

Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto¹

C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, C. Piciocchi, M. Tomasi, G. Vaccari

1. Introduzione

Nell'ambito relativo alla protezione delle libertà fondamentali e dei diritti dell'uomo la circolazione dei modelli ha condotto a frequenti contaminazioni fra discipline e giurisprudenze anche costituzionali di ordinamenti diversi. In tale settore, quindi, sono parse particolarmente evidenti dinamiche variamente definite in termini di *judicial dialogue*, *cross influence*, *cross fertilization*². L'analisi di diritto comparato condotta nel campo dei diritti fondamentali ha così portato autorevole dottrina ad individuare l'emergere di un nuovo *jus publicum commune*, onde potersi parlare, seppure «ad un certo livello di astrazione, di una propensione ultra-nazionale, se non universale, delle funzioni nazionali di giustizia costituzionale»³. Ed anche recente giurisprudenza costituzionale italiana, in riferimento all'applicazione del principio di eguaglianza a prescindere dal criterio della cittadinanza, ha confermato un crescente processo di internazionalizzazione delle fonti: «tra le norme del *diritto internazionale generalmente riconosciute* rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato» (corsivo aggiunto)⁴.

In questo scritto, che raccoglie alcuni dei risultati degli studi condotti dall'unità di ricerca di Trento sul tema delle vie di comunicazione nel biodiritto, non si analizzeranno le basi concettuali e teoriche di tali affermazioni né i rispettivi punti di forza o di debolezza⁵. Ci si concentrerà, piuttosto, su una indagine empirica intesa a verificare quanto l'ambito costituito dal diritto e dai diritti relativi alle scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano – come potremmo definire il biodiritto – rappresenti una conferma o un'eccezione rispetto a tale più generale tendenza.

Alcuni principi in materia di biodiritto si sono certamente prestati ad una feconda circolazione dei modelli, la quale ha condotto all'adozione di definizioni e discipline complessivamente omogenee a livello globale. Si pensi, al riguardo, alle forme di tutela e di garanzia che in materia di sperimentazione clinica con l'essere umano hanno trovato primo riconoscimento nella cd. Dichiarazione di Helsinki approvata nel 1964 dalla *World Medical Association* e che si sono poi largamente diffuse in tutti gli ordinamenti caratterizzati da un modello di medicina sperimentale. Un altro profilo che ha trovato larghissima adesione riguarda la definizione di morte proposta dal

¹ Lo scritto è frutto di un lavoro comune dei componenti dell'unità di ricerca. Pur nella concezione condivisa, sono da attribuirsi a Carlo Casonato i parr. 1 e 3, a Lucia Busatta e Cinzia Piciocchi il par. 4, a Simone Penasa il par. 2, a Marta Tomasi il par. 5, a Giulia Vaccari il par. 6, a Carlo Casonato e Simone Penasa, congiuntamente, il par. 7.

² Fra i molti, B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, *Yale Law School Occasional Papers*, in http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=ylsop_papers; A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton Univ. Press, 2004; G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 1; G. Rolla, *Diritti universali e relativismo culturale*, in *Quad. cost.*, 2005, 4, 855; A. Pizzorusso, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/fonti_ventsecolo/index.html;

S. Douglas Scott, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, 623.

³ G. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, I, 298.

⁴ Si trattava del diritto alla salute: sent. 306 del 30 luglio 2008.

⁵ Si pensi alla premessa, necessaria per alcuni ma non per altri, relativa all'esistenza di una dimensione universale dei diritti umani o ai *pro* e *contra* dell'utilizzo da parte delle diverse giurisdizioni nazionali di formule e principi di diritto straniero. La letteratura al riguardo è imponente: si vedano alcuni riferimenti in G. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, cit.

comitato ad hoc dell'*Harvard Medical School*, il quale, alla fine degli anni '60 del secolo scorso, spostò il relativo criterio di accertamento dalle funzioni cardiache e respiratorie a quelle cerebrali. In presenza di presupposti scientifici analoghi ma di contesti culturali differenti, tale definizione venne non di meno nel tempo adottata quasi universalmente. In materia di interruzione volontaria di gravidanza, ancora, è possibile ritrovare nella sentenza *Roe v. Wade* della Corte Suprema degli Stati Uniti principi e motivazioni che sono stati poi affrontati, anche se con esiti diversificati, in una numerosa serie di ordinamenti; e dal 1963, anno della sua adozione, la pronuncia è divenuta un punto di riferimento quasi obbligato per ogni sentenza o disciplina sull'aborto. In termini generali, infine, il principio del consenso ed il rispettivo diritto al rifiuto di trattamenti anche di sostegno vitale sono stati veicolati all'interno di una numerosissima serie di esperienze, da punti di partenza e lungo linee di sviluppo anche costituzionali del tutto simili anche se con sbocchi non allineati.

A fronte di tali ambiti, in cui sono prevalse le usuali dinamiche di comunicazione fra ordinamenti e di conseguente *cross-fertilization*, ve ne sono però altri che, soprattutto in tempi più recenti, si pongono in qualche modo *in controtendenza*.

In materia di procreazione medicalmente assistita, così, la disciplina spagnola si differenzia nettamente da quelle italiana e tedesca, da cui pure la Spagna trae originariamente molti principi costituzionali, allineandosi a normative che rispondono alle caratteristiche tradizionali dei paesi di *common law*. Nel fine vita, la giurisprudenza costituzionale statunitense, tipicamente di segno *liberal* in materia di autodeterminazione e di protezione dei diritti individuali dalle interferenze pubbliche, si attesta su posizioni sostanzialmente paternalistiche, alla pari di quanto complessivamente accade, ad esempio, in Italia, Francia o Germania. Anche il trattamento dei dati genetici non pare seguire le usuali famiglie e categorie di riferimento del diritto comparato muovendosi secondo linee per certi versi sorprendenti. E il concetto di dignità, molto presente nel dibattito anche giuridico in materie eticamente sensibili, assume significati del tutto differenziati e apparentemente slegati dal più generale contesto giuridico-costituzionale delle esperienze di volta in volta analizzate.

Su queste basi, qui introdotte a titolo meramente esemplificativo di un fenomeno che appare più ampio, lo scritto si propone di analizzare in successione le tematiche relative all'inizio vita, al fine vita, all'utilizzo del concetto di dignità umana, al trattamento dei dati genetici ed al rapporto fra diritto e scienza. Si vuole in questo modo verificare la tenuta e gli eventuali limiti dei più generali processi di circolazione dei modelli e di *cross fertilization* all'interno del più specifico settore riconducibile al biodiritto, partendo dall'ipotesi secondo la quale, in tale ambito, il dialogo fra sistemi sembra talvolta seguire *vie del tutto peculiari* rispetto a quelle usualmente indicate dalla comparazione, distanziando esperienze giuridico-costituzionali generalmente vicine o avvicinandone di tradizionalmente lontane. In termini generali, in tale campo, la comparazione sembra dimostrare evoluzioni non raramente indipendenti rispetto alle basi di partenza ed agli esiti costituzionali complessivi e pare faticare più che altrove a individuare risultati complessivamente omogenei di accostamento o di allontanamento delle discipline legislative o dei modelli giurisprudenziali di volta in volta adottati. Nel caso in cui tale ipotesi si dimostrasse fondata, si potrebbero aprire ulteriori profili problematici legati, ad esempio, al peso ed alla capacità orientativa che la dimensione costituzionale assume in settori che comunque coinvolgono diritti di rango costituzionale o all'efficacia delle tradizionali categorie classificatorie in riferimento ai settori coinvolti.

2. L'inizio vita e la procreazione medicalmente assistita

Per quanto riguarda l'ambito dell'inizio vita, una prima linea di ricerca si è sviluppata attraverso l'analisi critica di diversi modelli normativi significativi in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA).

L'indagine comparata ha permesso di individuare in alcuni ordinamenti (Regno Unito, Canada, ma anche Spagna) percorsi di *law-making* basati su una partecipazione composita e plurale di una numerosa serie di soggetti a titolo sia individuale che collettivo. Quanto preme rilevare riguarda il fatto che tali percorsi normativi sembrano svilupparsi lungo tracciati che non seguono le linee di distinzione che tradizionalmente vengono fatte coincidere con una classificazione degli ordinamenti basata sul concetto di "famiglie giuridiche", volto ad individuare insiemi omogenei profondamente legati da strutture giuridiche comuni e dalla loro storia e che trova nella distinzione tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* una tipica manifestazione. Le diverse esperienze analizzate, al riguardo, sembrano "correre" secondo linee evolutive sempre più svincolate da una categorizzazione statica nelle due tradizionali famiglie giuridiche, e verso una crescente trasversalità "inter-familiare". Esempio, al riguardo, la disciplina spagnola della PMA la quale, sia a livello procedurale che contenutistico, si avvicina molto di più a quella del Regno Unito rispetto a quella italiana o tedesca, in contrasto con le più generali affinità storico-costituzionali con questi sistemi.

L'analisi comparata permette pertanto di individuare un percorso normativo, all'interno dei diversi ordinamenti, che sembra portare ad una distinzione tra i diversi formanti: ad una sostanziale omogeneità a livello costituzionale – ad esempio, tanto l'ordinamento spagnolo quanto quello tedesco, seppur con modalità distinte, attribuiscono al concetto di dignità umana un ruolo determinante che finisce con il connotare anche le rispettive giurisprudenze costituzionali – corrisponde una risposta legislativa differenziata, alla base della quale può essere individuata una distinta concezione della funzione e dei meccanismi di attivazione della fonte legislativa. Ancora, ordinamento spagnolo ed italiano, caratterizzati da un diritto costituzionale sostanzialmente omogeneo⁶, si pongono ai due estremi opposti a livello di disciplina legislativa della PMA: un sistema "*procedure oriented*" compiuto (Spagna) ed un sistema "*value oriented*" (su cui *infra*)⁷.

Se la presenza di un atto legislativo avvicina tutti gli ordinamenti esaminati, (in particolare, Italia, Spagna, UK, Canada, Germania, Francia, Svizzera) l'analisi comparata ha però dimostrato come i

6 Come noto, per l'ordinamento italiano, in particolare Corte costituzionale, sentenza n. 27 del 1975, con commenti di D'ALESSIO R., *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, pagg. 528 ss.; BARTOLE S., *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, pagg. 2099 ss.; e Corte costituzionale, sentenza 35/1997, del 10 febbraio, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1997, pag. 281, con le osservazioni di CASINI C., *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?* e di OLIVETTI M., *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*; inoltre, RUOTOLO M., *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in *Giurisprudenza italiana*, I, cc. 347 ss. Per l'ordinamento spagnolo, le sentenze del *Tribunal Constitucional* n. 53 del 1985, in tema di interruzione volontaria della gravidanza; n. 116/1999, in tema di procreazione medicalmente assistita. Per alcuni commenti, LEMA AÑÓN C., *Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 12, 2000, pagg. 47-66; ARRUEGO RODRÍGUEZ G. e CHUECA RODRÍGUEZ R., *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina. (Reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 12, 2000, pagg. 91-111; DEL PILAR CAMARA AGUILA M., *Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 junio)*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 13, 1999, pagg. 117 ss.

7 In generale, per un approfondimento di quanto enunciato in tale paragrafo, si rinvia al contributo di Simone Penasa, *infra* in questa stessa opera.

diversi sistemi si differenzino in maniera talvolta sorprendente rispetto al modo di concepire il *law-making process* e, a livello sistematico, la funzione stessa della fonte legislativa.

I modelli “isolati” dall'analisi comparata sono contraddistinti non tanto (e non solo) da contenuti normativi diversi, elemento che rientra nella fisiologia del rapporto tra testo costituzionale aperto (costituzione come *open texture*⁸), tipico degli stati costituzionali di diritto contemporanei, e intervento legislativo attuativo, quanto piuttosto da un distinto processo di decisione politico-legislativa, le cui concrete modalità di formazione finiscono con l'incidere sui contenuti stessi, divenendo criterio per valutarne la compatibilità costituzionale ed ordinamentale (in particolare rispetto al canone della ragionevolezza).

Un'ipotesi emersa nel corso della ricerca ha riguardato la distinzione tra sistemi normativi *procedure-oriented*, contraddistinti dal coinvolgimento di gradi crescenti di *expertise* e dei molti soggetti coinvolti nel processo legislativo e da una attribuzione di potere di *rule-making* oltre che di adjudication a favore di organismi tecnici (UK, Spagna, Canada, Svizzera), e sistemi assiologicamente orientati (*value-oriented*), nei quali si predilige una concezione tradizionale del processo legislativo limitata al circuito politico e la legge assume la natura di fonte tendenzialmente esclusiva e dettagliata (Italia e, con le caratteristiche proprie che si specificheranno, Germania).

Il modello “*procedure oriented*” compiuto, all'interno del quale può essere sussunto, oltre che l'ordinamento spagnolo, anche quello anglosassone, può essere sinteticamente definito come modello che identifica quale condizione essenziale di legittimità sostanziale della legge l'intervento interno al processo legislativo di istanze tecnico-scientifiche (c.d. *expertise*). Tale inclusione garantisce tanto la coerenza ed adeguatezza scientifica dell'intervento legislativo (ponendolo al riparo da eventuali interventi della giustizia costituzionale, ulteriore elemento che lo distingue dal modello “*value oriented*”) quanto un maggiore livello di legittimazione delle scelte legislative, le quali vengono rafforzate da una base scientifica che proviene da organismi tecnici legislativamente riconosciuti (Spagna, Regno Unito ed ora, Francia)⁹.

Emerge pertanto nel primo modello la precisa ed espressa volontà del legislatore di innescare un processo di coinvolgimento e di potenziale condivisione di soggetti diversi, dotati di specifica *expertise* o investiti da una legittimazione particolare in base ad una precisa rappresentanza di interessi, all'interno di meccanismi istituzionalizzati che vengono ad affiancare e completare il tradizionale procedimento legislativo. E questo, con il risultato di aumentare tanto l'efficacia quanto la legittimazione dello strumento legislativo su tematiche di per sé particolarmente divisive.

In limine, un ulteriore dato significativo a livello comparato consiste nel fatto che formanti diversi da quello legislativo riconoscono, anche nei sistemi “*value oriented*” quale quello italiano, il rilievo essenziale che tali organi tecnico-scientifici devono assumere all'interno del processo di formazione della decisione politico-legislativa: la Corte costituzionale italiana, in base ad una giurisprudenza che sta diventando una costante di varie decisioni in materia (sentenze nn. 282 del 2002, 338 del

8 Cfr. Hart H.L.A., *The concept of law*, Oxford University Press, New York, 1997; Tribe L.H., Dorf M.C., *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005; ma anche Bin R., *La costituzione tra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi*, n. 14, 2009; BARTOLE S., *L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in AA. VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale (Messina, 23 febbraio 1996)*, Cedam, Padova, 1997, pag. 16; VERDÚ P. L., *La Constitución abierta y sus «enemigos»*, Ediciones Beramar, Madrid, 1993.

9 Sulla scienza come ulteriore fonte di legittimazione dall'alto, cfr. SPADARO A., *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Giappichelli, Torino, 2005.

2003, 116 del 2006, 151 del 2009), viene reiteratamente a richiamare i «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica» (sentenza n. 151/2009), venendoli a considerare come sostanziali parametri di legittimità costituzionale delle leggi in materia di tutela del diritto alla salute. Inoltre, il riconoscimento da parte dei legislatori nazionali della funzione di tali organi – tecnici ed intermedi tra intervento esogeno del legislatore ed intervento esogeno dei soggetti direttamente coinvolti nel fenomeno da regolare¹⁰ – può essere considerato un elemento di tendenziale convergenza (quando non di omogeneità) dei diversi ordinamenti analizzati verso il modello “*procedure oriented*”. Infatti, anche sistemi tradizionalmente sussumibili al *genus* “*value oriented*”, quali l'ordinamento tedesco e francese, hanno compiuto un (tuttavia non completato) percorso normativo di inclusione della *expertise* nel processo legislativo.

Il sistema francese occupa, rispetto a quello tedesco, un gradino più elevato lungo la scala normativa che porta al modello procedurale compiuto tipico dei sistemi spagnolo ed anglosassone. Attivando una clausola temporale di condizionalità interna alla legge sulla PMA del 2004 (*loi relative à la bioéthique*, n. 2004-800) che prevede la revisione della medesima una volta trascorsi cinque anni dalla sua entrata in vigore, il legislatore francese nel corso del 2009 ha avviato un processo normativo di aggiornamento e modifica del testo legislativo attraverso l'indizione degli “stati generali della bioetica”, nel corso dei quali sono stati consultati soggetti (individuali e collettivi) coinvolti a vario livello dall'applicazione della legge e che si sono conclusi con un “rapporto generale” che ne ha sistematizzato i risultati giuridicamente rilevanti (luglio 2009). Il coinvolgimento della società su temi eticamente sensibili (ad esempio, l'utilizzo di cellule staminali ricavate da embrioni sovrannumerari) è venuto ad integrare la richiesta di pareri a soggetti istituzionali quali il Consiglio di Stato, secondo un meccanismo già sperimentato nella precedente fase di intervento legislativo del 2004. Rimane da valutare l'effettivo impatto di tale meccanismo decisionale sui contenuti legislativi: ad esempio, se dalla partecipazione di istanze tanto diversificate e plurali, possa derivare una soluzione normativa in tema di utilizzo di cellule embrionali a scopo di ricerca più coerente e meno ambigua di quella contenuta nella legge del 2004, contraddistinta da un generale divieto di utilizzo che viene però superato da una deroga legislativa che ne prevede la moratoria, seppur condizionando la ricerca all'attività di autorizzazione, vigilanza, ispezione e controllo dell'Agenzia della Biomedica, organo tecnico indipendente istituito *ad hoc* dalla legge.

