

MAURO FUSCO

BIOETICA E DIRITTO: IL DIFFICILE PASSAGGIO DAL PLURALISMO ETICO ALLA COSTRUZIONE DELLA NORMA GIURIDICA

La rapida evoluzione delle biotecnologie e della medicina nel corso della seconda metà del secolo scorso ha provocato all'interno del mondo scientifico, ma anche della società civile, una serie di sconvolgimenti che hanno profondamente cambiato l'atteggiamento dell'uomo di fronte alla natura e alla vita, ma che hanno anche profondamente influenzato e modificato i concetti di salute e malattia. Inoltre, l'utilizzo delle nuove tecnologie e delle nuove conoscenze scientifiche, ha portato inevitabilmente a dover affrontare una serie di problematiche di natura etica e giuridica che solo cinquanta anni fa non erano nemmeno ipotizzabili, ma che oggi si pongono dinanzi all'uomo in tutta la loro complessità, gravità ed urgenza. Queste problematiche, di cui già negli anni '70 si cominciava ad avvertire l'importanza, al punto di far vedere nella bioetica "una scienza per la sopravvivenza" o "un ponte per il futuro", per usare le ormai note metafore di Potter, diventano oggi così pressanti da mettere profondamente in crisi la coscienza sociale ed a dura prova l'impianto stesso dell'ordinamento giuridico. L'esigenza di regolamentare una serie di nuove pratiche mediche e scientifiche che molto spesso coinvolgono anche diritti fondamentali (vita, salute, dignità dell'uomo, libertà di ricerca, solo per citarne alcuni) e che sono in rapidissima evoluzione ha, infatti, determinato quella che è stata definita una vera e propria "crisi bioetica del diritto"¹, crisi di fondazione, stante l'inadeguatezza di istituti cardine dell'ordinamento, di giurisdizione, perché spinge il diritto ad invadere l'autonomia dei privati, ma anche e soprattutto una crisi determinata dall'incapacità del diritto di tenere il passo del progresso scientifico e di adeguarvisi in tempo utile. Da questa crisi profonda, che si protrae ormai da oltre mezzo secolo nell'ordinamento giuridico italiano, e dalle nuove esigenze e prospettive create dai continui sviluppi in campo scientifico e

1 O. Salazar-Ferrer, *La crise bioetique du droit*, in "Agone", 8-9, 1992, pp. 181 ss.

medico, nascono i cosiddetti “nuovi diritti”², frutto di interessi molto spesso contrapposti che l’ordinamento tarda, o fa fatica a bilanciare fra loro³.

Ne sono un chiaro esempio le tematiche di inizio e fine vita, come il caso della procreazione medicalmente assistita che coinvolge nuove istanze tra cui, ad esempio, il diritto a procreare della coppia e il diritto alla vita dell’embrione, nonché il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche, a nascere sano e ad avere una duplice figura genitoriale. Analogo discorso può farsi per il fine vita, in cui il dogma della sacralità della vita viene messo in discussione dal concetto di autodeterminazione del singolo e di qualità della vita, soprattutto di fronte ai casi in cui la malattia rende insostenibile o talmente insopportabile e dolorosa l’esistenza al punto di desiderarne di porvi fine e, di qui, il diritto al morire con dignità, il diritto all’eutanasia, il diritto al suicidio, assistito e non. Particolare importanza hanno poi assunto i temi della ricerca e della sperimentazione di farmaci e vaccini sugli animali e sull’uomo e tutti i temi della bioetica animale ed ambientale.

Tali nuove fattispecie si vanno tutte ad aggiungere a diritti già riconosciuti dall’ordinamento giuridico e condivisi dalla collettività, come il diritto alla salute del singolo e all’autonomia del paziente, che si connotano però oggi di nuovi e più profondi significati ed applicazioni in relazione alle nuove frontiere della medicina, della biologia e della scienza in generale.

Ma qual è la via più corretta, o forse sarebbe meglio dire “meno scorretta” e meno invasiva per fare in modo che l’ordinamento giuridico possa dare una risposta adeguata alle nuove istanze della bioetica? Come è facile immaginare, data la delicatezza e complessità dei temi, il dogma astratto della certezza del diritto in questo campo non può fare a meno di vacillare.

