

IN PRINCIPIO ERA ΒΙΟΣ. LE RADICI STORICHE DEL BIODIRITTO

Rosamaria ALIBRANDI
Università degli Studi di Messina
ralibrandi@unime.it

RESUMEN

Los derechos humanos que están en la base del nacimiento de la bioética están relacionados con las temáticas vinculadas al cuerpo con el que se nace en el mundo, que tiene que ser tutelado por la ley y que, por tanto, debe constituir el origen del paso obligado a la biopolítica. El cuerpo se convirtió en territorio privilegiado del poder médico y comenzó a tomar forma la interacción entre biopolítica, medicalización y biopoder. Si bien el derecho aparece cada vez más como una red escalonada que permite la entrada, junto a los significados jurídicos consolidados, de otros externos e informales entre el derecho positivo y la praxis social (aquel espacio no jurídico definible como derecho flexible), ¿qué tipo de presión ejercen y qué espacio de penetración consiguen las personas, la opinión pública, sobre el derecho de los códigos que desafían a diario?

Palabras clave: cuerpo, bioderecho, biopolítica, medicalización, biopoder.

ABSTRACT

The human rights which are on the foundations of the birth of bioethics are related to the topics concerning the human body we are born with, which has to be ruled by law and which must subsequently make the origin of the necessary look onto biopolitics. Human body made privileged land for medical power and an interaction in between biopolitics, medicalisation and biopower arose. However, the law is becoming more and more a stepped network which welcomes other factors than the established legal meanings, namely those external and informal factors which are halfway in between social praxis (the space outside the margins of the law we could possibly define as flexible law). What kind of pressure and to what extend do people and public opinion apply on the daily password laws they have to overcome?

Keywords: human body, bio-law, biopolitics, medicalisation, biopower.

ZUSAMMENFASSUNG

Bei der Entstehung der Bioethik bilden die Menschenrechte die Grundlage. Sie stehen im Zusammenhang mit den Fragen die unsere Körperlichkeit betreffen, mit der wir geboren werden, und die vom Gesetz geschützt werden muss, und daher sollten sie am Beginn des obligatorischen Schritts zur Biopolitik stehen. Der Körper

wurde zum bevorzugten Terrain des Machtbereichs der Medizin und die Auseinandersetzung zwischen Biopolitik, Medizinisierung und Biomacht entstand. Wenn gleich das Recht immer mehr als ein stufenweise sich ausdehnendes Netz erscheint, das sowohl den etablierten juristischen als auch den externen und informellen Begriffen Zutritt gewährt und sich zwischen dem Positiven Recht und der sozialen Praxis (diesen juristisch nicht fassbaren Raum des dehnbaren Rechts) auswirkt, stellt sich die Frage: Welchen sozialen Druck üben die Personen und die öffentliche Meinung auf die Rechtssysteme aus, die sie tagtäglich herausfordern?

Schlüsselwörter: Körper, Biorecht, Biopolitik, Medizinisierung, Biomacht.

SUMARIO: I. UNA PREMESSA.—II. LA LUNGA STORIA DEL CORPO.—III. IL CORPO TRA DIRITTO E MEDICINA.—IV. LA BREVE STORIA DEL BIODIRITTO.—V. CONCLUSIONI. CHE NE È DEL DIRITTO?

I. UNA PREMESSA

*Consanguineo fiuto di belve
Società fonda e al corpo è aiuto*

Edoardo CACCIATORE¹

L'era postgenomica offre, in maniera generale quanto generica, una messe di informazioni che rende il soggetto più consapevole, ma nel contempo esposto ad eterogenee sollecitazioni, in un universo ormai affollato di diritti, e pseudo tali, tesi a valorizzare l'autonomia dei singoli, cui si demanda il compito di «regolare il nuovo modo di essere dell'intero ciclo vitale»², incluse le sfere inerenti al prima della nascita ed al *post-mortem*.

I diritti umani alla base del sorgere della bioetica³ sono correlati alla tematiche legate al corpo, col quale si nasce al mondo, che al diritto chie-

¹ Edoardo CACCIATORE, «Sette Improperi. Improperio Primo. Il Corpo», in *Tutte le Poesie*, San Cesario di Lecce, Manni, 2003, pp. 156-157.

