

LE FONTI NAZIONALI DEL BIODIRITTO: ALCUNI APPUNTI PER UNA TEORIA DELLA “SOVRANITÀ” DELL’INDIVIDUO NELLA PRODUZIONE GIURIDICA¹

di Laura Buffoni²

SOMMARIO: 1. La giuridificazione del bios: dallo “stato di eccezione” alla “norma”; 2. La “norma di vita” del biodiritto: norme *di* procedura e norme *sulla* procedura; 3. La decisione politica ed il sapere tecnico-scientifico: la doppia legittimazione del biodiritto; 3.1 La nascita: il paradigma scientifico e politico; 3.2 La vita e la salute: il diritto dei “protocolli”; 3.3 La morte: la decisione politica dell’“impolitico”; 4. La libertà del corpo: alla ricerca del consenso della comunità e dell’individuo; 4.1 Segue: Il giudice ed il medico: “custodi” della libertà o “presidi” di autorità?; 5. Le ordinanze contingibili ed urgenti ed il riemergere dello stato di eccezione?; 6. Le metanorme di biodiritto: una ricerca “abortita”; 7. Le norme di biodiritto ed i modelli di produzione giuridica: per il “pluralismo” dei corpi.

1. La giuridificazione del bios: dallo “stato di eccezione” alla “norma”.

La “nuda vita”³ dell’uomo-specie ha cessato da tempo di appartenere all’ordine spontaneo della natura ed ha fatto il suo ingresso nell’ordine artificiale e politico del diritto e della decisione sovrana. La forza *euristica* della scienza e quella *performativa* della tecnica hanno, poi, attirato la forza della legge.

Il biodiritto appare la *forma* della volontà scientifica e tecnica di “governo” della natura e del corpo dell’uomo, la cui vita biologica, al pari della norma giuridica, è divenuta l’*artificio*, il “prodotto” della volontà⁴. Quale è, allora, la forma giuridica che allo stato attuale dell’ordinamento nazionale regola la parabola biologica dell’uomo? Come è avvenuta la metamorfosi della *zoè* nel *bios* della tradizione aristotelica? Come è uscita l’impolitica vita naturale dall’ordine domestico dell’*oikòs* e come è entrata nell’ordine pubblico della nostra *pòlis*? Quale è, insomma, la forma dell’implicazione della “nuda vita” nell’ordine giuridico-politico e, con essa, della fine della distinzione classica fra “nuda vita” e “vita qualificata”?

¹ In corso di pubblicazione su *Diritto e Società*.

² Assegnista di Ricerca nell’Università di Sassari.

³ Per W. BENJAMIN, *Zür Kritik der Gewalt*, in *Gesammelte Schriften*, Frankfurt am Main, 1974-1989, vol. II, I (1977), p. 151, rappresenta il nesso tra la vita vivente e la violenza giuridica, ove il dominio del diritto sul vivente è coestensivo alla nuda vita e cessa con questa. Riemerge nella nuda vita la forza della “vita effettiva” di Schmitt, che spezza “la crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione”: ID., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1922, trad. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID. (a cura di G. Miglio e P. Schiera), *Le categorie del “politico”. Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, p. 41.

⁴ Sulla artificialità come minimo comune denominatore della tecnica e del diritto insiste N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, pp. 60 e 67. Per la simbiosi tra diritto ed aspetto tecnologico della scienza moderna in nome della “volontà di dominio” e per l’essenza nichilistica del diritto moderno A. CARRINO, *Esperienza giuridica e nichilismo*, in *Democrazia e diritto*, 1987, p. 291 ss.

Il biodiritto vive, etimologicamente, nella presupposizione o immanenza reciproca tra vita concreta e diritto, tra biologia e diritto⁵, tra sostanzialismo naturalistico e formalismo giuridico. Se si adoperano le categorie della filosofia politica per osservare le fonti del biodiritto, ci si avvede che le medesime hanno progressivamente vestito i panni del giusnaturalismo, del decisionismo e del normativismo.

Finché nascere e morire appartenevano ad una realtà naturale esterna e presupposta dalla norma, che si imponeva oggettivamente al diritto, le leggi di natura costituivano la matrice del biodiritto ed il diritto degli uomini rifuggiva dalla fisicità del corpo⁶. Quando la biotecnica consegna i processi biologici dell'uomo alla sua volontà, le leggi degli uomini sostituiscono il giusnaturalismo dei principi eterni ed immutabili ed il corpo diviene l'oggetto della regola giuridica⁷.

In questo mutato orizzonte, l'incontro originario tra vita e diritto nell'ordine politico è stato ricondotto al paradigma dello stato di eccezione, ove il diritto ha incluso in sé la vita attraverso la propria sospensione. Nello stato di eccezione, la zona di anomia, in cui il diritto vige senza applicazione, ha fondato il diritto nel mondo della vita, come pura applicazione senza vigenza. La legge è divenuta vita vivente ed il sovrano legge vivente⁸.

Un po' perché lo stato di eccezione è diventato la regola⁹ e l'indistinzione tra vita e diritto, ove il diritto crea, *produce*, la vita e la vita penetra nel diritto, diviene la norma, un po' perché l'originaria indiscernibilità tra vita e diritto nei confini dello stato di eccezione, fondato sull'esclusione inclusiva della vita naturale, ha lasciato il posto alla totale politicizzazione della nuda vita come tale, il biodiritto è parso progressivamente abbandonare il paradigma dell'eccezione e divenire compiuta giuridificazione del

⁵ Sulla scia degli studi di filosofia politica di M. CAMELLI, *Da Comte a Foucault attraverso Canguilhem. L'avventura ermeneutica della biopolitica*, in *Filosofia politica*, 2006, n. 1, p. 15 ss., il sintagma biodiritto, al pari di biopolitica, mantiene, infatti, la propria rilevanza teorica ove il prefisso "bio" rinvii alla vita come *oggetto* scientifico di quella nuova forma di razionalità scientifica che è la biologia, idonea a trasformare anche il fondamento della razionalità politica.

⁶ Sull'evoluzione del rapporto tra il diritto e la fisicità e corporeità della persona, vedi di recente P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, p. 8 ss. Tale rapporto non è, peraltro, che una particolare declinazione del nesso tra corpo e potere, tra corpo fisico e corpo civico della città, indagato dagli studi antropologici di N. LORAUX, *Nati dalla terra. Mito e politica ad Atene*, Roma, 1996, p. 15 ss.

⁷ Sull'avvicinarsi delle leggi degli uomini a quelle di natura nella regolazione dei processi biologici cfr. S. RODOTÀ, *Il corpo tra norma giuridica e norma sociale*, in L. PRETA (a cura di), *Nuove geometrie della mente. Psicoanalisi e bioetica*, Roma-Bari, 1999, p. 91 ss.; ID., *Sul buon uso del diritto e sui dilemmi della clonazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, n. 2, p. 561 ss.; ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, p. 15; F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, 1997.

⁸ Ha indagato la relazione tra la nuda vita ed il diritto nello stato di eccezione, inteso non solo nella prospettiva storica della struttura originaria del potere sovrano, ma anche come paradigma "universale" ed "eterno" di governo dominante nella politica contemporanea, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003; ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005.

⁹ E' la nota tesi di W. BENJAMIN, *Über den Begriff der Geschichte (1942)*, in ID., *Gesammelte Schriften*, Frankfurt, 1972-1989, vol. I.2, p. 697; evidente la eco della riflessione di Benjamin anche in C.L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, New York, 1948, p. 297 e pp. 313-4.

*bios*¹⁰, attraverso la riduzione della vita in *forme*, in modelli astratti e generali, e la riduzione del corpo in *oggetto*.

La normativizzazione assoluta della vita è divenuta la manifestazione più sensibile della sovranità ed, al contempo, la prestazione più richiesta per l'esercizio dei diritti di libertà nell'età della tecnica¹¹. Indizi della pretesa regolativa totalizzante e della paura del vuoto normativo non paiono, del resto, difficili da rinvenire nell'ordinamento. La mente corre, in particolare, alla decisione della Corte costituzionale che, muovendo dalla categoria delle leggi ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, ossia leggi la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima costituzionalmente garantita, ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta referendaria avverso la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza. Tale richiesta sarebbe, infatti, stata formulata "attraverso un ritaglio del testo vigente, in modo tale da dare all'abrogazione il senso palese di una pura e semplice soppressione di ogni regolamentazione legale dell'interruzione volontaria della gravidanza nei primi novanta giorni, riconducendo tale vicenda ad un regime di totale libera disponibilità da parte della singola gestante, anche in ordine alla sorte degli interessi costituzionalmente rilevanti in essa coinvolti"¹². Al medesimo orizzonte si ispirano il monito rivolto dal giudice costituzionale al legislatore per colmare la "situazione di carenza dell'attuale ordinamento", aperta dalle "possibilità di fatto oggi offerte dalle tecniche applicate alla procreazione"¹³, e la dichiarazione di inammissibilità della richiesta di referendum abrogativo relativa all'intera legge sulla procreazione assistita¹⁴. La Corte ha ritenuto che una "legislazione organica" della *materia* (il linguaggio appare evocativo e non casuale ove applicato alla normativizzazione della corporeità dell'uomo) e delle ricerche e tecniche mediche applicate alla vita riproduttiva assicura "un livello *minimo* di tutela legislativa", tanto da essere costituzionalmente necessaria ed indisponibile¹⁵.

¹⁰ L'espressione è mutuata da N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, pp. 42-3.

¹¹ Sulla normativizzazione assoluta della vita e sulla sua sovrapposizione alla biologizzazione della politica cfr., sulla scia (e, finanche, superamento) della tesi *foucaultiana* e della critica di Canguilhem al paradigma della normalizzazione biomedica e del meccanicismo tecnico, le riflessioni di R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, *passim* e, soprattutto, p. 200 ss. Sulla totale giuridicizzazione della vita come principio che connota le democrazie costituzionali della seconda metà del Novecento, assillate dal vuoto normativo e come simbiosi, nell'era tecnologica, tra la nuova sovranità che si prende in carico la vita biologica e l'esercizio della libertà-volontà dell'uomo di governo del corpo vedi G. VOLPE, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo-specie, i diritti umani*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, p. 339 ss.

¹² Corte cost., sent. n. 35 del 1997, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹³ Corte cost., sent. n. 347 del 1998, punti 3 e 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 45 del 2005.

¹⁵ Punto 6 del *Considerato in diritto*. Sulla paura dell'"*horror vacui*" nella decisione del giudice costituzionale cfr. A. MUSUMECI, *I referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale*, in www.costituzionalismo.it; sulla ipostatizzazione, nella pronuncia della Corte, della legge che disciplina l'esercizio della libertà-volontà dell'uomo di procreare *artificialmente* come bene in sé, cfr. A. PUGIOTTO, *E' ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; sulla "non legge" come male minore a fronte di una "cattiva legge" A. RUGGERI, *"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e..sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, *ivi*.

Il biodiritto passa così dalla concreta *decisione* sovrana su quale vita è sacra¹⁶ alla *normale* assunzione della cura del corpo del singolo, nonché della salute della nazione e della popolazione. Nella biopolitica moderna il potere di decidere quale è la forma della vita biologica tende ad emanciparsi dallo stato di eccezione per trasformarsi in potere di decidere quando la nuda vita è politicamente rilevante, che è, ormai, divenuta la *norma*¹⁷. La tecnica ha, ulteriormente, contribuito alla sua integrale normativizzazione e, quindi, alla sua normalizzazione. L'*artificialità* della tecnica esige, infatti, l'adozione del normativismo e del suo apparato di *produzione* di norme come unico metodo giuridico che consente alla volontà e, con essa, al diritto di regolare la tecnica ed il corpo come prodotto della prima¹⁸. Il biodiritto è, così, il più moderno (meglio, *post-moderno*) esempio di tecno-diritto, con ciò intendendo sia il modo di essere del diritto del corpo nell'età della tecnica sia una specie di tecnica, ossia di forma della volontà di dominio e di potenza dell'uomo sulla corporeità progettata, prodotta e fabbricata¹⁹.

2. La "norma di vita" del biodiritto: norme di procedura e norme *sulla* procedura.

Con un gioco linguistico, ci si potrebbe allora chiedere quale è la "norma di vita" del biodiritto?

La forma desiderabile della regolazione giuridica della vita, nella sua tenuta puramente biologica, ha occupato il dibattito costituzionalistico contemporaneo.

A favore della pregiudiziale scelta per la *normazione* in luogo della *decisione* giudiziaria *case by case* ha giocato il duplice argomento che il bilanciamento tra i plurimi interessi costituzionali coinvolti nei temi di biodiritto (biotecnica e bioetica) non può abbandonare la sede naturale della decisione politica, pena la corto-circuitazione del sistema democratico-rappresentativo²⁰ e che l'anomia non garantisce di per sé

¹⁶ Sul ripensamento del dogma (e luogo comune) della sacertà della vita nella teoria dei diritti umani, che in origine esprimeva, invece, la soggezione della vita ad un potere di morte, G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 90 ss.

¹⁷ Sull'esigenza di "meccanismi continui, regolatori" come conseguenza di un potere che ha il compito di occuparsi della vita e sulla "società normalizzatrice" come "effetto storico di una tecnologia di potere centrata sulla vita" M. FOUCAULT, *Bio-potere, guerra e razzismo* (1976), in V. SORRENTINO, *Antologia. L'impazienza della libertà*, Milano, 2005, p. 103. La nostra indagine dovrebbe aiutarci a comprendere se la norma regolatrice è quella politico-giuridica o quello scientifico-tecnica.

¹⁸ Per l'alleanza tra positivismo giuridico, nella forma del normativismo kelseniano, e scienza moderna, come scienza produttiva di verità e come volontà di potenza, cfr. ancora A. CARRINO, *Esperienza giuridica e nichilismo*, cit., p. 294.

¹⁹ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, pp. 132-3 e pp. 60-1.

²⁰ V. BALDINI, *La disciplina della fecondazione assistita: un problema di diritto costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 144 ss.; ID., *Introduzione e Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in ID. (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, p. 14 e p. 123 ss.; V. ZAMBRANO, *La fecondazione assistita e il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatista*, ivi, p. 95 ss.; F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti*, ivi, p. 168; C.M. MAZZONI, *La bioetica ha bisogno di norme giuridiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 287 ss.; L. NIELSEN, *Dalla bioetica alla biogestazione*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, p. 54; A. D'ALOJA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. XVI ss.; M. LUCIANI,

l'autodeterminazione individuale, la quale ha piuttosto bisogno del riconoscimento normativo della propria intangibilità, sul modello dell'art. 32 della Costituzione²¹ e sulla scia del disvelamento praticato dalle teoriche del c.d. paradosso della libertà²². Sotto questo profilo, il vuoto normativo non è tanto proporzionale agli spazi di libertà, che non esistono se non in simbiosi con l'autorità, quanto all'esercizio di libertà senza responsabilità e di diritti insolenti²³. All'opposto, bandire la norma e rinviare la decisione dei casi concreti alla sola procedura giudiziaria, dominata dal principio del contraddittorio, è apparsa la soluzione più idonea per consentire il soddisfacimento delle istanze rivolte al diritto dalla fluidità del sapere tecnico-scientifico e per superare il carattere intrinsecamente conservatore e di parte del primo²⁴.

L'opzione per modelli astratti e generali di regolazione delle condotte manipolative e/o conformative delle fasi biologiche della vita ha, poi, però, registrato nella giuspubblicistica marcate divisioni in ordine alla scelta delle fonti ed alla "progettazione" delle norme del biodiritto.

Nella prima direzione, il "tono costituzionale" dei conflitti sottesi ai comportamenti umani nella scienza della vita e nella cura della salute ha indotto a preferire la legge costituzionale in luogo di quella ordinaria²⁵; l'inevitabile obsolescenza dei dati tecnico-

Relazione di sintesi, ivi, pp. 625-6; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, p. 243 ss.

²¹ Spende l'argomento S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., pp. 272-3. Per converso, sul "giuridicismo" come pericolo di negazione della libertà e sull'astensionismo etico, con il solo limite per le norme etiche del *neminem laedere*, cfr. i noti argomenti di L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione umano tra bioetica e biogiuridica. Principi generali*, in P. CATTORINI (a cura di), *Scienza ed etica nella centralità dell'uomo*, Milano, 1990, p. 232; U. SCARPELLI, *Etica della libertà*, in *Bioetica*, n. 1, 1993, p. 23; E. LECALDANO, *La bioetica e i limiti del diritto*, in *Dem. dir.*, n. 4-5, 1988, p. 33.

²² Sulla simbiosi tra libertà e regole e sul paradosso della libertà, a partire dalla riflessione di Popper e Von Hayek, M. BARBERIS, *Autorità*, Bologna, 1999, p. 15 ss.

²³ Le espressioni sono mutate da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 42; all'orizzonte concettuale dell'immanenza tra libertà e regole sono riconducibili le riflessioni già di G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 47 ss.; F.D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, n. 2, 2003, p. 264; S. CANESTRARI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40: procreazione e punizione*, in *Bioetica-Riv. interdisciplinare*, n. 3, 2004, p. 421.

²⁴ Paiono preferire l'arretramento del nomoteta e la rimessione della decisione del caso concreto al potere diffuso ed equitativo del giudice G. ZACCARIA, *L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 638; R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Milano, 1988, p. 146; G. ALPA, *Metodo di analisi e modelli giuridici del controllo delle tecniche di procreazione artificiale*, in G. FERRANDO (a cura di), *Le fecondazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989 p. 16; F. D'AGOSTINO, *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in S. BIOLO (a cura di), *Nascita e morte dell'uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, Genova, 1993, p. 138; ID., *Bioetica: nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino 1996, *passim*; ID. (a cura di), *Il corpo de-formato: nuovi percorsi dell'identità personale*, Milano, 2002, *passim*; L. D'AVACK, *Ordine giuridico e ordine tecnologico*, Torino, 1996, p. 9; G. OPPO, *Scienza, diritto, vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 12; L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione. Il problema morale e il ruolo del diritto*, in G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, p. 32 ss.; e, con precipuo riguardo alla tecnologia genetica, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 203.

²⁵ Predilige la forma costituzionale della legge in tema di procreazione artificiale e testamento biologico A. RUGGERI, "Tutela minima", cit.; ID., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; ID., *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, ivi.

scientifici ha condotto a svalutare lo strumento legislativo a favore delle fonti secondarie o a privilegiare l'istituto della delegificazione con ampie clausole di rinvio²⁶; la crisi conclamata della rappresentanza politica e l'esigenza sempre più pressante di nuove forme di legittimazione democratica dell'imperatività ha suggerito l'adozione di leggi rinforzate nel procedimento, con l'introduzione di referendum a carattere consultivo o approvativo²⁷.

Quanto, invece, alle tecniche di "progettazione-produzione" delle norme del biodiritto, a ipotesi di norme scientificamente ed eticamente preorientate, improntate ad una morale sostanziale unica²⁸, si sono opposte ipotesi regolative "a maglie larghe", recanti una disciplina legislativa "per principi" minima, accompagnata da deleghe di bilanciamento al decisore (giudice o medico-scienziato) del caso concreto²⁹. A norme di contenuto eticamente, scientificamente e tecnologicamente predeterminato, che delineano "modelli" prescrittivi di nascita, di vita e di morte, si manifesta la crescente preferenza per norme che stabiliscano le "procedure" e gli "organi" per governare, nei

²⁶ Questa l'opzione proposta da F. PASTORE, *Il diritto di procreare*, cit., pp. 168-9; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, cit., pp. 284-5.

²⁷ V. BALDINI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, cit., p. 155.

²⁸ Prediligono una legislazione "etica", rigidamente prescrittiva, opponendola ad una "tecnica", ipocritamente ed inammissibilmente neutrale e relativista, G. DI ROSA, *Biodiritto. Itinerari di ricerca*, Torino, 2009, p. 58; ID., *Etica, diritto e giustizia*, in S. RANDAZZO (a cura di), *Etica e diritto nella medicina di fine vita*, Roma, 2010, p. 99 ss.; L. PALAZZANI, *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici*, in *Dir. famiglia*, nn. 2-3, 1999, p. 746; ID., *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, p. 7 ss.; A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, 2001, p. 15 ss.

²⁹ Seppur con differenti sfumature, propongono un modello di normazione "mite", "elastica", "leggera", "tollerante" o "flessibile" S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Bari, 1993, pp. VIII e 430; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 131; ID., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 161 ss.; ID., *La vita e le regole*, cit., pp. 16, 58 e 201, il quale contrappone un diritto che produce norme di "supremazia" ad uno che produce norme di "compatibilità"; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., p. 72; M. VOLPI, in ID. (a cura di), *Le biotecnologie*, cit., p. 9; A. GALASSO, *Biotechnologia, tecnologia, atti di disposizione del corpo*, ivi, p. 132; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, in *Justitia*, 1988, p. 100; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, cit., pp. 283-5; ID. in AA. VV., *Bioetica e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1, 1996, p. 315; L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in ID. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit., p. XX ss.; P. BORSELLINO, *Vere e false alternative in tema di rapporti tra bioetica e diritto*, in *Politeia*, 2002, p. 123 ss.; F. RIMOLI, *Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2002, p. 348; R. MANFRELOTTO, *Le norme tecniche tra rappresentanza politica e ragionevolezza*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, p. 171 ss.; ID., *Biotecnologie e regolazione tecnica: la giurisprudenza comunitaria sui meccanismi di tutela*, in A. D'ALOJA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., pp. 371-2; R. PRODOMO, *Le metamorfosi della salute nelle fasi iniziali e finali della vita*, in R. PRODOMO (a cura di), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Torino, 2004, p. 11 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Direttive anticipate: brevi note*, ivi, p. 230; S. GAMBINO, *Recensione a S. RODOTÀ, La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2006, p. 663 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., pp. 291-2; L. GIANFORMAGGIO, *La riproduzione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; C. CASONATO, *Considerazioni di sintesi*, in *Forum Biodiritto, I dati genetici nel biodiritto*, Trento, 21-22 maggio 2009, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, III, p. 1123.

casi concreti, l'applicazione del sapere scientifico-tecnologico alla vita³⁰, fino a progettare per il diritto del corpo "nomodotti" limitati alla sola posizione di metanorme (o norme di secondo grado), vale a dire alla regolazione della produzione bio-giuridica ed alla creazione di regole procedurali³¹. La proposta è quella per un diritto "omeostatico", capace di auto-adattamento ai mutamenti della scienza, e "prospettico", idoneo a incorporare il futuro³².