1. *Pluralismo etico e multiculturalismo*

La difficile scelta di legiferare o meno su temi delicati che coinvolgono l’uomo e le nuove tecnologie biomediche⁴, non può sicuramente prescindere dal contesto sociale in cui tali scelte vengono compiute e soprattutto

2 F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995.

3 La questione del bilanciamento fra valori diversi e per molti versi confliggenti è affrontato in termini chiari ed autorevoli da G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 54 ss.

4 La problematica del passaggio dalla bioetica al biodiritto e sull’opportunità o meno di legiferare in materia di bioetica sono affrontate con chiarezza in P. Bor-

dalle convinzioni morali, religiose filosofiche della collettività. Se è vero, infatti, che “*la sola definizione che si possa dare del diritto, senza tema di sbagliare, è questa: ‘diritto’ è ciò che di volta in volta (in ogni singolo ambiente e in ogni singolo momento storico), si ritiene (e si conviene concretamente, dalla generalità dei consociati, di ritenere) essere appunto diritto*”⁵, è altrettanto vero che sui problemi della bioetica in generale e di quella medica in particolare, stabilire cosa ritenga “la generalità dei consociati” sia oltremodo difficile. Le questioni relative alle nuove tecnologie, soprattutto per quanto riguarda la vita, la salute, la nascita e la morte, e alle modalità della loro regolamentazione giuridica, toccano infatti punti delicatissimi che incidono in modo rilevante sulla sfera di autonomia di ciascun individuo, coinvolgendo altresì una serie di valori etici condivisi in modo assai eterogeneo all’interno della collettività. A tal proposito, il problema di fondo è stabilire se sia concretamente possibile, in una società pluralista e, come accade nel nostro paese da alcuni anni a questa parte, sempre più multietnica e multiconfessionale⁶, individuare, in relazione ai temi della bioetica, norme giuridiche che possano essere condivise dalla maggioranza dei cittadini e, al tempo stesso, garantiscano quella neutralità della sfera pubblica, che costituisce un’imprescindibile esigenza di ogni stato moderno e liberale⁷. Sul punto è interessante richiamare quanto affermato nel 1994 dal Comitato Nazionale di Bioetica nel parere sulle tecniche di

sellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano 1999, pp. 197 ss. Sul punto si segnalano anche C. Neirinck (a cura di), *De la bioéthique au biodroit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi 1998 e L. Nielsen, *Dalla bioetica alla biolegislazione*, in C. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna 1998.

- 5 A. Guarino, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli 1994, p. 29. La celeberrima definizione evidenzia in modo chiaro il carattere essenzialmente storico del diritto e la sua stretta dipendenza dalla comunità che esso è chiamato a regolamentare. La nozione di diritto come sistema di prescrizioni per la realizzazione dei valori condivisi da una determinata comunità è condivisa da molti autori tra cui A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche, I: Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano 1975, pp. 18 ss.
- 6 Sul punto si vedano i saggi contenuti nel volume a cura di L. Chieffi, *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Quaderni del C.I.R.B., n. 4, Giappichelli, Torino 2005, nonché, a cura dello stesso autore, *Bioetica e diritti dell’uomo*, Paravia, Torino 2000, pp. XIII ss.
- 7 Cfr. R. Prodomo, *Lineamenti di una bioetica liberale*, op. cit., p. 39 ss. Si osserva inoltre che la laicità dell’ordinamento è stata esplicitamente qualificata “principio supremo dello Stato” nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 203/1989, in “Il Foro Italiano”, 1989, I, 1333 ss. e n. 13/1991, *ivi*, 1991, 365 ss.

procreazione assistita. Nel documento finale⁸, i membri del comitato prendevano atto che tali tecniche sollevano una serie di problemi che “*non sono solo di natura tecnico-scientifica, ma abbracciano un più ampio spettro di campi disciplinari e di ambiti del vivere sociale: tra questi, sono rilevanti gli aspetti sociologici, psicologici, giuridici e, soprattutto, gli aspetti etici. [...] In ciascuno di questi ambiti disciplinari, conformemente all'ampiezza e alla profondità del dibattito contemporaneo e della letteratura da esso generata, esiste un'ampia varietà di opinioni e di teorie contrastanti, che risultano almeno in parte non suscettibili di conciliazione. Questa variabilità è stata riscontrata anche all'interno dello stesso Comitato. Ad un tale pluralismo di opinioni teoriche, soprattutto in campo morale, corrisponde peraltro un'effettiva frammentazione dell'ethos civile, che fatica ad organizzarsi attorno ad un nucleo di affermazioni comunemente condivise*”.

