

ANDREA PATRONI GRIFFI

ITINERARI DI BIOETICA
E COSTITUZIONE

ARTE TIPOGRAFICA EDITRICE
NAPOLI 2012

Il volume è pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza
della Seconda Università degli Studi di Napoli

ISBN 978-88-6419-086-0

© 2012 by Arte Tipografica Editrice
via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
Tel. 081.5517021-5517099 - Fax 081.5528651
www.artetipografica.it arte.tipografica@alice.it

INDICE

PREMESSA	7
1. LA VITA TRA BIODIRITTO E BIOETICA: NOTE INTRODUTTIVE SULLA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DELLE QUESTIONI E RELATIVI BILANCIAMENTI	9
2. LE FONTI DEL DIRITTO NELLA DISCIPLINA DELLA BIOETICA. QUALE NORMA GIURIDICA, DEONTOLOGIA, LIMITI DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE	21
3. (SEGUE) CONSIDERAZIONI ULTERIORI SULLE FONTI DEL BIODIRITTO	37
4. DILEMMI COSTITUZIONALI SULLA DISCIPLINA DELL'INIZIO VITA: TUTELA DELL'EMBRIONE E BILANCIAMENTI RAGIONEVOLI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E CEDU	45
5. ALCUNE BREVI NOTE SULLE QUESTIONI BIOETICHE E COSTITUZIONALI DEL FINE VITA	59
6. CONSIDERAZIONI PER UNA "BIOETICA EUROPEA" A PARTIRE DALLA LETTURA DELLA CONVENZIONE DI OVIEDO	72
7. SALUTE, AMBIENTE E CONFLITTI ARMATI: PROFILI COSTITUZIONALI DELLA GUERRA	87
NOTA BIBLIOGRAFICA	101

PREMESSA

Vengono qui raccolti, riorganizzati ed elaborati, in un ideale percorso, alcuni scritti che affrontano talune fondamentali questioni, al contempo, bioetiche e biogiuridiche.

I diversi capitoli costituiscono “fermate obbligatorie” dei proposti Itinerari di bioetica e Costituzione e derivano da relazioni tenute, a partire del 2003, a seminari annuali organizzati in particolare dal C.I.R.B.-Centro interuniversitario di ricerca bioetica e dalla cattedra di Bioetica della Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli studi di Napoli. Si è cercato comunque di conservare nello scritto, con l’aggiunta di alcune note, l’originario tenore discorsivo tenuto nei singoli incontri.

1. LA VITA TRA BIODIRITTO E BIOETICA: NOTE
INTRODUTTIVE SULLA DIMENSIONE COSTITUZIONALE
DELLE QUESTIONI E RELATIVI BILANCIAMENTI.

La bioetica è tema plurale che si caratterizza, in primo luogo per la necessità di un approccio multidisciplinare.

La bioetica è dialogo fra saperi diversi, chiamati reciprocamente a contaminarsi, non circoscrivibile ad un unico settore scientifico¹.

Diritto, medicina, biologia, filosofia, teologia, e non solo, devono concorrere all'esame e alla soluzione – per quanto possibile – delle problematiche bioetiche.

È chiaro poi che le decisioni fondamentali, e prima ancora, lo spazio da lasciare alla regolamentazione giuridica di tali questioni, costituiscono appannaggio, pur con tutti i limiti, della politica. Più precisamente, a livello statale, non tanto nella sede governativa, ma in quella parlamentare, dove siedono i rappresentanti della

¹ Basta anche solo vedere come le principali riviste scientifiche di bioetica siano ricche di contributi multidisciplinari.

Nazione, come recita l'articolo 67 della Costituzione e quale sede privilegiata di confronto e di sintesi politica.

Il Parlamento invece è stato a lungo latitante nell'individuare le "norme bioetiche".

Si sconta, certo, anche un'oggettiva difficoltà di "positivizzare" sul piano giuridico una materia così intimamente etica e filosofica, dove le questioni morali e giuridiche appaiono intimamente connesse. L'assenza di disciplina normativa ha, ancor più nel passato, lasciato ampio, ma improprio spazio, al diritto giurisprudenziale e alla disciplina deontologica².

Il fatto è che le applicazioni più recenti della medicina e della ricerca scientifica pongono non solo fondamentali – e talora inquietanti interrogativi etici –, ma anche grandi, complesse questioni giuridiche³. Tali questioni incidono non solo sulla coscienza individuale, ma sullo stesso piano ordinamentale dei valori e principi costituzionali⁴, della dignità umana e dell'integrità psico-fisica della persona.

² Sulle fonti del biodiritto ed i rapporti tra norma giuridica, deontologia e diritto giurisprudenziale, v. *infra* capp. 2 e 3.

³ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2009.

⁴ Per una peculiare impostazione v. invece F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011, nella cui sinossi si legge: "L'autore di questo libro non condivide l'illusione, oggi così diffusa, secondo la quale è sufficiente stabilire alcuni supremi e ragio-

Non è affatto una forzatura considerare la bioetica ed il biodiritto le nuove frontiere dei diritti fondamentali⁵: dalla libertà negativa alle libertà positive, prima, e al riconoscimento dei diritti sociali dell'*homme situé* e ai cosiddetti diritti di terza generazione, come il diritto all'ambiente, poi, si arriva in modo problematico al dibattito sulla configurazione di "nuovi" diritti costituzionali, trasversali e impliciti, sulla base dell'importanza assiologica dell'articolo 2 della Costituzione, e non solo, quale riferimento anche delle questioni, nuove e talora drammatiche, della bioetica.

In tal senso, si pone una nuova frontiera della tematica dei nuovi diritti che, sul piano dell'ordinamento costituzionale, trova importanti parametri di riferimento nell'articolo 2, nei principi pluralista e personalista, nella dignità umana e sociale, nel principio di autodeterminazione ed altri. Si tratta di principi costituzionali supremi, la cui tutela è frutto di delicati bilanciamenti dagli esiti talora incerti, in una

nevoli principi (democrazia, autonomia, non maleficenza, equità, ecc.) per costruire sul loro fondamento una bioetica ed una biopolitica compatte e coerenti".

⁵ V., ad esempio, *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Paravia – Bruno Mondadori, Torino 2000; *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Giappichelli, Torino 2004.

materia, peraltro, in cui la lesione della certezza del diritto si pone come particolarmente dannosa.

Nell'ambito delle diverse questioni delle "bioetiche", la vita, quale preconditione per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale, determina gli imprescindibili scenari costituzionali di riferimento sul tema. Il diritto alla vita è un diritto fondamentale, anche se non enumerato espressamente nel catalogo costituzionale⁶, che si declina, dal punto di vista del suo contenuto, anche con riferimento alla qualità della vita stessa.

Comporta però un salto logico, dovendosi aborrire ogni semplicistica equiparazione, ricomprendere nei contenuti del diritto alla qualità della vita la tutela giuridica di ogni forma di umano desiderio o aspirazione. E così, ad esempio, non può considerarsi ricompreso in tale diritto *sic et simpliciter* un diritto di morire o anche un diritto alla maternità a tutti i costi anche mediante ricorso alla fecondazione assistita, semmai in assenza di patologie⁷. Ciò potrà for-

⁶ Uno dei "nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale" v. già F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, spec. 16 ss.

⁷ Non di diritto ma di "desiderio nella procreazione" parla V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita: le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Donzelli, Roma 2005, 66. V. anche M. WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere*

mare oggetto di legittime scelte discrezionali operate dal legislatore, ma non costituisce contenuto necessario di un diritto fondamentale, nucleo essenziale semmai di un preteso diritto alla maternità anche in forma “surrogata”.

Le tecniche mediche di fecondazione assistita aprono la strada ad una molteplicità di fattispecie e possibilità, rispetto alle quali il legislatore deve tenere sempre distinti i piani di ciò che può legittimamente definire e disciplinare, nell'esercizio della propria discrezionalità, da quelle scelte che invece sono sottratte perché si confrontano con norme e principi costituzionali che non possono essere contraddetti⁸.

Si tratta di operare delicati bilanciamenti, che consentono diversi, possibili esercizi della discrezionalità legislativa⁹. Ma se c'è un ambito di apprezzamento discrezionale su ciò che può essere vietato ed imposto dalla norma giuridica, c'è anche un ambito che non può ragionevol-

figli?, Einaudi, Torino 2004; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, 152 ss.

⁸ V. *infra* cap. 4.

⁹ Bilanciamenti ancora più complessi di quelli che riguardano già il solo diritto alla salute, dove interagiscono tra di loro elementi di discrezionalità legislativa, amministrativa, tecnica. V. B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cittadinanza, Corti, salute*, a cura di R. Balduzzi, Cedam, Padova 2007, 211 ss.

mente esserlo, come confermano gli interventi del giudice delle leggi.

È con questo spirito che occorre procedere rispetto alla disciplina di vicende e fattispecie giuridiche diverse, per i diversi beni giuridici coinvolti, distinguendo tra fecondazione omologa ed eterologa, tra fecondazione all'interno di coppie sposate e non sposate, conviventi etero o omosessuali, tra donatore vivente e fecondazione cosiddetta *post-mortem*¹⁰.

Si tratta di situazioni che quasi inevitabilmente “dividono” non solo la coscienza degli individui, ma anche sul piano politico e la stessa giurisprudenza.

Sul piano dei bilanciamenti che la disciplina giuridica dell'inizio vita richiede, si possono sinteticamente ricordare le vicende relative all'aborto. Se è consentito con la legge n. 194/1978 alla donna di interrompere volontariamente la gravidanza, come si evince chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale, non è tecnicamente legittimo configurare un preteso “diritto di abortire”.

La Corte costituzionale individua i termini del ragionevole bilanciamento, operato dal legislatore, nel diritto alla vita di chi ancora non è nato e nel diritto alla vita e alla salute fisica e

¹⁰ Bilanciamenti che legittimano anche alcuni divieti posti dal legislatore.

psichica della madre, che nei termini e limiti predisposti dal legislatore, può legittimamente effettuare interruzione volontaria di gravidanza¹¹.

La necessaria considerazione delle convinzioni personali del medico circa la tutela della vita in capo anche a chi non è ancora nato costituisce il fondamento anche costituzionale dell'obiezione di coscienza, campo tradizionale di conflitto tra i valori di libertà e i valori di doverosità sociale¹².

Se si passa dalle questioni dell'inizio vita a quelle invece del fine vita¹³, il tema del cosiddetto diritto di morire è tema delicato e scivoloso sin dall'uso di una tale espressione. Sino a che punto la morte da evento, che produce effetti sul piano giuridico, può diventare oggetto di una libertà?¹⁴

¹¹ Cfr. L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, cit.

¹² Si pensi non solo all'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria di gravidanza da parte del personale sanitario o del giudice tutelare rispetto al suo potere-dovere di autorizzare la minore all'interruzione volontaria della gravidanza; ma anche, nel passato, all'obiezione di coscienza al servizio militare, dove, grazie soprattutto ad un'attenta giurisprudenza costituzionale si è giunti a riconoscere progressivamente l'ambito del prevalere della coscienza sul dovere di difendere la patria in armi; ed ancora, ed in modo problematico, all'obiezione fiscale per le spese militari.

¹³ V. *infra* cap. 5.

¹⁴ Accurate le considerazioni di A. D'ALOIA, *Diritto di mo-*

La semplice distinzione tra eutanasia passiva, libertà di rifiutare le cure, divieto di accanimento terapeutico non è di per sé risolutiva rispetto ad un ampio crinale di condotte che si muovono su di incerti confini.

La più recente tecnologia in campo medico consente di far continuare la vita oltre quello, che in tempi non troppo distanti, sarebbe stato il momento naturale di fine vita. Il principio di libera autodeterminazione della persona non può non fare prevalere ancor più la volontà del paziente di limitare o rifiutare trattamenti, quando questi sono del tutto inutili e sproporzionati rispetto alla possibilità di creare dei miglioramenti o apportare ragionevoli benefici. È qui assente lo stesso obiettivo di recare giovamento alla persona.

L'accanimento terapeutico va evitato perché si traduce nel rifiuto della propria condizione e nel mero desiderio di impedire “a tutti i costi” l'avvicinarsi naturale dell'evento morte. In questi casi non si tratta affatto di scegliere di interrompere la propria esistenza, ma semplicemente che il percorso naturale possa svolgersi e proseguire verso il suo naturale esito, evitando trattamenti che configurerebbero quali interventi del tutto sproporzionati.

rire? La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”, in Pol. Dir., n. 4/1998, 601 ss.

La questione delicata e necessaria consiste nel delineare i confini tra ciò che è e ciò che non è eutanasia, tra ciò che può rientrare nell'ambito di esercizio dell'autodeterminazione e ciò che ne è al di fuori¹⁵.

Occorre peraltro ricordare che nel vuoto di interventi volti a dare una risposta concreta a tali interrogativi, al di là del rifiuto di legalizzare l'eutanasia, si verificano processi "migratori" di "turismo eutanasi" – espressione che appare un ossimoro –, di persone che cercano risposte in quei Paesi dove peraltro è stata legalizzata "la dolce morte"¹⁶. È un fenomeno peraltro che fa da contraltare alle migrazioni, a cui si è assistito anche in Italia verso Paesi con una disciplina non fatta di meri divieti e limiti in tema di procreazione medicalmente assistita.

Il legittimo rifiuto delle cure ed il divieto di accanimento terapeutico consentono oggi al principio di autodeterminazione di comportare e accelerare anche l'esito ineluttabile della morte dell'individuo. Tutto ciò però ancora nell'ambito di un quadro giuridico non chiaro.

Peraltro, sul fine vita e, soprattutto, sulla

¹⁵ V. *infra* cap. V.

¹⁶ Per un'analisi delle esperienze, dove si intersecano in parte gli stessi profili del testamento biologico e dell'eutanasia, in Belgio, Olanda e Svizzera, v. F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008, 545 ss.

correlazione tra il diritto alla salute e la libertà di cura, emerge il tema delicato della scelta di cure alternative, non sperimentate, su cui la Corte costituzionale diede risposte in parte “sorprendenti” nel cosiddetto caso di Bella, di fronte ad un dibattito, fortemente “sentito” dall’opinione pubblica e dalle stesse forze politiche¹⁷. La somministrazione gratuita della cosiddetta multiterapia veniva consentita dalla legge a favore dei soli soggetti ammessi alla sperimentazione.

La Corte rilevò, con una particolare sentenza additiva, invece, che il contenuto minimo del diritto alla salute, sottratto alla disponibilità della valutazione discrezionale del legislatore¹⁸, richiedeva che tutti i malati di cancro, per i quali i rimedi tradizionali si fossero rivelati inadeguati ed in situazioni di disagio economico, dovessero avere la possibilità di accedere gratuitamente a cure, quale la “multiterapia Di Bella”, anche solo per una mera speranza di guarigione, non ancora scientificamente provata in via definitiva,

¹⁷ Per una ricostruzione del caso cfr. gli interventi ed i documenti, in *Bioetica*, n. 2, 1998.

