al di là della grammatica*, in "Rivista italiana di scienze giuridiche", 1948, specie alle pp.414-418.

<sup>4</sup> La norma dei Romani continua ad essere quel *nòmos*, quella regolarità che si desume dall'ordine naturale cosmico, cui si è già accennato.

egli operava, così, prima un'analisi della struttura sociale (rilevando appunto la *norma*) e poi sanzionava le eventuali irregolarità rilevate. Le sentenze erano le leggi (le *norme*) applicate dal magistrato.

Nonostante questo approccio estremamente pragmatico, il diritto romano rivendicava comunque la necessità di un'essenza morale, legata ad una radice ontologica: senza un riferimento a queste verità profonde, non era possibile una vera *scienza del diritto*, né una sua giusta applicazione. I giuristi romani si dichiaravano, infatti, autentici sacerdoti della giustizia, ricercatori della vera giustizia<sup>5</sup>, ove 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*)<sup>6</sup>: la giustizia si definiva, così, come *la volontà costante e perenne di dare a ciascuno il suo*<sup>7</sup>; una giustizia i cui precetti fondamentali erano si sostanziavano nel *vivere onestamente, non arrecar danno ad alcuno ed attribuire a ciascuno il suo*<sup>8</sup>.

### **2.3 Il diritto nella modernità**

Nel diritto romano si individua, dunque, una stretta connessione fra diritto e giustizia: una connessione che si manterrà costante nel tempo, fin quando non si giunge alle soglie dell'età moderna (ove la modernità è da riferirsi al costituirsi dello Stato in senso moderno, con lo strutturarsi del diritto nelle forme ancora persistenti nella contemporaneità).

Procedendo via via avanti nel tempo, si ricorda come la realtà giuridica pre-moderna continuasse ad avere 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*<sup>9</sup>.

Una pluralità di fonti che potevano disciplinare allo stesso tempo la medesima situazione: l'autorità chiamata a dirimere le controversie doveva dichiarare innanzi tutto il diritto/la fonte da applicare (*iuris-dicere*), per poi decidere in materia.

La pluralità di fonti determinava a sua volta una molteplicità di *status* e/o di appartenenze cetuali<sup>10</sup>, cui corrispondeva una pluralità di diritti i quali costituivano una sorta di intreccio di interessi e diritti

---

<sup>5</sup> "Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes" (D. 1.1.1.1).

<sup>6</sup> In tal senso si vedano le annotazioni di Sebastião Cruz nel suo *Ius. Derectum (directum)*, Coimbra, 1971.

<sup>7</sup> "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens" (Inst., I, I).

<sup>8</sup> "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere" (Inst., I, I).

<sup>9</sup> Così asserisce Luigi Ferrajoli nel suo *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, specie alla p. 203.

<sup>10</sup> "In mancanza di un sistema formalizzato di fonti positive, la fonte di legittimazione del diritto e l'oggetto della scienza giuridica non era il diritto *positum* da una qualche *auctoritas*, ma precisamente per la sua *veritas* o *natura*: ossia direttamente la giustizia o il diritto naturale, immediatamente attinti, tramite ragione e conoscenza, dalla scienza o sapienza giuridica" (*Ibidem*, p. 910).

soggettivi tali da impedire qualsiasi tipo di azione<sup>11</sup>.

Tutto ciò produceva una sorta di immobilismo, che sembrava legare in maniera irrimediabile la società: un immobilismo che, col passare del tempo, da forma di rassicurante tradizione ha finito con l'essere percepito come vincolo troppo stringente, grazie anche all'impulso e la spinta della classe borghese, classe emergente caratterizzata da un dinamismo economico-produttivo che chiedeva sempre più ascolto e, soprattutto, forme di tutela.

#### **2.4 Illuminismo e diritto positivo.**

Queste spinte, nonché il venire a maturazione di alcuni processi culturali e sociali, hanno determinato il costituirsi del diritto nelle forme attualmente conosciute, particolarmente il suo inquadarsi all'interno dell'archetipo giuridico cui si rifà il nostro ordinamento giuridico, ossia quello Stato di diritto<sup>12</sup>, frutto del clima sociale e culturale dell'Illuminismo (*Aufklärung*).

Si ricorda, in particolare, l'Illuminismo fosse un movimento culturale, sviluppatosi e diffusosi nel XVIII secolo, caratterizzantesi per la fiducia posta nella ragione e, soprattutto, nella capacità dell'uomo di avvalersene al fine di fugare le tenebre generate dalla superstizione e dall'ignoranza<sup>13</sup>: un movimento ideologico e culturale che ha informato di sé tutto il Settecento, inteso a portare i lumi della ragione in ogni campo dell'attività umana, allo scopo di rinnovare non soltanto gli studi e le varie discipline, ma la vita sociale intera, la cultura e le istituzioni, combattendo per mezzo della critica i pregiudizi, che impedivano il cammino della civiltà e si oppongono al progresso e alla felicità degli uomini. Una forte spinta ideale sembra caratterizzare, dunque, l'Illuminismo nel suo svilupparsi: la spinta a formare un uomo nuovo, che

---

<sup>11</sup> "A diverse utilità corrispondevano diverse titolarità di diritti, talché su uno stesso fondo vi era chi aveva diritto di ricavare una somma di denaro annuo, chi aveva una parte di un certo prodotto, chi di seminare cereali e trattenerli dopo pagate decime e sottratte quote, chi di pascolare nel periodo intercorrente tra le semine, chi di tagliare quantità di legna, chi di raccogliere la sola legna caduta, chi di liberamente ricercarvi prodotti spontanei come funghi e tartufi, chi di cacciarvi, chi di pescarvi, chi di transitarvi a pagamento. La divisione delle utilità di godimento e la loro costruzione come diritti diversi (cioè come diversi predicati di proposizioni giuridiche) aveva dal punto di vista economico l'effetto di impedire la modificazione della destinazione del fondo, dato che ogni mutamento di destinazione da parte del titolare di una utilità avrebbe leso un diritto altrui" (G. TARELLO, *Idee settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni*, in *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, ECIG, Genova, 1978, p. 205).

<sup>12</sup> "Carattere principale dello stato moderno è la concentrazione del potere, con il superamento delle forme di organizzazione politica in cui il potere era distribuito orizzontalmente e verticalmente in centri di potere autonomi: il positivismo giuridico in corrispondenza ammette un'unica fonte di diritto, la fonte costituita da quel potere centralizzato ed altre fonti ammette soltanto come fonti delegate e subordinate. [...] Lo stato moderno non è solamente quello in cui il potere è centralizzato e sovrano, ma quello in cui il potere si esprime nella legge, la legge generale e astratta, e con la legge regola se stesso e i poteri delegati e subordinati: stato costituzionale e, nella forma più piena, stato di diritto" (U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, pp. 95-96).

<sup>13</sup> "L'illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso. Minorità è l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stessi è questa minorità se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di servirsi del proprio intelletto senza esser guidati da un altro. Sapere aude! Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza - è dunque il motto dell'illuminismo" (I. Kant, *Che cos'è l'illuminismo?*, 1784).

si facesse condurre unicamente dalla ragione.

L'avanzare della borghesia, il cui ideale è costituito dall'individualismo, con i connessi miti del progresso scientifico, del successo economico e della tolleranza, determina una esigenza nuova di tutela dei singoli, nei confronti degli altri e del potere pubblico<sup>14</sup>. In questo contesto, "la sicurezza è [...] la garanzia della possibilità di trafficare pacificamente, di stabilire rapporti economici con chiunque, di godere indisturbati della proprietà: è, in sintesi, garanzia di rapporti giuridici chiari, univoci e modificabili solo per volontà degli interessati, è garanzia di *certezza* nei rapporti giuridici di cui il singolo è titolare"<sup>15</sup>.