L'ordinamento tedesco non ha (ancora) raggiunto il medesimo livello di partecipazione, tanto da potere essere definito “ibrido”, in quanto l'attivazione di meccanismi di consultazione tecnica assume una dimensione meramente settoriale e non sistematizzata, tanto che la metamorfosi normativa dal modello “*value*” a quello “*procedure oriented*” non può ancora dirsi compiuta per quanto riguarda le modalità del *legislative making process*. Marcati elementi di proceduralità sono invece identificabili rispetto agli strumenti di attuazione dei contenuti legislativi, in ciò esprimendosi la natura ibrida del modello tedesco. Analogamente ai modelli procedurali compiuti,

10 Come peraltro riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale prima nelle sentenze n. 185 del 1998 (“caso Di Bella”) e n. 188 del 2000 e quindi, inaugurando un filone giurisprudenziale ormai consolidato, nella sentenza n. 282 del 2002 (su cui, tra i molti commenti, cfr. R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, n. 6, dicembre 2002, pag. 1445 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *ivi*, pagg. 1450 ss.).

infatti, la legge sulle cellule staminali del 2002 (*Stammzellgesetz*)¹¹ ha inserito nel testo legislativo, seppur nello specifico ambito dell'utilizzo a scopi di ricerca scientifica delle cellule staminali embrionali, due elementi tipici dei modelli “*procedure oriented*”: da un lato, l'istituzione di un organo tecnico indipendente cui spetta la funzione di autorizzazione dei singoli progetti di ricerca; dall'altro, la previsione di una serie di requisiti e condizioni tanto sostanziali quanto procedurali che devono essere integrati al fine di ottenere l'autorizzazione¹².

Il modello “*value oriented*” è invece caratterizzato da una inversione della prospettiva, che si concentra su contenuti fissi e su una struttura rigida e “mono-dimensionale”. Gli elementi connotativi essenziali di tale modello, il quale sembra comunque essere recessivo rispetto a quello procedurale, verso il quale si assiste ad una diffusa tendenza a livello non solo europeo (ad esempio, il Canada), possono essere individuati in: un atteggiamento di chiusura verso la partecipazione della *expertise* al processo di formazione della decisione politica; una concezione di autosufficienza dell'intervento legislativo rispetto agli altri formanti, ai quali è precluso anche un intervento successivo in fase di attuazione-applicazione dei contenuti della legge; un'opzione valoriale forte non bilanciata con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, rafforzata da un massiccio impianto sanzionatorio di natura quasi esclusivamente penale.

Rigidità, autosufficienza e chiusura conducono ad un prodotto legislativo che non sembra garantire il medesimo livello di efficacia sostanziale e di coerenza (tanto interna quanto esterna) assicurato da un intervento “*procedure oriented*”. Ciò, non tanto in ragione del bene costituzionale protetto in via prevalente, quanto piuttosto a causa dei meccanismi attivati per garantirlo mediante l'intervento legislativo: un intervento politico-discrezionale privo di un apporto conoscitivo scientificamente adeguato tende ad approntare misure di protezione incoerenti e sproporzionate rispetto alle finalità legislative e costituzionali ed alla realtà da regolare, come sembra emergere dall'analisi del sistema italiano e dalla reazione della giustizia costituzionale rispetto ai contenuti di scelte legislative non derivanti dalla previa consultazione di organismi tecnico-scientifici (da ultimo, sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale).

Un esempio paradigmatico è costituito proprio dal sistema legislativo italiano (legge 40 del 2004) che assume come finalità assolutamente prevalente la tutela del concepito, all'interno di uno schema di divieti, obblighi e sanzioni anche penali statico e molto pesante. Tale normativa però si è dimostrata inefficace e bisognosa di un'opera non marginale di “flessibilizzazione” da parte sia ministeriale (attraverso le Linee Guida del 2008) che giurisprudenziale (dall'annullamento parziale delle Linee Guida del 2004 alla sentenza 151 del 2009 della Corte costituzionale). L'intervento “flessibilizzante” (o armonizzante) del formante giurisprudenziale, in particolare ordinario ma anche amministrativo e costituzionale, ha però condotto ad una giurisprudenza spesso ondivaga, nel tentativo di ricondurre nell'alveo della compatibilità costituzionale per via ermeneutica contenuti legislativi lacunosi e contraddittori. Ciò è avvenuto in particolare rispetto alla questione della ammissibilità o meno nell'ordinamento italiano della c.d. diagnosi preimpianto, alla quale la giurisprudenza è stata reiteratamente chiamata a dare una risposta, a fronte di un impianto normativo che da un lato prevede un rigido divieto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano (art. 13, primo comma) ed ammette la ricerca clinica esclusivamente per finalità

11 Il nome della legge tedesca è *Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen* (Stammzellgesetz) StZG, 28 giugno 2002, B.G.B.I 2002 I, S. 2277.

12 Per un'analisi dettagliata e riferimenti bibliografici, si rinvia al contributo di Simone Penasa, *infra*.

diagnostico-terapeutiche a favore dello stesso embrione oggetto di intervento¹³, mentre dall'altro prevede il diritto della coppia di venire informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero (art. 14, quinto comma).

Da tale incrocio di divieti ed aperture sono derivati diversi filoni giurisprudenziali (“embrioni di diritto vivente” in materia) che prima hanno optato per l'inammissibilità della pratica medica, riconoscendone al contempo la legittimità costituzionale del contenuto legislativo (Tribunale di Catania e Roma¹⁴; TAR del Lazio, 9 maggio 2005); quindi, hanno confermato l'inammissibilità della diagnosi, individuandone profili non manifestamente infondati di incostituzionalità (Tribunale di Cagliari, 2006¹⁵). La Corte costituzionale, dichiarando manifestamente infondata la questione (ordinanza n. 369 del 2006¹⁶), ha aperto ad un nuovo filone giurisprudenziale, che ha proposto una lettura costituzionalmente orientata della legge, giungendo a dichiarare l'ammissibilità della diagnosi (Tribunale di Cagliari¹⁷, Firenze¹⁸ e TAR del Lazio, 2008). Quest'ultima, se appare la soluzione normativa costituzionalmente più adeguata e ragionevole, non ha però impedito che i giudici, per raggiungerla, siano giunti a forzare l'impianto tanto teleologico quanto letterale della legge, fino a proporre – come nel caso di Firenze – un'interpretazione in base alla quale la diagnosi preimpianto non sarebbe soltanto ammessa ma piuttosto richiesta dalla legge 40 del 2004.

L'analisi della giurisprudenza derivante dall'applicazione della legge 40 consente di dedurre un'ulteriore dato rilevante in termini comparati. L'intervento sussidiario del formante giurisprudenziale, di natura inevitabilmente rimediabile e limitato al singolo caso oggetto di giudizio, volto a ricondurre a sistematica coerenza e compatibilità costituzionale un inadeguato corpo legislativo, causa elevati “costi normativi”, tanto in termini di tutela delle posizioni giuridiche coinvolte quanto in termini di garanzia di principi giuridici fondamentali quali l'uguaglianza davanti all'applicazione del diritto, la certezza del diritto e la separazione dei poteri. Tali costi normativi si dimostrano essere superiori a quelli derivanti da un approccio “*procedure oriented*”, all'interno dei quali vengono ammortizzati *ex ante* attraverso l'inclusione di istanze tecnico-scientifiche nel *legislative making process*.

13 È inoltre vietata ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo (articolo 13, terzo comma, lettera b).

14 Trib. Catania, 3.5.2004, in *Foro italiano*, 2004, I, 3498 (per un commento critico, BIN R., *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005.); Trib. Roma, 23.2.2005, *ivi*, 2005, I, 881.

15 Per un commento, cfr. PENASA S., *The issue of constitutional law legitimacy on «human assisted reproduction» between reasonableness of the choices and effectiveness of the protection of all involved subjects*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 25, 2006, 117 ss.; VERONESI P., *Diagnosi preimpianto: i nodi vengono al pettine. Dopo il referendum tocca alla Consulta*, in *Diritto e giustizia*, 2005, n. 33; BALDINI V., *Il caso Cagliari: aperta la prima breccia alla legge 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Rassegna di diritto civile*, 2006, 792 ss.

16 Cfr., tra gli altri, VILLANI R., *Procreazione assistita e diagnosi genetica preimpianto: la Corte costituzionale salva «pilatescamente» il divieto*, in *Studium iuris*, 2007, 127 ss.; TRUCCO L., *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 1618 ss.; CHIEFFI L., *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 4713 ss.

17 Trib. Cagliari, 22.9.2007, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, I, 88-99.

18 Trib. Firenze, 17.12.2007, in *Altalex Massimario*, 2008, 3, <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=39813>.

Ancora una volta, il metodo comparato sembra supportare tale dato. Ponendo in relazione ordinamento italiano ed ordinamento spagnolo, infatti, emerge come il livello di litigiosità delle rispettive legislazioni in materia di PMA raggiunga livelli quantitativamente elevati e qualitativamente problematici nel primo, mentre tende alla “minima litigiosità” nel secondo, esempio tipico di sistema procedurale compiuto. Viene pertanto confermata, almeno indirettamente, la centralità dell’attivazione della fonte legislativa, in particolare in sistemi tradizionalmente sussumibili alla famiglia giuridica di *civil law*, in quanto unica fonte in grado di garantire una disciplina uniforme e generale. Ma, allo stesso modo, l’analisi comparata appena descritta evidenzia la necessità che l’intervento legislativo sia connotato da determinati elementi procedurali, che finiscono con l’orientarne (anche se non a predeterminare) anche i contenuti concreti, garantendone l’effettiva applicabilità, la (tendenziale) compatibilità sistemica e costituzionale ed un atteggiamento di spontanea adesione dei soggetti coinvolti, come sembrerebbe dimostrare il pressoché nullo tasso di litigiosità giurisprudenziale della legge spagnola in materia di PMA. L’analisi comparata svolta porta a concludere che l’“inidoneità garantistica” della legge nei sistemi “*value (o content) oriented*” sia riconducibile proprio all’assenza, nell’impianto legislativo, di meccanismi procedurali di coinvolgimento e di adattabilità ai casi concreti: adattabilità che avrebbe permesso di anticipare e risolvere “a monte” i numerosi contenziosi sollevati.

In questo senso, la compressione della tutela degli interessi e dei diritti costituzionali cedevoli all’interno dello “s-bilanciamento” operato dalla legge 40 – tipicamente il diritto al rispetto della sua salute nell’applicazione di pratiche mediche come riconosciuto da recentissima giurisprudenza costituzionale – si rivela, oltre che costituzionalmente irragionevole, inutilmente punitiva sul piano pratico, in quanto ad essa non può corrispondere una effettiva protezione dell’interesse alla vita degli embrioni prodotti in vitro¹⁹. Ciò è stato recentemente confermato anche dalla Corte costituzionale italiana che, nella citata sentenza n. 151 del 2009, ha affermato, rispetto ai limiti all’accesso alle tecniche di PMA, che «la previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna (...), si pone, in definitiva, in contrasto con l’art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l’art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso».

Su queste basi, si può quindi confermare una circolazione di modelli che, in termini di *law-making process*, di contenuti, di flessibilità ed efficacia delle soluzioni adottate, sembra seguire *percorsi inediti e comunque diversi* da quelli che tradizionalmente vengono ricondotti al binomio *civil law - common law* o che generalmente avvicinano le basi costituzionali di alcuni sistemi (si pensi all’accostamento fra Spagna, Regno Unito e Canada e al rispettivo allontanamento da Germania e Italia). Ciò peraltro non sembra poter condurre ad una rinuncia a tali categorie generali, le quali svolgono comunque una essenziale funzione descrittiva e conoscitiva in termini sistematici, quanto piuttosto ad una loro concezione dinamica, capace di adattare la classificazione tradizionale alle nuove questioni che – a livello di microcomparazione – le conoscenze scientifiche pongono al diritto, recependo l’evoluzione dalla teoria delle fonti alla teoria dell’interpretazione o, più

19 Cfr., CASONATO C., *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d’impatto normativo*, in CAMASSA E., CASONATO C., *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Quaderni del Dipartimento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, n. 47, 2005, pp. 13 ss.

correttamente, delle interpretazioni che sembra venire caratterizzando la teoria generale del diritto nazionale²⁰.

3. Il fine vita

Una seconda tematica oggetto di analisi in questa sede riguarda la circolazione dei modelli ed il dialogo fra sistemi nella disciplina delle decisioni di fine vita. Anche in questo ambito, emergono alcuni profili inattesi che hanno a che fare sia con l'approccio più o meno *liberal* di alcuni ordinamenti che con accostamenti o prese di distanza fra esperienze che in termini generali si presentano rispettivamente assai distanti ovvero omogenee che, infine, con l'utilizzo non proprio ortodosso di alcune fonti del diritto e componenti normative.

3.1. La scomposizione di alcune usuali dinamiche e categorie

In una visione ad ampio spettro, anzitutto, è possibile rilevare come in nessuno degli ordinamenti della *Western Legal Tradition* l'individuo sia riconosciuto quale padrone assoluto ed incondizionato della propria vita e del proprio destino biologico; ma come, d'altro canto, in tutti gli ordinamenti sia previsto un qualche margine di libertà di scelta sugli stessi aspetti. In questi termini, tutti gli stati considerati si collocano da qualche parte all'interno dello scarto esistente fra un modello astratto che potremmo chiamare "assolutamente permissivo" (in cui l'individuo avrebbe un diritto illimitato di gestire la propria vita e la propria morte) ed un altro che potremmo chiamare "assolutamente impositivo" (in cui alla persona è tolto ogni margine di autodeterminazione in riferimento alla conduzione ed alla conclusione della propria esistenza). Le esperienze contemporanee possono quindi ordinarsi all'interno di *modelli tendenziali* (di segno impositivo o permissivo) tutti tipicamente connotati da un bilanciamento fra la dimensione della libertà individuale e quella dell'imposizione statale²¹.

Il *modello a tendenza impositiva*, o *chiuso*, è compatibile con un generale riconoscimento del diritto di rifiutare trattamenti sanitari anche di sostegno vitale²². In questo senso, il modello in parola è solo a tendenza impositiva perché esclude un generale dovere di mantenersi in vita o di essere curati, consentendo al singolo di esercitare il diritto di rifiutare trattamenti dalla cui interruzione risulti anche la morte dello stesso.

La tutela dell'autodeterminazione individuale nell'ambito del fine vita si arresta però di fronte a condotte volte a cagionare in forma diretta la morte della persona. Così, mentre da un lato è previsto un diritto, di natura talvolta costituzionale, al rifiuto di terapie anche di sostegno vitale (con una morte causata dalla malattia che fa il suo corso non più impedita da presidi terapeutici che la persona ha diritto di respingere), è d'altro canto disposto il divieto, assistito da sanzione penale, tanto dell'omicidio del consenziente quanto dell'assistenza al suicidio (in cui la causa della morte è per così dire esogena rispetto alla patologia). In questo senso, il controllo sulla propria esistenza, che in fasi "ordinarie" è affidato al singolo, è in fasi "straordinarie" spostato in capo all'ordinamento che è legittimato ad imporre scelte esistenziali anche non condivise dal soggetto.

20 In particolare, Ruggeri A., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, XII, Torino, 2009, pp. 433 ss.

21 Si permetta di rinviare, anche per considerazioni successive, a C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2009, 84 e ss.

22 Tale diritto cede tipicamente di fronte a determinati trattamenti obbligatori (od onerosi), i quali devono di regola essere imposti per legge e rispettare le dimensioni ritenute fondamentali della persona.

Fra gli ordinamenti che fanno parte del modello a tendenza impositiva possono ricordarsi la Francia, la Germania, l'Italia e, non senza qualche elemento di sorpresa, il Canada e gli Stati Uniti (nella dimensione federale). A quest'ultimo riguardo, ad esempio, non pare del tutto coerente con l'impostazione sostanzialmente *liberal* e di segno "individualista" della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di libertà personale (si pensi alle applicazioni del *right to privacy*) la sua giurisprudenza in tema di *end-of-life decisions* che ritiene non lesivi di alcun diritto fondamentale i divieti statali rivolti all'assistenza al suicidio e all'omicidio del consenziente: «They neither infringe fundamental rights nor involve suspect classifications»²³. Con motivazione più aperta alla considerazione della volontà individuale, ma arrivando a medesime conclusioni, la Corte Suprema canadese riconosce come il divieto di assistenza al suicidio di persona gravemente malata e fortemente sofferente costituisca un attentato al diritto all'autodeterminazione individuale, giustificato però sulla base di considerazioni riconducibili al concetto di *fundamental justice*²⁴.

Proseguendo nel percorso volto a dare maggior riconoscimento alle dimensioni legate all'autodeterminazione individuale nei momenti finali della propria esistenza, ma rimanendo ancora perlomeno formalmente all'interno del modello a tendenza impositiva, va segnalata una recentissima tendenza emersa in Inghilterra e Galles volta a non dare inizio, a determinate condizioni ed entro particolari limiti, a procedimenti giudiziari nei confronti di quanti aiutino i propri cari malati e sofferenti a recarsi in Svizzera per scopi di suicidio. Al riguardo, va segnalata l'apertura da parte del *Director of Public Prosecutions* di una consultazione pubblica su una serie di criteri che potranno orientare la pubblica accusa alla non apertura delle indagini²⁵.