Non pare difficile scorgere dietro i due modelli delineati di norme di biodiritto due diversi idealtipi di democrazia e di Costituzione. Nel primo, in sintonia con il modello di democrazia "maggioritaria", la deliberazione politica è di per sé strumento di legittimazione etica del diritto; nel secondo, il carattere disomogeneo e pluralistico degli ordinamenti politici conduce alla svalutazione dell'"etica dei più" e, con esso, dello strumento legislativo per perdita della effettiva capacità regolativa³³ e ritrova nei diritti di libertà individuale della democrazia "costituzionale" contro-limiti in funzione antimaggioritaria³⁴. Similmente, la traduzione in biodiritto di norme etiche pare

³⁰ Discorrono espressamente di biodiritto "procedurale" versus modello "sostanziale" C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, p. 128 ss.; ID., *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; ID., *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009, p. 83; G. F. FERRARI, *Bioteologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, IV, p. 1566; V. POCAR, *Sul ruolo del diritto in bioetica*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 1999, p. 164. Alla medesima logica pare ispirarsi la distinzione tra modelli, rispettivamente, permissivi ed impositivi (o proibizionisti), tra legislazioni liberali e rigide, di cui discutono P. BORSELLINO, *Modelli di regolazione giuridica delle questioni bioetiche*, in *Sociologia del diritto*, 1999, p. 176; C. PICIOCCHI, *Le fonti del biodiritto: la complessità del dialogo*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, pp. 88-93; T. CHECCOLI, *Brevi note sulla distinzione tra eutanasia attiva e passiva*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; S. PENASA, *La necessaria concordanza tra formanti: il livello di litigiosità giurisdizionale quale parametro di valutazione dei diversi modelli di regolazione legislativa nel biodiritto?*, Relazione presentata al Forum di Biodiritto, Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 28-29 maggio 2008, disponibile al sito www.jus.unitn.it. Nella prospettiva della bioetica contrappongono una impostazione sostanziale ad una procedurale, una comunitaria ad una liberale, delle pratiche cliniche, tra gli altri, C. VIAFORA, *Bioetica clinica: la dimensione normativa della pratica medica*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, cit., pp. 55-6; M. MORI, *Is a "hand off" policy to reproduction preferable to artificial intervention?*, in AA. VV., *Creating the child*, London, Boston, 1996, p. 106.

³¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DI MEO, C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Bari, 1989, p. 41 ss. Per certi versi, tale opzione pare significativamente incontrare sul terreno del biodiritto i più recenti approdi della teoria generale delle fonti, secondo cui la legge parlamentare potrebbe recuperare terreno divenendo fonte di norme sulla produzione normativa e non già fonte di regole prescrittive di condotta: sul ruolo della legge come "normazione sulla normazione" cfr. la riflessione di F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2009.

³² S. RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 409.

³³ Così S. RODOTÀ, *Dilemmi della vita e della morte*, in AA. VV., *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo*, Milano, 1991, p. 191; ID., *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 159; ID., *La vita e le regole*, cit., p. 202; A. SANTOSUOSSO, *Un intrigo anagrafico e familiare*, in S. NESPOR, A. SANTOSUOSSO, R. SATOLLI, *Vita, morte e miracoli. Medicina, genetica, diritto: conflitti e prospettive*, Milano, 1992, p. 52; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 43.

³⁴ Il dibattito sulla legislazione di biodiritto rinvia, dunque, in ultima analisi, alla contrapposizione tra concezione "costituzionale" della democrazia, come vincolo del potere delle maggioranze politiche, e concezione "maggioritaria", ove la seconda aggrega una dimensione sostanziale di moralità pubblica,

sottendere la concezione della Costituzione come tavola di valori su cui ragionare per “esprimere una *ragione pubblica* [...] fino a descrivere concezioni e modelli ideali (o etici) di vita”. Per contro, la riduzione del biodiritto a norme di “compatibilità” tra i diversi casi e le diverse concezioni della vita non è comprensibile se non unitamente a quell’idea proceduralistica della Costituzione “come l’insieme delle condizioni essenziali per garantire la migliore rappresentazione degli eventi della vita”, orientata a soddisfare “le esigenze di giustizia prospettate dal caso concreto”³⁵.

Le norme nazionali di biodiritto restituiscono un modello di *normazione*? Hanno una *forma di vita* propria che giustifica l’autonomia concettuale del biodiritto? Esistono, insomma, norme di biodiritto?

La risposta esige la vivisezione delle fonti del diritto positivo su due distinti piani. L’uno attiene alla analisi delle norme *primarie* (o di primo grado) di biodiritto, che regolano le condotte umane implicate dalle possibilità di manipolazione tecnico-scientifica della vita organica. L’altro inerisce alla ricerca di norme *secondarie* (o di secondo grado), di norme che disciplinano, cioè, le procedure di produzione delle prime³⁶. Nel primo caso, oggetto di indagine è la norma biogiuridica e la sua ascrivibilità al modello delle norme del monismo etico o delle norme *di procedura*. Nel secondo caso, la ricerca attiene all’esistenza o meno di norme *sulla* procedura di produzione biogiuridica.

3. La decisione politica ed il sapere tecnico-scientifico: la doppia legittimazione del biodiritto.

Nella prima direzione, la riflessione non può che prendere l’avvio dalla pretesa del biodiritto di regolare il sapere scientifico e le tecniche manipolativo-conformative del corpo.

Le questioni attengono alla legittimazione della normatività giuridica a regolare quella scientifico-tecnologica ed alle *tecniche* regolative che il diritto positivo conosce per includere la seconda nella prima.

Due le rappresentazioni prefigurate dell’incontro tra scienza e tecnica, da un lato, e politica e diritto, dall’altro³⁷: o come trionfo della normatività scientifico-tecnologica

nella riflessione di R. DWORKIN, *Constitutionalism and Democracy*, in *European Journal of Philosophy*, n. 1, 1995, p. 2 e *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., 1996. Sulle implicazioni dei diversi modelli di democrazia nella soluzione delle questioni biogiuridiche, quali aborto ed eutanasia, R. DWORKIN, *Il dominio della vita: aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994; ID., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007, p. 67 ss. Sul rapporto diritti-libertà e democrazia in Dworkin, G. BONGIOVANNI, *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, 2000, p. 220 ss.

³⁵ Il virgolettato è di G. VOLPE, *Antico, moderno e post-moderno nel giudizio incidentale sulle leggi*, in AA. VV., *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno dell’A.I.C., Milano, 11-12 ottobre 2002, Padova, 2004, p. 153.

³⁶ Il riferimento è, come noto, alla distinzione hartiana tra norme primarie (*rules of obligation*) e norme secondarie (*rules of recognition*).

³⁷ Il *dilemma* del rapporto tra normatività giuridica e scientifico-tecnologica emerge in tutta la sua *drammaticità* nel dialogo tra giurista e filosofo che ha impegnato N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; EA., *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 665 ss. Nel dibattito tra i due è intervenuto anche L. MENGONI,

che assorbe quella giuridica, sino a divenire la norma suprema, cui le volontà politico-giuridiche sono *destinate* a piegarsi³⁸; o come giuridicizzazione della scienza e della tecnica, di talché la norma giuridica che regola il fenomeno scientifico, lungi dal segnare la dissoluzione del diritto nell'apparato tecnico-scientifico e l'avvento del c.d. "giustecnicismo", è, al contrario, la conferma della riconduzione del sapere scientifico e tecnologico al circuito democratico-rappresentativo ed al mondo del diritto, inteso come mondo della *decisione* e della *scelta*³⁹. L'una risolve la pretesa regolativa del nomoteta nell'infalibilità della scienza e nella performatività della tecnica, l'altra assolutizza la dimensione politica a scapito della sua fondazione scientifica.

Le ricerche della moderna biopolitica sembrano, però, riorientare la relazione tra legittimazione scientifica e legittimazione democratica della regola giuridica. Tra biologizzazione del diritto e politicizzazione della vita e della scienza ad essa applicata non sembra, infatti, esservi un rapporto antinomico, ma una simbiosi, una reciproca presupposizione o "doppia determinazione", ove la biologizzazione del diritto è l'esito della precedente giuridicizzazione della vita, divenuta riferimento oggettivo, concreto, fattizio, del potere politico⁴⁰. Legittimazione scientifica e politica non sono più autosufficienti per validare la regola giuridica.

Non lontano conducono, del resto, i più recenti mutamenti dello statuto epistemologico e sociale del sapere scientifico. La crisi dell'immagine neopositivistica della scienza e della tecnica e del dogma della loro avalutatività, oggettività e neutralità, nonché il cedimento del fondamento metafisico della certezza della scienza, rivelatasi, al pari delle scienze sociali, fallibilista e graduale⁴¹, hanno *rivitalizzato* la dimensione politica e, con essa, il ruolo della regolazione giuridica⁴² e hanno determinato

Diritto e tecnica, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1, 2001, p. 1 ss. Nella letteratura statunitense le due concezioni dei rapporti tra scienza e diritto sono state ricondotte a due distinti paradigmi di politica della scienza (*science policy*): quello della *science in policy* (che allude al primato della componente tecnico-scientifica, che costituisce il contenuto cognitivo delle norme) e quello della *policy for science* (che denota le situazioni in cui le valutazioni normative devono intervenire a colmare le lacune conoscitive, risultando i dati scientifici incerti o suscettibili di interpretazioni divergenti). Sul punto cfr. S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, p. XIII, p. 17 ss.; M.C. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, ivi, pp. XIV-V; G. D'AMICO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale a confronto*, Relazione presentata al Forum di Biodiritto, Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 28-29 maggio 2008, cit.

³⁸ Questo l'approdo della riflessione di E. SEVERINO in N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 23 ss. e 63 ss.; già ID., *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988, II, p. 1. Sulla linea di Severino è anche U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2000, p. 449, ove si legge che "la tecnica decide sulle decisioni". Si assisterebbe ad una normativizzazione della vita umana, ma in senso medico più che giuridico, in quanto "il diritto appare crescentemente strumento della medicina", anche per G. VOLPE, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo specie, i diritti umani*, cit., p. 343.

³⁹ La posizione è ascrivibile, in particolare, a N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 5 ss. e 43 ss.; ID., *Il salvagente della forma*, cit., p. 133; ID., *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008.

⁴⁰ R. ESPOSITO, *Bios*, cit., pp. 149 e 201.

⁴¹ Sterminata la produzione scientifica, sia dei filosofi del diritto sia dei filosofi della scienza, in ordine alla presa di coscienza della limitatezza della scienza, almeno a partire dalle riflessioni di Heisenberg e Feynabend.

⁴² Per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Nigro*, vol. I, Milano, 1991, p. 465.

l'irreversibile passaggio dalla "soggezione alla scienza certa" alla "regolazione della scienza incerta"⁴³. La fallibilità della scienza è parsa, in altri termini, legittimare l'autonomia e libertà della decisione giuridica rispetto ai dati scientifici⁴⁴. Simultaneamente, però, la giuridicizzazione del dato tecnico-scientifico giammai potrebbe tradursi nell'immedesimazione tra politica e scienza. "Quando vita e politica, divisi in origine attraverso la terra di nessuno dello stato di eccezione, in cui abita la nuda vita, tendono a identificarsi, allora la via tutta diventa sacra e tutta la politica diventa eccezione"⁴⁵. Il biodiritto deve considerare la scienza come criterio esterno e non immediatamente politico.

Non a caso, allora, nella teoria del diritto post-positivista, il rapporto diritto e scienza è divenuto un rapporto bidirezionale, ove non solo la scienza e la razionalità del metodo scientifico fungono da modello per il diritto, ma il diritto, con le sue procedure decisionali, offre schemi *pratici* per la scienza. Il modello della razionalità scientifica è passato dalla razionalità logica alla "ragionevolezza" delle decisioni scientifiche in condizioni di incertezza. Si indebolisce l'opposizione dicotomica tra i procedimenti di giustificazione pratica (in ambito etico-giuridico) ed i procedimenti di giustificazione teorica (nelle scienze empiriche), tra ragione pratica e teorica, in quanto anche la scienza è configurabile come una pratica sociale guidata da regole, che, come per le altre pratiche sociali normative (giuridiche), esigono l'individuazione di criteri per giustificare azioni e decisioni⁴⁶.

L'originaria incongruenza tra le fonti di legittimazione del sapere scientifico e del sapere *narrativo* pare, quindi, oggi sottoponibile a revisione critica. Non si nega che la dimensione giuridico-politica si fondi sulla ricerca del consenso e che quest'ultimo non sia idoneo a validare il discorso scientifico. E ciò perchè il sapere scientifico, per un verso, si fonda su regole di verifica o falsificazione, laddove il consenso non è

⁴³ Così M.C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, *Ambiente e diritto*, I, Firenze, 1999, p. 85; ID., *Scientific Evidence and Environmental Rule-Making: the Co-Production of Science and Law*, in A. BIONDI, M. CECCHETTI, S. GRASSI, M. LEE (eds), *Scientific Evidence in European Environmental Rule-Making: The Case of the Landfill and End-of-Life Vehicles Directives*, The Hague/London/New York, 2003, *passim*; M. CECCHETTI, *Criticità della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano. Il caso dell'attuazione delle direttive 99/31/CE (sulle discariche di rifiuti) e su 00/53/CE (sui veicoli fuori uso)*, in www.olea.unifi.it.

⁴⁴ L'argomento per cui la fallibilità scientifica farebbe ricadere sul decisore politico la responsabilità della scelta pecca, però, di serietà secondo le considerazioni svolte da A. GAMBARO, *Alcune riflessioni sul programma del XVI Colloquio biennale dell'Aidc*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., pp. 14-5, il quale osserva come il falsificazionismo alla Popper postula che le ricerche continuino e non già che si assumano decisioni.

⁴⁵ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit. p. 162 ss.

⁴⁶ Sulla concezione post-positivista dei rapporti tra scienze naturali e scienze giuridiche non può che rinviarsi alla riflessione di V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, Relazione presentata al Convegno "Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche", Firenze, 7-8 maggio 2004; sul superamento della concezione neo-positivista di scientificità (delle scienze esatte) come parametro di razionalità delle decisioni giuridiche e sull'avvento del pluralismo metodologico che connota l'immagine della scienza contemporanea cfr. anche G. LICCI, *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., pp. 87-90. Già J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, ed. XVII, 2006, p. 118, notava che lo sviluppo postmoderno della pratica scientifica esige regole, che sono enunciati prescrittivi e non descrittivi.

necessariamente indice di verità, per l'altro, tende all'instabilità, all'ignoto, alla ricerca della "paralogia"⁴⁷, laddove la dimensione giuridica tende alla stabilità ed alla condivisione. Piuttosto, non appare più peregrina l'idea che fra il gioco linguistico della scienza, fondato su enunciati denotativi e cognitivi e quello del diritto, fondato su enunciati prescrittivi, da cui non ci si attende che siano veri, ma giusti o anche solo validi⁴⁸, non vi sia radicale incommensurabilità e che, anzi, la questione della legittimazione della scienza sia indissolubilmente legata a quella della legittimazione del legislatore: in questa prospettiva il diritto di decidere ciò che è vero non è indipendente dal diritto di decidere ciò che è giusto⁴⁹ e viceversa.

Solo il diritto positivo ci può, però, dire come l'ordinamento nazionale abbia risolto la legittimazione del biodiritto e, cioè, se nel segno della convivenza tra diritto e scienza o della sopraffazione dell'uno sull'altro. Un utile espediente narrativo per descrivere le forme di legittimazione del biodiritto può essere quello di classificare la produzione normativa in relazione alla fase biologica cui si riferisce, distinguendo norme sulla nascita della vita, sulla sua evoluzione e sulla sua fine. Quest'approccio, infatti, a differenza di quello della mera successione cronologica o gerarchica delle norme, consente di apprezzare se le esigenze regolative della vita biologica siano considerate, in punto di legittimazione del diritto, in maniera sostanzialmente unitaria, oppure differenziata a seconda della fase biologica.

L'indagine presuppone, cioè, l'abbandono delle impostazioni incentrate sulle ricostruzioni tradizionali del "sistema delle fonti" e sulle "forme" degli *atti* nei quali prende corpo la normazione a favore delle tecniche di "progettazione-produzione" normativa.

3.1 *La nascita: il paradigma scientifico e politico.*

La scienza e la tecnica restano sostanzialmente fuori dall'opera di giuridificazione dell'evento della nascita nella codificazione di diritto civile del 1942, ove concepimento e nascita preesistono al diritto e ad esso si impongono come dati naturali ed oggettivi⁵⁰. Signoreggia la "persona giuridica" e, tutt'al più, appare l'astrazione della "persona"; resta isolato all'art. 5 del codice il riferimento al "corpo".

Fin quando la nascita appartiene all'ordine naturale ed è sottratta alla volontà dell'uomo, il diritto si limita a presupporla per regolare l'ordine sociale. Solo quando il fenomeno tecnico-scientifico sottrae l'evento al caso o al destino e lo attribuisce alla volontà dell'uomo, l'istanza politico-giuridica avanza la propria pretesa regolativa della

⁴⁷ Neologismo coniato da J.F. LYOTARD, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 61 e 116 ss. Ricostruisce attorno al binomio verità/validità l'antitesi tra leggi mediche e leggi giuridiche, ove le prime, descrizioni di serie causali e naturali, tendono alla verità, le seconde sono prescrittive ed artificiali e di esse è predicabile solo la validità, N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., pp. 109-10.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁵⁰ Basti la lettura degli artt. 1, 462 e 784, c.c., ove il momento della nascita o del concepimento è esterno al diritto, accolto e ricevuto e giammai *prodotto*.

biotecnica. Il dominio della scienza e della tecnica sul corpo attrae il dominio del diritto sulla volontà⁵¹.

Con il che non si nega che il corpo dell'individuo ed il corpo sociale della comunità costituiscano già da tempo oggetto di norme giuridiche. La biopolitica moderna nasce proprio con la "presa in carico" del corpo, anche del corpo sociale della popolazione⁵². E di certo non si fatica a rinvenire segni datati della "biologizzazione" del diritto nell'ordinamento. La mente corre agli articoli 548 e 553 del codice penale⁵³, ove l'ostilità alle pratiche "anticoncettive" ed alla loro propaganda muoveva da una politica di incremento delle nascite. Ad un analogo orizzonte biopolitico pare, del resto, riconducibile la più recente legislazione sull'immigrazione, con i flussi e le quote di accoglienza degli immigrati⁵⁴, che si risolve, alla fine, in un controllo politico sulla "nascita" della comunità. Ma quelle norme giuridiche, seppur ascrivibili alla biopolitica, prescindono dalle contaminazioni tecnologiche del corpo e dalla pretesa regolativa della correlata capacità manipolativa.

Evocativa del nuovo corso biogiuridico appare, invece, pionieristicamente la legge istitutiva dei consultori familiari, la n. 405 del 1975, che seleziona tra i propri scopi, all'art. 1, lett. d), la tutela della salute della donna e del "prodotto" del concepimento. Ma è con la legge n. 194 del 1978 che, raccogliendo il monito della Corte per un tempestivo intervento del legislatore in materia⁵⁵, si affaccia l'idea della nascita "calcolabile" e "manipolabile" e si intravede un "modello" di regolazione giuridica della scienza. Agli artt. 4-7, la legge allestisce le procedure ed individua i presupposti giuridici e le condizioni fattuali che consentono alla gestante di accedere alla tecnica abortiva, ivi compresa la remissione dell'accertamento dei processi "patologici" successivi ai primi novanta giorni a un servizio ostetrico-ginecologico ospedaliero, con l'ausilio di altri saperi "specialistici"; all'art. 8 seleziona le strutture organizzative preposte alla pratica abortiva ed all'espletamento dei procedimenti autorizzativi. All'art. 15 prevede la promozione dell'aggiornamento del personale sanitario sull'uso delle "tecniche più moderne". Il paradigma pare compendiabile nella attribuzione al

⁵¹ Ricostruisce il rapporto tra biotecnica e biodiritto come il rapporto tra due tecniche, tra due volontà di potenza, N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., pp. 41-2; ID., *Il salvagente della forma*, cit., pp. 131-2.

⁵² Sulla biopolitica come "presa in carico della vita da parte del potere" M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, a cura di M. Bertani e A. Fontana, Milano, 1998, p. 206; ID., *Bio-potere, guerra e razzismo* (1976), in V. SORRENTINO, *Antologia. L'impazienza della libertà*, cit., p. 97 ss.

⁵³ Entrambi abrogati dalla l. n. 194 del 1978 ed il secondo già dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 1971 per violazione dell'art. 21 Cost. Similmente, sottendono una evidente politica delle nascite anche l'attribuzione di rilevanza penale agli atti diretti a commettere genocidio mediante la limitazione delle nascite (l. n. 962 del 1967, art. 4), nonché la previsione di misure promozionali al fine di evitare l'utilizzo dell'aborto per il controllo delle nascite (art. 1, l. n. 194 del 1978). Coglie il pregnante significato biopolitico (nel senso di negazione della "tanatopolitica") dell'art. 1 della l. n. 194 cit. Corte cost., sent. n. 35 del 1997, ove la limitazione programmata delle nascite è riguardata come antitesi del diritto alla vita.