Strumento utile per il raggiungimento di tale ideale è, pertanto, il diritto, anzi un diritto nuovo, che viene così pensato come mezzo per la realizzazione dell'ideale di uomo illuminato dalla ragione e, nello stesso tempo, come strumento pedagogico, mediante il quale educare l'uomo nel suo avvicinarsi sempre più all'ideale.

Ne deriva l'esigenza di delineare un "nuovo diritto", caratterizzantesi innanzi tutto per l'essere un diritto positivo (*ius positum*).

Proprio la positività, l'essere scritto, costituisce la premessa e, ad un tempo, la via attraverso la quale si può ottenere la tutela della *certezza* del diritto, grazie alla quale ciascuno sa quali possano essere le conseguenze del suo comportarsi, dove si colloca nel momento in cui opta per un comportamento, anziché un altro.

La positività, inoltre, costituisce via attraverso cui si realizza l'esigenza di *chiarezza*: non più il ricorso necessario al signore perché questi dica il diritto applicabile nella situazione e/o nella controversia, ma una disciplina delle situazioni facilmente desumibile dal dettato, estrinsecantesi nella norma scritta.

Non solo, il diritto nuovo immaginato dall'Illuminismo dovrà essere un diritto che si caratterizza per l'*astrattezza*: non più norme relative ad una situazione contingente e particolare, ma norme che devono essere pensate come rivolte alla disciplina di classi e/o categorie di situazioni.

Un diritto nuovo, infine, che si caratterizzi anche per la *generalità* del suo dettato normativo: nell'anelito alla costituzione di un mondo nuovo, il diritto, pensato come normazione che non prevede particolarismi di alcun genere, si propone come strumento di garanzia della libertà e dell'uguaglianza, presupposti necessari per la considerazione dell'uomo nuovo, illuminato dalla ragione.

Nel suo concretizzarsi, nelle forme del diritto che ancora oggi persistono, è stata messa a fuoco

---

<sup>14</sup> "La specifica natura dell'*ethos* di cui tale ultima classe [la borghesia] è portatrice spiega anche perché l'esigenza di certezza che la società manifesta in questi secoli deve essere soddisfatta con strumenti tipicamente garantistici e formali. Il tipo di rapporti eminentemente mercantili, su base individualistica, di cui è materata la vita quotidiana del borghese, tende a creare una solidarietà di tipo eminentemente societario piuttosto che comunitario. Si capisce perciò il feticismo della legge, della certezza in senso legalistico, che caratterizza il pensiero giuridico da Bacone a Montesquieu, fino i giuspositivisti del secolo scorso e del nostro" (M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 190-191).

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.193.

una dicotomia entro/oltre, che valeva quale criterio per il discernimento di ciò che potesse essere compreso nell'ambito della considerazione giuridica, stando bene attenti a non attribuire tuttavia all'eventuale esclusione un valore che ne trascendesse l'effettiva portata: ne è derivata l'individuazione di alcune unità di misure atte a dirimere le questioni inerenti all'eventuale rilevanza giuridica.

*Spazio*: il diritto, nel suo organizzarsi in ordinamenti giuridici, individua una unità di misura spaziale circoscrivendo l'ambito di competenza al territorio dello Stato cui si riferisce l'ordinamento preso di volta in volta in considerazione (sul territorio ascrivibile allo Stato italiano vige l'ordinamento giuridico italiano, con i suoi principi, le sue regole e le sue procedure giudiziarie). Si tratta di una delimitazione dell'ambito di competenza delle norme, che, per un verso, implica che lo Stato non si propone "come un ordinamento tra gli altri, bensì come lo ordinamento, quello che comprende in sé tutti gli altri"<sup>16</sup> e, per altro verso, realizza ancora l'ideale della certezza, permettendo di individuare puntualmente quale sia il sistema di regole cui riferirsi in un dato luogo ed in un tempo dato.

*Tempo*: il diritto nel suo concretizzarsi ha individuato un ambito di competenza anche in senso temporale, estendendo la sua validità all'arco di tempo corrispondente alla realtà esistenziale dei soggetti interessati. Tutto ciò in ragione dell'essenzialità del requisito della reciprocità, per cui un diritto trova un corrispettivo nel dovere altrui di rispettarlo: requisito che permette, ancora, la realizzazione della certezza della tutela.

*Soggetti*: al fine di garantire una tutela giuridica che rivestisse i connotati dell'efficacia, rientrava nella considerazione giuridica, infine, il soggetto colto nella sua individualità. Si poteva accordare tutela a tutto ciò che esorbitasse la cifra dell'individualità solo ricorrendo ad un artificio giuridico, ossia attribuendo un carattere fittizio di personalità ai vari tipi di aggregazioni soggettive. Si tratta evidentemente di un artificio intellettuale, un'astrazione che è stata, tuttavia, motore straordinario di progresso<sup>17</sup>: un artificio che ha permesso la posizione del primo *panel* di libertà politiche e civili che ha costituito l'incipit dell'età moderna; un artificio che però ha conosciuto una parziale correzione, con la promulgazione di una serie di diritti sociali, i quali hanno posto la questione di un'uguaglianza che non fosse solo formale, ma sostanziale.

Tutto ciò che potesse essere compreso entro il tempo presente, entro l'individualità soggettiva, entro il limite territoriale dello Stato, accederebbe a pieno titolo alla considerazione giuridica. Con questo non si asserisce che per le situazioni ed i soggetti che non rientrassero all'interno, collocandosi oltre, non fosse possibile configurare un qualche *status* giuridicamente rilevante: i concetti elaborati finora

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>17</sup> Basti pensare all'assurdità di potersi concepire tutti uguali (questo sarebbe il portato dell'assunzione della soggettività giuridica come unità di misura del diritto): antropologicamente siamo profondamente diversi l'uno dall'altro (vuoi per differenze di natura fisica, quali sesso, età, corporatura, razza, vuoi per differenze di altra natura, quali possono essere l'educazione, l'istruzione, le opinioni politiche, culturali e religiose), ma l'essere considerati giuridicamente uguali, in virtù della soggettività riconoscibile in capo a ciascuno di noi, ha dato spazio alla capacità di iniziativa, alla possibilità per ciascuno di realizzarsi, senza essere ostacolato da impedimenti dovuti ad appartenenze di status e/o cetuali.

rispondevano semplicemente all'esigenza di certezza della tutela, che si riteneva in tal modo ben assicurata. Si tratta di un diritto nuovo che espunge dalla sua considerazione ogni valutazione di natura etica, preferendo ragionare in termini di liceità/illiceità, in modo da permettere una coesistenza delle diversità altrimenti difficilmente coniugabili: l'astrazione soggettuale permette, infatti, di prescindere da considerazioni di natura etica e morale, ritenute di stretta pertinenza di quell'uomo nuovo, illuminato dalla ragione e, per ciò, ritenuto capace di autonomia.

### **3. Il diritto e la scienza.**

Si ha così un diritto pensato e sviluppatosi sulla base di uno specifico riferimento antropologico: l'uomo nuovo, illuminato dalla ragione, l'uomo ragione capace di autonomia (capace, cioè, di darsi le regole del vivere).

Dall'altra parte sta la scienza che, almeno fin quasi alla fine del XX secolo, grazie ad un cadenzarsi piuttosto lento delle acquisizioni e possibilità applicative, riusciva ad elaborare criteri di valutazione atti ad orientare scelte ed opzioni di qualsiasi genere, configurando una sorta di autosufficienza regolativa.