Il secondo dei modelli proposti, quello *a tendenza permissiva* o *aperto*, si caratterizza, oltre che per il riconoscimento del diritto di rifiutare le cure, per la non punibilità, a determinate condizioni, delle condotte dirette a provocare direttamente l'omicidio del consenziente o, più spesso, l'assistenza al suicidio. Quanto differenzia il modello in parola da quello a tendenza impositiva consiste in una protezione qualitativamente maggiore, anche se non assoluta, della libera determinazione della persona in relazione alle fasi finali della sua esistenza. Il modello in parola è infatti solo *a tendenza permissiva*, in quanto non dispone l'abrogazione dei reati di assistenza al suicidio e di omicidio del

²³ *Vacco v. Quill*, 521 US 793 (1997).

²⁴ «The prohibition in s. 241(b), which is a sufficient interaction with the justice system to engage the provisions of s. 7, deprives the appellant of autonomy over her person and causes her physical pain and psychological stress in a manner which impinges on the security of her person. Any resulting deprivation, however, is not contrary to the principles of fundamental justice»: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

²⁵ Le condizioni, costituenti altrettanti interessi pubblici da valutare per evitare l'incriminazione, sono:

« (4) The victim had: a terminal illness; or a severe and incurable physical disability; or a severe degenerative physical condition; from which there was no possibility of recovery.

(5) The suspect was wholly motivated by compassion.

(6) The suspect was the spouse, partner or a close relative or a close personal friend of the victim, within the context of a long-term and supportive relationship.

(7) The actions of the suspect, although sufficient to come within the definition of the offence, were of only minor assistance or influence, or the assistance which the suspect provided was as a consequence of his or her usual lawful employment.

(8) The victim was physically unable to undertake the act that constituted the assistance him or herself.

(9) The suspect had sought to dissuade the victim from taking the course of action which resulted in his or her suicide.

(10) The victim has considered and pursued to a reasonable extent recognised treatment and care options.

(11) The victim had previously attempted to commit suicide and was likely to try to do so again.

(12) The actions of the suspect may be characterised as reluctant assistance in the face of a determined wish on the part of the victim to commit suicide.

(13) The suspect fully assisted the police in their enquiries into the circumstances of the suicide or the attempt and his or her part in providing assistance».

Si veda il sito del DPP: http://www.cps.gov.uk/consultations/as_index.html#a01.

consenziente né prevede un diritto incondizionato di morire, ma, anche nelle esperienze più estreme come quella olandese, la non punibilità, in presenza di determinati requisiti, di quanti esercitino una condotta diretta all'assistenza al suicidio o all'omicidio del consenziente.

All'interno degli ordinamenti che fanno parte di tale modello è possibile distinguere quelli che permettono solo l'aiuto o l'assistenza al suicidio (Svizzera, stati di Oregon, Washington e Montana, se, per quest'ultimo, la Corte Suprema statale confermerà una sentenza di una corte inferiore) e quelli che consentono anche l'omicidio del consenziente (Olanda, Belgio, Lussemburgo e forse Colombia)²⁶.

Confrontando a questo punto le esperienze inquadrabili all'interno dei due modelli proposti, paiono emergere alcuni risultati inattesi. La giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana, come le sentenze olandesi precedenti la legge del 2002, adotta un approccio meno propenso a giustificare le interferenze pubbliche sull'autodeterminazione individuale di quanto sia possibile affermare in riferimento alla *judicial philosophy* dimostrata in termini sostanzialmente unanimi dalla Corte Suprema statunitense. I giudici di Bogotà, così, ritengono giustificata la condotta eutanasi del medico di fronte ad un soggetto consenziente affetto da malattia terminale sulla base del fatto che lo stato deve

«limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibile de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral».

Ed in termini di carattere *liberal* dell'orientamento della Corte colombiana, i giudici, sulla base di una testo costituzionale certamente differente e più specifico di quello statunitense, concludono che

«condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral»²⁷.

Anche la disciplina del fine vita in Svizzera riserva qualche elemento di sorpresa. A fronte di una Costituzione molto cauta, ad esempio, in tema di inizio vita e di ingegneria genetica²⁸, il codice

²⁶ Si consenta il rinvio al seminario di studio su *Il consenso informato. Profili di diritto comparato* svolto da Carlo Casonato presso la Corte costituzionale in data 6 luglio 2009 il cui testo è inserito nel sito <http://www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp>.

²⁷ La citazione, come quella precedente, è tratta dalla sentenza della Corte costituzionale colombiana (C- 239/97 del 20 maggio 1997). Al riguardo può sostenersi come il *reasoning* della giurisprudenza costituzionale canadese in materia di eutanasi (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, cit.) si avvicini fortemente alla successiva decisione colombiana (sent. 239 del 1997 cit.) per poi allontanarsene e concludere in linea con quelli che saranno di lì a poco i *leading cases* della Corte Suprema statunitense (*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 e *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 del 1997).

²⁸ Si veda, al riguardo, l'art. 119 della Costituzione:

«Art. 119 Medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano

1 L'essere umano va protetto dagli abusi della medicina riproduttiva e dell'ingegneria genetica.

penale è particolarmente permissivo in materia di fine vita. L'art. 115, immodificato dal 1942 punisce solo chi «*per motivi egoistici* istiga qualcuno al suicidio o gli presta aiuto (...), se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria» (corsivo aggiunto). Avendo le corti interpretato il carattere egoistico in termini di profitto di natura pecuniaria, la Svizzera si ritrova ad essere, limitatamente alla lettera del codice penale, lo stato più liberale al mondo in materia di assistenza al suicidio²⁹. A fronte dell'ampiezza della fonte codicistica, pure, l'Accademia svizzera delle scienze mediche ed alcune associazioni coinvolte hanno introdotto a partire dagli anni '60 alcune linee guida tese a restringere la portata della non punibilità dell'assistenza al suicidio³⁰. In questo senso, si può notare come l'ordinamento svizzero presenti un curioso rovesciamento delle caratteristiche e dei ruoli dei formanti intervenuti in materia. Il codice penale, che tipicamente si presenta molto rigido e bisognoso di interventi di "ammorbidente" (*hard law* a tutti gli effetti), è in questo ordinamento assai tollerante (*soft*, se si vuole), tanto da aver bisogno di un complemento esterno (di per sé riconducibile al *soft law*) che ne limiti la portata e ne inasprisca i requisiti.

Altri profili, che non rientrano all'interno delle categorie familiari e delle dinamiche più consuete attraverso cui il comparatista guarda al fenomeno giuridico-costituzionale ed alla circolazione dei modelli, possono ricondursi alla assai più liberale giurisprudenza (di livello distrettuale, per ora) dello stato del Montana rispetto a quella californiana in materia di autodeterminazione individuale³¹

2 La Confederazione emana prescrizioni sull'impiego del patrimonio germinale e genetico umano. In tale ambito provvede a tutelare la dignità umana, la personalità e la famiglia e si attiene in particolare ai principi seguenti:

- a. tutti i tipi di clonazione e gli interventi nel patrimonio genetico di cellule germinali e embrioni umani sono inammissibili;
- b. il patrimonio germinale e genetico non umano non può essere trasferito nel patrimonio genetico umano né fuso con quest'ultimo;
- c. le tecniche di procreazione assistita possono essere applicate solo quando non vi sono altri modi per curare l'infertilità o per ovviare al pericolo di trasmissione di malattie gravi, non però per preformare determinati caratteri nel nascituro o a fini di ricerca; la fecondazione di oociti umani fuori del corpo della donna è permessa solo alle condizioni stabilite dalla legge; fuori del corpo della donna possono essere sviluppati in embrioni solo tanti oociti umani quanti se ne possono trapiantare immediatamente;
- d. la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità sostitutiva sono inammissibili;
- e. non può essere fatto commercio di patrimonio germinale umano né di prodotti da embrioni;
- f. il patrimonio genetico di una persona può essere analizzato, registrato o rivelato soltanto con il suo consenso o in base a una prescrizione legale;
- g. ognuno ha accesso ai suoi dati genetici».

²⁹ Anche in materia di omicidio pietoso, il codice penale svizzero, in questo caso a seguito di una modifica entrata in vigore nel gennaio 2007, è particolarmente clemente: «Chiunque, per motivi onorevoli, segnatamente per pietà, cagiona la morte di una persona a sua seria e insistente richiesta, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria» (art. 114).

³⁰ In termini generali, l'Accademia sconsiglia il personale medico dal partecipare ad attività di aiuto al suicidio, considerate estranee a tale ambito professionale. Nel momento in cui, in coscienza, il dottore decida nondimeno per l'intervento, si rimette alla sua responsabilità accertare il carattere terminale della malattia, la preventiva discussione e attuazione delle possibili alternative, la capacità del paziente ed il carattere consapevole, volontario e reiterato della richiesta. In modo simile, le principali associazioni che, senza fini di lucro, permettono anche agli stranieri di avvalersi dell'assistenza al suicidio, come Dignitas, si sono date alcune regole di condotta che prevedono, oltre alla verifica di una richiesta volontaria e pienamente consapevole, l'esistenza di un quadro clinico gravemente compromesso.

³¹ In *Baxter v. Montana*, del 5 dicembre 2008, una giudice distrettuale dello stato ha considerato il divieto di assistenza al suicidio lesivo del *right to privacy* e della inviolabilità della dignità umana inseriti nella costituzione dello stato. Tale decisione è stata fondata su un precedente della Corte Suprema del Montana (*Armstrong v. Montana*, del 1999) in cui si dichiarò: «Respect for the dignity of each individual – a fundamental right protected by (...) the Montana Constitution – demands that people have for themselves the moral right and moral responsibility to confront the most fundamental questions (...) of life in general, answering to their own consciences and convictions».

o al parallelismo che si trova, in tema di deroghe all'accertamento della morte (su base rispettivamente cerebrale e cardio-respiratoria) fra il New Jersey ed il Giappone³².

Sulla base di quanto fin qui detto, non è facile comprendere le ragioni degli “apparentamenti” e delle allontanamenti qui solo illustrati, i quali paiono talvolta rispondere a dinamiche casuali e contingenti più che a precise, consapevoli e strutturali operazioni di circolazione dei modelli.

3.2. La costante della bio-equity

Tuttavia, e alla pari di quanto accade nelle tematiche di inizio vita, vi sono esigenze di *flessibilità* e di *differenziazione da caso a caso* che emergono in maniera evidente ad accomunare le discipline della generalità degli ordinamenti considerati a prescindere dalle famiglie di appartenenza. Nel modello a tendenza permissiva, così, è prevista una serie di condizioni, legate al tipo di malattia, alla fase terminale della stessa, alla sofferenza psico-fisica procurata al malato, al grado di consapevolezza e capacità della persona coinvolta, ecc., che permette che ogni caso sia considerato individualmente allo scopo di procurare un intervento di natura eutanasica. Il modello a tendenza impositiva, invece, dispone una *blanket prohibition* nei confronti dell'assistenza al suicidio e dell'omicidio del consenziente che non permette, *in teoria*, alcuno spazio di manovra.

A fronte di casi particolari, tuttavia, sono emersi istituti che sono stati utilizzati al fine di introdurre elementi dinamici di flessibilità sostanziale all'interno di sistemi formalmente statici ed anelastici. Si è così assistito anche in tale modello ad un'apertura dell'ordinamento, in termini che possono anche risultare *extra-ordinem*, la quale permette di non punire persone che abbiano dimostrato di aver agito per motivi considerati non meritevoli di una condanna penale. Emerge insomma un fenomeno non più così raro nel biodiritto in cui il formante giurisprudenziale arriva talvolta a sostituirsi a quello legislativo, il quale rimane esistente, legittimo ed efficace, ma, a ragione della sua eccessiva rigidità, viene *disapplicato* in quanto considerato non adatto a fornire una soluzione equa al caso prospettato. Si tratta, in particolare, di fenomeni riconducibili alla *jury nullification* o alla *double effect doctrine* o a casi in cui si simula la già avvenuta morte della paziente uccisa (caso italiano Forzatti), non si considera una iniezione (letale) di cloruro di potassio la causa della morte o, semplicemente, la pubblica accusa e l'ordine dei medici non perseguono condotte di aiuto al suicidio o di omicidio del consenziente ritenute ormai più o meno largamente accettate a livello sociale (caso Daniel James, Irwin e Cox in Inghilterra; caso Humbert in Francia).

In Inghilterra e Galles, abbiamo visto, si registra una recente tendenza del *Director of Public Prosecutions* (DPP) a non procedere contro persone che abbiano aiutato i propri cari gravemente malati a recarsi in Svizzera al fine di accedere alle pratiche, lì legittime, di assistenza al suicidio. Nel dicembre del 2008, ad esempio, il DPP ha rinunciato a dare inizio alla *prosecution* nei confronti di una coppia inglese che aveva aiutato il proprio figlio, Daniel James, a recarsi presso un centro svizzero dove era stato assistito nel suicidio. Daniel era un ventitreenne giocatore di rugby che, rimasto paralizzato dopo un incidente di gioco, aveva tentato tre volte di suicidarsi ed aveva convinto i suoi genitori ad aiutarlo nel porre fine alla sua vita. Nonostante le prove raccolte, che avrebbero potuto condurre ad una condanna sulla base dei criteri normalmente adottati in applicazione del *Suicide Act*, il DPP decise di non perseguire i signori James. Visto il carattere indipendente del giovane, certamente non influenzato dai genitori che anzi lo imploravano di recedere dai suoi propositi, il semplice accompagnamento in Svizzera non fu considerato rilevante. Nonostante ci fossero fattori legati all'interesse pubblico che andavano nella direzione di

³² Su cui si permetta il rinvio a C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 17 ss.

un'attivazione del procedimento, il DPP decise che «the factors against prosecution clearly outweigh those in favour. In the circumstances I have concluded that a prosecution is not needed in the public interest»³³. Il caso James non è isolato. Si calcola che oltre un centinaio di persone in Inghilterra e Galles non abbiano subito alcuna *prosecution*, ma siano state solo interrogate informalmente, pur a fronte di prove che indicavano l'accompagnamento di loro cari in Svizzera al fine di compiere suicidio assistito.

In Francia è generalmente riconosciuto e tutelato un diritto al rifiuto di trattamenti sanitari anche di sostegno vitale, ricondotto dalla Corte di Cassazione al rispetto della persona e della sua dignità e codificato dalla cd. legge Leonetti del 2005, di modifica al *code de la santé publique*. D'altro canto, anche in Francia, il codice penale punisce l'omicidio del consenziente e l'incitamento al suicidio (art. 223-13). A fronte di tale quadro normativo, alcuni casi si inseriscono nella dinamica qui in esame, forzando il rigore codicistico verso soluzioni più flessibili. Vincent Humbert divenne tetraplegico, muto e cieco a seguito di un incidente stradale. Dopo qualche tempo, fu messo nelle condizioni di scrivere un libro (*Je vous demande le droit de mourir*) con cui chiese pubblicamente al Presidente della Repubblica Jacques Chirac di essere aiutato a terminare la propria esistenza. A seguito del prevedibile rifiuto del Presidente, nel 2003, la madre di Vincent tentò di uccidere il figlio utilizzando una dose massiccia di barbiturici, che però ebbe l'effetto di farlo cadere in un coma profondo. Trasportato in rianimazione, il responsabile del reparto, dott. Chaussoy, decise di iniettargli un sedativo e di praticare una iniezione letale di cloruro di potassio. Nel 2006, la giudice per le indagini preliminari, sentito il parere della pubblica accusa, emise un'ordinanza di non luogo a procedere nei confronti sia della madre che del medico. Gli imputati furono ritenuti non penalmente responsabili in quanto la loro azione sarebbe stata dettata da una forza o da una costrizione alla quale non avrebbero potuto resistere: «[n]'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister» (art. 122-2 cod. pen.). In questi termini, gli imputati sono stati assolti in quanto spinti ad uccidere Vincent dalla necessità di rispettarne la volontà e la dignità, oltre che indotti dalla pressione mediatica seguita al rilievo pubblico assunto dal caso³⁴.

Altri istituti del codice penale, lo stato di necessità o l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale ad esempio, sono variamente utilizzati al fine di escludere o mitigare la responsabilità di persone che abbiano tenuto condotte rivolte all'assistenza al suicidio o all'omicidio del consenziente. In alcuni casi, inoltre, sono le fattispecie ad essere piegate per ragioni "compassionevoli": un'iniezione (letale) di cloruro di potassio viene ricostruita solo in termini di tentato omicidio oppure non si ritiene provata l'esistenza in vita del malato su cui si è esercitato l'atto eutanasi.

Per quanto riguarda l'Italia, può ricordarsi il c.d. caso Forzatti. Nel giugno del 1998, Enzo Forzatti si recò nel reparto di rianimazione dove, a causa di una malattia che da nove anni la immobilizzava a letto, giaceva sua moglie (signora Moroni) incosciente, in condizioni estremamente gravi. L'uomo estrasse una pistola Beretta, poi rivelatasi scarica, e sotto la minaccia dell'arma fece uscire tutto il

³³ La sezione 2 del *Suicide Act* richiede l'assenso del DPP ai fini di aprire il procedimento di incriminazione: «no proceedings shall be instituted for an offence under this section except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions». In termini generali, giova richiamare la natura non obbligatoria dell'esercizio dell'azione penale nell'ordinamento in esame. La decisione e le relative motivazioni del DPP sono riportate in http://www.cps.gov.uk/news/articles/death_by_suicide_of_daniel_james/.