² Stefano RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 165. Stefano RODOTÀ è direttore, con Paolo ZATTI, della collana *Trattato di Biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010-2012; dei sei volumi è curatore, con Mariachiara TALLACCHINI, di *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, e con Stefano CANESTRARI, Gilda FERRANDO, Cosimo Marco MAZZONI e Paolo ZATTI, dei due tomi de *Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011.

³ Il dibattito sulla bioetica è, ovviamente, internazionale. A far data dalla risoluzione adottata dalla 93[°] Conferenza Interparlamentare tenutasi a Madrid nel 1995 (cfr. INTER-PARLIAMENTARY UNION, *Bioethics and its implications worldwide for human rights protection Resolution adopted by consensus by the 93rd Inter-Parliamentary Conference*, Madrid, 1 April 1995, <http://www.ipu.org/conf-e/93-2.htm>), alla quale fece seguito, in Italia, il Con-

de tutela, e deve costituire il punto di partenza del passaggio obbligato alla biopolitica. Bioetica e biodiritto sono due sistemi diversi, sebbene interconnessi: «La bioetica risponde al codice bene/male, il biodiritto al codice giusto/ingiusto [...] non tutte le valutazioni bioetiche possono tradursi in valutazioni biogiuridiche»⁴.

La storia biologica del corpo non può essere disgiunta dalle considerazioni culturali che lo riguardano, né dalle modalità attraverso le quali si è costituito come portatore e insieme produttore di saperi. Lo studio del corpo, il *testo* attraverso cui si leggono le diverse manifestazioni dell'intervento umano nelle loro evoluzioni storiche⁵, riguarda dunque la sua «contestualizzazione» nel sociale, in quanto, a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, ha avuto inizio un processo di *medicalizzazione*

gresso Internazionale su *Le radici della Bioetica*, svoltosi presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università Cattolica di Roma «A. Gemelli» dal 15 al 17 febbraio 1996 (cfr. i due volumi a cura di Elio SGRECCIA, Vincenza MELE e Gonzalo MIRANDA, *Le radici della bioetica*, Milano, Vita e Pensiero, 1998), vi è stato un vasto proliferare di studi. Si vedano, in castigliano, Diego J. GARCÍA CAPILLA, *El nacimiento de la bioética*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007; Víctor MÉNDEZ BAIGES e Héctor Claudio SILVEIRA GORSKI, *Bioética y derecho*, Barcelona, UOC, 2007; M.^a Teresa LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE (coord.), *Ensayos de Bioética*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2009; Francisco Javier LEÓN, *Bioética*, Madrid, Ediciones Palabra, 2011; Carlos María ROMEO CASABONA, «La tutela del genoma humano», in Stefano CANESTRARI, Gilda FERRANDO, Cosimo Marco MAZZONI, Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, t. I, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 249-264, e dello stesso autore nel medesimo volume, «La donación. Aspectos éticos y jurídicos», pp. 281-308; Ana María MARCOS DEL CANO (coord.), *Bioética y derechos humanos*, Madrid, UNED, 2012; Margarita BOLADERAS, *El impacto de la tecnociencia en el mundo humano. Diálogos sobre bioética*, Barcelona, Tecnos, 2013. Sul tema, fino a tempi recentissimi, dopo la basilare opera di Warren T. REICH (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, 5 voll., New York, MacMillan, 1995, citiamo tra le tante; Daniela CARPI, *Bioethics and Biolaw through Literature*, Berlin, Walter de Gruyter, 2011; Yechiel M. BARILAN, *Human Dignity, Human Rights, and Responsibility: The New Language of Global Bioethics and Biolaw*, Cambridge (MA), MIT Press, 2012; P. A. VAN LAAR, *Inter-American Human Rights Instruments*, Portland (OR), International Courts Association, 2012; Alastair V. CAMPBELL, *Bioethics. The Basics*, Abingdon-New York, Routledge, 2013; Marcus DÜWELL, *Bioethics. Methods, Theories, Scopes*, Abingdon-New York, Routledge, 2013; Donna DICKENSON, *Bioethics. All that matters*, Sydney, Hachette, 2013; Adèle LANGLOIS, *Negotiating Bioethics. The Governance of UNESCO's Bioethics Programme*, Abingdon-New York, Routledge, 2013; Amel ALGHRANI, Rebecca BENNETT e Suzanne OST (eds.), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law. The Criminal Law and Bioethical Conflict: Walking the Tightrope*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Danielle GRIFFITHS e Andrew SANDERS (eds.), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law. Medicine, Crime and Society*, vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

⁴ Francesco D'AGOSTINO, *Parole di bioetica*, Torino, G. Giappichelli, 2004, p. 10.