⁵⁴ Per limitarsi alle fonti primarie cfr. d.lgs. n. 286 del 1998, l. n. 189 del 2002, d.l. n. 241 del 2004 conv. con l. n. 271 del 2004, d.lgs. n. 160 del 2008, l. n. 94 del 2009.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 49 del 1971, cit., che richiedeva l'intervento del legislatore nella materia delle pratiche anticoncezionali, secondo quanto già auspicato nel Parere del Consiglio Superiore di sanità (Assemblea generale) del 21 aprile 1967, al fine di assicurare l'attuazione delle norme costituzionali protettive della salute e della maternità.

legislatore della prescrizione delle *procedure* per l'accesso alla pratica abortiva e per il bilanciamento degli interessi e dei diritti coinvolti ed alle istanze scientifiche dell'elaborazione delle scelte e dei protocolli terapeutici del caso concreto, con la direttiva di adeguamento delle conoscenze al progresso ed all'innovazione scientifica⁵⁶. Ad una logica non dissimile sembra ispirato il decreto del Ministero della sanità del 11.02.1997⁵⁷, che disciplina i procedimenti autorizzativi per l'importazione di specialità medicinali registrate all'estero, tra cui la pillola Ru 486.

La compenetrazione tra la pretesa regolativa ed il fenomeno scientifico era, però, destinata ad aumentare.

La normazione delle tecnologie della riproduzione artificiale, della riproduzione senza sessualità, ne rappresenta la manifestazione più sensibile. Già con la nota Circolare Degan del 1985⁵⁸, il nomoteta, almeno limitatamente ai centri sanitari pubblici, sovrappone la dimensione politico-valutativa a quella scientifica. E' la prima che, infatti, elabora direttamente, per la generalità dei consociati, le scelte terapeutiche ammissibili. La scienza e la tecnica paiono poste in funzione servente al pregiudizio politico. Ne deriva la cristallizzazione nella circolare del divieto generale della fecondazione di ovociti in numero eccedente quello destinato all'immediato impianto in

⁵⁶ Al differente paradigma del legislatore-scienziato pare ispirarsi, invece, l'atto di indirizzo della Regione Lombardia per la attuazione della l. n. 194 del 1978, adottato con decreto del Direttore regionale della Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia, 22.01.2008, n. 327, che ha dato indicazioni analitiche per l'individuazione del termine ultimo di effettuazione delle interruzioni volontarie di gravidanza nei casi previsti oltre il novantesimo giorno dall'articolo 6, lettera b, della legge. E questo per la ragione che tale termine non sarebbe stato "individuato dalla legge stessa in quanto subordinato ai progressi della tecnica medico-scientifica che con il passare degli anni hanno ragionevolmente permesso di collocare il termine stesso in un momento sempre più precoce della gravidanza". Con ordinanza n. 707 dell'8 maggio 2008 il Tar, Sezione Milano, ha accolto la domanda incidentale di sospensione cautelare del presente decreto, ritenendo che i provvedimenti impugnati apparissero, "*prima facie* adottati in violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. e dell'art. 117, terzo comma, Cost. (sotto questo secondo profilo, lì dove attribuisce allo Stato la potestà di dettare la disciplina di principio in materia di tutela della salute)" e considerando che "la l. n. 194/1978 non pare lasciare alcun spazio ad interventi di normazione amministrativa o comunque di stampo amministrativo". Il Consiglio di Stato, Sez. V, in sede cautelare, con ordinanza n. 5311 del 7 ottobre 2008, ha confermato la sospensione, sulla base della considerazione che "la sentenza n. 35 del 1997 della Corte costituzionale ha definito la legge n. 194 del 1978 nei suoi *aspetti procedurali* [corsivo aggiunto] "a contenuto costituzionalmente vincolato" in quanto diretta alla tutela di diritti fondamentali, in particolare di quelli della donna gestante e del nascituro", con la conseguenza che "gli atti impugnati, pur connotati da contenuti prevalentemente operativi, in particolare con riguardo al ruolo dei consultori familiari, sono suscettibili di incidere, specificando il contenuto di norme lasciate volutamente indeterminate dal legislatore, sul delicato equilibrio delle procedure e delle valutazioni riservate, alla stregua della legge n. 194 del 1978, alla donna ed al medico professionista in attuazione degli artt. 32 e 33 Cost." e che "con riferimento agli artt. 6 e 7, 3° comma della legge n. 194/78, deve escludersi la possibilità di un intervento regionale amministrativo teso a specificare i termini indicati alla legge statale". Sulla vicenda lombarda come tentativo di restrizione e limitazione del ricorso all'aborto terapeutico G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. III Dei diritti dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, p. 861. Sul paradigma del legislatore scienziato nella storia della biopolitica del XX secolo G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 150.

⁵⁷ Salvato dall'abrogazione del d.lgs. n. 178 del 1991 dall'art. 158, comma 6, d.lgs. n. 219 del 2006.

⁵⁸ Circolare del Ministero, avente ad oggetto "limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale", 1 marzo 1985.

utero e della conservazione di embrioni a scopo di utilizzazione industriale od anche di mera ricerca o di impianto differito⁵⁹.

Il primato della predecisione politica sulla logica del caso concreto delle acquisizioni scientifiche e delle applicazioni tecniche sembra, poi, aver trovato consacrazione con l'adozione della legge n. 40 del 2004. Non si intende qui tanto fare riferimento alla autoevidente dimensione valutativa sottesa alla limitazione della p.m.a. a misura residuale per la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana ed al riconoscimento del concepito come titolare paritario di diritti. Si può discutere della ragionevolezza di tali opzioni legislative, del bilanciamento (o mancato bilanciamento) tra diritto alla vita dell'embrione e diritto alla vita, alla salute ed all'autodeterminazione procreativa della donna, ed intravedere i modelli di democrazia e di costituzione che sottendono⁶⁰. Ma difficilmente si potrebbe negare che tali decisioni esulano dalla scienza biologica e pertengono al mondo della politica e delle convenzioni umane: decidere (e non accertare) quando un embrione diviene persona, quando è titolare di diritti, stante l'incertezza scientifica, compete al titolare di discrezionalità politica. Così come la conferma del divieto di procreazione assistita di tipo eterologo ci dice molto sul monoteismo etico presupposto, ma assai poco sull'incontro tra enunciati scientifici e giuridici⁶¹.

Più interessanti nella nostra linea di ricerca paiono, invece, le norme in cui il legislatore antepone o sostituisce le proprie pretese di giustizia o validità a quelle di verità della scienza e di performatività della tecnica. Sotto un primo angolo visuale, la legittimazione del diritto pare annullare quella della scienza: si pensi ai divieti di sperimentazione su embrione umano (con l'eccezione della ricerca sperimentale per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute ed allo

⁵⁹ La Circolare conteneva, peraltro, come noto, anche il riconoscimento delle sole metodiche di inseminazione artificiale mediante gameti di una coppia di coniugi non separati, delimitando così l'ambito oggettivo di ammissibilità della procreazione medicalmente assistita. In questo caso, la questione non era tanto interrogarsi sul rispetto dei limiti della discrezionalità del potere politico innanzi alla scienza ed alla tecnica, quanto, pregiudizialmente, sulla idoneità di una circolare a bilanciare differenti interessi di rango costituzionale in luogo di fonti primarie.

⁶⁰ Sui limiti al bilanciamento dei valori coinvolti dal biodiritto, riassumibili nella non arbitrarietà, razionalità e congruenza, V. BALDINI, *La disciplina della fecondazione assistita: un problema di diritto costituzionale*, cit., p. 144 ss. Sulla irragionevolezza delle opzioni accolte nella legge n. 40 e sulla positivizzazione di una morale sostanziale unica i contributi scientifici sono ormai sterminati perché se ne possa dar conto. Per tutti, vedi il lavoro monografico di P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 151 ss., secondo cui la l. n. 40 evita bilanciamenti costituzionalmente strutturati e calibrati in concreto, propendendo per l'ideologia.

⁶¹ Propende per la non arbitrarietà, in sé e per sé, della scelta del legislatore di collocare l'inizio della vita al momento del concepimento, ma riflette piuttosto sull'esistenza di eventuali, analitici, vizi nel bilanciamento operato in concreto dal legislatore, onde verificare se gli scopi perseguiti (cura della sterilità-infertilità e tutela del concepito) siano stati raggiunti attraverso mezzi congrui ed idonei allo scopo F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 361 ss. Sui limiti della scienza biologica e sugli spazi della discrezionalità politica nei casi di non definitività del livello di conoscenza raggiunto dalla biologia, come nella definizione di embrione, cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. III ter, 09.05.2005, sent. n. 3452; Id., Sez. III quater, 21.01.2008, sent. n. 398. In dottrina, rimette alla discrezionalità legislativa l'individuazione del momento di inizio della vita umana, per tutti, C. TRIPODINA, *Studi sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2004, p. 520.

sviluppo dell'embrione), di produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione, di ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero di interventi manipolativi del patrimonio genetico dell'embrione o del gamete, di interventi di clonazione dell'embrione sia a fini procreativi sia di ricerca e di interventi di crioconservazione o soppressione degli embrioni. Sotto un secondo, il legislatore ha selezionato direttamente le scelte terapeutiche ed ha codificato le proprie verità scientifiche: significative le originarie previsioni di cui all'art. 14, commi 2 e 3, secondo cui, rispettivamente, le tecniche di produzione degli embrioni non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e, comunque, non superiore a tre ed il trasferimento differito degli embrioni, ammissibile, previa crioconservazione, nei casi di grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, deve realizzarsi non appena possibile.

Il paradigma dei rapporti tra regolazione giuridica e scienza sembra subire, dunque, un sensibile mutamento. La legge non stabilisce le *procedure* per accedere ai protocolli scientifici, ma diviene essa stessa protocollo terapeutico. Non elabora indirizzi aperti alle acquisizioni tecnico-scientifiche, ma prescrive la regola tecnico-scientifica. La legittimazione del diritto si stacca dalla legittimazione della scienza: tra il diritto di decidere ciò che è giusto e quello di decidere ciò che è vero non vi è permeabilità. Poco più che *retorico* appare, dunque, il riferimento all'evoluzione tecnico-scientifica contenuto all'art. 14, comma 2, ed all'art. 7, comma 1, come criterio che dovrebbe presiedere alle tecniche di produzione degli embrioni ed alla definizione con decreto ministeriale delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁶². Né, del resto, la rivitalizzazione della scienza nella norma giuridica pare passare attraverso il ruolo conferito agli organi tecnico-scientifici nella redazione delle norme tecniche. E' vero che l'art. 7 attribuisce la redazione delle Linee guida al Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità. Non può, però, sottacersi che la previsione dell'"avvalimento" delle competenze tecniche dell'Istituto di sanità non ha impedito la nomina da parte del Ministro di una Commissione di esperti di fiducia e che tale deviazione dal modello procedurale delineato ha superato il sindacato di legittimità del giudice amministrativo. La previsione dell'acquisizione delle valutazioni espresse dall'Istituto di sanità non escluderebbe la possibilità per il Ministro, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, di ricorrere "(anche) ad una Commissione di esperti [...] specie allorché si verta in presenza di questioni particolarmente delicate, caratterizzate da un inevitabile margine di opinabilità sotto il profilo scientifico, ed inoltre implicanti la risoluzione di problematiche di natura interdisciplinare (non solo mediche, ma anche giuridiche ed etiche)"⁶³. Qui più che il pericolo della costituzione di "tribunali della scienza"⁶⁴, politicamente irresponsabili, si assiste alla reviviscenza di "consiglieri del principe", che rispondono all'organo esecutivo. La riconduzione della scienza al circuito democratico-

⁶² Adottate con dd.mm. 21.07.2004 e 11.04.2008.

⁶³ Cfr. Tar Lazio, sent. n. 3452 del 2005, cit.; conf. Tar Lazio, sent. n. 398 del 2008, cit.

⁶⁴ Sui timori della autoreferenzialità del sapere scientifico cfr. la ricostruzione del dibattito statunitense in S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit.; sul pericolo di svuotamento della dimensione politico-valutativa cfr. E. DENNINGER, *Tutela ed attuazione del diritto nell'età tecnologica*, in F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991, p. 69.

rappresentativo è, poi, completata con la previsione, all'art. 15, della relazione annuale dell'Istituto superiore di sanità al Ministro della salute sull'attività delle strutture autorizzate, con particolare riferimento alla valutazione epidemiologica delle tecniche e degli interventi effettuati e da quest'ultimo al Parlamento.

La lontananza tra i due modelli di regolazione giuridica del fenomeno scientifico pare, però, diminuita dopo il recente intervento del giudice costituzionale. Con la nota decisione n. 151 del 2009⁶⁵, la Corte ha annullato per violazione degli artt. 3 e 32 Cost. la previsione (art. 14, comma 2) 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 assistita e del successivo comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna⁶⁶. La Corte restituisce centralità alla valutazione scientifica del singolo caso ed, in linea con la propria precedente giurisprudenza, fissa nelle acquisizioni scientifiche e sperimentali il limite della discrezionalità legislativa⁶⁷.

⁶⁵ Sul rapporto diritto/scienza nella pronuncia della Corte cfr. M. AINIS, *Ritorno al futuro*, in www.personaedanno.it; 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)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, ivi; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"?*, ivi, p. 1696 ss.

⁶⁶ Ad un orientamento parimenti restrittivo degli spazi regolativi del nomoteta, pare, del resto, già ispirata la pronuncia del Tar Lazio n. 398 del 2008. Con la pronuncia n. 3452 del 2005 il giudice amministrativo aveva interpretato estensivamente i margini della discrezionalità del nomoteta che aveva adottato le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, ritenendo legittima la previsione del d.m. 21.07.2004 di consentire, in luogo delle possibilità di ricerca terapeutica consentita dall'art. 13, solo un'indagine osservazionale sull'embrione creato in vitro. Con la seconda pronuncia, invece, il giudice amministrativo qualifica il decreto ministeriale come atto amministrativo di natura regolamentare, a cui spetta solo una disciplina "ad alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale" e giammai una differente delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della riproduzione assistita. Da lì l'illegittimità delle linee guida nella parte in cui riducono la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione alla mera "osservazione". Nel successivo d.m. dell'11.04.2008 è scomparso il riferimento alla natura osservazionale dell'indagine. Per una differente ricostruzione del rapporto tra la legge parlamentare n. 40 e le linee guida, adottate con regolamento, F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 402-3, ove la ricucitura tra ordine legale e costituzionale e, con essa, la diretta diffusione della Costituzione sembra rimodellare la relazione legge-regolamento, consentendo ad atti normativi secondari, se conformi a Costituzione, di derogare ad atti normativi primari da essa difformi.

⁶⁷ Come noto, la Corte già nella decisione n. 282 del 2002, sulla legge regionale delle Marche che adottava la sospensione di alcuni interventi di psicoturgia, aveva ritenuto che "la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione", di talché le regole di fondo della materia sono "autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali". Ne deduceva che, per un verso, "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr.

3.2 La vita e la salute: il diritto dei “protocolli”.

L'evoluzione della vita intreccia ulteriori pretese regolative delle istanze tecnico-scientifiche applicate al corpo. Il punto è comprendere se il diritto positivo nazionale ci restituisce un modello unitario di normazione giuridica, che abbia la consistenza teorica per fondare scientificamente, sotto il profilo delle fonti, il “biodiritto”.

Terreno privilegiato di indagine è la disciplina degli atti di disposizione del proprio corpo, consentiti in deroga al divieto di cui all'art. 5 c.c. Nella normazione statale adottata in materia di trapianti del rene tra persone viventi⁶⁸, di attività trasfusionali del sangue umano⁶⁹, di trapianti parziali di fegato⁷⁰ e di donazione di midollo osseo⁷¹ ricorrono, infatti, alcune invariabili. In ciascuna fonte l'ammissibilità delle tecniche manipolative del corpo è sottoposta alle evidenze scientifico-sperimentali delle leggi mediche e delle correlate tecniche terapeutiche: la legge prescrive le regole che presiedono all'adozione ed all'applicazione dei “protocolli” scientifici, nonché all'autorizzazione delle strutture tecniche⁷². Alcune disposizioni legislative⁷³ contengono clausole di auto-adequamento *in progress* (o di adeguamento delle norme tecniche, cui rinviano) ai dati scientifici e tecnici sopravvenuti⁷⁴. In ognuna, il “governo” delle bio-tecniche è affidato a organi o strutture tecnico-scientifici, deputati

sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica”, per l'altro “sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici “a rischio”, onde meglio garantire - anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti - l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie”. Similmente, la pronuncia n. 338 del 2003, sulla legislazione regionale piemontese e toscana che sospendevano nel territorio regionale le medesime pratiche psichico-chirurgiche, ripeteva che “scelte legislative dirette a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie [...] non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica, e non prevedano “l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati”, né costituiscano “il risultato di una siffatta verifica””. Ne derivava, tra l'altro, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 4, della legge regionale toscana, nella parte in cui prevedeva l'adozione da parte della Giunta regionale di linee guida non solo sulle procedure del consenso e di autorizzazione, ma anche sull'utilizzo della terapia. Sulla presunzione “debole” di legittimità delle scelte legislative nei fatti di scienza e sull'ancoraggio della discrezionalità politica alle conoscenze scientifiche ed alle evidenze sperimentali nella giurisprudenza costituzionale R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 6 ss.; M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, p. 23 ss.; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, ivi, p. 31 ss.; F. SORRENTINO, *Le questioni tecnico-scientifiche nel processo costituzionale*, Relazione al Convegno “*Scienza e diritto. Il giudice di fronte alla controversia tecnico-scientifica*”, Firenze 7-8 maggio 2004, *paper*.

⁶⁸ L. n. 458 del 1967.

⁶⁹ L. n. 107 del 1990, abrogata, ad eccezione dell'art. 23, dall'art. 27, l. n. 219 del 2005.

⁷⁰ L. n. 483 del 1999, che rinvia alla l. n. 458 del 1967.

⁷¹ L. n. 52 del 2001.

⁷² Cfr. l. n. 458 del 1967, art. 3, commi 1 e 2; l. n. 107 del 1990, artt. 3, commi 2 e 4, 4, 10, commi 2 e 3, 15, comma 1; l. n. 219 del 2005, artt. 3, comma 4, 15, 19.

⁷³ Cfr. l. n. 219 del 2005, artt. 3, comma 5, 19, comma 1, 21, comma 1.

⁷⁴ C.d. *incremental process*, promosso dalla Comunicazione del 12 maggio 2004 della Commissione europea a scelta preferibile di regolazione anche del fenomeno “nanotecnologico”.

alla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali ed alla formulazione di pareri all'amministrazione ministeriale competente all'adozione delle norme tecniche o alla diretta redazione di direttive tecniche⁷⁵. Se si eccettua il ruolo riconosciuto all'Istituto Superiore di sanità⁷⁶, al Consiglio superiore della sanità⁷⁷ ed al Consiglio sanitario nazionale⁷⁸, per lo più sono organi costituiti *ad hoc* dal potere esecutivo, i cui membri sono nominati *intuitu fiduciae* e, per quella via, ricondotti al circuito della responsabilità ministeriale⁷⁹. Almeno sotto questo profilo, pare, dunque, inutile interrogarsi sulla deriva verso un governo "tecnocratico" del corpo. Piuttosto, il mutamento dello statuto epistemologico del sapere tecnico-scientifico, con la perdita di senso dell'ideologia della sua avalutatività e neutralità, dovrebbe indurre a ripensare i criteri di legittimazione e di selezione dell'*expertice* scientifico⁸⁰.

Ad un simile modello pare ispirata la nota disciplina della rettificazione delle attribuzioni di sesso⁸¹. In quel caso il legislatore, da un lato, ha preso atto di una realtà fenomenica data, la sindrome transessuale, "nei termini prospettati dalla scienza medica, per dettare le norme idonee, quando necessario, a garantire gli accertamenti del caso ovvero a consentire - sempre secondo le indicazioni della medicina - l'intervento chirurgico risolutore, e dare, quindi, corso alla conseguente rettificazione anagrafica del sesso"⁸². Dall'altro, la legge ha prescritto la *forma* dei procedimenti autorizzatori o di convalida dei trattamenti medico-chirurgici manipolativi dei caratteri sessuali⁸³. La

⁷⁵ Cfr. l. n. 107 del 1990, artt. 3, commi 2 e 4, 8, commi 2, lett. g) e 4, 10, comma 4, 12, comma 4, 15, comma 1; l. n. 219 del 2005, artt. 3, comma 5, 20, 21, comma 2; l. n. 52 del 2001, art. 9.

⁷⁶ Cfr. l. n. 107 del 1990, artt. 8, commi 2, lett. c) ed e) e 4, 9.

⁷⁷ Cfr. l. n. 107 del 1990, art. 10, comma 2.

⁷⁸ Cfr. l. n. 107 del 1990, art. 1, comma 6.

⁷⁹ Cfr. l. n. 107 del 1990, art. 12; l. n. 219 del 2005, artt. 12 e 13; l. n. 52 del 2001, art. 9.

⁸⁰ Sul rapporto tra "nomina" degli esperti e visione oggettiva del sapere scientifico cfr. M.C. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, cit., p. XIV; nella conclamata crisi della avalutatività della scienza, sull'esigenza di democratizzazione e di "neutralizzazione" dell'"esperto", con l'attribuzione al diritto di quale sia la scienza legalmente rilevante e quali esperti siano credibili, mediante il ricorso a procedure di evidenza pubblica, cfr. ancora M.C. TALLACCHINI, *Stato di scienza? Tecno scienza, policy e diritto*, in *Federalismi*, n. 16/2005.

⁸¹ L. n. 164 del 1982, artt. 2, 3, 4 e 6. Sulla disciplina della rettificazione delle attribuzioni di sesso come atti di disposizione riservati all'esclusiva potestà legislativa statale cfr. Corte cost., sent. n. 253 del 2006, che ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 5, della legge della Regione Toscana n. 63 del 2004, recante "Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere" ed ha ritenuto che "il trattamento sanitario che abbia ad oggetto l'adeguamento dei caratteri sessuali morfologici esterni alla identità psico-sessuale, rientra tra quelli che, pur determinando una diminuzione permanente della propria integrità fisica, sono eccezionalmente ammessi dall'ordinamento - in deroga al divieto di cui all'art. 5 del codice civile - nei limiti fissati dal legislatore statale con la legge del 14 aprile 1982 n. 164".

