

Capitolo Primo

Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali

Sommario: 1. L'interdisciplinarietà del dibattito bioetico. – 2. Multiculturalismo, multiethnicismo e bioetica. – 3. La costruzione di una bioetica costituzionale. – 4. Le ragioni che hanno ostacolato in Italia l'adozione di un'adeguata disciplina legislativa. – 5. Le tecniche di elaborazione giuridica delle questioni bioetiche.

1. *L'interdisciplinarietà del dibattito bioetico*

Attraverso un fecondo dialogo tra saperi diversi la bioetica intende fornire un'adeguata risposta ai numerosi interrogativi sollevati dalle più avanzate applicazioni della medicina. Un approccio pluridisciplinare delle numerose questioni che interessano l'esistenza umana, dal suo inizio alla sua fine, è infatti in grado di favorire una ricerca più riflessiva e ponderata delle soluzioni da proporre alle *tragic choices*¹ cui è oggi costretto a confrontarsi l'individuo in presenza delle alternative offerte dagli straordinari progressi delle biotecnologie.

L'incontro tra studiosi delle scienze mediche, biologiche, giuridiche, filosofiche e teologiche², per nulla costretti ad abdicare alle

¹ P. BOBBIT-G. CALABRESI, *Scelte tragiche (Tragic choices)*, tr. it., Milano, 1986.

² Sulla definizione della bioetica come «connessione interdisciplinare fra i diversi apporti che a essa provengono dalla scienza biologica e medica, dalla filosofia etica, dalla regolamentazione giuridica» cfr. la voce *Bioetica* curata da V. FROSINI per la *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Appendice 2000*, Roma, 2000, 209.

specifiche competenze e conoscenze professionali, potrà proiettare la discussione verso un punto di convergenza, in direzione cioè di una proficua sintesi tra diversi modi di intendere un'identica questione.

La ricerca di un linguaggio comune potrà, inoltre, consentire l'abbandono delle irrazionali preoccupazioni, per lo più effetto di un pericoloso analfabetismo scientifico, che in più circostanze hanno indotto i pubblici poteri a scelte di tipo proibizionista per vietare l'impiego da parte degli scienziati di alcune tecniche, come la clonazione e le applicazioni transgeniche, poi rivelatesi (se impiegate su animali e vegetali) sicuramente utili per il benessere umano.

La contiguità tra esperti di diverse discipline potrebbe, allora, rendere più agevole la verifica delle conseguenze prodotte dalle innovative applicazioni della biomedicina sui valori legati alla persona umana. Dal dialogo/scontro tra diversi modi di speculare sull'effettiva portata di questi beni ne potrà scaturire uno scambio reciproco di informazioni: se da una parte, le ragioni della scienza medica potranno influenzare le riflessioni dei cultori delle discipline umanistiche; dall'altra, le motivazioni che sono alla base dei ragionamenti giuridico/filosofici verranno inesorabilmente a condizionare le opzioni che si offrono ai ricercatori.

A riprova del benefico effetto di questo contraddittorio è lo sforzo operato negli ultimi anni dal diritto per rivedere le tradizionali categorie giuridiche in modo da pervenire a inedite definizioni certamente più adeguate alla nuove conoscenze scientifiche. Un'evoluzione questa che ha progressivamente interessato sia il profilo soggettivo che quello oggettivo della tutela giuridica: dalla revisione delle nozioni di inizio e di fine della vita umana, alla legittimazione delle generazioni future, all'individuazione di nuove situazioni di vantaggio (come il diritto alla *privacy* genetica o all'egualianza contro ogni forma di determinismo o riduzionismo genetico), all'affermazione dei diritti animali, all'individuazione di un patrimonio comune dell'umanità, all'introduzione infine dei principi dello *sviluppo sostenibile* e di quello *precauzionale*³.

³ Che impone l'impiego di una cautela alle azioni umane le cui conseguenze potrebbero essere «imprevedibili» o «tendenzialmente devastanti» (L. MANCONI, *Ci vuole trasparenza sulle biotecnologie*, in *la Repubblica* del 23 luglio 1999).

L'importanza di questo proficuo dialogo per risolvere questioni che oggi difficilmente potrebbero essere affidate alla responsabilità del singolo scienziato ha recentemente indotto le stesse istituzioni culturali, a cominciare da quelle universitarie, a rivedere e aggiornare la propria didattica e i percorsi formativi. L'avvio di corsi di bioetica inseriti dal Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e tecnologica in distinti raggruppamenti disciplinari⁴ potrà in futuro consentire la maturazione di conoscenze specialistiche di tipo interdisciplinare. In una medesima logica si iscrive l'istituzione di Centri di ricerca bioetica interuniversitari (come il C.I.R.B. di Napoli⁵) o interdipartimentali che ribadisce l'esigenza, avvertita dalle strutture di alta cultura scientifica, di rinvenire una sede di discussione e di raccordo tra competenze distinte in grado di fornire una risposta alle molteplici questioni sollevate oggi dal dibattito bioetico.

L'analisi in chiave personalistica delle conseguenze prodotte dalle più sofisticate applicazioni della medicina e della biologia, sui diritti fondamentali dell'individuo (dalla integrità psico/fisica, alla dignità umana, al rispetto della riservatezza), rappresenta la cifra comune da cui dovranno prendere le mosse tanto i cultori delle discipline umanistiche che gli esperti delle scienze biomediche.

Un approccio polifonico del comune obiettivo di discussione

⁴ Attualmente la bioetica è contenuta nelle discipline della Storia della medicina (SSD Med 102), della Medicina legale (SSD Med 43), della Filosofia morale (SSD M-Fil/03), della Filosofia del diritto (SSD Jus 20) e del Diritto privato (SSD Jus 01).