L'analisi del CNB, che non si può fare a meno di condividere in quanto fotografa la realtà attuale della nostra società, evidenzia in maniera chiarissima la difficoltà di configurare in modo corretto e non invasivo un intervento pubblico che rispetti sia il pluralismo di valori esistenti nella società, sia l'autonomia dei privati.

2. Autonomia del medico, codici di deontologia e diritto giurisprudenziale

Per quanto riguarda i delicati temi relativi alla bioetica umana, l'autonomia dei soggetti coinvolti e la difficoltà di conciliare posizioni contrastanti viene resa ancor più complessa dalla questione dell'indipendenza del giudizio dei sanitari coinvolti, che risultano protagonisti del trattamento medico al pari dei pazienti.

Tale indipendenza ed autonomia del medico, unitamente all'obbligo per quest'ultimo di tenere conto sotto la propria responsabilità, dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, è posta a fondamento della professione medica e costituisce altresì un punto cruciale nel dibattito sull'opportunità o meno di legiferare in materia e sulle relative modalità. Essa trova riconoscimento esplicito anche nel codice di deontologia medica della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, la cui ultima versione, risalente al 2014, prevede esplicitamente che “*L'e-*

8 Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere sulle tecniche di procreazione assistita: sintesi e conclusioni*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 17 giugno 1994.

esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità. Il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura" (art. 4). È evidente, pertanto, come un eventuale intervento dello Stato, finalizzato a regolamentare qualsivoglia tema di bioetica, costituirebbe una chiara violazione di uno dei principi cardine della deontologia medica.

A riguardo anche la Corte Costituzionale, ha stabilito⁹ in modo inequivocabile che *"non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione"*. In applicazione di tale principio, ritenuto dalla classe medica come indispensabile al fine di garantire il giusto equilibrio tra autonomia del paziente e indipendenza del medico, non manca chi¹⁰ sostiene che sarebbe il codice di deontologia delle varie professioni sanitarie e non il legislatore l'organo maggiormente idoneo regolamentare le situazioni che riguardano le tematiche di inizio e fine vita e la bioetica medica in generale.

Punto debole di questa posizione¹¹, che ha sicuramente il pregio di garantire al massimo l'indipendenza della classe medica nell'esercizio della propria professione, senza il rischio di vincoli che impediscano al sanitario di effettuare le scelte ritenute maggiormente idonee al caso concreto ed alla tutela della salute del paziente, è l'esperienza pratica negli anni antecedenti all'approvazione della legge 40/2004, che ha dimostrato la fragilità della scelta di affidare unicamente agli Ordini professionali il difficile compito di autoregolamentarsi sui temi della bioetica riguardanti l'uomo. In tali anni la chiara formulazione dei divieti e limiti contenuti nel codice di deontologia medica non è bastata ad assicurare in alcun modo la regolamenta-

9 Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2002, n. 282, in "Il Foro italiano" 2003, I, 394 ss. e in "Giustizia civile", 2003, I, pp. 294 ss.

10 Cfr. P. Rescigno, *I criteri generali ispiratori delle proposte di legge*, in Aa.Vv. *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*: atti del Convegno di Verona, 2-3-4 e 25 ottobre 1986, promosso dall'Istituto giuridico italiano e dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Verona, CEDAM, Padova 1987, pp. 194 ss.

11 Sui pro ed i contro di tale soluzione, si veda A. Bondolfi, *Aspetti etico-giuridici ed etico-politici delle biotecnologie*, in "Testimonianze", 1989, n. 318, pp. 91 ss.

zione, seppur minimale, della materia che ci si riproponeva di ottenere, con esponenti anche molto noti della classe medica resisi colpevoli, non solo di aver violato norme ben precise formulate dal loro ordine professionale, ma anche e soprattutto della diffusione nell'immaginario collettivo di quella diffidenza nei confronti della procreazione assistita indicata nel linguaggio comune con l'espressione, fin troppo abusata, di "far west della provetta".

Decisamente più concreta è, invece, la tesi secondo cui la regolamentazione giuridica e il biodiritto debbano trovare la loro fonte principale nella giurisprudenza, piuttosto che nella norma di legge. È questa una soluzione che tiene conto dello stato di fatto degli ultimi anni, con la magistratura italiana rivelatasi sempre ben disposta a supplire con la propria giurisprudenza alle numerose ed evidenti lacune dell'ordinamento su temi bioetici, oggetto di contenziosi legali divenuti, purtroppo, estremamente frequenti.