³⁴ La forza maggiore e lo stato di necessità sono stati applicati anche in Olanda come esimente della condotta rivolta all'omicidio del consenziente dagli anni '70 fino al 2002, anno della legge intervenuta in materia di fine vita.

personale. Quindi staccò i tubi di collegamento del ventilatore artificiale che manteneva il sistema respiratorio della moglie e dopo qualche tempo chiamò un sanitario perché accertasse la morte della donna, la quale risultò deceduta per arresto circolatorio dovuto ad insufficienza cardiorespiratoria acuta. In primo grado, la Corte d'assise di Monza condannò l'uomo a sei anni e mezzo di reclusione per il reato di omicidio volontario premeditato, applicando la circostanza attenuante dell'art. 62 n. 1 del codice penale per aver agito «per motivi di particolare valore morale o sociale». La Corte d'assise d'appello di Milano (sentenza 24 aprile 2002) riconobbe che la donna non aveva mai espresso precedentemente in termini chiari la propria volontà di non essere sottoposta a trattamenti di quel genere e che Forzatti, per sua stessa ammissione, aveva agito pensando solo di fare quello che la moglie avrebbe ritenuto il meglio per se stessa. Si confermò, inoltre, che «anche l'anticipazione di un solo momento dell'evento morte (...) equivale ad omicidio». A fronte di tali considerazioni, pure, un consulente tecnico espresse un dubbio sul fatto che la donna potesse essere ancora viva nel momento dell'interruzione della ventilazione. Nonostante l'ultimo controllo sull'attività cerebrale della donna fosse stato compiuto poco più di un'ora prima dell'intervento di Forzatti, ed avesse confermato la permanenza in vita della donna, il consulente non esclude che la morte cerebrale, anche se non ancora accertata, potesse essersi verificata prima dell'azione del marito. Le conclusioni della Corte d'appello scagionarono Forzatti: «non si può dire sufficientemente provato, oltre ogni ragionevole dubbio, il nesso di causalità tra la condotta del Forzatti e l'evento morte della moglie Moroni. Pertanto, si impone una decisione di assoluzione dell'imputato (...) perché il fatto non sussiste». Si trattava, infatti, di un «omicidio impossibile per insufficienza della prova dell'esistenza in vita della persona che l'imputato avrebbe inteso sopprimere».

In Inghilterra, può citarsi il caso del dottor Cox che, a fronte delle ripetute richieste di una sua paziente, le iniettò una dose letale di cloruro di potassio; la signora, pur non in condizioni terminali, soffriva fortemente per una grave forma di artrite reumatica. Il dottore annotò l'iniezione nella cartella clinica della paziente giustificando poi la propria condotta per motivi compassionevoli³⁵. Il medico, in questo caso, venne condannato, forse perché la sostanza usata non poteva essere considerata un sedativo e quindi considerata legittima sulla base della dottrina del doppio effetto – su cui subito – ma venne comunque condannato non per omicidio ma per il solo tentativo.

In altri casi, ancora, nessuna iniziativa di carattere penale né disciplinare venne intrapresa nei confronti di medici che dichiararono anche pubblicamente di aver aiutato intenzionalmente i propri pazienti a morire. Uno dei casi più noti è quello del dottor Irwin, il quale dichiarò pubblicamente di aver aiutato più di cinquanta persone a morire, specificando come sua precisa intenzione fosse quella di porre termine alla loro vita e non solo di alleviare le loro sofferenze.

Un ulteriore profilo di flessibilità emerso negli ordinamenti riconducibili al modello a tendenza impositiva può ricondursi alla cd. *dottrina del doppio effetto*. Nella sua configurazione tipica, tale principio detta che, nel momento in cui un malato terminale o gravissimo sia affetto da dolore insopportabile, tale da imporre l'impiego di dosi di sedativo che possano comportare il rischio di anticiparne la morte, il decesso non potrà essere ricondotto alla responsabilità del medico, ma a cause ritenute naturali. Il problema costituito da tale condotta ha a che fare con la causa della morte la quale, come nell'assistenza al suicidio e nell'omicidio del consenziente, può non essere costituita dalla malattia che fa il suo corso ma da un agente esterno (la dose di sedativo, appunto). L'elemento che esclude la responsabilità penale del medico, quindi, è l'intenzione non di uccidere il malato, ma

³⁵ «Five minutes of peace is not very much but it was all Dr. Cox could give and he gave it», si sostenne.

di palliare il dolore, anche nella previsione dell'anticipazione della morte: una volontà compassionevole che però, nei casi tipici di *mercy killing*, è ritenuta normalmente sufficiente a giustificare la condotta.

Nonostante tale profilo problematico, la previsione dell'accelerazione della morte quale mero effetto secondario è posta in tutti gli ordinamenti, in maniera più o meno consapevole, alla base della giustificazione della condotta illustrata. Già in un caso inglese del 1957 si sostenne come:

«if a doctor genuinely believes that a certain course is beneficial to his patient either therapeutically or analgesically, then even though he recognizes that that course carries with it a risk to life, he is fully entitled, nonetheless, to pursue it. If in these circumstances the patient dies, nobody could possibly suggest that in that situation the doctor was guilty of murder or attempted murder»³⁶.

In questa breve rassegna degli istituti e delle dinamiche che tendono ad introdurre all'interno delle rigidità del modello a tendenza impositiva elementi di flessibilità, si può, infine, accennare al fenomeno della *jury nullification*. Con tale formula si intende un fenomeno risalente che nasce in ambito anglosassone per permettere alle giurie di ritenere non colpevoli soggetti che invece risultano in sede processuale pienamente responsabili dei fatti loro ascritti. In questi casi, muta il criterio di giudizio, in quanto la coscienza o un sentimento di equità o giustizia sostanziale condiviso dalla giuria si pone come parametro prevalente nella risoluzione del caso, in grado di superare prove decisive o regole processuali che condurrebbero invece ad un esito opposto. Sulla base di questa struttura, la *jury nullification* ha rivestito un ruolo importante e controverso anche nell'ambito riconducibile all'eutanasia; è stata, ad esempio, utilizzata per prosciogliere il dott. Jack Kevorkian in una serie di processi, precedenti a quello che lo ha visto infine condannato, relativi alla pure evidente violazione delle leggi del Michigan in materia di assistenza al suicidio³⁷.

Considerato in termini complessivi, il fenomeno descritto pare illustrare un quadro d'insieme in cui ordinamenti tanto di *civil law* quanto di *common law* sono accomunati dall'esigenza di superare fonti del diritto che paiono ai giudici, alle giurie, talvolta alla stessa pubblica accusa troppo rigide ed incapaci di trattare con proporzione ed equità le caratteristiche specifiche di casi che sempre più frequentemente emergono anche nell'ambito del fine-vita.

Tale situazione richiama quanto avvenuto nella storia del diritto anglosassone in riferimento all'origine dell'*equity*. Visto l'irrigidimento del contenuto e del numero dei rimedi di *common law*, testimoniato dall'inserimento dei *writs* nelle *Provisions of Oxford* del 1258, i cittadini insoddisfatti presero con sempre maggiore frequenza a chiedere giustizia al Cancelliere del Re (il *Lord Chancellor*). Tale figura prese ad amministrare quella che anche la sua conoscenza del diritto canonico e della dottrina della Chiesa gli faceva percepire come *aequitas* giungendo a sostituire ed a sovvertire le decisioni di *common law*. Si sviluppò così una *Court of conscience*, che venne a regolare secondo equità ed alla luce delle rispettive specificità i nuovi *equitable interests* che sorgevano da casi che la nuova realtà presentava con sempre maggior frequenza ma che non trovavano una soluzione ritenuta equa sulla base di un *common law* che appariva troppo rigido.

³⁶ Si tratta del caso *R. v. Adams*, Crim. LR 365, del 1957, ripreso poi in *R. v. Cox*, 12 BMLR 338, 41 del 1992.

³⁷ M BATTIN, R. RHODES, A. SILVERS (Eds), *Physician Assisted Suicide: Expanding the Debate*, New York, Rutledge, 1998.

Nell'ambito del biodiritto, e del fine vita in particolare, pare emergere qualcosa di simile: senza nascondere le differenze non solo storiche fra i due fenomeni né voler proporre una nuova teoria delle fonti del diritto, si intende però rilevare l'affiorare in una numerosissima serie di ordinamenti ed a prescindere dalla rispettiva appartenenza ad una famiglia giuridica, di una fonte materiale, di natura *extra ordinem*, che potremmo chiamare *bioequity*, la quale tenta di rimediare alla rigidità ed alla percepita ingiustizia del precetto penale, riformulando tale fonte in termini equitativi. A differenza di quanto avvenuto nel XIII secolo, peraltro, va rilevato come tali operazioni "più-che-interpretative" pongano problemi particolari di certezza (cos'è l'equità?), parità di trattamento (dipendendo dalla discrezionalità dei soggetti incaricati della decisione) e, particolarmente nel *civil law*, di legittimazione complessiva di giudici la cui formazione e selezione sono ancora in larga parte dettate da una complessiva considerazione in termini burocratico-applicativi.

In ogni caso, emerge un fenomeno diffuso tanto nel *civil law* che nel *common law* secondo cui una regola che rimane formalmente vigente è sostanzialmente disapplicata, mettendo in luce una straordinaria *distanza fra the law-in-the-books e the law-in-action*³⁸.

In termini conclusivi sul punto, il fine vita costituisce un ambito in cui le discipline normative, il formante giurisprudenziale ed alcune dinamiche complessive non paiono potersi leggere efficacemente attraverso le categorie e le famiglie usualmente utilizzate nel diritto comparato. Si confermano in particolare avvicinamenti di ordinamenti generalmente assai distanti e allontanamenti di esperienze altrimenti prossime; e l'emersine di tendenze comuni, a prescindere dai diversi assunti, anche costituzionali, di base.

4. La dignità umana: concetto plurale

Un ulteriore filone meritevole di attenzione riguarda la ricostruzione e l'utilizzo del concetto di dignità umana, come usato prevalentemente dalle Corti in riferimento alle decisioni di fine vita e inizio vita.

In tutti gli ordinamenti si rileva una convergenza sull'importanza, irrinunciabilità e inviolabilità della dignità umana: non a caso, essa è espressamente menzionata in una serie di documenti di natura internazionale ed in diverse Costituzioni³⁹. Essa tuttavia si presenta nel biodiritto come un «concetto falsamente chiaro» in quanto, nonostante il consenso sull'importanza di tale concetto, risulta problematico determinarne un contenuto preciso, univoco o quantomeno condiviso⁴⁰. Ciò reca come conseguenza il fatto che l'impiego del principio di dignità umana porta a soluzioni del tutto differenti nei vari ambiti in cui essa è impiegata (si pensi ad esempio ai temi della fine e

³⁸ Da ricordare come tale distanza, tipica nel fine vita, sia riscontrabile anche nell'inizio vita e, in particolare, all'interno delle discipline di interruzione della gravidanza. La ricerca, infatti, ha anche messo in luce come laddove il *right to abortion* sia previsto in termini formalmente più ampi, collegandosi alla privacy-autodeterminazione della donna (Stati Uniti), esso possa talvolta risultare in pratica più difficile da ottenere rispetto a quanto accade in quegli ordinamenti che lo hanno riconosciuto in termini formalmente più stringenti, fissando la tutela degli interessi e la dignità del concepito al bilanciamento con il diritto alla salute della donna (Germania e Italia).

³⁹ Cfr. ad esempio *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* adottata dall'ONU nel 1948 (artt. 1, 2 e 23), *Dichiarazione universale dell'Unesco sulla diversità culturale* del 2001 (art. 4), *Carta Europea dei diritti fondamentali* adottata a Nizza nel 2000 (cfr. l'intero Capo I); *Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina* adottata ad Oviedo nel 1997 (art. 1), la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani* adottata dall'Unesco nel 1997 (art. 2), la *Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i diritti umani* adottata dal medesimo organismo nel 2005 (art. 3), la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna* adottata dall'ONU nel 1979 (cfr. il *Preambolo*). Per le Costituzioni nazionali, cfr. a mero titolo esemplificativo la Costituzione tedesca art. 1, portoghese, artt. 1 e 13, spagnola titolo I, polacca art. 30, ungherese art. 54 e italiana artt. 3, 36, 41.

⁴⁰ Cfr. C. Casonato, *Introduzione al Biodiritto*, cit., p. 85.

dell'inizio della vita, nei quali il medesimo principio è invocato a fondamento di concezioni opposte).

Nell'ambito delle fasi finali dell'esistenza, in particolare, la dignità umana è da molti stata invocata in riferimento al potere di disposizione della propria vita. Ciò che varia nei diversi ordinamenti e che ha portato all'adozione di soluzioni differenti da parte di stati accomunati dalle medesime tradizioni giuridiche o, viceversa, ad approcci che hanno avvicinato paesi del tutto distanti, sta nella diversa tutela di volta in volta accordata al principio di dignità umana nei casi di fine vita.

Innanzitutto, occorre tener presente che le soluzioni scelte nei vari ordinamenti si differenziano sia per il modo di garantire la dignità umana ai malati terminali o comunque fortemente sofferenti, sia per la possibilità di concretizzare tale tutela. Il riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione del malato nell'ambito della fine della vita può scontrarsi con l'interesse pubblico alla tutela della vita umana (*sanctity of life*) e dei soggetti deboli⁴¹. Per tale ragione, negli ordinamenti che hanno preso posizione sul ruolo da attribuire alla dignità nelle scelte di fine vita, si possono enucleare due possibili tipi di orientamenti: il primo vede la concretizzazione della dignità nella garanzia della più ampia libertà di *autodeterminazione* per il singolo (ne sono esempi gli ordinamenti giuridici di Olanda, Belgio, Lussemburgo, Colombia, Svizzera); il secondo tutela la dignità umana in termini di *sopravvivenza biologica* anche contro la volontà stessa del soggetto coinvolto (in forme espresse le Corti federali di Stati Uniti e Canada).

Un chiaro esempio della prima impostazione si trova nella citata sentenza della Corte Costituzionale colombiana n. 239 del 1997⁴² sulla non punibilità penale dell'eutanasia attiva. Il diritto alla vita incontra un limite nel rispetto della dignità umana, che permette una scelta che rispecchi le più intime e profonde convinzioni del soggetto; da ciò scaturisce il diritto del singolo a una morte "dignitosa" e senza dolore⁴³.

Una simile concezione del principio di dignità umana traspare anche da una sentenza della *Sala Constitucional* del Costa Rica del 1992 (n. 1915-92 del 22.07.1992): in un caso sulla possibilità di accedere a trattamenti sanitari palliativi e lenitivi del dolore e di interrompere al contempo qualsiasi altra terapia medica, viene statuito il diritto costituzionale di un malato terminale a chiedere di morire con il trattamento medico che gli permetta di concludere la sua esistenza senza sofferenze, poiché il fatto di impedire che un paziente possa trascorrere gli ultimi giorni di vita senza provare dolore costituisce una lesione della dignità umana attuata dallo Stato⁴⁴.

Anche il legislatore francese è intervenuto in modo non dissimile nel 2005, con il citato testo di legge conosciuto come "*loi Leonetti*" (*legge relative aux droits des malades et à la fin de vie*⁴⁵). In essa, oltre alle previsioni relative alla tutela della dignità del morente e della sua qualità di vita sino

⁴¹ Quest'ultimo argomento, in particolare, trova fondamento nella cd. *slippery slope*, la "china scivolosa", che partendo dal riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione nell'ambito della fine della vita potrebbe condurre a conseguenze ulteriori quali, ad esempio, una minore tutela dei soggetti deboli.

⁴² Corte Constitucional de Colombia, sentenza C-239 de 1997, disponibile all'indirizzo internet <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>.

⁴³ Si veda C. Casonato, *Introduzione al Biodiritto*, cit., p. 98; Rolla G., *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV, 2003, pp. 1870 ss; Rolla G., *La concepcion de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Rolla3.pdf>.

⁴⁴ Sulla sentenza si può leggere Rolla G., *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, cit., pp. 1870 ss; G. Rolla, *La concepcion de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*, cit.

⁴⁵ Cfr. legge, *Loi relative aux droits des malades et à la fin de vie*, n° 2005-370 del 22/04/2005 in J.O. n. 95 del 23/04/2005.

alla fine⁴⁶, si è scelto di razionalizzare la teoria del doppio effetto in cui si legittima l'azione del medico volta a sedare il dolore, anche quando essa possa avere come possibile effetto secondario quello di abbreviarne la vita⁴⁷. Al medesimo esito, raggiunto attraverso la razionalizzazione legislativa in Francia, si era pervenuti in ambito giurisprudenziale in altri ordinamenti, ad esempio con le pronunce giudiziali britanniche relative al c.d. *double effect*⁴⁸.

Negli Stati Uniti, invece, nonostante il richiamo alla dignità umana di alcune parti fosse simile a quello della sentenza colombiana sopra richiamata, la Corte Suprema ha risolto in maniera del tutto opposta i due casi analoghi citati, *Vacco v. Quill* e *Washington v. Glucksberg* (1997), confermando come i divieti statali rivolti verso il suicidio assistito e l'omicidio del consenziente non dovessero considerarsi incostituzionali. La scelta della Corte è stata quella di bilanciare i profili attinenti alla sfera individuale con l'interesse statale alla preservazione della vita. In particolare, soprattutto per quanto riguarda le decisioni statunitensi del 1997, è opportuno evidenziare come la Corte abbia comunque riconosciuto un diritto a morire con dignità, declinato nell'elusione di inutili sofferenze; le leggi impugnate, infatti, non impedivano la possibilità di prevedere cure palliative e lenitive del dolore⁴⁹. Un aspetto che appare interessante, per quanto strettamente attiene alla circolazione dei modelli, sta nel fatto che, soprattutto in *Glucksberg*, la Corte abbia voluto verificare il panorama esistente, prima di decidere, prendendo in considerazione espressamente l'esperienza olandese sull'eutanasia: tale fattore dimostra non solo il dialogo tra le Corti, ma anche la consapevolezza che scelte adottate in altri Paesi, se sapientemente adattate, possono attecchire efficacemente, oppure, dall'altro lato, possono validamente fondare la decisione di risolvere il caso in maniera del tutto opposta⁵⁰.