¹⁸ In tal senso si rileva che “un percorso di riflessione che voglia utilizzare la giurisprudenza costituzionale per riflettere sull’incrocio delle dimensioni della discrezionalità in relazione alla tutela della salute, non può che assumere come punto di partenza la sentenza 185 del 1998”. Così B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

altrimenti determinandosi, per la Corte, una discriminazione tra soggetti che versano in una situazione analoga di malattia, ledendosi “aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute”¹⁹.

La vita è evento e processo che, dai suoi barlumi di inizio al suo esito ultimo, è preso in considerazione dal diritto e forma oggetto di delicati bilanciamenti nelle scelte, e nelle non scelte, fatte dal legislatore, che devono sapersi muovere nel rispetto di precisi valori, tradotti in principi fondamentali nell’ordinamento costituzionale pluralista.

Dunque, non un diritto di morire è possibile trarre dalla Costituzione, ma il principio di autodeterminazione, la libertà di rifiutare le cure, un diritto alla vita rispetto al quale non è indifferente la qualità della stessa. Questo è il quadro con cui il legislatore deve confrontarsi nel disciplinare eventualmente il fine vita, nel realizzare ragionevoli bilanciamenti nel rispetto della Costituzione.

Sono quelle qui sopra accennate alcune delle più importanti, ancora aperte, questioni che si pongono al contempo come bioetiche e biogiuridiche, che vanno a segnare problematicamente le nuove frontiere dei diritti in una so-

¹⁹ Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1988, 1510, con commento critico di A. ANZON.

cietà tecnicamente avanzata e multiculturale²⁰, in cui il diritto si affanna a dare qualche certezza di disciplina nel necessario rispetto del pluralismo, asse portante dell'odierna democrazia.

²⁰ Sull'incidenza della multiculturalità nel dibattito bioetico, la necessità costituzionale di un atteggiamento inclusivo, ma anche sui limiti dello stesso, cfr. *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Giappichelli, Torino 2005.

2. LE FONTI DEL DIRITTO NELLA DISCIPLINA DELLA BIOETICA. QUALE NORMA GIURIDICA, DEONTOLOGIA, LIMITI DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE.

La disciplina dei casi bioetici pone una pluralità di questioni che è importante analizzare sul piano della stessa scelta delle fonti del diritto di disciplina dei sottostanti delicati temi²¹, a partire da quelli più complessi e decisivi attinenti all'inizio e fine vita.

Si tratta di una questione che può essere articolata su molteplici piani; ognuno dei quali comporta la soluzione di alcuni interrogativi di fondo.

Il primo quesito di fondo, che riguarda la stessa dicotomia (non dicotomia) tra biopolitica e biodiritto, si pone come questione preliminare relativa allo stesso *an* del ricorso all'opzione regolatoria normativa. Il *se*, essendo possibile considerare anche un'opzione zero, non regolatoria, con gli effetti di cui si dirà, ma anche il *come*,

²¹ V. *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà, M. Tallacchini, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2010.

attraverso quali strumenti, *rectius* procedimenti, e con quale contenuto di mera norma principio o di norma che fissa regole e condotte concrete da tenere nelle singole situazioni, il *dove*, ovvero sia a quale livello nel sistema policentrico delle fonti, ed il *quando*, individuando quindi il momento giusto di maturazione e tendenziale condivisione almeno delle scelte di fondo del contenuto della normativa da adottare, si pongono quali interrogativi tutt'altro che teorici, sui quali filosofia, politica e soprattutto diritto devono confrontarsi.

È infatti questo un tema che vede coinvolti, ciascuno con i propri strumenti, filosofi, politici e giuristi, dove però è bene non sovrapporre i differenti osservatori. La scienza pone poi le questioni nuove della bioetica e soprattutto i “termini scientifici”, ineludibili, di questo dibattito con cui occorre in concreto confrontarsi.

La speculazione etica e politica informa questo processo, soprattutto quando è capace di elaborare una condivisa teoria dei valori. Se questo avviene, se vi è condivisione di fondo, pur nella pluralità delle posizioni, dei valori sottostanti le questioni più tragicamente “scabrose” della vita, si ha un *humus* assai fertile in cui trasporre il precipitato etico in diritto all'esito della mediazione politica. È la politica, infatti, a segnare, poi, in concreto il processo e i futuri contenuti di questo “precipitato”.

Il confronto bioetico, sul piano dello spazio politico, deve vivere in un'arena democratica di confronto tra soggetti, che possono essere comprensibilmente portatori anche di impostazioni ideologicamente contrapposte, ma che devono proprio cercare nella sede politica un terreno comune di confronto sullo stesso piano valoriale.

L'esperienza dell'Assemblea Costituente, con le sue matrici politiche ed ideologiche, così segnatamente divise e con il ritrovarsi delle stesse in un alto compromesso, attraverso la sottoscrizione di un Patto comune, destinato a durare nel tempo con le radici nel presente, ma proiettato verso le generazioni future, è altamente significativa di questa necessità, che è propria della politica, di contrapporsi nel dibattito, ma di sapere individuare soluzioni di sintesi alte nell'operare le scelte più difficili e cruciali.

L'assolutismo dei valori²² della propria appartenenza trova forse ragione nell'elaborazione etica, soprattutto quando frutto di posizioni offerte dalle religioni delle verità rilevate, ma anche se coincidente con una maggioranza parlamentare, deve riuscire comunque, nelle scelte della politica, a tradursi in un "minimo comune

²² Per una ricostruzione dell'assolutismo dei valori quale "polo opposto al relativismo" cfr. M. N. ROTHBARD, *Diritto, natura e ragione*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2005, 125.

denominatore valoriale” con altre opzioni concorrenti di valori presenti nella società e rappresentati sia pure eventualmente solo *da* minoranze parlamentari. Le contrapposizioni assolutizzanti impediscono il raggiungimento di un accordo politico, perché viene negata in radice la dignità delle posizioni dell’avversario e dunque ogni spazio di possibile confronto.

La necessità di un ampio, per quanto possibile, consenso politico, al di là della mera numerica maggioranza parlamentare, nell’adozione della scelta regolativa dei temi di bioetica, indice della stessa “maturità” di tale scelta, sembra presupposta anche in quelle elaborazioni di stampo anglosassone a partire dai concetti di *deliberative democracy* e *participative democracy*²³, che sottolineano il ridimensionamento odierno della democrazia rappresentativa, sempre più vista come alternarsi di oligarchie di governo, a favore dei dettami della democrazia *partecipativa*²⁴, che presuppone un diverso modello di cittadinanza attiva, consapevole, che non può non essere sui temi della bioetica anche “colta” o, meglio, “informata”.

²³ Sulla “democrazia deliberativa come presupposto teorico della democrazia partecipativa” v. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, su *atrid-online.it*, spec. 2 ss.

²⁴ U. ALLEGRETTI, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006.

L'individuazione di momenti e luoghi di partecipazione, di emersione e "peso" delle istanze direttamente sociali, costituisce non un'assoluta, ma un'importante garanzia formale di non esclusione dei "valori concorrenti", che già trova alcuni (deboli) strumenti nello stesso procedimento legislativo, a garanzia, su di un piano generale, della "qualità democratica della legge", sia "nella partecipazione pluralistica alla definizione dei contenuti regolativi della volontà parlamentare", sia "nel rispetto del principio di sussidiarietà quale metodo di legislazione"²⁵.

La decisione di normare una questione di carattere bioetico dovrebbe, dunque, per quanto possibile, anche tenere in conto il grado di maturazione della questione nell'ambito della società civile, tra gli operatori sanitari, nell'associazionismo, semmai di volontariato, che operi nel settore.

Tale ampia partecipazione, ad un dibattito "altamente politico", consentirebbe di garantire se non anche un consenso alla futura disciplina, una preventiva, sorta di "analisi di impatto sociale" della stessa.

Nella disciplina delle questioni di bioetica, sul piano delle fonti, è utile ricordare l'importan-

²⁵ P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Esi, Napoli 2007, 168 ss., spec. 173, 182.

tanza che rivestono le norme principio ed i principi fondamentali in genere, sia in totale assenza di disciplina del settore, sia in presenza di norme di dettaglio. Non di rado, in importanti sentenze sulle questioni di inizio e di fine vita²⁶, si è fatto ricorso ai principi fondamentali anche di rango costituzionale, quali norme giuridiche vere e proprie o da applicare direttamente al caso concreto o quali strumenti ermeneutici di ausilio interpretativo delle disposizioni di dettaglio²⁷.

La disciplina giuridica delle questioni bioetiche non può risolversi nella produzione di norme che vadano a tipizzare ogni singola possibile condotta per consentire o vietare le infinite situazioni e concreti comportamenti bioeticamente rilevanti.

La disciplina legislativa dovrebbe senza dubbio svolgere una scelta, la più largamente condivisa, su di alcune opzioni di fondo, che si traducano per quanto possibile in norme che lascino adeguati spazi di modulazione tanto alle prassi ed alle decisioni mediche tanto all'o-

²⁶ Si pensi al caso Englaro e alle diverse letture critiche di tale sentenza, su cui v. *infra*.

²⁷ In tema di bioetica, soprattutto di bioetica ambientale, sovente è poi il richiamo di principi anche di livello internazionale ed europeo, dal forte impatto nell'applicazione all'interno degli stessi singoli ordinamenti, quali il principio di prevenzione, precauzionale, i diritti delle generazioni future, la tutela della biodiversità.

pera dei giudici, i quali saranno chiamati, nelle diverse sedi, ad applicare la norma alla fattispecie concreta.

Peraltro, ci troviamo di fronte a scoperte bio-tecnologiche così numerose e talora “strabilianti”, in cui il progresso avanza fin troppo velocemente ed il diritto non riesce a tenere il passo²⁸. Si invocano interventi normativi che offrano soluzioni, risolvano conflitti, che in parte rivedano vecchi istituti giuridici che non possono non risentire e quindi non possono non essere modificati dalla sempre nuova realtà.

Una disciplina normativa, che voglia tutto prevedere, rischia di restare sempre indietro rispetto alla velocità del progresso medico-scientifico, che potrebbe rendere presto vetuste ed inattuali le soluzioni regolate troppo nel dettaglio. In tal senso, va sottolineato ancora che le frontiere della bioetica non sono staticamente fissate, ma vivono in dinamica evoluzione ed è impraticabile stabilirne rigidi limiti, se non attraverso una disciplina giuridica la più “flessibile” possibile, senza per questo cadere nell’eccesso dell’indeterminatezza.

La legge, che disciplini temi bioetici, chiama i parlamentari, quali legittimi rappresentanti

²⁸ Ponendosi questioni inedite, v. A. D’ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in *Biotecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D’Aloia, Giappichelli, Torino 2005, spec. XVI.

della Nazione ad effettuare un'opera di ragionevole scelta ed auspicabile, fin dove possibile, sintesi tra le diverse alternative, che comunque sappia esprimere un'opzione regolativa rispettosa dei diritti delle minoranze e della coscienza delle persone²⁹. Ecco, una buona norma in bioetica è una norma che, in genere, disciplini facoltizzando le condotte, bioeticamente rilevanti, piuttosto che operi dettagliatamente obbligando a tenere comportamenti o, al contrario, vietando gli stessi.

Obblighi e divieti legislativamente imposti potranno naturalmente essere legittimi, anche in tema di bioetica, purché superino però uno stretto scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità delle misure prescelte.

La bioetica è disciplina che acquista rilievo giuridico sul piano degli istituti più classici del confronto tra diritto e politica: bilanciamento tra i diritti, scrutinio di ragionevolezza delle scelte operate. Davvero si può ripetere che, nella “ricerca di un bilanciamento”, vi è soluzione alle questioni giuridiche poste dalle bioetiche³⁰.

Il ritrovamento di una norma flessibile in

²⁹ G. DI COSIMO, *Costituzione e coscienza. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano 2006.

³⁰ *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010.

bioetica significa anche importanza del ricorso alla deontologia professionale, medica in particolare, senza però avere alcuna illusione salvifica; anzi avendo chiare le controindicazioni.

Come si è già avuto modo di rilevare, può ricostruirsi addirittura un “circuitto” di stretti rapporti tra deontologia e diritto soprattutto laddove manchi una chiara disciplina legislativa³¹. È quanto si è avuto in Italia dinanzi alle autorità giurisdizionali prima dell’approvazione della legge n. 40/2004, in tema di procreazione medicalmente assistita, o ancora oggi relativamente ad alcuni profili delle questioni del fine vita.

In questi casi, la deontologia assume un improprio ruolo di “supplenza” regolativa, ponendo un quadro di condotte mediche, conformi e difformi dal codice deontologico, che costituisca comunque garanzia dei diritti dei cittadini pazienti e di tutela dello stesso medico.

Il codice contiene, al contempo, linee-guida e riferimenti concreti tali da garantire un quadro di maggiore certezza circa la correttezza delle condotte mediche e, correlatamente, le prestazioni che legittimamente l’assistito può richiedere. Inoltre, l’autodisciplina che i medici si

³¹ A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, a cura di L. Chieffi, cit., spec. 249 s.

danno nel codice deontologico ha una capacità di incidere, nel bene e nel male, le stesse scelte politiche operate, semmai solo dopo, a livello normativo.

Indubbiamente il medico è in una posizione di osservatorio privilegiato delle concrete pratiche e dinamiche sanitarie. È il perno da cui partono, “dal basso”, le informazioni propriamente tecniche, puntuali, sulle possibili soluzioni da adottare in caso di malattia e sulle strategie mediche alternative da poter mettere in campo.

In tal senso, la classe medica conosce i rischi ed i benefici di ogni scelta in sanità, almeno rispetto al proprio particolare osservatorio. Ed inoltre si confronta continuamente con i pazienti, al polo opposto della relazione.

Il fatto che i medici sono al contempo autori e destinatari delle regole contenute nel codice, configurandosi una sorta di “autonormazione”³² sia pure di natura deontologica, assicura all’origine quel tendenziale consenso al contenuto delle regole da parte degli operatori sanitari.

D’altro canto, così, si viene ad affidare impropriamente un ruolo eccessivo ad un “attore interessato”, quale categoria professionale, che

³² Sulla distinzione tra imperativi autonomi ed eteronomi cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, 100.

non è in grado in quanto parte di avere quella visione politica di insieme delle questioni che spetta ad altre sedi istituzionali. È, infatti, naturalmente il Parlamento il luogo dove si esprime la rappresentanza politica nazionale.

Solo con il governo Amato, nella XI legislatura, la bioetica ha formato oggetto di un programma di governo. Certo, fare delle questioni bioetiche oggetto di programma di governo può rappresentare una scelta che si presta a letture anche critiche.