⁸² Corte cost., sent. n. 161 del 1985, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁸³ Come riconosciuto dal punto 3 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 161 cit., infatti, "allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche, si riconosce che la sindrome transessuale non può essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapia e che soltanto l'operazione chirurgica, demolitoria-ricostruttiva, può dare risultati positivi, come è stato verificato nella grande maggioranza dei casi considerati. [...] Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche (come ebbe ad esprimersi il Bundesverfassungsgericht nella nota sentenza dell'11 aprile 1978), ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica".

scienza e la tecnica medica, dunque, fondano la norma legislativa ed, al contempo, governano la fattispecie concreta.

La dimensione politico-valoriale torna, invece, a campeggiare nelle norme giuridiche sulla prevenzione e sul divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile. In primo luogo, già il linguaggio del legislatore appare evocativo: la positivizzazione nella l. n. 7 del 2006 del termine “mutilazione”, in luogo delle espressioni, altresì, adoperate nella comunità scientifica internazionale, di “taglio” o “circoncisione” femminile, manifesta il *pregiudizio* e la connotazione negativa di una pratica altrove ricondotta ad atti di genitorialità e di accettazione sociale⁸⁴. In secondo luogo, l’art. 4 della legge ha demandato al Ministero della salute l’adozione delle indicazioni tecnico-sanitarie. A sua volta il D.m. di attuazione del 17.12.2007⁸⁵, emanato senza il contributo diretto nel procedimento di formazione della comunità scientifica, nella premessa-*manifesto* ha proclamato di evitare intenzionalmente “di dare una visione del problema solo dal punto di vista medico, proprio perché le Mutilazioni genitali femminili non sono una patologia ma il risultato di credenze radicate nella coscienza individuale e collettiva dalle quali non si può prescindere per *una presa in carico* [corsivo aggiunto] della salute della persona”. Nella norma affiora, cioè, la quintessenza del bio-potere e della bio-politica moderna.

Ancora più variegato appare il mosaico normativo ove si volga lo sguardo all’ormai sconfinata legislazione che non inerisce a pratiche manipolative del corpo umano, ma regola gli effetti sulla vita e sulla salute umana del progresso scientifico-tecnologico: ci si muove qui negli spazi di intersezione tra “biodiritto” e diritto sanitario, da un lato, e diritto dell’ambiente, dall’altro.

Nel primo “sottoinsieme” (biodiritto-diritto sanitario), paradigmatica appare la legislazione sulla farmacologia e sulle sperimentazioni. In particolare, il d.l. n. 536 del 1996, all’art. 1, comma 4, contempla uno speciale elenco di “farmaci innovativi”, erogabili “qualora non esista valida alternativa terapeutica”, conferendo alla Commissione unica del farmaco il potere di dettare procedure e criteri per la redazione e l’aggiornamento periodico di detto elenco. Il decreto legge non definisce, dunque, la natura dei farmaci innovativi, né le procedure, né le metodologie prescrittive, rinviando alla discrezionalità tecnica della Commissione⁸⁶.

Non ci si nasconde che ad altro orizzonte pare ispirato il d.l. n. 23 del 1998, che all’art. 2, comma 1, escludeva direttamente dall’elenco previsto dall’art. 1, comma 4, citato medicinali per i quali non fossero già disponibili risultati di studi clinici di fase seconda. Con ciò attribuendo forza di legge al criterio scientifico degli studi terapeutici pilota e vincolando in negativo l’attività dell’organo tecnico competente alla redazione dell’elenco dei farmaci innovativi⁸⁷.

⁸⁴ Sulla l. n. 7 del 2006 come espressione di monoteismo di valori cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 303 ss.

⁸⁵ Recante “Linee guida destinate alle figure professionali che operano con le comunità di immigrati provenienti da Paesi dove sono effettuate le pratiche di mutilazione genitale femminile per realizzare una attività di prevenzione, assistenza e riabilitazione delle donne e delle bambine già sottoposte a tali pratiche”.

⁸⁶ Cfr. sull’art. 1, comma 4, d.l. n. 536 del 1996 e sulla centralità degli organi tecnico-scientifici in materia Corte cost., sentt. nn. 185 del 1998; 121 del 1999; 188 del 2000; ord. n. 385 del 1998.

⁸⁷ Sul d.l. n. 23 del 1998 cfr. ancora Corte cost., sent. n. 185 del 1998 cit.

Tale immedesimazione tra legge e scienza non sembra, però, avere la forza per andare al di là della mera occasionalità e urgenza dell'intervento. La successiva legislazione sull'applicazione della "buona pratica clinica" nell'esecuzione delle sperimentazioni su esseri umani di medicinali per uso clinico accentua, infatti, il carattere meramente *procedurale* della norma biogiuridica⁸⁸. La legge delinea "procedimenti" e "competenze": conferma i procedimenti autorizzativi delle sperimentazioni cliniche e rinvia ai protocolli medici (artt. 4, 5, 9, 10); individua le strutture preposte (artt. 9, comma 12, 20); rinvia a decreti ministeriali⁸⁹ l'adozione delle norme tecniche, organizzative e procedurali delle sperimentazioni (artt. 1, comma 3, 9, comma 11, 10, commi 1, 2 e 3, 13, commi 1 e 5, 15, comma 6, 18, 20, commi 1, 3 e 4); istituzionalizza le funzioni consultive dei comitati etici (artt. 5, comma 1, lett. g), 6 e 7) e rinvia all'atto ministeriale la regolazione della loro organizzazione e funzionamento. A sua volta il D.m. di attuazione del 12 maggio 2006 regola i requisiti di indipendenza e di professionalità dei componenti dei comitati, nonché le norme di funzionamento⁹⁰. La deferenza del legislatore alla pratica medica ed il ruolo nevralgico attribuito ai Comitati etici⁹¹ induce, casomai, ad interrogarsi sul rischio di un governo "biocratico" della materia vivente e sull'esigenza sempre più pressante di porre nuove forme di controllo sociale in una "democrazia tecnica"⁹².

⁸⁸ D.lgs. n. 211 del 2003, che pare, quindi, riconducibile a quel modello di normazione "procedurale" già adottato per la sperimentazione sugli animali con il d.lgs. n. 116 del 1992, incentrato sulla remissione delle sperimentazioni alle autorizzazioni ed ai controlli del Ministro della sanità e dell'Istituto superiore di sanità. Sulla ragionevolezza della scelta operata con il d.lgs. n. 116, che "bilancia attentamente il doveroso rispetto verso gli animali sottoposti a sperimentazione e l'interesse collettivo alle attività di sperimentazione su di essi che sono ritenute indispensabili, sulla base delle attuali conoscenze di tipo scientifico, sia dall'ordinamento nazionale che dall'ordinamento comunitario", e sui limiti alla potestà legislativa regionale in materia di sperimentazione degli animali a fini di ricerca, cfr. Corte cost., sent. n. 166 del 2004, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2, 3 e 4 della l.r. 1 agosto 2002, n. 20, Emilia-Romagna (Norme contro la vivisezione), che, nello stabilire il divieto assoluto di sperimentazioni o vivisezione di animali nel settore medico o a scopo didattico, violano le corrispondenti "norme del d.lgs. n. 116 del 1992, che costituiscono principio fondamentale [ndr della materia ricerca scientifica] in quanto esprimono il punto di equilibrio della sperimentazione; da ciò il divieto che possano essere sostanzialmente modificate ad opera dei legislatori regionali, riducendo ulteriormente la relativa libertà della ricerca scientifica o comprimendo l'attuale livello di tutela degli animali sottoponibili a sperimentazione". Sul carattere *content neutral* dell'opzione regolativa contenuta nel d.lgs. n. 116 R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., pp. 15-7.

⁸⁹ Cfr. già D.m. 15.07.1997 (abrogato dal d.m. 12.05.2006) e dd.mm. 18.03.1998 e 19.03.1998. Sulla ibrida natura dei decreti ministeriali che non seguono il procedimento di formazione dei regolamenti e sulla loro dubbia compatibilità con la Costituzione cfr. G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996-2006)*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, Torino, 2007, p. 209 ss.

⁹⁰ Sull'istituzione dei comitati etici per la valutazione delle sperimentazioni cliniche di medicinali cfr. già D.m. 15.07.1997, art. 4 (abr.) e D.m. 18.03.1998 (abr.), che all'art. 1 faceva riferimento, ancor più chiaramente dell'attuale decreto, alla riconducibilità della valutazione scientifico-metodologica delle ricerche alla "larga bibliografia esistente sull'argomento, sia su testi che su riviste".

⁹¹ Sull'evoluzione normativa del ruolo del Comitato etici, da organi titolari di funzione consultiva non vincolante a centri di decisione, F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2002, p. 623 ss.

⁹² C. LABRUSSE-RIOU (a cura di), *Le droit saisi par la biologie. Des Juristes au laboratoire*, Paris, 1996; ID., *Destino biologico e finalità del diritto*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, cit., p. 383. Evidente il connotato negativo che ha assunto il sintagma "biocrazia" dopo il fallimento

Ancora, nel più ampio campo delle norme a tutela della salute, pare consolidato il modello della remissione ad organi tecnici statali di compiti di “adozione di norme, linee guida e prescrizioni tecniche di natura igienico-sanitaria”⁹³ o di “approvazione di manuali e istruzioni tecniche”⁹⁴, o di “indirizzi generali e coordinamento in materia di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione delle malattie umane”⁹⁵. Così come, nell’interstizio tra diritto delle biotecnologie, diritto sanitario e diritto dell’ambiente, la legislazione sugli effetti sulla salute e sull’ambiente dell’emissione di organismi e microrganismi geneticamente modificati⁹⁶ regola il procedimento autorizzativo delle emissioni ed individua l’organizzazione preposta. Sotto il primo profilo, scandisce l’iter procedimentale attraverso la fase dell’istruttoria, la fase consultiva e quella decisoria⁹⁷. Sotto il secondo, delinea le competenze della struttura ministeriale nella adozione delle misure concrete, con il costante ausilio di Commissioni interministeriali di valutazione in materia di biotecnologie, composte da “esperti di comprovata competenza scientifica” e di salda nomina governativa⁹⁸. L’art. 29 del d.lgs. n. 224 del 2003 rinvia, quindi, alla fonte regolamentare l’adeguamento degli allegati al progresso tecnico, l’art. 23 del d.lgs. n. 206 del 2001 rinvia ad un provvedimento amministrativo (non regolamentare) ministeriale il recepimento di direttive tecniche di revisione.

Infine, significativo spazio di intersezione tra il biodiritto ed il diritto dell’ambiente è la legislazione che ha avviato la stagione della normativa ambientale ispirata all’approccio precauzionale (c.d. di terza generazione), e cioè la legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici⁹⁹. Esemplificativa della tecnica di normazione adoperata è l’art. 4, comma 2, lett. a) e b), che demanda la fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione, degli obiettivi di qualità, delle tecniche di misurazione e rilevamento dell’inquinamento elettromagnetico, nonché dei parametri per la previsione di fasce di rispetto per gli elettrodotti, ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi su proposta delle strutture ministeriali competenti e del Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell’inquinamento elettromagnetico e le competenti Commissioni parlamentari, previa intesa in sede di Conferenza unificata. Anche in questo caso il legislatore si spoglia della discrezionalità tecnica. Qui, però, emerge più

dell’umanesimo “biocratico”, immaginato da Comte come l’avvento di una epoca felice dove la specie umana “governerà degnamente” su tutte le altre e messo irreversibilmente in crisi dalla biologia di Darwin e dalla filosofia di Nietzsche. Sul punto cfr. M. CAMMELLI, *Da Comte a Foucault attraverso Canguilhem*, cit., p. 20 ss.

⁹³ Art. 114, comma 1, lettera b, d.lgs. n. 112 del 1998; art. 47-ter, comma 1, lettera b, d.lgs. n. 300 del 1999.

⁹⁴ Art. 114, comma 1, lettera d, d.lgs. n. 112 del 1998.

⁹⁵ Art. 47-ter, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 300 del 1999.

⁹⁶ Contenuta, rispettivamente, nel d.lgs. n. 224 del 2003 (che ha abrogato il d.lgs. n. 92 del 1993) e nel d.lgs. n. 206 del 2001. Sulla disciplina delle tecniche di modificazione genetica, vedi G. BATTAGLINO, *Regolamentazione delle attività biotecnologiche*, in M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, cit., p. 91; G. AGLIALORO, *Il diritto delle biotecnologie*, Torino, 2001; C. CASONATO, M. BERTI (a cura di), *Il diritto degli Ogm tra possibilità e scelta*, Trento, 2006.

⁹⁷ Cfr. artt. 5 ss., 16 ss., d.lgs. n. 224 del 2003; artt. 5 ss., d.lgs. n. 206 del 2001.

⁹⁸ Cfr., rispettivamente, art. 6, d.lgs. n. 224 del 2003 ed art. 8, d.p.r. n. 86 del 2007 (che ha sostituito l’art. 14 del d.lgs. n. 206 del 2001): le funzioni delle commissioni sono riconducibili alla elaborazione dei pareri sulle notifiche del promotore, sulle informazioni, nonché sulle relazioni del ministero.

⁹⁹ L. n. 36 del 2001.

che altrove l'inidoneità dell'istruttoria scientifica prefigurata. In primo luogo, la dimensione politica riemerge nella attribuzione della funzione consultiva ad un Comitato governativo, a cui viene attribuita la mera facoltà di avvalersi del sapere specialistico¹⁰⁰. In secondo luogo, manca la previsione di meccanismi per l'adeguamento delle conoscenze scientifiche e tecniche e per la revisione delle norme tecniche¹⁰¹.

Se un paradigma normativo vuole intravedersi dietro l'occasionalità e la molteplicità delle fonti, questo potrebbe essere rappresentato dal prevalere, con l'eccezione di alcuni limitati casi¹⁰², dell'idea della *legge-protocollo*, dispensatrice di regole e procedure e non della *legge-manifesto*, creatrice di modelli di vita.

3.3 *La morte: la decisione politica dell'“impolitico”.*

Nel codice civile anche la morte era accadimento esterno al diritto¹⁰³: la scienza e la tecnica non l'avevano ancora strappata all'ordine naturale degli eventi. Ancora nella l. n. 235 del 1957, che conteneva la prima disciplina sul prelievo di parti del cadavere a scopo di trapianto terapeutico¹⁰⁴, il legislatore rinviava all'“accertamento della realtà della morte” come fenomeno medico-scientifico sottratto alla sua pretesa regolativa.

La sua “politicizzazione” prende l'avvio con la adozione di norme giuridiche che regolano l'accertamento e la certificazione della morte e la sottraggono alla sola norma scientifica¹⁰⁵. Nei decreti ministeriali della Sanità 11.08.1969 e 09.01.1970, adottati in attuazione dell'art. 5 della l. n. 235 citata, si privilegia il metodo elettrocardiografico di accertamento della morte e si affaccia il criterio elettroencefalografico come metodo residuale, da applicarsi nei soggetti sottoposti a rianimazione per lesioni cerebrali primitive. L'art. 1, comma 1, della legge n. 644 del 1975¹⁰⁶ regola, quindi, nella disciplina dei trapianti, le modalità di accertamento della morte “per cessazione del battito cardiaco” e l'art. 2 della legge n. 301 del 1993¹⁰⁷, limitatamente al prelievo di cornea, fa propria la nozione scientifica di “arresto cardiaco”. Solo la disciplina organica recata dalla l. n. 578 del 1993 muta radicalmente la “definizione” giuridica di morte e la estende al di là dell'ambito materiale dei trapianti. All'art. 1 identifica la morte con il differente criterio scientifico della “cessazione irreversibile di tutte le

¹⁰⁰ Cfr. art. 6, l. n. 36 del 2001. Si segnala che il Comitato, di nomina e composizione politica, “si avvale del contributo, che viene reso a titolo gratuito, di enti, agenzie, istituti ed organismi, aventi natura pubblica e competenze specifiche nelle diverse materie di interesse”.

¹⁰¹ Sul punto sia consentito rinviare al nostro, *La “dottrina” dello sviluppo sostenibile e della solidarietà intergenerazionale. Il giusto procedimento normativo*, in *Federalismi*, 2007.

¹⁰² Il riferimento è alla legge sulle pratiche di “mutilazione” genitale femminile.

¹⁰³ L'art. 456 c.c. rinvia “al momento della morte”.

¹⁰⁴ Abrogata dall'art. 24, d.l. n. 112 del 2008.

¹⁰⁵ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 414 del 1995, ha chiarito che la determinazione del momento in cui una persona debba ritenersi estinta costituisce “oggetto della attenta valutazione del legislatore, il quale è chiamato a ponderare, all'interno di una logica di prudente apprezzamento, non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento, in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento, nonché con i principi deontologici e l'espressione del comune sentire”.

¹⁰⁶ Abrogata dall'art. 27, l. n. 91 del 1999

¹⁰⁷ Recante “Norme in materia di prelievi ed innesti di cornea”, abrogata dall'art. 27, l. n. 91 del 1999.

funzioni dell'encefalo"¹⁰⁸ ed, all'art. 2, rinvia ad un decreto ministeriale, da adottarsi previo parere vincolante del Consiglio superiore di sanità e "delle società medico-scientifiche competenti", la definizione delle modalità clinico-strumentali di accertamento della morte e delle condizioni di verifica dell'evento¹⁰⁹. Qui il rapporto tra diritto e scienza/tecnica (medica) è di reciproca permeabilità e presupposizione. Per un verso, la morte acquista ora significato attraverso una decisione politica e "trapassa" da concetto scientifico a concetto politico¹¹⁰. Per l'altro, la politicizzazione della morte è indotta dallo sviluppo delle tecniche di rianimazione e di trapianto, che hanno invalidato il criterio tradizionale della morte cardiaca¹¹¹ e, in ogni caso, il suo accertamento concreto richiede il "servizio" delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecniche. Potrebbe dirsi, mutuando la più moderna riflessione biopolitica, che il biodiritto è qui, più che altrove, "segno che la politica è ora la decisione dell'impolitico"¹¹²: è guidata dalla tecnica e ha ad oggetto la nuda vita (e la sua fine).

L'attrazione della morte nella sfera politica è, quindi, proseguita con la completa giuridicizzazione del "cadavere" a seguito dello sviluppo della tecnologia dei trapianti mediante espianto. La "nuda vita", di cui il diritto ha determinato la fine, non rappresenta così neppure più l'estrema propaggine dell'istanza giuridico-politica, dopo che la tecnica medica ha oltrepassato il suo confine. Il riferimento è, in particolare, alla legge n. 91 del 1999 in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti¹¹³, la quale, per un verso, incorpora la nozione normativa di morte codificata nella legge del 1993¹¹⁴;

¹⁰⁸ Con la decisione n. 414 del 1995 cit., la Corte (punto 4 del *Considerato in diritto*) ha ritenuto non irragionevole l'opzione legislativa, praticata dall'art. 1 della l. n. 578, di "identificare l'unico concetto di morte nella "cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo"", in quanto "estinguendosi irreversibilmente ogni funzionalità del "tronco cerebrale", si determina la disgregazione di quella unitarietà organica che distingue la persona da un insieme di parti anatomiche, ancorché singolarmente vitali".

¹⁰⁹ D.M. 11 aprile 2008, recante "Aggiornamento del decreto 22 agosto 1994, n. 582 relativo al Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte". Si evidenzia, sin d'ora che, il decreto è stato adottato sulla base della proposta di adeguamento, ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. n. 578 cit., del precedente decreto n. 582 alle conoscenze scientifiche ed allo sviluppo tecnologico, formulata dal Centro nazionale trapianti e dalla Consulta tecnica permanente per i trapianti.

¹¹⁰ Sulla definizione giuridica di morte come segno della sua politicizzazione e del suo integrale controllo da parte dell'uomo, che rendono, come nell'originario spazio di eccezione, tutte le vite sacre G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 183.

¹¹¹ Sulla morte come "epifenomeno della tecnologia del trapianto" cfr. ancora G. AGAMBEN, *ult. cit.*, p. 182.

¹¹² *Ibidem*, p. 194.

¹¹³ Ma analoghe considerazioni potrebbero svolgersi sulla legge sulla mortalità infantile 2 febbraio 2006, n. 31, recante "Disciplina del riscontro diagnostico sulle vittime della sindrome della morte improvvisa del lattante (SIDS) e di morte inaspettata del feto", che disciplina la sottoposizione a riscontri diagnostici, mediante prelievo di organi, dei lattanti e feti deceduti, individuando il centro deputato a elaborare il protocollo diagnostico e rimettendo al decreto ministeriale l'individuazione dei criteri di autorizzazione dei centri chiamati ad effettuare il riscontro autoptico, nonché l'emanazione, "in collaborazione con le società scientifiche interessate", di linee guida per la prevenzione della SIDS.

¹¹⁴ Per una critica al fondamento scientifico della legge sui trapianti P. BECCHI, *La morte nell'età della tecnica. Lineamenti di tanatologia etica e giuridica*, Genova, 2002; ID., *Morte cerebrale e trapianto di organi*, Brescia, 2008; R. BARCARO, P. BECCHI, *Luci ed ombre sulla morte cerebrale. L'affermazione della nuova definizione di morte e la sua attuale crisi*, in R. PRODOMO (a cura di), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, cit., p. 235 ss.

per l'altro, si manifesta come una legge mite¹¹⁵, che allestisce l'organizzazione¹¹⁶, stabilisce le regole minime per il prelievo¹¹⁷ e rimette agli organi tecnico-scientifici, di nomina governativa¹¹⁸, la definizione degli indirizzi tecnico-operativi e dei protocolli scientifici¹¹⁹.