Stanti così le cose, si era in presenza di due realtà sostanzialmente indifferenti fra loro: la scienza appariva per lo più non rilevante, meglio ancora, essenzialmente indifferente per il diritto, che veniva interpellato quasi esclusivamente a dirimere i conflitti fra soggetti che ruotavano nel mondo-scienza, dunque quasi esclusivamente per questioni inerenti alla c.d. "proprietà intellettuale".

Non rilevavano giuridicamente le eventuali questioni di natura etica, in quanto queste erano state già risolte (almeno per la gran parte) all'interno della società: in una parola, il confronto politico, pubblico, provvedeva a risolvere le criticità che via via fossero poste dalla ricerca scientifica e/o dalle sue applicazioni, così che il diritto non era pressoché mai chiamato in causa.

Si tratta di un rapporto che negli ultimi decenni sembra essere radicalmente cambiato, in ragione anche dei cambiamenti strutturali che la scienza ha subito.

Senza entrare nello specifico, basti ricordare come tratto distintivo della scienza contemporanea e delle sue possibilità applicative sia la complessità: una complessità dettata essenzialmente da uno sviluppo vertiginoso delle possibilità. Possibilità che si caratterizzano per la predominanza riconosciuta al fattore della decisione, che sembra far passare in secondo piano l'aspetto fisiologico.

A fronte della complessità ed all'incremento dell'aspetto decisionale si registra un disorientamento complessivo: emerge soprattutto una difficoltà ad elaborare criteri di valutazione atti ad orientare le decisioni, ad individuare le eventuali soggettività, nonché i diritti coinvolti nelle varie ipotesi che si possano prefigurare. Ne è derivato, così, un progressivo ricorso al diritto affinché questi assuma l'onere di prendere quelle decisioni che la società non sembra essere più in grado di elaborare ed assumere.

#### **3.1 Le criticità emergenti.**

Tutto ciò ha delineato una molteplicità di criticità avendo riguardo delle caratteristiche strutturali del diritto.

La prima è di ordine generale: si assiste ad uno snaturamento progressivo della funzione del diritto, che, da strumento utile per regolare la coesistenza di uomini-soggetti pensati autonomi, si muta in strumento utilizzato per formulare valutazioni di natura etica. In una parola, al diritto, cui competerebbe una valutazione in termini liceità/illiceità, viene imputato l'onere di esprimere valutazioni in termini di giustizia/ingiustizia.

L'uomo contemporaneo, incapace di elaborare risposte dotate di senso, per l'affastellarsi delle scoperte e delle applicazioni scientifiche (marcatamente biotecnologiche), abdica proprio a quella qualità che lo rende soggetto rilevante nella giuridicità, ossia abdica alla capacità di valutazione, delegando proprio al diritto questa funzione.

Un secondo fattore di criticità si evidenzia non appena si analizzano le c.d. "misure" del diritto.

*Spazio*: l'organizzazione della ricerca scientifica (che si sviluppa sempre più attorno ad autentici network di gruppi di ricerca che lavorano in sinergia su progetti comuni), così come le conseguenze del processo di globalizzazione in ambito produttivo ed economico (che si presenta estremamente frammentato e, soprattutto, dotato di una mobilità che sfugge le possibilità di controllo) hanno inciso in maniera significativa su questa dimensione. Il rilievo dell'interdipendenza dei fenomeni legati allo sviluppo della ricerca e delle conseguenti applicazioni biotecnologiche conduce inevitabilmente verso il superamento delle divisioni territoriali<sup>18</sup>. Di qui l'esigenza di affrontare e governare le problematiche in una dimensione che ecceda l'ambito statale, sia per quanto riguarda il limite territoriale imposto al suo esercizio, sia per quanto concerne la soggettività politica. Non si tratta, infatti, di una devoluzione di attribuzioni ad un qualche ordinamento giuridico internazionale, che non espungerebbe comunque la dimensione statale, presupponendo l'incontro convenzionale di due o più volontà statali: la categoria sarebbe piuttosto quella della trans-nazionalità, la quale implicherebbe una sorta di rete relazionale fondata su alcuni principi fondamentali universalmente riconosciuti (quasi un ritorno all'antico *jus gentium*)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> A titolo esemplificativo, basti solo ricordare come lo sviluppo del *Progetto Genoma* (Human Genome Project) abbia visto la collaborazione e la ricerca contemporanea da parte di una pluralità di Stati e centri di ricerca, pubblici e privati, il cui controllo sfugge inevitabilmente alle maglie dei singoli ordinamenti. Maggiori informazioni sul progetto sono disponibili al link [https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human\\_Genome/index.shtml](https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/index.shtml).

<sup>19</sup> In proposito si concorda parzialmente con Alfonso Catania, il quale, riflettendo sui diritti fondamentali, interrogandosi in particolare sul problema della loro garanzia, li connette con una "traslitterazione della sovranità statale stessa nei termini di sovranità giuridica. [...] Come la cittadinanza vede sbiadire la propria connotazione di appartenenza e di nazionalità, così la sovranità si trasferisce alla procedura giuridica, per fondare sul momento procedurale dell'accordo, del consenso auto-obbligante." (A. Catania, *Cittadinanza e idea di giustizia*, in Id., *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 114-115) La forza obbligante nascerebbe da una rivisitazione del patto, intendendo con ciò non tanto un patto giusnaturalistico quanto un patto storicamente posto fra le nazioni, nelle quali i cittadini svolgerebbero un ruolo partecipativo ed attivo, volto ad esercitare una pressione sugli Stati perché si realizzi la piena giuridicità dei diritti fondamentali. Secondo Catania, dunque, non si potrebbe prescindere da una dimensione statale della sovranità, sia pure rivisitata, per ottenere la piena tutela dei c.d. nuovi diritti. Questa opinione non è tuttavia condivisibile, proprio per la particolare natura delle questioni poste in gioco, che richiedono,

*Tempo*: le possibilità operative delle biotecnologie dispiegano i propri effetti non solo sul soggetto sottoposto al trattamento, ma li possono estendere anche alle generazioni a venire, cui il patrimonio genetico dello stesso potrebbe essere trasmesso. Ciò implica che, nella considerazione giuridica inerente alla liceità di una pratica tecnologica, si deve estendere lo sguardo ben oltre l'orizzonte esistenziale del soggetto interessato: c'è un oltre temporale che interpella fortemente i teorici del diritto e che chiede tutela al pari del presente.

*Soggetti*: emergono, infine, nuove soggettività (quali ambiente, biodiversità, generazioni future), che esigono tutela. In particolare, le possibilità applicative hanno conferito rilevanza giuridica alle c.d. *generazioni future*: accanto alla tutela della persona emerge l'esigenza della salvaguardia della specie contro ogni forma di degrado ed asservimento, accordando tutela all'uomo non solo in quanto esistente nel presente, ma in quanto appartenente ad una specie geneticamente determinata. Il soggetto individuale, quale centro d'imputazione di diritti e pertanto di tutela, sfuma così nel concetto più ampio e comprensivo di specie umana, nozione questa che racchiude in sé ad un tempo le caratteristiche di universalità e di pluralità degli appartenenti, rifuggendone però le specificazioni di genere sia di natura sessuale sia di appartenenza ad una qualche condizione di vita e/o *status*. Tutto ciò determina l'inevitabile obsolescenza degli schemi tecnici del soggetto e del diritto soggettivo, fin qui evocati per accordare tutela all'individuo nell'esercizio delle *potestas* a lui attribuite<sup>20</sup>.

