

BIOETICA

all'etica tradizionale (in merito il *Manifesto di Bioetica Lai-ca*, su «Il Sole-24 Ore», del 9 giugno 1996, e sottoscritto tra gli altri da Flamigni, Massarenti, Mori e Petroni. Gli autori del *Manifesto* che, nel rifarsi agli insegnamenti di Scarpelli, Engelhardt jr., Hare, precisano che per «laica si intende un'etica non dogmatica, e non necessariamente antireligiosa», si dichiarano contrari al determinismo di tipo religioso e si preoccupano di sottolineare che il nucleo centrale di questa area di riflessione è dato dal «pluralismo di valori, ugualmente ultimativi e ugualmente legittimi, a cui si accompagna il pluralismo dei gruppi e degli individui che ne sono portatori»), per l'impegno che occorre nel ridare attualità a principi quali la tolleranza, la giustizia, l'autonomia, gli unici, d'altra parte in grado di far convivere le tante visioni che compongono le società pluraliste, spetta il non facile lavoro di ricercare soluzioni a questo genere di controversie. Naturalmente, il carattere delle questioni è tale da offrire più di un motivo di interesse al giurista, per il quale il tema della regolamentazione della materia si converte in quello ben più complesso della definizione giuridica dei modelli bioetici che coinvolge i valori fondati di un ordinamento (in proposito BUSNELLI, F.D., *Opzioni e principi per una disciplina normativa delle biotecnologie avanzate*, Riv. crit. dir. priv., 1991, 283 ss.; ID., *Diritti umani e civiltà giuridica. Riflessioni di un cívista*, in Rass. dir. civ., 1991, 248 ss.).

1.2. - Opzioni etiche e modelli giuridici. - Il ricorso allo strumento giuridico in bioetica è tanto più necessario quanto più frequente diventa il ricorso al termine «diritto» — diritto ad un patrimonio genetico non manipolato, diritto alla *privacy* genetica, statuto dell'embrione, ecc. — per definire la relazione che intercorre, sul piano giuridico, tra l'individuo e le innovazioni scientifiche e tecnologiche. Nonostante ciò la relazione tra il diritto e la bioetica è complessa da impostare in ragione del fatto che «i problemi bioetici si pongono in una fase critica dello stato moderno, della sua legge, della corrispondente ideologia e metodologia, il positivismo giuridico» (così SCARPELLI, U., *Bioetica: prospettive e principi fondamentali*, in [2], 20 ss., il quale osserva ancora che la bioetica, per alcuni suoi aspetti è in contrapposizione al diritto, manifestandosi come rifiuto della regola predeterminata). Questo atteggiamento di sfiducia verso le categorie tradizionali si ritrova anche nelle affermazioni di quanti ritengono necessaria la formazione di una «nuova branca del diritto quasi parallela alla bioetica» (in questo senso VIOLANTE, L., *Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana*, in [1], 259 ss.; per un significato diverso del biodiritto D'AGOSTINO, F., *Il fondamento giuridico della bioetica*, in [5], 533 ss.; per una accezione ancora diversa del termine LABRUSSE-RIOU, C., *Les implications juridiques de la bioéthique*, in Rev. trim. dr. publ., 1990, 364 ss.) per governare i processi di trasformazione posti in essere con le biotecnologie. Secondo questo orientamento, le incertezze dei giuristi, e principalmente del legislatore, nel rispondere all'appello della bioetica, dimostrano che ci si trova di fronte ad un «problema di competenza» non «essendo ancora sufficientemente chiaro a quale titolo e in base a quali criteri il diritto sia legittimato a intervenire nella specificità della questione bioetica» (così D'AGOSTINO, F., *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in *Transizione*, 1989, 13-14, 289 ss.). Sempre secondo tale impostazione, la grave crisi che sta attraversando la cultura giuridica del nostro tempo sembra dipendere, almeno in parte, dalla difficoltà di intendere in modo univoco se stessa e dalla quale deriva la mancanza di un criterio sicuro che le consenta di raccordare il discorso giuridico a quello etico. Nella prospettiva del biodiritto, il paradigma giuridico che più di ogni altro «potrebbe rendere ragione sia dello specifico dell'esperienza giuridica come esperienza umana di rapporto, che della

tendenza assolutamente tipica del nostro tempo, a vedere nel giurista colui che più di ogni altro è chiamato ... a difendere i diritti umani» (D'AGOSTINO, F., in [5], 533 ss.) è quello di relazione. Ma se l'assunzione dei diritti biologici nell'alveo dei diritti umani ha il grande merito di ridurre la conflittualità delle interpretazioni dei diritti storicamente determinate, ciò comporta, in primo luogo, che il diritto per confrontarsi con la bioetica deve essere ancorato alla verità dell'uomo, che per quanto ardua a teorizzarsi è l'unica realtà comune a tutti gli uomini, e inoltre che esso è strumento per porre in essere principi che appartengono al piano della legge di natura.

Il ricorso alla legge naturale per creare i presupposti dell'intervento del diritto in bioetica, e per realizzare quindi la tutela dei diritti, è ancora più evidente nei documenti della Chiesa cattolica a cominciare dall'Istruzione *Donum vitae* della Congregazione per la dottrina della fede del 22 febbraio 1987. Nell'Istruzione, nota anche come «*Documento Ratzinger*», si sostiene che dovendo l'autorità politica ispirarsi «ai principi razionali che regolano i rapporti tra legge civile e legge morale», la legge civile, pur non potendo in nessun ambito «sostituirsi alla coscienza» né «dettare norme su ciò che esula dalla sua competenza» nondimeno dovrà garantire quei diritti inalienabili della persona che «non dipendono né dai singoli individui né dai genitori e neppure rappresentano una concessione della società e dello Stato» ma «appartengono alla natura umana e sono inerenti alla persona in forza dell'atto creativo da cui ha preso origine». Da qui l'obbligo per il legislatore di tutelare la vita umana imponendo sanzioni penali per l'interruzione volontaria della gravidanza nonché per ogni forma di sperimentazione su embrioni, o di procreazione artificiale o maternità surrogata. Altrettanto impegnativi gli obblighi del legislatore nei confronti della comunità scientifica, che vengono indicati nell'Istruzione: «Il riferimento alla coscienza di ciascuno e all'autoregolamentazione dei ricercatori non può essere sufficiente per il rispetto dei diritti personali e dell'ordine pubblico. Se il legislatore, responsabile del bene comune, mancasse di vigilare, potrebbe venire espropriato delle sue prerogative da parte dei ricercatori che pretendessero di governare l'umanità in nome delle scoperte biologiche e dei presunti processi di 'miglioramento' che ne deriverebbero» (Istruzione *Donum vitae*, in Civ. catt., 1987, 561 ss.; per un commento del documento MEMETEAU, G., *Morale e legge civile*, sull'*«Osservatore romano»* del 7 maggio 1987). Ancora più netto, infine, il richiamo alla legge naturale nella recente lettera enciclica *Veritatis splendor* del 25 marzo 1995, dove, citando espressamente la *Summa Theologiae* di Tommaso, si legge che «rispetto alle altre creature la creatura razionale è soggetta in un modo più eccellente alla divina provvidenza, in quanto anche essa diventa partecipe della provvidenza, provvedendo a se stessa e agli altri: perciò si ha in essa una partecipazione della ragione eterna, grazie alla quale ha una naturale inclinazione all'atto e al fine dovuti; tale partecipazione della legge eterna nella creatura razionale è chiamata legge naturale». Il giusnaturalismo sostenuto dalla Chiesa cattolica si fonda dunque sul rapporto tra diritto naturale e legge di natura con la conseguenza di eliminare il relativismo etico delle società (in merito COTTA, S., *Diritto - Teoria generale: II - Diritto naturale*, in Enc. dir., XII, Milano, 1964, 647 ss.). Di segno completamente opposto, a quelle finora esaminate, le richieste che vengono avanzate dalla comunità scientifica che sostengono la necessità dell'autoregolamentazione chiedendo al diritto di astenersi dall'intervenire, per lasciare all'autodisciplina dei ricercatori la definizione delle regole (in merito EDWARDS, R.G., *The ethical, scientific and medical implication of human conception in vitro*, in *Modern Biological Experimentation*, Città del Vaticano, 1984; sulla libertà dei ricercatori connessa però all'etica

della responsabilità delle loro azioni le belle pagine di JONAS, H., [42], 55 e 66 ss.). La richiesta di astensione del diritto può produrre due conseguenze entrambe rilevanti per la tutela dei diritti; la prima, è l'autoassunzione del potere da parte degli organismi rappresentativi delle categorie interessate di regolamentare, tramite codici deontologici, taluni problemi: ciò è accaduto in Italia nell'aprile del 1995, quando il Consiglio nazionale dell'ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri, in sede di approvazione del nuovo codice deontologico, ha regolamentato la materia della fecondazione, prevedendo una cospicua serie di divieti per i soggetti che intendono accedere alle tecniche (sul rilievo dei codici di autodisciplina professionale in ambito bioetico RESCIGNO, P., *I criteri generali ispiratori delle proposte di legge*, in AA.VV., *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, 194 ss.); la seconda, riguarda la realizzazione di un programma di welfare genetico che mettendo a frutto «le grandi potenzialità di tipo egualitario» delle biotecnologie contribuisce a rimuovere le condizioni di diseguaglianza esistenti a livello sociale (in merito CASTIGLIONE, S., *Per un welfare genetico*, in *Biblioteca della libertà*, XXII (1987), 36 ss.; RAWLS, J., [55], 125 ss.).