Ma è solo quando il progresso scientifico-tecnologico ha separato la morte dall'evento che l'ha innescata che si è, addirittura, aperta la via alla possibilità di controllare il *prodursi* della morte con l'interruzione delle cure. Ma se la morte non è più la fine naturale, ma un risultato tecnico, la pretesa del diritto non è solo quella di fornirne la definizione, ma diviene quella di vietarne o legittimarne, di permetterne o impedirne, la stessa *produzione*¹²⁰. In questa prospettiva, significativo appare "il modello di civiltà sanitaria" delineato sin dal 1994 dall'atto amministrativo recante l'adozione del piano sanitario per gli anni 1994-1996, secondo cui "il "più" - nel senso di interventismo terapeutico, di innovazione tecnologica e di investimento economico - non coincide sempre con "il meglio". Anzi, i problemi più acuti dei nostri giorni sembrano provenire più dall'eccesso che dalla carenza (si vedano le situazioni etichettate come "accanimento terapeutico" e le richieste di limiti all'interventismo medico, in nome della volontà soggettiva di conservare la dignità umana anche nella fase terminale della vita)"¹²¹.

Ma solo con i recenti, e numerosi, disegni di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento¹²² la disciplina del fine-vita è in procinto di entrare nel novero delle fonti del diritto. Da un lato, il disegno di legge orienta, se non addirittura dirige, l'attività medica del caso concreto¹²³, prescrivendo i limiti alla libertà di "scienza e coscienza" del medico. Dall'altro, non rinvia al sapere della comunità scientifica in ordine ai profili controversi, prendendo atto dell'incertezza che vi regna, ma normativizza esso stesso una tra le molte opinioni scientificamente accreditate, laddove dispone che "alimentazione ed idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di Dichiarazione Anticipata di

¹¹⁵ Riconduce la legge ad un modello di bionormazione mite, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 216.

¹¹⁶ Cfr. artt. 7 e 13.

¹¹⁷ Cfr. art. 14.

¹¹⁸ Cfr. artt. 8, comma 3, e 9, comma 2.

¹¹⁹ Cfr. artt. 8, 9, comma 3, e 14, comma 5.

¹²⁰ Sulla volontà regolativa del diritto come conseguenza della trasformazione anche della morte, per effetto della tecnica, in prodotto ("la diffusa espressione "staccare la spina" indica che interrompere un certo congegno è insieme morire dell'uomo") N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., p. 132, cui si riferisce il virgolettato. Sulla radice tecnologica della dignità di morire, ove l'artificio accompagna il morire, C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, p. 249.

¹²¹ D.p.r. 1.3.1994, "Approvazione del Piano sanitario nazionale per il triennio 1994-1996", adottato ai sensi dell'art. 1, l. n. 13 del 1991, recante la determinazione degli atti amministrativi da adottarsi nella forma del decreto del Presidente della Repubblica.

¹²² Il commento si limita nel presente lavoro al disegno di legge "unificato" n. 1363 del Senato e n. 2350 della Camera. Il disegno di legge è stato approvato, in data 26.03.2009, nel testo unificato al Senato e, alla data del 12.05.2010, risulta in corso di esame in Commissione alla Camera.

¹²³ Cfr. artt. 1, lett. c) sul divieto di eutanasia e suicidio assistito, lett. f) sul divieto di accanimento terapeutico e 7, sull'analitica prescrizione del ruolo del medico e dei suoi limiti.

Trattamento¹²⁴. La decisione politica di accedere ad una qualificazione scientifica dell'idratazione ed alimentazione alternativa a quella di "trattamenti sanitari" determina la loro sottrazione alla regola del consenso.

Pare allora di poter concludere che davvero la "medicalizzazione indefinita" di cui discorreva Foucault¹²⁵ esercita una funzione normalizzatrice che va oltre la vita e che pervade il diritto. Non a caso, quando la politica vuole recuperare terreno lo fa, come nel caso della definizione di morte o della sua produzione, appropriandosi del potere di legittimare *un* protocollo od *un* sapere scientifico a discapito di altri.

La riflessione sulla normativizzazione assoluta della morte e, simbioticamente, sulla medicalizzazione del diritto riesce, però, a dar conto solo dell'intricato incontro nella norma biogiuridica tra le due autorità, quella politica e quella scientifica¹²⁶, ma non tiene conto della peculiarità dell'*oggetto* del biodiritto. In esso, infatti, il corpo è ambito *materiale* della norma ed, al contempo, *soggetto* titolare dei doveri e diritti dalla medesima creati.

4. *La libertà del corpo: alla ricerca del consenso della comunità e dell'individuo.*

Il secondo parametro su cui misurare la legislazione biogiuridica nazionale diviene, dunque, la concreta articolazione nelle norme del momento libertario nella dialettica tra autorità (scientifica e politica) e libertà.

La riflessione esige, però, un'ulteriore distinzione. La libertà del corpo possiede, infatti, una duplice dimensione a seconda che inerisca al corpo della comunità o al corpo biologico del singolo. La prima direzione di indagine, se la si legge con le armi della storia delle ideologie politiche, apre ad una visione democratico-partecipativa delle libertà. La seconda valorizza la concezione liberale-garantistica dell'autonomia individuale. Nella biogiuridica nazionale paiono vivere entrambe le dimensioni.

Nella prima prospettiva, che potremmo anche definire "comunitaria", sembrano acquistare significato quelle disposizioni che tendono a creare partecipazione e condivisione ("consenso") nel corpo sociale attorno alle acquisizioni ed alle organizzazioni tecnico-scientifiche. La norma biogiuridica diviene vettore per la costruzione di un "comune sentire" bio-tecnico e, al contempo, di nuove forme di legittimazione democratica dell'imperatività nella crisi conclamata della rappresentanza politica.

Il riferimento va, in particolare: all'art. 1, comma 1, lett. d-bis), l. n. 405 del 1975¹²⁷, che seleziona tra gli scopi del servizio di assistenza alla famiglia "l'informazione e

¹²⁴ Art. 3, comma 5.

¹²⁵ M. FOUCAULT, *La medicalizzazione indefinita*, in V. SORRENTINO (a cura di), *Antologia*, cit., p. 148 ss.

¹²⁶ Sulla contrapposizione tra autorità politica ed impolitica (della scienza e del progresso tecnico) G. PRETEROSSO, *Autorità*, Bologna, 2002, p. 94 ss. Più propriamente, secondo l'insegnamento della filosofia politica, dovrebbe forse contrapporsi la *potestas* del potere giuridico all'*auctoritas* della biotecnica, tenuto conto dell'originario carattere biopolitico del paradigma della *auctoritas* che scaturisce dalla persona fisica e non dall'ordine giuridico. Sul punto G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 95 ss.

¹²⁷ Introdotto dall'art. 3, l. n. 40 del 2004. Ad una differente logica pare, invece, ispirata la successiva promozione di "informazione sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare" di cui alla lettera

l'assistenza riguardo ai problemi della sterilità e della infertilità umana, nonché alle tecniche di procreazione medicalmente assistita"; all'art. 2, l. 91 del 1999, che affida al Ministero ed alle regioni la promozione, nel rispetto di una libera e consapevole scelta, di iniziative di informazione dirette a diffondere tra i cittadini, tra l'altro, la conoscenza delle disposizioni della legge, nonché la conoscenza delle possibilità terapeutiche e delle problematiche scientifiche collegate al trapianto di organi e di tessuti; agli artt. 12, 21, comma 4 e 26, d.lgs. n. 224 del 2003, che contemplano gli obblighi di consultazione e di informazione pubblica su ogni aspetto dell'emissione progettata di organismi geneticamente modificati, le modalità di partecipazione al procedimento autorizzativo mediante la presentazione di osservazioni e l'accesso ai provvedimenti rilasciati; all'art. 11, d.lgs. n. 211 del 2003, che elenca le informazioni che i comitati etici sono tenuti a mettere a disposizione in materia di sperimentazioni cliniche, ai fini dell'inserimento nelle banche dati nazionale ed europea, nonché all'art. 4, commi 4 e 5, del d.m. 12.05.2006, che impone ai Comitati etici di rendere pubblicamente disponibili le modalità di valutazione e di adozione dei pareri, la propria composizione, il proprio regolamento e gli esiti delle riunioni, fermo restando il rispetto delle norme vigenti di confidenzialità¹²⁸; all'art. 11, commi 3 e 4, l. n. 40 del 2004, che attribuisce all'Istituto superiore di sanità il compito di diffondere le informazioni necessarie al fine di consentire la trasparenza e la pubblicità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita adottate e dei risultati conseguiti e di raccogliere le istanze, le informazioni, i suggerimenti, le proposte delle società scientifiche e degli utenti riguardanti la procreazione medicalmente assistita¹²⁹; all'art. 4, comma 1, l. n. 31 del 2006, che promuove campagne di sensibilizzazione e di prevenzione per garantire una corretta informazione sulle problematiche connesse alla sindrome di morte del lattante e ai casi di morte del feto senza causa apparente; all'art. 3, l. n. 7 del 2006, che predispone campagne informative allo scopo di prevenire e contrastare le pratiche di mutilazione genitale¹³⁰; alla recente campagna di informazione sulle modalità e sui criteri di accesso alle prestazioni in materia di cure palliative e di terapia del dolore promossa dall'art. 4 della l. n. 38 del 2010¹³¹.

Potrebbe, in fondo, anche dirsi che la partecipazione, l'informazione ed il controllo pubblici e diffusi, come nuova "grande meta-narrazione", nuova favola nell'età postmoderna¹³², sono un rimedio escogitato dal legislatore per fronteggiare la perdita di

2-ter, così come introdotta dall'art. 3, l. n. 40 del 2004. Qui, più che la diffusione dei saperi specialistici, il legislatore pare "orientare" il consenso della comunità.

¹²⁸ Analoghi obblighi di pubblicità erano previsti all'art. 4, commi 2 e 3, del d.m. abrogato 18.03.1998.

¹²⁹ In attuazione di quanto disposto dal presente articolo vedi il d.m. 7 ottobre 2005.

¹³⁰ Anche se in questo caso la norma, più che creare un comune sentire, pare imporre un modello di vita e di cultura della vita. Emblematica è la dichiarazione-manifesto contenuta nel d.m. 17 dicembre 2007, recante le linee guida per la prevenzione e l'assistenza in materia di mutilazioni genitali femminili, la quale dichiara che "presupposto di questo lavoro è un deciso rifiuto di ogni legittimazione di tradizioni culturali che contrastano con i principi che sono a fondamento della Costituzione italiana e un convinto sostegno alla formazione ai diritti umani, alla valorizzazione della dignità della persona, al sostegno all'esercizio delle libertà fondamentali delle donne".

¹³¹ Recante "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore".

¹³² Sull'ineluttabile declino con l'avvento dell'età del sapere scientifico e tecnologico dei "grands recits", di tutte le grandi "meta-narrazioni", onnicomprensive e totalizzanti, della storia politica dell'Occidente, che, se misurate con il metro della scienza, si rivelano *favole*, evidente è il debito

fiducia della società nei confronti non solo dei meccanismi della democrazia rappresentativa, ma anche della *performatività* della scienza e della tecnica e, quindi, fattore di delegittimazione dell'*autorità* del sapere scientifico.

Nella prospettiva individualistica, la storia della legislazione biogiuridica ha, invece, aggregato ad una originaria libertà *da* interferenza (o a contenuto negativo) una più pregnante libertà *di* autodeterminazione (o a contenuto positivo)¹³³.

La regola del consenso, come regola di governo del corpo, ha, infatti, innanzitutto rappresentato il limite all'intervento esterno durante l'arco dell'intera vita¹³⁴. E' questo l'orizzonte concettuale a cui è ascrivibile la regola costituzionale del consenso per i trattamenti sanitari dell'art. 32, con il solo limite dei casi di protezione della salute collettiva riservati alla fonte legislativa ed i suoi inderogabili inderogabili nella legislazione ordinaria¹³⁵. Basti pensare alla "normalizzazione" del consenso agli artt. 1, l. n. 180 del 1978 e 33, comma 1, l. n. 833 del 1978¹³⁶. Così come al divieto di sottoposizione del paziente, senza il previo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse, ai sensi dell'art. 5, l. n. 135 del 1990. E, per gli anni più recenti, all'intervenuta abrogazione dell'obbligo della vaccinazione antivaivola rimesso, dall'art. 266 del t.u. delle leggi sanitarie, alla responsabilità ministeriale¹³⁷ e delle cure obbligatorie per la profilassi sanitaria delle malattie veneree¹³⁸ e, con essa, all'emergere della tendenza all'inammissibilità di una

contratto con le riflessioni di J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., pp. 6-7 e, nella letteratura costituzionalistica italiana, di G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, p. 256 ss.

¹³³ La distinzione adombrata nel testo ricalca solo parzialmente quella tra libertà "negative" e "positive" propria delle teorie giuridiche delle libertà, ove le prime si risolvono nel "godimento pacifico dell'indipendenza privata" e le seconde si muovono sul terreno dei diritti politici e sociali. Nel nostro caso l'orizzonte resta, invece, quello delle libertà civili e del "godimento dell'indipendenza privata", con la differenza che nel caso delle libertà a contenuto negativo l'individuo si oppone alle prestazioni imposte dal pubblico potere ed alla relazione "con gli altri", laddove nel secondo caso il soddisfacimento del principio di autodeterminazione richiede prestazioni pubbliche, a volte anche per fini solidaristici, ed, alla fine, l'individuo si trasfigura nell'uomo sociale.

¹³⁴ A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1994.

¹³⁵ La letteratura scientifica sull'art. 32 e sulla giurisprudenza costituzionale intervenuta è troppo ampia perché se ne possa dar conto. Per tutti si rinvia a L. MONTUSCHI, *Art. 32, I comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 246 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, II comma*, ivi; A. SIMONCINI. E. LONGO, *Art. 32*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 665 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 329 ss.

¹³⁶ L'art. 33 aggiunge che gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato. Oggi, l'art. 2 del disegno di legge in materia di alleanza terapeutica e di consenso informato contiene una proposta di disciplina del consenso informato assai più rigida. Il comma 2 prescrive, infatti, che l'espressione del consenso sia preceduta da accurate informazioni rese in maniera completa e comprensibile circa diagnosi, prognosi, scopo e natura del trattamento sanitario proposto, benefici e rischi prospettabili, eventuali effetti collaterali, nonché circa le possibili alternative e le conseguenze del rifiuto del trattamento.

¹³⁷ L'art. 266 è stato abrogato dal d.l. 26 giugno 1981, n. 334.

¹³⁸ La disciplina della profilassi delle malattie veneree contenuta negli artt. 291-305 del t.u. leggi sanitarie, r.d. n. 1265 del 1934, è stata, dapprima, abrogata dalla l. n. 837 del 1956; oggi la disciplina recata dalla l. n. 837 cit. è stata abrogata dall'art. 24, comma 1, d.l. n. 112 del 2008. Sulle sorti del regolamento di esecuzione della legge abrogata di cui al d.p.r. n. 2056 del 1962, anche alla luce della

imposizione politica della lista delle malattie da curare¹³⁹. Similmente, la sperimentazione di medicinali su essere umani a scopi di ricerca non può prescindere dal consenso¹⁴⁰: l'art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 211 del 2003 sottopone la sperimentazione alla circostanza che il soggetto che partecipa alla sperimentazione, o il suo rappresentante legale se il soggetto non è in grado di fornire il consenso informato, abbia avuto la possibilità, in un colloquio preliminare con uno degli sperimentatori, di comprendere gli obiettivi, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione, le condizioni in cui sarà realizzata, e inoltre sia stato informato del suo diritto di ritirarsi dalla sperimentazione in qualsiasi momento¹⁴¹; gli artt. 4 e 5 rafforzano, quindi, l'istanza personalistica che sta alla base del principio del consenso informato, dettando disposizioni sulla rappresentanza legale del minore e dell'adulto incapace che "deve rappresentare la presunta volontà del soggetto"¹⁴². Ancora, l'esposizione di pazienti alle radiazioni ionizzanti a scopo diagnostico o terapeutico o a scopo di ricerca scientifica clinica può essere effettuata soltanto con il consenso scritto delle persone medesime, previa informazione sui rischi connessi¹⁴³. Eccezionali e da interpretare restrittivamente sono, quindi, le ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori previsti a tutela dell'interesse generale dall'art. 33, commi 2 ss. e 35, l. n. 833 del 1978, le sopravvissute misure contro la diffusione delle malattie infettive contemplate all'art. 253 del t.u. delle leggi sanitarie e quelle speciali di profilassi e assistenza sanitaria per le malattie indicate agli art. 268 ss del t.u.¹⁴⁴, nonché l'obbligo di vaccinazione antipoliomielitica introdotto

previsione del comma 2 dell'art. 24, d.l. n. 112 cit. di un atto ricognitivo del Governo che dovrebbe individuare le disposizioni di rango regolamentare implicitamente abrogate in quanto connesse esclusivamente alla vigenza degli atti legislativi abrogati, cfr. M. CECCHETTI, *Politiche di semplificazione normativa e strumenti "taglia-leggi" (criticità e possibili soluzioni di un rebus apparentemente irresolubile)*, in *Federalismi*, n. 8, 2010, p. 100 ss., destinato nella sua versione integrale, *Il "taglio" delle leggi tra deleghe legislative, decretazione d'urgenza, clausole "ghigliottina" e abrogazioni espresse*, al volume curato da S. PAJNO, G. VERDE, *Studi sulle fonti del diritto*, I, Milano, 2010.

¹³⁹ Sintomo di tale tendenza pare, altresì, l'ordinanza ministeriale attuativa 27 dicembre 2004, che dispone la revoca a tempo indeterminato delle misure di profilassi contro il colera di cui alle precedenti ordinanze 7 marzo 2003 e 31 agosto 2000, "considerato il processo di revisione del Regolamento sanitario internazionale adottato a Boston il 25 luglio 1969 e reso esecutivo con legge 9 febbraio 1982, n. 106, che non prevederà più un elenco di malattie quarantenarie propriamente dette nei cui confronti applicare specifiche misure di profilassi bensì una sorveglianza di tipo sindromico su patologie infettive o eventi che abbiano il potenziale per la diffusione internazionale e possano rappresentare una minaccia per la sanità pubblica a livello nazionale ed internazionale". Sulla decisione politica in ordine al novero delle malattie da curare più permissiva appare la posizione di J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi d'un'eugenetica liberale*, a cura di L. Ceppa, Torino, 2002, p. 64 ss. Sulla tesi di Habermas C.A. VIANO, *Antiche ragioni per nuove paure. Habermas e la genetica*, in *Riv. filosofia*, 2004, pp. 277-96.

¹⁴⁰ Sul modello a cui era ispirata, nell'assenza di una organica legislazione statale in materia di sperimentazione umana, la legislazione regionale e sulla centralità in essa già del principio del consenso (e del ruolo di Commissioni etiche), cfr. L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica*, cit., p. 184 ss. e pp. 273-5.

¹⁴¹ Sulla regola del consenso per le sperimentazioni vedi già art. 3.8.8 del d.m. 18.03.1998.

¹⁴² Il d.m. 12.05.2006, art. 5, comma 3, lett. b), aggiunge, però, che l'acquisizione del consenso informato non è una garanzia sufficiente né di scientificità, né di eticità del protocollo di studio e, pertanto, non esime il comitato dalla necessità di una valutazione globale del rapporto rischio/beneficio del trattamento sperimentale (vedi già d.m. abrogato 18.03.1998, art. 3.7.6).

¹⁴³ Cfr. art. 108, comma 1, d.lgs. n. 230 del 1995 e art. 5, comma 6, d.lgs. n. 187 del 2000.

¹⁴⁴ Il testo unico affianca, infatti, ad un elenco di malattie infettive selezionate direttamente dal legislatore (artt. 266 ss.), la competenza ministeriale, previo parere del Consiglio superiore di sanità, ad individuare quali siano le altre malattie infettive e diffuse che danno luogo alla adozione delle misure

dalla l. n. 51 del 1966¹⁴⁵ e le misure profilattiche per le malattie epidemiche di cui alla l. n. 106 del 1982¹⁴⁶. Eccentrica e dissonante appare, invece, l'originaria previsione legislativa, in tema di terapia del dolore, che rimette le cure di somministrazione di oppiacei alla discrezionalità del medico, indipendentemente dalla manifestazione di volontà del paziente ed al di fuori di esigenze di tutela della salute collettiva: la disciplina statale della l. 12 del 2001¹⁴⁷ non prevede, infatti, il previo consenso. A diversa conclusione pare, però, doversi giungere allo stato attuale dell'ordinamento, dopo che la legge n. 38 del 2010 proclama "il diritto del cittadino ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore", con ciò valorizzando la dimensione soggettivo-volontaristica del diritto alle cure¹⁴⁸. Salvo, poi, avvedersi, che proprio la crescente

sanitarie e quali le misure applicabili a ciascuna di esse (art. 253, per la cui attuazione vedi d.m. 15 dicembre 1990, recante "Sistema informativo delle malattie infettive e diffuse"). L'art. 62 della l. n. 833 del 1978 autorizzava il governo all'adozione di un testo unico di riordino delle norme in materia di profilassi internazionali e di malattie infettive e diffuse; testo unico ad oggi non emanato, di talché continuano ad applicarsi, in quanto non in contrasto con le disposizioni della legge n. 833 cit., le norme del testo unico di cui al r.d. n. 1265 del 1934.

¹⁴⁵ Con la sentenza n. 307 del 1990, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo. Tale rimedio è, secondo la Corte, il prodotto del "corretto bilanciamento dei valori chiamati in causa dall'art. 32 della Costituzione in relazione alle ragioni di solidarietà nei rapporti fra ciascuno e la collettività", che sole legittimano l'imposizione del trattamento sanitario e, dunque, "la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale". Aggiunge, infine, che "il rimedio risarcitorio trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva di un trattamento sanitario o di esecuzione materiale del detto trattamento non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura. E fra queste va ricompresa la comunicazione alla persona che vi è assoggettata, o alle persone che sono tenute a prendere decisioni per essa e/o ad assisterla, di adeguate notizie circa i rischi di lesione (o, trattandosi di trattamenti antiepidemiologici, di contagio), nonché delle particolari precauzioni, che, sempre allo stato delle conoscenze scientifiche, siano rispettivamente verificabili e adottabili" (conf. sentt. nn. 118 del 1996; 27 del 1998). Potrebbe dirsi che la Corte promuove, pedagogicamente, il consenso informato anche per i trattamenti sanitari obbligatori.