In particolare, la rilevanza giuridica delle cd *generazioni future* presenta profili di criticità per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, si manifesta la necessità di estendere il tempo da quello dell'esistenza personale ad una dimensione futura, nella quale si collocano coloro che ancora non sono chiamati ad esistere. Questa estensione è densa di problematicità in quanto viene a mancare il requisito essenziale della reciprocità, per cui il mio diritto ha un suo corrispettivo nel dovere altrui. Si costituirebbe, infatti, un rapporto tra chi già esiste e coloro che probabilmente esisteranno, nel quale è evidente l'impossibilità di reperire un dovere in capo a questi ultimi<sup>21</sup>.

In secondo luogo, dando rilevanza ad una soggettività collettiva come la specie umana, nel suo eventuale futuro, fa emergere un interrogativo su chi sia veramente titolato, legittimato ad agire giudizialmente per petire la tutela dei loro diritti (chi potrebbe essere il loro tutore?).

---

invece, come già espresso, una rivisitazione integrale del concetto di sovranità sia per quanto riguarda il limite territoriale dell'esercizio, sia per il soggetto politico chiamato ad esercitarlo.

<sup>20</sup> Sull'erosione della soggettività reale cfr. F. Riccobono, *I diritti umani della quarta generazione*, in Id., *Soggetto, Persona, Diritti*, ed. Terzomillennio, Napoli, 1999.

<sup>21</sup> Cfr. in questo senso ancora F. Riccobono, *"Diritti" e "nuovi diritti"*, in Id., *Soggetto, Persona, Diritti*, cit., specie pp. 90-92, dove asserisce che le difficoltà di garanzia dei c.d. diritti di quarta generazione, definiti i diritti dell'età tecnologica, sono state aggirate ragionando essenzialmente in termini di doveri imputabili ai vari soggetti, piuttosto che in termini di diritti ascrivibili.

In terzo luogo, ponendo la rilevanza giuridica delle generazioni future in termini di diritti, la giuridicità contemporanea ha elaborato il c.d. “criterio di precauzione”, quale principio utile per la loro tutela: un principio, che appare aproblematico nell’ambito della ricerca scientifica (i protocolli sperimentali sono impostati su questo principio, onde ridurre al minimo le possibilità di eventi “imprevisti” e/o “imprevedibili”); così come non si profilerebbero particolari criticità in seguito di una sua assunzione da un punto di vista politico; un principio che quando viene applicato in ambito giuridico manifesta un elevato grado di problematicità per il suo spostare il focus da un impianto giuridico fondato sul fatto ad un impianto giuridico che muove in direzione preventiva-repressiva, ponendo in essere delle restrizioni degli spazi di libertà in vista di qualcosa che eventualmente potrebbe verificarsi (qualcosa che è possibile, ma non è certo che avvenga).

#### **4. Biodiritto.**

Si è visto dunque come il diritto, nel suo relazionarsi con la scienza e le possibilità applicative, evidenzi una serie di criticità, tanto che, a partire dagli anni ’60 del XX secolo, ha cominciato a strutturarsi un approccio specifico del diritto (*biodiritto*), chiamata alla disamina giuridica delle questioni nascenti in tale ambito.

Si tratta di una particolare branca del diritto che ha cominciato a strutturarsi agli inizi degli anni ’60 del XX secolo negli USA, in un particolare clima teso al riconoscimento dei diritti civili. 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.

Appare importante evidenziare come il biodiritto non sia mera intersezione tra diritto e bioetica, potendosene rintracciare le origini in tempi anteriori alla costituzione della bioetica, anche se condivide gran parte dell’oggetto di interesse della disciplina.

Oggetto di tale particolare approccio 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.

Un’incertezza dell’oggetto del biodiritto derivante, oltre che dall’essenziale imprevedibilità del *bios*, dal mutamento tanto dei paradigmi di riferimento.

Un approccio che ha evidenziato una difficoltà intrinseca nel dirimere controversie in materia, a causa di un oggettivo mutamento del paradigma biologico, conseguente ad un cambiamento radicale che si è realizzato grazie ai progressi nella ricerca e nelle conseguenti possibilità applicative, per cui quelli che ieri erano considerati fatti oggi si trasformano in possibilità su cui poter o dover scegliere a livello individuale o collettivo.

A ciò si è aggiunto un mutamento del paradigma giuridico, attinente essenzialmente ai

cambiamenti delle definizioni giuridiche di eventi e fattispecie: mutamenti dettati dal progredire delle conoscenze e delle possibilità applicative, che rendono obsolete le definizioni sin qui operanti; mutamenti che evidenziano la convenzionalità di tali definizioni.

Appaiono emblematiche in tal senso le vicende della definizione giuridica di fine vita.

La *definizione giuridica di morte* ha subito, infatti, un'evoluzione, dettata dal progresso della conoscenza scientifica e dalle possibilità applicative che si sono profilate con l'avvento dei trapianti.

Appare importante sottolineare in primo luogo come, a livello biologico, si potrebbe anche affermare che la morte non esista (poiché il materiale biologico in realtà si trasforma in altro), così come si potrebbe affermare che la morte sia rappresentabile come un processo nel quale le singole componenti dell'organismo perdono le loro qualità, portando alla sua disgregazione (definendo così un processo del morire).

Senza pretese di esaustività, qui basti ricordare come, da un punto di vista clinico, si sia assistito ad un cambiamento progressivo dei criteri di accertamento dell'avvenuto decesso di una persona: dal criterio cardio-respiratorio, ove l'accertamento della respirazione era spesso effettuato con mezzi empirici<sup>22</sup>, così come avveniva per la cessazione dell'attività cardiocircolatoria<sup>23</sup>, si è giunti all'adozione del criterio della c.d. morte cerebrale, criterio formulato nel 1968 in via ufficiale dal Comitato di Harvard<sup>24</sup>.

Il Comitato ha elaborato una serie di criteri, riscontrati i quali si poteva procedere alla dichiarazione di morte: più specificamente, era considerato in stato di morte cerebrale totale il paziente in coma, senza alcun segno di recettività e responsività (*unreceptivity and unresponsiveness*), che non presentasse movimenti spontanei e nessuna attività respiratoria (*no movements or breathing*), nonché alcun riflesso (*no reflexes*), il cui tracciato EEG non evidenziasse infine alcuna attività elettrica (*flat*

---

<sup>22</sup> Basti solo ricordare in questa sede come l'accostamento di una candela alla bocca o il posizionamento di uno specchio/vetro al naso fossero metodi diffusi per verificare la presenza di una funzione respiratoria anche minima ed impercettibile all'auscultazione.

<sup>23</sup> In proposito Canadelli ha osservato che "il cuore ha ricoperto un ruolo fondamentale nella storia della medicina per la comprensione e la determinazione della labile linea di confine che separa la vita dalla morte, almeno fino all'affermazione dell'encefalocentrismo nella seconda metà del novecento, con l'identificazione della "vera" morte con quella cerebrale. Da Galeno a metà ottocento, il momento della morte veniva generalmente individuato nella cessazione del battito cardiaco, che agli occhi del medico aveva quindi un'insostituibile valenza semeiotica-diagnostica, inizialmente attraverso l'auscultazione diretta (applicando il padiglione auricolare alla gabbia toracica), poi dall'ottocento attraverso una strumentazione sempre più adeguata, *in primis* lo stetoscopio" (E. Canelli, *Il cuore e la morte*, in F. P. De Ceglia (a cura di), *Storia della definizione di morte*, FrancoAngeli, Milano, 2014, p. 543) "Alla fine dell'ottocento altre tecniche di indagine vengono ad arricchire lo strumentario per l'accertamento della morte. [...] rapidamente l'elettrocardiogramma diventò lo strumento principale per l'accertamento della morte, ponendo di nuovo l'arresto del battito cardiaco come criterio determinante" (B. Fantini – F. Rufo, *Lamorte prima di Harvard. La ridefinizione epistemologica del XX secolo*, in F. P. de Ceglia (a cura di), *Storia della definizione di morte*, cit., p. 351).