Sebbene sia innegabile ed encomiabile il contributo dato dalla giurisprudenza, oltre che dalla dottrina costituzionalistica, all'affermazione dei principi, entrati ormai a pieno titolo del nostro ordinamento, come quello dell'autodeterminazione del paziente in ordine all'atto medico ed al diritto di quest'ultimo di rifiutare, salvo i casi previsti dalla legge, trattamenti sanitari anche "salvavita", non occorre certamente la preparazione del giurista per rendersi conto che tale funzione, *latu* – ma non troppo – *sensu* "creatrice di diritto", sia chiaramente estranea alle funzioni che nell'ordinamento italiano sono attribuite alla magistratura che, nella suddivisione dei poteri di montesquieiana memoria, dovrebbe limitarsi ad applicare e non creare le norme.

Si aggiunga, altresì, che nel nostro paese, la magistratura ha spesso e, se vogliamo, con "entusiasmo" forse eccessivo, provveduto a risolvere le questioni di volta in volta portate alla sua attenzione con soluzioni che di frequente si sono però rivelate eterogenee, se non gravemente contraddittorie. Affrancata dal postulato della vincolatività del precedente, che caratterizza gli ordinamenti di *common law* di matrice anglosassone, ma non il nostro, le corti di merito e di legittimità hanno infatti fornito negli ultimi anni in materia di bioetica un mosaico di soluzioni che ben poco ha contribuito a quella certezza del diritto auspicata dai più, e che nel nostro ordinamento solo la legge, peraltro con difficoltà, riesce a dare. In proposito appare quasi pleonastico osservare che non può parlarsi di interpretazione senza una norma da interpretare, ma al massimo di un'applicazione analogica di norme affini e/o di principi generali. È inoltre ugualmente chiaro come, in assenza di riferimenti certi, il quadro, estremamente eterogeneo, delineato dagli interventi giurisprudenziali non può che costituire un palliativo temporaneo,

sicuramente inidoneo a sopperire all'ormai cronica negligenza del legislatore più volte peraltro stigmatizzata dalla stessa Corte Costituzionale.¹²

Ne è un ulteriore e chiaro esempio la giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita, sia precedente¹³ che successiva¹⁴ all'entrata in vigore della legge, i cui interventi non brillano certo per l'unicità delle soluzioni prospettate.

In quest'ottica, lo sforzo del giudice di sopperire alle lacune ordinali con l'applicazione di principi costituzionali o giurisprudenziali in assenza di un riferimento legislativo, anche solo "di principio", ha preso le vie più disparate a seconda delle convinzioni etiche del singolo magistrato. Come se non bastasse, anche quando la giurisprudenza, dopo un faticoso procedere per avvicinamenti successivi, ha più o meno consolidato il proprio orientamento in una certa direzione, il risultato non è stato sicuramente idilliaco.

3. Modelli legislativi a confronto

Ritornando ad un piano più propriamente giuridico non resta che prendere atto del fatto che, né gli ordini professionali, da una parte, né la giurisprudenza, dall'altra, possano concretamente svolgere, in un settore delicato come la bioetica, alcun ruolo suppletivo rispetto all'intervento del Parlamento che resta l'unico soggetto in grado di determinare compiutamente, in coerenza ai valori individuati dal testo fondamentale dello stato, le regole cui dovranno attenersi gli operatori del settore¹⁵.

Si rende quindi necessario esaminare ora le opzioni che normalmente si pongono dinanzi al legislatore che si trovi di fronte al delicato proble-

12 Cfr. da ultimo Corte Costituzionale, 22 novembre 2019 (ud. 25 settembre 2019), sentenza n. 242 del 2019 sul caso Cappato in materia di suicidio assistito.

13 Per una rassegna di tali pronunce sia consentito il rinvio all'esauriente appendice contenuta in G. Baldini, G. Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, IPSOA, Assago 2002, pp. 238 ss.

14 A mero titolo esemplificativo si vedano le contrapposte pronunce in materia di diagnosi preimpianto del Tribunale di Catania del 3.5.2004 (in "Il foro italiano", 2004, 12, 3498 ss.) e di quelli di Cagliari del 24.9.2007 (in "Diritto e giustizia@", numero del 23.10.2007) e di Firenze del 17.12.2007 (in "Altalex", <http://www.altalex.com/index.php?idnot=39813&idstr=20>) o i diversi orientamenti del T.A.R. Lazio sulla legittimità delle linee guida di cui alle sentenze n. 3452 del 9.5.2005 (in "D&G – Diritto & Giustizia supplemento settimanale", n. 21 del 28.5.2005) e n. 398 del 21.1.2008 (in "Diritto e giustizia@", numero del 24.1.2008).