¹⁴⁶ Recante "Approvazione ed esecuzione del regolamento sanitario internazionale, adottato a Boston il 25 luglio 1969, modificato dal regolamento addizionale, adottato a Ginevra il 23 maggio 1973" e relativa alle epidemie di peste, febbre gialla e colera.

¹⁴⁷ Recante "Norme per agevolare l'impiego dei farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore", modificative degli artt. 41 ss, d.p.r. n. 309 del 1990. Con riferimento alla l. n. 12 cit. è stata emanata la Circ. 8.6.2001 n. 9, recante "Norme per agevolare l'impiego dei farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore - Indicazioni applicative - L. 8 febbraio 2001, n. 12".

¹⁴⁸ Del resto, la regola del consenso veniva già accolta nella legislazione regionale adottata per disciplinare la terapia del dolore. Con l. r. n. 21 del 2007, la Regione Piemonte ha subordinato, all'art. 3, comma 1, il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti fino a 18 anni al consenso "scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto" dei genitori o tutori. La Corte costituzionale, con sent. n. 438 del 2008 (per un primo commento C. CASONATO, *Il principio di volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*), ha annullato l'art. 3, comma 1, in quanto "il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale". Da ciò deriva che le norme oggetto di scrutinio sono costituzionalmente illegittime "in quanto con esse la Regione Piemonte non si è limitata a fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio del suddetto consenso", ma allorché "individua i soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori nominati),

oggettivazione del sapere scientifico riduce inevitabilmente gli spazi del potere decisionale della persona, che richiede le prestazioni della tecnica piuttosto che la conoscenza¹⁴⁹.

La legislazione ha, però, progressivamente superato la logica originalista dell'art. 32 della Costituzione, incentrata sulla fisicità del corpo inviolabile, in favore della libera determinazione dell'individuo¹⁵⁰, a cui viene riconosciuta l'autonomia morale ed etica della decisione sulla disposizione del proprio corpo, al di là ed al di fuori delle richieste dell'ordinamento¹⁵¹.

Manifestazioni sensibili della emersione della dimensione "positiva" dell'istanza individualistica sono, innanzitutto, le norme che sanciscono l'incontro tra il principio solidaristico e quello di autodeterminazione. Si tratta di quei casi-limite in cui la libertà di scelta dell'individuo convive con le esigenze (di cura e di ricerca) della comunità. La mente corre alla subordinazione della donazione di sangue, a scopo di infusione per allotrapianto (e per autotrapianto), ai sensi dell'art. 3, l. n. 219 del 2005, alla espressione del consenso informato, anche ricorrendo all'artificio per i minori della rappresentanza degli esercenti la potestà dei genitori o del tutore o del giudice tutelare¹⁵², nonché alla originaria previsione dell'art. 3 della l. n. 301 del 1993¹⁵³, che per i prelievi di cornea da cadavere richiedeva l'assenso del coniuge, dei figli o dei rappresentanti legali salvo che il soggetto deceduto non avesse in vita manifestato per iscritto il rifiuto alla donazione. Solo l'art. 4 della l. n. 91 del 1999, che introduce la regola del silenzio assenso in materia di donazione di organi e tessuti del proprio corpo successivamente alla morte¹⁵⁴,

nonché le modalità con le quali esso deve essere prestato (scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto), disciplina aspetti di primario rilievo dell'istituto nell'ambito considerato, sempre in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale". Conforme, Corte cost., sent. n. 253 del 2009, sulla analoga legge provinciale di Trento n. 4 del 2008.

¹⁴⁹ Retorica rischia allora di apparire, sotto questo profilo, la libertà che il consenso restituisce all'individuo che ha bisogno della scienza: sul punto G. AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso, tutela della persona*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., pp. 328-9.

¹⁵⁰ Già V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 557 ss. Di recente, sull'evoluzione dal diritto di rifiutare le cure al diritto di autodeterminazione personale come libertà di scelta consapevole nella giurisprudenza costituzionale cfr. G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, secondo l'art. 32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, pp. 85-99; R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4953 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 94 ss.

¹⁵¹ La libertà positiva di cui si discorre nel testo, più che alla dicotomia propria delle teorie giuridiche, attinge, quindi, alla concezione elaborata da I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, trad. it., *Due concetti di libertà*, Milano, 2000, p. 24, ove concettualizza il senso 'positivo' della parola 'libertà' come "desiderio da parte dell'individuo di essere padrone di sé stesso. Voglio che la mia vita e le mie decisioni dipendano da me stesso e non da forze esterne di qualsiasi tipo. Voglio essere strumento dei miei stessi atti di volontà e non di quelli di altri. Voglio essere un soggetto, non un oggetto [...] Voglio essere qualcuno, non nessuno".

¹⁵² Tale regola pare oggi applicabile anche alla donazione di midollo osseo, per la quale la l. n. 52 del 2001 rinviava a all'art. 3, comma 1, della l. n. 107 del 1990, oggi abrogata dall'art. 27, l. n. 219 del 2005.

¹⁵³ La legge è stata abrogata dall'art. 27, l. n. 91 del 1999.

¹⁵⁴ In attuazione dell'art. 5, l. n. 91 del 1999, è stato adottato il d.m. 8.4.2000, recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, attuativo delle prescrizioni relative alla dichiarazione di volontà dei cittadini sulla donazione di organi a scopo di trapianto", che prevede che sia

pare prefigurare la prevalenza, almeno in astratto, dell'istanza comunitaria su quella individualistica, che può, però, recuperare terreno nel caso concreto, manifestando la propria volontà. Infine, l'art. 1 della l. n. 36 del 2001 sottopone il riscontro diagnostico, mediante prelievo di organi, dei lattanti deceduti al consenso di entrambi i genitori.

Ma la trasfigurazione della libertà *da* interferenza in libertà *di* scelta giunge a compimento solo con la attribuzione alla autonomia decisionale dell'individuo di facoltà modificative dell'evoluzione biologica del proprio corpo.

Le fattispecie sono quelle dell'interruzione volontaria della gravidanza e dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. La prima attribuisce alla donna la presentazione "personale" della richiesta per ragioni di tutela della sua salute fisica o psichica¹⁵⁵, garantisce la consapevolezza del consenso¹⁵⁶ ed escogita agili artifici per consentire la manifestazione della propria volontà anche alle donne minorenni o inferme di mente¹⁵⁷. La seconda è dominata dalla volontà individuale che consente di eliminare il caso e di *progettare* la nascita con il concorso della tecnica. La "sovranità" dell'individuo si manifesta nell'enunciazione, all'art. 4, comma 2, lett. b, del consenso informato come principio di applicazione della p.m.a. Ma qui la libertà di autodeterminazione pare incontrare assai più limiti che altrove; limiti che finiscono per erodere quella sovranità in nome di un reviviscente "paternalismo medico". Si pensi alla rigida procedimentalizzazione del consenso. L'art. 6 richiede che il medico informi sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, sul grado di invasività delle tecniche prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita; che alla coppia sia prospettata la possibilità di ricorrere alternativamente a procedure di adozione o di affidamento; che la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura¹⁵⁸; che la medesima possa essere revocata solo fino

notificato personalmente a tutti i cittadini, secondo le modalità di cui all'art. 138 del codice di procedura civile, la richiesta di dichiarare la propria volontà in merito alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo dopo la morte, a scopo di trapianto, informandoli che la mancata dichiarazione di volontà, debitamente datata e sottoscritta, entro il termine di novanta giorni dalla data di notifica della richiesta è considerata quale assenso alla donazione.

¹⁵⁵ Cfr. l. n. 194 del 1978, art. 12, comma 1 e art. 18, che sancisce la rilevanza penale dell'interruzione praticata senza il consenso della donna. Sul rilievo attribuito alla volontà della gestante, nell'ambito delle procedure autorizzative di cui all'art. 5 della legge, cfr. Corte cost., sent. n. 26 del 1981 e ord. n. 389 del 1988.

¹⁵⁶ Cfr. l. n. 194 del 1978, art. 14.

¹⁵⁷ Cfr. l. n. 194 del 1978, artt. 12 e 13, su cui *infra* § 4.1 per i poteri del giudice tutelare.

¹⁵⁸ In attuazione dell'art. 6 è stato adottato il Regolamento del ministero della giustizia e della salute 16.12. 2004, n. 336, che prevede gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato in caso di richiesta di accesso alla p.m.a., tra cui la lettera h) del primo articolo fa riferimento anche alla "letteratura scientifica" in relazione ai rischi per la madre e per il nascituro accertati o possibili. Per quanto concerne la modalità di espressione della volontà l'art. 2 prescrive l'apposita dichiarazione, sottoscritta e datata, in duplice esemplare, dai richiedenti congiuntamente al medico responsabile della struttura. Anche in questo secondo caso è previsto un allegato che indica chiaramente gli elementi minimi che devono essere presenti nel modello di dichiarazione.

al momento della fecondazione dell'ovulo¹⁵⁹. Nella stessa direzione l'art. 9, comma 2, cristallizza il divieto di anonimato della madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, in deroga alla generale libertà contemplata dall'articolo 30, comma 1, del d.p.r. n. 396 del 2000, temperando la libertà della donna con il principio di auto-responsabilità. Ancora, non può sottacersi come il diritto alla vita ed alla salute, che alle volte passa necessariamente attraverso l'abbandono della lotteria genetica, male si concilia con il divieto della diagnosi preimpianto o prenatale, con la conseguente impossibilità di conoscere il sesso del nascituro per evitare la trasmissione di malattie genetiche¹⁶⁰. Per contro, la libertà del corpo, come principio di identità e libero sviluppo della personalità, pare trovare armonica estrinsecazione nel divieto di clonazione di cui all'art. 13, comma 3, lett. c.

La disponibilità della vita ha, infine, trascinato con sé anche la disponibilità del proprio corpo dopo la morte.

Le legislazioni, statale¹⁶¹ e regionale¹⁶², in materia di cremazione e dispersione delle ceneri moltiplicano le modalità di manifestazione del consenso alla cremazione e ne diminuiscono le formalità, sino ad includere la volontà manifestata all'ufficiale dello stato civile, dai rappresentanti legali e quella presumibile derivante dall'iscrizione ad associazioni riconosciute che abbiano tra i propri fini statutari quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati.

L'ultimo, in senso biologico e cronologico, terreno di espansione della libertà del corpo a contenuto positivo paiono, infine, le "promesse" di normazione della "dolce morte". A ben vedere, però, la disciplina recata dal disegno di legge n. 1363-S e 2350-C, in materia di dichiarazioni anticipate di trattamenti sanitari e di fine vita in previsione di una eventuale futura perdita della propria capacità di intendere, oscilla tra logica individualistica e imperativa. Contempla, infatti, un rigido formalismo delle modalità di manifestazione della propria volontà¹⁶³; limita la validità delle dichiarazioni a 5 anni, salvo che il soggetto sia divenuto incapace¹⁶⁴; sancisce il carattere non obbligatorio né vincolante delle dichiarazioni¹⁶⁵; limita l'oggetto della manifestazione preventiva di

¹⁵⁹ Sulla irragionevolezza della limitazione della revoca del consenso dopo la fecondazione e sulla "disonomia" della legge che all'art. 14 fa, comunque, salva la disciplina dell'aborto cfr. S. AGOSTA, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori costituzionali*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 120 ss.; M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2004, p. 456 ss.; C. TRIPODINA, *Studi sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, cit., p. 524.

¹⁶⁰ Sul punto C. TRIPODINA, *ult. cit.*, pp. 532-4; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., pp. 140-4, che apostrofa come illogico il divieto di diagnosi preimpianto in un ordinamento che consente l'aborto e, quindi, una tutela rafforzata dell'embrione rispetto al feto. Sul riconoscimento della legittimità di interventi di terapia genica volti a evitare la trasmissione di malattie ereditarie J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una eugenetica liberale*, cit., p. 64 ss.

¹⁶¹ L. n. 130 del 2001, art. 3, comma 1, lett. b).

¹⁶² L. r. Piemonte n. 20 del 2007, art. 5.

¹⁶³ Cfr. art. 4, commi 1 e 2, d.d.l. n. 1363-S e 2350-C, che prevede la forma scritta ed autografa, nonché la contestuale sottoscrizione di un medico di medicina generale.

¹⁶⁴ Cfr. art. 4, comma 3.

¹⁶⁵ Cfr. art. 4, comma 1.

volontà ai soli trattamenti sanitari di carattere sproporzionato o sperimentale¹⁶⁶, ma giammai ne consente l'estensione a forme di eutanasia anche solo omissiva o all'idratazione ed all'alimentazione¹⁶⁷; ne dispone l'inapplicabilità ai casi di urgenza e di pericolo immediato di vita¹⁶⁸. Esclude, infine, la possibilità per il tutore dell'interdetto o per il curatore dell'inabilitato, per l'amministratore di sostegno, per l'esercente la potestà genitoriale su minore e per il fiduciario di decidere in merito a trattamenti sanitari in pregiudizio della vita dell'incapace¹⁶⁹. Il legislatore pare, cioè, pre-orientare e pre-giudicare la volontà espressa personalmente o per rappresentanza¹⁷⁰. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, pare intravedersi una tensione tra la diffidenza mostrata nel disegno di legge in ordine all'artificio della rappresentanza¹⁷¹ e gli altri luoghi dell'ordinamento, ove la manifestazione della volontà dei soggetti deboli per interposta persona è piuttosto preposta a garantire l'inveramento della logica individualistica senza disparità di trattamento¹⁷². Valga uno per tutti il modello delineato dall'art. 404 del codice civile (introdotto dalla l. n. 6 del 2004), che investe l'amministratore di sostegno della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici per decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace e per consentire la manifestazione di una volontà autentica là dove lo stato di decadimento cognitivo impedisca di esprimere un consenso realmente consapevole¹⁷³.

Ambivalente appare, in sintesi, il rapporto tra autorità e libertà del corpo, che vive nelle norme biogiuridiche in continua tensione tra simbiosi e antitesi. Per un verso, il corpo ha bisogno del potere e della sua giuridicizzazione per assicurarsi la propria

¹⁶⁶ Cfr. art. 3, comma 3.

¹⁶⁷ Cfr. art. 3, commi 4 e 5.

¹⁶⁸ Cfr. art. 4, comma 6.

¹⁶⁹ Cfr. art. 2, commi 6, 7 e 9 e art. 6.

¹⁷⁰ Sullo svuotamento di senso del principio del consenso nel d.d.l., per tutti, C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato "Calabrò" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, ivi.

¹⁷¹ Sollevano dubbi sulla legittimità costituzionale dell'estensione, recata dal disegno di legge, dei poteri tutori per manifestare il consenso informato di persone incapaci A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2010, p. 7 ss.

¹⁷² Peraltro, conati di normazione del consenso per rappresentanza si rinvengono anche nella legislazione regionale. La regione Toscana, con l. n. 63 del 2004, aveva previsto, all'art. 7, che "ciascuno ha diritto di designare la persona a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso a un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e indifferibilità della decisione". Il successivo art. 8 disciplinava il procedimento per rendere le dichiarazioni di volontà indicate dall'art. 7. La Corte, con la sentenza n. 253 del 2006, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in quanto "così operando il legislatore regionale ha ecceduto dalle proprie competenze, regolando l'istituto della rappresentanza che rientra nella materia dell'ordinamento civile, riservata allo Stato, in via esclusiva, dall'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione".

¹⁷³ Sul modello delineato dalla legge n. 6 del 2004 vedi la nota sentenza "Englaro", Cass. Civ., 16.10.2007, n. 21748. In dottrina evidenzia come la legge n. 6 non sia ispirata alla logica paternalistica di un diritto che fissa la regola immutabile, ma a quella di un diritto che disegna la procedura affinché il debole sviluppi punti di vista propri S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 28.

libertà immunitativa nei confronti delle imposizioni (e contaminazioni) altrui¹⁷⁴. Per l'altro, il corpo deve essere garantito dal potere, se si vuole evitare di passare da un orizzonte biopolitico ad uno "tanatopolitico", quando è, cioè, il potere sovrano che decide su valore o disvalore della vita. Ancora, con movimento pendolare, il progressivo evolversi della libertà da una originaria dimensione negativa ad una più propriamente positiva porta con sé, per una strana eterogenesi dei fini, la conversione della libertà individuale in libertà funzionale. E finisce così per risolvere la libertà in sicurezza sociale, ove solo si consideri che il soddisfacimento ultimo dell'autodeterminazione passa necessariamente attraverso l'organizzazione pubblica delle prestazioni¹⁷⁵.

4.1 Segue: *Il giudice ed il medico: "custodi" della libertà o "presidi" di autorità?*

Infine, l'esatta determinazione degli spazi normativi della libertà del corpo non la si comprende se non attraverso l'analisi del ruolo attribuito dalle norme di biodiritto ai due attori della fattispecie concreta: il giudice ed il medico, che partecipano, a vario titolo, alla adozione della misura del caso.

Il giudice viene, talvolta, investito di una funzione decisoria autonoma, talaltra, di una funzione meramente integrativa della volontà dei soggetti deboli.

Nel primo caso, la legge abdica a dettare la norma generale ed estratta, ma si limita a delineare il procedimento giurisdizionale di adozione della misura concreta. Si pensi all'art. 2 della l. n. 458 del 1967, che attribuisce al giudice, previo accertamento del carattere volontario e consapevole della richiesta di donazione del rene e dell'esistenza del giudizio tecnico favorevole al prelievo ed al trapianto, la facoltà di concedere il nulla osta all'esecuzione del trapianto¹⁷⁶. O, ancora più significativamente, alla l. n. 164 del 1982, che dispone la rettificazione dell'attribuzione di sesso con sentenza passata in giudicato, previa acquisizione di consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato; sentenza che può altresì autorizzare un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico. La funzione giurisdizionale è il *medium* tra la forza politico-normativa e l'istanza individualistica: garantisce (e, quindi, limita) l'estrinsecazione della libertà, mediante il sindacato sulla ricorrenza dei presupposti di fatto normativamente prescritti. Seppur nell'oscurità del dato normativo, che attribuisce al giudice la facoltà di autorizzare il trapianto o la rettificazione di sesso, pare, però, difficile non limitare la funzione sindacatoria del giudice ad un controllo esterno, debole e vincolato alla ricorrenza dei requisiti *ex lege* e non escludere un sindacato di merito sull'opportunità dell'atto.

Nel secondo caso, il giudice tutelare è, invece, chiamato, mediante un espediente giuridico, ad integrare la volontà dei minori e degli incapaci. E così l'art. 12, comma 2, della l. n. 194 del 1978 prevede, nel caso di contrasto tra esercenti la potestà o la tutela

¹⁷⁴ Eloquente la legislazione sulla "profilassi" sanitaria.

¹⁷⁵ Riflette sul modello organizzativo sanitario idoneo a preconstituire organi e procedimenti per la formazione libera e consapevole della volontà e che rinuncia a risolvere *a priori* conflitti valoriali, nonché sulle generali implicazioni nella bioetica tra organizzazione e diritti A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2008, p. 408 ss.

¹⁷⁶ La medesima procedura si applica per il trapianto di fegato, ai sensi dell'art. 1, comma 2, l. n. 483 del 1999.

su minori, l'intervento del giudice tutelare, che può autorizzare l'interruzione con atto non soggetto a reclamo, "sentita la donna e tenuto conto delle sue volontà", nonché della relazione medica¹⁷⁷. Come la Corte ha più volte ritenuto¹⁷⁸, il potere autorizzatorio del giudice tutelare è previsto "a garanzia della consapevolezza circa i beni di rilievo costituzionale consistenti nella tutela della vita del concepito e della vita e della salute della donna [...] e della serietà della loro valutazione e ponderazione [...], e quindi anche a garanzia del rispetto delle procedure". Di talché il medesimo non può configurarsi "come potestà co-decisionale", essendo la decisione rimessa – secondo una valutazione politico-legislativa insindacabile – soltanto alla responsabilità della donna. Ne deriva che al giudice spetta esclusivamente un sindacato esterno sulla sussistenza delle condizioni morali e psico-fisiche in cui la decisione della minore è stata assunta ed un potere rigidamente vincolato. Alla medesima funzione rispondono gli interventi del giudice tutelare previsti per le emotrasfusioni di sangue dall'art. 3, comma 2, l. n. 219 del 2005.

In entrambi i casi, l'istanza giurisdizionale sembra chiamata a svolgere una prevalente funzione di garanzia dei meccanismi di formazione del consenso, piuttosto che una (indebita) opera di creazione del consenso. Non si comprenderebbe altrimenti la mancata previsione per il giudice di sollevare obiezioni di coscienza¹⁷⁹.

I poteri/doveri del medico paiono, invece, oscillare tra *garanzia* dell'esercizio responsabile e consapevole della libertà e *promozione* di modelli di vita normativamente prescritti. Di una stringente logica garantistico-individualistica partecipa il potere del medico di autorizzare l'intervento della gravidanza in caso di grave pericolo per la salute della donna¹⁸⁰, così come la previsione dell'obbligo di fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite e sui procedimenti abortivi¹⁸¹. Ad un paradigma co-gestionale pare, invece, ispirarsi la disciplina della riproduzione assistita. Non solo l'art. 6, comma 3, prevede una dichiarazione congiunta del richiedente con il medico, ma, soprattutto, il comma 4 riserva alla discrezionalità del medico, al di fuori dei casi di obiezione di coscienza¹⁸², la decisione di non procedere alla tecnica procreativa per generiche ragioni di ordine medico-sanitario. In questo caso solo apparentemente pare rispettata la regola di fondo della pratica terapeutica, che vorrebbe la autonomia e la responsabilità del medico operare le necessarie scelte

¹⁷⁷ Similmente l'art. 13 prevede l'intervento del giudice nel caso di donna interdetta per infermità di mente, previa acquisizione della relazione medica.