⁵ Il Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica fu istituito nel 1996 a seguito della sottoscrizione di una convenzione da parte dei Rettori dell'Università degli Studi di Napoli Federico II e della Seconda Università degli Studi di Napoli (che ha poi assunto la denominazione di Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) nonché dal rappresentante, nella persona del Vescovo di Napoli, della Pontificia Facoltà di teologia dell'Italia Meridionale (sezione S. Tommaso). In seguito hanno aderito al Centro, sottoscrivendo la convenzione, anche i Rettori delle altre Università campane: dell'Università Suor Orsola Benincasa-Napoli, dell'Istituto Universitario Orientale, dell'Università Parthenope di Napoli, dell'Università di Salerno e di quella del Sannio. Per una più attenta analisi dei Centri che si occupano nel nostro paese delle problematiche bioetiche v. G. CHIEFFI, *La bioetica nel dibattito culturale italiano*, in *Bollettino della Sezione Campana ANISN*, n. 17, 1999, 25 ss. dell'estratto.

consentirebbe di percepire più distintamente il grado di tutela oggi accordato, all'interno della nostra società, all'autonomia individuale di fronte agli straordinari progressi della medicina.

2. *Multiculturalismo, multiethnicismo e bioetica*

Accanto ad una giusta sintesi tra distinti saperi, compito della bioetica è anche la promozione di un proficuo dialogo tra le molteplici espressioni etniche e culturali coesistenti oggi all'interno del mondo occidentale.

La trasformazione multiculturale delle nostre società, a seguito dei massicci flussi di popolazioni provenienti da Paesi poveri, sollecita i pubblici poteri a dare una risposta adeguata, e quindi rispettosa dei diritti della persona a cominciare dalla sua individualità ed autonomia, alle specifiche domande di assistenza.

La globalizzazione, insieme all'abbattimento delle frontiere economiche, ha accentuato la *porosità*⁶ dei confini statali rendendoli sempre più permeabili alle migrazioni multinazionali. L'abbandono del «mito dello Stato culturalmente omogeneo» ha conseguentemente indotto le stesse maggioranze politiche ad una progressiva apertura e comprensione dei fenomeni del «pluralismo» e della «diversità» culturale⁷ con l'intento di contestualizzare «le diverse etiche nell'ambiente d'origine»⁸.

Una società potrebbe, invero, definirsi *liberale* a condizione di saper «rispettare» proprio le *diversità* indotte dalla presenza al suo interno di individui «che non condividono i suoi fini comuni» ai quali dovrà, comunque, essere assicurata un'adeguata tutela dei diritti fondamentali⁹.

⁶C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS-C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, tr. it., Milano, 1998, 51.

⁷W. KYMILICKA, *La cittadinanza multiculturale*, tr. it., Bologna, 1999, 19.

⁸M. VENTURA, *Diritto, religione e bioetica in una società multiculturale*, in V. MENESINI (a cura di), *Interfaccia tra bioetica e diritto*, Perugia, 1998, 145.

⁹C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., 46 ss., a giudizio del quale

In ossequio agli insopprimibili valori costituzionali posti a presidio della persona umana (comprensivi della sua dignità¹⁰ ed integrità psico/fisica) compito dell'interprete (sia esso legislatore che giudice) sarà, allora, quello di garantire il godimento dei diritti *alla differenza* che si aggiungono ai più tradizionali diritti di cittadinanza¹¹: il riconoscimento a gruppi etnici o minoranze religiose di diritti *polietnici* intende, perciò, consentire a ciascun individuo, indipendentemente dalla propria nazionalità, di «esprimere la *sua* particolarità e orgoglio culturale senza che ciò eserciti effetti negativi sulla *sua* riuscita nelle istituzioni economiche e politiche della società dominante»¹².

Da qui l'esigenza, sottolineata da Habermas¹³, di un diritto e di una politica che, di fronte al fenomeno del multiculturalismo, siano quanto più è possibile neutrali e imparziali in modo da sapersi predisporre «all'autocomprensione e ai progetti di vita di gruppi particolari, dunque a ciò che dal *loro* punto di vista viene complessivamente visto come qualcosa di *buono per noi*».

L'impegno dei pubblici poteri sarà, benvero, quello di garantire ad ogni essere umano, indipendentemente dalla propria origine etnica, l'opportunità di conservare all'interno della società di accoglienza la sua identità culturale, le proprie abitudini, comprensive della possibilità di ricevere un'assistenza sanitaria con caratteristiche simili a quelle fornite nel rispettivo paese di origine.

una società si dimostra liberale «per il modo in cui tratta le minoranze, compresi coloro che non condividono la definizione pubblica di bene, e soprattutto per i diritti che accorda a ognuno dei suoi membri».

¹⁰ Per C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., 27, «la politica dell'uguale dignità si basa sull'idea che tutti gli esseri umani siano ugualmente degni di rispetto e si sostiene – per quanto noi cerchiamo di arretrare, intimoriti, di fronte a questo sfondo *metafisico* – su di una qualche nozione di quelle che sono le caratteristiche degli esseri umani che esigono rispetto».

¹¹ W. KYMILICKA, *op. ult. cit.*, 49. Per E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Torino, 1999, 14, «il principio della tutela delle minoranze si pone sempre in deroga sia al principio maggioritario che al principio di eguaglianza».

¹² W. KYMILICKA, *op. ult. cit.*, 57.

¹³ J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS-C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, tr. it., Milano, 1998, 80.

La multiculturalità, come ricorda Marco Ventura¹⁴, interessa in modo crescente proprio la domanda di servizi sociali e, «più generalmente, le grandi scelte (trapianti, donazioni, procreazione assistita, eutanasia, AIDS, aborto, ecc.) oggetto di riflessione bioetica e di interesse biogiuridico».