⁵ Il corpo si rivela luogo di esistenza dei segni tracciati dalle tecniche e dalle pratiche del diritto. Cfr. Francesco MIGLIORINO, *Il corpo come testo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 11.

rigorosa, militante e dogmatica della società, interconnesso alla costruzione della società medesima, in forza del quale lo sguardo medico penetra l'intero spazio sociale. Il corpo diviene territorio privilegiato del potere medico ed inizia a profilarsi, *in nuce*, quel che sarà l'intreccio tra medicalizzazione, biopolitica e biopotere⁶.

Mentre il diritto appare sempre più una rete smagliata che permette l'ingresso, accanto a significati giuridici consolidati, di altri esterni e informali⁷, in quello spazio non giuridico, definibile come *diritto flessibile*, che si colloca tra il diritto positivo e la prassi sociale, che tipo di pressione esercitano e che margine di penetrazione conseguono la persona⁸, e l'opinione pubblica, sul diritto dei codici che quotidianamente sfidano?⁹

⁶ Michel FOUCAULT, *Naissance de la Clinique*, Paris, PUF, 1963 [*Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, traduzione italiana e introduzione di A. Fontana, Torino, Einaudi, 1969, pp. 44-48]; Giuseppe CAMPESI, *Soggetto, disciplina, governo. Michel Foucault e le tecnologie politiche moderne*, Milano-Udine, Mimesis, 2011, pp. 41-46. Si veda anche il recente volume a cura di Natascia MATTUCCI e Gianluca VAGNARELLI, *Medicalizzazione, sorveglianza e biopolitica. A partire da Michel Foucault*, Milano-Udine, Mimesis, 2012.

⁷ Baldassare PASTORE, «Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti», in *Lavoro e diritto*, n. 5, 2003, pp. 15-16. Poiché il lessico giuridico condiziona anche le fonti del biodiritto, occorre operare una distinzione primaria tra fonti del diritto vincolanti, ovvero fonti giuridiche proprie dell'ordinamento giuridico, e fonti non vincolanti, appunto di *soft law*, che pur non appartenendo all'ordinamento giuridico tuttavia condizionano la produzione e l'interpretazione delle norme giuridiche in senso stretto. Cfr. Damiano CANALE, «La qualificazione giuridica della vita umana prenatale», in Stefano CANESTRARI, Gilda FERRANDO, Cosimo Marco MAZZONI, Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Il governo del corpo*, op. cit., p. 1261.

⁸ Il concetto di persona presenta una doppia ambiguità; utilizzato con funzione primariamente descrittiva, ha tuttavia una immediata risonanza prescrittiva, in quanto evoca il collegamento con la titolarità di diritti (in particolare, riguardo alla bioetica, del diritto alla vita); la seconda ambiguità risiede nel dato che tale concetto non è univoco, ma dal confronto tra varie teorie filosofiche scaturisce un conflitto di interpretazione: «Ciascuna teoria ne fa un uso descrittivo e normativo diverso senza che si possa pervenire ad una mediazione». Cfr. Massimo REICHLIN, «Definizione della persona e stato vegetativo permanente», in Matteo GALLETI e Silvia ZULLO (a cura di), *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, Firenze, Firenze University Press, 2008, pp. 7-23, in particolare pp. 7-8 e n. 2.

⁹ Jean CARBONNIER, *Flexible Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1969 [*Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, traduzione italiana e cura di A. de Vita, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 23-24 e 26].

II. LA LUNGA STORIA DEL CORPO

Se c'è qualcosa di sacro, il corpo umano è sacro.