A livello legislativo, la visione della dignità come libertà di autodeterminazione del singolo è stata accolta dalla legge entrata in vigore nel 1994 nello Stato dell'Oregon (*Death with Dignity Act*⁵¹), che prevede una rigorosa procedura attraverso la quale, su richiesta espressa del paziente, un medico possa prescrivere, ma non somministrare, una dose predeterminata di farmaci letali a un

⁴⁶ Art. 6: «Après l'article L. 1111-9 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 1111-10 ainsi rédigé: Art. L. 1111-10. – Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10».

⁴⁷ Art. 2: «Le dernier alinéa de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique est complété par deux phrases ainsi rédigées : Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical».

⁴⁸ Cfr. C. Piciocchi, *Le fonti del biodiritto: la complessità del dialogo*, in C. Casonato, C. Piciocchi (a cura di) *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, in particolare p. 83 ss. ed anche R.H.S. Tur, *The Doctor's Defense*, in *The Mount Sinai Jour. Of Med.*, 69, 2002, p. 317 ss.

⁴⁹ *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 US 261 (1990); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); cfr. M.D. Goodman, *Human Dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence*, in *Nebraska Law Review*, 84, 2006, pp. 740 ss., in cui si porta all'attenzione l'orientamento del giudice Stevens, autore di una *dissenting opinion* nel caso *Cruzan* e *concurring* nel 1997, il quale lega saldamente il diritto costituzionale dell'individuo a rifiutare le cure alla dignità umana.

⁵⁰ E.J. Eberle, *Dignity and liberty, Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praeger Publishers, Westport, Connecticut, 2002, pp. 148 ss.; K. Green, *Physician-assisted suicide and euthanasia: safeguarding against the "slippery slope" - the Netherlands versus the United States*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, n. 13, 2003, p. 644.; C. Stamatakis, *Beyond advance directives: personal autonomy and their right to refuse life-sustaining medical treatment*, in *New Hampshire Bar Journal*, n. 47, 2007, pp. 20 ss.

⁵¹ *Death with Dignity Act*, 13 Or. Rev. Stat. §§ 127.800-897 (2001).

malato terminale, adulto e capace di intendere e di volere, con al massimo sei mesi di speranza di vita⁵².

In questi termini, la Corte Suprema ha individuato nella Costituzione federale un testo che *non impone ma permette* che il rispetto dell'autodeterminazione individuale giunga al punto da considerare legittima, in presenza di una serie di condizioni, l'assistenza al suicidio. È di tutta evidenza come negli ordinamenti federali, inoltre, la dimensione federale e quella statale si intersechino ed incidano sulla definizione di tali tematiche specifiche e, più in generale, dei diversi livelli di tutela della salute in essi garantiti⁵³.

Olanda, Belgio e Lussemburgo sono al momento gli unici Stati europei che hanno adottato atti legislativi rivolti alla non punibilità condizionata dell'omicidio del consenziente e dell'assistenza al suicidio, partendo dall'esplicito riconoscimento della dignità del malato, intesa come diritto ad una piena autodeterminazione. Analogamente allo Stato dell'Oregon, le leggi olandese, belga e lussemburghese prevedono, in via generale, una procedura che deve essere seguita da tutti i soggetti coinvolti⁵⁴.

In Israele, nel 1992 è stata approvata la *Basic Law: Human Dignity and Liberty* (modificata nel 1994), la quale si prefigge lo scopo di proteggere la dignità umana, vietando qualsiasi violazione della vita, dell'integrità fisica o della dignità di ogni persona. L'orientamento delle Corti sulle decisioni di fine vita è stato, negli anni, incoerente oscillando da una posizione all'altra: quando vengono presi in considerazione fattori quali il dolore e la sofferenza del malato, violato nella sua dignità, i giudici tendono a rispettare la volontà del paziente; sono invece meno prevedibili le decisioni delle Corti nei casi in cui venga in gioco il diritto del paziente a rifiutare la respirazione artificiale già iniziata.

Nel 1999, per esempio, la Corte Suprema autorizzò l'appello di una sentenza civile della Corte Distrettuale di Tel Aviv, nella quale si era deciso per l'interruzione della nutrizione artificiale in una donna ultranovantenne in stato vegetativo permanente, sulla base di una sua dichiarazione, risalente a vent'anni prima in cui la stessa diceva che non avrebbe voluto essere mantenuta in vita con mezzi artificiali⁵⁵. La sentenza del Tribunale Distrettuale fu rovesciata dalla Corte Suprema, la quale rilevò che non ci fosse prova dell'attualità della volontà della donna sull'interruzione dei trattamenti *life-sustaining* e che per tal motivo non si poteva ritenere che la stessa avesse consapevolmente chiesto di non prolungare la propria esistenza. La Corte basò la propria decisione sui dettami del diritto tradizionale ebraico, contrario all'interruzione dei trattamenti in quanto pratica assimilabile

⁵² La rigida procedura prevista dal *Death with Dignity Act* e i profili etici e giuridici di rilievo sono descritti in A. Vandenbroucke, *Disentangling fact from fiction: the realities of unequal health care treatment: case brief: physician assisted suicide*, in *De Paul Journal of Health Care Law*, n. 9, 2006, pp. 893 ss. La legge è stata oggetto anche del controllo della Corte Suprema federale, che ne ha rigettato la pretesa incostituzionalità, sancendo la legittimità di tale modalità di assistenza al suicidio in Oregon; si tratta del caso *Gonzales v. Oregon*, 2005 WL 2659027 (Oct. 5, 2005) (No. 04-623).

⁵³ Per esempio, J. Menikoff, *Law and Bioethics: an Introduction*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2001. L'Autore apre la sua opera con un capitolo dedicato proprio a *Federalism and bioethics*.

⁵⁴ Cfr. C. Casonato, *cit.*, p. 95; F. Botti, *Eutanasia: necessità e attualità di un dibattito*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2003, pp. 164 ss.; M. Murtas, *Brevi osservazioni in tema di eutanasia e suicidio assistito nella legislazione olandese e belga*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV, 2003, pp. 1864 ss.; G. Bognetti, *La legge olandese su eutanasia e omicidio assistito*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 6, 2001, pp. 705 ss.; inoltre, più in generale, C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, Jovene, 2004; J. Griffiths, H. Weyers, M. Adams, *Euthanasia and the Law in Europe*, Hart Publishing, Portland, 2008, pp. 11 ss.

⁵⁵ Si tratta del caso *Attorney General v. Lubetzky*, deciso dalla Corte Suprema Israeliana il 30.05.1999, CA 3031/99. La giurisdizione della Corte Suprema riguarda l'esame di appelli di sentenze emesse dai Tribunali Distrettuali, appellabili di diritto alla Corte Suprema, la quale talvolta, come nel caso in esame, deve previamente autorizzare l'appello.

all'eutanasia attiva, poiché nutrizione e idratazione sono considerate necessità primarie per ogni essere vivente; la morte per fame e sete è considerata dalla filosofia ebraica indegna per la vita umana e l'interruzione di tali trattamenti è vista come non correlata al processo del morire e per tal ragione considerata un intervento che provoca la morte e dunque una forma di eutanasia. La Corte, peraltro, notò una lacuna normativa e invocò un intervento legislativo *ad hoc*.

Nel 2000, il Ministro della Salute incaricò un comitato nazionale di preparare un disegno di legge; il comitato era composto di 59 membri, rappresentanti dei diversi orientamenti e posizioni etico-religiose di Israele e lavorò per due anni diviso in quattro sub-commissioni (medico-scientifica, filosofico-etica, giuridica e infine quella formata di esperti di *Halacha*, il diritto religioso ebraico). Il progetto finale del disegno di legge fu presentato al Ministro della salute nel 2002, in seguito a un approfondito lavoro basato sul dialogo e la discussione fra tutti i membri del comitato, teso a raggiungere il maggior livello di consenso e condivisione possibile. Il Governo accettò il disegno di legge nel 2004 e, infine, il Parlamento nel dicembre 2005 varò il *Dying Patient Act*, entrato in vigore nel gennaio 2006. La legge ha come scopo precipuo quello di operare un bilanciamento tra il valore della vita e il principio di autodeterminazione, al fine di tracciare un confine tra il prolungamento della vita umana e il risparmio di inutili e insopportabili sofferenze per i pazienti. In termini generali, si può dire che la legge israeliana, basata sulla previsione di un'articolata procedura che deve essere seguita dai medici che seguono i pazienti terminali e sull'enucleazione dei principi e dei valori coinvolti nelle decisioni di fine vita e sulla loro problematicità, sia riuscita nell'intento di raggiungere un'ampia condivisione e un largo consenso, tali da mettere d'accordo le varie componenti dell'ordinamento giuridico⁵⁶. Lo Stato d'Israele, negli ultimi tempi, sta affrontando più di un dibattito in materia di bioetica, dal fine vita, all'utilizzo delle cellule staminali, dalla procreazione medicalmente assistita, alla genetica; è palese lo scontro tra valori tradizionali e religiosi, e interessi statali. L'approccio utilizzato per svolgere il dibattito e giungere a soluzioni giuridiche, come nel caso del *Dying Patient Act*, dimostra la volontà e il tentativo di fondere valori talora anche antitetici per giungere a soluzioni che rispecchino il pluralismo dello Stato⁵⁷.

Per quanto attiene alla giurisprudenza costituzionale statunitense, il concetto di dignità umana è stato utilizzato dai giudici per fondare le loro decisioni, nonostante esso non sia espressamente previsto dalla Costituzione e nonostante la cultura giuridica statunitense, a detta di molti, non guardi al concetto con gli stessi occhi di un europeo⁵⁸. In riferimento alle questioni di cui si occupa il biodiritto, la Corte Suprema ha utilizzato la dignità umana per sottolineare e rafforzare la possibilità per un individuo di autodeterminarsi nel fine vita, facendo derivare il principio dalla *Due Process* e dalla *Equal Protection Clause* del XIV emendamento⁵⁹.

Inoltre, un radicato impiego della dignità umana può essere ritrovato anche nella giurisprudenza sulla *privacy* e la vita matrimoniale, le scelte contraccettive e l'aborto. Ancora una volta, esso è

⁵⁶ La descrizione del procedimento di adozione della legge si può leggere in A. Steinberg, C.L. Sprung, *The dying patient: New Israeli legislation*, in *Intensive Care Medicine*, Vol. 32, Nr. 8, 2006, pp. 1234 ss.

⁵⁷ Sulle stesse conclusioni anche M.L. Gross, V. Ravitsky, *Israel: bioethics in a Jewish-democratic State*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 12, 2003, pp. 247 ss. Cfr. anche A. Shapira, *Legge e Bioetica in Israele tra valori etici liberali e norme ebraiche religiose*, in *Politica del Diritto*, n. 2, 2003, pp. 311 ss.; M. Rabello, *La Bioetica nella religione ebraica*, relazione tenuta al convegno *Bioetica e confessioni religiose*, Trento, 12 maggio 2006, disponibile all'indirizzo internet <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2006/0512/home.html>.

⁵⁸ Cfr. E.J. Eberle, *Dignity and liberty*, cit.

⁵⁹ La classificazione dei possibili impieghi della dignità umana nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense è proposta da M.D. Goodman, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional jurisprudence*, in *Nebraska Law Review*, 84, 2006, pp. 740 ss.

posto in relazione con la *Due Process Clause* del XIV emendamento: nella fitta lista di casi in materia, è opportuno menzionare la nota decisione *Casey* del 1992⁶⁰, nella quale, la Corte definisce il diritto di abortire di una donna come una libertà individuale collegata, appunto, al XIV emendamento ed evidenzia come scelte di tal fatta siano centrali per la dignità e l'autonomia dell'individuo. Proprio il collegamento tra l'autodeterminazione della donna nella scelta procreativa, la sua libertà individuale e la dignità umana costituisce l'elemento che differenzia la sentenza *Casey* dalle precedenti in materia di interruzione di gravidanza e che proclama con maggiore forza il diritto all'aborto, tanto da essere riproposto nelle più recenti decisioni analoghe: il caso di *Stenberg v. Carhart* del 2000⁶¹, sull'illegittimità costituzionale di una legge del Nebraska che prevedeva una sanzione penale per il cosiddetto *partial abortion*⁶². Nella decisione si legge che prevedere una sanzione penale per questa procedura abortiva avrebbe costretto le donne a provare una privazione della loro dignità umana, vista la notevole riduzione della loro libertà e autodeterminazione⁶³. Nella recente pronuncia *Gonzales v. Carhart*⁶⁴, sulla legittimità della legge federale che prevedeva una sanzione penale per il cosiddetto aborto tardivo⁶⁵, confermandone la costituzionalità, la Corte porta alla luce l'esistenza di un interesse statale alla protezione del nascituro⁶⁶. I giudici si richiamano alla precedente giurisprudenza della Corte Suprema in tema di aborto, in particolare ai principi stabiliti in *Roe* e in *Casey*: in primo luogo, si conferma come la libertà della donna di scegliere se sottoporsi a un'interruzione di gravidanza, prima che il feto sia *viable*, spetti ad ella solamente, in relazione alla sua autodeterminazione, senza alcuna possibilità di intervento statale fino al primo trimestre di gestazione; in secondo luogo, si sostiene che lo Stato può limitare la possibilità di abortire, dopo la "vitalità" del feto, solamente prevedendo al contempo l'eccezione della necessità di tutelare la vita o la salute della madre medesima; infine, lo Stato ha un *legitimate interest* dall'inizio della gravidanza a proteggere sia la salute della donna, sia la vita del feto, che potrà venire al mondo ed essere persona.

La Corte decide di rigettare le istanze di incostituzionalità del *Partial Abortion Act*, sostenendo che la legge né proibiva le "tradizionali" tecniche abortive, riconosciute costituzionali e conformi ai diritti della donna alla *privacy* e autodeterminazione (concretizzazione della sua dignità umana), né imponeva un *undue burden*, un peso troppo eccessivo nel vietare siffatta tecnica, sancendo espressamente la legittimità di tutte le altre. Esso nemmeno era in sé vago o indefinito, vietando solamente una determinata procedura medica di interruzione della gravidanza, considerata peraltro lesiva della dignità del nascituro, e non ponendo, dunque, alcun tipo di ostacolo all'ottenimento di un aborto cosiddetto tardivo, ovvero oltre la *viability* del feto. Un rilievo da muovere alla decisione riguarda l'approccio "emotivo" alla questione da parte dei giudici: il trattare di un feto, estratto vivente dal corpo della madre e privato delle funzioni vitali in modo tanto cruento, non è

⁶⁰ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey* 505 US 833 (1992).

⁶¹ *Stenberg v. Carhart* 530 U.S. 914 (2000).

⁶² Si tratta di una particolare procedura abortiva, svolta chirurgicamente, in uno stadio della gestazione più avanzato rispetto al primo trimestre (in genere nel secondo trimestre, tra la diciottesima e la ventiseiesima settimana), periodo in cui comunemente si pratica l'interruzione di gravidanza.

⁶³ Cfr. M.D. Goodman, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional jurisprudence*, cit., p. 761.

⁶⁴ *Gonzales v. Carhart*, 127 S. Ct. 1610 (2007).

⁶⁵ L'atto in questione è il *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003*, il quale vieta un modo di interrompere la vita del feto agli ultimi stadi della gravidanza.

⁶⁶ *Gonzales v. Carhart*, 127 S. Ct. 1610 (2007).

sicuramente rimasto loro indifferente nel momento in cui hanno scelto di confermare la costituzionalità della Legge Federale che proibiva tale tecnica⁶⁷.

Un approccio differente, invece, è stato scelto dai giudici costituzionali tedeschi, i quali hanno collegato la dignità umana, in sé non bilanciabile e incomprimibile, alla necessità di garantire tutela e protezione al feto: il Tribunale federale ha preferito leggere la dignità umana come dovere dello stato di proteggere e tutelare la vita del feto e ha confermato questa visione anche in una sentenza più recente, del 1993, ribadendo che la tutela della vita umana, anche quella prenatale, è un dovere costituzionale dello Stato, alla luce della dignità umana⁶⁸.

Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale italiana, il discorso sulla dignità umana trova ampia applicazione nelle tematiche di fine vita: esso è stato correlato al rifiuto dei trattamenti medici, muovendo dal secondo comma dell'articolo 32 Cost, ma facendo riferimento anche agli artt. 2 e 13 (Corte cost. sent. 438 del 2008)⁶⁹. La recente sentenza della Cassazione civile sul caso Englaro (n. 21748 del 16.10.2007), stabilendo i casi in cui il giudice, su richiesta del tutore di un paziente incapace e in stato vegetativo persistente, può autorizzare l'interruzione di nutrizione e idratazione artificiale, vede l'autodeterminazione, diretta proiezione della dignità umana, come un diritto non assoluto, bensì limitato dalla tutela che lo Stato vuole offrire ai soggetti deboli⁷⁰.

Restando nel contesto italiano, il principio di dignità umana, quando invocato in riferimento alla tutela del diritto alla salute, costituisce un limite invalicabile nel bilanciamento tra gli interessi della collettività e le pretese individuali. L'art. 32 della Costituzione, nel prevedere vi possano essere trattamenti sanitari obbligatori per legge, impone al contempo che essi non possano violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana: anche quando l'interesse pubblico giunge al suo massimo grado di intensità, comunque il nucleo essenziale della dignità umana deve rimanere intatto. Da ciò, è stato elaborato in via giurisprudenziale il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute, il quale trova fra i propri fondamenti proprio la dignità umana (Corte cost., sent. 218 del 1994)⁷¹.