Un tale programma in tema di bioetica dovrebbe sempre consentire di rimettere alla sede parlamentare il ritrovamento di adeguati, ampi, ragionevoli punti di equilibrio tra le semmai contrapposte posizioni.

Non che sia facile raggiungere un tale obiettivo, naturalmente. Sennonché l'alternativa a tale soluzione è anche il concreto rischio di una "legislazione schizofrenica" in bioetica, che sia il risultato della prova di "forza" di una maggioranza, laddove poi nuove opposte maggioranze potrebbero tornare a legiferare in senso opposto sul medesimo tema nel nuovo Parlamento.

Il mero esplicitarsi del principio maggioritario e l'adozione in Parlamento di una disciplina legislativa su di una questione bioetica non costituiscono garanzie, di per loro, di tutela delle minoranze né dei diritti della persona come costituzionalmente sanciti.

Basta al riguardo ricordare le pronunce del giudice delle leggi, e dello stesso giudice europeo dei diritti, sulla controversa legge n. 40/2004. Anche perché non è banale, in definitiva, ricordare che, nella Carta costituzionale e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sono scritti ed effettivamente garantiti diritti, il cui rispetto è in grado di essere tutelato anche dinanzi a scelte non conformi operate dal legislatore.

D'altro canto, al tempo stesso, non può non rilevarsi come sia importante che comunque vi sia una disciplina, almeno a livello di chiare opzioni generali, delle principali questioni bioetiche, risultando altrimenti tutto rimesso al necessario comunque ritrovamento in via giudiziaria della norma da applicare al caso concreto, senza alcuna tutela, seppur minima, del principio di certezza del diritto.

Il vuoto legislativo consente la diretta interpretazione delle istanze provenienti dal corpo sociale da parte dei giudici, i quali, in assenza di disciplina normativa specificamente applicabile, ricorrono direttamente all'applicazione dei principi anche di rango costituzionale, adottando soluzioni che ben possono essere tra di loro discordanti.

Si possono ricordare, al riguardo, in assenza della legge n. 40/2004, che l'ha espressamente vietata, le decisioni, anche contrastanti,

adottate dai giudici civili in tema di maternità surrogata. Così, il Tribunale civile di Roma, giudice unico, autorizzò il ricorso alla maternità surrogata³³, ricostruendo spazi di un possibile, invece discutibile e discusso “diritto a procreare”³⁴ e “di essere madre senza gravidanza”, in quanto, in assenza di una specifica disciplina della materia, sarebbe stato possibile ricavare direttamente, dall’interpretazione dei principi dell’ordinamento giuridico, la liceità del contratto di maternità surrogata e della relativa prestazione medica.

Addirittura, in una decisione del Tribunale di Palermo³⁵, sembrò ammettersi la fecondazione assistita *post mortem*. L’una e l’altra pratica peraltro vietate dal codice di deontologia medica³⁶.

Di certo la più nota e dibattuta applicazione diretta di principi costituzionali, in assenza di espressa disciplina legislativa, è rappresentata

³³ Si fa riferimento al caso di cosiddetto “utero in affitto” deciso da Tribunale di Roma, giud. unico, ord. 17 febbraio 2000, in *Guida dir.*, 9, 2000, 74 ss.

³⁴ M. WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Einaudi, Torino 2004, *passim*.

³⁵ Tribunale di Palermo, ord. 29 dicembre 1998, in *Guida dir.*, 4, 1999, 90.

³⁶ Ponendosi peraltro l’assurdità dell’ipotesi di una situazione in cui venga comminata una sanzione disciplinare ad un medico il quale abbia agito nel rispetto di una decisione dell’autorità giudiziaria.

dalla sentenza della Cassazione relativa al “caso Englaro”³⁷, dove al di là della posizione favorevole o contraria all’argomentazione addotta dai Supremi giudici, emerge con forza la necessità di una disciplina che, rispettosa dei ragionevoli, e non illimitati, spazi rimessi all’autodeterminazione della persona, dia certezza del diritto in ambiti così controversi.

Importante fu anche la questione relativa alla facoltà di disconoscere il figlio, concepito attraverso la tecnica della fecondazione artificiale con donatore esterno, prima dell’avvento della legge n. 40. L’applicazione letterale dell’articolo 235 del codice civile configurava la possibilità di esperire, nel caso di specie, l’azione di disconoscimento della paternità. Sicché il giudice delle leggi, investito della questione di legittimità, nel dichiararla inammissibile, ha evidenziato la possibilità di un’interpretazione adeguatrice della norma codicistica, che tenga conto delle prospettive aperte dalle nuove tecniche di fecondazione eterologa. La Consulta, infatti, evidenziata la “situazione di carenza dell’attuale ordinamento con implicazioni costituzionali”, sottolinea che, pur in presenza di “plurime esigenze costituzionali”, l’esigenza di tutelare la persona nata con tecniche di concepimento assi-

³⁷ Cass. civ., I sez., 16 ottobre 2007, sent. n. 21748, su cui v. *infra*.

stato è prevalente, alla luce dei diritti che questi può vantare “nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo, assumendone la relativa responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare”³⁸.

Il fondamento giuridico costituzionale delle argomentazioni svolte dalla Consulta, anche all'indomani del divieto legislativo di fecondazione eterologa, resta fermo rispetto al divieto di disconoscere indipendentemente dalla espressa previsione legislativa recepita nell'articolo 9 della legge 40. Anzi, sul punto il contenuto della legge n. 40 è costituzionalmente vincolato: sarebbe stata incostituzionale sulla base di tali argomentazioni un'ipotetica volontà legislativa che avesse voluto consentire l'azione di disconoscimento della paternità da parte di chi in un rapporto coniugale ha comunque inizialmente assentito a questa pratica, al momento in Italia illegale³⁹.

Saranno sempre inevitabili, ed anche positivi in termini di flessibilità dell'applicazione

³⁸ Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2632, con commento di E. LAMARQUE.

³⁹ Diversa invece la questione circa la possibilità di partorire, senza riconoscere il figlio, per la madre fecondata artificialmente. Possibilità da ammettere, se si tiene conto che oggetto di tutela costituzionale è sempre fondamentalmente il bambino, al di là dei rischi di fraudolento aggiramento del divieto di fecondazione eterologa o di maternità surrogata.

della norma, la ricostruzione di spazi rimessi al diritto giurisprudenziale in materia di bioetica.

Si tratta di “un processo di costituzionalizzazione dei diritti della persona a livello europeo, nel quale l’apporto del diritto di creazione giurisprudenziale (*judge made law*) è decisivo”⁴⁰.

Senonché tale spazio, in assenza di qualunque tipo di opzione regolatoria fissata dal legislatore, rischia di tradursi in arbitrio dei giudici ed in totale incertezza del diritto, con difficoltà di prognosi degli stessi futuri orientamenti giurisprudenziali. Anche perché scienza e diritto, soprattutto quando tra di loro combinati, sono ambiti per loro natura dai confini incerti⁴¹.

La giurisprudenza, così come la stessa prassi medica e la relativa disciplina deontologica, rappresentano momenti importanti di completamento e modulazione delle scelte legislative per i variegati casi concreti in cui applicare la regola legislativa, ma non può svolgere un’impropria azione suppletiva, se non mettendo a repentaglio ogni minima garanzia della certezza del diritto, principio così importante in una materia così delicata.

⁴⁰ A. SANTOSUOSSO, *I giudici e bioetica: bozza di un progetto di formazione*, in *Pol. dir.*, 3, 1999, 500.

⁴¹ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2004, 411.

3. (SEGUE) CONSIDERAZIONI ULTERIORI SULLE FONTI DEL BIODIRITTO *.

Il libro di Carlo Casonato giunge alla seconda edizione che si caratterizza, rispetto alla precedente, non solo per gli aggiornamenti alle più recenti vicende della bioetica, ma anche da una maggiore sintesi⁴².

Quel che colpisce in un volume di “Introduzione” è l’approccio rigorosamente scientifico, in cui si rivendica da subito – ed è questa la chiave di lettura fatta propria nel volume nell’affrontare le questioni bioetiche – l’“efficacia delle categorie del diritto costituzionale”, in particolare il bilanciamento e la ragionevolezza attraverso un rigore di metodo, in una prosa molto essenziale⁴³, ed una ricerca costante di sistemazione razionale della materia.

L’approccio sistematico emerge chiaro nella scelta stessa del percorso monografico. In cer-

* In occasione della presentazione del volume di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2009.

⁴² La nuova edizione è infatti più breve. Ciò certamente facilita la lettura, senza troppo incidere sull’approfondimento.

⁴³ *British*, direi.

to qual modo, l'Autore risponde, con ordine logico, ai fondamentali, rilevati quesiti del *cosa*, *chi* e *come* nella disciplina giuridica delle questioni bioetiche.

Efficacemente, infatti, nei capitoli del volume, si individuano, dapprima, l'oggetto (il cosa) dell'indagine e le scivolose questioni definitorie di vita e morte; poi, si analizzano le fonti del biodiritto: il *chi* disciplina, ma anche il *quando* occorre disciplinare ed il *se* occorre disciplinare, considerando anche i limiti dell'opzione non regolatoria.

Così, meritoriamente vengono classificate, con le pur inevitabili semplificazioni, una pluralità di modelli di disciplina: astensionista, per l'appunto, da un lato, ed interventista, dall'altro, secondo schemi "permissivi" e "impositivi", anche declinati come solo "a tendenza" "permissiva" o "impositiva"⁴⁴.

Nel ricostruire ed analizzare i modelli teorici, c'è un costante richiamo ai temi più delicati di inizio e fine vita, in cui sempre l'Autore sembra sempre rifiutare chiavi, potrei dire "emozionali", nell'approccio alle questioni della bioetica, che invece spesso sono più o meno evidenti, sia pure sotto traccia, nella stessa letteratura giuridica, giuspublicistica sul tema. Anche in scritti molto belli traspare sovente una tensione morale

⁴⁴ C. CASONATO, *cit.*, 70 ss.

forte, che rischia però di portare a letture un po' troppo "orientate" da convinzioni personali piuttosto che da letture neutrali delle questioni giuridiche e della stessa Costituzione. Forse, certo, questo è anche inevitabile su questioni così complesse.

La scelta di approccio e di metodo fatta dall'Autore, già nella prima edizione, è a mio avviso la chiave vincente e, al contempo più convincente, del volume.

Diritto ed etica certo non sono monadi, che non hanno contatti: il "*diritto* è l'etica *precipitata*". E la *scienza* pone i "termini scientifici", *ineludibili*, del dibattito bioetico.

Ma, come la Corte costituzionale ha affermato in maniera paradigmatica, "la legge morale vive nella coscienza individuale"⁴⁵, nell'"in me" kantiano della critica della ragione pratica: sono la politica ed il diritto, lungi dall'affermarsene un primato, che segnano però *in concreto* proprio il processo e i futuri contenuti di questo "precipitare". Ed il procedimento, la forma delle decisioni in ambito bioetico riveste importanza nodale quasi quanto il contenuto stesso delle decisioni.

In un ordinamento democraticamente informato a valori, che sono sul piano giuridico

⁴⁵ Già Corte cost. sent. n. 9/1965, in *Giur. cost.*, 1965, 61 ss., spec. 81.

soprattutto principi fondamentali, quali il pluralismo, l'eguale dignità delle minoranze e la laicità dello Stato, la prospettiva, a fondamento del moderno Stato costituzionale, di democrazia pluralista⁴⁶, è quella per l'appunto del "politeismo" dei valori che comporta la loro "pari dignità" e diversa "forza", nelle *ragionevoli* scelte rimesse al legislatore ordinario.

Il legislatore, come evidente, ha perso con la fine dello Stato liberale ogni residua sovranità a favore della Costituzione, nonché dell'ordine sovranazionale europeo.

Il legislatore neppure, ed anzi tanto meno, nella biopolitica, è onnipotente, perché la bioetica è tutt'altro che costituzionalmente indifferente, come ha dimostrato lo stesso giudice delle leggi e come hanno dimostrato, da molti anni ormai, pochi pionieri tra i costituzionalisti, oggi seguiti dall'intera dottrina costituzionalistica.

La discrezionalità del legislatore si confronta con i valori della Costituzione, non in quanto tali, ma in quanto sussunti nell'ordinamento quali principi supremi della Costituzione, che sono "la veste giuridica" dei valori, come è stato detto, diritti fondamentali della persona e, prima ancora, in quanto compatibili con la di-

⁴⁶ C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in forumcostituzionale.it, 2005.

gnità dell'uomo, "nucleo assiologico primigenio", secondo la definizione di Baldassarre, di una democrazia orientata al pluralismo⁴⁷.

È vero che il livello costituzionale è segnato, come viene sottolineato, da "apertura" ed "incertezza". Ma una dose di incertezza, di "fisiologica incoerenza" senza oltrepassare il limite del "disordinamento"⁴⁸, in una democrazia pluralista, si può aggiungere, che non conosce verità rilevate, è ineliminabile ed è anzi il suo principale antidoto.

Lo spazio politico rappresenta l'arena di confronto e dibattito democratico tra soggetti, che possono e devono, in una società pluralista, essere portatori sinanche di impostazioni valoriali contrapposte, ma che devono poi cercare proprio nella sede politica il terreno comune di confronto, e di scelta condivisa, sullo stesso piano valoriale per la "costruzione di un consenso valoriale" di fondo nel testo, che è la prima condizione per quella "bioetica senza aggettivi", secondo la felice definizione di Giustiniani⁴⁹.

In una siffatta "bioetica senza aggettivi",

⁴⁷ *Amplius*, cfr. M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Studi e ricerche Astrid, Passigli, Firenze 2010.

⁴⁸ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., spec. 146 ss.

⁴⁹ P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica*.

può unicamente fondarsi la bioetica costituzionale – ed uso solo in apparenza paradossalmente proprio un aggettivo – in un ordinamento pluralista.

L'esperienza proprio dell'Assemblea Costituente con le sue matrici così segnatamente divise e con il ritrovarsi delle stesse in un Patto comune è altamente significativa di questa necessità, che è propria della politica nell'operare le scelte più difficili e cruciali⁵⁰.

Come sottolinea Casonato, la “tentazione della via maggioritaria” è il “primo rischio del legiferare sulle scienze della vita”⁵¹. L'assolutismo dei propri valori, tipica delle religioni rivelate, della propria appartenenza trova forse ragione nell'elaborazione etica e religiosa, ma anche se coincidente con una maggioranza parlamentare – sempre mutevole peraltro – deve riuscire comunque, nelle scelte della politica, a tradursi in un “minimo comune denominatore valoriale” con altre opzioni concorrenti di valori presenti nella società e rappresentati sia pure *dalle* minoranze parlamentari.