Fanno leva sulla libertà della ricerca anche quelle teorie neo-utilitariste che, promuovendo la ricerca scientifica, persegono il duplice obiettivo del rispetto dell'autonomia decisionale dei soggetti, che in tal modo sono liberi di scegliere forme e modalità di accesso alle biotecnologie, e della utilità, che può derivare dalle nuove tecnologie (per una ricostruzione storica del modello utilitarista ZANUSO, F., *Utilitarismo*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1167 ss.; *Utilitarismo*, in *Dizionario di politica*, a cura PONTARA, G., *Utilitarismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, G. Pasquino e N. Matteucci, Torino, 1983, 1225 ss.; DWORAKIN, R., [31], 308 ss.; contra, RAWLS, J., [55], 36 ss.). Una versione più spregiudicata, e sempre più frequente, dell'utilitarismo ci è offerta dall'analisi economica del diritto dove il perseguimento del massimo beneficio, a cui tende l'utilitarismo, viene riguardato in termini economici, attraverso la ponderazione dei costi e benefici di ciascuna opzione: l'esistenza di valori non monetizzabili, come in genere vengono ritenuti i beni-valori della persona, è considerata un mero fattore psicologico-sociale oppure un elemento di disturbo nel raggiungimento di più razionali ed efficienti obiettivi (il rinvio è a POSNER, R., *The Economics of Justice*, London, 1981; ID., [53], 124; CALABRESI, G.-BOBBIT, P., [20]).

1.3. - La bioetica nelle democrazie pluraliste. Il modello della Costituzione italiana. - Il dipanarsi delle questioni bioetiche in seno alle moderne democrazie pluraliste pone in risalto il «politeismo dei valori» (sul punto WEBER, M., [67]), che le contraddistingue, la cui salvaguardia e realizzazione è per l'appunto affidata ad ordinamenti conformati al principio democratico e pluralista. Per esplicitare ulteriormente il ragionamento, si può aggiungere che la bioetica si configura «come un campo di problemi» aperto (in questo senso RODOTÀ, S., *Intervento*, in [25], 300 ss.; ID., *Introduzione*, in [3], XII ss.), privo di soluzioni determinate, tutte le volte in cui la prospettiva scelta per la sua valutazione, in termini di compatibilità con il diritto, è quella degli ordinamenti democratici-pluralisti poiché quest'ultimi si contraddistinguono per il pari riconoscimento attribuito alle diverse opzioni etiche presenti nei sistemi politici contemporanei; per altro verso, il modello statuale democratico pluralista, nel cui ambito trova spazio il principio di laicità (sulla connessione tra quest'ultimo principio e la connotazione democratica e pluralista di un ordinamento si v. RIMOLI, F., [60]), costituisce il luogo di sintesi delle diverse istanze ed opera affinché nessuna di esse abbbia il sopravvento sulle altre, pena l'elisione dello stesso carattere pluralista dello Stato.

Di qui la necessità di far valere la legittimazione del diritto sul terreno della bioetica non in forza del suo apparato autoritario, grazie al quale sostituire nuovi valori ai vecchi ritenuti non più attuali o semplicemente non più condivisibili, ma in ragione della sua capacità integratrice secondo il modulo partecipativo della democrazia, rivolto all'inclusione del maggior numero di istanze possibili (al riguardo HABERMAS, J., [38], 268 ss.; nonché, per ciò che concerne gli obiettivi che il pluralismo deve perseguire, DAHL, R.A., [28], 90 ss.). Le conseguenze di tale impostazione sul terreno della libertà dei soggetti sono di non poco conto. Lasciando da parte le questioni riguardanti il rapporto tra libertà dei singoli e fenomeno associativo ed ogni eventuale disputa interpretativa circa la precondizione dell'una rispetto all'altra, la circostanza da mettere in rilievo è costituita dal fatto che nei sistemi democratici pluralisti il presupposto indefettibile per il loro funzionamento risiede nel riconoscimento, associato alla concreta facoltà di esercizio, del più ampio novero possibile di libertà individuali in capo ai singoli, tanto nella forma dei tradizionali diritti inviolabili quanto in quella più moderna dei diritti sociali (sul punto ampiamente BALDASSARRE, A., [11] e [10]). Compito precipuo di una organizzazione statale conformata ai principi citati, che ne definiscono al tempo stesso l'ordinamento e la forma di Stato, dovrà essere quello di favorire nel rapporto tra autorità e libertà individuali, tra governanti e governati, l'espansione della sfera di libertà dei consociati anziché la creazione di obblighi e divieti; di consentire al singolo di elevare la propria autodeterminazione, in base ai noti insegnamenti kantiani («ogni essere ragionevole deve sempre agire come se, in virtù delle sue massime, fosse un membro legislatore del regno universale dei fini. Ecco il principio formale di queste massime: agisci come se la tua massima dovesse al tempo stesso servire da legge universale — per tutti gli esseri ragionevoli —»; KANT, I., *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), Roma-Bari, 1980, 73) a canone di comportamento della sua azione fino a quando ciò non sia in contrasto con interessi collettivi ritenuti prevalenti e tutelati in Costituzione e fin tanto che non risulti lesivo dell'ordine pubblico materiale.

Tenuto conto che l'insieme delle considerazioni che precedono valgono anche per l'ordinamento costituzionale italiano sulla cui natura democratica pluralista non vengono avanzati dubbi di sorta in dottrina (sul tema ampiamente BARTOLE, S., [16], 494 ss., e MODUGNO, F., [49]), fondato per l'appunto sul primato dei diritti di libertà e del principio d'eguaglianza (l'esistenza di un nesso non di tipo strumentale ma metodologico fra forma di Stato e diritti di libertà è stata da tempo messa in rilievo da CRISAFULLI, V., *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 73 ss.; ID., [26]; e, più di recente, CARLASARE, L., *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 33 ss.), occorre chiedersi in che termini sia corretto parlare di neutralità dello Stato in ambito bioetico (in senso critico su un simile atteggiamento dello Stato, da ultimo BUSNELLI, F.D., *Quali regole per la procreazione assistita?*, in [7], 105 ss.) senza rinunciare, al contempo, al perseguimento di uno degli obiettivi più qualificanti dello Stato-apparato e cioè la tutela del principio-valore della persona, che, a giudizio di molti rischia di essere irrimediabilmente compromesso dall'impiego delle biotecnologie. In realtà, dietro questo genere di preoccupazioni si intravede tutto lo scontro ideologico legato ai temi della bioetica, da quelli più discussi delle manipolazioni genetiche fino a quelli più tradizionali, ma non per questo scontati, della fecondazione artificiale e dell'eutanasia (per un confronto con la posizione cattolica SGRECCIA, E., [64]; D'AGOSTINO, F., [27]). L'esistenza di conflitti etici ed ideologici rafforza, per converso, la tesi della neutralità dello Stato dal punto di vista etico: infatti conformemente ad

BIOETICA

un modello di democrazia liberal-pluralista, lo Stato, al fine di rappresentare un autentico punto di riferimento per ideologie e culture diverse dovrà limitarsi ad un ruolo di mediazione fra le diverse opzioni, «senza assumerne alcuna come propria» (così PRISCO, S., [54], 30), evitando quindi di tradurre in norme di diritto positivo posizioni ideologiche dal carattere assoluto ed esclusivo. Naturalmente, dalla pre-condizione di uno Stato neutro dal punto di vista etico, da intendersi non in senso negativo come assenza di valori ma finalizzato ad assicurare il relativismo delle moderne democrazie, discendono delle conseguenze tanto sul riconoscimento quanto sull'applicazione del principio personalista, di frequente invocato nella discussione giuridica sulla bioetica con accezioni contrastanti (in merito ENGELHARDT, H.T.Jr., [34]; in senso contrario l'Istruzione *Donum vitae*, TETTAMANZI, D., *La corporeità umana. Dimensioni antropologiche e teologiche*, in *Medicina e morale*, 1989, 677 ss.; sul punto anche l'Intervento di ROMBOLI, R., in [25], 298 ss.).

Sul piano del diritto costituzionale positivo, il richiamo alla persona contenuto nell'art. 2 Cost., nonostante le ambiguità interpretative suscite dalla formula della disposizione volutamente compromissoria dai costituenti (a tale riguardo e per un riepilogo delle diverse posizioni della dottrina BARBERA, A., [14]), non risponde ad istanze di tipo giusnaturalistico (in tal senso BALDASSARRE, A., [10]; in senso difforme ZAGREBELSKY, G., [68], 154 ss.) né può essere utilizzato per invocare la positivizzazione di principi di ordine naturale (MARITAIN, J., [47]) in quanto una simile interpretazione deve considerarsi definitivamente tramontata con l'affermazione delle costituzioni democratiche pluraliste, le quali non poggiano su un impianto esterno alla società ma vivono della stessa trama di relazioni presenti nella società civile (sull'argomento HÄBERLE, P., [37]). Viceversa, dall'impegno posto in capo alla Repubblica di rimuovere tutte quelle condizioni di disegualanza che impediscono il libero sviluppo della persona umana si deduce un'attenzione del testo costituzionale alle reali condizioni di vita del soggetto, alla dimensione ontologica e non ideale dell'esistenza umana, alle diverse forme di realizzazione a cui lo sviluppo della personalità può approdare. Se è vero quindi che il richiamo alla persona contenuto nell'art. 2 Cost., correttamente associato al principio d'egualanza di cui all'art. 3, secondo comma, Cost., è in grado di «incidere sugli stessi meccanismi di integrazione della società» (così RIDOLA, P., [57], 17 ss.) occorre riconoscere che l'intero sistema dei diritti costituisce «esplicazione immediata della personalità ontologicamente propria di ciascun singolo» (così RIMOLI, F., [60]; sul punto anche RUGGERI, A., «Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione», in [4], 62 ss.; MODUGNO, F., [50]; nonché le sentt. nn. 239 del 1984 e 366 del 1991 della Corte costituzionale). L'intreccio tra autonomia dei singoli e diritti di libertà comporta, da un canto, l'obbligo per lo Stato di astenersi da inutili interruzioni nella sfera di autodeterminazione dei soggetti o di intervenire, limitatamente, alla sola condizione di rendere effettivo l'esercizio di tale libertà (questa ricostruzione ripropone la questione dei rapporti tra libertà negativa e positiva: in senso conforme al testo BALDASSARRE, A., [12]; per una diversa ricostruzione AMATO, G., [8], 272 ss.; PACE, A., [52], 34 ss.), dall'altro, giustifica l'apposizione di divieti e limiti, in primo luogo da parte del legislatore, ogni qual volta l'esplicazione di tale libertà metta in pericolo l'esistenza di altri beni-valori costituzionalmente tutelati in via primaria oppure quando costituisce pericolo per l'ordine pubblico materiale. Chiarito dunque che la neutralità dello Stato in campo etico non comporta la rinuncia alla tutela dei beni-valori ontologicamente primari per l'esistenza umana e preliminari ad altri, nel caso di specie della bioetica il riferimento è alla salute, alla integrità fisica, alla pari dignità nonché alla vita dell'uomo, va ribadito che il prin-

cipio personalista opera anche nel senso di imporre allo Stato, inteso questa volta come Stato-ordinamento, il riconoscimento della massima espansione possibile della sfera di autodeterminazione degli individui.