Inoltre, in tema di livelli essenziali delle prestazioni, la Corte costituzionale italiana fissa il punto fermo intorno al quale far ruotare il bilanciamento tra il diritto alle prestazioni sanitarie del singolo e la limitatezza delle risorse pubbliche nel nucleo irriducibile del diritto alla salute, protetto dalla

⁶⁷ Alcuni spunti critici sulla sentenza in esame possono essere trovati in R. Rao, *Property Privacy and other legal constructions of the embryo*, relazione tenuta al convegno *Forum di Biodiritto*, Trento, 28-29 maggio 2008, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, *Forum biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, 141.

⁶⁸ La prima e più celebre sentenza del Tribunal costituzionale Tedesco sull'aborto è BVerfGE 25 febbraio 1975, 39,1 e la più recente è BVerfGE 28 marzo 1993, 2/90; sul tema si può leggere M. D'Amico, *Donna e Aborto nella Germania Riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994; M. Panebianco, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e Società*, n. 2, 2006, pp. 151 ss. Sull'impiego del concetto di dignità umana nella prima sentenza sull'aborto: D. Schefold, *Il rispetto della dignità umana nella Giurisprudenza Costituzionale tedesca*, in F. Cerrone, M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio, profilo intellettuale di un Giurista*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 623 – 647; N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, in *Columbia Journal of European Law*, 14, 2008, pp. 202 ss.

⁶⁹ Corte Cost., sent. 438/2008, in cui il richiamo alla dignità non è operato dalla Corte, bensì dalla Regione, la quale rileva che «principi fondamentali in materia di tutela della salute sono quelli “improntati all'attuazione di indirizzi di qualità delle prestazioni sanitarie che soddisfino i requisiti di efficacia ed appropriatezza delle prestazioni nell'effettivo rispetto della dignità e della libertà della persona umana”». Sul punto, a titolo d'esempio: F. Corvaja, *Principi costituzionali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, 638; R. Balduzzi, D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4953.

⁷⁰ Gli interventi dottrinali sul caso Englaro sono ormai sterminati. Per quanto più strettamente riguarda la sentenza della Cassazione, si può leggere, *inter multis*: P. Veronesi, *Il Corpo e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2007; C. Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2008, pp. 545 ss.

⁷¹ Corte cost., sent. 218 del 1994, su cui C. Casonato, *Aids e diritto: un nuovo equilibrio?*, in *Sanità Pubblica*, n. 8/9, 1994, pp. 905 ss. Cfr. inoltre la sentenza della Corte costituzionale 509 del 2000, cit. *infra* alla nota successiva.

Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana (Corte Cost., sent. 509 del 2000), la quale non viene richiamata in quanto uno degli interessi in conflitto nel giudizio di bilanciamento, quanto piuttosto quale punto fermo e intangibile, intorno cui rinvenire e fissare un equilibrio costituzionale che sia sostenibile⁷².

Vi sono altri settori in cui il concetto di dignità è stato variamente invocato in alcuni ordinamenti significativi: fra questi, ad esempio, si possono citare i dibattiti relativi alle azioni giudiziarie denominate *wrongful birth* e *wrongful life* (ad esempio, Francia, Germania, Stati Uniti). Con tali definizioni, si indicano le azioni volte ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti da errori di natura medica (ad esempio diagnosi errate in relazione possibili patologie del nascituro), con riferimento ad una nascita che, se le informazioni fossero state corrette, sarebbe potuta non intervenire. La differenza risiede nei soggetti attivi dell'azione che in un caso viene presentata dai genitori (*wrongful birth*) e nell'altro dal soggetto stesso (*wrongful life*): in entrambi i casi affiora il concetto di "risarcibilità dell'esistenza", recando con sé una serie di implicazioni di natura giuridica ed etica, con un frequente richiamo al concetto di dignità umana⁷³.

Nello stesso senso, possono essere citati i dibattiti relativi alle condizioni di legittimità dell'interruzione volontaria di gravidanza (Germania, Italia, Francia), o alla brevettabilità della procedura di mappatura del genoma umano (UE): anche in questi casi, infatti, il medesimo principio la dignità, è stato invocato a sostegno di posizioni divergenti, quando non opposte.

In tutti i settori, in ogni caso, si assiste alla individuazione di un concetto perlomeno *plurale* di dignità umana, la cui natura, il cui contenuto e destinatari differiscono – come si è visto – a seconda di variabili giuridiche e culturali difficilmente riconducibili alle categorie e famiglie giuridiche tradizionali⁷⁴.

Anche il diritto internazionale e quello comunitario si prestano ad una individuazione della dignità in termini plurali; ne sono un esempio, su gradi diversi, la Convenzione di Oviedo, che in larga parte è frutto di un compromesso tra ordinamenti tra loro assai distanti, o ancora il caso *Vo v. France*⁷⁵, Appl. n. 53924/00 dell'8 luglio 2004, in cui si la Corte EDU ritenuto opportuno lasciare al

⁷² Si veda A. Pirozzoli, *Il valore costituzionale della dignità umana*, Aracne, Roma, 2007, p. 112. Cfr. inoltre Corte cost., sentenza 509 del 2000 cit.: «(...). D'altra parte, il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute "è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne da attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti" Bilanciamento che, tra l'altro, deve tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, restando salvo, in ogni caso, quel "nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (...), il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto».

⁷³ In generale, sul dibattito in merito a questo tipo di azioni, cfr. ad es. M.A. Berenson, *The wrongful life claim – the legal dilemma of existence versus nonexistence: "to be or not to be"*, in *Tulane Law Review*, 1990, 64, 895; M. B. Sullivan, *Wrongful Birth and Wrongful Conception: A Parent's Need for a Cause of Action*, in *Journal of Law and Health*, 2000-2001, pp. 105 ss; P. Bernstein, *Fitting a Square Peg in a Round Hole: Why Traditional Tort Principles Do Not Apply to Wrongful Birth Actions*, in *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, 2001, pp. 297 ss.; C. Piciocchi, *Il "Diritto a non nascere": verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2001, pp. 677 ss.

⁷⁴ Un esempio in tal senso può essere costituito dalla differente applicazione della dignità umana da parte della Corte costituzionale colombiana (sent. 239/1997) e da parte della Corte suprema statunitense, nei citati casi *Washington v. Glucksberg* e *Vacco v. Quill*, oppure dalla prospettiva israeliana (cfr. *supra*).

⁷⁵ La Corte ha infatti affermato che, pur non essendo presente nella CEDU un richiamo diretto alla dignità umana, è opportuno comprendere se nella tutela del diritto alla vita prevista dalla Convenzione rientrano anche il feto e l'embrione, ovvero se il nascituro sia da considerare persona ai sensi dell'articolo 2. I Giudici osservano che fra gli Stati parte della Convenzione non esiste al momento attuale un accordo circa lo *status* e la natura dell'embrione, salvo l'accordo nel riconoscerlo come appartenente alla specie umana. Il fatto che sia una persona in potenza determina la necessità di prevedere una tutela per il nascituro in nome della dignità umana, senza però farne una persona a tutti gli

marginale d'apprezzamento degli Stati la valutazione circa il momento d'inizio della vita, ovvero il caso Omega, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* del 14 ottobre 2004 in cui la Corte di giustizia rimette alla definizione degli Stati membri, la tutela concreta della dignità (nel caso di specie, attraverso il riferimento al concetto di "ordine pubblico")⁷⁶.

E un'opera di generale avvicinamento potrà forse essere svolta dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dalla giurisprudenza che si potrà formare intorno al capo I (artt. 2-5) che espressamente si rivolge alla "Dignità".

Le riflessioni fin qui svolte permettono di mettere in evidenza, in linea generale, aspetti problematici e criticità: il pericolo dell'utilizzo della dignità umana sta nel fatto che essa conduca a perdere di vista quale sia il bene giuridico realmente meritevole di tutela, da essa rappresentato. Sicuramente la dignità umana è meritevole di attenzione e garanzia. Questo è auto evidente, stante il consenso largamente diffuso sulla sua importanza e sul fatto che sia fondamentale garantire ad essa protezione. È però opportuno tenere in considerazione il fatto che talora essa è confusa o scambiata con il reale e concreto bene giuridico meritevole di tutela⁷⁷, poiché, essa si configura come concetto plasmabile a seconda della situazione o del diritto che ci si propone da tutelare: è questo il rischio, o meglio, il "potenziale esplosivo" che essa reca con sé. Per tale ragione è d'uopo richiamarsi alla dignità umana misuratamente e, soprattutto, con la cognizione e la consapevolezza dell'importanza e delle implicazioni del concetto⁷⁸.

Nel momento in cui passi in secondo piano l'effettiva ragione per la quale si è ricorsi alla dignità umana il richiamo diviene rischioso: la dignità diviene un bene-ricettacolo, un concetto giuridico "contenitore". Intorno ad esso paiono poter ruotare tutte le istanze e tutte le reazioni, non necessariamente giuridiche, ma dovute al panico e alla paura dinanzi alle potenzialità di ciò che è "nuovo" e "sconosciuto". Pare quasi che la dignità possa rivestire un ruolo unico, che non può essere egualmente ricoperto dai diritti fondamentali: attraverso il richiamo esplicito alla dignità umana, sembra che diventi possibile garantire una tutela superiore rispetto a quella che si garantirebbe facendo riferimento, per esempio, all'integrità fisica, all'autodeterminazione, ecc. Dimostrazione di ciò è il dibattito intorno alla disciplina delle innovazioni biotecnologiche e, per esempio, della genetica⁷⁹.

Un ulteriore profilo problematico della dignità umana, quando inserita nel dibattito giuridico su questioni etiche, concerne la duttilità del concetto: come già anticipato, essa può fungere da valido fondamento per sostenere tesi tra loro opposte. I poli del dibattito, perciò, si cristallizzano e restano

effetti, ai sensi dell'art. 2. Da un lato, dunque, si riscontra l'oggettiva impossibilità di attribuire all'embrione le tutele del secondo articolo della Convenzione, poiché ciò si porrebbe in contrasto con le normative nazionali sull'interruzione di gravidanza; dall'altro lato si riconosce anche l'opportunità di garantire una tutela di qualche tipo all'embrione. Ciò giustifica il richiamo alla dignità umana, pur non espressamente previsto dalla Convenzione.

⁷⁶ Cfr. M.E. Gennusa, *La Dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2005, pp. 174 ss.

⁷⁷ Come per esempio nel caso *Omega*, nel quale la Corte di Giustizia fa riferimento alla tutela della dignità umana, quando invece il bene in quel momento in gioco è l'ordine pubblico.

⁷⁸ Cfr. D. Schefold, *Il rispetto della dignità umana nella Giurisprudenza Costituzionale tedesca*, in F. Cerrone, M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio, profilo intellettuale di un Giurista*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 623 ss.

⁷⁹ Su questo si veda G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 558 ss.; così anche D. Schefold, *Il rispetto della dignità umana nella Giurisprudenza Costituzionale tedesca*, in F. Cerrone, M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio, profilo intellettuale di un Giurista*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 623 – 647; D. Schefold, *La dignità umana*, seminario tenuto nel corso *I diritti fondamentali e le Corti in Europa* coordinato da Sergio Panunzio, Roma, 11 aprile 2003, in *Osservatorio costituzionale*, (resoconto a cura di A. Buratti, E. Canitano), reperibile all'indirizzo internet <http://www.luiss.it/semcost/index.html?dirittifondamentali/programma.html~right>.

fermi sulle loro posizioni originarie, irrigidite dal ricorso al un concetto che, paradossalmente, è richiamato in termini assoluti proprio perché duttile e plasmabile. Così inteso, il principio di dignità assume una fisionomia assoluta ed unitaria che non tollera differenziazioni, pena la sua stessa negazione. In tal modo, però, si estende la tutela del nucleo essenziale in cui si esprime l'essenza stessa della persona umana e in cui, di conseguenza, si impone un concetto oggettivo di dignità, ad ambiti ulteriori in cui l'individuo esprime se stesso proprio attraverso la libera scelta sulla sua propria concezione di dignità. In questa seconda dimensione, la dignità si confronta con il pluralismo, trovando in esso non la propria negazione ma, all'opposto, la sua stessa definizione. Nonostante la presenza di profili sicuramente problematici e le difficoltà che il richiamo a un concetto tanto vago ed ampio può comportare, rimane sullo sfondo la profonda utilità del principio di dignità umana. Pur essendo spesso "affossata" dalla sua stessa ambiguità, essa ha in sé un ampio potenziale riferibile alla garanzia del pluralismo⁸⁰. La dignità è in grado di "contenere" in sé posizioni tra loro antitetiche, delle quali nessuna è più degna di prevalere sull'altra, ma che sono entrambe meritevoli di ottenere lo stesso spazio e lo stesso peso, senza soccombere l'una all'altra. Con questo s'intende il fatto che, sotto "l'ombrello" della dignità umana, vengono ricomprese sia la visione secondo cui essa va garantita anche al di là o addirittura contro la volontà del soggetto titolare, sia la posizione che legge la dignità in termini di autodeterminazione, garantendo la libertà di scelta dell'individuo nelle decisioni di fine vita. La dignità permette di rappresentare validamente molte istanze anche contrapposte del dibattito bioetico e biogiuridico, se sapientemente e cautamente utilizzata e richiamata.

5. Il trattamento dei dati genetici

Con riferimento all'ambito della genetica umana è impossibile prescindere dalla considerazione del fatto che solo di recente tale scienza ha subito tangibili progressi, andando a costituire uno dei punti focali del dibattito scientifico. La novità di tale area di ricerca e l'incapacità di interpretare compiutamente i risultati ottenuti dallo svolgimento di test genetici sono le cause che determinano il carattere non consolidato della riflessione giuridica (in particolar modo in Italia)⁸¹ e la conseguente attuale impossibilità di formulare univoche valutazioni circa l'affermarsi di fenomeni di circolazione dei modelli. Ciò nondimeno, è comunque possibile abbozzare una sommaria analisi relativa allo sviluppo di alcune linee condivise e di tendenze divergenti all'interno dei diversi ordinamenti.

In primo luogo, soprattutto dopo il 2003, a seguito della conclusione dello *Human Genome Project*⁸², che ha condotto ad una mappatura completa del genoma umano e che ha evidenziato, in maniera forse anche prematura, le potenzialità ad esso connesse, si è manifestata, a molteplici livelli, una comune *esigenza di regolamentare* il trattamento dei dati genetici, tanto da parte di soggetti pubblici, quanto ad opera di soggetti privati. Questa diffusa esigenza può essere compresa facendo riferimento a due ordini di considerazioni: da un lato, si rileva che l'opinione pubblica, a causa di alcune caratteristiche peculiari delle informazioni genetiche, ha percepito in maniera particolarmente acuta i rischi collegati all'impiego e alla diffusione di tali dati; in secondo luogo, le

⁸⁰ Circa la dignità umana capace di ricondurre a costruzioni pluralistiche, si veda G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 560.

⁸¹ In generale, circa l'impatto del trattamento dei dati genetici sui diritti fondamentali, si veda E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali: profili di diritto comparato ed europeo*, Cedam, Padova, 2008.

⁸² Tutte le informazioni sul progetto sono reperibili sul sito <http://www.genome.gov/10001772>.

problematiche emerse a livello di tutela dei diritti fondamentali si sono poste trasversalmente, andando a coinvolgere numerosi settori del diritto⁸³.

Nel corso degli ultimi anni si è dunque assistito, in ambito internazionale, in ambito europeo e in seno a numerosissimi ordinamenti nazionali, ad una proliferazione di dichiarazioni e di documenti, dotati di diversa efficacia normativa, a tutela e a regolamentazione della raccolta e dell'utilizzo dei dati genetici. Per citare alcuni importanti esempi, si pensi alla *International Declaration on Human Genetic Data*⁸⁴, adottata dall'Unesco nel 2003 o al *Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Oviedo relativo a test genetici per la salute (scopi)*⁸⁵ del 2008 o, internamente all'Unione, alle *25 Raccomandazioni della Commissione europea concernenti le implicazioni etiche, giuridiche e sociali dei test genetici*⁸⁶ del 2004.

Strettamente collegata all'esigenza di regolamentazione appena descritta, è un'altra caratteristica comune alla maggior parte degli ordinamenti: quella di considerare le informazioni genetiche come una categoria connotata da specifiche peculiarità, che ne hanno reso necessario l'inquadramento al di fuori della classica famiglia dei c.d. "dati sensibili". Da questo approccio, noto come *genetic exceptionalism*⁸⁷, fondato sulla attitudine predittiva delle informazioni genetiche, sulla loro immodificabilità, sulla loro forza stigmatizzante, sul carattere "ultra-individuale" della loro rilevanza e sulla loro capacità di andare a condizionare anche le generazioni future, è derivata la configurazione di diversi strumenti volti ad assicurare una specifica protezione dei diritti fondamentali e degli interessi rilevanti.

La scelta di alcuni paesi è stata quella di adottare normative *ad hoc*: si pensi così al *Genetic Information Nondiscrimination Act*⁸⁸ negli Stati Uniti, alla recente *Gendiagnostikgesetz*⁸⁹ in Germania e alla Legge federale svizzera sugli esami genetici sull'essere umano⁹⁰. In altri stati, invece, si è optato per una scelta di segno differente, privilegiando atti di carattere amministrativo: così in Italia, dove il d. lgs. 196/2003, il Codice in materia di protezione dei dati personali, ha delegato l'individuazione delle regole per il trattamento dei dati genetici all'autorizzazione emanata

⁸³ Così, lo svolgimento di indagini sul DNA umano ha imposto approfondite riflessioni circa i confini tradizionali del diritto alla privacy, la configurazione del rapporto fra medico e paziente, le possibili ripercussioni in campo occupazionale e assicurativo e circa problematiche di diritto penale, tanto dal punto di vista procedurale, quanto dal punto di vista sostanziale, fino a sollevare spinose questioni relative alla brevettabilità e al diritto di proprietà.