15 L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, ESI, Napoli 1993, p. 276.

ma di decidere se e come intervenire a regolamentare temi di bioetica. A tal proposito le opzioni in questione vengono solitamente ricondotte dalla dottrina¹⁶ ad una serie di modelli legislativi piuttosto ampi ed eterogenei.

Una prima ipotesi è la decisione del legislatore di astenersi dal regolamentare giuridicamente la materia, corrispondente non all'incapacità di raggiungere un sufficiente consenso parlamentare sulle proposte di legge volte a disciplinare il fenomeno (come è accaduto in Italia negli ultimi anni), ma ad una precisa volontà di ridurre al minimo l'intervento dello Stato nella vita e negli interessi privati dei cittadini. In tale ipotesi, che risente chiaramente dell'impostazione anglosassone del concetto di "privacy", intesa come sfera intangibile dell'autonomia del privato, viene, al massimo, affidato al giudice il compito di individuare, caso per caso, all'interno dell'ordinamento giuridico e dei suoi principi ispiratori, le regole da applicare per la soluzione di eventuali controversie che dovessero essere portate alla sua attenzione¹⁷. È chiaro come un simile modello, definito anche "autorizzatorio", possa rivelarsi estremamente valido soltanto in un sistema di *common law*, che pone le sue basi sulla vincolatività del precedente, ma dimostri, come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, limiti evidenti in un ordinamento come il nostro, in cui l'estrema eterogeneità della giurisprudenza finisce, inevitabilmente, col dare luogo a quelle incongruenze, anche notevoli, alle quali si è spesso assistito nel nostro paese¹⁸.

Nell'ipotesi in cui il legislatore decida invece di intervenire per una regolamentazione della materia, si è soliti individuare tre modelli legislativi¹⁹ a cui ispirare tale intervento. Un primo modello è quello "liberale", che affida alla libertà, all'autonomia ed alla responsabilità dei singoli le scelte, limitandosi a regolamentare giuridicamente le conseguenze delle medesime e risolvere legislativamente i dubbi dell'operatore del diritto

16 E. Quadri, *Famiglia e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino 1997, p. 58.

17 tra i sostenitori di tale modello si segnala V. Franceschelli, *Verso una paternità contrattuale, famiglia artificiale e diritto privato*, op. cit., p. 1170.

18 Sul punto è sicuramente condivisibile l'opinione di G. Cassano secondo il quale "Una società moderna guida sé attraverso il diritto. E il diritto che, regolando inediti casi privati, modifica assetti fondamentali dell'organismo sociale, non può che provenire dalla volontà della legge. Non può cioè essere affidato a quella fonte di produzione, legata a vicende particolari, che è la giurisprudenza, cioè l'interpretazione dei giudici" (G. Baldini, G. Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, cit., p. 235).

19 Cfr. G. Ferrando, *Quale disciplina per la procreazione artificiale?*, in "Il diritto di famiglia e delle persone", 1987 p. 1142; F. Santosuosso, *La fecondazione artificiale umana*, Giuffrè, Milano 1984, p. 111.

(come ad esempio lo status giuridico del nato o l'attribuzione della paternità e della maternità per quanto concerne la procreazione assistita).

Un secondo modello è invece quello "proibitivo" o "repressivo", finalizzato cioè ad impedire alla radice ogni pratica o comportamento ritenuto potenzialmente lesivo per l'integrità dell'individuo. Tale modello, che rappresenta l'espressione più radicale e conservatrice, appare tuttavia, al giorno d'oggi, non concretamente applicabile, quantomeno in uno stato laico e moderno nel mondo occidentale.

Diverso è il discorso per quanto concerne il terzo modello normalmente individuato, definito "intermedio" o "interventista" che si propone essenzialmente di operare un controllo sociale nelle scelte individuali mediante l'emanazione di norme che stabiliscano i limiti di ammissibilità e di liceità degli interventi al fine di tutelare valori ed interessi ritenuti meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento. È evidente che all'interno di questo modello "intermedio" è possibile ricondurre la gran parte delle legislazioni in materia di inizio e fine vita, anche in considerazione del fatto che il livello di tutela da garantire agli interessi coinvolti da tale pratica medica può sicuramente assumere gradi e forme diverse, che possono andare dalla disposizione meramente di principio, a cui non è ricollegata alcuna misura coercitiva, fino alla previsione di gravi sanzioni penali in caso di violazione.