Lo speciale primato della persona in Costituzione, e più in generale nell'ordinamento, è di aiuto anche nel confutare la legittimità di quelle costruzioni teoriche definite, per comodità, come scientiste-radicali ed utilitariste. Non potendo affrontare in questa sede il tema alto della neutralità della scienza e del progresso scientifico associato alla libertà del ricercatore, iniziato da Weber (ma sull'argomento anche JONAS, H., [41], 205 ss.; Id., [42], 99 ss.), ci si limita ad osservare che nonostante le particolari garanzie di cui gode la libertà di ricerca scientifica in Costituzione, tanto nella fase speculativa quanto in quella del suo esercizio (CASSESE, S.-MURA, A., *sub art. 33*, in *Comm. cost. Branca*, artt. 29-34, Bologna-Roma, 1976, 227 ss.; LABRIOLA, S., *Libertà della scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1979; e da ultimo CHIEFFI, L., [24], con riferimento ai limiti posti all'esercizio di tale libertà per la tutela della persona), tale libertà non potrà mai godere, specie nella fase applicata, di un grado di tutela analogo a quello assicurato alla persona. La categoria della dignità, in particolare, per la sua mutevolezza e dinamicità, in grado cioè di indicare «l'intera posizione dell'uomo nel sistema costituzionale» risultante «dal complesso delle disposizioni che al singolo ed ai suoi interessi sono dedicate» (così LUCIANI, M., [45], 201; FERRARA, G., [35], 1103; più di recente per una lettura della dignità come valore super-costituzionale RUGGERI, A.-SPADARO, A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.), tale quindi da poter essere considerata parte integrante del «rispetto della persona umana» di cui parla l'art. 32, secondo comma, Cost., è la più indicata a definire il rapporto, in termini di valori, tra la libertà della ricerca scientifica e la tutela della persona umana (sulle peculiarità della ricerca biotecnologica ALBANESE, F., *Diritti dell'uomo e genetica*, in questa *Encyclopedia*, XI, 1989). Analoghe considerazioni valgono per le concezioni di natura utilitarista in quanto il sistema costituzionale, informato ai principi appena descritti, non ammette di poter risolvere delle scelte che interessano la persona umana in termini di costi e benefici sebbene occorra riconoscere che il limite delle risorse in campo sanitario costituisce uno dei problemi più consistenti delle democrazie occidentali (da ultimo sul tema AA.VV., *Etica e allocazione delle risorse nella sanità*, a cura di E. Sgreccia e A. Spagnolo, Milano, 1996; CHARLESWORTH, M., [23], 83 ss.; JONAS, H., [42], 201 ss., sul rapporto risorse sanitarie ed eutanasia).

1.4. - Applicazione dei principi costituzionali. Strumento giudiziario ed intervento del legislatore. - Le osservazioni che precedono, consentono di sostenere che il testo della Costituzione italiana, nonostante sia stata posta in essere in un momento in cui i progressi scientifici attuali non potevano essere adombrati (sul punto CHIEFFI, L., [24], 25 ss.), contiene quelle potenzialità con le quali governare le trasformazioni sociali che le biotecnologie pongono in essere. D'altro canto, l'eventuale inserimento di una specifica disposizione a livello costituzionale, ipotesi caldeggiata per un riconoscimento esplicito del diritto alla vita del nascituro, andrebbe giudicato quantomeno inopportuno perché privo di quel consenso sociale necessario a legittimare gli interventi del legislatore costituzionale (sull'inadeguatezza della formulazione delle disposizioni costituzionali DALLA TORRE, G., *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993; a favore dell'attuale testo costituzionale gli interventi di CHIEFFI, L.-D'AGOSTINO, F.-MANTOVANI, F.-RODOTÀ, S., [25], 297 ss.). Posta quindi la completezza dell'ordinamento costituzionale il problema si sposta in sede di applicazione dei principi, compito spettante in prima battuta al

legislatore; tale intervento per altro verso non è più deferibile quando, come nel caso italiano, il ruolo di supienza viene svolto con strumenti *normativi* (si pensi al codice deontologico dell'ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri del 1995 che ha stabilito in materia di fecondazione artificiale una serie di divieti, tra i quali il divieto di tutte le forme di maternità surrogata; nonché al fenomeno dei Comitati etici nelle strutture sanitarie: in merito VELLA, C.-QUATTROCCHI, P.-BOMPIANI, A., *Dalla Bioetica ai Comitati etici*, Milano, 1988; VENTIMIGLIA, C., *Sulla istituzione dei Comitati etici*, in *Pol. dir.*, 1989, 972 ss.; il documento del Comitato nazionale per la bioetica, *I Comitati Etici* del 27 febbraio 1992) non autorizzati ad intervenire in un ambito, quale quello dei diritti, tutelato in Costituzione con le riserve di legge. Ma ai fini dell'attuazione dei principi particolarmente utile si rivela l'uso dello strumento giudiziario, in particolare quello del giudice delle leggi, in quanto avendo valore per il singolo caso fa sì che la scelta dell'interesse da tutelare non si rivelai mai come definitiva e ciò in «una società pluralista o comunque caratterizzata da un politeismo dei valori, evita la definitiva delegittimazione di una delle posizioni in campo, ed i conflitti che da ciò discenderebbero» (in tal senso RODRÀ, S., [62], 127 ss.; CALABRESI, G., in [20], 119 ss.). Ma il pregio della flessibilità dello strumento giudiziario non toglie nulla, però, al problema della certezza del diritto che troppe volte l'opera di interpretazione del giudice, nonostante la chiarezza dei principi costituzionali, mette in discussione (al riguardo la sentenza del Trib. Cremona del 17 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1576, e la sent. n. 347 del 1998 della Corte costituzionale sul tema del riconoscimento di paternità nell'ipotesi di fecondazione artificiale eterologa; in dottrina su questo specifico aspetto ZAGREBELSKY, G., [68], 192 ss.). Ad ogni modo anche l'intervento del legislatore, in sede di attuazione dei principi costituzionali per la bioetica, deve avere le medesime finalità dello strumento giudiziario e cioè il rispetto di tutte le posizioni in gioco, creando quindi le condizioni per far proseguire il dialogo tra culture diverse; e ciò lo si può ottenere, in primo luogo, rispettando l'autonomia dei singoli, secondo le modalità indicate dalla Costituzione, senza con ciò rinunciare a tutelare gli interessi dei soggetti più deboli ed, infine, elaborando dei principi normativi a livello ordinario capaci di adattarsi al continuo cambiamento scientifico e tecnologico (FERRAJOLI, L., *Il problema morale e il ruolo della legge*, in *Critica marxista*, 1995, 3, 34 ss.; RIMOLI, F., [59], 155 ss.; MAGNANI, C., *Riproduzione assistita. I limiti del diritto e il diritto come limite*, in *Dem. dir.*, 1996, 101 ss.).

2. - L'AUTONOMIA DEI SOGGETTI NELLA PROCREAZIONE E AL TERMINE DELLA VITA

2.1. - Premessa. - Il principio di autonomia individuale, così come è stato concepito da Kant a Mill, e successivamente sviluppato da Rawls a Dworkin ed altri ancora, inspur con i necessari distinguo tra i diversi autori, è inseppur centrato sulla libertà di scelta del singolo ed impone allo Stato, in una società autenticamente democratica e liberale, un compito che non è solo meramente negativo, vale a dire porre in essere limitazioni nell'esercizio dell'autonomia individuale, ma positivo e ciò creando le condizioni socio-economiche entro le quali la libertà dell'individuo e la sua autonomia possono prosperare. Dalla sua applicazione in bioetica è disceso, sul piano giuridico, un'evoluzione dei sistemi normativi sempre più orientati nel riconoscere l'autodeterminazione degli individui in ordine alla propria vita come si evince in particolare nei temi della procreazione e dell'eutanasia. Quest'ultima evoluzione è in genere ritenuta uno sviluppo del tutto naturale del diritto alla pri-

vacy, come viene ampiamente dimostrato dalla giurisprudenza della Suprema Corte degli Stati Uniti che fin dalle sue più remote decisioni ha fatto ricorso alla «libertà» protetta dalla *Due Process Clause*, prevista dal XIV emendamento, per tutelare il diritto di contrarre matrimonio, all'uso dei mezzi anticoncezionali, all'integrità del proprio corpo, all'aborto ed infine a rifiutare i trattamenti sanitari indesiderati per il mantenimento in vita. D'altro canto l'impiego del principio non può neanche ritenersi precluso in quei sistemi, come l'ordinamento italiano, dove pur non essendo prevista una specifica disposizione normativa del *right of privacy* lo sviluppo e la promozione della persona, ritenuti come fini da proseguire dallo Stato ordinamento, devono essere intesi anche nel senso di lasciare libero il soggetto di autodeterminarsi, di definire e sviluppare se stesso come persona (in merito BALDASSARRE, A., [12]; CARAVITA, B., [22], 120 ss.). Occorre quindi verificare se i principi costituzionali consentono, ed entro quali limiti, una interpretazione della procreazione artificiale e dell'eutanasia nel senso di manifestazioni della libertà di scelta dei singoli.