Percorsi e incroci, a cura di P. Favo, A. Staglianò, Esi, Napoli 2008, 122 ss., spec. 125.

⁵⁰ E invero c'è da stupirsi, forse ingenuamente, che in un'epoca in cui tutti dicono che sono finite le ideologie un accordo di compromesso appaia su questi temi più difficile che all'epoca della Costituente.

⁵¹ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit.

La disciplina legislativa, come per tutte le principali questioni della bioetica, deve intervenire, per quanto possibile, quale sintesi politica delle pluralità ideali presenti in Parlamento, secondo la massima di Spinoza, per quanto possibile, del “*nihil detestare, at omnia comprehendere*” e non come vittoria di alcuni, sia pure espressione di una maggioranza parlamentare, “contro” gli altri. Le contrapposizioni assolutizzanti impediscono il raggiungimento di un accordo politico, perché si nega in radice la dignità delle posizioni dell’avversario e dunque ogni spazio di possibile confronto.

Se questo non accade, non dico che sia preferibile necessariamente l’opzione non regolatoria, data la conseguente totale incertezza del diritto o “l’arbitrio” del diritto giurisprudenziale; ma certo la regola in bioetica non può tradursi in disciplina di dettaglio, fatta da meri ordini e divieti. O meglio gli eventuali, limitati ordini e divieti devono essere frutto di un’impostazione valoriale di fondo, ampiamente e fortemente condivisa, ad assicurare una disciplina normativa delle questioni bioetiche, che voglia dare non solo certezza, ma anche effettività giuridica alla propria regolazione, che passa per margini di apprezzamento discrezionale da parte sia dei giudici che del prudente apprezzamento medico, nell’applicazione della norma al caso concreto.

D'altro canto, parafrasando Rodotà, le regole sulla vita si muovono “tra diritto e non diritto”⁵².

La necessità di un ampio consenso parlamentare, frutto anche di apertura e partecipazione dall’“esterno” alla politica, nell’adozione della scelta regolativa dei temi della bioetica, è indice della stessa “maturità” della stessa, ed è espressione di quelle elaborazioni, che sottolineano il ridimensionamento odierno della democrazia rappresentativa, a favore dei dettami della *deliberative democracy*, da tradursi come democrazia *partecipativa*, che non significa democrazia diretta, ma presuppone un diverso modello di *cittadinanza attiva*, consapevole, bioeticamente informata.

⁵² S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.

4. DILEMMI COSTITUZIONALI SULLA DISCIPLINA DELL'INIZIO VITA: TUTELA DELL'EMBRIONE E BILANCIAMENTI RAGIONEVOLI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E CEDU.

In tema di questioni bioetiche di inizio vita, la questione realmente fondamentale non è tanto il riconoscimento dei diritti dell'embrione, che può essere una prospettiva etica – in senso religioso e laico – ed anche giuridica, come dimostra la giurisprudenza della Cassazione ad esempio in tema di diritto del concepito a nascere sano⁵³, ma quella di comunque rifiutare ogni prospettiva assolutizzante di un tale diritto o interesse, che non ammetta limitazioni e bilanciamenti.

Nell'ordinamento costituzionale emerge ormai da tempo l'esigenza – sia che la si voglia declinare nella categoria dei diritti o invece rapportare a quella degli interessi costituzionali – di tutela del feto e dell'embrione umano⁵⁴, come

⁵³ Da ultimo, Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754.

⁵⁴ E. DENNINGER, *La tutela dell'embrione e la dignità dell'uomo. O: dei limiti della forza normativa della Costituzione*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla*

questione diversa e *altra* rispetto al riconoscimento della personalità giuridica.

Il giudice delle leggi ha riconosciuto il feto non solo quale interesse degno di tutela, ma anche in relazione ad un diritto a proseguire il proprio processo di vita umana⁵⁵. Non per questo la Corte ha negato legittimità costituzionale alla legge che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza. L'emersione nell'ordinamento costituzionale dell'esigenza di tutela anche dell'embrione umano, la garanzia di interessi costituzionalmente meritevoli riferiti, secondo un linguaggio più caro alla Corte, al "concepito" è elemento costante nella giurisprudenza costituzionale.

Sul punto, non si può non ricordare ancora la fondamentale giurisprudenza costituzionale, intervenuta ormai da tempo sul tema, in materia di posizioni soggettive coinvolte nella pratica dell'aborto e nella disciplina legislativa dell'interruzione volontaria di gravidanza; dovendosi peraltro tenere distinta, va detto, la posizione sostanziale e giuridica dell'embrione, semmai in vitro, rispetto a quella forma di vita umana

bioetica al diritto costituzionale, a cura di V. Baldini, Giappichelli, Torino 2004, 21 ss.

⁵⁵ Parla del nascituro come di "soggetto potenziale o oggetto di una tutela "a geometria variabile", dipendente dal suo grado di sviluppo e dal settore coinvolto", C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 27.

molto più avanzata, che è il feto nel corpo di una donna e, soprattutto, i diversi termini presenti nei differenti bilanciamenti.

Nella storica sentenza n. 27/1975, la Corte costituzionale fa prevalere, nel bilanciamento, il diritto di “chi è già persona” ma, al contempo, ragiona su di un “interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito” e di “salvaguardia dell’embrione che persona deve diventare”. Inoltre sottolinea il giudice delle leggi che l’articolo 2 della Costituzione “riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito”. Nella sentenza n. 35/1997, a proposito del *referendum*, teso a “liberalizzare il ricorso all’interruzione volontaria della gravidanza”, la Corte argomenta nel senso che l’abrogazione andrebbe a travolgere “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”.

La Corte, poi, nel giudizio sull’ammissibilità della legge sulla fecondazione medicalmente assistita, si pronuncia per l’inammissibilità del referendum abrogativo totale della legge, alla luce della necessità costituzionale di avere comunque una disciplina legislativa in materia, anche a garanzia del concepito. La Corte, in tal

senso, sottolinea che “si tratta della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e 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”⁵⁶.

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.

Il fondamento costituzionale della tutela dell’embrione è dunque antecedente all’articolo 1 della legge n. 40/2004, che è vero, però, parla espressamente di “diritto”. Ma lo stesso eventuale riconoscimento di un “diritto” alla vita, di cui sia titolare “nuovo” il concepito, già allo stato semmai pre-embrionale di otide – che non necessariamente proseguirà il suo futuro vitale quale embrione umano – richiede poi di approfondire il necessario dibattito sul piano del ragionevole bilanciamento costituzionale con altri diritti e libertà.

⁵⁶ Su interruzione volontaria della gravidanza e Costituzione, v. *amplius*, ad esempio, L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, cit.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, cit., 97 ss.

Si tratta, infatti, inevitabilmente di questioni che attengono al bilanciamento tra diritti ed alla ragionevolezza degli assetti di disciplina legislativamente individuati, che potranno percorrere diverse opzioni regolatorie, ma nel quadro di scelte costituzionalmente ragionevoli. Compito del legislatore e limite alla propria discrezionalità è proprio il ritrovamento di ambiti di ragionevole bilanciamento tra libertà, diritti e interessi costituzionalmente protetti.

D'altro canto, tale presupposto è stato individuato dalla Corte, in materia, in modo paradigmatico, nella richiamata, storica sentenza n. 27/1975, quando sottolinea che “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare” e che “l’interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la *legge* non può dare al primo una prevalenza *totale ed assoluta*, negando ai secondi adeguata protezione”⁵⁷.

La vita umana a livello embrionale, semmai al momento di ovocita fecondato, è certamente vita; ma non può essere in alcun modo

⁵⁷ È qui il passaggio fondamentale. V. già F. MODUGNO, *op. cit.*, 18 s.

equiparata alla vita umana anche in sviluppato stato fetale. Sul piano giuridico, *equiparare* l'istanza di tutela dei diritti dell'ovocita fecondato o dell'embrione alla persona umana, completa e compiuta non appare potere essere frutto di un ragionevole bilanciamento.

Il “diritto” dell'embrione al proseguimento del suo processo vitale, come nessun diritto, può essere tutelato come un “assoluto”⁵⁸, dovendosene assicurare un ragionevole bilanciamento con altri interessi, diritti e libertà, a partire dalla libertà personale della madre, dalla più generale libertà di autodeterminarsi nella sfera privata o dalla stessa libertà di ricerca scientifica.

Certo, si tratta di operare bilanciamenti, che consentono diversi, possibili esercizi della discrezionalità legislativa in tema di inizio vita e di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita. L'ambito di apprezzamento discrezionale rimesso al legislatore su ciò che, su questi delicati temi, può essere vietato od imposto dalla norma giuridica non è affatto illimitato.

⁵⁸ Giustamente, su di un piano generale, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 59 sottolinea che “il biodiritto contemporaneo si caratterizza per essere materia che rifugge le discipline assolute e fondamentaliste, quelle – per così dire – “senza se e senza ma”, e che si connota per soluzioni che dipendono di volta in volta da delicati equilibri e bilanciamenti di interessi diversi”.

Ecco allora che la Corte costituzionale ha potuto e dovuto intervenire, con la sentenza n. 151/2009⁵⁹ sulla legge n. 40, facendo cadere due dei limiti più stringenti all'accesso alle tecniche di procreazione assistita: il divieto di creare più di tre embrioni e il divieto di congelare quelli non impiantati.

Si tratta, infatti, in realtà di scelte che rientrano nel campo dell'apprezzamento del medico, che deve garantire "il diritto alla salute della donna". Anche se, nel bilanciamento, emerge l'esigenza che non si ecceda nella produzione degli embrioni, in quanto "le tecniche di produzione non devono infatti creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario"⁶⁰.

⁵⁹ V. M. D'AMICO, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *Nascere e morire: quando decido io?*, a cura di G. Baldini, M. Soldano, Firenze University Press, Firenze 2011, 127 ss.; L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A.: verso la tutela dei diritti della madre*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2009, 1021 ss.; S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, su *forumcostituzionale.it*, 19 settembre 2009.

⁶⁰ In tal senso risulta confermata la facile constatazione, già svolta allora, di come "la tutela del principio di certezza del diritto sembra talora andare oltre il ragionevole quando, ad esempio, è il legislatore stesso a fissare nel limite massimo di tre gli embrioni creati con tecniche di fecondazione assistita. L'esigenza di individuare un limite alla creazione di embrioni

La Corte, al riguardo sottolinea che l'individuazione di un limite fisso per legge comporta una comporta il rischio di una concreta lesione del diritto alla salute delle donne⁶¹, senza riconoscere ambiti di prudente, flessibile apprezzamento medico, che possa tenere in adeguato conto dell'individualità della persona⁶². Tutto ciò, sottolinea dunque la Consulta, “si pone, in definitiva, in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, riguardato sotto il duplice profilo del

in vitro è ragionevole; la fissazione di un limite generale assoluto di tre per situazioni anche profondamente diverse non appare esserlo” (A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, relazione al convegno *Quale statuto per l'embrione?*, Napoli, Università degli Studi Federico II – Aula Pessina, 1 giugno, 2005, su *forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2005, 3).

⁶¹ Tale limite “finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'articolo 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto”.

⁶² “Ciò in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente in-

principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'articolo 32 della Costituzione, per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso”.

Sulla disciplina dell'analisi preimpianto e dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di coppie fertili, ma affette da malattia genetica, vi sono altri motivi di grave illogicità delle scelte operate dal legislatore del 2004.

Su queste è bene ricordare – prima di analizzare le conclusioni a cui è arrivata la Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2012, condannando l'Italia per quanto previsto nella legge n. 40/2004 – quanto già si ebbe modo di sottolineare nel 2005, circa i dubbi sulla ragionevolezza della “compresenza nel nostro ordinamento di una norma che realizza in diverse sue opzioni regolatorie una tutela massima dell'embrione

dividuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto... La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita”.

creato in vitro, per poi abbassare nei meccanismi della legge n. 194 il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato”. È vero che “le due singole opzioni regolative del legislatore del 1978 e del 2004 appaiono, singolarmente considerate, costituire entrambe legittimo esercizio di discrezionalità legislativa, come tale insindacabile da parte della Corte”, ma motivo d’illegittimità della disciplina deriva proprio dalla “coesistenza di entrambe le norme, frutto di bilanciamenti diversi, operati dal legislatore in tempi diversi” che così “comporta, forse, l’“irrazionalità” – più ancora dell’irragionevolezza – della scelta del legislatore successivo, che tutela in misura massima l’essere vivente embrione, quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica di quello stesso soggetto, per quando sarà invece divenuto feto”. Di qui la necessità di consentire indagini sull’embrione “incidendo così, con un minore sacrificio dei beni tutelati, sul prosieguo di un processo vitale che si trova ancora ai suoi meri, incerti primordi”, anche ad evitare un illegittimo “andamento irragionevolmente altalenante”, potendo la madre interrompere la vita del concepito, sviluppata in feto di più mesi. Soprattutto di fronte a soggetti portatori di gravi malattie genetiche ereditarie appare irragionevole, “nel bilanciamento almeno con il diritto alla salute psichica di queste persone, il divieto di analisi genetica preimpianto, per poi

spostare il momento della decisione tragica all'interruzione volontaria della gravidanza dopo l'immane amniocentesi”⁶³.

Ebbene, ad un tale proposito la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella citata sentenza del 2012, rileva che “il concetto di «bambino» non è assimilabile a quello di «embrione»”; sicché il giudice di Strasburgo “non vede come la tutela degli interessi menzionati dal Governo [italiano] si concili con la possibilità offerta ai ricorrenti di procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna”⁶⁴. Sicché “[è] giocoforza constatare che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza”. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia”⁶⁵.

L'analisi pre-impianto, che la legge italiana

⁶³ Argomentazioni qui riportate, già svolte in A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, cit., 4.

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, caso Costa e Pavan c. Italia, punto n. 62.

⁶⁵ Punto n. 65.

ammette per le sole coppie infertili, evita chiaramente il successivo ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza, in quanto è possibile evitare l'impianto stesso dell'embrione. E, dunque, di fronte al rischio di trasmettere una malattia genetica grave (fibrosi cistica), bene ha fatto, in definitiva, il Tribunale di Salerno nel 2010 ad autorizzare il ricorso di una coppia fertile, ma portatrice di tale malattia genetica, alla fecondazione assistita e alle indagini di diagnosi pre-impianto, evitandosi anche indagini più invasive quali l'amniocentesi, che peraltro rischiano di infettare un feto sano e che, se positive, come ricordato, autorizzano ai sensi della legge n. 194/1978 l'interruzione volontaria della gravidanza.

Il divieto legislativo dell'analisi pre-impianto porta a spostare nel tempo la decisione e a delineare quel rilevato *supra* "andamento irragionevolmente altalenante" alla "tutela della vita umana": maggiore quando si trova in stato di embrione in vitro (divieto di analisi pre-impianto); minore quando è feto nel vivo materno (possibilità di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza).

