

# Giustizia (minorile) e bioetica

## Gian Cristoforo Turri

La parola bioetica sta per compiere 30 anni, ma già all'indomani della seconda guerra mondiale, in occasione della celebrazione del processo di Norimberga, furono affrontate le questioni di sostanza squisitamente bioetica sollevate dalla sperimentazione effettuata nei campi di sterminio nazisti. Negli anni seguenti la sperimentazione continuò ad occupare l'attenzione e la riflessione morale, soprattutto degli scienziati e dei medici. Nel 1971, la parola fu coniata da un oncologo americano, che, preoccupato per il vertiginoso sviluppo delle conoscenze e delle tecnologie nel campo medico e biologico, sentiva l'esigenza di elevare argini morali contro questo fenomeno, che da buon oncologo, definiva cancro. La bioetica veniva, così, a qualificarsi come riflessione morale intorno alle questioni poste dallo sviluppo della ricerca scientifica e delle sue applicazioni nell'impatto sulla vita umana e sul corpo dell'essere umano, e ad interessarsene furono, oltre che gli scienziati ed i tecnici, i giuristi e la Chiesa cattolica. La pertinenza della bioetica alla filosofia morale non poteva non chiamare in causa i filosofi, molti dei quali ne rivendicarono l'appartenenza alla filosofia

C'è chi pensa tuttora che la bioetica sia tuttora di competenza primaria dei filosofi morali. Ma per lo più non si ritiene che possano restare estranei alla riflessione bioetica i protagonisti della speculazione e ricerca scientifica e gli autori delle sue applicazioni tecniche (ricercatori, scienziati, medici) sia perché essi possiedono la specifica competenza per definire e illustrare nei loro termini tecnici e pratici le questioni affrontate della bioetica (bisogna sapere di cosa si tratta), sia perché è una riflessione che li riguarda. Li riguarda, perché la dimensione più significativa e socialmente più rilevante della bioetica è quella deontologica o normativa, quella cioè che ricerca le regole di ordine morale per le azioni degli scienziati e dei tecnici (e delle imprese da cui dipendono o a cui partecipano) che hanno, direttamente o indirettamente, un impatto sulle persone, sui loro corpi, sulle relazioni tra loro, sull'ambiente, sul futuro dell'umanità.

E' questo versante della "bioetica pubblica", quello normativo, che chiama inevitabilmente in causa il diritto e la giustizia. Infatti, il diritto e la giustizia si occupano - dal loro punto di vista, con le proprie modalità e con i propri codici - delle stesse azioni e relazioni di cui si occupa la bioetica. Non solo. Il diritto e la giustizia si occupano di o presuppongono concetti, costrutti, fenomeni quali la vita e il venire alla vita, la morte, la malattia e la cura, l'individuo e la persona, la famiglia, il padre e la madre, che risentono in modo formidabile dello sviluppo delle conoscenze e delle applicazioni tecniche che incidono su tali fenomeni, processi, ruoli. Penso alle conoscenze ed agli interventi sul processo procreativo, alla rianimazione e ai trapianti, all'embrione e tutto ciò che lo riguarda, alla costituzione e appartenenza genetica dell'individuo ed a quanto ne deriva, per esempio, sul concetto di famiglia, di padre, di madre, di individuo.

Il confluire del diritto nella bioetica non significa e non deve comportare

sovrapposizione e confusione tra diritto e morale. La lezione giuspositivistica (ma anche quella sistemica) sulla separazione tra diritto e morale è stata largamente appresa. Tuttavia, bisogna avere presente che la separazione attiene in particolare al diverso fondamento della validità delle norme giuridiche rispetto a quelle morali; mentre, dal punto di vista contenutistico, si tratta in entrambi i casi di norme di azione e di relazione tra gli umani e, dal punto di vista dell'oggetto (dell'autorizzazione, del divieto o della prescrizione), ci può essere e c'è, rispetto al campo della bioetica, identità.

Ci sono altri due aspetti che registrano il confluire del diritto nell'ambito bioetico: il primo è dato dalla vicenda della costituzionalizzazione, positivizzazione dei diritti fondamentali (libertà e salute, su tutti) e di principi fondamentali della convivenza civile (uguaglianza, solidarietà, pluralismo), che hanno una chiara matrice anche morale. Per non parlare del diritto penale in rapporto al decalogo o di alcune clausole generali ed istituti del diritto civile (buona fede, ordine pubblico, buon costume, motivo illecito).