2.2. - Autonomia e fecondazione artificiale. - Le tecniche di fecondazione assistita (per un esame delle diverse tipologie ed i problemi sollevati da ciascuna di esse, DOGLIOTTI, M., *Inseminazione artificiale, problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 421 ss.; ID., *L'intervento medico nella sfera sessuale e nella procreazione*, in [6], 287 ss.) hanno determinato un profondo mutamento culturale sul modo d'intendere la procreazione: divisa la riproduzione dalla sfera sessuale, a seguito dell'impiego delle tecnologie, la procreazione viene percepita come esterna ai soggetti in grado cioè di essere realizzata «al di fuori del vissuto sessuale dell'uomo» (così AGAZZI, E., *La filosofia di fronte al problema delle manipolazioni genetiche*, in *Justitia*, 1985, 167). Sul piano giuridico le novità non sono da meno. Se nei confronti della procreazione naturale, terminologia impiegata in contrapposizione a quella medicalmente assistita, non esistono dubbi sulla sua esclusiva pertinenza alla libertà di scelta dei singoli (in senso conforme da ultimo GUSTAPANE, A., *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1996, 183 ss.; in forma più argomentata sull'autonomia procreativa come principio «implicito in ogni cultura autenticamente democratica» anche DWORKIN, R., [33], 229 ss.), e quindi sulla sua natura di diritto «personalissimo», attribuendo al diritto unicamente la competenza circa la cura e la tutela della prole, nel caso di quella assistita il riconoscimento di un analogo diritto in capo ai soggetti interessati è condizionato dall'accettazione giuridica, e prima ancora sociale, delle nuove tecnologie. Comunemente, le tecniche di fecondazione assistita trovano riconoscimento e vengono legittimate dal diritto esclusivamente come atto medico a cui fare ricorso nei casi di sterilità: come tale viene qualificata la fecondazione assistita da quasi tutti i legislatori europei (merita in proposito una particolare segnalazione l'art. 24 novies della Costituzione federale dell'ordinamento elvetico il quale precisa che «Le tecniche di procreazione assistita possono essere applicate solo quando non vi siano altri modi per curare l'infertilità o per ovviare al pericolo di trasmissione di malattie gravi») e tale è considerata anche negli elaborati predisposti, in Italia, dalle commissioni di esperti nominate da diversi Ministri (il richiamo è ai due progetti avanzati dalla commissione presieduta dal giudice F. Santosuoso e nominata con d.m. del 31 ottobre 1984 del Ministro della Sanità, ora in *Giur. it.*, 1986, IV, 33, e all'elaborato della commissione, presieduta da F.D. Busnelli, nominata con decreto dal Ministro di Grazia e Giustizia il 23 maggio 1995) con lo scopo di giungere ad una regolamentazione della materia e, da ultimo, anche dall'art. 1 del più recente A.C. n. 414 e abb., XIII Legi-

slatura, approvato dalla Commissione Affari sociali della Camera il 27 gennaio 1998.

A seguito di ciò il fondamento costituzionale della procreazione assistita viene di solito ricondotto alle norme che tutelano la famiglia e la filiazione — artt. 2, 29, 30 e 31 della Costituzione — (tale opinione è largamente condivisa dalla dottrina italiana e francese: a solo scopo riprologativo BUSNELLI, F.D., in [7], 117 ss.; MEULDERS KLEIN, M.Th., *Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, 645 ss.), provocando una sorta di inversione degli interessi da tutelare: l'originaria situazione di non ingerenza dello Stato nella sfera di autodeterminazione dei soggetti, intesa come libertà negativa, lascia il posto alla tutela dei futuri nascituri, sulla scia delle dichiarazioni giurisprudenziali sulla «tutela della vita del concepito» come «bene di rilievo costituzionale» (così l'ord. n. 76 del 15 marzo 1996 della Corte costituzionale con la quale, il giudice di legittimità riprende e sviluppa il principio già contenuto nella sent. n. 27 del 18 febbraio 1975) e sulla base delle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa — ad es. la n. 1046 del 1986 relativa alla utilizzazione di embrioni e feti umani —, di procedere alla definizione dello «statuto biologico dell'embrione». Una volta collocata la procreazione assistita tra gli atti di tipo medico è facile capire la ratio di quelle norme, in genere dal carattere limitativo, che riguardano i requisiti richiesti per i soggetti che intendono ricorrere alle tecniche. Il più delle volte l'accesso è consentito solo alle coppie sposate, per garantire la doppia figura genitoriale al nascituro, o alle coppie conviventi, in analogia con la tutela della famiglia di fatto: il legislatore francese, ad es., ha previsto nella l. n. 94-654 del 29 luglio 1994, con una disposizione dalla formulazione ambigua, che l'uomo e la donna devono essere sposati «o in grado di recare la prova di una vita comune di almeno due anni»; una norma molto simile, per contenuto e formulazione, a quella francese è contenuta nell'A.C. n. 414 (art. 5: «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di adulti maggiorenni di sesso diverso, coniugate o stabilmente legate da convivenza»), mentre l'attuale disciplina della materia in Italia — consistente nella circolare del Ministro della Sanità del marzo del 1985 rivolta al Servizio sanitario nazionale — consente l'accesso alle tecnologie riproduttive unicamente alla coppia coniugata e per la sola fecondazione omologa. Sulla costruzione giuridica iniziale, vale a dire l'opposizione procreazione naturale/artificiale, esaminata in dettaglio con l'ausilio della legislazione positiva, grava però il limite di considerare rilevante, ai fini della differenza, unicamente l'intervento della tecnica, con una valenza dal carattere giusnaturalistico, in grado cioè di riproporre la vecchia distinzione tra la condizione naturale e sociale dell'individuo, alla base di molti documenti della Chiesa cattolica a partire dall'Istruzione *Donum vitae* fino alla più recente lettera enciclica *Evangelium Vitae*, sul valore e l'inviolabilità della vita umana. Posto il rifiuto di qualsiasi interpretazione di tipo giusnaturalistico del sistema dei diritti ed eliminata quindi in radice ogni possibilità di ricorso al diritto naturale (BOBBIO, N., *Natura e diritto*, in *Civiltà delle macchine*, 1974, 16 ss.; WOLF, E., *Concetto e funzione del diritto naturale*, in *Jus*, 1950, 73 ss.; FROSINI, V., [36], 85 ss.) per sopprimere la libertà di scelta dei singoli, occorre riconoscere che per quanto la tecnica costituisca un elemento di novità rispetto al passato, poiché apre il processo procreativo all'intervento di soggetti diversi dalla coppia, non è in grado di eliminare il carattere primario della procreazione che resta sempre, anche quando si ricorre all'intervento della tecnologia, frutto di una scelta libera e responsabile (in senso conforme RODOTÀ, S., [62], 153 ss.; MORI, M., [51], 141 ss.; RIMOLI, F., [59], 115 ss.; FROSINI, V., [36], 86 ss.). La critica più frequente mossa a quanti

sostengono che la procreazione costituisce in ogni caso, indipendentemente dal mezzo, espressione dell'autonomia dei singoli fa leva sulla mancanza nel testo costituzionale di uno esplicito diritto alla *privacy* che viene, invece, tutelato come fondamentale nei sistemi giuridici di *common law* (in merito, BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, XI ed., London, 1791; BALDASSARRE, A., *Privacy e Costituzione*, Roma, 1974; DWORKIN, R., [33]). Lasciando da parte qualsiasi osservazione, che merita di essere sviluppata in altra sede, sui limiti che il diritto alla *privacy*, applicato in bioetica, incontra anche nei sistemi di *common law*, le ragioni a sostegno del riconoscimento di una libertà di procreare dei singoli a tutto tondo, comprensiva cioè anche del supporto tecnologico, vanno ricercate nello sviluppo e nella promozione della persona umana che il nostro ordinamento costituzionale tende a perseguire. Una volta accertato che in un ordinamento democratico pluralista, tendenzialmente neutro dal punto di vista etico, la realizzazione del principio personalista obbliga lo Stato a garantire la massima espansione possibile della libertà individuale, occorre riconoscere che non esistono validi motivi per non considerare anche la procreazione assistita espressione dell'autonomia procreativa dei singoli, in un quadro di principi costituzionali che riguardano il libero svolgimento della personalità umana. Per ciò che concerne il fondamento costituzionale della libertà di procreare, stabilito che l'impiego dello strumento tecnologico non incide sull'esistenza del diritto, e che la libertà in oggetto costituisce un aspetto della più ampia libertà sessuale, tale fondamento è senz'altro da rinvenire nelle norme che tutelano la libertà personale (art. 13 Cost.); d'altro canto, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di dichiarare che la libertà sessuale altro non è che «essenziale modo di espressione della persona» e quindi, di riflesso, esplicazione della libertà personale (in tal senso BALDASSARRE, A., [10]; ID., [12]; MODUGNO, F., [50], 11 ss.; nonché le sentt. nn. 98 del 1979, citata nel testo, e la 561 del 1987 della Corte costituzionale). Posto quindi il carattere di libera scelta della procreazione medicalmente assistita nessuna limitazione in merito alla condizione dei soggetti, donna singola o meno (unico Paese europeo ad aver riconosciuto l'inseminazione anche della donna singola è la Spagna con la legge n. 35 del 22 novembre 1988), nonché al tipo di tecnica adoperata (il riferimento è alla fecondazione *in vitro* che comporta in genere la produzione di un numero di embrioni superiore a quello destinato all'impianto) devono provenire dal legislatore, mentre limiti all'accesso legati all'età della donna possono trovare giustificazione unicamente nelle sue condizioni di salute. Più attenzione il legislatore deve riservarla alla tutela degli interessi dei soggetti coinvolti a cominciare dallo *status* giuridico del nascituro, nei confronti del quale non devono ritenersi ammissibili le azioni di disconoscimento di paternità nei casi di fecondazione eterologa allorquando il soggetto interessato ha regolarmente prestato il proprio consenso alla fecondazione (in merito Trib. Roma, sent. 19 aprile 1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1216 ss., e Trib. Cremona, sent. 17 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1576 ss., in entrambe le decisioni l'azione di disconoscimento è ammessa sulla base delle norme che regolano l'adulterio); su questo specifico aspetto è intervenuta anche la Corte costituzionale con la sent. 347 del 1988, per sottolineare quanto «preminent» siano «le garanzie per il nuovo nato» in particolare per ciò che concerne i «suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare»; norme per tutelare la condizione di figlio legittimo anche per i nati con l'intervento delle tecniche sono contenute nell'A.C. n. 414, il quale istituisce un regime di semi-de-roga alla disciplina contenuta negli artt. 235 e 263 c.c.