A parte l'esigenza di assicurare nelle strutture ospedaliere un'adeguata accoglienza (linguistica e religiosa) all'utenza proveniente da paesi di tradizione e cultura diversa dalla nostra, appare oramai improcrastinabile una programmazione dell'offerta sanitaria che preveda l'erogazione di cure, ampiamente diffuse nei paesi di origine degli immigrati, ancora oggi classificate dal nostro Servizio Sanitario Nazionale come *non convenzionali* o *alternative* e, perciò stesse, non comprese tra quelle esentate dalla spesa sanitaria.

Pur non pervenendo a garantire un così ampio e articolato diritto di cura, un importante passo in avanti in direzione del riconoscimento del diritto alla salute agli extracomunitari è rappresentato dal d.lgs. n. 286/1998¹⁵ che sollecita lo sviluppo nel nostro Paese di una cultura dell'accoglienza nel senso di una maggiore sensibilità per i diritti dello straniero.

Tra gli obiettivi assegnati al documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri (art. 3, n. 3), che dovrà essere predisposto ogni tre anni dal Presidente del Consiglio dei Ministri e approvato dal Governo, accanto all'individuazione dei «criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato», rientra proprio l'elaborazione degli «interventi

¹⁴ M. VENTURA, *Diritto, religione e bioetica in una società multiculturale*, cit., 145, che rileva come «le politiche sanitarie pubbliche, la concreta tutela del diritto alla salute, le forme riconosciute di obiezione di coscienza, la libertà dei ricercatori, la gestione giuridica delle biotecnologie, sono sempre più oggetto di scontro/confronto tra norme e valori a forte matrice religiosa».

¹⁵ Si tratta del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero più volte modificato a seguito di pronunce di accoglimento della Corte Cost. (sentt.: n. 376/2000; n. 222 e 223/2004; n. 278 e 306/2008; n. 11/2009; n. 359/2010 e 202/2013) o da successive riforme legislative (tra le più recenti: legge n. 110/2017, legge n. 3/2018 e d.lgs. n. 71/2018).

pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico».

In direzione del riconoscimento del diritto a ricevere un trattamento sanitario che tenga conto delle specificità culturali dell'utenza straniera si dirigono anche alcune leggi regionali¹⁶ che, nel mutuare una «concezione dell'integrazione vista come un processo di riconoscimento e di rispetto delle differenze»¹⁷, dispongono l'adeguamento degli interventi in materia di maternità, sessualità ed uso dei sistemi anticoncezionali alle diversità culturali di persone straniere non iscritte al servizio sanitario regionale¹⁸.

Analogo sforzo di apertura verso le problematiche sanitario/assistenziali poste dal multiculturalismo è compiuto dalla legge reg. Umbria n. 11/2015 (Testo unico in materia di Sanità e Servizi sociali) che all'art. 196 assicura «ai cittadini provenienti da Paesi extracomunitari e loro familiari, l'accesso ai servizi sanitari»¹⁹.

¹⁶ L'art. 3, n. 5 del d.lgs. n. 286/1998 riconosce alle Regioni e ai minori enti locali, nell'ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio, il compito di adattare «i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelli inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana».

¹⁷ A. D'ALOIA-A. PATRONI GRIFFI, *La condizione giuridica dello straniero tra valori costituzionali e politiche pubbliche*, in *Riv. Amministrativa della Regione Campania*, 1995, n. 4, 266. In argomento cfr. anche A. PATRONI GRIFFI, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999, 327 ss.

¹⁸ Art. 18, legge reg. Campania n. 6/2010 e legge reg. Toscana n. 29/2009 che, in particolare (art. 5, n. 39), «in coerenza con la legge 9 gennaio 2006, n. 7 (Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile)», promuove «iniziative di sensibilizzazione ed ogni altra azione per la prevenzione ed il contrasto delle pratiche di mutilazione femminile».

¹⁹ Un analogo grado di tutela per gli extracomunitari è riservato dalla legge prov. Trento n. 13/1990 che assicura (art. 9) l'iscrizione al S.S.N. ai lavoratori e cittadini extracomunitari immigrati, inseriti nelle liste di collocamento, e ai loro familiari; dalla legge reg. Molise n. 28/1997 che riconosce ad ogni cittadino il di-

Per soddisfare l'esigenza di praticare, anche durante il periodo di ricovero, il proprio culto religioso l'art. 1 della legge reg. Emilia Romagna 10 aprile 1989, n. 12 dispone, poi, che in ogni Unità sanitaria locale sia istituito un servizio di assistenza religiosa «dotato dell'autonomia confacente alla peculiarità della sua funzione» con il «compito di assicurare presso i presidi di ricovero sanitari e sociali del servizio socio/sanitario regionale, nel rispetto della volontà e libertà di coscienza dei cittadini, l'esercizio della libertà religiosa e l'adempimento delle pratiche di culto, nonché il soddisfacimento delle esigenze spirituali proprie delle diverse confessioni, in conformità ai rispettivi ordinamenti»²⁰. Nella direzione di un'adeguata assistenza culturale e sanitaria si dirigono, tra le tante, anche le più recenti leggi reg. della Liguria n. 7/2007 (artt. 18 e 19), come modificata dalla legge reg. n. 4/2009, della Campania n. 6/2010 (artt. 1 e 18) e della Basilicata n. 13/2016 (art. 1, lett. e).