L'altro aspetto riguarda la giustizia e in particolare le idee morali del giudice che lo orientano non solo nell'interpretazione del diritto, nelle operazioni di bilanciamento e scelta tra principi convergenti, epperò contrastanti (p.es., diritto alla vita e diritto alla salute, autonomia e protezione, tutela dei diritti individuali e dell'interesse collettivo, tutela della genitorialità biologica e di quella affettiva), ma anche nella lettura dei fatti e delle situazioni che deve sussumere nelle griglie del diritto. Tali idee, tali quadri di riferimento sono tanto più efficaci, e direi decisivi, quanto più l'oggetto delle decisioni oltrepassa la fattispecie normativa (penso a tutta l'area della PMA) o chiama in causa principi piuttosto che norme specifiche (p.es. la materia dei trattamenti sanitari riguardanti i minorenni).

A conclusione di questa introduzione mi pare che emerga il carattere multidisciplinare che riveste la riflessione bioetica, che la sottrae al dominio privilegiato della filosofia e della teologia morale, e che la propone al concorso e al confronto, sempre arduo ma stimolante, di discipline diverse, che parlano linguaggi diversi, e che hanno codici epistemologici e deontologici differenti. Confronto che richiede, affinché sia produttivo e non paralizzante, che ci si attrezzi per affrontarlo, in primo luogo, con adeguate strategie formative. Non mi soffermo su questo punto, che pure mi sta molto a cuore, in quanto magistrato minorile che si cimenta quotidianamente con la comunicazione interdisciplinare, e passo ad esaminare a grandi linee le questioni di rilevanza bioetica nelle quali il diritto e la giustizia s'imbattono. Si possono definire genericamente come questioni di inizio e di fine della vita e questioni attinenti alla salute.

Tra quelle di inizio vita, richiamo quelle che attengono al processo procreativo (la PMA nelle sue molteplici forme e procedure), alla definizione dell'inizio della vita e dell'inizio della persona (nascituro, concepito, neonato), all'aborto (nonché alla contraccezione e alla pillola del giorno dopo), allo statuto dell'embrione (sperimentazione, utilizzazione delle cellule embrionali), alla manipolazione genetica.

Tra quelle di fine vita cito la definizione e l'accertamento di morte, la donazione di organi, con la connessa materia degli espianti a fini di trapianto, i testamenti di vita (*living will*), l'eutanasia e il tema connesso della disponibilità della vita.

Quanto alla salute, richiamo la tematica del rapporto medico-paziente e del consenso informato, le sperimentazioni clinica e terapeutica, le diagnosi genetica e la terapia genica, il trattamento dei dati relativi alla salute. E se intendessimo la salute, da un lato, sganciata dall'ambito sanitario, ossia dall'intervento medico, dall'altro, come concetto comprensivo della salute psichica, pensate quante altre questioni si allineerebbero a quelle specificamente e tradizionalmente bioetiche.

Tutte le accennate questioni chiamano in causa i giudici, compresi i minorili, in quanto sollevino conflitti. Conflitti che si contestualizzano nel processo di vertiginoso cambiamento, che è in atto ed in cui l'intervento dell'uomo sulla natura è in grado di sconvolgere ed ha sconvolto il mondo della medicina, la "naturalità" della morte, della procreazione (concepimento e gestazione), della famiglia, della genitorialità. Processo cui si affianca quello altrettanto imponente di mutamento sociale, che ha visto declinare clamorosamente il principio di autorità e il sentimento di comunità.

La sostanza cui danno vita tali processi costituisce una miscela che, da un lato, accende e infiamma sentimenti di onnipotenza e, dall'altro lato, produce una reazione, quasi automatica e viscerale, di sconcerto, smarrimento, timore e la contemporanea ricerca di dispositivi di contenimento, di limitazione, di proibizione.

Considererò ora due ambiti che sono particolarmente significativi per la giustizia minorile. Il primo è quello della procreazione. Ambito che se è stato sconvolto dalle tecniche di procreazione assistita, lo era stato ancora prima dall'affacciarsi e dal progressivo prevalere della famiglia degli affetti sulla famiglia biologica.