⁸⁴ Reperibile sul sito dell'Unesco, all'indirizzo

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁸⁵ Protocollo sottoscritto il 27 novembre 2008, reperibile, in lingua inglese, in www.conventions.coe.int.

⁸⁶ Il documento può essere scaricato all'indirizzo web

http://ec.europa.eu/research/conferences/2004/genetic/pdf/recommendations_it.pdf.

⁸⁷ Questa espressione è il risultato della trasposizione in ambito genetico del neologismo coniato da R. Bayer in riferimento alle particolari problematiche mediche emergenti in materia di HIV e alla necessità di intervenire in maniera specifica su di esse: R. BAYER, *Public Health Policy and the AIDS Epidemic: An End to HIV Exceptionalism?*, in *New England Journal of Medicine*, 324, 1991, pp. 1500-04. Si può qui solo accennare al fatto che tale impostazione è apertamente criticata da coloro che ritengono la collocazione delle informazioni genetiche all'interno del novero dei c.d. "dati sensibili" di per sé sufficiente a garantire la protezione dei diritti coinvolti. Così, lo stesso T.H. Murray, il primo ad utilizzare la locuzione "genetic exceptionalism" per indicare «the claim that there is something so unique about genetics that it merits special legislation», ne espone tutte le criticità in T.H. MURRAY, *Genetic Exceptionalism and "Future Diaries": Is Genetic Information Different From Other Medical Information?*, in M. ROTHSTEIN (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, Yale University Press, Londra, 1997.

⁸⁸ L'atto è diventato legge federale il 21 maggio 2008, dopo un lungo ed articolato dibattito. La parte relativa alle assicurazioni è entrata in vigore il 21 maggio 2009 (*Title I – Genetic Nondiscrimination in Health Insurance*) e quella relativa ai lavoratori il 21 novembre 2009 (*Title II – Prohibiting Employment Discrimination on the Basis of Genetic Information*). Ulteriori informazioni sono disponibili sul sito <http://www.genome.gov>.

⁸⁹ Il testo è stato approvato il 24 aprile 2009 dal *Bundestag* tedesco ed entrerà in vigore il 1 febbraio 2010, anche se talune sue parti sono valide già a partire dal 1 agosto 2009.

⁹⁰ Legge federale svizzera sugli esami genetici sull'essere umano dell'8 ottobre 2004 (Stato 1 aprile 2007).

dall'Autorità garante⁹¹. Diversamente ancora, nel Regno Unito, in assenza di normative specifiche, numerosi sono gli organi che variamente contribuiscono alla configurazione del *regulatory framework* delle informazioni genetiche⁹². Particolare è l'opzione adottata dall'ordinamento greco che, con una modifica del 2001, ha elevato a rango costituzionale un c.d. "diritto all'identità genetica"⁹³. Anche il testo della Costituzione federale della Svizzera, all'art. 119, si occupa di medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano, attribuendo alla Confederazione il compito di emanare « prescrizioni sull'impiego del patrimonio germinale e genetico umano», nel rispetto di alcuni principi fondamentali⁹⁴.

La comparazione mette in luce, quindi, la peculiarità della scelta effettuata dall'ordinamento italiano che adotta un approccio diverso rispetto a quello prevalente in altri ambiti del biodiritto, regolamentati mediante normative particolarmente restrittive⁹⁵.

Dal punto di vista contenutistico, diverse, per il momento, risultano anche le opzioni relative all'individuazione dell'ambito all'interno del quale vengono a porsi le disposizioni volte a garantire un corretto impiego delle informazioni genetiche. In questo senso, pur considerando le numerose interrelazioni esistenti fra la tutela delle proprie informazioni e i rischi di discriminazione e stigmatizzazione, è possibile rilevare una distinzione fra il modello adottato negli Stati Uniti e quelli prevalenti in ambito europeo. Nel primo caso, le caratteristiche proprie del sistema assicurativo hanno reso predominante, seppure non esclusiva, una *tutela di tipo antidiscriminatorio*, concretizzatasi con l'approvazione, nel maggio 2008, del *Genetic Information Nondiscrimination Act*⁹⁶, che si prefigge l'obiettivo di proibire ai datori di lavoro e alle compagnie assicurative di utilizzare scorrettamente le informazioni genetiche. Il fine ultimo è quello di evitare che, a causa di eventuali ripercussioni in questi ambiti cruciali, gli individui possano dissuadersi dall'intenzione di sottoporsi ad analisi cliniche di carattere genetico.

⁹¹ L'art 90 del d. lgs. 196/2003 prevede che «(i)l trattamento dei dati genetici da chiunque effettuato è consentito nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante sentito il Ministro della salute, che acquisisce, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di sanità». Proprio su tale base, il 22 febbraio 2007, il Garante per la protezione dei dati personali ha rilasciato un'apposita Autorizzazione al trattamento dei dati genetici. Sul sito del Garante il testo completo dell'autorizzazione: <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1389918>.

⁹² A titolo esemplificativo: la *Human Genetics Commission*, il *Medical Research Council (MRC)*, il *Nuffield Council on Bioethics*, il *Wellcome Trust*, ecc. Una panoramica più ampia dei soggetti coinvolti su http://www.hgc.gov.uk/Client/Content_wide.asp?ContentId=53.

⁹³ L'art. 5.5. della Costituzione greca prevede che «(a)ll persons have the right to the protection of their health and of their genetic identity. Matters relating to the protection of every person against biomedical interventions shall be specified by law». Per un approfondimento, cfr. M. CANELLOPOULOU-BOTTIS, *The Implementation of the European Directive 95/46/EC in Greece and Medical/Genetic Data*, in *European Journal of Health Law*, Vol. 9, N. 3, 2002, pp. 207-218.

⁹⁴ In particolare, il capoverso 2 dell'art. 119 della Costituzione svizzera afferma che: «La Confederazione emana prescrizioni sull'impiego del patrimonio germinale e genetico umano. In tale ambito provvede a tutelare la dignità umana, la personalità e la famiglia e si attiene in particolare ai principi seguenti: a. tutti i tipi di clonazione e gli interventi nel patrimonio genetico di cellule germinali e embrioni umani sono inammissibili; b. il patrimonio germinale e genetico non umano non può essere trasferito nel patrimonio genetico umano né fuso con quest'ultimo; c. le tecniche di procreazione assistita possono essere applicate solo quando non vi sono altri modi per curare l'infertilità o per ovviare al pericolo di trasmissione di malattie gravi, non però per preformare determinati caratteri nel nascituro o a fini di ricerca; la fecondazione di oociti umani fuori del corpo della donna è permessa solo alle condizioni stabilite dalla legge; fuori del corpo della donna possono essere sviluppati in embrioni solo tanti oociti umani quanti se ne possono trapiantare immediatamente; d. la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità sostitutiva sono inammissibili; e. non può essere fatto commercio di patrimonio germinale umano né di prodotti da embrioni; f. il patrimonio genetico di una persona può essere analizzato, registrato o rivelato soltanto con il suo consenso o in base a una prescrizione legale; g. ognuno ha accesso ai suoi dati genetici».

⁹⁵ Si faccia riferimento, ad esempio, al precedente paragrafo sull'inizio vita.

⁹⁶ Cfr. *supra*.

I timori connessi ai rischi derivanti dalla diffusione delle informazioni genetiche trovano invece una diversa risposta in ambito europeo. Qui, infatti, sebbene esistano singole disposizioni che vietano, in via generale, le discriminazioni fondate su dati ottenuti mediante la sottoposizione a test genetici⁹⁷, il modello di tutela prevalente è quello della *riservatezza*, piuttosto che quello della non-discriminazione in senso stretto. E' infatti noto che la concezione europea è improntata ad una dimensione prettamente "informazionale" e piuttosto lontana dall'idea americana del "right to be let alone"⁹⁸.

Spostando il punto focale dagli aspetti generali a profili più particolari, si nota il fatto che, in alcuni ordinamenti, l'esperienza delle *biobanche* ha contribuito ad acuire le preoccupazioni relative alla tutela delle informazioni genetiche e ai rischi di violazione dei diritti fondamentali e ad alimentare il dibattito. Si tratta di ampie raccolte di materiali biologici e/o di profili genetici, con finalità piuttosto eterogenee che vanno da quelle di carattere terapeutico, statistico e di ricerca⁹⁹, per giungere al soddisfacimento di esigenze processualistiche e di prevenzione del crimine¹⁰⁰. Tale secondo filone è anche uno degli scopi centrali perseguiti dal c.d. Trattato di Prüm¹⁰¹, concluso fra alcuni Stati europei il 27 maggio 2005 allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale. La legge di autorizzazione all'adesione, per l'Italia, è intervenuta solo nel giugno del 2009 e prevede che anche nel nostro ordinamento vengano istituiti una banca dati nazionale ed un laboratorio centrale di analisi al fine di «facilitare l'identificazione degli autori dei delitti»¹⁰².

In questo ambito specifico, due sono gli aspetti procedurali che possono essere presi in considerazione per valutare il grado di convergenza delle scelte operate.

In primo luogo, con riferimento alle banche dati con finalità terapeutiche e di ricerca, l'attenzione può essere concentrata sulle modalità di *raccolta* dei dati e quindi, in particolare, sulle modalità richieste per la prestazione del *consenso* dei partecipanti alla banca dati. Esempio e particolarmente problematica è, in questo senso, l'esperienza islandese: il progetto di costituzione del *database* è infatti basato su un meccanismo di prestazione implicita del consenso e, sin dalle fasi iniziali, le più acute perplessità erano legate proprio alla vaghezza con la quale venivano indicati i confini temporali e contenutistici all'interno dei quali si poteva configurare, in capo al singolo, un legittimo diritto di esclusione dalla raccolta. In riferimento a tali questioni si è espressa la Corte Suprema islandese, con sent. 151/2003 (caso *Guðmundsdóttir*¹⁰³). La Corte ha accolto il ricorso di

⁹⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea che vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata (...) sulle caratteristiche genetiche».

⁹⁸ Circa i possibili modelli di tutela e le loro interazioni, cfr. G. LAURIE, *Genetic Privacy: a Challenge to Medico-Legal Norms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

⁹⁹ In questo senso si sono orientate, tra le altre, le esperienze dell'Islanda, dell'Estonia, del Québec e della Svezia.

¹⁰⁰ In relazione a questa finalità un esempio paradigmatico è fornito dal *National DNA Database* britannico. Sulle recenti evoluzioni indotte dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cfr. *infra*.

¹⁰¹ Il testo del Trattato, in italiano, in http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/pacchetto_sicurezza/trattato_prum.pdf.

¹⁰² L. n. 85/2009, *Adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prüm). Istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. Delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria. Modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale*, art. 5.

¹⁰³ Un'analisi della sentenza ad opera di R. GERTZ, *An analysis of the Icelandic Supreme Court judgement on the Health Sector Database Act*, (2004) 1:2 *SCRIPTed*, 241, in <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/issue2/iceland.asp>.

una figlia che richiedeva l'esclusione dalla raccolta dei dati genetici del padre defunto, pur in assenza di una specifica previsione nel testo della legge¹⁰⁴ che ha autorizzato la costituzione del *database* e che ha concesso la licenza d'uso dei dati raccolti ad una impresa privata (la *DeCode Genetics*). Quest'ultimo tratto distingue l'esperienza islandese da tutte le altre e ne acuisce i profili di criticità¹⁰⁵.

In altri casi, al contrario, le modalità di partecipazione sono state configurate, *ab origine*, in maniera più compatibile con la tradizionale nozione di consenso. Così, per quanto riguarda il *CARTaGENE Project*¹⁰⁶ in Québec, i soggetti vengono selezionati in maniera casuale e possono scegliere se partecipare o non partecipare all'iniziativa mentre, con riferimento all'*Estonian Genome Project*¹⁰⁷, la partecipazione è fondata su base volontaristica. In quest'ultimo caso è esplicitamente previsto che i soggetti legittimati ad accedere ai dati, per quanto possibile anonimizzati, siano esclusivamente gli esponenti del mondo scientifico e che restino, al contrario, escluse le autorità giudiziarie e di polizia, le compagnie assicurative, le banche, i fondi di previdenza e i datori di lavoro. Permangono in ogni caso seri problemi relativi all'attualità e alla specificità del consenso a fronte della possibilità di svolgimento di svariate tipologie di ricerca. Più attenta a questo tipo di problematiche sembra essere la normativa adottata dalla Svezia che richiede esplicitamente che, nel caso in cui sia ricostruibile l'identità del paziente, questo debba essere informato su ogni singolo progetto in cui siano coinvolti i suoi tessuti e che debba fornire il consenso in relazione a quello specifico impiego¹⁰⁸.

Il secondo aspetto critico riguarda la fase di *conservazione* dei campioni biologici: con riferimento a questo profilo le principali problematiche si sono manifestate nel Regno Unito. In origine era infatti previsto che, nel c.d. *United Kingdom's National DNA Database* (NDNAD), fossero conservati, *ad libitum*, tutti i campioni di DNA raccolti sulle scene dei crimini o prelevati da soggetti anche solo fermati dalle autorità di polizia. Questa impostazione, considerata compatibile con i diritti umani dalla *House of Lords*, è stata di recente censurata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, con la sentenza *S. and Marper v. UK*¹⁰⁹, ha affermato che la conservazione di campioni e profili genetici relativi ad individui non formalmente accusati, o assolti, comporta una violazione dell'art. 8 della Convenzione. La Corte ha quindi sancito la necessità di configurare un corretto bilanciamento fra i vantaggi derivanti dall'impiego di moderne tecniche scientifiche nel campo della giustizia criminale e importanti interessi relativi alla vita privata. E proprio in questo senso sembra che il governo britannico sia intenzionato ad orientarsi¹¹⁰.

¹⁰⁴ Si tratta della legge 139/1998.

¹⁰⁵ A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Cortina, Milano, 2001, pp. 263-271 e, dello stesso Autore, *Diritti dei soggetti, obblighi dei detentori dei dati, regole per la protezione dalla identificabilità personale*, in www.privacy.it.

¹⁰⁶ Tutte le regole relative alla partecipazione al progetto sono reperibili sul sito <http://www.cartagene.qc.ca>.

¹⁰⁷ Le informazioni relative alla prestazione del consenso sono desumibili dalla guida al progetto, presente sul sito http://www.biopark.ee/documents/Estonian_genome_project.pdf.

¹⁰⁸ In Svezia, dal 1 gennaio 2003, è in vigore il c.d. *Biobanks in Medical Care Act* (2002:297). Il Cap. 3 (*Consent and information*), Sez. 5 (*New purpose*) di tale documento, prevede esplicitamente che «tissue samples preserved in a biobank may not be used for other purposes than those indicated in information submitted previously for which consent has been granted. In the event of a new purpose, the person who previously granted consent must be informed about the new purpose and grant new consent». Il testo di legge completo è reperibile in <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/02/31/26/f69e36fd.pdf>.

¹⁰⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, caso *S. and Marper v. the United Kingdom*, 4 dicembre 2008.

¹¹⁰ Recenti dichiarazioni in questo senso in <http://www.homeoffice.gov.uk/about-us/news/dna-response-published>.

Con specifico riferimento alla circolazione dei modelli, è interessante sottolineare il fatto che la Corte, nella sua decisione, abbia fatto riferimento ad una approfondita indagine comparatistica per valutare la legittimità dei limiti imposti alla vita privata¹¹¹.

A dimostrazione del fatto che, spesso, il fenomeno della circolazione coinvolge non solo modelli normativi, ma anche decisioni giurisprudenziali, si può evidenziare il fatto che delle indicazioni della Corte è stato tenuto conto anche nella predisposizione di nuove raccolte di informazioni genetiche in altri ordinamenti. Così, pur rimanendo aperte alcune questioni, in Italia, la citata legge 85/2009, al co. 1 dell'art. 13 prevede che «a seguito di assoluzione con sentenza definitiva, perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non lo ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, è disposta d'ufficio la cancellazione dei profili del DNA acquisiti (...) e la distruzione dei relativi campioni biologici». Il co. 4 dello stesso articolo, inoltre, pone dei termini massimi per la conservazione dei profili genetici e dei campioni biologici¹¹².

Le esperienze sviluppate nel corso degli ultimi anni possono, quindi, costituire un utile punto di riferimento per altri Stati, all'interno dei quali la disciplina in materia di biobanche risulta ancora arretrata, lacunosa o disorganica.

Una pratica strettamente collegata all'ambito dei dati genetici, diversamente regolamentata nei vari ordinamenti, è quella della c.d. *diagnosi genetica preimpianto*, tecnica che permette di compiere analisi sul DNA di embrioni creati in vitro prima del loro trasferimento in utero. In primo luogo è possibile individuare una comune tendenza alla regolamentazione di tale tipo di pratiche¹¹³.

Circa poi l'ammissibilità di interventi di questo genere, gli Stati europei si sono divisi fra approcci particolarmente permissivi e tendenze più o meno restrittive, dando così vita ad un notevole flusso di movimenti transfrontalieri di coppie-pazienti. Fra gli Stati meta del "turismo diagnostico-procreativo", primeggia la Spagna, dove la *Ley 14/2006* afferma esplicitamente che la diagnosi genetica preimpianto è consentita al fine di individuare la presenza di malattie ereditarie gravi o di altre alterazioni che possano compromettere la salute dell'embrione e ammette la possibilità di generare un figlio sano, geneticamente compatibile con un fratello malato, per finalità terapeutiche¹¹⁴. Lo stesso atteggiamento di apertura, seppur diversamente modulato e con alcune differenze, è adottato in Belgio¹¹⁵ e nel Regno Unito, dove, con la modifica dello *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008, si è dato spazio ad uno dei regimi più permissivi in

¹¹¹ Sent. *S. and Marper v. Uk*, paragrafo 112: la Corte afferma che «the strong consensus existing among the Contracting States in this respect is of considerable importance and narrows the margin of appreciation left to the respondent State in the assessment of the permissible limits of the interference with private life in this sphere». Fra gli altri, un commento alla sentenza in L. SCAFFARDI, *Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona*, in www.forumcostituzionale.it.