In un contesto certamente più ampio, l'esigenza che il dibattito bioetico prenda in considerazione le molteplicità culturali e i problemi sociali provocati dall'immigrazione, tanto nello sviluppo delle politiche sanitarie che negli specifici contesti terapeutici ed assistenziali, è stata con forza sottolineata dallo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.).

ritto di cura tenuto anche conto della «propria specificità derivante dall'età, dal sesso, dalla nazionalità, dalla cultura, dalla religione e dalle condizioni di salute, senza subire ingiustificate discriminazioni»; ed infine dalla legge reg. Toscana n. 41/2005 che all'art. 56 (Politiche per gli immigrati) dispone iniziative della Regione per assicurare «interventi e servizi volti a favorirne l'accoglienza, prevenire e contrastare fenomeni di esclusione sociale e di emarginazione», con particolare riguardo: all'«attivazione di percorsi integrati di inserimento sociale, scolastico e lavorativo» in grado di favorire «la comunicazione interculturale e l'associazionismo»; alla «promozione della partecipazione degli immigrati alle attività culturali, educative e ricreative della comunità locale»; all'«accesso ai servizi territoriali, mediante l'attivazione di specifiche campagne di informazione e interventi di mediazione culturale»; alla «predisposizione di progetti mirati a favore di cittadini stranieri in situazioni di particolare fragilità, quali profughi, rifugiati, richiedenti asilo, vittime di tratta» e alla «gestione di interventi di sostegno abitativo».

²⁰ Nella stessa direzione vanno anche le leggi regionali: Sicilia n. 7/1991 (art. 11), Lombardia n. 48/1988 (art. 15) e Sardegna n. 13/1997.

Sin dal primo parere²¹ redatto sull'argomento nel gennaio 1998 («Problemi bioetici in una società multietnica») l'organo di consulenza del Governo metteva in evidenza la necessità di garantire il diritto alla differenza o diversità in modo più compatibile con il principio di eguaglianza da intendere come «riconoscimento del rispetto dell'essere umano, indipendentemente dall'appartenenza culturale o etnica».

Attraverso un'equilibrata integrazione tra i principi della *eguaglianza* (che potrebbe addirittura condurre all'assimilazione completa dello straniero agli usi e costumi del paese ospitante) e della *differenza* (che rischierebbe di affermare un'interpretazione separatista e segregazionista della società multietnica) occorrerà, allora, pervenire al riconoscimento dei valori da tutti condivisi, dalla dignità di ogni singolo individuo, al rispetto delle peculiarità religiose, culturali di ciascun popolo²².

Da qui l'esigenza, avvertita dallo stesso C.N.B., di utilizzare «strumenti concettuali e proposte operative che garantiscano la non discriminazione nell'accesso ai servizi socio/sanitari di prevenzione, diagnosi e cura, la tolleranza nei confronti del culturalmente diverso ma nello stesso tempo la promozione, senza frammenti di popolazione emarginata, dei valori che l'esperienza storica e del diritto insegnano dover venire prioritariamente condivisi»²³.

Dal punto di vista operativo il C.N.B. propone una formazione del personale sanitario e dei servizi sociali che assicuri la «comprensione delle culture diverse» la quale, a sua volta, presuppone l'acquisizione di una «conoscenza linguistica e medica delle patologie principali dei paesi di origine» degli immigrati²⁴. In un con-

²¹ I pareri del C.N.B. sono rinvenibili nel sito internet www.bioetica.governo.it.

²² C.N.B., *Problemi bioetici in una società multietnica*, 16 gennaio 1998.

²³ C.N.B., *ibidem*.

²⁴ A tal fine il C.N.B., *Problemi bioetici in una società multietnica*, cit., giudica necessario preparare il «personale sanitario ad una cultura dell'accoglienza e della solidarietà nella prospettiva di una medicina transculturale e nella necessaria osservanza della deontologia e della legge». L'obiettivo della formazione sarà quello di predisporre alla comprensione «che l'essere stranieri o immigrati non indica estraneità da emarginare, ma semmai alterità le cui ragioni vanno comprese, e non solo accettate come mero dato di fatto imm modificabile».

testo di questo genere, la figura del *mediatore culturale* potrebbe certamente consentire un impatto più agevole da parte dell'utenza straniera con gli apparati ospedalieri e con gli stessi addetti al Servizio Sanitario Nazionale.

Il riconoscimento di un'assistenza adeguata alle domande provenienti dalle pieghe di una società multietnica non potrebbe, però, consentire l'esecuzione di pratiche mediche lesive dei beni legati alla persona umana di indubbio rilievo costituzionale. Gli appartenenti a gruppi etnici o a culture religiose diverse da quelle dominanti all'interno del corpo sociale non potrebbero, cioè, rifiutarsi di «accettare i valori e le norme che regolano la vita della società di cui fanno parte, che li ospita o che li ha integrati»²⁵. Sarà compito dell'interprete del diritto procedere al contemperamento tra la «libertà individuale e di gruppo (spesso religiosamente ispirata)» e i «valori supremi dell'ordinamento»²⁶. In presenza di una richiesta di intervento sanitario pregiudizievole per l'integrità psico/fisica o per la dignità del paziente, la struttura sanitaria e lo stesso medico curante non potrebbero allora che opporre un netto rifiuto.

Sarebbe, ad esempio, certamente da escludere l'esecuzione nel nostro Paese della mutilazione sessuale femminile (infibulazione)²⁷, per quanto tale pratica sia espressione di tradizioni e culture antiche diffuse tra le popolazioni dell'Africa islamica ed in particolare nelle nazioni sub/sahariane, provocando un'alterazione irreversibile dell'identità psico/fisica e della stessa salute della donna come tale espressamente vietata dall'art. 5 c.c.

Per converso, non andrebbe incontro ad analoghe limitazioni la richiesta di procedere alla circoncisione maschile motivata da finalità rituali (tipiche della cultura ebraica ed islamica) o da un intento emulativo che, non arrecando alcun pregiudizio alle funzionalità

²⁵ C.N.B., *La circoncisione: Profili bioetici*, 25 settembre 1998.

²⁶ M. VENTURA, *Diritto, religione e bioetica in una società multiculturale*, cit., 145.

²⁷ Un esplicito divieto è infatti contenuto nella legge 9 gennaio 2006, n. 7 contenente «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile».

sessuali del paziente, sarebbe espressione della libertà di professare la propria fede religiosa (art. 19 Cost.) ovvero – qualora praticata su minori di età – del diritto/dovere, ricadente su ogni genitore, di educare i figli secondo le proprie convinzioni culturali (art. 30 Cost.)²⁸.