Siamo stati noi, giudici minorili, prima che nascesse Baby M., la prima bambina nata da fecondazione artificiale, i "levatori" della famiglia non biologica, la famiglia adottiva. Nell'esercizio del controllo giudiziario sull'adeguatezza della famiglia biologica (tale controllo era stato una picconata alla naturalità dell'istituzione familiare e dei poteri autoritari in essa inscritti) siamo intervenuti sul conflitto tra famiglia d'origine e minore abbandonato, abbiamo, quando era il caso, reciso il rapporto tra loro, abbiamo regolato la concorrenza tra gli aspiranti all'adozione per dare al bambino abbandonato i migliori genitori possibili. Abbiamo gestito, nel laboratorio giudiziario, la prima vicenda di filiazione artificiale dell'era contemporanea. Prima, ripeto, della nascita di Baby M. L'abbiamo fatto noi giudici, perché si trattava di proteggere, di tutelare, di risarcire un bambino abbandonato, privato dal suo diritto fondamentale a crescere in una famiglia decente.

Nelle varie fattispecie di procreazione assistita non c'è ancora un bambino, una persona, anche in senso giuridico. C'è un progetto di figlio, cioè un nascituro possibile; c'è un figlio concepito, cioè un nascituro probabile, non ancora una persona. E' meritevole di tutela e, se sì, di quale tutela?

A tale interrogativo ha dato risposta positiva il Tribunale di Palermo, quando ha ordinato al medico che si rifiutava di impiantare il seme congelato del marito premorto nell'utero della vedova sulla base del divieto imposto dal codice deontologico. L'ordine è stato impartito per realizzare il diritto alla vita dell'embrione.

E' sempre in nome della tutela del nascituro che si dibatte all'infinito sulla

disciplina legislativa della PMA e che si è profilata l'ipotesi dell'adozione degli embrioni soprannumerari.

E' dello stesso segno la mai sopita querelle contro l'aborto.

In altre fattispecie di PMA la questione bioetica che si pone è diversa. Penso al così detto affitto di utero, che mette in discussione lo status di figlio (di chi?) del nascituro, in relazione al duplice apporto biologico della madre genetica e della madre surrogata, e promuove pertanto una concezione rivoluzionaria della maternità.

Neppure un briciolo d'apporto biologico conferisce, invece, il padre che acconsente all'inseminazione eterologa e che, in base alla recente, pilatesca decisione della Corte Costituzionale, resta definitivamente vincolato al ruolo di padre in conseguenza della sua determinazione volitiva (qui è forte l'incisione del principio di indisponibilità degli status e di tendenziale corrispondenza di essi alla verità).

Gli ultimi a restare stupefatti di fronte a queste fattispecie dovremmo essere noi, magistrati minorili, che frequentiamo abitualmente il fenomeno della filiazione assolutamente non biologica, dove la genitorialità non deriva se non da un atto di volontà e di assunzione di responsabilità e di impegno di amore. L'altro scenario che è stato sconvolto non tanto per gli sviluppi, che pure ci sono stati e sono stati enormi, della medicina, quanto per il declino dell'autorità e del paternalismo, che ha coinvolto ampiamente i medici (la potestà medica), e per l'esplosione dell'individualismo, è quello della salute.

Il ruolo della giurisprudenza, nell'intervenire sul conflitto tra le opposte istanze bioetiche della beneficiabilità e dell'autonomia, è stato decisivo nel sostegno della seconda. Aveva, è vero, un buon puntello nell'art.32 Costituzione, ma è anche vero che, fino alla fine degli anni '60, nessuno si era accorto che la salute era ed è un diritto dell'individuo e soltanto un interesse della società. Campeggiava l'idea che fosse esclusivamente un interesse della collettività e che la posizione del singolo rispetto alla propria salute avesse un riconoscimento soltanto riflesso. Coerentemente, nel rapporto tra medico e paziente, la salute del secondo era nelle mani del primo, affidata alla sua "potestà".

A partire dal riconoscimento giurisprudenziale della reale operatività dell'art.2087 cc (tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei lavoratori dell'impresa) e nel segno dell'efficacia erga omnes dei diritti fondamentali - diritto alla salute compreso- affermata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 45/65, cui seguì il riconoscimento del diritto alla salute in vari ambiti (centrali nucleari, danni ambientali, tutela risarcitoria: il danno biologico elaborato per la prima volta nel 1974) tale diritto si emancipa totalmente dall'ambito pubblicistico e dalla tutela riflessa di cui doveva accontentarsi. Passa del tempo prima che il diritto alla salute si affacci nel rapporto medico-paziente, dove poi esplose come diritto di autodeterminazione rispetto ai trattamenti sanitari, espropriando il medico dalla potestà di decisione riguardo alla salute del paziente (consenso informato).

