

ANDREA PATRONI GRIFFI

BIOPOLITICA, BIODIRITTO E BIOETICA: ALCUNE CONSIDERAZIONI

Nel dibattito sulle “metamorfosi della bioetica” tra “biopolitica e biodiritto emergono alcuni nodi nel ritrovamento delle ‘regole’ della bioetica tra legislatore e giudici”¹. Nodi che possono essere espressione talora di un proficuo dialogo a distanza, ma che pure invece possono tradursi in sicure patologie sia sul versante di un legislatore inadeguato o assente, sia sul piano di un diritto giurisprudenziale, che talora rischia di sfociare negli eccessi di un “giudice legislatore” o, peggio ancora, stante il carattere scientifico delle questioni, di un “giudice scienziato”. Si pensi ad esempio a certa giurisprudenza di merito nel caso Stamina o sui “presunti” indimostriati danni da vaccinazioni e azioni di risarcimento.

Non è sempre evidente oggi la netta distinzione di ruolo tra politica e giustizia, tra legislatore e Corti, in un sistema in cui tra *legis latio* e *ius dicere*, tra disciplina generale e astratta e applicazione giudiziaria del diritto al caso concreto, gli steccati non sono così rigidamente fissati. In verità, il crinale è già incerto tra gli spazi della normazione pubblica e la sfera di autodeterminazione privata dell’individuo, tra ciò che può formare oggetto di una disciplina generale e astratta e ciò che resta rimesso alla autonoma volontà del singolo nella determinazione della propria vita, perché le regole sulla vita si muovono “tra diritto e non diritto”².

Ancor più di scenario emerge lo stesso rapporto tra diritto ed etica tra di loro distinti, come ci ricorda la Corte costituzionale quando sembra parafrasare la massima kantiana de “Il cielo stellato sopra di me e la legge morale in me” de *La critica della ragione pratica* e afferma che la “legge morale vive nella coscienza individuale”.

1 Testo che segue, corredato da note minime, riproduce l’introduzione alla presidenza della III sessione della Giornata di studio, in occasione del venticinquennale dell’Istituto italiano di bioetica, su “Le metamorfosi della bioetica: tra biofilosofia, biopolitica, biodiritto” si rinvia *amplius*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, al mio *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, edito per i tipi dell’Editoriale Scientifica.

2 S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.

Anche il principio di laicità, con accezioni, come noto, anche molto diverse e distanti nell'accezione assunta nella pluralità degli ordinamenti, interseca il tema speculativo del rapporto tra diritto, etica e religioni. Eppure la stessa laicità funge da sicuro parametro *normativo* di costituzionalità nel sindacato sulle leggi in bioetica.

È bene sempre ricordare che i valori della Costituzione, nel momento stesso in cui si traducono in principi, si sostanziano in un precipitato etico che si fa norma e acquistano chiara dimensione giuridica ed efficacia prescrittiva normativa.

I principi costituzionali, anzi, nel loro dialogo privilegiato con i valori che sono alla base di una *koinè* comune, in certe situazioni, sono suscettibili di immediata applicazione dinanzi ai giudici. La sentenza Englaro, ad esempio, ha mostrato come il principio di autodeterminazione, pur in assenza di una *interpositio legislatoris*, abbia tale capacità, ma tutto ciò avviene nelle vicende tragiche del fine vita ad un livello intollerabile di incalcolabilità del diritto. Quanto deve attendere Geppino Englaro, dopo le sentenze di merito, perché veda finalmente in quella sentenza della Cassazione riconosciuto valore alla volontà di Eluana? A seguito di quali incertezze di valutazione da parte dell'ordinamento e all'esito di quali battaglie Marco Cappato vedrà riconosciuta la correttezza della propria condotta e l'assenza di ipotesi di reato?