È il modello di diritto "elastico" e "leggero", "coerente" e "compatibile"²⁰, che interviene a disciplinare esclusivamente gli ambiti che non è possibile regolamentare in altro modo. Tali caratteristiche sono indispensabili affinché il nuovo diritto o meglio "biodiritto"²¹, sia realmente in grado di adattarsi e tenere il passo di un progresso scientifico sempre più rapido, assicurando la tutela dei diritti fondamentali coinvolti senza limitare, tuttavia, in maniera eccessiva, lo sviluppo della scienza e della ricerca, oltre che l'autonomia dei singoli. Tale normativa deve poi essere anche sufficientemente "aperta"²², al fine di consentire un effettivo confronto tra valori e punti di vista diversi ed un obiettivo bilanciamento tra interessi e posizioni

20 Sul punto si vedano in particolare: S. Rodotà', *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. Di Meo, C. Mancina (a cura di), *Bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 45; Id. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Laterza, Bari 1994, pp. VII ss.; Id., *Strategie per legiferare in bioetica*, in "Bioetica", 1994, pp. 122 ss.; Id., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna 1995, pp. 101 ss.; E. D'Antuono, *Bioetica*, Guida, Napoli 2006, pp. 44 e ss.; P. Zatti, *Verso un diritto per la bioetica*, in M. C. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna 1998, pp. 72 ss.

21 L. Violante, *Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana*, in A. Di Meo, C. Mancina (a cura di), *Bioetica, op. cit.*, pp. 259 ss.

22 S. Rodotà', *Per un nuovo statuto del corpo umano, op. cit.*, p. 45.

contrapposte, caratteristica che è, come già si è accennato, assolutamente fondamentale in società complesse e pluraliste come la nostra. In tale contesto la funzione del diritto, soprattutto in ambito bioetico, non può che essere, sempre usando le parole di Stefano Rodotà, quella di “*strumento di coesistenza tra valori e modelli diversi, e non di imposizione di un modello, con delegittimazione di tutti gli altri*”²³.

A tal proposito la riflessione del legislatore e del giurista che si pongano in una prospettiva *de iure condendo*, non può che essere incentrata sulle modalità di realizzare in concreto questa regolamentazione “sobria”, “leggera”, “elastica”²⁴, “duttile” o “a maglie larghe”²⁵ e pertanto necessariamente limitata ad una disciplina, per così dire, di principio.

Per raggiungere gli obiettivi appena delineati, il legislatore dovrebbe infatti esclusivamente intervenire sulle questioni che maggiormente possano mettere a rischio diritti costituzionalmente garantiti (integrità fisica, salute, dignità, riservatezza), intorno alle quali è possibile individuare nell’opinione sociale se non una vera e propria unanimità almeno un certo consenso. In questo senso, forse l’adozione di una tecnica legislativa fatta di interventi frammentari ma tra di loro coerenti e finalizzati alla risoluzione dei singoli punti maggiormente controversi appare indubbiamente preferibile ad una disciplina analitica che abbia soltanto la pretesa di un’eshaustività difficilmente raggiungibile. Sia l’evoluzione delle tecniche che la varietà ed eterogeneità dei casi che si possono porre all’attenzione dei sanitari, rendono invero estremamente velleitaria l’intenzione di varare una normativa omnicomprensiva, che avrebbe unicamente lo svantaggio di essere assolutamente pesante, invasiva e poco flessibile.