Altrettanto importanti possono definirsi gli interventi del legislatore rivolti a tutelare la salute della donna, a cominciare da una corretta informazione sulle tecniche a cui dovrà essere sottoposta fino ai controlli sui centri autorizzati ad eseguire gli interventi, nonché la stessa salute del nascituro provvedendo, come avviene nell'A.C. n. 414, che la donazione dei gameti venga effettuata «esclusivamente presso centri pubblici di raccolta e di conservazione» (art. 9) allo scopo di poter controllare tanto l'idoneità del donatore quanto l'esistenza di malattie ereditarie o di patologie infettive; in quest'ottica si giustificano anche quelle norme che consentono gli interventi sugli embrioni al fine di modificarne il sesso quando ciò è necessario per finalità di tipo terapeutico mentre, all'opposto, devono essere rigorosamente sanzionate tutte quelle forme di intervento di tipo manipolativo o selettivo degli embrioni stessi (anche su ciò l'A.C. n. 414, artt. 8 e 16). Infine, norme di tutela per i donatori per preservare il loro anonimato (diverse le soluzioni adottate in Svezia ed Austria dove alla tutela dell'anonimato del donatore è stata preferita quella del nato a conoscere le proprie origini biologiche; infine il legislatore spagnolo ha stabilito che i nati con seme di donatore hanno diritto di ottenere ogni informazione sui donatori fatta eccezione per la loro identità), con la sola eccezione di un grave e comprovato motivo per la salute del nato, ed il rispetto per le forme di obiezione di coscienza del personale sanitario allorquando non intenda prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche (in questo senso anche l'A.C. n. 414).

2.3. - Autonomia e fine della vita. Il caso delle direttive anticipate. - Il tema dell'autodeterminazione del soggetto in relazione alla fine della propria vita è di certo uno dei più complessi da affrontare sul piano giuridico in quanto strettamente legato al personalissimo modo di intendere la vita, e insieme ad essa la morte (JONAS, H., [42], 203 ss.) da parte di ciascuno di noi. Fin quando la scelta del soggetto di porre fine alla propria vita resta confinato nella sua sfera privata, non occorrend cioè l'intervento di terzi per la sua realizzazione, l'estranità del diritto da una simile fattispecie è del tutto evidente. L'ipotesi diventa giuridicamente rilevante tutte le volte in cui, e ciò accade nella maggioranza dei casi, il desiderio di poter ottenere la morte dipende dall'intervento di un terzo. A questo si aggiunga la considerazione che le tecniche di sopravvivenza della vita consentono di procrastinare per un tempo anche rilevante il momento finale dell'esistenza umana costringendo il soggetto a forme di vita, il più delle volte, di tipo vegetativo. Come è evidente si tratta di situazioni strettamente collegate al rapporto medico-paziente e di conseguenza non stupisce trovare dei riferimenti normativi nei codici di deontologia professionale (a tale riguardo v. gli artt. 13 e 35 del codice di deontologia medica del 1995 sul divieto di accanimento terapeutico e sull'estensione da parte del medico di qualsiasi forma di eutanasia), mentre a simili fattispecie sono di natura penale rivolte quindi a reprimere il comportante di chi aiuta altri a morire. Diversamente dall'ipotesi della fecondazione artificiale, dove non è possibile rinvenire in astratto un interesse dello Stato a limitare la sfera di autodeterminazione dei soggetti, non può autorizzare alcuno a togliere la vita ad altri «sia pure con il consenso (in realtà difficilmente accertabile) dell'interessato e per motivi di pietà» (così ROMBOLI, R., [63], 307 ss.; *contra*, BARILE, P., [15], 60; sul piano normativo nessun ordinamento considera non punibile l'eutanasia con l'unica eccezione dell'Olanda dove pur rimanendo sostanzialmente un reato, con la riforma del codice penale del 1993, è stata prevista una forma di depenalizzazione che rende non perseguitabile il medico, il quale nel

dare la morte al paziente dimostri di aver rispettato un severo codice di controlli: per un esame dell'esperienza olandese, GRIFFITHS, J., *Assisted Suicide in the Netherlands: The Chabot Case*, in 58 (1995) *MLR*, 232 ss.). In realtà anche se il consenso dell'interessato non può costituire una ragione sufficiente per riconoscere l'esistenza di un diritto al «suicidio assistito» non si può, allo stesso tempo, giudicare irrilevante la volontà del soggetto in merito alla sua scelta di non continuare a vivere sempre e comunque in ogni circostanza.

Le concrete condizioni di vita del soggetto, affetto da gravissime ed irreversibili infermità fisiche, sono state ritenute rilevanti per la prima volta dalla Suprema Corte del New Jersey al punto da riconoscere l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito a «far cessare» i mezzi straordinari atti ad assicurare un artificiale prolungamento della vita; tale diritto, secondo la corte, può essere esercitato direttamente dalla persona interessata o, in difetto, da un suo rappresentante che può essere tanto un familiare quanto un «*best friend*» vale a dire una persona in grado di rappresentare il pensiero o la volontà dell'incapace (*in Re Quinlan*, 70 N.J. 10 ss. (1976); per un esame della giurisprudenza della medesima Corte, PONZANELLI, G., *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, 292 ss.). E lo stesso principio della volontà del soggetto, purché cosciente e capace, è stato ribadito dalla Suprema Corte degli Stati Uniti (*Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 U.S. - 1990; per un commento alla sentenza, SANTOSUSSO, A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, 1991, IV, 66 ss.), la quale, pur escludendo che dal diritto a rifiutare i trattamenti sanitari, tutelato dal XIV emendamento, possa farsi discendere un «diritto di morire», ha tenuto a precisare il carattere strettamente personale, non delegabile ad altri, di scelte quali quelle riguardanti i trattamenti di sopravvivenza (sempre sull'argomento del «suicidio assistito», le due decisioni della Suprema Corte del 26 giugno 1997 — *Washington et al. v. Glucksberg et al.; Vacco et al. v. Quill et. al.* — ed in particolare la memoria presentata in qualità di *Amicus Curiae* da sei filosofi nordamericani, tra i quali Dworkin, Nozick e Rawls, a sostegno di tale diritto, pubblicata in Italia, in *La Rivista dei libri*, luglio-agosto 1997).

Posto che il rifiuto dei trattamenti sanitari, nel nostro ordinamento, è garantito dall'art. 32, secondo comma, Cost. (sulle conseguenze di tale riconoscimento D'ALESSIO, R., *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, in *Dir. soc.*, 1981, 529 ss.; MODUGNO, F., *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.; VINCENZI AMATO, D., *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 2462 ss.), e considerato che il sistema normativo evolve verso un sempre maggiore riconoscimento del consenso informato del paziente verso l'atto medico, si può sostenere che esistono i presupposti per far valere l'autodeterminazione del soggetto anche nel momento finale della vita (in merito, v. RESCIGNO, P., *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 648 ss.). Facendo ricorso al principio della volontà del paziente la differenza tra eutanasia attiva e passiva perde parte della sua importanza originale per lasciar spazio al diritto di non essere sottoposto ad accanimento terapeutico e al diritto di morire con dignità (in tal senso BARILE, P., [15], 60; ma anche la *Dichiarazione sull'eutanasia* della Sacra Congregazione per la dottrina della fede del 1980). In altri termini, le tecniche di sopravvivenza, più di qualunque altra, stanno modificando il concetto di vita tutelabile ed obbligano il giurista ad interrogarsi se la vita debba essere difesa ad ogni costo o se al di sotto di una certa soglia essa non sia più tale, per cui «è il concetto di vita, non quello di morte, che in definitiva governa la questione del 'diritto

BIOETICA

di morire» (JONAS, H., [42], 205 ss.). Il problema del paziente in coma irreversibile, e quindi di una vita completamente alla mercé della tecnica, è stato in parte affrontato e risolto dal legislatore italiano con la recente legge n. 578 del 29 dicembre 1993 recante «Norme per l'accertamento e la certificazione di morte», con la quale è stata accolta nel nostro ordinamento la nozione di morte cerebrale alternativa, dal punto di vista legale, a quella corticale (per un esame della legge VOLPE, G., *Per una dimensione umana della morte: nella medicina e nel diritto*, in *Giust. pen.*, 1993, I, 154 ss.; PERICO, G., *La nuova legge sull'accertamento di morte*, in *Civ. catt.*, 1994, II, 333 ss.) il cui carattere di novità è stato confermato anche dal giudice delle leggi con la sent. n. 414 del 1995. Ma accanto ad essa, sempre allo scopo di far valere la volontà dell'interessato, possono trovar spazio nell'ordinamento le c.d. direttive anticipate o i testamenti biologici sul modello del *Natural Death Act* dello Stato della California del 1976 (per un esame dell'atto e degli altri che ad esso hanno fatto seguito LAMB, D., [43], 66 ss.). Queste manifestazioni di volontà, molto diffuse nella realtà americana tanto da costituire oggetto di provvedimenti normativi (LAMB, D., [43], 84 ss., il quale da conto del dibattito dottrinario americano sull'argomento), hanno seguito nella loro evoluzione due strade fondamentali: da un lato, l'esplicita redazione di un testamento vitale (*living will*) nel quale prevedere in maniera quanto più è possibile dettagliata le singole evenienze cliniche e le rispettive opzioni cliniche da adottare; dall'altro, la designazione esplicita di un rappresentante attraverso il conferimento di un potere stabile di procura (*durable power of attorney*). L'uso di tale prassi nella realtà medico-sociale italiana è stata, invece, disapprovata dal Comitato nazionale di bioetica (doc. del 14 luglio del 1995 su *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*), il quale pur riconoscendo «che il nostro ordinamento è insidiosamente lacunoso nei confronti dei principi di autonomia della persona nell'esercizio del diritto alla salute», giudica insufficiente la previsione dell'art. 32, secondo comma, Cost., per conferire legittimità anche alle ipotesi di dichiarazioni di volontà pregresse e le reputa, inoltre, eccessivamente limitative dell'attività medica.