¹⁷⁸ Corte cost., sent. n. 76 del 1996; conf. ord. n. 463 del 1988; sent. n. 197 del 1986.

¹⁷⁹ Sulla prevalenza dell'"indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia" rispetto alla tutela dei "convincimenti interni" del giudice cfr. Corte cost., ord. n. 514 del 2002; sent. n. 196 del 1987; ord. n. 445 del 1987.

¹⁸⁰ Art. 12, comma 2, l. n. 194 del 1978.

¹⁸¹ Art. 14, l. cit.

¹⁸² Non pare, peraltro, priva di significato la circostanza che l'art. 16 della l. n. 40 del 2004 riconosce l'obiezione di coscienza del personale sanitario, senza però garantire – come previsto, invece, dall'art. 9, comma 4, l. n. 194 del 1978 – che le strutture sanitarie autorizzate siano tenute in ogni caso ad assicurare l'esecuzione degli interventi di p.m.a., ricorrendo, ove occorra, alla mobilità del personale. Sull'effettività del diritto alle prestazioni sanitarie minacciata dall'obiezione di coscienza cfr. A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., p. 422.

professionali con il consenso del paziente¹⁸³: qui il potere politico passa le consegne a quello medico e la libertà di valutazione di quest'ultimo agisce al di là ed al di fuori della volontà del paziente. Così come, infine, pare allentarsi l'annunciata alleanza terapeutica tra medico e paziente¹⁸⁴ a vantaggio dell'alleanza medico-potere politico nella fase di fine vita. Sintomatica è la libertà terapeutica conferita, "in scienza e coscienza", al medico, nei casi di "situazioni di urgenza", rispetto al contenuto volitivo delle dichiarazioni dall'art. 2, commi 8 e 9, e dall'art. 4, comma 6, del disegno di legge citato. Ma è soprattutto l'art. 7 che amplia l'autonomia del medico a discapito della volontà individuale: sottopone la dichiarazione alla presa in carico del medico curante che annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirla; impone al medico di non prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente e di valutarle in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza; in caso di contrasto con il fiduciario, gli attribuisce il potere di disattendere il parere del collegio medico, ove prescriva prestazioni contrarie alle sue convinzioni di carattere scientifico e deontologico. La logica paternalistica pare, qui, sopravanzare il modello processuale-deliberativo di formazione della volontà¹⁸⁵.

Non si fatica ad intravedere dietro ai differenti ruoli ritagliati dal legislatore ai giudici ed ai medici, alla loro distanza o contiguità rispetto al potere politico, la redistribuzione del luogo della decisione sovrana sulla nuda vita, che può scivolare, sul piano inclinato della politica, verso la giurisdizione o la medicina. Del resto, l'orizzonte biopolitico che caratterizza la modernità, ci ha da tempo abituati alla concorrenza combinata, nell'applicazione delle leggi biopolitiche¹⁸⁶, tra il potere dei medici, dipinti a partire dal positivismo *comtiano* come sacerdoti della nuova umanità liberata dalla scienza, e quello dei giudici ed al bidirezionale movimento tra la biologizzazione della politica ed il controllo giuridico della medicina.

5. Le ordinanze contingibili ed urgenti ed il riemergere dello stato di eccezione?

Il biodiritto non ha vissuto e non vive, però, solo nelle ordinarie fonti del diritto.

La crescente normativizzazione e "normalizzazione" della vita e delle tecniche manipolative non ha conosciuto sempre uno sviluppo lineare e la regolazione giuridica

¹⁸³ Corte cost., sent. n. 151 del 2009, punto 6 del *Considerato in diritto*; conf. già sentt. nn. 282 del 2002 e 338 del 2003.

¹⁸⁴ Vedi artt. 1, lett. d) e 2, comma 3, d.d.l. n. 1363-S e 2350-C.

¹⁸⁵ Contrappone il modello deliberativo della relazione medico-paziente a quello paternalistico, passando attraverso i modelli informativo ed interpretativo, C. VIAFORA, *Bioetica clinica: la dimensione normativa della pratica medica*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Biodiritto in dialogo*, cit., pp. 61-3; auspica il prevalere della connotazione processuale del consenso, unitamente alla connotazione procedurale dell'etica, A. AUTIERO, *La bioetica, fra scienza, etica e diritto*, ivi, p. 81. Sulla derivazione del modello processuale dalla clausola del *due process of law* del XIV emendamento della Costituzione americana, che offre una protezione procedimentale all'autonomia del paziente, E. CASTORINA, *Concezioni bioetiche e principi costituzionali. Il problema delle scelte di fine-vita*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2009, n. 2-3, p. 331 ss e ora in S. RANDAZZO (a cura di), *Etica e diritto nella medicina di fine vita*, cit., p. 113 ss.

¹⁸⁶ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., pp. 157-9 e 177; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 271 ss.; R. ESPOSITO, *Bios*, cit., pp. 149 e 201.

del corpo è stata spesso sottratta alla norma, generale ed astratta, e rimessa alla logica del caso concreto. La decisione politica sulla “nuda vita” ha trovato, infatti, di frequente estrinsecazione nel ricorso al potere contingibile ed urgente del Governo.

Le ordinanze di necessità ed urgenza hanno trovato la loro fonte di legittimazione nell’art. 32, comma 1, della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale e nell’art. 117, comma 1, del d.lgs. n. 112 del 1998: in entrambi, le fattispecie legittimanti l’esercizio dei poteri d’urgenza del Ministro rinviano alle clausole generali delle emergenze sanitarie e di igiene pubblica, come, del resto, impone la natura imprevedibile ed imprevedibile del fatto emergenziale, che non si presta ad essere disciplinato *a priori*. E’, insomma, attraverso quei vettori che la regola eccezionale del caso concreto si è assicurata una relazione con l’ordine giuridico costituito.

Il punto diviene comprendere se la relazione tra norma e decisione della situazione emergenziale è divenuta a tal punto rarefatta da preconizzare nella biogiuridica una rinnovata coincidenza tra sovranità e potere d’eccezione. Tale interrogativo può trovare una risposta solo se non si omette di considerare che i poteri emergenziali del Governo svolgono funzioni non omogenee: talvolta sono intervenuti in uno stato di anomia, recando misure “anticipatorie” della disciplina legislativa, talaltra, si sono ad essa sovrapposti, sospendendone la vigenza e/o integrandola per la decisione del caso concreto¹⁸⁷.

Della natura “paranormativa” paiono partecipare quelle ordinanze che, in espressa attesa della disciplina legislativa, hanno regolato la materia. E questo a partire dall’estensione delle prestazioni sanitarie agli stranieri temporaneamente presenti in Italia “a tutela della salute della collettività” con l’ordinanza ministeriale 15 novembre 1996¹⁸⁸ per la mancata conversione in legge del decreto legge che recava la disciplina organica; passando attraverso il divieto di qualsiasi sperimentazione o intervento finalizzato alla pratiche di clonazione umana o animale con l’o.m. 5 marzo 1997¹⁸⁹ o il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani in attesa di

¹⁸⁷ Nelle ordinanze di necessità ed urgenza del biodiritto si mescolano e si confondono, dunque, le tradizionali distinzioni del potere di ordinanza elaborate della giuspubblicistica antica, che distingueva le ordinanze amministrative, “quando la legge manchi o sia incompleta” dalle ordinanze di necessità (*Nothverordnungen*), che “sospendono l’esecuzione di una legge [...] perché il tutto non deve essere sacrificato dalla parte”: L. VON STEIN, *Verwaltungslehre (1865-1868)*, trad. A. BRUNIALTI (a cura di), *La scienza della pubblica amministrazione*, Torino, 1897, p. 451; K. BLUNTSCHLI, *Dottrina dello Stato moderno*, vol. I, *Dottrina generale dello Stato*, Napoli, 1879, pp. 450-1; V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1917, p. 228. Per la ricostruzione della riflessione della dottrina antica sul potere di ordinanza di necessità ed urgenza vedi, di recente, A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 134 ss.

¹⁸⁸ L’efficacia delle disposizioni contenute nell’ordinanza è stata prorogata dalle O.M. 7 febbraio 1997; O.M. 13 maggio 1997; O.M. 16 agosto 1997; O.M. 23 dicembre 1997.

¹⁸⁹ Prorogata con O.M. 4 giugno 1997; O.M. 4 settembre 1997; O.M. 23 gennaio 1998; O.M. 30 giugno 1998; O.M. 22 dicembre 1998; O.M. 25 giugno 1999; O.M. 22 dicembre 1999; O.M. 22 dicembre 2000; O.M. 27 giugno 2001; O.M. 21 dicembre 2001; O.M. 18 giugno 2002; O.M. 4 dicembre 2002; O.M. 30 maggio 2003; O.M. 26 novembre 2003. Il legislatore sarebbe intervenuto solo con gli artt. 13 e 14, l. n. 40 del 2004 ed il governo con il d.l. n. 3 del 2006, conv. con l. n. 78 del 2006, che all’art. 4 esclude dalla brevettabilità delle invenzioni tecnologiche, tra gli altri, ogni procedimento tecnologico di clonazione umana, i procedimenti di modificazione dell’identità genetica germinale dell’essere umano ed ogni utilizzazione di embrioni umani, ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali umane.

regolamentazione della procreazione medicalmente assistita con la coeva o.m. 5 marzo 1997¹⁹⁰; continuando con la regolamentazione delle strutture preposte al trapianto, importazione ed esportazione di organi e tessuti, nelle more della adozione del competente decreto ministeriale, con l'o.m. 1 giugno 1999¹⁹¹ o con la disciplina dell'impiego delle cellule staminali da cordone ombelicale in campo terapeutico in attesa dell'adeguamento della normativa vigente ai nuovi risultati della scienza recata dall'o.m. 11 gennaio 2002¹⁹²; fino ad arrivare ad una disciplina organica delle cellule staminali da cordone ombelicale per uso autologo del sangue, improntata al principio di libera autodeterminazione, con l'ordinanza 04.05.2007, nelle more "di una iniziativa legislativa che disciplini le modalità e le condizioni per la conservazione ad uso autologo del sangue cordonale, con contestuale donazione allogenica su base solidaristica" e della predisposizione, ai sensi dell'art. 10, comma 3, della l. n. 219 del 2005, del decreto ministeriale che crei una rete nazionale di banche per la conservazione di cordoni ombelicali¹⁹³. Infine, con l'ordinanza ministeriale 10.04.2003 sono state introdotte quelle misure profilattiche contro la sindrome acuta respiratoria che sono poi state recepite dal d.l. n. 103 del 2003.

In tali fattispecie il potere contingibile pare atteggiarsi a potere *extra-ordinem*, che si inserisce in una zona di anomia per colmare il vuoto normativo e diviene esso stesso norma. Ciò su cui resta da interrogarsi è la tenuta del principio di legalità, nella forma della riserva di legge, ove si consideri che le materie involgono diritti fondamentali ed il legislatore "delegante" non pare aver limitato la discrezionalità tecnica (e scientifica) del potere esecutivo.

Diverso appare il caso, più diffuso, delle ordinanze contingibili ed urgenti che si risolvono nella sospensione dell'ordine giuridico per la soluzione del caso concreto. E nel biodiritto non sono certo mancate decisioni "eccezionali". In via esemplificativa, paiono orientare il senso dell'indagine: l'adozione dell'o.m. 20 novembre 1998¹⁹⁴ per consentire, con provvedimento straordinario e urgente, la prosecuzione del c.d. "Multitratamento Di Bella" in deroga al procedimento di sperimentazione clinica disciplinata dal d.l. n. 23 del 1998; l'esclusione, in via cautelativa, dalla donazione di sangue o di emocomponenti di coloro che hanno soggiornato per oltre sei mesi nel Regno Unito nel periodo dal 1980 al 1996 con o.m. 22 novembre 2000¹⁹⁵; l'adozione di misure speciali di sanità pubblica per patologie rare¹⁹⁶ o di misure urgenti in materia di

¹⁹⁰ La vigenza delle disposizioni contenute nell'ordinanza è stata prorogata con O.M. 4 giugno 1997; O.M. 4 settembre 1997; O.M. 10 ottobre 1997. L'O.M. 25 giugno 1997 ne ha, invece, modificato il contenuto.

¹⁹¹ L'efficacia della presente ordinanza è stata prorogata dall'O.M. 31 gennaio 2000; O.M. 26 luglio 2000; O.M. 1 marzo 2001; O.M. 8 agosto 2001.

¹⁹² L'ordinanza è stata modificata con l'O.M. 30 dicembre 2002; e prorogata con O.M. 25 febbraio 2004; O.M. 7 aprile 2005 e O.M. 13 aprile 2006.

¹⁹³ Prorogata con O.M. 29 aprile 2008; O.M. 19 giugno 2008 e O.M. 26 febbraio 2009.

¹⁹⁴ Modificata con O.M. 24 febbraio 2000.

¹⁹⁵ Ora cfr. O.M. 29 marzo 2004.

¹⁹⁶ O.M. 12 febbraio 2001, Recante "ordinanza contingibile ed urgente per la sorveglianza della malattia di Creutzfeldt-Jakob", abrogata dall'art. 6, D.M. 21 dicembre 2001, recante la misura ordinaria della "Sorveglianza obbligatoria della malattia di Creutzfeldt-Jakob".

profilassi e terapia dell'influenza¹⁹⁷; le misure precauzionali atte ad evitare il rischio di trasmissione di SARS attraverso la donazione di organi, tessuti e cellule a scopo di trapianto¹⁹⁸ o attraverso la trasfusione di sangue o di emocomponenti trapianti¹⁹⁹; la sospensione su tutto il territorio nazionale delle sperimentazioni cliniche con prodotti per terapia genica, che prevedono l'impiego di vettori retrovirali²⁰⁰; infine, la sospensione con l'ordinanza contingibile ed urgente del 21 settembre 2005, su tutto il territorio nazionale, della sperimentazione diretta ad ottenere l'aborto farmacologico e l'arruolamento di nuove pazienti, ad eccezione dei trattamenti in atto in regime di ricovero ospedaliero. Però, anche qui, ove l'ordinanza contingibile ed urgente è la "deroga" temporanea, l'eccezione al diritto vigente, la medesima non pare perdere la propria aspirazione alla normatività ed a superare la dimensione dell'eccezionalità: manca, infatti, "il dimensionamento dell'ordinanza *extra ordinem* ai caratteri spazio-temporali della situazione di fatto"²⁰¹. Le ordinanze sono spazialmente non definite e temporalmente rese illimitate dalle continue proroghe e dall'individuazione di condizioni "risolutive" indeterminabili²⁰². "Deroga" e "sospensione" dell'ordinamento giuridico qui si confondono.

Entrambe le fattispecie di provvedimenti contingibili ed urgenti paiono, dunque, convergere nella medesima direzione. Il comune esito è la "normalizzazione" dello stato di eccezione: nell'un caso, perché la situazione emergenziale deriva dall'assenza di norme che disciplino la situazione di fatto e quest'ultima diviene l'occasione per anticipare la norma; nell'altro, perché la sospensione dell'ordine giuridico ambisce a superare i confini, temporali e spaziali, del caso concreto per porre una nuova norma. Anche nel frangente del biodiritto, insomma, lo stato di eccezione è diventato "norma"²⁰³.

6. *Le metanorme di biodiritto: una ricerca "abortita".*

¹⁹⁷ O.M. 29 aprile 2009, recante l'Istituzione della Unità di Crisi (U.C.) finalizzata a predisporre le misure di emergenza per fronteggiare i pericoli derivanti dalla influenza da nuovo virus AH1N1; O.M. 4 maggio 2009, recante misure profilattiche contro l'influenza da nuovo virus influenzale A(H1N1); O.M. 21 maggio 2009, O.M. 29 luglio 2009, O.M. 11 settembre 2009, O.M. 30 settembre 2009 e O.M. 20 ottobre 2009, con misure urgenti in materia di profilassi vaccinale dell'influenza pandemica A(H1N1); O.M. 3 dicembre 2009, recante misure urgenti in materia di contenimento dell'impatto dell'influenza pandemica sulle scorte di sangue ed emocomponenti per il fabbisogno trasfusionale nazionale; O.P.C.M. 31 luglio 2009, n. 3798 e O.P.C.M. 17 marzo 2010, n. 3860, sulla fornitura di dosi di vaccino e di farmaci antivirali necessari per assicurare la vaccinazione delle categorie sensibili.

¹⁹⁸ O.M. 10 giugno 2003.

¹⁹⁹ O.M. 10 giugno 2003.

²⁰⁰ Ordinanza ministeriale contingibile ed urgente 10 ottobre 2002, prorogata da O.M. 28 gennaio 2003 e modificata da O.M. 12 giugno 2003.

²⁰¹ A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Torino, 2007, p. 223 ss.

²⁰² Basti pensare che l'ordinanza di sospensione della Ru486 ancora la cessazione della misura sospensiva all'adeguamento dei protocolli sperimentali alle procedure previste dalla stessa ordinanza.

²⁰³ In termini teorico-generalis la tesi è ora sviluppata, con riferimento al potere contingibile ed urgente del Governo, in A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra-ordinem del Governo*, in corso di elaborazione per l'editore Giuffrè.

Molto più rapida è, invece, la ricerca nell'ordinamento di norme secondarie di biodiritto e, cioè, di norme che dovrebbero regolare la produzione delle norme primarie.

Con ciò non si intende affatto disconoscere che nel biodiritto, dominato dall'intricabile dei giochi linguistici della scienza, della tecnica, della politica e dell'etica, le uniche possibili meta-prescrizioni comuni, idonee ad assicurare la convivenza dei linguaggi, parrebbero essere, più che altrove, le procedure generatrici della *norma* biogiuridica. E', infatti, nei "nomo-dotti"²⁰⁴, che conducono la volontà dalla proposizione alla posizione di norme, nella "ragionevolezza"²⁰⁵ delle procedure di normazione, che forse risiede l'unica possibilità di convivenza tra la normatività politico-giuridica e quella scientifico-tecnologica²⁰⁶.

Allo stesso modo, non ci si nasconde che difficilmente potrebbe congegnarsi un giusto procedimento bio-normativo senza demandare alle norme sulla produzione della disciplina, da un lato, delle modalità di acquisizione del sapere tecnico-scientifico, dall'altro, delle istanze democratico-partecipative e, più in generale, di controllo sociale connesse alla pervasività della decisioni biogiuridiche. Sotto il primo profilo, si tratterebbe di conformare procedimenti normativi che "garantiscono l'attendibilità dei dati, giudizi e previsioni e che evitino il rischio di un abuso strumentale di proposizione pseudoscientifiche"²⁰⁷. E questo, in primo luogo, richiederebbe la regolazione del ricorso, nell'istruttoria normativa, a meccanismi di validazione dell'analisi scientifica, quale lo strumento della *peer review*²⁰⁸, vale a dire del sistema attraverso il quale la comunità scientifica, pur senza occultare le opinioni dissenzianti e minoritarie e nell'auspicabile partecipazione pubblica²⁰⁹, riconosce la validità di una ricerca. In secondo luogo, imporrebbe la proceduralizzazione della partecipazione degli organi tecnico-scientifici e delle procedura di nomina dell'organo consultivo, la cui composizione non può sempre essere demandata all'*intuitu fiduciae* dell'amministrazione procedente, ma dovrebbe rispondere a obiettivi criteri di concorsualità pubblica o aprirsi alle regole di accreditamento della comunità scientifica.

Ove, però, i procedimenti normativi si aprissero solo alle valutazioni dell'*expertise* tecnico-scientifico, diverrebbe concreto il rischio che la scienza e la tecnica, in nome dell'imparzialità dell'esperto e della legalità formale delle procedure, eliminino il ruolo politico-trasformativo della partecipazione pubblica e della decisione democratica;

²⁰⁴ La bella espressione è mutuata da N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 45.

²⁰⁵ Si accenna qui alla differenza tra "razionalità" e "ragionevolezza" del procedimento come distinzione tra astratta conformità a ragione del procedimento e sua capacità di bilanciare le istanze sostanziali e procedurali della normazione. Distinzione che, come ovvio, richiederebbe una riflessione ben più ampia di quella che si può compiere in questa sede.

²⁰⁶ Sulla "procedura" come strumento di controllo della norma sulla tecnica (e quindi sulla scienza e l'economia) insiste Natalino Irti in N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 3 ss. e p. 45 ss.

²⁰⁷ Così M.C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit., p. 91.

²⁰⁸ Per l'importanza della *peer review* all'interno delle valutazioni scientifiche (nonché politiche e giuridiche) in dottrina vedi, per una prima approssimazione, C.R. SUNSTEIN, *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*, Cambridge University Press, 2002, p. 115; N. DE SADELEER, *The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law*, in *European Law Journal*, 2006, vol. 12, n. 2, p. 153. Sui segni della sua retrocessione S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit.