<sup>24</sup> *A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in "Journal of American Medical Association", 1968, 205, 6, pp. 337-340.

*electroencephalogram*)<sup>25</sup>.

Questa ri-definizione della morte era sollecitata da una serie di esigenze sia di natura medica (fra queste, in via principale, la possibilità allora tutta nuova di effettuare trapianti di organi), sia di natura legale (legata soprattutto all'esigenza di sollevare il diritto dall'onere di accertare la morte<sup>26</sup>).

In proposito appare importante sottolineare come la morte, a partire da questo rapporto, cominci ad essere aggettivata: non più solo ineluttabilmente morte, ma morte clinica, che può essere verificata a cuor battente.

Ad onor del vero, sembra opportuno ricordare come tali criteri, ancorché adottati in maniera pressoché unanime dalla comunità medica, siano stati oggetto di diverse critiche. Ne è stata contestata, infatti, la mancanza di rigore scientifico, così come una finalità utilitarista, tesa ad una facilitazione nel reperimento di organi per i trapianti e ad una riduzione dei costi elevati derivanti dal mantenimento in vita di pazienti in stato comatoso irreversibile<sup>27</sup>.

A questa evoluzione della definizione dei criteri clinici si è accompagnata un'analoga evoluzione in ambito giuridico: fino al momento in cui la possibilità dei trapianti di organo è diventata una realtà, sostanzialmente la morte era accolta nel diritto come un fatto di cui prendere meramente atto<sup>28</sup>, la cui constatazione era finalizzata all'apertura dell'asse ereditario e dei relativi cambiamenti. Successivamente, proprio le possibilità tecniche in ambito medico determinano l'urgenza di definizione della morte anche da un punto di vista giuridico, facendo propri i criteri proposti dal Rapporto di Harvard.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 337-338.

<sup>26</sup> In proposito l'Harvard Committee commentava: "we suggest that responsible medical opinion is ready to adopt new criteria for pronouncing death to have occurred in an individual sustaining irreversible coma as a result of permanent brain damage. If this position is adopted by the medical community, it can form the basis for change in the current legal concept of death. [...] It is recommended as a part of these procedures that judgment of existence of these criteria is solely a medical issue" (*Ibidem*, p. 339).

<sup>27</sup> Per quanto riguarda le contestazioni si vedano J. C. Evers - P. A. Byrne, *Brain death – still a controversy*, in "Pharos of Alpha Omega Alpha Honor Medical Society", 1990, 53, pp. 10–12; A. Halevy – B. Brody, *Brain death: Reconciling definitions, criteria, and tests*, in "Annals of Internal Medicine", 1993, 119, pp. 519–525; D. A. Shewmon, 'Brain death': A valid theme with invalid variations, blurred by semantic ambiguity, in R.J. White et al. (eds.), *Working Group on the Determination of Brain Death and its Relationship to Human Death. 10–14 December, 1989*. (Scripta Varia 83), Pontifical Academy of Sciences, Vatican City, 1992, pp. 23–51; D. A. Shewmon, *Recovery from "brain death": A neurologist's Apologia*, in "Linacre Quarterly", 1997, 64, pp. 30–96; D. A. Shewmon, "Brain-stem death," "brain death" and death: A critical re-evaluation of the purported evidence, in "Issues in Law & Medicine", 1998, 14, pp. 125–145; D. A. Shewmon, *Chronic "brain death": Meta-analysis and conceptual consequences*, in "Neurology", 1998, 51, pp. 1538–1545; D. A. Shewmon, *Spinal shock and "brain death": Somatic pathophysiological equivalence and implications for the integrative-unity rationale*, in "Spinal Cord", 1999, 37, 5, pp. 313–324 1999; R. M. Taylor, *Reexamining the definition and criteria of death*, in "Seminars in Neurology", 1997, 17, pp. 265–270; T. Tomlinson, *Misunderstanding death on a respirator*, in "Bioethics", 1990, 4, pp. 253–264; R. D. Truog, *Is it time to abandon brain death?*, in "Hastings Center Report", 1997, 27, pp. 29–37; R. M. Veatch, *The impending collapse of the whole-brain definition of death*, in "Hastings Center Report", 1993, 23, 4, pp. 18–24.

<sup>28</sup> Basti pensare solo come, in Italia, nell'art. 456 c.c. si parli di "momento della morte", così come la legge 3 aprile 1957, n. 235 all'art. 1 parli di "accertamento della realtà della morte".

È interessante sottolineare come si tratti comunque di una definizione convenzionale, che in quanto tale può essere differente a seconda del contesto culturale.

Rimanendo in Italia, a titolo esemplificativo, i criteri di Harvard sono entrati nell'ordinamento giuridico solo in seguito all'adozione della legge 29 dicembre 1993, n.578<sup>29</sup>, con la quale si mutano i criteri di accertamento precedentemente stabiliti ex legge 2 dicembre 1975, n. 644<sup>30</sup> e legge 12 agosto 1993, n. 301<sup>31</sup>.

Una convenzionalità che emerge in tutta evidenza non appena si osserva che in Giappone, ove è diffuso un culto del corpo che finisce per concepire come profanazione ogni sorta di mutilazione, a maggior ragione se praticata su un cadavere<sup>32</sup>, è stato adottato il criterio dell'arresto cardiocircolatorio, a meno che il soggetto non avesse espresso che il criterio da utilizzare dovesse essere quello della cessazione dell'attività encefalica<sup>33</sup>: una disciplina rivista nel 2009, quando è stato fatto proprio il criterio della morte cerebrale, lasciando però ai familiari la possibilità di opporsi.

In New Jersey, si adotta il criterio della cessazione dell'attività cerebrale<sup>34</sup>, 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). Ciò potrebbe determinare un paradosso per cui una persona dichiarata morta in altro Stato, ove viga il criterio della *whole brain death*, possa essere dichiarata nuovamente in vita una volta portata in New Jersey.

Si potrebbe giungere, così, ad una dichiarazione giuridica di morte di un individuo che può avvenire in tempi e modi diversi a seconda della presenza o meno di una firma apposta su un modulo.

#### **4.1. Il ritardo fisiologico del diritto.**

Appare importante, a questo punto, evidenziare la diversa velocità con cui si muovono da un parte l'innovazione scientifica e tecnologica e dall'altra l'approfondimento culturale, politico e giuridico, chiamati a valutazioni, caratterizzate da stabilità e condivisione, sulle possibilità di scelta che si aprono grazie alle nuove scoperte in ambito scientifico. Un ritardo "fisiologico" del diritto nel disciplinare le

---

<sup>29</sup> "La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo" (art. 1).

<sup>30</sup> "L'accertamento di assenza di respirazione spontanea, dopo sospensione, per due minuti primi, di quella artificiale e di assenza di attività elettrica cerebrale, spontanea e provocata" (art. 3).

<sup>31</sup> "Il prelievo di cui all'articolo 1 può essere effettuato previo accertamento della morte per arresto cardiaco irreversibile" (art. 2, co. 1).