3. La costruzione di una bioetica costituzionale

Compito del giurista sarà, allora, quello di realizzare una sintesi tra le molteplici posizioni che si confrontano nel dibattito bioetico.

Nella contrapposizione tra più modi di intendere le controverse questioni della vita umana, l'interprete dovrà cioè sforzarsi di rinvenire il giusto punto di equilibrio fra tutti i beni di rilievo costituzionale ritenuti meritevoli di analoga considerazione.

L'introduzione di una normativa, rispettosa dei valori legati alla persona umana, potrà consentire un maggiore controllo sull'impiego delle tecniche biomediche così da rispondere alle stesse sollecitazioni provenienti dalla Comunità europea e dal Consiglio d'Europa per porre un argine alle più detestabili forme di speculazione economica.

Nonostante le indubbie difficoltà determinate dalle peculiarità del dibattito bioetico (che impone la ricerca di una mediazione tra conoscenze e culture distinte) si rende infatti necessaria una regolamentazione giuridica che tuteli i beni di indubbio rilievo costituzionale.

Volendo limitare l'attenzione ad uno specifico campo di intervento, le opportunità oggi offerte dalle biotecnologie di incidere sul Dna di ogni cellula, per sottoporre le stesse a manipolazioni di vario genere, fanno con sempre maggiore intensità emergere l'esigenza di una adeguata regolamentazione legislativa che, in ossequio ai valori legati alla persona umana (dignità, salute, vita, integrità psico/fisica, riservatezza), introduca limiti ai comportamenti degli scienziati. È questo, infatti, un comparto della ricerca medica che, come giustamente sottolineato dall'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, on. Massimo D'Alema, non potrebbe «essere delegato solo alla cultura degli scienziati e alle esigenze degli industriali», nel senso

²⁸ C.N.B., *La circoncisione: Profili bioetici*, cit.

che non si «può rinunciare a una funzione di indirizzo e di controllo nella regolazione dei contrasti che su questa materia continuano a nascere perché si tratta di tecnologie che, come quelle legate agli armamenti, sono dotate di potere distruttivo e distorsivo»²⁹.

L'allargamento del dibattito bioetico all'interno delle sedi della rappresentanza popolare avrebbe pure l'effetto di immettere questioni così delicate per le sorti dell'individuo e delle stesse generazioni future, per coinvolgere beni che rappresentano il patrimonio comune dell'umanità, nei circuiti della «democrazia deliberativa», in modo da far emergere i motivi del dissenso ma soprattutto consentire l'allargamento della discussione all'interno dello stesso corpo sociale.

L'intervento parlamentare potrebbe, perciò, rendere possibile «un'accettazione pubblica delle nuove biotecnologie». Attraverso l'avvio di un «un ampio dibattito sul consenso», il processo democratico renderebbe possibile «l'apertura all'utilizzo delle nuove biotecnologie»³⁰.

La presenza di un'adeguata disciplina legislativa garantirebbe, poi, quella «certezza del diritto»³¹, più volte invocata dallo stesso Comitato Nazionale per la bioetica³² sicuramente indispensabile in un settore della ricerca in grado di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo.

È, infatti, convinzione della Corte Costituzionale che «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana», appartenga «primariamente alla valutazione del legislatore», fermo restando che, in costanza di questa situazione di carenza le-

²⁹ M. D'ALEMA, *È inaccettabile creare fabbriche d'organi*, in *La Repubblica* del 16 ottobre 1998.

³⁰ L. NILSEN, *Dalla bioetica alla biolegislazione*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 50.

³¹ Appartiene, infatti, alla regolamentazione giuridica una «funzione dichiarativa e di regolazione che garantisce la chiarezza e la certezza nella gestione delle aree controverse della bioetica (...). Il diritto può garantire che gli operatori sappiano cosa è accettato e cosa non lo è ed agire di conseguenza» (L. NILSEN, *op. ult. cit.*, 49).

³² Istituito con d.p.c.m. 28 marzo 1990 e successive modifiche.

gislativa, spetterà «al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»³³.

L'assenza di un'adeguata normativa giuridica in molti settori della bioetica ha, pertanto, determinato l'esercizio, da parte degli ordini professionali³⁴ e dello stesso giudice di merito³⁵, di un ruolo di supplenza, i cui esiti non sono stati tuttavia sempre soddisfacenti. La diversa sensibilità etica mostrata per la soluzione delle delicate questioni poste dalla medicina contemporanea ha sovente spinto

³³ Corte Cost., sent. 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2632 con nota di E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*. Un analogo invito rivolto al legislatore ad intervenire è contenuto nella sent. 9 luglio 1996, n. 238, cit., 2142 ss., che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2 (seconda proposizione), c.p.p. nella parte in cui consente l'adozione di misure restrittive della libertà personale finalizzate alla esecuzione della perizia, ed in particolare il prelievo ematico coattivo, senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi e i modi in cui esse possono essere adottate. A seguito di questa pronuncia è intervenuta l'integrazione dell'art. 349 c.p. che autorizza il prelievo, anche coattivo, di capelli, peli o della saliva (cfr. comma 2-bis aggiunto dall'art. 10, comma 1, della legge n. 155/2005), al fine di consentire, pure in assenza del consenso dell'interessato, lo svolgimento degli indispensabili riscontri, utili alla sua identificazione e alle stesse indagini. Tale analisi dovrà essere svolta dalla polizia giudiziaria, nel rispetto della dignità, del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto, e in presenza di un'autorizzazione del pubblico ministero. Per le indagini volte ad accertare un delitto colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore al massimo a tre anni, la legge prescrive (art. 224-bis c.p.p., introdotto dall'art. 24 della legge n. 85/2009) l'emanazione di una ordinanza motivata del giudice.