Il diritto alla salute si espande anche in altre direzioni. Anzitutto, nel senso di estendersi all'aspetto psichico, come è stato sostenuto dalla Corte Costituzionale nei suoi interventi sull'aborto (1975) e, a dieci anni di distanza, sul mutamento di sesso.

In altra direzione, il diritto alla salute va a congiungersi al diritto di libertà personale, che si espande, a sua volta, rispetto alla sua declinazione restrittiva come libertà dagli arresti (habeas corpus). La testimonianza tra le più significative di questa saldatura è C. Cost. 238/96, riguardante i prelievi ematici coattivi nel processo (la vicenda della Madonna di Civitavecchia), dove si afferma che "la libertà personale è diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la materia prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, delle persone".

La saldatura tra diritto alla salute e libertà personale (autodeterminazione) crea una miscela così potente che invade il diritto minorile, adonta e ridimensionamento del principio di protezione (beneficialità) che vi impera.

Concorrono con questo input che proviene dal diritto degli adulti i nuovi principi introdotti negli ultimi 25 anni nel diritto di famiglia e dei minori. Anzitutto, l'art. 147 c.c., che celebra il funerale dell'autorità auto-referenziale dei genitori, mettendola, se non a servizio, a confronto con le capacità, l'inclinazione naturale e le aspirazioni dei figli. Poi, il principio della preminenza dell'interesse del minore, potenzialmente svincolato da quello dei genitori, che è normalmente interesse alla protezione, ma include la possibilità che sia invece interesse all'autonomia, all'autodeterminazione. Ancora, il principio dell'ascolto del minore capace di discernimento, finalizzato all'acquisizione della sua opinione (in realtà, della sua volontà) riguardo alle questioni che lo coinvolgono. Infine, il dato, più che il principio, della incoercibilità fisica delle decisioni che riguardano il corpo del minore, di cui può ravvisarsi traccia nell'art. 32 Costituzione (rispetto della persona umana) e che, prima o poi, troverà esplicito riconoscimento attraverso l'art. 13 (la saldatura di cui parlavo prima).

Per quanto riguarda i trattamenti sanitari c'è poi la Convenzione europea sulla biomedicina (Oviedo, 1997).

Tutti questi elementi presenti nell'ordinamento giuridico hanno già indotto più giudici a rinunciare ad imporre il trattamento sanitario di fronte all'opposizione del minore, benché si trattasse di trattamento forse idoneo a salvarne la vita e, comunque, a procrastinarne la morte.

A ben riflettere, questo principio di autodeterminazione (che io definisco, per ragioni che non posso qui illustrare, in senso debole) del minore, la cui dimensione bioetica è indiscutibile, ha iniziato ad operare e sta operando anche al di fuori del contesto sanitario (nel quale andrebbe pure ricordato l'aborto delle minorenni).

Il sistema della rieducazione elaborato dalla legge del 1956 è saltato quando ci si è resi conto che gli obiettivi del sistema non erano perseguibili senza l'alleanza educativa con il ragazzo. Nel procedimento penale, l'autodeterminazione del minore è riconosciuta, fra l'altro, in ordine alla querela e alla messa alla prova, mentre gli è ostinatamente precluso l'accesso al patteggiamento in nome della più estrema beneficialità (protezione).

Nelle relazioni tra figlio e genitore non convivente, vedo che sempre più raramente i giudici costringono il minore ad incontrare il genitore, a fronte della sua insistente e determinata volontà contraria.

La libertà sessuale (salvo che, com'è giusto, rispetto ad alcune relazioni) e il libero accesso alla contraccezione da parte delle minorenni non sono più in discussione.

Per non dilungarmi, accenno al volo alle anticipazioni della capacità di agire rispetto al matrimonio, al contratto di lavoro e all'esercizio del diritto d'autore, al riconoscimento (attivo e passivo) del figlio naturale, ad esprimere il consenso in relazione a vari atti giuridici (dichiarazione di genitura naturale, adottabilità, adozione, affidamento familiare).

Non tarderà molto, credo, a proporsi il problema dell'autodeterminazione riguardo all'esecuzione (coattiva) dell'allontanamento dalla residenza familiare del minore capace di discernimento (e di resistenza fisica).

Anche il tema del discernimento ha rilevanza bioetica, ma ho preso ormai troppo tempo e devo porre termine al mio intervento.

**(Bari, 4/12/2000)**