<sup>32</sup> Il film *Departures* (2008) narra con delicatezza delle ritualità legate al cadavere in Giappone.

<sup>33</sup> Materia disciplinata dall'*Organ Transplant Law* 16 Luglio 1997, n. 104, rivisto ed emendato nel 2009.

<sup>34</sup> "the death of an individual shall not be declared upon the basis of neurological criteria pursuant to sections 3 and 4 of this act when the licensed physician authorized to declare death, has reason to believe, on the basis of information in the individual's available medical records, or information provided by a member of the individual's family or any other person knowledgeable about the individual's personal religious beliefs that such a declaration would violate the personal religious beliefs of the individual. In these cases, death shall be declared, and the time of death fixed, solely upon the basis of cardio-respiratory criteria pursuant to section 2 of this act. L.1991,c. 90,s. 5" (art. 4 - Death not declared in violation of individual's religious beliefs del *New Jersey Declaration of Death Act* - April 8, 1991).

fattispecie innovative poste alla sua valutazione. Un ritardo che nasce per almeno tre ordini di ragioni.

La prima è legata alla natura stessa del diritto: perché si abbia una normazione dotata di efficacia e certezza è necessario che si registri una certa condivisione, poiché non appare appropriato utilizzare il mero principio maggioritario. Si registra, così, una lentezza nel “formarsi” del diritto: lentezza dovuta anche alla complessità dei processi del dibattito politico e conseguente produzione giuridica, che non può dare strutturalmente risposte immediate, ma richiede il “tempo” della mediazione utile per la formazione appunto di un consenso diffuso che garantisca in termini di legittimazione delle decisioni adottate.

Il secondo ordine di ragioni può essere rintracciato in una differenza essenziale tra diritto e scienza/ricerca biomedica: se queste ultime sono ripetibili in ogni parte del globo (la riproducibilità sperimentale è una caratteristica propria della scienza) non altrettanto può dirsi del diritto. Una disciplina giuridica che risulta essere efficace e buona in alcuni contesti, non potrebbe esserlo in altri: il trapianto di istituti e regolamentazioni giuridiche da un ordinamento ad un altro non dà necessariamente gli stessi risultati.

Il terzo ordine di ragioni risiede nell’oggetto della disciplina biogiuridica: esso attiene a questioni che interpellano strutture morali e di coscienza individuali, per cui la loro disciplina giuridica finisce per innescare scontri fra posizioni ideologiche e/o morale spesso insanabilmente contrapposte, impedendo di fatto il raggiungimento agevole di una disciplina condivisa.

#### **4.2. Possibili modelli di disciplina<sup>35</sup>**

Atteso l’ineluttabile ritardo del diritto, ci si domanda quale possa essere il modello di disciplina che meglio si attaglia al governo delle questioni biogiuridiche: meglio un diritto che preferisce astenersi o un diritto che preferisce intervenire?

Le ragioni per far proprio un *approccio astensionista* nascono dalle preoccupazioni per la possibile limitazione della libertà di ricerca ed individuale, che potrebbe nascere da una disciplina giuridica della materia. In tale prospettiva si ritiene sufficientemente efficace la capacità di autoregolamentazione della comunità scientifica, grazie ad una forte componente deontologica.

In tale prospettiva non mancano i rischi dell’emersione di tendenze terapeutiche verso modelli *market oriented* (quanto possono essere rispettati i diritti delle persone?) o modelli che facciano propria una *moral regulation* (quanto conciliabile con la separazione fra diritto e morale?).

Le ragioni per sostenere l’ammissibilità di un *approccio interventista* fondano sull’assunto che pratiche che incidono fortemente su diritti/doveri dei soggetti non possono essere lasciate al *laissez-faire*, ma necessitano di una disciplina giuridica, grazie alla quale è offerta garanzia di maggiore stabilità e certezza per i soggetti coinvolti.

Appare importante ricordare come il modello interventista presenti una molteplicità di possibilità per forme, obiettivi e tipologie adottabili, potendosi individuare distinzioni su quando, quanto, come e con

---

<sup>35</sup> Cfr. C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 87-142.

quale contenuto intervenire.

a) *Quando intervenire: seguire o guidare il consenso?*

L'alternativa si pone fra un intervento normativo che segua l'orientamento già formato a livello sociale o un intervento che tenda ad orientare, invece, il consenso sociale.

La prima opzione, a prima vista, può sembrare la più opportuna: la giuridicità richiede ordinariamente una condivisione dei principi fondanti la coesistenza, a maggior ragione quando si tratta di disciplinare questi particolari ambiti.

Avverso tale opzione può essere mossa un'obiezione fondamentale: il diritto può limitarsi a svolgere una mera funzione notarile, protocollando scelte già compiute a livello sociale?

Di certo il riconoscimento a livello giuridico non può essere mai automatico: è sempre necessaria un'opera di aggiustamento e razionalizzazione, tesa a mantenere una coerenza ordinamentale. In una parola, il diritto non può avallare acriticamente, ma deve valutarne la legittimità costituzionale, assicurando che la decisione sia compatibile con le istanze di pluralismo.

b) *Quanto intervenire: leggerezza ed apertura vs rigidità ed esclusione?*

Il primo approccio è un modello che si costruisce su principi di leggerezza ed apertura, fondandosi su logiche di inclusione e dialogo, mentre la seconda opzione è un modello chiuso, prediligendo l'esclusività dell'intervento giuridico.

Prima opzione tipica degli ordinamenti di *common law*. Esempio è l'orientamento UK in materia di scelte riproduttive. La commissione Warnock ha studiato la questione, concludendo i suoi lavori con la redazione di un rapporto su *Human Fertilisation and Embryology*<sup>36</sup>, con il quale si invitava a legiferare in maniera leggera e flessibile. Il 1 novembre 1990 il Parlamento ha, poi, adottato lo *Human Embryology Act*<sup>37</sup> (soggetto ad revisioni ed integrazioni, delle quali l'ultima risale al 2008<sup>38</sup>) con il quale sono posti alcuni limiti piuttosto ampi quali il divieto di clonazione, la protezione dell'embrione a partire dal 14° giorno, il diritto di informazione e consenso per i donatori. Con lo stesso è stata istituita la *Human Fertilisation & Embryology Authority*<sup>39</sup> cui è stato demandato il compito di vigilare e regolare gran parte della materia. Il resto è lasciato al combinato disposto dai vari *Code of Practice* professionali, le decisioni dell'Authority, le sentenze delle Corti.

La seconda opzione è tipica propriamente degli ordinamenti di *civil law*. Emblematica in tal senso è l'esperienza italiana per la disciplina della fecondazione assistita e/o artificiale ex legge 40/2004, con la quale è statuito un principio di protezione del concepito fortissimo, sono disciplinate puntualmente le

---

<sup>36</sup> Report of the *Committee of Inquiry Into Human Fertilisation and Embryology*, disponibile al link [https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock\\_Report\\_of\\_the\\_Committee\\_of\\_Inquiry\\_into\\_Human\\_Fertilisation\\_and\\_Embryology\\_1984.pdf](https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf).

<sup>37</sup> Disponibile al link <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>.

<sup>38</sup> Adottato il 13 novembre 2008 e disponibile al link <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

<sup>39</sup> Maggiori informazioni sono reperibili al sito dell'Authority <https://www.hfea.gov.uk/>

pratiche e sono previste sanzioni penali.

c) *Come intervenire: procedura vs contenuto*

Avendo riguardo delle modalità di intervento, si possono avere due possibili approcci, potendosi procedere dando indicazioni di carattere procedurale, lasciando aperte le soluzioni dei singoli casi, oppure dando indicazioni di principi e regole per la disciplina dei singoli casi

Emblematico del modello procedurale è ancora l'approccio del Regno Unito per quanto concerne la procreazione assistita e/ artificiale, ove, stabiliti i principi indicati nel già citato *Human Embryology Act*, si lascia che il resto sia regolato da un'Agenzia indipendente, le cui decisioni sono prese comunque nel *best interest of child*, decisioni soggette al controllo della giurisdizione ordinaria.