3. - USI DEL CORPO E REGOLE GIURIDICHE

3.1. - Premessa. - L'affermazione del corpo umano come «oggetto giuridico nuovo» (così RODOTÀ, S., [62], 204, che adopera il termine in una accezione non tecnica) è legata al progresso scientifico e alla diffusione delle tecnologie della vita umana: parti staccate del corpo sono impiegate nella fecondazione assistita, organi umani e parti del corpo sono i protagonisti della nuova frontiera dei trapianti ed altrettante manifestazioni del corpo umano devono essere considerate le informazioni genetiche ed il genoma umano. Di riflesso, il corpo entra prepotentemente nei processi di giuridificazione: la Francia ha approvato due leggi, che hanno superato il vaglio di costituzionalità del *Conseil constitutionnel* (déc. n. 94-343-344 DC del 27.7.1994), la n. 94-653 del 29 luglio 1994 «relative au respect du corps humain», e la n. 94-654 del 29 luglio 1994 «relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance à la procréation et au diagnostic prénatal», con le quali viene predisposto un primo gruppo organico di norme sulla bioetica incentrato, come si evince dagli stessi titoli, sulle forme, ed i limiti, di utilizzazione del corpo umano; il Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, ha approvato nel novembre del 1996 un importante *Convenzione* su diritti dell'uomo e biomedicina, ratificata dall'Italia nell'aprile del 1997, con la quale viene predisposto un sistema di regole di indiscutibile interesse: si provvede, ad esempio, a vietare ogni forma di commer-

cializzazione del corpo umano, la discriminazione delle persone in base al proprio patrimonio genetico, si prendono garanzie per il rispetto della vita privata, per i testi genetici, per la sperimentazione sugli embrioni, e, da ultimo, viene data la massima rilevanza al consenso libero e informato degli interessati, al loro diritto all'informazione e all'autodeterminazione disciplinando in modo analitico la ricerca e la sperimentazione sulle persone, con particolare riguardo ai casi dei minori, degli incapaci e dei malati mentali.

Il procedere incessante della produzione normativa sul tema suggerisce alcune considerazioni. Innanzitutto le norme con cui fino ad oggi sono stati tutelati gli atti di disposizione del corpo umano, prime fra tutte l'art. 5 c.c. italiano (sul tema ampiamente D'ADDINO SERRAVALLE, P., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1993; ROMBOLI, R., [63], 225 ss.; DE CUPIS, A., *Integrità fisica - diritto alla*, in questa *Encyclopédia*, XVII, 1989), si rivelano insufficienti in quanto pensate unicamente per quelle forme di utilizzazione del corpo umano che il progresso scientifico del tempo rendeva possibile; la migliore garanzia per la tutela del corpo era, in sostanza, rappresentata dagli stessi limiti oggettivi alla sua utilizzabilità e su questa logica si basa la norma del codice civile italiano del 1942. Inoltre, buona parte delle forme di disponibilità del corpo, disciplinate specificatamente dai testi normativi citati e da altri ancora, possono ritenersi espressione dell'autodeterminazione dei singoli e quindi come tali dovrebbero configurare anch'esse una forma di libertà negativa, sulla scia di quanto accade per la procreazione assistita. A ben guardare però le due fattispecie non sono in tutto e per tutto assimilabili. La preoccupazione che il corpo, attraverso tutte le possibili forme di scomposizione, venga ridotto ad un oggetto come gli altri è stata da tempo manifestata da quanti (BERLINGUER, G., *Il corpo come merce o come valore*, in [3], 74 ss.; BERLINGUER, G.-GARAFÀ, V., *La merce finale. Saggio sull'acquisto, la vendita e l'affitto di parti del corpo umano*, in *Micromega*, 1993, 1 ss.) denunciano i tentativi di ricondurre il corpo nell'area del mercato, applicando quindi anche ad esso le logiche della proprietà privata. La scelta di disporre del proprio corpo può dunque essere determinata da ragioni profondamente diverse, in genere di tipo economico, da quelle che stanno alla base della autodeterminazione procreativa, che rischiano di andare in senso opposto allo sviluppo della persona e al rispetto dell'egualanza. Queste ragioni spingono quindi a verificare anche sul terreno della libertà di disporre del proprio corpo l'attualità e, soprattutto, l'utilizzabilità dei principi costituzionali.

3.2. - Libertà di disposizione del proprio corpo, maternità surrogata e tutela del patrimonio genetico. - Il principio della indisponibilità del corpo umano sostenuto da Kant, «L'uomo non può disporre di se stesso... Non gli è consentito vendere un dente o un'altra parte di se stesso.» (KANT, I., *Lezioni di etica* (1775-1780), Roma-Bari, 1991, 189 ss.), pare essere definitivamente tramontato tanto sul piano culturale quanto giuridico. Ma nelle affermazioni del filosofo si può cogliere un motivo di preoccupazione che le nuove tecnologie hanno reso ancora più tangibile vale a dire la possibilità che il corpo possa essere ridotto ad un oggetto e, quindi, ad eventuale merce. Per ciò che concerne in particolare l'ambito giuridico bisogna stabilire se, e come, il corpo e le sue parti possano divenire oggetto di atti di disposizione; ed eventualmente verificare se tali forme di disposizione possono avere carattere oneroso. Il riferimento normativo, nell'ordinamento italiano, è costituito dal già citato art. 5 c.c., il quale vieta gli atti di disposizione per delle ipotesi genericamente configurate, tra le quali spicca la «diminuzione permanente dell'integrità fisica». Con l'entrata in vigore della Costituzione del

1948, l'art. 5 c.c., per continuare ad essere applicato, è stato ritenuto tacitamente modificato dai principi costituzionali (su tale aspetto ROMBOLI, R., [63], 234 ss., in particolare per quanto riguarda la sostituzione del concetto di integrità fisica con quello di salute), ed il suo ambito di applicazione sostanzialmente ristretto agli atti di natura negoziale. D'altro canto, il silenzio della Costituzione italiana sull'esistenza di una libertà di disporre del proprio corpo non è stato ritenuto d'intralcio al fine di rendere concreto ed effettivo l'esercizio di tale diritto. Infatti, richiamando quanto è stato detto sulla capacità espansiva del sistema dei diritti nel nostro ordinamento costituzionale e sul rispetto della «persona umana», occorre riconoscere che nel conflitto tra autorità e libertà individuale è quest'ultima a doversi ritenere prevalente anche nell'ipotesi della libertà di disposizione del proprio corpo. La stessa Corte costituzionale affrontando la questione in alcune decisioni, ha ritenuto di poter considerare la libertà di disporre del proprio corpo come esplicazione della libertà personale, e dunque ricompresa in essa, tutte le volte in cui la volontà del soggetto, sulla quale fanno perno buona parte delle forme di disposizione, è liberamente determinata, non sottoposta ad alcun condizionamento esterno e, soprattutto, non risulti in contrasto con altri principi costituzionali (sent. nn. 18 del 1986 e 471 del 1990, su quest'ultima le osservazioni di ROMBOLI, R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»*, in *Foro it.*, 1990, 1, 15 ss.; Id., *La «relatività» dei valori per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 565 ss.; per una ricostruzione in parte diversa da quella proposta PACE, A., *Liberità personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 307; in senso contrario, AMATO, G., in [9], 51 ss.). Soffermanosi esclusivamente sull'aspetto negativo della libertà di disporre del proprio corpo, allo scopo di accertare l'esistenza di limiti nella sfera di autodeterminazione del soggetto in tale ambito, è stato precisato che nessun limite può farsi discendere dal diritto alla salute tutte le volte in cui gli effetti dell'atto dispositivo si esauriscono nella sfera del soggetto in quanto l'ordinamento riconosce ed ammette anche la configurazione negativa del diritto alla salute (sul «diritto di non essere curato», in senso conforme al testo, BARILE, P., [15], 386; LUCIANI, M., [46]; ROMBOLI, R., [63], 241; CHIEFFI, L., [24], 149 ss.; *contra*, PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 201 ss.). Considerazioni diverse devono essere avanzate per il limite della «pari dignità sociale» di cui all'art. 3, primo comma, Cost., l'unico in grado di giustificare l'esistenza del divieto degli atti di disposizione di cui all'art. 5 c.c. a fini di lucro. Il rispetto della pari dignità sociale, inteso come parità di condizioni all'interno «dei rapporti che implicano l'esercizio dei diritti di libertà, dei rapporti etico-sociali, economici e di quelli politici» (così FERRARA, G., [35], 1103), impone di considerare il principio della solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost., come alternativo alle regole di mercato e di ritenere, quindi, in contrasto con la salvaguardia del benevalore della persona umana, così come viene definito dalla pari dignità, tutti quegli atti di disposizione del corpo con i quali il soggetto intende perseguire un soddisfacimento di tipo economico.