¹¹² Art. 13, co. 4, l. n. 85/2009: «(...) il profilo del DNA resta inserito nella banca dati nazionale del DNA per i tempi stabiliti nel regolamento d'attuazione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, e comunque non oltre quaranta anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento, e il campione biologico è conservato per i tempi stabiliti nel regolamento di attuazione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, e comunque non oltre venti anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo».

¹¹³ Si faccia riferimento al *Report del Joint Research Centre della Commissione Europea, Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe, 2007*, reperibile in <http://ftp.jrc.es/EURdoc/eur22764en.pdf>.

¹¹⁴ Restano però escluse le indagini volte ad individuare il sesso dell'embrione o mutazioni genetiche legate all'insorgere solo potenziale di malattie.

¹¹⁵ Il titolo VI della legge del 6 luglio 2007 è interamente dedicato alla diagnosi genetica preimpianto e si pone in una prospettiva di apertura ulteriore rispetto al passato, eliminando il precedente requisito dell'autorizzazione da richiedersi al Comitato etico locale.

Europa¹¹⁶. Una scelta di carattere solo parzialmente più restrittivo è stata effettuata in Francia¹¹⁷ e, dopo l'entrata in vigore della citata *Gendiagnostikgesetz*, anche in Germania¹¹⁸.

A seguito del lungo percorso giurisprudenziale, culminato con la pronuncia del Tar Lazio del gennaio 2008 e con l'introduzione delle nuove Linee Guida ministeriali in materia di procreazione medicalmente assistita, e alla luce di alcune indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nel contesto della recente sentenza n. 151 dell'8 maggio 2009¹¹⁹, anche l'Italia sembra poter essere ascritta nel novero degli Stati che ammettono il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto. Forti limitazioni e contraddizioni a livello di sistema, tuttavia, derivano ancora dall'approccio restrittivo imposto dalla legge 40/2004: così, l'accesso a tali tecniche sarà garantito unicamente alle coppie sterili e non anche a quelle a rischio di trasmissione di malattie genetiche¹²⁰.

In un'ottica, invece, completamente opposta rispetto agli ordinamenti sin qui analizzati, si pongono l'Irlanda, l'Austria¹²¹ e la Svizzera¹²², dove le indagini sull'embrione sono sostanzialmente vietate *tout court*.

In conclusione, pur non potendo fare riferimento a veri e propri "modelli" consolidati, poiché come si è visto le opzioni normative sono ancora *in fieri*, l'analisi di soluzioni condivise e di tendenze divergenti, pone in luce profili particolari, tanto in riferimento al contenuto degli strumenti adottati, (che si polarizza, alternativamente, su modelli antidiscriminatori o di protezione della dimensione informazionale), quanto alle fonti coinvolte (si pensi alla peculiarità dell'autorizzazione del Garante italiano). Tali particolari profili risultano, in definitiva, difficilmente riconducibili alle usuali categorie della comparazione nel diritto costituzionale.

6. I rapporti fra diritto e scienza (cenni)

Al fine di fornire tutela ai diritti fondamentali in diverse decisioni di Corti nazionali e sovranazionali sono stati adottati criteri di giudizio particolarmente penetranti, che portano a riflettere, da un lato, sull'esistenza di un livello minimo di garanzia da assicurare a tali situazioni soggettive e, dall'altro lato, conseguentemente, sui limiti della discrezionalità legislativa e sui criteri utilizzabili ai fini del *judicial review of legislation*. Nell'ambito del biodiritto, in particolare, si riscontra l'esistenza di giudizi nei quali si procede ad una sorta di *strict scrutiny* per valutare la ragionevolezza di discipline limitative di diritti della persona (come quello alla salute) per la tutela dei quali la scienza diventa un presupposto imprescindibile, tale da imporsi al legislatore quale indicatore o limite nell'elaborazione delle normative in materia.

Nell'analisi della giurisprudenza delle diverse Corti, i profili su cui si è concentrata l'attenzione hanno avuto a che fare con la possibilità di individuare un *metodo* da adottare nella produzione di

¹¹⁶ Anche in questi ordinamenti, permangono comunque i limiti delle selezioni basate su criteri di natura non medica e sul sesso, se non con riferimento a malattie ad esso legate.

¹¹⁷ Bisogna tuttavia tenere conto del fatto che la legge 2004-800 del 6 agosto 2004 in materia di bioetica è sottoposta a scrutinio da parte del Parlamento francese, al fine di vagliarne la rispondenza alle continue evoluzioni sociali e scientifiche.

¹¹⁸ Prima dell'approvazione della nuova normativa, la diagnosi genetica preimpianto era stata considerata sostanzialmente incompatibile con la *Embryonenschutzgesetz* del 13 dicembre 1990 e i medici non vi avevano mai fatto ricorso.

¹¹⁹ Si tratta della nota sentenza con la quale la Consulta ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dei co. 2 e 3 dell'art. 14 della l. n. 40/2004.

¹²⁰ Cfr. *supra*, il paragrafo relativo all'inizio vita.

¹²¹ Desumibile in via interpretativa dalla *Fortpflanzungsmedizingesetz* del 1992.

¹²² Qui il divieto è esplicitamente posto dall'art. 5, co.3 della Legge sulla medicina della procreazione del 1998.

norme giuridiche in contesti strettamente collegati all'ambito tecnico-scientifico; metodo potenzialmente soggetto ad un *controllo* di costituzionalità.

Al riguardo, si è individuato il dato scientifico in termini di *limite* diffuso e comunemente accettato alla discrezionalità politica.

In Italia, già con le sentt. della Corte cost. n. 282 del 2002 e 338 del 2003, recentemente confermate dalla n. 151 del 2009, si è affermato il principio secondo cui va «posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali».

In senso analogo, si è espressa la Corte Suprema Statunitense: nella pronuncia *Stenberg v. Carhart* (530 U.S. 914 del 2000) viene giudicata incostituzionale (per l'insufficiente tutela che la disciplina forniva alla salute della donna) la normativa adottata dallo Stato del Nebraska nel 1998, che vietava il *partial birth abortion*, essendo il pericolo di vita della gestante l'unica eccezione prevista al divieto e non anche l'eventualità di rischi per la sua salute. Secondo la Corte Suprema il divieto sarebbe illegittimo a fronte di una divergenza di opinioni in campo medico (risultante da un'istruttoria effettuata direttamente dalla Corte) sul minor rischio per la salute della donna derivante da tale procedura abortiva. Il principio ricavabile dalla pronuncia in questione, che parrebbe estendibile a qualsiasi trattamento terapeutico, sembra quindi prospettare l'esistenza di un limite alla discrezionalità legislativa a fronte di un'incertezza scientifica che riguardi la possibilità non di un rischio, ma di un beneficio per la salute individuale: è incostituzionale, poiché incide sulla tutela di un diritto fondamentale, una legge che vieti il ricorso ad una pratica medica ritenuta, in determinate circostanze, più sicura da taluni settori del mondo scientifico.

È interessante notare come il Congresso, al momento della riapprovazione del divieto (*Partial Birth Abortion Ban Act*, del 2003), ritenga di dover dar conto del presupposto scientifico sul quale poggia la legislazione in questione. Per giustificare la reintroduzione della normativa "sanata", si dà atto nel preambolo della legge di aver compiuto una nuova istruttoria scientifica. Pare quindi importante evidenziare come il legislatore statunitense abbia dimostrato di ritenersi vincolato al principio della sentenza *Carhart*, secondo cui la discrezionalità legislativa non può sovrapporsi alle acquisizioni della scienza medica che abbiano un certo grado di credibilità¹²³.

Anche nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si ricava il principio secondo cui il legislatore è tenuto, al momento dell'elaborazione di talune tipologie di normativa, a dar conto delle evidenze scientifiche che costituiscono i presupposti del suo intervento. Più nello specifico si afferma la necessità che discipline limitative dei diritti di cui all'art. 8 della Convenzione (vita privata), per essere ragionevoli, debbano trovare il loro fondamento in studi tecnici o scientifici che dimostrano la appropriatezza del bilanciamento operato. L'incisione di diritto alla vita privata e familiare, così, può essere prevista esclusivamente dalla legge e solo in

¹²³ Si rileva che nell'aprile 2007, la Corte Suprema, chiamata ad esprimersi sulla costituzionalità del *Partial Birth Abortion Ban Act* ritiene – in maniera del tutto inaspettata – che tale legge sia costituzionalmente legittima, osservando che esiste un disaccordo documentato circa il fatto che il divieto comporti significativi rischi per la salute delle donne e che, di fronte a tale incertezza medica, non è precluso l'esercizio di potere legislativo. Questo tipo di argomentazione è sicuramente criticabile (come dimostra la *dissenting opinion* del giudice Ginsburg) non essendo in grado di stabilire una continuità con i precedenti (*Stenberg* e, ancor di più, *Casey*), che proprio della opportunità di tener conto della salute della donna, in presenza di una divisione di opinioni nella classe medica, avevano fatto uno dei punti centrali della motivazione.

nome di alcuni interessi specificamente elencati, tra i quali “il benessere economico del paese”, da dimostrarsi sulla base di dati accertabili e ragionamenti “esatti” che giustifichino un ragionevole bilanciamento tra costi e benefici. Quanto detto è ricavabile dalla sent. 2 ottobre 2001 (su ricorso n. 36022/97) della Corte di Strasburgo. Nel caso di specie, a fronte del ricorso presentato da cittadini inglesi che lamentavano disturbi al sonno e alla salute causati dai voli del vicino aeroporto Heathrow, la Corte condanna il Governo inglese, in quanto l’aumento del livello di rumore notturno dovuto all’eliminazione dei vincoli sui voli notturni nel 1993, non appare giustificato da un prevalente interesse economico: la semplice dichiarazione da parte del legislatore di aver bilanciato adeguatamente gli interessi contrapposti, preferendo i superiori interessi dell’economia nazionale a quelli individuali, non è sufficiente, mancando studi seri e completi di natura economica e sanitaria sulla base dei quali valutare l’estensione e l’impatto delle interferenze provocate dall’incremento dei voli notturni sul sonno, nonché di un preventivo studio relativo alla soluzione meno onerosa per i diritti umani¹²⁴.

Su queste basi, pare emergere negli ordinamenti considerati e nei settori “scientificamente sensibili” una serie di elementi comuni, ancora una volta a prescindere dalle tradizionali categorie e distinzioni fra famiglie giuridiche:

- la possibilità di procedere ad un controllo penetrante che arrivi a valutare la bontà della scelta legislativa verificandone le basi scientifiche (*Sindacato sulla ragionevolezza scientifica della disciplina di diritti fondamentali*);
- a fronte di specifici interventi normativi che incidono sui diritti fondamentali della persona, limitandone l’esercizio, la ragionevolezza del bilanciamento legislativo operato tra gli interessi in gioco deve essere dimostrata da dati il più possibile oggettivi ed attendibili (*Esigenza di dimostrare, anche a livello fattuale, l’adeguatezza del bilanciamento tra costi e benefici*)
- a tal fine, può essere lo stesso legislatore che, contestualmente all’emanazione della disciplina, dà conto dei presupposti tecnico-scientifici posti alla base della sua scelta, oppure possono essere le stesse Corti che nel corso del giudizio (anche attraverso la collaborazione delle parti intervenute) valutano l’adeguatezza e la serietà del bilanciamento operato valutandone i fondamenti fattuali e scientifici.

7. Conclusioni

La ricerca condotta dall’unità di Trento e qui sinteticamente illustrata ha messo in luce come, a fronte di un fenomeno di emersione e consolidamento del dialogo e della circolazione fra sistemi che pare crescente nell’area della protezione dei diritti fondamentali, il biodiritto presenti elementi di peculiarità e, in qualche misura, di controtendenza.

In materia di inizio e fine vita, di interruzione volontaria della gravidanza, di utilizzo del concetto di dignità umana, di dati genetici e dei rapporti fra diritto e scienza, le singole scelte legislative oltre che il formante giurisprudenziale sembrano dividere gli ordinamenti lungo linee di confine non sempre coincidenti con quelle che usualmente distinguono le famiglie giuridiche come tradizionalmente individuate. Si registra così come, nella disciplina legislativa dell’inizio vita, la Spagna appaia molto più vicina a Regno Unito e Canada di quanto lo sia nei confronti della

¹²⁴ Cfr. F. Tamassia, *La ragionevolezza nei giudizi della Corte di Giustizia europea nell’applicazione delle direttive non particolareggiate*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi (Roma, 2-4 ottobre 2006), Roma 2007, 353-356.

Germania e dell'Italia. Nel fine vita, la giurisprudenza olandese trova un riscontro in quelle colombiana e del Costa Rica, evocando concetti di autodeterminazione individuale e di limitazione del potere statale nei confronti delle scelte personali di ispirazione complessivamente liberale che paradossalmente sono espressamente rigettate nel *case law* delle Corti Supreme federali statunitensi e canadese. E nel disciplinare il trattamento dei dati genetici, un'autorizzazione emanata da un'autorità indipendente prende in Italia il posto della fonte legislativa.

D'altro canto, capita non più raramente che il formante giurisprudenziale, anche negli ordinamenti di *civil law*, si trovi a dover agire in termini *creativi*, o perlomeno "più-che-interpretativi" manipolando i dati fattuali o utilizzando istituti presenti nell'ordinamento secondo modalità e orientamenti eterodossi al fine di ricondurre ad un ritenuto senso di equità discipline legislative o codicistiche che paiono essersene irrimediabilmente distaccate (in questo senso, il concetto di *bio-equity*). Così, le decisioni giudiziali sembrano sempre più spesso rappresentare una sede privilegiata di "giuridicizzazione" di valori e principi percepiti e talvolta promossi dalla coscienza sociale, anche in antitesi rispetto al dato legislativo; e la legge (generale e astratta) pare rilevare una intrinseca inefficacia a disciplinare un settore così fortemente condizionato dalle evoluzioni scientifiche e dalle circostanze concrete del caso.

Nonostante le spinte convergenti della scienza e della tecnologia e a dispetto del frequentissimo utilizzo della comparazione in sede tanto di formazione legislativa quanto di decisione giudiziale, insomma, il diritto che si occupa delle scienze della vita e della cura della salute umana può difficilmente essere composto secondo le coordinate su cui tipicamente si è costruita e sviluppata la scienza comparatistica (in particolare, in termini di distinzione *common law v. civil law*, di fonti del diritto e di forma di stato).

Tali ordini di considerazioni possono sollevare ulteriori quesiti.

Il fatto che ordinamenti sussumibili all'interno della medesima famiglia giuridica esprimano, nel biodiritto, discipline normative e soluzioni giurisprudenziali che sembrano rispondere a modelli teleologici e funzionali distinti quando non contrapposti (e viceversa) può rappresentare un elemento rilevante anche a livello di macro-comparazione in vista di una ridefinizione delle tradizionali frontiere inter-familiari? È possibile, da tale atipica differenziazione, dedurre una ulteriore ipotesi classificatoria che, in forza di un approccio metodologico volto ad analizzare tanto le finalità teoriche perseguite quanto gli strumenti della loro realizzazione pratica (la dissociazione tra soluzioni operative e formulazioni), si inserisca in modo trasversale all'interno delle famiglie giuridiche classiche?

Oppure, il fatto che, all'interno di un quadro costituzionale generalmente assai vago sul tema (si pensi alla dignità), le soluzioni normative o giurisprudenziali offerte dipendano spesso da una serie di variabili concrete e concretissime, legate al singolo caso specifico e ad una volontà politica contingente, limita la portata della scarsa efficacia in termini descrittivi delle tradizionali categorie della comparazione ad una dimensione accidentale e del tutto marginale? Il "disordine" rilevato, in altri termini, si pone quale elemento strutturale e connotativo di nuove linee di confine tra categorie del diritto comparato o è dovuto a elementi contingenti e del tutto casuali che limitano la propria portata ad una dimensione meramente accidentale? E ancora, il peso che fattori meta-giuridici, come i complessivi orientamenti sociali e culturali in ambito etico, hanno sulla decisione (normativa o giurisprudenziale) sposta l'attenzione dalle tradizionali categorie distintive ad una possibile nuova categorizzazione delle diverse esperienze lungo linee ancora inedite a livello più generale? La dimensione culturale e le lacerazioni presenti a livello sociale e politico su temi così delicati e che

coinvolgono la struttura morale di ognuno paiono compromettere più che in altri ambiti l'individuazione di modelli comuni di disciplina o, se si vuole, di quello *jus commune* che pare invece contraddistinguere il campo dei diritti umani in altri e più complessivi settori. Ma entro quale misura un ordinamento, su materie che non si limitano alle "questioni eticamente sensibili" ma che comunque toccano la dimensione dei diritti civili ed il principio di eguaglianza, può presentare soluzioni che non corrispondono alle proprie basi giuridico-costituzionali, e che rischiano di far aumentare in termini patologici il grado di incoerenza interna fino a trasformare l'ordinamento in un "dis-ordinamento" giuridico?

Su questi interrogativi, pare opportuno rinnovare uno sforzo di ricerca in termini interdisciplinari e, ovviamente, di diritto comparato.