Un approccio di tipo procedurale è tipico anche di ordinamenti di *civil law*, specie quando si disciplina la sperimentazione con gli esseri umani. In Italia, per esempio, si applicano diversi testi normativi internazionali e regolamentazioni ministeriali, quali il *Codice di Norimberga*<sup>40</sup>, la *Dichiarazione di Helsinki*<sup>41</sup> e il *Code of Medical Ethics*<sup>42</sup> della *World Medical Association*<sup>43</sup>, la *Convenzione di Oviedo*<sup>44</sup>, le *Linee guida*

---

<sup>40</sup> Disponibile al link [http://ord.nccu.edu.tw/files/archive/2282\\_6683a78d.pdf](http://ord.nccu.edu.tw/files/archive/2282_6683a78d.pdf); la traduzione in italiano è disponibile nella *Raccolta dei principali documenti internazionali sui principi etici della ricerca e dei principali documenti legislativi degli Stati Uniti e della Comunità Europea sulla bioetica*, disponibile al link [http://old.iss.it/binary/publ/cont/Pagina1\\_154Relazione98\\_5.pdf](http://old.iss.it/binary/publ/cont/Pagina1_154Relazione98_5.pdf).

<sup>41</sup> La Dichiarazione di Helsinki *Recommendations guiding doctors in clinical research*, adottata dalla 18th World Medical Assembly, ad Helsinki nel giugno 1964, disponibile al link <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2018/07/DoH-Jun1964.pdf>, è stata rivista ed emendata più volte fino a giungere all'ultima versione adottata nel corso della 64th WMA General Assembly, tenutasi a Fortaleza, nell'ottobre 2013 (*WMA Declaration of Helsinki - Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, disponibile al link <https://web.archive.org/web/20140101202246/http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3>).

<sup>42</sup> Disponibile al link <https://www.wma.net/policies-post/wma-international-code-of-medical-ethics>.

<sup>43</sup> La World Medical Association (WMA) è un'organizzazione internazionale, fondata il 17 settembre 1947, quando medici di 27 paesi diversi si incontrarono alla prima Assemblea Generale della WMA a Parigi: un'organizzazione formatasi per garantire l'indipendenza dei medici e per lavorare con i più alti standard di comportamento etico e cura da parte dei medici, in ogni momento. Per ogni ulteriore informazione si rinvia al sito dell'associazione <https://web.archive.org/web/20131203073444/http://www.wma.net/en/10home/index.html>.

<sup>44</sup> *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina* (ETS 164/97) adottata il 4 aprile 1997 ed entrata in vigore il 1 dicembre 1999. In proposito, appare importante sottolineare come l'iter della ratifica della Convenzione da parte dell'Italia non sia stato concluso, per cui siamo nella situazione paradossale di avere una legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione (legge 28 marzo 2001, n. 145), che, non essendo stata depositata nelle sedi deputate del Consiglio d'Europa, lascia la Convenzione in un limbo surreale.

della buona pratica medica<sup>45</sup>, il DM 12 maggio 2006<sup>46</sup>: a questi riferimenti normativi va aggiunta la necessaria valutazione di un comitato bioetico.

a) *Con quale contenuto? Modello permissivo vs modello impositivo*

Avendo riguardo del contenuto, si possono avere due modelli contrapposti, quali quello a tendenza impositiva e quello a tendenza permissiva. È bene sottolineare che si parla di modelli a tendenza permissiva (individualisti e/o liberali) o a tendenza impositivi (organicisti e/o comunitari), e non permissivi o impositivi *tout court*.

*Modello a tendenza permissiva*

Si tratta di un modello che si fonda sul riconoscimento del singolo come agente morale assolutamente libero, da cui derivano il rispetto della sua autonomia e la conseguente centralità del principio di autodeterminazione individuale. La persona, centro di volizione ed azione morale, è il cardine delle scelte relative alla propria vita: in tale modello si presuppone l'esistenza di soggetti liberi ed eguali, riconosciuti titolari del diritto di orientare la propria vita e morte secondo i propri interessi e valori. Tale modello si fonda così su una concezione del soggetto che ne riconosce e valorizza le caratteristiche di consapevolezza, uguaglianza e libertà d'agire.

Si tratta di un modello che sicuramente rispetta il soggetto nella sua capacità di autodeterminazione, ma presuppone una capacità ed una piena consapevolezza: quando non si concretizzano tali condizioni, quando l'individuo si trova in condizioni esistenziali di debolezza ed indipendenza, quanto può essere libera la determinazione espressa in tali circostanze?

Il riconoscimento pieno del diritto di autodeterminazione non esclude la possibilità comunque di imporre determinati trattamenti al fine di tutelare la salute pubblica.

In tale prospettiva, il concetto di dignità, di vita degna è lasciato alla disponibilità dell'individuo, cui è riconosciuta la facoltà di assumere determinazioni che ne possano provocare anche la morte. Appare importante osservare, tuttavia, come anche in tale modello non sia disposto un "diritto alla morte": negli ordinamenti che si inscrivono in tale prospettiva è prevista, ordinariamente, la non punibilità dei medici che praticano assistenza al suicidio, accompagnando tali disposizioni con la verifica dell'esistenza di requisiti

---

<sup>45</sup> *Guideline for good clinical practice* E6(R2), (EMA/CHMP/ICH/135/1995) adottate dall'EMA la prima volta nel maggio 1995 e sottoposte periodicamente a revisione: l'ultima redazione è entrata in vigore dal 14 giugno 1997 ed è disponibile al link [https://www.ema.europa.eu/documents/scientific-guideline/ich-e-6-r1-guideline-good-clinical-practice-step-5\\_en.pdf](https://www.ema.europa.eu/documents/scientific-guideline/ich-e-6-r1-guideline-good-clinical-practice-step-5_en.pdf). Si tratta di uno strumento che mira a fornire uno standard unificato negli stati aderenti alla *Conferenza internazionale per l'armonizzazione dei requisiti tecnici per la registrazione dei farmaci ad uso umano* (ICH) per facilitare l'accettazione reciproca dei dati clinici da parte delle autorità di regolamentazione in queste giurisdizioni. Uno strumento che affronta il tema della buona pratica clinica, di uno standard internazionale di qualità etica e scientifica per la progettazione, la conduzione, la registrazione e la segnalazione di processi che implicano la partecipazione di soggetti umani.

<sup>46</sup> DM 12 maggio 2006, disciplinante i *Requisiti minimi per l'istituzione, l'organizzazione e il funzionamento dei Comitati etici per le sperimentazioni cliniche dei medicinali*, disponibile al link <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2006/08/22/06A07882/sg>.

posti al fine di evitare una *slippery slope* verso pratiche eugenetiche e/o discriminatorie, quali l'accertamento della sussistenza di un quadro clinico gravissimo, l'accertamento rigoroso dell'autenticità della volontà, la disposizione di profili di carattere procedurale e contenutistico molto stringenti.

Stati che si inscrivono in tale orientamento, per quanto riguarda le decisioni di fine vita, sono Paesi Bassi, Belgio, Colombia, Oregon, Montana e Washington (negli USA).