La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna così l'Italia sul divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di coppie portatrici di malattie genetiche e sul relativo divieto di analisi pre-impianto sulla base della violazione dell'articolo 8 della Con-

venzione⁶⁶ e sul connesso rispetto del principio di autodeterminazione.

La volontà dei ricorrenti di avere un bambino che non sia affetto da una grave malattia genetica, di cui sono portatori sani, costituisce espressione legittima dello spazio rimesso dalla Convenzione alla “propria vita privata e familiare”. Per questo occorre, in questi casi, assicurare l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, altrimenti obbligandosi quelle stesse coppie a cercare di procreare naturalmente e ad interrompere dolorosamente le gravidanze⁶⁷.

L’opera di adeguamento della “controversa” legge n. 40/2004, di cui sono stati da su-

⁶⁶ “Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare”.

⁶⁷ Punto 65: “Le conseguenze di un tale sistema sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti sono evidenti. Per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, l’unica possibilità offerta ai ricorrenti è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l’esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato”. Punto 66: “la Corte non può non tenere conto, da un lato, dello stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell’impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall’altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all’occorrenza, ad un aborto terapeutico”

bito evidenti “ombre e luci”⁶⁸, alla Costituzione, da un lato, ed alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, dall’altro, non sembra essere terminata. Un percorso tutt’altro che concluso: si pensi al divieto legislativo italiano di fecondazione eterologa.

È vero che la Corte di recente ha evitato di pronunciarsi, rimettendo gli atti ai giudici *a quo*, sul divieto di fecondazione eterologa⁶⁹, ma è facile prevedere che questa ed altre questioni continueranno ad essere sollevate, rappresentando ulteriore dimostrazione di come la disciplina delle questioni bioetiche di inizio vita debba essere improntata ad attenti bilanciamenti dei diritti ed interessi costituzionali coinvolti e di come le scelte legislative siano oggetto di scrutinio di stretta ragionevolezza dinanzi alle “Corti costituzionali multilivello”. Ed ai giudici comuni spetta l’importante compito di interpretare la legge in modo conforme a Costituzione e a Cedu.

⁶⁸ (Forse, più ombre che luci). Da subito, v. *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di E. Camassa, C. Casonato, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Quaderno n. 47, Trento 2005; *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto, N. Zanon, Franco Angeli, Milano, 2004; A. SPADARO, *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2005, 71 ss.; P. GIUSTINIANI, *Sulla procreazione assistita*, Esi, Napoli 2005.

⁶⁹ Corte cost., ord. n. 150/2012.

5. ALCUNE BREVI NOTE SULLE QUESTIONI BIOETICHE E COSTITUZIONALI DEL FINE VITA.

Il margine di discrezionalità, che il legislatore è legittimato ad esercitare nelle questioni bioetiche, è limitato dalla spazio dei legittimi bilanciamenti e delle ragionevoli scelte, anche rispetto alla disciplina del drammatico caso del fine vita.

La questione sul fine vita può essere bene sintetizzata, nei suoi essenziali termini, sia morali sia giuridici, in un passo di Soren Kierkegaard: “Quando la morte è il più grande pericolo, si spera nella vita; ma se si viene a conoscere un pericolo ancora più tremendo, si spera nella morte. Quando dunque il pericolo è così grande che la *morte è diventata la speranza*, la disperazione è la non speranza di non poter nemmeno morire”⁷⁰.

Ora questo assunto, che sottolinea i termini del significato di *disperazione* nelle situazioni del fine vita, dovrebbe aiutare a sgombe-

⁷⁰ S. KIERKEGAARD, *La malattia per la morte*, a cura di E. Rocca, Donzelli, Roma 2011, 20.

rare il campo da una soluzione che dovrebbe realmente rivestire un ambito assai limitato, nello Stato di democrazia pluralista: il trovare risposte nel ricorso al diritto ed alle sanzioni penali.

Come evidenziato da tempo, in storica giurisprudenza, il ricorso al diritto penale è costituzionalmente illegittimo, se non costituisce un'*extrema ratio* nell'ordinamento, in quanto "sconcerta non poco", scrive il giudice delle leggi, "il fatto che possa costituire illecito penale un comportamento che non solo non viola alcun valore costituzionalmente garantito ma non lascia intravedere neppure quale bene giuridico comprometta"⁷¹. Ed aggiunge poi che "il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori".

Pensare di trovare risposta in Italia ai delicati interrogativi del fine vita, facendo riferimento ancora al solo quadro legislativo penale, di cui alle fattispecie dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente, sembra rispondere

⁷¹ Corte cost. sent. n. 189/1987, la cui importanza a fondamento del "principio del diritto penale come *extrema ratio*" è sottolineata da F. MODUGNO, *op. cit.*, 33 s.

alle logiche di una società che non si vuole assumere a pieno le responsabilità di una disciplina del fine vita costituzionalmente orientata.

Il tema è quello di circoscrivere in modo attento il campo di applicazione dei reati rubricati agli articoli 579 e 580 del codice penale⁷².

L'applicazione di queste norme alle variegate, tragiche vicende del fine vita mal si concilia con il necessario giudizio di forte disvalore sociale che deve essere alla base delle condotte penalmente sanzionate, proprio perché il ricorso alla sanzione penale costituisce *extrema ratio* in un ordinamento democratico. Il diritto penale dovrebbe essere fatto "da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare"⁷³.

Sia chiaro: il diritto *alla* vita, nel nostro ordinamento, non può essere inteso come diritto *sulla* vita, che è bene indisponibile. Dunque, al di là della legittimità delle fattispecie di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente, di fronte

⁷² V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia*, Cedam, Padova 2009, spec. 67 ss.

⁷³ Corte cost., sent. 364/1988.

alle tragiche ipotesi in cui si giunga alla decisione di “staccare la spina” – come viene impropriamente riferito con brutta espressione giornalistica, di fronte all’interruzione dell’alimentazione, dell’idratazione forzata – la remissione della regola alla norma e sanzione penali dovrebbe non trovare grande spazio.

Il nostro ordinamento, in assenza di una disciplina legislativa, al riguardo, ha saputo garantire, nel suo diritto giurisprudenziale, il diritto di rifiutare, anche mediante attuazione diretta dei principi della Costituzione, tali trattamenti⁷⁴. Questo, peraltro, non solo in presenza di una volontà presente espressa dal paziente, come nei casi Welby e Novoli, ma anche, certo, con la necessità di verifiche necessariamente assai più complesse circa la manifestazione del volere, in assenza di *attualità* di tale volontà, come paradigmaticamente nel caso Englaro⁷⁵.

Pensare che per legge si possa decidere al posto dei singoli individui nel senso di fare prevalere sempre e comunque il valore della vita, pure quando del tutto svuotato di contenuti, come nelle tragiche situazioni di stato vegetativo permanente, non sembra essere consentito in un ordinamento costituzionale, che rispetti i ragio-

⁷⁴ Grazie in particolare al combinato disposto degli articoli 13 e 32 della Costituzione.

⁷⁵ Cass. civ., I sez., 16 ottobre 2007, sent. n. 21748.

nevoli spazi dei principi di libertà ed autodeterminazione⁷⁶. Principi, che certo incontrano limiti rispetto all'indisponibilità del bene vita, ma che non possono anche essere rinnegati nella stessa loro affermazione, che il giudice garantirà applicando direttamente la Costituzione⁷⁷.

Il diritto, nel disciplinare la controversa materia delle scelte di fine vita, non può non tenere conto che se, da un lato, è forte l'esigenza di avere una normativa generale a garanzia della stessa certezza del diritto, dall'altro, ci si trova ad affrontare un ambito assai delicato e intimamente *individuale*, quello del fine vita, che rende

⁷⁶ Per una lettura critica del principio di autodeterminazione nell'ordinamento costituzionale, v., ad esempio, L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, Quaderni Iustitia, n. 5, Giuffrè, Milano 2012, 11 ss. e S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, Convegno su *La comunità familiare e le scelte di fine vita*, Subiaco, 3-5 luglio 2009, su forumcostituzionale.it.

⁷⁷ V. R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2009, 91 ss. Sentenza Englaro che ha anche suscitato invece forti critiche, sul rilievo, ad esempio, di uno "stravolgimento del principio di legalità poiché con atti, più che di giurisdizione (di *ius dicere*), di sovranità (di *ius dare*), si è costruito non solo un controverso diritto di dare la morte, ma anche una scriminante procedurale". Così, F. MANTOVANI, *Autodeterminazione e diritto penale*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, cit., , 138.

problematica una fissità della disciplina che non tenga conto delle ragioni attinenti all'esperienza di ogni singolo individuo, del suo contesto sociale, culturale e familiare, dello spazio di legittima autodeterminazione.

A livello europeo risulta fondamentale la portata pienamente normativa che ha, nello stesso ordinamento italiano, l'articolo 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo, il quale prevede il riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare di ciascun individuo ("Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare").

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in diverse pronunce, ha riconosciuto come l'imposizione di un trattamento medico, senza il consenso del paziente adulto e capace, condurrebbe in una certa, concreta violazione dei diritti riconosciuti e tutelati dall'articolo 8⁷⁸.

L'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo è, più in generale, nel senso della tutela della piena dignità dell'individuo, anche quando malato, e del riconoscimento, non certo di un diritto a morire, ma della possibilità di operare delle scelte intime, individuali, che possano anche incidere sul come e quando la pro-

⁷⁸ V. di recente Cedu, 20 gennaio 2011, caso Haas contro Svizzera, n. 31322/07.

pria vita possa finire⁷⁹, quale espressione di quel diritto al rispetto della propria vita privata, riconosciuto dall'articolo 8 della Convenzione Europea, che, nel prosieguo della disposizione, trova limitati ed elencati casi di possibile limitazione⁸⁰.

L'articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea poi riconosce, quale principio fondamentale nel rapporto medico paziente, che “nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”.

Ne risulta che, a livello sovranazionale europeo, in entrambi gli ordinamenti Cedu e Ue, viene riconosciuto forte la garanzia della “sfera privata”, nello stesso ambito dei trattamenti me-

⁷⁹ Nel su citato caso Haas, si sottolinea che “*la Cour estime que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention*”.

⁸⁰ “Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

dici, con chiare implicazioni sul fine vita; sfera che riguarda il riconosciuto diritto dell'individuo ad autodeterminarsi secondo propria coscienza, che non significa diritto all'eutanasia, ma che comporta l'ammissione di fondamentali spazi decisorii di libera scelta nello stesso fine vita.

Certo, l'interrogativo giuridico fondamentale risiede nel grado di autonomia e libertà, o meglio nel grado di autodeterminazione, riconosciuto al paziente e alla persona in generale quando anche non ancora malato. L'interrogativo riguarda, in realtà, la scelta delle forme e modi, mediante i quali l'ordinamento può regolare, consentendo o limitando, la formulazione e la realizzazione della volontà dell'individuo nel fine vita⁸¹, gli ambiti formali e contenutistici dell'autodeterminazione della persona.

La legge potrà regolare, in queste drammatiche vicende umane, il peso da dare al volere dei familiari o dei terzi, mediante appositi istituti; ma non dovrebbe potere decidere al posto di chi ha *già* espresso, semmai in direttive anticipate, un volere preciso e *consapevole* per quella condizione che poi tragicamente è incorsa sulla sua persona.

⁸¹ “Nella centralità della persona umana nella sua autonomia”. Così, V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica, deontologia medica*, Cedam, Padova, 2009, 2.

Le direttive anticipate sono in fondo una trasposizione nel tempo dell'istituto del consenso informato, quale istituto fondamentale nelle questioni bioetiche, corollario di esercizio di diritti fondamentali, come evidenzia la Corte costituzionale: il "consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'articolo 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli articoli 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Numerose norme internazionali, del resto, prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici"⁸².

Certo la non attualità del consenso, rispetto alla condizione che si intende regolare mediante una proiezione nel tempo di un proprio, ipotetico volere, lascia alcune questioni aperte.

⁸² Corte cost., sent. n. 438/2008, commentata da R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, su associazionedeicostituzionalisti.it e da C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, su forumcostituzionale.it.

È chiaro poi che nella decisione che porta il paziente, nelle scelte di fine vita, ad intraprendere un trattamento medico piuttosto che un altro o di non iniziare o ancora di interrompere la terapia, occorre che questi non venga lasciato solo.

Il ruolo del medico è fondamentale; ma la decisione informata del paziente ha di certo priorità. E nella relazione medico-paziente risulta fondamentale, come strumento propedeutico alla formazione di una volontà veramente autodeterminata, il dialogo con il medico curante, un dialogo che accompagni con le dovute informazioni, non solo tecniche, le decisioni del paziente ed il paziente stesso come “persona”. Solo attraverso un vero dialogo, biunivoco, il medico potrà nell’indicare le cure avere presente l’individuo nella sua totalità fatta di mente e corpo⁸³.

Questo percorso dovrebbe portare a realizzare davvero un “consenso informato”, che troppo spesso si risolve invece in un mero “consenso firmato”⁸⁴.

La scelta del paziente non è meno libera ed autonoma quando è accompagnata dall’informazione medica. Anzi, il contrario: tale deci-

⁸³ Sui diversi profili del rapporto terapeutico v. *amplius* C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell’orizzonte del diritto*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 39 ss.

⁸⁴ N. TODESCHINI, *Dal consenso firmato al consenso informato*, su *personaedanno.it*, 30 maggio 2010.

sione sarà molto meno libera ed autonoma quando il paziente si sente solo, isolato, abbandonato nel suo rapporto con il medico o con la propria rete familiare e sociale di affetti. Non può che essere una rete di relazioni larghe a dotare dei necessari supporti tecnici ed affettivi, a dare dignità morale nella scelta individuale sulla cura, meglio sulla scelta di quale cura e della stessa scelta *se* curarsi.

La libertà di cura ha come suo contenuto possibile, come noto e come ha ribadito più volte la Corte costituzionale, anche la scelta estrema del rifiuto di ogni cura sino alla morte. E questo mai può essere scambiato con eutanasia. Possiamo ricordare le parole della citata sentenza della Cassazione, nel caso Englaro: “il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un’ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale”. Le questioni certo sono complesse in relazione allo stato di perdita di coscienza⁸⁵.

È possibile però almeno ribadire, in principio, un possibile spazio rimesso alle direttive

⁸⁵ *Amplius*, ad esempio, L. D’AVACK, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto*, cit.

anticipate, nel senso che “il riconoscimento delle direttive anticipate non consente dunque di disporre più di quanto è rimesso nel nostro ordinamento all’autodeterminazione della persona; permette però di fare acquisire valore alla dichiarazione di volontà di una persona che semmai non sarà più in grado, nel verificarsi di un certo accadimento, di prestarla”⁸⁶.