³⁴ Il ruolo svolto dai codici di condotta è ben distante «dal significato e dal valore della regola giuridica, in quanto posta dalla norma di legge», potendo essi al più «formulare raccomandazioni o indicazioni di condotta che hanno un valore di orientamento, di guida, di protocollo, connesse al giudizio di carattere etico» [C.M. MAZZONI, *Introduzione. La bioetica ha bisogno di norme giuridiche*, in ID. (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 10].

³⁵ I giudici, per tale via, diventano «gli architetti del cambiamento del legislatore». Essi, cioè, non si trincerano «dietro la nozione di separazione dei poteri, lasciando ogni decisione in merito al Parlamento, anche perché si sono resi conto che è necessario agire con tempestività» [I. KENNEDY, *Il diritto di morire*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 228].

gli interpreti del diritto a pronunciarsi in modo alquanto discutibile e, in taluni casi, addirittura in contraddizione con il codice di condotta medica e con le decisioni emesse in precedenza da altri giudici. La via giudiziaria, del resto, non potendo adeguatamente supplire il legislatore in un settore così controverso dell'esperienza umana, ha progressivamente mostrato i «propri limiti», a cominciare dalla «incertezza sul risultato dei casi esaminati, i tempi ed il fatto che non offra una soluzione generale ai problemi collegati con la biotecnologia»³⁶, con l'effetto di non assicurare adeguata protezione ai molteplici interessi coinvolti.

4. *Le ragioni che hanno ostacolato in Italia l'adozione di un'adeguata disciplina legislativa*

Accanto alle fisiologiche ragioni (relative alla forma di governo e al sistema dei partiti) che, nel nostro Paese, hanno sistematicamente rallentato l'elaborazione della decisione politica, per le questioni di bioetica vanno aggiunte anche altre motivazioni di ordine etico e religioso le quali hanno sovente condotto ad una «radicalizzazione delle posizioni» e alla «sterilità delle proposte»³⁷.

La perdurante contrapposizione, all'interno del dibattito dottrinale e nelle stesse Assemblee parlamentari, di una concezione *laica* della bioetica rispetto ad una più strettamente *confessionale* (legata alle posizioni espresse dal Magistero cattolico) hanno a lungo ostacolato, in molti settori della ricerca scientifica, il raggiungimento di una sintesi che, smussati gli eccessi liberistici da un lato e dogmatici dall'altro, tentasse di rinvenire un giusto punto di equilibrio conforme, questa volta, al catalogo assiologico contenuto nel testo costituzionale dello Stato.

Tale antinomia tra diversi modi di intendere i fenomeni legati all'esistenza umana ha, quindi, impedito all'organo di rappresen-

³⁶ L. NILSEN, *Dalla bioetica alla biolegislazione*, cit., 68.

³⁷ C.M. MAZZONI, *Introduzione. La bioetica ha bisogno di norme giuridiche*, cit., 10.

tanza popolare di pervenire ad una «formula di compromesso» attraverso l'elaborazione di una scelta giuridica che, senza comprimere le diverse posizioni, assicurasse un'equa soluzione tale da «risultare obiettivamente percorribile da parte dell'individuo al quale la norma si rivolge»³⁸.

L'acceso dibattito sulla legittimità dell'indagine genetica svolta nella fase preimpianto o durante la gestazione del feto rappresenta un caso emblematico di questa contrapposizione che ha per molto tempo precluso, fino ai più recenti interventi della Consulta, il varo di una disciplina che aprisse la strada alle enormi potenzialità oggi offerte dalla scienza di prevenire la nascita di individui affetti da gravi malattie incurabili geneticamente trasmissibili.

Senza affatto incidere sul generale apprezzamento riposto per un settore della ricerca in grado di contribuire alla prevenzione e cura di gravi malattie che affliggono l'umanità, la bioetica cattolica solleva, ad esempio, seri dubbi sull'opportunità dell'impiego di una indagine genica volta ad accertare i difetti del nascituro che avrebbe l'indesiderabile effetto di condurre ad una selezione eugenetica di embrioni soprannumerari ovvero di spingere la gestante a praticare l'interruzione volontaria della gravidanza con l'effetto di rimarcare, ancor di più di quanto oggi avvenga, la condizione di diversità e di peso per la società di coloro che sono affetti da una disabilità.

Per tale indirizzo, l'analisi del Dna avrebbe, cioè, l'effetto di introdurre nella società un modello di perfezione dell'essere umano assolutamente incompatibile con l'interpretazione delle vicende della vita data dal Magistero della Chiesa cattolica, fedele all'affermazione dogmatica della «sacralità» della vita ed all'evoluzione casuale del genere umano secondo le leggi della natura.

La possibile scelta, condizionata da fattori estetici quando non edonistici, del sesso del concepito o addirittura delle sue caratteri-

³⁸ E. BERNAT, *Verso la commercializzazione di organi umani?*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 195, secondo cui proprio grazie a questo pubblico dibattito ogni individuo sarà posto nelle condizioni «di comprendere le motivazioni per le quali il legislatore si sia discostato da determinate norme ideali, oltre a poter riconoscere il pensiero che ha condotto alla formulazione della norma pratica e la sua relativa adeguatezza».

stiche fisiche (colore dei capelli, degli occhi, altezza, ecc.) costituirebbe l'ulteriore pericolo del ricorso alle potenzialità offerte dall'ingegneria genetica. Accanto ad una selezione *negativa* (giustificata dalla presenza di malformazioni) si aprirebbe la strada a forme di selezione di tipo *positivo*, legate alla presenza di una determinata caratteristica fisica «giudicata fattore di superiorità»³⁹.