In particolare nei Paesi Bassi l'iter è iniziato nel 1973 con il caso Postma<sup>47</sup> ed ha trovato una finalizzazione con l'approvazione del c.d. *Assisted Suicide Act*<sup>48</sup> nel 2001, con il quale sono individuati alcuni criteri (accertamento della volontà del paziente, condizione di sofferenza senza possibilità di miglioramento, accertamento di una corretta informazione, consulto medico indipendente), che, se soddisfatti, determinano la non punibilità del medico. La richiesta del paziente è comunque sottoposta a valutazione di una commissione regionale di controllo.

Nei Paesi Bassi è ammessa la richiesta da parte di minori, con una differenziazione delle modalità secondo il grado di maturità, così come è ammessa la richiesta nei confronti di neonati, la cui pratica tuttavia sottoposta alla valutazione di una commissione di esperti dedicata.

Nel Belgio è disposta la non punibilità del medico che pratichi eutanasia attiva o passiva, purché siano soddisfatti criteri determinati dalla *Loi relative à l'euthanasie*<sup>49</sup> del 28 maggio 2002: una legge emendata ed integrata più volte. Una legge che disponeva in maniera pressoché analoga ai Paesi Bassi, anche se originariamente era esclusa la possibilità di accesso ai minori<sup>50</sup>, dettagliando, inoltre, le condizioni di sofferenza in maniera più rigorosa e puntuale.

Nell'Oregon la materia è disciplinata dal *Death with Dignity Act*<sup>51</sup> del 1997, con il quale si esclude la possibilità di accesso alla pratica eutanasi per motivazioni legate all'età e/o disabilità.

Nello stato di Washington, la materia è disciplinata dal *Washington Death with Dignity Act*<sup>52</sup> del 2009, con il quale si consente l'accesso a malati terminali, con una prognosi di sei mesi di vita, che esprimano due volte oralmente la richiesta e la ripetano ancora due volte per scritto.

In Colombia la non punibilità del medico non discende da una normativa, ma da una sentenza della

---

<sup>47</sup> District Court, Leeuwarden, 21 February 1973, N.J. 1973, n. 183. **storia**

<sup>48</sup> *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*, approvato il 10 aprile 2001 ed entrato in vigore il 1 aprile 2002.

<sup>49</sup> Reperibile al link [http://www.ejustice.just.fgov.be/doc/rech\\_f.htm](http://www.ejustice.just.fgov.be/doc/rech_f.htm).

<sup>50</sup> Possibilità introdotta con la *Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs* del 28 febbraio 2014, con la quale è disciplinata la possibilità di procedere ad eutanasia sui minori.

<sup>51</sup> *Death with Dignity Act*, entrato in vigore il 27 ottobre 1997 e disponibile al link <https://www.oregon.gov/oha/PH/PROVIDERPARTNERRESOURCES/EVALUATIONRESEARCH/DEATHWITHDIGNITYACT/Pages/ors.aspx>.

<sup>52</sup> Adottato il 4 novembre 2008 ed entrato in vigore il 5 marzo 2009, disponibile al link <http://app.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=70.245>.

Corte Costituzionale, la sentenza C239/97 del 20 maggio 1997<sup>53</sup>.

Nel Montana la non punibilità del medico, analogamente alla Colombia, discende da una sentenza della Corte suprema<sup>54</sup>.

#### *Modello a tendenza impositiva*

In tal caso l'ordinamento tende ad imporre modelli di comportamento tesi al rispetto ed alla promozione di valori e principi, di quello che si ritiene il bene del singolo, anche contro la sua volontà.

Esemplari in tal senso sono i modelli "impositivi di morte" (infanticidio a Sparta, *Eutanasie programm* nel Terzo Reich), ossia ordinamenti che adottano normative che impongono la morte secondo criteri di "utilità sociale".

Altrettanto emblematici sono i modelli "Impositivi della vita", che tendono ad imporre l'esistenza in vita fin dove possibile, prevaricando eventualmente la volontà individuale. In tali ordinamenti la vita non è nella disponibilità del singolo, ma costituisce un concetto delineato a priori.

In tale modello il soggetto non è considerato centro di imputazione e responsabilità davvero autonomo: la concezione della dignità non è lasciata all'autodeterminazione dei soggetti. Si tratta di un modello che all'apparenza sembra non riconoscere una piena autonomia al soggetto, ma forse appare più attento alla dimensione concreta degli individui, particolarmente quelli che vivono in condizioni di debolezza e vulnerabilità, che preludono spesso a influenzabilità: in tal caso, il modello a tendenza impositiva potrebbe anche costituire un baluardo avverso possibili soprusi nei confronti di chi vive nella fragilità, costituendo una garanzia contro eventuali soprusi.

Tale modello non è incompatibile con un diritto generale di autodeterminazione, il quale recede in presenza di alcune situazioni nelle quali si ritiene che alcune dimensioni, considerate fondamentali della persona, possano essere violate.

Ordinamenti a tendenza impositiva sono gli USA, UK e Italia.

Gli USA si collocano in tale orientamento, pur riconoscendo in maniera consolidata un diritto a rifiutare terapie mediche (*leading case* il caso *Cruzan*<sup>55</sup>), non riconoscono un diritto a morire, sostanzialmente per il timore di avviarsi verso una *slippery slope* in senso eugenetico e/o discriminatorio (caso *Vacco v. Quill*<sup>56</sup> e *Washington vs. Glucksberg*<sup>57</sup>).

Anche la Gran Bretagna si colloca all'interno di tale orientamento, in quanto, pur essendo

---

<sup>53</sup> Disponibile al link <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>.

<sup>54</sup> Si tratta della sentenza *Baxter v. Montana*, DA0051. MT.449 del 31 dicembre 2009, disponibile al link <https://law.justia.com/cases/montana/supreme-court/2009/50c59956-3100-468d-b397-4ab38f6eda4d.html>.

<sup>55</sup> *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990), disponibile al link <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/497/261.html>.

<sup>56</sup> *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997), disponibile al link <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/521/793.html>.

<sup>57</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), disponibile al link <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/521/702.html>.

riconosciuto un diritto generalizzato al rifiuto di cure, anche se di sostegno vitale (caso *Ms B*<sup>58</sup> e caso *Bland*<sup>59</sup>), non è riconosciuto un diritto a morire, anche se è viva una prassi tesa a non procedere nei confronti di persone che, per motivi pietosi, accompagnassero i propri cari malati e sofferenti in Svizzera, per ottenere il suicidio<sup>58</sup>.

Anche l'Italia si iscrive in tale orientamento, in quanto riconosce un diritto all'autodeterminazione, che ha un rango costituzionale ex art. 32 cost. e che può essere compreso solo in presenza di circostanze e motivi specifici. In proposito appare importante osservare come, se non esiste un dovere di curarsi, non è dato comunque un diritto a morire, prevedendo la punibilità dell'omicidio del consenziente (art. 579 cp) e dell'aiuto al suicidio (art. 580 cp). Ciò apre un interrogativo: se appare consolidato il principio per cui il medico è tenuto a rispettare la volontà del paziente, non si ha ancora giurisprudenza che consideri, in automatico, reato l'effettuazione di un trattamento non voluto.

---

<sup>58</sup> *Ms B v An NHS Hospital Trust* [2002] EWHC 429 (Fam), disponibile al link <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2002/429.html>

<sup>59</sup> Se ne ha traccia nelle linee guida per le indagini nei casi di suicidio assistito (disponibile al link <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/suicide-policy-prosecutors-respect-cases-encouraging-or-assisting-suicide>).