È vero anche che forse – in assenza di un’espressa disciplina relativa al testamento biologico, su cui da tempo è in corso un acceso dibattito⁸⁷ politico-parlamentare, ma anche in dottrina – esiste già un ambito di azione delle direttive anticipate di trattamento, proprio attraverso la ricostruzione del legittimo rifiuto delle cure e del divieto di accanimento terapeutico.

Tutto ciò però oggi nell’ambito di un quadro giuridico non chiaro, di fronte ai casi di perdita di coscienza, di idratazione e nutrizione artificiale⁸⁸, che espongono il medico ad ecces-

⁸⁶ A. PATRONI GRIFFI, *Le direttive anticipate: brevi note*, in *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, a cura di R. Prodromo, Giappichelli, Torino 2005, 229 s. V. anche C. VENDITTI, *Sulle direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Dir. Giur.*, 2007, 181 ss. ed *amplius* F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit.

⁸⁷ Cfr. *amplius* *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Società & diritto n. 1/2006, il Sole 24 Ore.

⁸⁸ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, cit., spec. 233 ss., 238.

siva responsabilità ed assicurano scarsa certezza del diritto.

Di qui l'ineludibilità che le iniziative legislative sul tema si riescano finalmente a tradurre in un'adeguata disciplina, che certo non segni passi indietro rispetto a quanto già oggi consente l'ordinamento.

6. CONSIDERAZIONI PER UNA “BIOETICA EUROPEA” A PARTIRE DALLA LETTURA DELLA CONVENZIONE DI OVIEDO*.

Una delle esigenze che emerge con maggiore forza, sul piano delle fonti multilivello di disciplina delle questioni bioetiche, è quella di avere una legislazione bioetica la più possibile conforme sul piano del diritto comparato, che possa rapportarsi con soluzioni omogenee adottate a livello di diritto internazionale e di diritto europeo, anche ad evitare i pericoli di un “turismo bioetico” verso Paesi, in cui è lecito accedere a prestazioni, in tema ad esempio sia di inizio vita sia di fine vita, che sono invece vietate in patria⁸⁹.

Di grande interesse, sotto questo profilo, nella direzione indicata, è la Convenzione di Oviedo del Consiglio d’Europa sui diritti del-

* In occasione della presentazione del volume di I. R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Giuffrè, Milano 2009.

⁸⁹ Nel senso dell’importanza di “*solutions uniformes*” nelle diverse discipline normative si esprime già G. BRAIBANT, *Pour une grande loi*, in *Pouvoirs*, 1991, 113.

l'uomo e la biomedicina⁹⁰, che affronta – anche se con una disciplina sovente alquanto generica – le maggiori tematiche della bioetica.

La Convenzione può naturalmente essere studiata da diverse angolazioni giuridiche, di diritto internazionale, di diritto dell'Unione, sotto il profilo del rapporto tra tali norme convenzionali con il diritto europeo, di diritto costituzionale interno.

C'è anche un altro possibile profilo di interesse, non solo strettamente giuridico, rivestito dalla convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina, di interesse anche per un filosofo o un sociologo, relativo alla possibilità di avere uno straordinario e concreto osservatorio di un'identità europea – che c'è o manca? È tema di dibattito – su profili così delicati, come quelli bioetici, che incidono sui diritti fondamentali.

La Convenzione è *una* chiave di lettura di dove l'Europa, in senso lato, vuole andare ed in quali valori, prima ancora che principi giuridici, vuole riconoscersi su questioni così esiziali. La lettura del libro offre un'occasione di studio della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina e ha l'indubbio merito di offrire

⁹⁰ G. CATALDI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, cit., 267 ss.

una prospettiva generale di analisi del già ricco contenuto della stessa, senza sottrarsi dal richiamare anche lo scenario in cui la convenzione di Oviedo si inquadra.

Così, a sintesi generalissima, vengono indagati dall'Autore dapprima i rapporti, da un lato, tra scienze della vita e diritto e, dall'altro, tra diritti umani e bioetica. Poi si affrontano i principi, e connessi valori, di autodeterminazione, riservatezza, non discriminazione alla luce della Convenzione; i rapporti della Convenzione stessa con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e la sua funzione di "ausilio interpretativo", alla luce di un'importante casistica giurisprudenziale, nonché il rapporto tra convenzione e diritto globale e il rapporto tra bioetica europea e nordamericana. C'è già tantissimo materiale di riflessione.

I "contesti settoriali" della Convenzione poi affrontano i punti nodali della bioetica: ricerca sull'essere umano e quindi ricerca e consenso sia sui soggetti capaci di intendere e di volere sia sull'incapace; ricerca nei Paesi in via di sviluppo.

Sulla ricerca sull'embrione umano, si parte dall'articolo 18 della Convenzione e si affrontano i temi del rapporto con le politiche dell'Unione, con la legislazione dei principali Paesi europei con riferimento a *status* dell'embrione, libertà di ricerca e possibilità di diagnosi sul-

l'embrione, ricerca scientifica ed embrioni in vitro⁹¹.

La disciplina normativa della bioetica – e dunque biogiuridica – posta dalla Convenzione europea di Oviedo sulla biomedicina è riprova importante, per la delicatezza dell'osservatorio, dell'odierna esistenza di un sistema policentrico delle fonti, di un *multilevel constitutionalism*, che riguarda anche le più scivolose questioni delle bioetiche. Un costituzionalismo multilivello, in cui non solo i testi normativi ma anche la giurisprudenza, resa nella rete delle Corti nazionali e sovranazionali giocano positivamente e ineludibilmente un ruolo fondamentale.

Un sistema, in cui la bioetica, è stato rilevato, può rivestire un ruolo straordinario nella "costruzione morale" dell'Europa. E di tale costruzione, molto di più di quella economica, si

⁹¹ L'impressione che si ricava dalla lettura del volume è sicuramente quella di una ricchezza di informazioni, che passano attraverso il prisma dell'uso del metodo e delle categorie del diritto internazionale, in una prosa molto chiara e lineare, che facilita il costante perseguimento e raggiungimento dell'obiettivo di sistemazione razionale e semplificatrice di una materia ampia e non semplice. Il testo ha proprio il maggiore pregio nell'offrire una panoramica chiara dei temi della Convenzione, e di metodo e dei contenuti, che sono tanti e "pesanti", rispetto al potenziale addebito di non venire approfondito analiticamente ogni profilo, pure individuato. In sede di presentazione del volume, occorre però fare necessariamente delle scelte relative alle considerazioni che si intende svolgere.

avverte il maggiore bisogno rispetto ad un processo, che se pure ha perso l'originaria "ragione mercantile", non ha ancora acquisito un'"anima politica".

Lo sforzo del Consiglio d'Europa, che viene sottolineato dall'Autore già nell'introduzione, è per una "bioetica comune europea". Il problema fondamentale è teso a comprendere quale significato e soprattutto quale contenuto possa avere una "bioetica comune" che, per essere tale, dovrebbe riuscire a coniugare, almeno sull'impianto valoriale di base, la bioetica europeo-continentale e la bioetica d'oltre manica, che invece sembrano talora rispondere anche a logiche valoriali distanti.

Nel Regno Unito, ad esempio, in tema di ricerca e sperimentazione, si valuta "la Convenzione come uno strumento nemico della ricerca scientifica", come si ricostruisce anche nel libro, anzi evidenziando le differenze tra l'area anglosassone, quella "latina" con distinzioni, anche al proprio interno, e quella germanica.

Il fatto è che, come hanno rilevato Noelle Lenoir⁹² e Bertrand Mathieu⁹³, "il diritto internazionale della bioetica, di per sé, supera i rapporti interstatuali, poiché i suoi principi sono

⁹² Consigliere costituzionale e bioeticista francese.

⁹³ Costituzionalista, componente della commissione che ha riscritto la Costituzione della V Repubblica.

concepiti come rivolti a contribuire all'emancipazione degli individui, garantendo il rispetto fondamentale della persona umana, i suoi diritti, la sua dignità"⁹⁴.

Il diritto internazionale e, soprattutto, un diritto, a qualunque livello, europeo della bioetica vanno declinati come espressione di una visione condivisa di dignità dell'uomo. Sicché gli autori francesi, forse un po' enfaticamente, ma in modo significativo, evidenziano come nel rapporto fra bioetica e diritto internazionale si sostanzi quell'evoluzione della "costruzione morale" dell'Europa, che sopra si richiamava.

In definitiva, come sottolinea Pavone, nel passaggio dalla bioetica, "base ideologica della biopolitica", al biodiritto la prospettiva iniziale non può non essere quella della "dignità umana", il cui richiamo apre significativamente il volume.

La dignità umana è una "nozione antica della filosofia e della religione", scrive l'Autore; è "nucleo assiologico primigenio" scrisse Baldassarre. È, in definitiva, il vero crocevia del diritto e dell'etica, che certo non sono monadi: la regola etica attraverso il prisma della politica ha capacità di tradursi in diritto. Anche se, come la Corte costituzionale ha affermato in maniera

⁹⁴ N. LENOIR, B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Puf, Paris 1998, II ed. 2004, 5 s.

paradigmatica – in una delle prime decisioni che riguardava il limite del buon costume – “la legge morale vive *nella coscienza individuale*”; nell’*“in me”* kantiano della critica della ragione pratica sembra quasi sottintendere la Corte. Sotto tale profilo vi è un primato della politica e del diritto, che segnano *in concreto* proprio il processo e i futuri contenuti di questo “precipitare” etico.

Peraltro, la scelta dell’atto con cui regolare e del relativo procedimento, della forma delle decisioni in ambito bioetico riveste importanza nodale quasi quanto il contenuto stesso delle decisioni.

La chiave di contatto tra queste due sfere, diritto ed etica, nel cui dibattito bioetico e bio-giuridico, la dignità umana è protagonista, sono i valori.

La Convenzione di Oviedo è intrisa di valori, non in quanto tali, ma in quanto *sussunti* in quell’ordinamento a guisa di *principi*, di *diritti fondamentali*, sia come, seguendo l’ordine di impostazione del volume, *individuali*, quali l’auto-determinazione, la riservatezza, il principio di non discriminazione, sia *collettivi*, quali in particolare, il diritto all’equo accesso ai servizi sanitari primari, il diritto alla qualità del servizio offerto, che peraltro costituiscono l’altra faccia della non discriminazione.

Su questo piano valoriale e di principi, e dei connessi corollari, la Convenzione rappresenta un buon modello di riferimento.

Le fondamentali norme convenzionali, ai quali Oviedo si ispira, sono di grande significato e portata. Riguardano profili, quali il rispetto della dignità umana e una serie di corollari e specificazioni della stessa, la tutela dell'autonomia e della libertà della persona, la protezione dell'integrità dell'individuo; le responsabilità pubbliche nell'esercizio delle scienze biomediche; il divieto di ogni forma di discriminazione. Soprattutto il primato dell'uomo, rispetto alla società, alla scienza e alla ricerca.

Tutti gli elencati principi trovano mezzi concreti di tutela dell'integrità della persona, attraverso appositi istituti giuridici, quali quello fondamentale del "consenso" in ogni atto medico; la tutela dei dati sanitari; alcuni divieti, come quello di ogni utilizzazione commerciale del corpo umano, di manipolazione genetica non terapeutica, o ancora il divieto di produrre embrioni umani a scopo di ricerca, o il successivo divieto di clonazione dell'essere umano, nel protocollo aggiuntivo.

Il tema di fondo, al di là degli importantissimi contenuti qui brevemente ricordati ed indagati analiticamente nel libro, che la convenzione di Oviedo pone, riguarda anche le fonti del bio-diritto e le relative scelte. Allocare la fonte di disciplina a livello internazionale e sovranazionale è strumento di ritrovamento di una "bioetica comune".

Nella stessa fonte convenzionale europea, comunque, si pongono, gli interrogativi più complicati sulle fonti della bioetica⁹⁵. Sul piano del *quando*, ad esempio, il "riesame periodico della convenzione" costituisce un'ottima risposta alla rilevata situazione paradossale della bioetica, scaturente dal fatto, come rileva l'autore, che "quanto più fortemente si sente l'urgenza di disciplinare i temi, tanto più emerge e si acutizza il divario tra l'accelerazione incalzante del progresso tecno-scientifico e la lentezza nella elaborazione di una risposta".

La Convenzione di Oviedo si confronta con tutti questi fondamentali interrogativi, come dimostra proprio la stessa difficoltà di raggiungere consenso unanime sulle più delicate questioni relative alla vita, nei suoi stadi iniziale e finale, o la constatazione di non potere affrontare tutte le questioni, alcune delle quali si preferisce lasciarle fuori, in particolare l'eutanasia.

Su *come* e *cosa* disciplinare, la risposta che

⁹⁵ Sopra esaminati, il *chi*, a quale livello normativo spetta disciplinare; il *come*, attraverso quali strumenti, *rectius* procedimenti, e attraverso quale tipo di norme sotto il profilo del dettaglio della regola o del divieto; ma anche il *quando* occorre disciplinare, considerandosi matura la società per una regolazione e l'opportunità della stessa rispetto ad un progresso medico scientifico in rapido sviluppo, che rischia di fare invecchiare presto cattive regolazioni; e soprattutto il *se* e *cosa* occorre disciplinare, considerando anche i limiti, ma anche i vantaggi dell'opzione zero, non regolatoria.

sul punto offre la Convenzione è la risposta che in generale hanno dato i Costituenti negli ordinamenti democratici e pluralisti scrivendo le Costituzioni del II dopoguerra. La risposta è il compromesso: trovare accordo sui valori il più possibile condivisi, e il rinvio al legislatore – nel caso della convenzione il legislatore nazionale –, per non comprimere gli spazi di attuazione.

In tema di bioetica – pur nelle logiche distanti, e per ragioni diverse, nel diritto convenzionale internazionale, in cui occorre raggiungere il consenso degli Stati partecipanti, e nel diritto costituzionale – la logica maggioritaria è insufficiente e soprattutto controproducente.

Le fazioni politiche, o gli Stati negli accordi internazionali, non devono cercare di vincere, ma di convincere; e se questo non avviene, la soluzione di compromesso, di temperamento delle diverse visioni, è la migliore possibile. Altrimenti meglio proprio non regolare.

Rodotà esprime benissimo questo concetto quando ricorda come “la mancanza di valori condivisi non possa essere sostituita da «un’etica dei più», imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie”⁹⁶.

La “costruzione del *consenso valoriale*”, di

⁹⁶ S. RODOTÀ, riportato da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, 156.

cui scrive Giustiniani⁹⁷, è la prospettiva migliore del regolare la bioetica e se questo è arduo, a livello nazionale, lo è ancor di più a livello sovranazionale e internazionale, soprattutto quando le legislazioni dei singoli Paesi sono anche molto distanti nel disciplinare le principali questioni della fine e dell’inizio vita.