In direzione opposta a questa interpretazione confessionale delle vicende della vita umana, si è venuta progressivamente a contrapporre una posizione *laica* (anti/dogmatica piuttosto che anti/religiosa⁴⁰), di chiara origine anglosassone e consacrata nello stesso titolo di un fondamentale saggio di Umberto Scarpelli⁴¹, che al contrario si propone di affermare una visione più tollerante, libertaria e pluralista delle questioni della bioetica. Tale interpretazione, invero, oltre a tenere separati «i piani della morale e del diritto»⁴², lascia ampio spazio all'autonomia individuale e al rispetto delle scelte altrui.

La legge, dunque, secondo questo orientamento, lungi dal privilegiare alcune posizioni etiche, pure se risultassero maggioritarie⁴³, dovrebbe, invece, «basarsi sull'individuazione di principi quanto più possibile universali, che permettano ai cittadini che aderiscono a diverse visioni etiche e religiose di veder rispettare le loro decisioni e le loro libertà»⁴⁴. Ogni pretesa di «costruire i principi giuridici sulla base delle norme di una singola morale» sarebbe «in contrasto con la democrazia liberale»⁴⁵.

³⁹ Consiglio permanente della Conferenza episcopale di Francia, *Progressi della genetica e dignità umana*, Milano, 1998, 47.

⁴⁰ Cfr. C. CAPORALE-A. MASSARENTI-A.M. PETRONI-S. RODOTÀ, *Così aumentano le "chances" della vita*, in *Il Sole 24 ore* del 1° marzo 1998.

⁴¹ U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998.

⁴² C. FLAMIGNI-A. MASSARENTI-M. MORI-A.M. PETRONI, *Manifesto di bioetica laica*, in *Il Sole 24 ore* del 9 giugno 1996.

⁴³ La salvaguardia dei diritti dovrà venire, secondo C. CAPORALE-A. MASSARENTI-A.M. PETRONI-S. RODOTÀ, *Così aumentano le "chances" della vita*, cit., «prima del principio maggioritario».

⁴⁴ C. CAPORALE, *Meglio nessuna legge*, in *Il Sole 24 ore* dell'11 ottobre 1998.

⁴⁵ C. CAPORALE-A. MASSARENTI-A.M. PETRONI-S. RODOTÀ, *Così aumentano le "chances" della vita*, cit.

Un'interpretazione laica dello Stato, cui peraltro si richiama lo stesso giudice costituzionale⁴⁶, renderebbe allora impraticabile qualsiasi «imposizione coattiva di un'etica» attraverso una legge le cui scelte dovrebbero, per converso, essere «sottratte all'arbitrarietà e ad un uso di parte»⁴⁷.

Il bisogno irrinunciabile di conoscenza impedirebbe, secondo questa interpretazione, di imporre limiti eccessivi alla libertà di scienza ritenuta indiscutibilmente funzionale al miglioramento del benessere umano e della qualità della vita potendo eliminare i mali che oggi affliggono la società⁴⁸.

Rientrerebbe, poi, nell'autonomia individuale (da intendere come «capacità di dare regole a se stessi»⁴⁹) di decidere i propri comportamenti (nel campo della fecondazione assistita, dell'eutanasia, dell'aborto, della donazione di organi, dell'ingegneria genetica) e quindi gli esiti del proprio destino.

Unico limite invalicabile, a questa ampia coniugazione dell'autonomia e della libertà individuale sarebbe, sempre per Scarpelli, il «danno rilevante ad altri»⁵⁰. L'uomo cioè, in quanto componente della natura, potrà «interagire con essa, conoscendola e modificandola, nel rispetto», tuttavia, «degli equilibri e dei legami che lo uniscono alle altre specie viventi»⁵¹. Compito primario del diritto sarebbe, nel dettaglio, di «evitare quei comportamenti che recano un

⁴⁶ Corte Cost., sent. 12 aprile 1989, n. 203, in *Giur. cost.*, 1989, 890 ss. e sent. 25 maggio 1990, n. 259, *ivi*, 1990, 1542 ss.

⁴⁷ G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato e questione bioetica*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, Cantanaro, 1996, 291 e 301.

⁴⁸ MASSARENTI, *Il futuro preso sul serio*, in *Il Sole 24 ore* del 25 maggio 1997.

⁴⁹ U. SCARPELLI, in A. MASSARENTI, *Scarpelli, bioetica liberale*, in *Il Sole 24 ore* del 3 maggio 1998.

⁵⁰ U. SCARPELLI, *ibidem*. Sull'esigenza di un «progressivo ridursi dell'intervento del biodiritto, nelle questioni bioetiche» e conseguente «ampliamento dello spazio di intervento per un'autonomia individuale che sia responsabile moralmente» cfr. E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Bari-Roma, 1999, 16.

⁵¹ C. FLAMIGNI-A. MASSARENTI-M. MORI-A. M. PETRONI, *Manifesto di bioetica laica*, cit.

danno certo od altamente probabile ad altri individui specifici o alla società nel suo complesso»⁵².

Orbene, pur non dubitando sulla onestà e coerenza intellettuale di entrambe le interpretazioni che, nel nostro Paese, si sono venute a contendere il campo nel dibattito bioetico, è indubbia l'esigenza per il cultore del diritto costituzionale di saggiare la loro compatibilità con il catalogo assiologico contenuto nel testo fondamentale dello Stato che, nel contemperare una pluralità di valori non sempre tra di loro conciliabili, impone all'interprete di rinvenire il giusto punto di equilibrio. E ciò con l'intento di prendere le distanze da quelle dottrine che, nel rimarcare le proprie peculiarità, tendono per un verso ad una «sottolineatura eccessiva del linguaggio dei diritti individuali» (al punto di assimilare erroneamente ciò che è una semplice aspettativa o addirittura un mero desiderio⁵³ con i diritti costituzionalmente riconosciuti) e, per un altro, sembrano indugiare per una distinzione sempre più attenuata tra diritto e morale⁵⁴.