Il conclamato fallimento della legge 40/2004, a quindici anni dalla sua approvazione, è la chiara dimostrazione di quanto testé asserito. Al di là delle critiche iniziali, che forse non hanno eguali nella storia repubblicana²⁶

23 *Ibid.*, p. 44

24 S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, op. cit., p. 205.

25 L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, op. cit., p. 283.

26 Solo per citare alcuni dei primi commenti critici pubblicati all’indomani dell’approvazione: M.R. Marella, M. Virgilio, *Una cattiva legge cattiva*, in Aa.Vv., *Un’appropriazione indebita. L’uso del corpo della donna nella nuova legge sulla procreazione assistita*, Baldini Castaldi Dalai Editore, Milano 2004, p. 176; Aa.Vv. “Guida al diritto”, dossier mensile 3/2004 “*Le prospettive della famiglia, dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*”; M. Fusco, *Figli in provetta: dubbi e opportunità dopo l’approvazione della legge* in “D&G” supplemento settimanale cartaceo alla rivista giuridica on line “Diritto e Giustizia”, n. 18 dell’8 maggio 2004. Tra i commenti apparsi sui quotidiani si evidenziano M. Zegarelli, *In Italia una legge medievale e confusa: il caos della fecondazione*, in “L’Uni-

l'impianto repressivo della normativa italiana sulla procreazione medicalmente assistita non ha infatti retto né alla pronunzie delle corti, italiane ed europee, in cui più volte sono stati censurati gli aspetti maggiormente critici della normativa, ma anche e soprattutto alle modalità con cui la fecondazione assistita è stata utilizzata nel nostro paese nei primi anni di vigenza, con forme di elusione più o meno velate che hanno, nei fatti, reso vacillante l'originario impianto²⁷.

Ben diversa, e sicuramente meno invasiva è stata l'impostazione della legge n. 291/17, recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", con la quale si è provveduto a regolamentare solo gli aspetti "condivisi" del fine vita (consenso informato, tutela del minore, disposizioni anticipate di trattamento, pianificazione delle cure, senza la pretesa di una regolamentazione esaustiva della materia e lasciando fuori gli aspetti più controversi (eutanasia, suicidio assistito). L'impatto di tale normativa sul sistema giuridico italiano (e probabilmente anche sull'operato del mondo medico) è stato decisamente meno traumatico²⁸.

4. *Prospettive de iure condendo, dalla crisi bioetica del diritto alla crisi politica della bioetica*

Il problema di se e con quali modalità lo Stato debba o possa intervenire a regolamentare una data materia è un punto cruciale per tutte le problematiche di natura bioetica che sono state portate all'attenzione del legislatore e dell'opinione pubblica negli ultimi trent'anni. Come si è avuto modo di osservare, la pluralità ed eterogeneità degli interessi coinvolti dall'impiego delle nuove tecnologie nei campi della biologia e della medicina, la già più volte citata "crisi bioetica" dell'ordinamento vigente nel regolamentare nuovi diritti e nuovi doveri, sono temi che rendono estremamente com-

tà", 13.02.04; M. Mafai, *Il fronte oscurantista*, in "La Repubblica", 4.12.03; D. Capezzone, *No alla morale di stato sulla fecondazione*, in "Corriere della Sera", 9.10.04.

27 Sul punto si rinvia a M. Fusco, *Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa italiana sulla procreazione assistita* in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernandez (a cura di), *Questioni di inizio vita*, Mimesis editore, Milano 2015, pp. 211 ss.

28 Sul punto A. Rimedio, *Relazione di cura e volontà anticipate. Un commento etico-giuridico alla legge 22 dicembre 2017*, n. 219, Minerva Medica, Torino 2019; E. Calò (a cura di) *Consenso informato e disposizioni anticipate*, ESI, Napoli 2019.

plesso il lavoro di chi tenti in qualche modo di rispondere con strumenti giuridici alle molteplici istanze poste dalle nuove realtà scientifiche e dal pluralismo etico che contraddistingue qualsiasi società moderna. E questo lavoro, già di per sé titanico diventa ancor più difficile al momento di passare attraverso la cruna dell'ago della politica.

A tal riguardo un breve esame della situazione politica italiana degli ultimi trent'anni può dare sicuramente qualche spunto interessante.