La ricerca del compromesso “alto” per raggiungere un consenso, che è anche valoriale, su di un comune denominatore, è presente nella Convenzione, a mero titolo esemplificativo, nell’affermazione della “protezione *adeguata* all’embrione” in caso di ricerca; nell’adozione dell’espressione “essere umano”, intesa nel senso più largo ma senza la necessità di includere – nel testo – una precisa definizione di “essere umano”, evitando così di precisare se la Convenzione si riferisse all’essere umano solamente dopo la nascita, o anche prima⁹⁸.

Non mancano “incertezze”. Così, a titolo di esempio, l’articolo 12, in tema di “Test genetici predittivi”, secondo il quale “[n]on si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il sog-

⁹⁷ P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di P. Favo, A. Staglianò, Esi, Napoli 2008, 122 ss., spec. 129.

⁹⁸ Ad evitare di volere fornire elementi circa la questione relativa al concetto di “persona” riferito all’embrione ed alle inevitabili, connesse polemiche.

getto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e sotto riserva di una consulenza genetica appropriata", ha bisogno della specificazione chiarificatrice del par. 83 del Rapporto esplicativo della Convenzione, per cui "[l]articolo 12, di per sé, non prevede alcun limite al diritto di eseguire test diagnostici su un embrione per stabilire se è portatore di caratteri ereditari che comporteranno una malattia grave per il bambino che dovrà nascere".

È questa una prospettiva in definitiva corretta e, soprattutto, pragmatica. Anche perché il vero punto nodale, al di là del pur importante profilo definitorio non solo sotto il profilo speculativo, non è tanto riconoscere i diritti dell'embrione, quanto rifiutare discipline assolutizzanti di un tale supposto diritto o, meglio, interesse. Come se il riconoscimento dello stesso non ammettesse limitazioni e non abbisognasse di necessari ragionevoli bilanciamenti.

Il giudice delle leggi italiano ha sempre riconosciuto la garanzia costituzionale del concepito non solo quale interesse degno di tutela, ma anche quale diritto a proseguire il proprio processo di vita umana. Ma, come visto, non per questo ha negato legittimità costituzionale alla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza

o non è intervenuto, più volte, pur affermando il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione, a ridisegnare la legge sulla procreazione medicalmente assistita censurando gli aspetti irragionevoli di bilanciamento.

Oviedo nel complesso adempie un tale obbligo di ragionevole bilanciamento nella ricerca del consenso sui valori di fondo; ricorrendo, quale valvola di sicurezza, anche agli *standard* minimi di tutela della persona nell'articolo 27: "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione sarà interpretata come limitante o recante pregiudizio alla facoltà di ciascuna Parte di accordare una tutela più estesa a riguardo delle applicazioni della biologia e della medicina rispetto a quelle previste dalla presente Convenzione". Certo, dal punto di vista applicativo, non è affatto detto che tale clausola sia di facile applicazione.

Il "consenso valoriale" viene ricercato in Oviedo mediante "confronto" e "mediazione". D'altro canto, si è cercato di trovare accordo su questioni complesse tra Paesi di cultura, non solo giuridica, difforme.

Tale metodo ha consentito di adottare il testo della Convenzione, in cui attraverso il ricordato principio della dignità si giunge sia a garantire la libertà dell'individuo, esaltata mediante il necessario "consenso", sia ad andare oltre, trascendendo la volontà dell'individuo

stesso, nell'individuazione di precisi limiti all'esercizio della libertà. Il tema è sempre quello di individuare gli ambiti del ragionevole bilanciamento che il legislatore è chiamato ad effettuare nelle proprie scelte con *altre* libertà, diritti e interessi costituzionalmente protetti. I diritti non sono mai degli assoluti: la libertà trova sempre limite nel diritto altrui⁹⁹.

La richiamata dottrina francese ha chiaro ciò, quando ne evidenzia precisi i termini, a titolo esemplificativo, rispetto alle singole restrizioni nell'esercizio di libertà: "restrizione della libertà del proprio corpo in caso di vendita del proprio corpo; restrizione della libertà della prescrizione medica mediante la limitazione e le possibilità di accesso a prestazioni come diagnosi tendenti a determinare il sesso del futuro bambino; restrizioni alla libertà della ricerca derivanti dall'interdizione o dai limiti apportati alle sperimentazioni sull'embrione umano. La libertà non vede dunque limitato il suo campo esclusivamente dall'imperativo di non nuocere alla libertà altrui; essa può venire a conflitto con le esigenze del rispetto della persona", con conseguenti limiti e divieti¹⁰⁰.

In conclusione, è indubbio, anche alla luce

⁹⁹ Secondo l'insegnamento di Stuart Mill.

¹⁰⁰ N. LENOIR, B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, cit., 16.

delle letture divergenti che sono state offerte sulla Convenzione di Oviedo, che la convenzione, o meglio il contenuto normativo delle disposizioni convenzionali si caratterizza per un certo margine di "apertura" a diverse letture. Ma una dose di incertezza costituisce forse aspetto quasi ineliminabile nella disciplina di questioni dal forte significato etico, in ogni ordinamento che elabori una bioetica realmente pluralista, che esprima per quanto possibile, come ricordato, la massima di Spinoza, del *nihil detestare omnia comprehendere*.

Una qualche incertezza, connessa all'esigenza di consentire applicazioni flessibili della norma, sia nella giurisprudenza sia prima ancora nella concreta pratica medica, in certo qual modo, costituisce, d'altro canto, il principale antidoto di ogni visione assolutizzante.

7. SALUTE, AMBIENTE E CONFLITTI ARMATI: PROFILI COSTITUZIONALI DELLA GUERRA.

La scelta degli organizzatori di analizzare le tematiche oggetto della giornata seminariale dal punto di vista dell'ordinamento costituzionale, dopo gli interventi degli esperti di diritto militare e internazionale, filosofi, sociologi, psicologi nonché medici e dirigenti della Protezione civile e della Croce Rossa si è dimostrata, a mio modesto avviso, nei fatti una scelta appropriata.

La Costituzione, infatti, è in primo luogo *koinè* culturale: è il dato identitario che tutti accomuna, nel pluralismo delle idee e delle convinzioni, a generare una Costituzione e a segnare le ragioni del proprio successo e della propria perdurante vitalità. Ora, nei diversi interventi sono costantemente emersi principi e valori, nella pluralità delle prospettive e degli osservatori – che erano in realtà presenti nel pensiero dei Padri Costituenti e che sono stati trasfusi nel testo costituzionale, sin dai suoi principi fondamentali.

I diversi relatori infatti hanno testimoniato tale intrinseca natura del testo costituzionale, richiamando nelle diverse relazioni quei valori, che sono anche principi giuridici del nostro ordina-

mento costituzionale, quali il rispetto della persona umana e della sua pari dignità sociale; la vita, che è un diritto non esplicito in Costituzione, ma certamente emergente in via ermeneutica dall'insieme delle disposizioni costituzionali, in quanto in realtà costituisce preconditione per l'esercizio di ogni diritto fondamentale; la salute come diritto fondamentale e, al contempo, diritto sociale di prestazione, pretensivo nei confronti dei pubblici poteri; l'ambiente come bene supremo da proteggere e da promuovere nel rispetto dei principi dello sviluppo sostenibile e di tutela delle generazioni future; infine, la stessa democrazia, principio supremo che informa nell'ordinamento costituzionale lo "spirito" stesso delle stesse Forze armate, ove ovviamente pure maggiore, rispetto ad altre amministrazioni, è lo spazio dei poteri di ordine, gerarchia e di obbedienza.

Come richiesto, intendo qui delineare il quadro di riferimento di quella che possiamo definire la "Costituzione militare"¹⁰¹, ovvero sia le disposizioni costituzionali dedicate alla guerra, contenenti le norme che, a garanzia dell'ordinamento, forniscono regole e procedimenti istituzionali anche nella situazione di estremo, grave pericolo derivante dalla massima, ipotizzabile emergenza, qual è la guerra.

¹⁰¹ Un po' sulla falsariga del ricorso all'espressione di "Costituzione amministrativa" da parte di Vittorio Bachelet.

Certo, occorre poi porsi il fondamentale problema di scenario, che molto impegna la dottrina e, con qualche strumentalizzazione, la stessa politica, di quando si possa, e si debba, ai sensi della Costituzione, parlare di guerra, con le conseguenze che la Costituzione lega a tale stato. Di quando sia legittimo, e costituzionalmente consentito, e di quando invece sia precluso il ricorso all'invio di forse armate all'estero. Occorre, al riguardo, sempre considerare che in un certo qual senso "le disposizioni costituzionali che evocano la guerra vanno intese come clausole in bianco", con riferimento al diritto internazionale ed ai relativi obblighi¹⁰².

Nei discorsi della politica si sono talvolta qualificati come "guerra" il ricorso a interventi armati all'estero, di recente anche contro il cosiddetto terrorismo internazionale. Eppure, dal punto di vista che qui si considera, la Costituzione è chiarissima: se configurassero "guerra" tali interventi, occorrerebbe, ai sensi dell'articolo 78, la deliberazione del relativo stato da parte delle Camere. Di qui, ad esempio, i contrasti politici insorti in occasione della partecipazione italiana all'azione in Afganistan, o ancor prima per l'intervento in Kosovo.

Punto di partenza è che non solo le diverse

¹⁰² G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna 2004, 71.

disposizioni costituzionali che direttamente o indirettamente fanno riferimento alla guerra valgono ad individuare la cosiddetta “Costituzione militare”, ma dall’intero ordito costituzionale, a partire, soprattutto, dai suoi principi supremi, trae fondamento la “Costituzione militare”, con cui deve confrontarsi in termini di conformità/compatibilità l’ordinamento militare e il diritto penale militare di guerra e di pace.

Rispetto a tali ordinamenti e legislazioni si presentano molteplici e intensi profili di tensione con la Carta costituzionale ed i suoi principi, non tutti risolti e non tutti risolti in maniera univoca.

Allora, definiamo, dapprima, sia pure per “immagini” sintetiche il quadro costituzionale per poi analizzare alcuni casi più complessi del confronto tra legislazione militare e parametro costituzionale, che riguarda in particolare l’intervento sul territorio nazionale o su sue parti.

È chiaro che i principi supremi e i valori fondamentali della Costituzione, su cui non è possibile che fare cenni generalissimi, sono per loro natura in grado di informare l’intero ordinamento giuridico generale e, dunque, anche gli ordinamenti particolari, quale quello militare e la legislazione di guerra.

Il punto di partenza di riflessione non può che essere l’articolo 11 della Costituzione, che esprime un principio fondamentale, assai spesso

richiamato. Sia il richiamo alle possibili limitazioni della sovranità nazionale sia la pace ed il principio del “ripudio della guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali”¹⁰³ assumono, almeno intuitivamente, un significato chiaro che fonda le radici nel periodo storico della Costituente, all’indomani della sconfitta nel II conflitto mondiale¹⁰⁴.

Tale disposizione, pur nella trasparenza del principio di conformità a Costituzione della sola guerra difensiva e del rifiuto di ogni “guerra offensiva” – o, meglio, di conquista – si presta a diverse opzioni interpretative¹⁰⁵, che appaiono talora fortemente influenzate dalla “chiave” ideologica di lettura della disposizione, come dimostrano le diverse posizioni proposte anche in dottrina sulle vicende relative agli interventi ar-

¹⁰³ V. *amplius* L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace. Tra decisioni dell'apparato e partecipazione popolare*, Liguori, Napoli 1990, *passim*.

¹⁰⁴ In Germania, il ripudio nella Legge fondamentale è probabilmente ancor più radicale e si è riflesso a lungo nell'ordinamento e competenze delle Forze armate.

¹⁰⁵ Così per G. FERRARI, *Guerra (stato di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 832 “non sembra che l'unica ipotesi di guerra difensiva sia quella iniziata da altro Stato contro l'Italia ... [che] ripudia la guerra come strumento di offesa alla «libertà» degli altri popoli... La nostra Costituzione prevede altri *casus belli* all'infuori di quello di una guerra materialmente iniziata da altro Stato”.

mati all'Estero di *keep peacing* o di cosiddetta polizia internazionale.

Quel che si può di certo rilevare, negli interventi armati anche quando vengono giustificati per “finalità umanitarie”, è che ci troviamo di fronte a situazioni profondamente diverse, sia sotto il profilo del diritto internazionale sia sotto il profilo del diritto interno, a seconda che vi sia da parte delle Nazioni Unite un'esplicita delibera sul ricorso alla forza, o che questa manchi¹⁰⁶.

Altro caposaldo della Costituzione repubblicana è rappresentato dall'articolo 27 comma 4 con il divieto di ricorso alla pena di morte¹⁰⁷. Il divieto generale della pena di morte trae radice specifica, oltre che nei valori della vita e del rispetto della persona umana, nella finalità rieducativa della pena, che la morte per definizione rende impossibile. Con una legge all'avanguardia e facendoci al contempo promotori di molteplici iniziative a livello internazionale per il bando della pena di morte, l'Italia, come noto, ha abrogato la previsione di tale pena anche nei codici militari penali di guerra con la legge 589/1994. Con la legge costituzionale n. 1/2007, poi, come noto, si è final-

¹⁰⁶ V. *amplius* P. PICONE, *La “guerra del Kosovo” e il diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. internaz.*, n. 2, 2000, 309 ss. Non è del tutto pacifico se si sia formata una consuetudine internazionale in materia oppure no.

¹⁰⁷ C. AMIRANTE, F. RUBINO, *Diritti umani e pena di morte: una riflessione preliminare*, in *Critica del diritto*, 2001, 2.

mente espunto dal testo costituzionale il riferimento ad una qualche possibilità di ricorso alla pena di morte, sopprimendosi “se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”.

L'articolo 52 dichiara “sacro dovere del cittadino” la difesa della Patria. Patria va qui certamente intesa non solo come integrità del territorio e dei confini, ma anche e soprattutto dei comuni valori democratici. La tutela di questi valori è “sacra” non nel senso religioso del termine, ma nel senso che, in questo caso, nella guerra ma anche nella più generale politica di sicurezza nazionale, si “deve” essere pronti a sacrificare la stessa vita, bene costituzionale supremo.

Le esigenze della guerra hanno condotto i Costituenti ancora a riconoscere in Costituzione la giurisdizione speciale penale dei Tribunali militari, ai sensi dell'articolo 103, comma 3 della Costituzione, e a prevedere anche qui una “deroga” alle ordinarie garanzie costituzionali, stabilendo che contro le sentenze pronunciate dai Tribunali militari in tempo di guerra non è possibile promuovere ricorso in Cassazione, come per tutti gli altri provvedimenti sulla libertà personale. Così, come è prevista la possibilità per i militari di carriera in servizio attivo di imporre per legge limitazioni all'iscrizione ai partiti politici¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Articolo 98, comma 3 della Costituzione.