È vero che la Costituzione contiene principi che, nelle questioni bioetiche, hanno dato prova di vitalità e capacità di diretta applicazione. Ma limitarsi a richiamare i principi costituzionali, in assenza di una disciplina legislativa che, in ossequio a quei principi, fissi regole generali di riferimento per le vicende, si traduce in un eccessivo carico rimesso alla magistratura, in un quadro normativo eccessivamente indeterminato, in cui condotte analoghe potranno essere considerate lecite o penalmente rilevanti.

Certo, le frontiere della vita sono spesso frontiere di diritti. Anche di nuovi diritti o meglio di nuove forme di esercizio di diritti già riconosciuti nell'ordinamento.

A mio parere, infatti, spesso più che richiamare la categoria dei "nuovi diritti" ci si dovrebbe riferire a nuove forme di esercizio dei diritti o a interessi costituzionalmente rilevanti. Non va ricostruita sul piano giuridico la maternità surrogata quale espressione del diritto "di procreare e di essere madre senza gravidanza" (così, Tribunale di Roma prima della legge n. 40/2004). Così, allo stesso modo, sul piano delle categorie giuridiche, non si tratta di ricostruire un "diritto dell'embrione", trattandosi di un interesse costituzionale alla tutela dello stesso, che entra in bilanciamento con altri diritti e interessi costituzionali. Anche poi a volere

applicare la categoria dei diritti, e dei “nuovi diritti”, la questione vera si pone sul piano di contenuti, limiti e modalità di esercizio degli stessi.

Se c'è un indubbio ambito di apprezzamento discrezionale su ciò che può essere vietato e imposto dalla norma giuridica, c'è anche un ambito che non può ragionevolmente esserlo e che fuoriesce dal margine di apprezzamento del legislatore. In tema di questioni bioetiche di inizio vita, ad esempio, la questione realmente fondamentale non è tanto il riconoscimento dei diritti dell'embrione, la cui tutela è un interesse che rileva sul piano costituzionale, ma quella di comunque rifiutare ogni prospettiva assolutizzante di un tale preteso diritto, che non ammetta limitazioni e bilanciamenti.

Tutte le questioni biogiuridiche, non solo inizio e fine vita, ma anche della robotica, delle neuroscienze, della bioetica ambientale, e altre, pongono sempre questioni di bilanciamenti. Un tema di bilanciamenti, certo non facili, perché oggetto di contrapposizioni, talora ideologiche, alla base di “diritti contesi”³, in cui la discrezionalità del legislatore si deve muovere con cautela. Un tema di bilanciamento di diritti e interessi nell'ambito di una bioetica che, nello Stato pluralista, non può essere ideologica, non può risolversi nella regola di maggioranza, ma deve cercare di evitare aggettivazioni. Anzi l'unico aggettivo possibile è quella di una bioetica costituzionale, proprio perché la stessa è per definizione espressione del pluralismo valoriale.

Se i bilanciamenti sono coesenziali all'individuazione delle regole della bioetica, altrettanto necessario è il controllo sulla ragionevolezza.

Di qui il rapporto delicato intercorrente tra legislatore e Corti, tra politica e giudici, statali e sempre più anche sovranazionali.

Occorre distinguere i campi rimessi alla discrezionalità del legislatore dalle scelte incostituzionali perché irragionevoli.

La legge n. 40/2004 è il prototipo di una legge con disciplina dettagliata fatta di limiti irragionevoli: dal limite dei tre embrioni, al divieto di analisi genetica preimpianto o di fecondazione eterologa. Limiti caduti sotto la scure del giudice delle leggi per la loro irragionevolezza. Più controverse appaiono le questioni relative ai bilanciamenti relativi agli embrioni sovrannumerari o alla maternità surrogata e gpa nelle innumerevoli varianti.

I bilanciamenti nell'inizio vita, presupposti dall'accesso alle tecniche della fecondazione assistita e alla conseguente produzione di embrioni, devono assicurare adeguata, ragionevole tutela dei *plurimi* diritti e interessi coinvolti.