Un'ipotesi molto particolare di atto di disposizione del proprio corpo, sotto il profilo della dignità, è costituito dalla maternità surrogata o di sostituzione che si verifica ogni qualvolta una donna consente a portare a termine la gravidanza per conto di altri, partecipando o meno con il proprio materiale genetico. Ascesa agli onori della cronaca con il famoso caso giudiziario *Baby M.* (sent. della Superiore Corte del New Jersey, in *Foro it.*, 1988, IV, 97, con le osservazioni di PONZANELLI, G., *Il caso Baby M. - La «surrogate mother» e il diritto italiano*), e successiva-

mente riconosciuta dai legislatori di molti Stati americani, la maternità surrogata è stata considerata, da una parte della dottrina, una sorta di espansione del potere femminile di generare, superando in tal modo tutti i problemi collegati tanto alla commercializzazione del corpo quanto alla dignità (in tal senso SHALEV, C., [65]; DUDEK, B., *Il corpo della donna come luogo pubblico* (1991), Torino, 1994); per altro verso, invece, la figura della maternità surrogata è stata equiparata, con una certa forzatura, a quella del donatore di sperma, auspicando per le due fattispecie un trattamento analogo (così BUSNELLI, F.D., [7], 112 ss.); infine, una terza ipotesi avanzata è quella di considerare questo tipo di procreazione come frutto della libertà di scelta della donna, la quale acconsente a prestare il proprio corpo esclusivamente per ragioni di solidarietà sociale, senza alcun compenso di tipo economico. Quest'ultima ipotesi oltre ad avere il vantaggio di far dichiarare nullo qualsiasi contratto avente ad oggetto una simile pre-stazione fa salva la libertà di scelta della donna anche nel caso in cui decida di non «consegnare» il concepito ai committenti, facendo salvi i suoi diritti parentali (in questo senso sent. della Suprema Corte del New Jersey, in *Foro it.*, 1989, IV, 294 ss.; *contra*, sent. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 296 ss., con nota di PALMIERI, G., *Maternità «surrogata»: la prima pronuncia italiana*; sul tema anche DOGLIOTTI, M., *Inseminazione e rapporto di fiducia*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 72). Il primo paese europeo ad essersi occupato della maternità surrogata è stato il Regno Unito che ha promulgato il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 con il quale venivano riconosciuti gli accordi di semplice liberalità o di cooperazione; il successivo *Human Fertilization and Embriology Act* del 1990 ha parzialmente modificato la disciplina vietando in linea di principio l'accordo di surroga, negandogli valore giuridico, ma lasciando la possibilità al tribunale, qualora la gravidanza sia stata portata a termine, di emettere ordinanza con cui, a certe condizioni, il bambino venga considerato figlio dei committenti (in senso contrario alla soluzione legislativa adottata il rapporto della commissione *Warnock*, incaricata, dal governo di Sua Maestà, di approfondire i temi della fecondazione artificiale e dell'embriologia: *Report of the Committee into Human Fertilization and Embriology - Warnock Report*, London, 1984). La maternità surrogata è stata vietata, invece, sia dall'A.C. n. 414, XIII Legislatura (art. 14: «È vietata altresì qualsiasi forma di surrogazione della madre, di prestito o di affitto del corpo della donna a scopo di gravidanza. Qualsiasi accordo in tal senso è nullo»), sia dai progetti delle commissioni di studio Santuoso e Busnelli. Anche le forme di disposizione del proprio patrimonio genetico possono ritenersi tutelate dai principi costituzionali. Tanto la Raccomandazione n. 934 del 1982 dell'Assemblea del Consiglio d'Europa quanto la più recente Convenzione dei diritti dell'uomo dello stesso organismo, pur preoccupandosi di stabilire il principio di indisponibilità del patrimonio genetico, non escludono la possibilità di interventi a fini terapeutici. A differenza delle ipotesi classiche di disposizione del proprio corpo, nel caso del genoma umano al fine di tutelare un interesse superiore a quello individuale, rappresentato dal «patrimonio genetico delle generazioni future», le forme di disposizione sono più circoscritte, consentite unicamente a scopo terapeutico e sempre a condizione che il soggetto abbia reso il proprio consenso libero ed informato (si v. in proposito il parere del Comitato nazionale per la bioetica su *Terapia Genica* del 15 febbraio 1991, nel quale viene ripresa la differenza tra trattamenti sulle cellule somatiche e germinali formulata in sede internazionale; sul punto anche l'art. 14 della Convenzione del 1996). Inoltre, poiché nel caso in esame la possibilità di incidenza ad opera di terzi, in genere del personale medico e scientifico, sulla sfera di autonomia del

BIOETICA

singolo è più consistente rispetto alle tradizionali forme occorrerà verificare di volta in volta le condizioni di tale intervento allo scopo di salvaguardare «il rispetto della persona umana» di cui all'art. 32, secondo comma, Cost. Di disponibilità del proprio patrimonio genetico si è parlato di recente, con toni inquietanti, riguardo alla clonazione umana, annunciata come realizzabile da alcuni ricercatori statunitensi; sull'onda emotiva di quanto era accaduto in Scozia con il primo caso di clonazione animale, riuscito con successo (dell'episodio ha dato conto tutta la stampa nazionale e straniera nel febbraio del 1997), sono diventate più numerose le norme poste in essere da organismi internazionali e non (in merito l'ordinanza del Ministro della Sanità Bindi del 5 marzo 1997 sul *Divieto di pratiche di clonazione umana o animale*, della cui utilità si ha motivo di dubitare) con le quali scongiurare una simile eventualità (in particolare il Protocollo aggiuntivo alla Convenzione del 1996 sul divieto di clonazione dell'essere umano, firmato dall'Italia nel gennaio del 1998). Lasciando da parte i dubbi di tipo morale sollevati da una simile pratica e la sua ancora lontana accettazione sociale, sul piano giuridico la clonazione difficilmente può configurare una ipotesi di disponibilità del proprio corpo e, quindi, tutelabile dai principi costituzionali prima individuati; più opportuno pare invece il ricorso ai principi per respingere tale pratica in quanto la sua realizzazione è di certo in contrasto, almeno, col diritto alla differenza, ultima e più recente espressione dell'egualianza, e come tale tutelato dalla pari dignità sociale; è, infine, il caso di ricordare che ledendo il diritto alla differenza si finisce per incidere sull'unica condizione in grado di rendere possibile «il riconoscimento del pluralismo dei sistemi di valori» (così FERRAJOLI, L., *Introduzione*, in YOUNG, I.M., *Le politiche della differenza*, Milano, 1996, V ss.; Id., *La differenza sessuale e le garanzie dell'egualianza*, in *Dem. dir.*, 1993, 2, 49 ss.).

3.3. - *Gli organi umani tra donazione e commercio. La direttiva CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.* - Una questione di grande attualità in bioetica riguardante gli organi, che solo in parte coincide col tema più ampio dei trapianti (sul quale MANTOVANI, F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974; GIACOBBE, G., *Trapianti*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 892 ss.; GABRIELLI, M., *Il prelievo e il trapianto di organi a scopo terapeutico*, in [6], 259 ss.; AA.VV., *La Questione dei Trapianti tra Etica, Diritto, Economia*, a cura di S. Fagioli, Milano, 1977), è costituito dal problema del loro reperimento e dalla successiva allocazione, considerata l'esiguità del bene in discussione. Il carattere di gratuità delle forme di disposizione di parti del proprio corpo è confermato dalla legge del 26 giugno 1967, n. 458, sul trapianto del rene tra persone viventi. Posto che con tale atto si realizza una diminuzione permanente dell'integrità fisica del donante, limite stabilito dall'art. 5 c.c., la ragione di tale deroga è da rinvenire «nei fini umanitari dell'atto e nel fatto che esso è espressione dell'adempimento di un dovere morale o sociale riconducibile al principio di solidarietà umana» (ROMBOLI, R., [63], 314; DOGLIOTTI, M., *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno*, II, Torino, 1982, 74 ss.). Più ristretta, invece, la sfera di libertà del donatore allorquando si tratta di individuare il soggetto ricevente che la stessa legge si incarica di definire (un modello analogo seppure ancora più restrittivo è utilizzato dalla legge francese n. 94-654, la quale all'art. L 671-3 stabilisce che «Il prelievo di organi da una persona vivente, che ne fa dono, può essere effettuato solo nel diretto interesse terapeutico del ricevente. Il ricevente dev'essere padre o madre, figlio o figlia, fratello o sorella, salvo il caso del prelievo di midollo osseo a fini di trapianto. In caso d'urgenza, il donatore può essere il coniuge»). Una forma di remunerazione è invece prevista dalla

legge n. 592 del 14 luglio 1967 sulla raccolta e la distribuzione del sangue umano per i c.d. «donatori professionali» sottoposti a costanti e continui controlli: tale attività remunerativa è sempre stata considerata, dalla dottrina, in armonia con l'intero testo di legge finalizzato a sottrarre la materia alla logica del profitto e ad evitare il commercio del sangue; una deroga a tale principio è, invece, posto in essere dalla direttiva n. 89/381/CEE del 14 luglio 1989, la quale, al fine di consentire l'armonizzazione fra le legislazioni dei diversi Stati membri, ha conferito la qualifica di medicinale al sangue e al plasma umano consentendo così l'ingresso sul mercato. A parte le differenze segnalate entrambe le fattispecie, donazione di rene e sangue, non prescindono in nessun caso dal consenso del soggetto interessato. Quindi, con la cessione a titolo gratuito di parti del proprio corpo vengono rispettati tanto il principio della pari dignità sociale, art. 3, primo comma, Cost. quanto le esigenze di natura solidale e sociale proclamate dagli artt. 2 e 3 Cost. Infine un esplicito divieto di trarre profitto dal corpo umano e dalle sue parti è contenuto nella recente Convenzione del Consiglio d'Europa (art. 21), la quale disciplina anche l'uso di una parte del corpo umano espiantata.