Alla tradizionale dicotomia, che ha sempre costituito una peculiarità del dibattito bioetico italiano²⁹, tra cultura di ispirazione cattolica e cultura di ispirazione laica, si è andato lentamente ma inesorabilmente sostituendo negli ultimi anni uno scenario politico decisamente più complesso. Con lo sgretolamento, avvenuto nel corso degli anni '90 dei partiti tradizionalmente cattolici, travolti da scandali giudiziari che hanno profondamente mutato gli equilibri all'interno del Parlamento, la politica italiana si è confrontata inizialmente con un bipolarismo più di facciata che reale, con i politici di ispirazione cattolica confluiti in entrambi gli schieramenti di centrodestra e centrosinistra e la conseguente incapacità, per i vari governi che si sono succeduti in quegli anni di riuscire ad assumere una posizione decisa sui temi di bioetica. Il tentativo, operato dalla parte moderata di ciascuno dei due schieramenti, di attirare il cosiddetto "elettorato cattolico", tradizionalmente centrista e sicuramente "sensibile" agli inviti più o meno velati delle gerarchie ecclesiali, ha di fatto snaturato nel nostro paese la tradizionale dicotomia tra "democratici o liberali" da un lato e "conservatori" dall'altro, che invece è presente in paesi in cui la salita al potere dell'uno o dell'altro schieramento solitamente coincide con prese di posizione abbastanza decise anche sui temi etici. Al contrario, il dibattito italiano su temi di bioetica anche particolarmente scottanti come la fecondazione assistita, la ricerca sulle cellule staminali, l'eutanasia ed il suicidio assistito, si è quasi sempre arenato in Parlamento sulla cronica incapacità di raggiungere una maggioranza compatta capace di tradurre in norma giuridica, qualunque essa sia, permissiva o repressiva, le istanze provenienti dal mondo medico e scientifico. Anche nelle rare occasioni in cui tale dibattito è riuscito faticosamente a raggiungere un epilogo costruttivo, si pensi alla controversa approvazione della legge 40 dopo circa cinquant'anni di tentativi infruttuosi³⁰ di raggiungere un compromesso politico accettabile, tale epilogo è stato

29 Sul punto A. Bompiani, *Bioetica in Italia. Lineamenti e tendenze*, EDB, Bologna 1992.

30 La prima proposta di legge per regolamentare la procreazione assistita, che all'epoca avveniva solo con la forma dell'inseminazione artificiale, risale al 25.11.1958 (III legislatura), ad opera dei deputati Gonella e Manca.

raggiunto unicamente passando per maggioranze trasversali, acrimoniose polemiche politiche ma soprattutto attraverso un confronto confuso e disorganico, condizionato più da posizioni di principio che da un'equilibrata analisi delle varie problematiche e degli interessi coinvolti.

Lo scenario, già di per sé poco roseo, è, se vogliamo, ulteriormente peggiorato negli ultimi anni, con la progressiva crisi del bipolarismo e del sistema maggioritario (che tra l'altro è estraneo alla tradizione politica italiana, differentemente da quella anglosassone) con la comparsa di movimenti e partiti populistici privi di una chiara posizione sui temi di bioetica. A tal riguardo basta anche l'esame superficiale dei programmi dei principali partiti alle ultime elezioni politiche per rendersi conto che la bioetica sia stata completamente messa in disparte dal mondo politico. Tale aspetto, unitamente al fatto che l'attenzione mediatica è stata principalmente calamitata da problematiche di natura economica e sociale (pressione fiscale, crisi aziendali, riforme pensionistiche e misure di contrasto alla povertà, migrazioni e, da ultimo, l'emergenza COVID-19), ha portato l'opinione pubblica a disinteressarsi quasi completamente dei temi di bioetica che hanno progressivamente abbandonato le aule parlamentari.

Paradossalmente, nel corso degli ultimi anni, nel nostro paese si è passati dalla già citata "crisi bioetica del diritto" ad una "crisi politica della bioetica", che potrebbe far pensare ad una sorta di "autodifesa" del sistema che, non riuscendo a trovare soluzioni adeguate per affrontare le problematiche, abbia trovato la soluzione più semplice nell'ignorarle.

Appare appena il caso di dire che questo atteggiamento tutto può essere tranne che una soluzione al problema. Se la politica può infatti scegliere di disinteressarsi della bioetica, ciò non ferma il fatto che la scienza ed il mondo medico facciano emergere temi questioni che richiederebbero un immediato intervento del legislatore previa un'adeguata riflessione di natura bioetica. Si pensi ai temi della bioetica ambientale, ma anche al corretto impiego delle risorse sanitarie ed alle scelte tragiche quando tali risorse non siano sufficienti, alle sperimentazioni di nuovi farmaci e vaccini, fino ad arrivare all'utilizzo dei dati sensibili in particolari situazioni di emergenza sanitaria, tutte questioni estremamente attuali e di fronte ai quali le ragioni, spesso non nobili, della politica dovrebbero lasciare il passo alla responsabilità nei confronti dei cittadini. È su questi temi che inevitabilmente si giocherà il futuro della bioetica ma anche il destino della società del futuro.