3 M.E. D'Amico, *I diritti contesi: problematiche attuali del costituzionalismo*, Franco Angeli, Milano 2016.

Si tratta a bene vedere di leggi costituzionalmente necessarie, anche se certo non a contenuto costituzionalmente vincolato. Vi è un margine di apprezzamento rimesso al legislatore, ma anche paletti costituzionali oltre i quali il legislatore non può andare.

L'opzione non regolatoria va respinta, nello Stato costituzionale, non solo per la conseguente totale incertezza del diritto e il conseguente "arbitrio" del diritto giurisprudenziale, ma anche e soprattutto perché è costituzionalmente necessario porre, almeno, una tutela essenziale dei diritti e interessi costituzionali coinvolti.

D'altro canto la necessità costituzionale di una tale tutela è stata espressa dalla Corte costituzionale sia nella sua giurisprudenza in tema di interruzione volontaria di gravidanza sia in tema di fecondazione assistita, argomentando sul punto circa l'inammissibilità dei referendum abrogativi totali.

Così l'emergere di spazi costituzionalmente necessari risulta evidente nella sentenza n. 35/1997 della Corte costituzionale, che sancì l'inammissibilità del referendum che mirava a liberalizzare l'aborto. Infatti la Corte sottolinea come l'abrogazione avrebbe travolto "disposizioni *a contenuto normativo costituzionalmente vincolato* sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita". Nella stessa direzione si è così poi pronunciata la Consulta per l'inammissibilità del referendum abrogativo totale della legge sulla fecondazione medicalmente assistita, alla luce della necessità costituzionale di avere comunque una disciplina in materia, anche a garanzia dello stesso concepito. Nella sentenza n. 45/2005 si considera in tema "la normativa *costituzionalmente necessaria*", fermo restando l'esercizio di discrezionalità legislativa nella concreta disciplina, non avendosi un contenuto costituzionalmente vincolato.

Certo, feto, embrione e concepito *in vivo* e *in vitro* configurano condizioni ontologicamente diverse dell'inizio vita, ma in tutte si pone sempre l'esigenza di un ragionevole bilanciamento tra interessi diversi incompatibili con una scelta legislativa di mera astensione dalla disciplina. La Corte, in tal senso, nella sentenza n. 45/2005, chiaramente sottolinea a proposito della legge n. 40 che "si tratta della prima *legislazione organica* relativa ad un delicato settore... che indubbiamente coinvolge una *pluralità di rilevanti interessi costituzionali*, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un *livello minimo di tutela* legislativa" (corsivi aggiunti).

Il vuoto legislativo, il rimettere interamente le questioni allo spazio di libertà degli individui, senza alcuna cornice normativa su termini e modalità da tenere nell'esercizio concreto dell'autodeterminazione della persona,

crea una condizione di sostanziale incertezza, contraria a una minima tutela delle posizioni coinvolte, che lede la stessa libertà personale, abbandonando il singolo in situazioni complesse e spesso tragiche.

Nell'inizio vita, nell'accesso alla fecondazione assistita, rileva, come la Corte sempre ribadisce, l'interesse alla tutela dell'embrione, pur nella sua natura di "incerto umano", esso è degno di rilievo costituzionale e può condurre a individuare limiti ragionevoli all'esercizio della discrezionalità legislativa, che però non compromettano, nel ragionevole bilanciamento, diritti e libertà di chi è già persona.

La giurisprudenza della Corte deve, in definitiva, riuscire a non negare spazi di scelta all'apprezzamento discrezionale del legislatore, ma al contempo sapere fissare paletti per un ragionevole esercizio di tale discrezionalità.