Tenuto conto del fatto che gli organi umani costituiscono un bene decisamente scarso, sia per la mancanza di cultura della donazione sia per le limitate ipotesi in cui viene consentito il trapianto tra viventi, le soluzioni per il reperimento degli organi sono diventate uno dei terreni di battaglia dei sostenitori dell'analisi economica del diritto di matrice nord-americana. Le proposte avanzate sono le più diverse (da ultimo sull'argomento HANSMANN, H., *Mercati di organi umani*, in [7], 177 ss., il quale suggerisce di adottare contratti con effetti *post mortem* in forza dei quali una persona acconsente all'espianto di uno o più organi in cambio di una riduzione dei premi assicurativi, consentendo così alle compagnie interessate di commerciare a suo tempo gli organi ceduti!), fanno leva sul criterio della libertà di scelta del soggetto e contestano duramente il paternalismo del legislatore che in questo caso è volto a condizionare pesantemente tale libertà di scelta. Al di là delle singole ipotesi e soluzioni prospettate da questa corrente di pensiero giuridica la loro applicazione nel nostro ordinamento è scongiurata dalla presenza di un quadro di principi costituzionali informato al rispetto e alla promozione della persona umana piuttosto che alla subalternità della stessa al mercato. D'altra parte, occorre riconoscere che il problema del reperimento degli organi è sentito anche nel nostro Paese e questo obbliga ad un ripensamento, da parte del legislatore, di tutta la normativa in materia di prelievo di organi da cadavere. In questo caso, se non si vuole esportare in Italia un modello come quello previsto dal noto *Human Organ Transplant Act* di Singapore del 1987, che prevede tutta una serie di incentivi, consistenti nella preferenza a trapiantare gli organi a vantaggio di colui che abbia dichiarato in precedenza la sua disponibilità a donarli, occorre ritenere prevalente il principio di solidarietà sociale rispetto alla questione della volontà dei coniugi in mancanza di una dichiarazione espressa del defunto sulla esportazione degli organi. L'ostacolo verso una completa realizzazione del principio è rappresentato, nel nostro ordinamento, dalla legge n. 644 del 2 dicembre 1975, sulla disciplina dei prelievi, che vanifica in parte i progressi compiuti con l'approvazione della legge sulla morte cerebrale (l. n. 578 del 1993); essa, infatti, conferisce il potere di decidere in merito alla donazione degli organi di un soggetto ai coniugi più prossimi, tenuto conto che nella maggior parte dei casi l'interessato non ha espresso in tempo, e con le modalità previste dalla legge, il proprio consenso in merito. In questa prospettiva una novità significativa è contenuta nell'A.C. n. 646 e abb., XIII Legislatura — approvato dalla Commissione

Affari Sociali della Camera attende ora l'esame dell'Aula — il quale dispone un obbligo per i consociati di «dichiarare la propria volontà, favorevole o contraria, in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte» prevedendo inoltre «che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione».

Ma il tema del mercato torna ad interferire con le politiche del corpo umano nel caso della recente direttiva n. 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (in *G.U.C.E.*, n. L 213, del 30 luglio 1998); con il termine «invenzioni biotecnologiche» si è inteso escludere la brevettabilità del genoma in quanto tale e delle sue sequenze lasciando impregiudicata la possibilità di brevettare «un elemento isolato dal corpo umano o diversamente prodotto, mediante un procedimento tecnico, ivi compresa la sequenza o sequenza parziale di un gene» (art. 5). In sostanza il semplice apporto dello strumento tecnologico col quale isolare una parte dal resto del corpo è in grado di giustificare una forma di «proprietà della vita» (l'espressione è di RIFKIN, J., [58], 111 ss., il quale afferma che «I brevetti sulla vita colpiscono al cuore le nostre convinzioni sulla vera natura della vita, cioè se quest'ultima debba essere considerata come un valore intrinseco o un semplice valore di utilità») con tutto quello che da essa consegue. Di certo nessuno intende negare i vantaggi che da queste scoperte derivano all'umanità, basta pensare ai medicinali derivati da elementi isolati dal corpo umano o alla possibilità di creare organi dalla struttura simile a quella di elementi naturali esistenti nel corpo eliminando così, in radice, il problema del rigetto degli organi artificiali, ma ciò non toglie che riconoscere l'esistenza di un diritto di proprietà da parte di terzi su parti del corpo configura una crepa pericolosa del principio dell'inalienabilità a titolo oneroso di parti del corpo per volontà degli stessi soggetti interessati.

3.4. - La sperimentazione sugli embrioni. - La situazione di cui ci si occupa è indubbiamente nuova trattandosi di una pratica che si è resa concreta solo con la fecondazione *in vitro* e con la contestuale possibilità di creare embrioni *in vitro*. Le questioni che vengono sollevate sono molteplici ed in parte connesse tra loro. Si discute, ad esempio, di un diritto degli embrioni all'integrità genetica ma, al tempo, viene posto in capo ai «proprietari» del materiale genetico la titolarità del consenso per interventi di tipo terapeutico sullo stesso; la questione della loro utilizzazione per fini di tipo scientifico, che riguarda naturalmente gli embrioni sovrannumerati, ripropone il tema della proprietà di parti del corpo e si scontra con la richiesta di conferire lo *status giuridico* di persona umana anche all'embrione (in merito BUSNELLI, F.D., *Lo statuto del concepito*, in *Dem. dir.*, 1988, 213 ss.; Id., in [7], 124 ss.; documento del Comitato nazionale per la bioetica su *Identità e statuto dell'embrione umano*, del 22 giugno 1996; ampiamente sull'uso linguistico, e sulle sue accezioni, del termine «persona» riferito all'embrione ZATTI, P., *Quale statuto per l'embrione*, in [2], 97 ss.). L'affermazione che gli embrioni, e contestualmente con essi le generazioni future, hanno diritto all'integrità genetica è contenuta, per la prima volta nella raccomandazione n. 934 del 1982 del Consiglio d'Europa la quale, rinviando esplicitamente agli artt. 2 e 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, prevede per essi «il diritto di ereditare caratteri genetici che non abbiano subito alcuna manipolazione»; analoga dichiarazione è contenuta nella successiva Raccomandazione n. 1046 del 1986 dove si parla di un «diritto al patrimonio genetico non manipolato»; nell'ultima Raccomandazione dello stesso organismo, la n. 1100 del 1989, dall'eloquente titolo «Uso degli embrioni umani e dei feti nella ricerca scientifica» (ma sull'argomento si v. anche il rapporto di W. Rothley presen-

tato al Parlamento europeo dalla Commissione giuridica per i diritti dei cittadini dal titolo *Relazione sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica*, in *Pol. dir.*, 1989, 471 ss.); ed, infine, nella Convenzione del Consiglio d'Europa del 1996 dove, oltre ad essere vietata ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona a causa del suo patrimonio genetico (art. 11), viene proibito «l'utilizzo di tecniche di concepimento assistito per scegliere il sesso del nascituro, salvo che per evitare una grave patologia ereditaria legata al sesso» (art. 14). Queste ultime dichiarazioni, associate alla concezione cattolica della sacralità della vita umana, sono state utilizzate in buona parte (BUSNELLI, F.D., in [7], 124 ss.; D'AGOSTINO, F., [27], 263 ss.; SGRECCIA, E., *La fecondazione artificiale di fronte all'etica*, in *Med. mor.*, 1993, 182 ss.; sul punto anche l'Istruzione *Donum vitae*), per sostenere l'equiparazione dell'embrione alla persona già esistente, con eguale titolarità di diritti, escludendo così qualsiasi intervento di tipo scientifico su di essi. La questione dell'equiparazione dell'embrione alla persona già esistente è di certo una delle più delicate dal punto di vista della riflessione etica ma sul piano giuridico, salvo non voler accedere ad una concezione della vita di tipo giusnaturalistico, deve essere risolta in termini di pari dignità sociale tra soggetti concretamente dati. Sulla base del principio enunciato, la pari dignità sociale, ogni equiparazione tra la persona ontologicamente esistente e l'embrione viene eliminata in radice e l'unica relazione rilevante per il diritto resta quella tra la libertà della ricerca scientifica e la persona umana ontologicamente intesa. Volendo poi portare alle estreme conseguenze il ragionamento dell'equiparazione occorre osservare che se ciò che si intende tutelare è il processo di sviluppo della vita umana non si capisce perché arrestarsi al momento del concepimento, in quanto anche nell'ovulo e nello sperma si può trovare qualcosa di potenzialmente in grado di far nascere una persona umana (in tal senso CAPRON, A.M., *Quali norme per la procreazione?*, in [7], 79 ss.; SINGER, P., [66], 122 ss.; DWORAKIN, R., [33], 128 ss.). Le dichiarazioni vanno, invece, correttamente intese come un richiamo al principio di responsabilità della comunità scientifica (JONAS, H., [41], 124; contra, HARRIS, J., [39], 140, 161, 268 ss., secondo il quale non vi è alcuna differenza tra le trasformazioni realizzate in via culturale e quelle prodotte in via definitiva con gli interventi di tipo genetico) affinché nel suo progredire non ponga in essere pratiche dal carattere eugenetico; lasci impregiudicata la libertà di scelta delle generazioni future, senza rinunciare con ciò all'obiettivo di minimizzare i loro danni. Merita di essere segnalata a tale proposito la scelta del legislatore del Regno Unito che con lo *Human Fertilization and Embriology Act* del 1990, recependo ampiamente le indicazioni contenute nel rapporto *Warnock* del 1984, ha autorizzato la ricerca sull'embrione fino al quattordicesimo giorno dal concepimento, istituendo, tra l'altro, una *Authority* alla quale è deferito il compito di autorizzare e controllare l'attività di ricerca e di fecondazione artificiale; mentre, nel caso della ricerca scientifica, l'impossibilità di individuare un effettivo titolare nel caso dei diritti delle generazioni future, riconosciuti in sede internazionale, ha obbligato i legislatori, che hanno affrontato il tema, a condizionare la disponibilità di feti ed embrioni umani, da parte della comunità scientifica, al previo assenso della coppia donante, escludendo sempre il fine di lucro (così la legge spagnola n. 42 del 3 dicembre 1988, artt. 1 e 2; la Raccomandazione n. 1100/89, lett. H, n. 22; e, da ultimo, con una deroga al principio generale di indisponibilità, la legge francese n. 94-654, art. L. 152-8; in dottrina ESER, A., *Statut dell'embrione umano da un punto di vista giuridico*, in *Pol. dir.*, 1989, 417 ss.). L'A.C. n. 414, XIII Legislatura, anziché contemperare gli interessi della ricerca scientifica, tutelati dalla Costituzione,