Il nucleo della “Costituzione di guerra” va individuato senz’altro nell’articolo 78: “Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari”.

La portata normativa di tale disposizione comporta, in primo luogo, che, in forza del principio democratico e rappresentativo, la decisione di entrare in guerra viene in ogni caso attribuita alle assemblee parlamentari. Di qui peraltro nel passato la discussione sulla forma di tale atto, non parlandosi in Costituzione di “legge”.

Chiaramente, una volta deliberato lo stato di guerra, la gestione della guerra viene rimessa al Governo, che sarà pur sempre politicamente responsabile di fronte alle Camere. Mentre la dichiarazione di guerra spetta al Presidente della Repubblica, che presiede, in funzione di garanzia più che di indirizzo, anche il Consiglio supremo di difesa¹⁰⁹.

Il governo nella gestione della guerra è titolare poi, recita la Costituzione repubblicana, dei “poteri necessari”.

Si tratta di una formula che vuole segnare una rottura rispetto ai poteri sostanzialmente pieni ai tempi dello Statuto albertino¹¹⁰.

¹⁰⁹ Articolo 87 comma 9 della Costituzione.

¹¹⁰ “Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato; comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra; fa i trattati di pace, d’alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che

I poteri di guerra del Governo, nell'ordinamento costituzionale repubblicano, per quanto straordinari sono solo quelli "necessari" a fronteggiare lo stato di guerra. Se neanche nella situazione di estrema emergenza, quale la guerra, è costituzionalmente configurabile il conferimento di pieni poteri, esiste evidentemente un chiaro, anche se implicito, divieto di conferimento di poteri "pieni" al Governo in qualsiasi altra situazione emergenziale.

Certo, manca una prassi relativa a questa fonte, che per "fortuna" non ha mai trovato applicazione. L'eventuale limitazione dei diritti costituzionali e la stessa possibilità di sospensione delle libertà costituzionali – in particolare della libertà di circolazione, di manifestazione del pensiero, di comunicazione, di informazione, ecc. – deve essere strettamente necessaria alle esigenze belliche, secondo i principi di ragionevolezza e di proporzionalità. Questo è il significato minimo da attribuire al passaggio all'espressione "poteri necessari".

Diverse sono le tesi prospettate in dottrina circa la forma di esercizio dei "poteri necessari".

Lo schema, secondo una certa posizione, potrebbe essere quello di una delega anomala

l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune" (articolo 5, Statuto albertino).

di poteri, amministrativi e legislativi, al di fuori del modello contenuto nell'articolo 76 e del suo stesso contenuto costituzionalmente necessario¹¹¹. Secondo diversa impostazione invece si hanno dei particolari decreti legge.

Naturalmente, nel primo caso, si garantisce la previa legittimazione parlamentare nella legge delega. Nel secondo caso si garantisce l'immediata possibilità del governo di intervenire e la "successiva copertura parlamentare". Diverso poi il discorso relativo ai cosiddetti bandi militari. Se il sistema delle fonti è chiuso in Costituzione a livello di norme primarie, essi non possono certo avere forza di legge.

Conseguenza dello stato di guerra è la proroga dei poteri delle Camere: il Parlamento rimane nella pienezza delle sue funzioni, a differenza del diverso istituto della *prorogatio*, che mira solo a garantire continuità dell'organo costituzionale senza aversi alcuna proroga.

In caso di guerra, si ha invece l'unico caso di proroga delle Camere previsto dai Costituenti per l'assoluta eccezionalità e gravità della situazione.

Le norme costituzionali, brevemente passate in rassegna, cercano, nei limiti dell'assoluta situazione emergenziale di carattere bellico, di

¹¹¹ Oggetto definito, tempo limitato, fissazione di criteri e principi direttivi.

delineare forme e procedimenti, poteri effettivi, ma anche garanzie idonee a contemperare le contrapposte esigenze di efficienza dell'indirizzo politico-militare con il rispetto delle garanzie costituzionali.

Con questo quadro costituzionale si confronta una normativa antecedente l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e che pone problemi di compatibilità con la stessa.

Così, a mero titolo esemplificativo, si può ricordare: l'articolo 3 della cosiddetta "legge di guerra", che prevede l'applicazione della legge di guerra in tempo di pace "se è ritenuto necessario nell'interesse dello Stato, ancorché lo Stato italiano non sia in guerra"; l'articolo 5 del codice penale militare di guerra, che prevedeva "nei casi straordinari, in cui ragioni di urgente e assoluta necessità lo richiedano può con decreto del Presidente della Repubblica ordinarsi l'applicazione, anche in tempo di pace, della legge penale militare di guerra in tutto il territorio dello Stato, o in una o più parti di esso"¹¹²; l'articolo 217 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, "Qualora sia necessario affidare all'autorità militare la tutela dell'ordine pubblico, il ministro dell'interno con l'assenso del Capo del Governo, o i prefetti, per delegazione, possono dichiarare con decreto lo stato di guerra".

¹¹² Articolo abrogato dall'articolo 2 della legge n. 42/2003.

Queste disposizioni sono accomunate dal fatto di prescindere da una situazione di guerra, almeno di guerra esterna, e di condurre ad una situazione che certa dottrina qualifica come stato di assedio.

Ora, la Costituzione non contiene norme che regolino o almeno prevedano le situazioni di pericolo pubblico, se non per quelle ragioni di sanità o di sicurezza che possono giustificare limitazioni, comunque per legge, in forza della riserva di legge fissata nell'articolo 16 della Costituzione, alla libertà di circolazione e soggiorno.

La *ratio*, che è alla base della normativa costituzionale analizzata per la guerra, si incentra pur sempre nei principi rappresentativo e democratico.

L'articolo 78 della Costituzione richiede, infatti, anche nella situazione di estrema emergenza della guerra, la deliberazione del relativo stato da parte delle Camere in cui siedono i rappresentanti della Nazione. Le ipotesi ora riportate invece prescindono da un fondamento legislativo o da una legittimazione parlamentare e dunque sembrano porsi al di là della legalità costituzionale.

Cosa succede dunque in caso di conflitti interni allo Stato, di guerre civili, di atti di terrorismo con effetti catastrofici sul territorio – pensiamo anche ad ipotesi di terrorismo nucleare o biologico – che non vengano considerati come

eventi bellici¹¹³? È possibile richiamare anche in questi casi l'articolo 78 della Costituzione?

Per alcuni è possibile configurare la sospensione delle libertà costituzionali e l'applicazione delle stesse norme richiamate in tema di conflitti interni, che sarebbero legittime, purché però ciò avvenga con la forma del decreto legge, che prevede un controllo parlamentare sia pure successivo, così non derogandosi ai principi dello Stato di diritto¹¹⁴.

È questa una soluzione, che avrebbe potuto porre dei profili problematici anche rispetto al nuovo Stato delle autonomie in recenti tentativi di riforma. Oggi, non tanto all'indomani della legge costituzionale n. 3/2001 di revisione del titolo V della Costituzione, in cui comunque resta ferma l'attribuzione alla competenza legislativa statale della materia della "sicurezza", pur significativamente rimettendo la protezione civile alla potestà legislativa concorrente; ma, in particolare, nelle prospettive, paventate da alcune forze politiche di maggioranza (Lega), di *devolution*, come relative alle stesse politiche della sicurezza. Soprattutto se si pensa poi che vi è stato chi ha paventato, in realtà senza fondamento, che la giunta regionale potesse esercitare funzioni legislative, addirittura

¹¹³ Perché non sono attacchi indiretti da parte di altri Stati: in questo caso l'ONU li considera azione bellica *tout court*.

¹¹⁴ Cfr. G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, 250 ss.

adottando decreti legge regionali. Ipotesi che invece non può che respingersi essendo le fonti primarie solo quelle previste dalla Costituzione.

In conclusione, la Costituzione non regola espressamente la condizione di estrema emergenza interna, di grave pericolo pubblico: anzi, in un primo momento, i Costituenti intendevano vietare espressamente lo stato di assedio che nel precedente regime si era prestato ad abusi.

Al riguardo, la revisione costituzionale è sempre per un costituzionalista *l'extrema ratio*. Occorre oggi però riflettere serenamente se i tempi siano maturi per percorrere proprio la strada della revisione della Costituzione, che vada a prevedere in forme legali, che non prescindano dal principio del primato del Parlamento, le necessarie risposte, che possano portare sino alla sospensione della stessa Costituzione, nel caso in cui sia in pericolo la sopravvivenza stessa dello Stato democratico.

L'alternativa all'introduzione di tale revisione e regolamentazione costituzionale, che garantisca il necessario rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nel ricorso a tali soluzioni davvero eccezionali, è quella di lasciare in sostanza tutta la materia alle fonti *extra ordinem*, non legali, alla necessità come fonte del diritto, tema classico e "scivoloso", con tutti i pericoli per la tenuta democratica del Paese, nella situazione della più grave emergenza, che la storia si spera non voglia mai riservarci.

NOTA BIBLIOGRAFICA

S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, su *forumcostituzionale.it*, 19 settembre 2009.

C. AMIRANTE, F. RUBINO, *Diritti umani e pena di morte: una riflessione preliminare*, in *Critica del diritto*, 2001, 2

L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, Quaderni Iustitia, n. 5, Giuffrè, Milano 2012, 11 ss.

U. ALLEGRETTI, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006.

R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, su *associazionedeicostituzionalisti.it*

R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, su *atrid-online.it*.

Bioetica e diritti dell'uomo, a cura di L. Chieffi, Paravia – Bruno Mondadori, Torino 2000.

N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958.

P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 2000.

P. BORSSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2009.

G. BRAIBANT, *Pour une grande loi*, in *Pouvoirs*, 1991, 113 ss.

P. CARNEVALE, *Il ruolo del Parlamento e l'assetto dei rap-*

porti fra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati. *Riflessioni alla luce della prassi seguita in occasione delle crisi internazionali del Golfo Persico, Kosovo, e Afghanistan*, in *Dir. società*, n. 1, 2003, 103 ss.

C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, su forumcostituzionale.it.

C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 39 ss.

C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in forumcostituzionale.it, 2005.

C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2009.

G. CATALDI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit.

L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit.

L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace. Tra decisioni dell'apparato e partecipazione popolare*, Napoli, Liguori 1990.

F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011.

A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Pol. Dir.*, n. 4/1998, 601 ss.

A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, in *Biotecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005.

M. D'AMICO, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *Nascere e morire: quando decido io?*, a cura di G. Baldini, M. Soldano, Firenze University Press, Firenze 2011, 127 ss.

L. D'AVACK, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Cane-

- strari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2010.
- L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A.: verso la tutela dei diritti della madre*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2009, 1021 ss.
- E. DENNINGER, *La tutela dell'embrione e la dignità dell'uomo. O: dei limiti della forza normativa della Costituzione*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Giappichelli, Torino 2004, 21 ss.
- G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna 2004.
- M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Studi e ricerche Astrid, Passigli, Firenze 2010.
- R. DICKMANN, *L'approvazione parlamentare dell'impiego dello strumento militare. L'esperienza delle operazioni internazionali di pace*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 21 ss.
- G. DI COSIMO, *Costituzione e coscienza. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano 2006.
- Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Giappichelli, Torino 2004.
- G. FERRARI, *Guerra (stato di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, *ad vocem*.
- V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita: le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Donzelli, Roma 2005.
- A. GIARDINA, *Art. 78*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna – Roma 1979, 94 ss.
- P. GIUSTINIANI, *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di P. Favo, A. Staglianò, Esi, Napoli 2008, 122 ss.
- P. GIUSTINIANI, *Sulla procreazione assistita*, Esi, Napoli 2005.

- P. G. GRASSO, *Guerra II) Disciplina costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989.
- S. KIERKEGAARD, *La malattia per la morte*, a cura di E. Rocca, Donzelli, Roma 2011.
- La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto, N. Zanon, Franco Angeli, Milano, 2004.
- La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di E. Camassa, C. Casonato, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Quaderno n. 47, Trento 2005.
- N. LENOIR, B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Puf, Paris 1998, II ed. 2004.
- S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, Convegno su *La comunità familiare e le scelte di fine vita*, Subiaco, 3-5 luglio 2009, su forumcostituzionale.it.
- F. MANTOVANI, *Autodeterminazione e diritto penale*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, Quaderni Iustitia, n. 5, Giuffrè, Milano 2012, 125 ss.
- F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995.
- G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, *ad vocem*.
- Nascere e morire: quando decido io?*, a cura di G. Baldini, M. Soldano, Firenze University Press, Firenze 2011.
- A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit.
- A. PATRONI GRIFFI, *Le direttive anticipate: brevi note*, in *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, a cura di R. Prodrorno, Giappichelli, Torino 2005, 229 ss.
- A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, relazione al convegno *Quale statuto per l'embrione?*, Napoli, Università degli Studi Federico II – Aula Pessina, 1 giugno, 2005, su forumcostituzionale.it, 9 giugno 2005.

- I. R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Giuffrè, Milano 2009.
- Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi, P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010.
- B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cittadinanza, Corti, salute*, a cura di R. Balduzzi, Cedam, Padova 2007, 211 ss.
- B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in *Diritto alla salute e diritto alla "vita buona" al confine tra il vivere e il morire*, a cura di E. Stradella, Plus Edizioni, Pisa 2011, 169 ss.
- P. PICONE, *La "guerra del Kosovo" e il diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. internaz.*, n. 2, 2000, 309 ss.
- P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano 1988.
- F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008.
- Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, a cura di R. Prodromo, Giappichelli, Torino 2005.
- V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica, deontologia medica*, Cedam, Padova 2009.
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.
- R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2009, 91 ss.
- N. RONZITTI (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2000.
- M. N. ROTHBARD, *Diritto, natura e ragione*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2005
- A. SANTOSUOSSO, *I giudici e bioetica: bozza di un progetto di formazione*, in *Pol. dir.*, 3, 1999.

- M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari in caso di guerra*, Jovene, Napoli 1969.
- A. SPADARO, *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2005, 71 ss.
- Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Società & diritto n. 1/2006, il Sole 24 Ore.
- G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2004, 411 ss.
- N. TODESCHINI, *Dal consenso firmato al consenso informato*, su personaedanno.it, 30 maggio 2010.
- P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Esi, Napoli 2007.
- A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino 2007.
- C. VENDITTI, *Sulle direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Dir. Giur.*, 2007, 181 ss.
- P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007.
- M. WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Einaudi, Torino 2004.

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI OTTOBRE MMXII
NELLO STABILIMENTO «ARTE TIPOGRAFICA» S.A.S.
S. BIAGIO DEI LIBRAI - NAPOLI