La legge n. 40/2004 è in tal senso emblematica, da un lato, della necessità della presenza di una qualche disciplina in tema di fecondazione assistita, in cui rilevano una pluralità di diritti e interessi costituzionalmente fondati, meritevoli di espressa tutela. Si pensi, in tal senso, al quadro assolutamente incerto e rimesso interamente alle decisioni dei singoli giudici antecedente la legge n. 40/2004, ad esempio, in tema di fecondazione *post mortem*, di maternità surrogata, di azione di disconoscimento della paternità nella fecondazione eterologa.

La legge n. 40/2004 è anche emblematica, d'altro lato, dei "guasti" e incongruenze provocati da una legge in cui l'impostazione ideologica, in contrasto con il corretto metodo del normare in bioetica, finisce per prevalere sulla ragionevolezza delle scelte e dei bilanciamenti operati. Irragionevolezza che non può che tradursi nell'intervento del giudice delle leggi a ripristinare il rispetto della Costituzione, non senza pericoli però, nel momento in cui viene "riscritta" la legge 40 a colpi di sentenze.

Di qui si arriva al cuore del problema del rapporto tra Legislatore e Corti, tra spazio delle scelte politiche e ruolo del diritto giurisprudenziale.

Il fatto è che in bioetica la stessa contrapposizione tra "principilismo" e "casistica"⁴ acquista una mera valenza descrittiva. Il biodiritto invero si pone quale processo al contempo deduttivo, che parte dai principi per risolvere i casi concreti, e induttivo, che muove dallo studio delle esperienze e dalla casistica per arrivare a una definizione generale a livello di principi. È stato rilevato un rincorrersi continuo tra espressione legislativa e giudiziaria o meglio, potremmo dire con espressione di Calamandrei, tra formulazione legislativa e "formulazione giudiziaria" del diritto.

4 E. Lecaldano, *Bioetica*, in *Storia della scienza*, in *Treccani.it, ad vocem*.

Anche perché in bioetica la norma deve essere necessariamente flessibile, elastica, un po' come per le norme costituzionali; deve lasciare spazio all'autodeterminazione, al campo dell'intervento medico e dell'applicazione dei giudici ai mutevoli fatti concreti della vita.

Una norma che non può non tenere conto dei risultati dell'evidenza scientifica e anche dal cambiamento degli stessi per la falsificabilità del metodo. Oggi c'è chi ragiona ormai di un parametro di "ragionevolezza scientifica" e si interroga anche se la Corte è il luogo migliore dove valutare la stessa.

Certo è che la scienza è al contempo il presupposto per l'esercizio tanto della valutazione politica alla base dell'esercizio del potere legislativo tanto dell'attività ermeneutica con cui il giudice ricava la norma da applicare al caso concreto.

In bioetica la legge deve intervenire. Nel farlo non può tutto prevedere. Lo spazio rimesso al giudice nell'applicare il diritto al caso concreto riveste un ruolo decisivo. La regola in bioetica non può tradursi in disciplina di dettaglio, fatta da meri ordini, divieti e limiti stringenti.

Buone leggi in bioetica non sono frutto di mera regola di maggioranza, in cui ogni forza che è maggioranza in Parlamento si fa la sua legge. Si tratta invece di individuare scelte che siano frutto di confronto e sintesi democratica e plurale nel Parlamento.

Come magistralmente rilevato, "la mancanza di valori condivisi non può essere sostituita da «un'etica dei più», imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie"⁵. È la "costruzione politica del *consenso valoriale*"⁶ la prospettiva migliore del legiferare in bioetica.

Senza un tale modo di procedere, ponderare nel legiferare, ridurre a sintesi ragionevole i contrapposti diritti e interessi costituzionali, non si fa altro che rimettere il tutto ai giudici nel momento dell'applicazione al concreto fatto della vita di un diritto, che diviene davvero, per dirla con Natalino Irti "incalcolabile"⁷.

5 S. Rodotà, come riportato da C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, p. 156.

6 P. Giustiniani, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di P. Favo, A. Staglianò, ESI, Napoli 2008.

7 N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016.