Compito del giurista sarà pertanto, secondo Busnelli⁵⁵, di sfuggire, nei limiti del possibile, sia «dalla tentazione *autoritaria* di una postulata *tirannia dei valori* (o, peggio, di un valore), quanto dal miraggio di una demagogica *coesistenza dei valori*, affidata ad un mero *compromesso delle possibilità*». Il contemperamento tra valori distinti, secondo l'autorevole giurista, «se per un verso non deve risolversi in soluzioni ove il bilanciamento è veramente apparente (in quanto "tirannizzato" da uno o più valori assorbenti), per altro

⁵² C. CAPORALE-A. MASSARENTI-A.M. PETRONI-S. RODOTÀ, *Così aumentano le "chances" della vita*, cit.

⁵³ Come sarebbe la pretesa di una «donna singola che, desiderando un figlio e non volendo contatti con l'uomo, raggiunge lo scopo col seme di un datore X» (V. POSSENTI, *Ma la famiglia viene prima di tutto il resto*, in *Il Sole 24 ore* dell'8 marzo 1998).

⁵⁴ D. CALLAHAN, *Shattuck Lecture. Contemporary Biomedical Ethics*, in *New England Journal of Medicine*, 302, 1980, 1228, ripreso da S.S. FLUSS, *Una prospettiva internazionale sugli sviluppi in alcune aree, 1984-1994*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 29.

⁵⁵ F.D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1996, 120.

verso non deve smarrire la conformità all'opinione di fondo e la coerenza delle soluzioni raggiunte».

La regolamentazione delle varie tecniche di fecondazione assistita ha rappresentato uno dei punti certamente più controversi del dibattito bioetico che, incapace di pervenire ad una giusta sintesi tra i vari schieramenti, ha per lungo tempo impegnato, prima del varo della legge n. 40/2004, il nostro organo della rappresentanza popolare. La determinazione mostrata dagli opposti schieramenti (che tagliavano trasversalmente i gruppi politici) nel difendere a tutti i costi le proprie convinzioni ha, difatti, reso oltremodo difficile l'adozione di una normativa preordinata, alla stregua di quanto statuito in altri ordinamenti giuridici, a salvaguardare i diritti del nascituro che inconsapevolmente subisce gli esiti delle scelte effettuate dagli altri protagonisti della vicenda legata alla procreazione (la gestante, il suo *partner*, i donatori del seme o dell'ovulo, la madre surrogata, gli operatori sanitari).

E così, ad una posizione, rigorosamente fedele ai dettami del Magistero cattolico e ad una lettura degli artt. 2, 29 e 30 Cost. avulsa dalla complessità sistematica di questo testo normativo e dai suoi successivi sviluppi interpretativi⁵⁶, che voleva restringere la pratica in questione alla sola fecondazione omologa all'interno delle coppie legate da vincolo matrimoniale, si era venuta invece a contrapporre un'interpretazione che in modo altrettanto risoluto, disattendendo i limiti pure emergenti dal medesimo disposto costituzionale a salvaguardia dello *status* del minore, auspicava l'estensione del diritto alla procreazione alle donne *single* (pure attraverso la fecondazione *post mortem*) o addirittura alle coppie omosessuali che realizzano la così detta unione di affetti.

Tale radicalizzazione manichea e sterile degli orientamenti manifestati dalla maggioranza delle forze politiche presenti nel Parlamento, nell'impedire fino al 2004 l'elaborazione di una disciplina legi-

⁵⁶ Che consentono di rinvenire un riconoscimento delle stesse famiglie di fatto, cui presta attenzione la legge n. 76/2016 (contenente la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), che rappresentano un fenomeno dei rapporti sociali molto diffuso e che non potrebbero, di certo, essere ignorate dal mondo giuridico.

slativa, è stata certamente la principale causa delle sue numerose imperfezioni che hanno provocato, oltre al frequente intervento dei giudici di merito, ripetute censure da parte della Corte Costituzionale.

5. *Le tecniche di elaborazione giuridica delle questioni bioetiche*

Riconosciuta la necessità di una risposta legislativa alle questioni più controverse poste dalla bioetica, in modo da soddisfare la richiesta di un attento «controllo sociale sull'evoluzione dell'impresa scientifico/tecnologica», di particolare interesse sarà altresì la questione della scelta delle tecniche di elaborazione giuridica da impiegare in questo particolare settore della vita sociale⁵⁷.

Una disciplina normativa che intenda regolamentare le questioni poste dalla bioetica in modo da garantire un adeguato grado di effettività, così da imporsi all'interno del corpo sociale, non potrebbe infatti prescindere dal considerare le peculiarità della materia considerata.

Sarà, pertanto, compito del legislatore, già durante la fase dell'elaborazione della normativa, avviare un primo assaggio della capacità di perseguire gli obiettivi in precedenza tracciati. Il c.d. diritto «necessario», preordinato a salvaguardare nella misura più ampia possibile tutti gli interessi in gioco, dovrebbe essere per Paolo Zatti⁵⁸ anche un «diritto utile (vale a dire efficace e non contro-

⁵⁷ C.N.B., *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, 17 aprile 1997, a giudizio del quale «gli operatori scientifici possono forse vedere in questa interferenza del diritto un'intromissione *ab extra* che calpesta le ragioni della scienza stessa. Al contrario, può essere ragionevole sostenere che questa tendenza a decidere in via normativa questioni scientifiche controverse, lungi dal poter essere banalizzata come uso demagogico del diritto, corrisponda a una visione filosofico/scientifica avanzata, consapevole della non neutralità assiologica dei giudizi scientifici».

⁵⁸ P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 72, secondo cui «una norma giuridica possibile è quella che ha elevate *chances di obbedienza spontanea* e che può essere applicata coattivamente ai casi di disobbedienza». Il diritto necessario, secondo l'Au-