²⁰⁹ Per l'introduzione nei processi di *peer review* di forme di partecipazione pubblica cfr. S. JASANOFF, *Science at the Bar. Law, Science and Technology in America*, Harvard University Press, 1997, p. 95.

rischio aggravato dalla acquisita consapevolezza che l'apparato scientifico-tecnologico, deresponsabilizzato e schermato da un velo di neutralità e terzietà oggettivata, è in realtà il vettore più potente degli interessi e delle ideologie perché dissimulato, indifferente ad ogni scopo che non sia l'incremento del mezzo stesso²¹⁰. In questa prospettiva l'imperativo diverrebbe, dunque, per un verso, garantire forme di partecipazione pubblica nella forma dell'istruttoria "aperta" sia al dialogo con tutti i soggetti interessati (i c.d. *stakeholders*, siano essi associazioni categoriali rappresentative, siano essi amministrazioni pubbliche coinvolte), sia a forme di consultazione dell'opinione pubblica, sulla base della metanorma contenuta nell'art. 28 della Convenzione di Oviedo. Con il che non si vuole certo propugnare un modello partecipativo che annacqui la responsabilità politica della decisione finale e paralizzi il processo di *decision making* in nome di un potere di veto dell'opinione pubblica, di sovente non dotata delle conoscenze razionali per formulare scelte razionali. Si intende, piuttosto, evidenziare la possibilità di sfruttare nella fase istruttoria dei procedimenti normativi le reti telematiche per creare "comunità virtuali" e *focus groups* tematici, ad accesso libero. Le potenzialità democratiche dell'"Agorà della rete" potrebbero controbilanciare il sapere specialistico delle *elites* tecnocratiche²¹¹ e contribuire, assieme alle tradizionali forme partecipative, ad aumentare il tasso di democraticità nella gestione dell'incertezza scientifica²¹².

L'uso del condizionale è, però, d'obbligo. Ove, infatti, si volga lo sguardo all'ordinamento positivo assai difficilmente potrebbe discorrersi di norme *sulla* produzione di biodiritto.

Di certo non se ne può parlare con riguardo alle fonti primarie. Se si eccettua il caso di leggi-delega che includono tra i principi e criteri direttivi alcune condizioni di giustizia procedurale relative alla standardizzazione delle regole dell'istruttoria tecnico-scientifica e degli obblighi di informazione pubblica²¹³, non si rinvengono norme sulla normazione indirizzate a disciplinare la creazione delle fonti primarie di biodiritto. E', del resto, convincimento diffuso che la metanorma, a meno di non adottarla con legge costituzionale, potrebbe esercitare, ove rivestisse la forma della legge ordinaria, poco più che una *moral suasion* per le fonti di pari grado e la sua violazione non sarebbe sanzionabile. Di talchè le norme ordinarie sulla produzione di fonti primarie sarebbero *inutiliter date*. Con ciò pare, però, disconoscersi che tra i teorici delle fonti non è mancato chi ha qualificato le metanorme, quali sono le norme sulla produzione giuridica, come sempre logicamente (se non strutturalmente) "sovraordinate" alle norme

²¹⁰ G. PRETEROSI, *Autorità*, cit., p. 164 ss., che vede nel "nichilismo compiuto" del dominio della tecnica, "vuoto" e onnidirezionale, la più potente insidia neoautoritaria.

²¹¹ Per una efficace rappresentazione di queste potenzialità dell'"Agorà della rete" cfr. P. DELL'ACQUA, *Tribù telematiche. Tecnosocialità e associazioni virtuali*, Rimini, 1999.

²¹² Sull'imperativo di democratizzare il rapporto tra scienza e società ID., *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., pp. 354-5.

²¹³ Si pensi, in materia di biotecnologie, all'art. 40 della l. n. 142 del 1992, che istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri il Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie, preposto ad individuare i fattori e le condizioni di rischio per la classificazione degli agenti biologici, ad elaborare criteri per la definizione per le norme di sicurezza, a verificare la compatibilità con norme già vigenti ed a predisporre documenti tecnico-scientifici sulla cui base i Ministri competenti definiscono le norme applicative delle direttive comunitarie.

la cui produzione/creazione esse disciplinano; cosicché le prime si imporrebbero, secondo una gerarchia, per lo meno, logica, al potere normativo chiamato a dettare le seconde, secondo il noto modello delineato dalla legge n. 400 del 1988²¹⁴. O chi ha più di recente dedotto dall'incommensurabilità logico-linguistica tra norme *sulla* produzione e norme *di* produzione la capacità delle prime di condizionare finanche la validità o l'efficacia delle seconde, anche se di pari rango formale²¹⁵. Come ovvio, gli esiti di tale riflessione potrebbero aprire la strada ad un radicale ripensamento dell'utilità e della *forza* di norme primarie sulla bio-normazione.

L'assenza della formalizzazione giuridica dei processi di deliberazione legislativa non ha, comunque, impedito che nella prassi la produzione di norme biogiuridiche abbia, di sovente, conosciuto la partecipazione di organi tecnici o a composizione mista, quale, in particolare, il Comitato per la valutazione delle scelte scientifiche e tecnologiche (Vast), istituito presso l'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati nel 1996 e 2001²¹⁶. Ma la rimessione dell'istruttoria legislativa a carattere scientifico alla forza dell'effettività non ne ha garantito sempre il rigoroso rispetto²¹⁷.

Con riguardo, invece, alla produzione delle fonti secondarie di biodiritto, non mancano luoghi ove la legislazione ordinaria rinvia a decreti ministeriali la definizione delle modalità attuative e ne disciplina il procedimento di formazione, inclusa l'istruttoria tecnico-scientifica. Solo in un caso, però, la fonte primaria prescrive la natura regolamentare del decreto²¹⁸. Negli altri casi, rinvia alla forma di decreto, senza indicarne la natura regolamentare o meramente amministrativa. E nella prassi attuativa risultano assolutamente recessive le ipotesi di adozione con d.m. di regolamenti ministeriali²¹⁹ e preponderante l'utilizzo di decreti ministeriali di natura amministrativa,

²¹⁴ Nota la teoria di R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.

²¹⁵ F. MODUGNO, *E' possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, Relazione svolta al Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione dal titolo "Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione", Facoltà di Scienze politiche, Università degli Studi di Roma Tre, 27-28 novembre 2008, disponibile al sito www.astrin-online.it; P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in *Dir. rom. att.*, n. 9, 2003, p. 144 ss.

²¹⁶ Sul Comitato Vast G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'ALIOIA, *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 257.

²¹⁷ Emblematica l'assenza di qualsiasi indagine nella gestazione della legge sulle mutilazioni genitali femminili, su cui vedi le considerazioni critiche in punto di procedimento di formazione di G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, Relazione al Seminario "Mutilazioni genitali e reati culturali", Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, 4, maggio 2007, p. 11 ss. Sui differenti modelli e tecniche di regolazione della pratica cfr. F. CAGGIA, *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; ID., *Le mutilazioni genitali femminili: uno spazio nel diritto dell'Unione europea?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2010, p. 101 ss.

²¹⁸ Cfr. art. 6, comma 3, l. n. 40 del 2004, che rimette al decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, la definizione delle modalità di espressione della volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

²¹⁹ Significativa è l'attuazione dell'art. 2, commi 2 e 3 della l. n. 578 del 1993, che si limitava a prevedere la forma di decreto ed il parere vincolante del Consiglio superiore di sanità. Il primo decreto di attuazione, di cui al d.m. n. 582 del 1994, ha adottato un regolamento; il secondo decreto dell'11.04.2008,

recanti per lo più le norme a contenuto e/o fondamento tecnico-scientifico. Neppure il biodiritto, infine, conosce norme speciali per la partecipazione pubblica ai procedimenti normativi, in deroga all'esclusione *ex lege* sancita dall'art. 13 della l. n. 241 del 1990.

7. Le norme di biodiritto ed i modelli di produzione giuridica: per il "pluralismo" dei corpi.

Riprendiamo l'interrogativo da cui abbiamo preso le mosse. Le norme nazionali di biodiritto sono riconducibili ad una *forma di vita* propria che ne giustifica l'autonomia concettuale?

L'analisi delle fonti biogiuridiche nazionali ha restituito due modelli differenti di normazione. In uno, predomina l'allestimento delle procedure e delle organizzazioni che consentono di aprire la norma alle acquisizioni tecnico-scientifiche ed all'autonomia e responsabilità di scelta delle persone coinvolte dai problemi bioetici del caso concreto. Nell'altro la forza politico-giuridica delinea "modelli" generali prediletti di nascita o di morte e tenta di indirizzare verso di essi le convinzioni soggettive, anche laddove prescrive la regola del consenso. Non è difficile intuire a quali norme ci si riferisce: basti pensare all'evidente *favor* per un tipo di nascita o di morte che emerge dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e dal disegno di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, oltre che alla rigida proceduralizzazione delle modalità di manifestazione della volontà individuale.

Quale è la norma "biogiuridica" preferibile negli ordinamenti pluralistici contemporanei? O, in termini biopolitici, quale "tipo" normativo può orientare il biodiritto a divenire politica *della* vita e non politica *sulla* vita²²⁰? O, in termini di diritto costituzionale positivo, quale è il paradigma della produzione giuridica in tema di biodiritto maggiormente in armonia con gli artt. 2 e 32 della Costituzione?

La storia del Novecento ha insegnato che il biodiritto ha in sé la radice del razzismo, dell'esclusione e della morte, ma anche quella dell'inclusione e della vita: dipende solo dalla direzione e dalla forma assunta dalla volontà dell'uomo. Quale è la forma del biodiritto che consente di non oltrepassare quella soglia? Il punto di avvio non può che essere la presa d'atto negli ordinamenti contemporanei del pluralismo come fatto e di un universo pluralista privo di universali morali²²¹.

La prima conseguenza è che la legittimazione etica del (bio)politico non può più risiedere nel solo processo deliberativo: solo nelle società politicamente omogenee l'orizzonte condiviso consentiva la prescrizione, con la decisione di maggioranza, di una morale sostanziale ed unica e, con essa, di modelli uniformi di condotta. Ma quanto più decade la precedente unità tra diritto ed etica, tanto più inesorabile diventa la necessità per il diritto di affermare il suo primato e di riprogettare la sua legittimazione etica. Nelle società ad elevato tasso di disomogeneità politica, allora, il pluralismo non può più essere solo un limite interno al processo democratico, ma deve costituire un

di aggiornamento del primo, non ha, invece, seguito il procedimento di cui all'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988.

²²⁰ Secondo gli esiti del progetto di biopolitica "affermativa" di R. ESPOSITO, *Bios*, cit.; ID., *Termini della politica*, cit.

²²¹ Così M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, p. 245.

vincolo esterno alla deliberazione legislativa. Alla dimensione procedurale aggrega una sostanziale, che incide sugli esiti del processo democratico e sul contenuto della volontà normativa espressa. Quest'ultima non può più, infatti, porre modelli generali di vita (o di morte), ma deve garantire la convivenza delle diverse concezioni di vita²²². Se non vi è più una unità politica presupposta al gioco democratico, l'unica unità possibile la si costruisce all'esito del processo deliberativo in termini di non incompatibilità tra le differenti concezioni del bene atomisticamente diffuse nella comunità. Così il diritto (in questo caso il biodiritto) contribuisce a creare una *moral membership* fondata sul diritto all'eguale rispetto e considerazione²²³ e, per quella via, a coniugare la libera autodeterminazione (degli individui) e l'eguaglianza (dei corpi).

Ma, su questa strada, il biodiritto orientato dal principio pluralista potrebbe gettare luce anche sulla ricerca di una biopolitica "affermativa". E con questo dovrebbe trovare parziale risposta l'interrogativo sopra formulato. Nel momento in cui il corpo del singolo (e della popolazione) diviene il centro di tutte le decisioni politiche, sino a divenirne l'unica fonte di legittimazione, la democrazia è disorientata. La democrazia si incentra, infatti, sull'eguaglianza di soggetti disincarnati nell'astrazione giuridica della "persona". Ma quando la dimensione corporea, con la svolta biopolitica, diventa l'interlocutore del potere politico, il principio di eguaglianza tramonta, sostituito dalla ineliminabile singolarità di ciascuna vita biologica, in cui "pubblico e privato, naturale ed artificiale, [...] s'intrecciano in un vincolo che nessuna decisione a maggioranza sarà in grado di sciogliere"²²⁴. Solo la norma biogiuridica orientata dal pluralismo, come vincolo sostanziale al processo deliberativo, potrebbe consentire l'avvento di "una democrazia biopolitica o di una biopolitica democratica da esercitarsi non sui corpi ma a favore dei corpi"²²⁵. Il *principio* costitutivo dell'*equal concern and respect* costituirebbe, contro la normativizzazione assoluta della vita, la auspicata vitalizzazione della norma mediante il riconoscimento della singolarità di *ciascuna* vita, sulla scia della filosofia spinoziana, che fa della norma il principio di equivalenza illimitata per ogni singola forma di vita. Il pluralismo è, insomma, l'unico modo affinché oggi non vi siano più *homines sacri*, uccidibili senza commettere omicidio, di fronte al sovrano.

L'ideale controfattuale del principio pluralistico dovrebbe, a questo punto, consentire agevolmente di isolare il "tipo" (o meglio, a questo punto, l'idealtipo) di norma biogiuridica, dopo aver disvelato che l'unica legittimazione etica del bio-diritto tollerabile nelle moderne costituzioni pluraliste risiede nella "istituzionalizzazione giuridica" del pluralismo etico e tecnico-scientifico²²⁶. La norma biogiuridica che

²²² S. MAFFETTONE, *Il valore della vita*, Milano, 1998, p. 186 ss.; ID., *Etica pubblica. La moralità delle istituzioni nel terzo millennio*, Milano, 2001.

²²³ Secondo la nota teoria elaborata da Ronald Dworkin, soprattutto, in *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1977, tr. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982 e *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge-London, 2000, tr. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, Milano, 2002.

²²⁴ Secondo la proposta formulata da R. ESPOSITO, *Termini della politica*, cit., pp. 179-80.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Mi riferisco, per dirla con J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, trad. it. L. Ceppa, *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, pp. 203-4, alla "istituzionalizzazione giuridica di determinati procedimenti e condizioni comunicative", che serve "ad un uso pragmatico, etico e morale della ragione pratica", cioè della ragione *tecnico-scientifica*.

concilia la legittimazione politica e scientifica con la dimensione individuale²²⁷ è, allora, quella che, per un verso, apre alla scienza ed al suo sistema “aperto” à la Lyotard, ma non si fa scienza, per l’altro, apre alla vita, a ciascuna vita, ma non si fa modello di vita. In essa si realizza un uguale rispetto del desiderio di conoscenza e di quello di giustizia.

Del resto, la neutralità (o meglio l’imparzialità)²²⁸ contenutistica, ossia la potenziale apertura procedurale a tutti i contenuti, non si traduce né in una nuova forma di nichilismo giuridico, ossia in una pura forma di volontà di potenza²²⁹, né in un positivismo radicale (neocognitivism etico) che separa il problema della validità del diritto dalla sua pretesa veritativa e degrada quest’ultima a mera verità procedurale²³⁰. Non significa neppure necessariamente positivizzazione dei soli “valori condivisi”, i quali altro non sono che prodotti della decisione di maggioranza²³¹. Significa relativismo solo se inteso come premessa del pluralismo e della tolleranza, ma non come solipsismo ed indifferenza²³². L’eguale rispetto per ogni concezione della vita e del bene, con il solo limite del *neminem laedere*, è, infatti, esso stesso opzione di contenuto: esige *procedure* di acquisizione della scienza e del consenso ragionevoli e orientate al pluralismo. In essa così convivono prescrizioni di procedura e vincoli di contenuto, forma e sostanza²³³. Incarna, piuttosto, il modello del bilanciamento “mite”, cioè né fondamentalista né neutralmente nichilista o proceduralista, dando vita a decisioni volte a risolvere questioni concrete di vita pratica.

Né, peraltro, l’apertura della norma biogiuridica alla singola vita si tradurrebbe – come vorrebbero i suoi detrattori – in un disgregante individualismo etico. Il diritto

²²⁷ Sulle plurime forme di legittimazione democratica (legittimazione dal basso), costituzionale e scientifica (legittimazione dall’alto) delle decisioni negli stati contemporanei A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 569 ss.; ID., *Contributo per una teoria della Costituzione. 1) Fra democrazia relativista ed assolutismo etico*, Milano, 1994, p. 123 ss.

²²⁸ Vede nell’imparzialità, equità ed equidistanza, ma non nella neutralità, implicazioni del *right to equal concern and respect* O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto e considerazione*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, p. 27 ss.

²²⁹ Nell’accezione accolta da N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 46; ID., *Il salvagente della forma*, cit., pp. 42 e 99.

²³⁰ Secondo il timore paventato da L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit.; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2004, p. 420. Sulla irriducibilità dell’etica a mera procedura, perché finisce per far diventare etico ciò che la maggioranza considera tale, A. SPADARO, *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla “meta-etica” pubblica (costituzionale)*, Relazione al Convegno nazionale A.I.C., Napoli, 26-27 ottobre 2007, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2008.

²³¹ N. IRTI, *In dialogo su “Nichilismo giuridico”*, in *Riv. intern. fil. dir.*, n. 2, 2006, p. 2, per il quale anche l’appello ai valori condivisi ed al dialogo è pura forma, ove si consideri che la condivisione di valori si riduce ad una quantità di voleri ed è sempre il risultato delle decisioni dei più, indifferenti verso qualsiasi contenuto e, quindi, prova suprema di nichilismo. Si potrebbe aggiungere, con P. ZATTI, *Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 523 e ID., *Bioetica e diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, XVII, 1995, p. 2 ss., che l’appello ai valori condivisi, in una società autenticamente pluralista, è una finzione, che cela il seme dell’autoritarismo.

²³² Sulle ambivalenze del termine relativismo per tutti di recente V. VILLA, *Relativismo: un’analisi concettuale*, in *Ragion pratica*, n. 28, 2007, p. 55 ss.

²³³ Sui pericoli del disconoscimento della doppia natura del diritto, forma e sostanza, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 21 ss.

all'eguale rispetto e considerazione può, infatti, essere conciliato, senza essere sacrificato, con la dimensione sociale e solidaristica offerta dal paradigma interpretativo del pluralismo comprensivo, la cui norma fondamentale è la massima inclusione possibile di tutte le concezioni del bene nella conciliazione dell'unità con la diversità. La regola aurea del pluralismo comprensivo vuole, infatti, la massima inclusione possibile delle concezioni del bene dell'*altro* ed il massimo grado di mantenimento e di stabilità di quelle condivise, in modo tale che le prime non siano pregiudicate radicalmente e le seconde risultino più "comprehensive" delle prime. Il solo limite all'accettazione dell'*altro* è la compatibilità del progetto parziale con il progetto unificante del composito soggetto unitario. In questo orizzonte teorico, dunque, forse proprio questa diviene l'unica alternativa ad un biodiritto che vige ma non significa²³⁴.

Le regole "prescrittive" che ne derivano in ordine ai contenuti ed alle tecniche di produzione bio-giuridica appaiono di immediata evidenza. Così come agevolmente intuibili i punti di frizione tra queste regole e quelle accolte in alcune norme vigenti di biodiritto.

Il modello normativo delineato, in primo luogo, esige che il biodiritto non imponga verità scientifiche, ma apra al mondo scientifico ed alla sua pluralità, in una co-produzione tra diritto e scienza²³⁵, in sintonia con la perdita di fondamento epistemologico della scienza. Difficilmente compatibili sembrano, allora, le pretese di verità scientifica contenute negli artt. 13 e 14 della l. n. 40 del 2004, nell'art. 3, comma 5, del d.d.l. "Calabrò", ma anche quelle del decreto della Regione Lombardia in tema di processi patologici legittimanti la gravidanza oltre il novantesimo giorno o della legislazione regionale in tema di terapia elettroconvulsivante.

In secondo luogo, impone che la regola del consenso la si interpreti *magis ut valeat* di fronte alle pretese autoritative della politica e della scienza²³⁶. Solo la pertinenza all'individuo della competenza a prendere le decisioni che riguardano la propria vita permette, infatti, di coniugare *auctoritas* politico-scientifica e *potestas* democratica²³⁷. Similmente, paiono confliggere con la regola prescrittiva enucleata la previsione della limitazione, in tema di procreazione medicalmente assistita, della revoca del consenso fino al momento della fecondazione dell'ovulo o del limite temporale di efficacia delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

²³⁴ Si pensi alla vigenza dei divieti in tema di procreazione medicalmente assistita ed al "turismo procreativo".

²³⁵ M.C. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, cit., p. XIII; ID., *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, in *Notizie di politeia*, n. 65, 2002, p. 126; ID., *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, cit., p. 341; ID., *Stato di scienza? Tecno scienza, policy e diritto*, cit., ove discorre di proceduralizzazione cognitiva del diritto. Discorre di coproduzione tra diritto e scienza nella regolamentazione giuridica della scienza anche A. D'ALOIA, *Considerazioni di sintesi*, in *Forum Biodiritto, I dati genetici nel biodiritto*, cit., p. 1121. Evidente in questi contributi il debito contratto, sul punto, con la riflessione di S. JASANOFF, *The Fifth Branch Science Advisers as Policymakers*, Cambridge Mass., 1990.

²³⁶ Su cui cfr. G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000, p. 238.

²³⁷ Sulla vanità della pretesa di fondare il potere sulla verità, di farne un'autorità, che prescinde dal consenso, cioè dalla pluralità di opinioni presenti nella società e che finisce per distruggere i beni "procedurali" necessari alla libertà, R. DAHL, *Politica e virtù*, a cura di S. Fabbrini, Roma-Bari, 2001; già ID., *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1990.

Infine, tale modello richiede l'apertura del procedimento di produzione del biodiritto al pluralismo dei dati scientifici, alla frammentazione della società civile ed alla partecipazione politica. Da un lato, l'esercizio dei diritti di partecipazione politica ricongiunge umanitario e politico e forgia una "nuda vita" che non è più separata ed eccepita nell'ordinamento statale²³⁸. Dall'altro, intercetta le linee di tendenza del moderne (*rectius*, postmoderne) costituzioni pluraliste, ove le procedure debbono riempirsi di contenuti inclusivi, pena lo sgretolamento del principio sostanziale comprensivo, che di tali costituzioni è norma fondamentale²³⁹. Ma qui il diritto nazionale, a differenza di quello comunitario, è ancora all'anno zero.

²³⁸ Sulla critica alla categoria dei diritti umani, che separano l'"uomo specie" dal "cittadino", G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 149.

²³⁹ Cfr. P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, in Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Modena 13 ottobre 2006, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007.