Walt WHITMAN¹⁰

Le vicende del corpo, nel percorso che da mero supporto di un concetto *altro*, di natura mitologica, religiosa, o celebrativa, lo hanno condotto al centro della scena quale protagonista di per sé, sono le vicende dell'essere umano medesimo. Ogni individuo «si getta nel mondo a partire dalle sue possibilità fisiologiche [...] il corpo stesso non è un fatto brutto»¹¹. Con il corpo siamo parte del mondo, col corpo determiniamo simpatia o repulsione. Il corpo del malato è il fenomeno da osservare all'interno di un processo gnostico, che diviene lo spazio fisico nel quale il male entra e dal quale il male esce quando il triangolo arcaico malato-guaritore-contesto sociale viene sostituito dal triangolo ippocratico malato-medico-malattia¹²: la malattia non «di questa o quella parte del corpo ma di tutto il corpo»¹³ è, *tout court*, il luogo nel quale si realizza la pratica terapeutica¹⁴. Sul corpo si è fondata per secoli una delle prerogative caratterizzanti la sovranità, il diritto di condannare a morire o di lasciar vivere. Le discipline del corpo «costituiscono i due poli intorno ai quali si è sviluppata l'organizzazione del potere sulla vita»¹⁵.

Quando a partire dal Settecento la medicina diventa *sociale*, il corpo è lo strumento di questa socializzazione. I dispositivi istituzionali, composti di regole giuridiche, di prescrizioni amministrative, permettono di costruire l'oggetto di un sapere (la delinquenza nel caso della giustizia penale, la

¹⁰ Walt WITHMAN, «Poem of the Body», in *Leaves of Grass*, 2.^a ed., 1856 [«La poesia del corpo», in *Foglie d'Erba*, traduzione italiana e cura di I. Tattoni, Roma, Newton Compton, 2011, p. 89].

¹¹ Simone DE BEAUVOIR, *Pour une morale de l'ambiguïté*, Paris, Gallimard, 1947 [Per una morale dell'ambiguïté, traduzione italiana di A. Bonomi, Milano, Garzanti, 1975, p. 33].

¹² Danielle GOUREVITCH, *Le triangle hippocratique dans le monde gréco-romain: le malade, sa maladie et son médecine*, Roma, École Française de Rome, 1984.

¹³ Mirko D. GRMEK e Danielle GOUREVITCH, *Les maladies dans l'art antique*, Paris, Fayard, 1998 [Le malattie nell'arte antica, traduzione italiana di M. Menghi, Firenze, Giunti, 2000, p. 151].

¹⁴ Anna CASELLA PALTRINIERI, *Prendersi cura. Antropologia culturale per le professioni socio-sanitarie*, Firenze, Ed. it, 2011, p. 103.

¹⁵ Michel FOUCAULT, *La volonté de savoir - Histoire de la sexualité*, t. 1, Paris, Gallimard, 1976 [La volontà di sapere. Storia della sessualità, 1, traduzione italiana di P. Pasquino e G. Procacci, Milano, Feltrinelli, 1991, pp. 124-126].

folia nel caso della psichiatria, la malattia nel caso della medicina clinica), e la corrispondente istituzione: la prigione per i delinquenti, il manicomio per gli alienati, l'ospedale per i malati¹⁶.

Il corpo, oggetto dell'indagine scientifica, diventa dunque oggetto della prassi istituzionale; il sapere è legato all'intervento (anche terapeutico) del potere, col quale stringe una relazione interstiziale e funzionale¹⁷.

La medicina attua un capovolgimento netto nel prendere in considerazione il corpo. Fino ad Haller¹⁸, che sfata il mito della *pompa idraulica* le cui parti si muovono in risposta ad un comando dell'anima, il corpo umano era strumentale a tesi scientifiche generali e giustificava assunti preconstituiti¹⁹, parte, in modo subordinato, di una visione metafisica del mondo.

Dall'approfondimento degli studi di anatomia, trae un grande impulso la fisiologia, e quindi la medicina clinica. Il corpo deve essere indagato nella sua intrinsecità, in modo autonomo e distinto rispetto a ipotesi preconcette: anatomia e fisiologia ne rappresenteranno la nuova logica. Nel Settecento ovunque in Europa, i medici, esponenti di un ceto emergente ed orientati a posizioni positive, compiono nel costruire una nuova scienza un percorso parallelo all'approdo della borghesia allo Stato²⁰.

Un nuovo atteggiamento mentale, critico e razionale, in una parola illuminista, permette di ridiscutere i vari ambiti delle scienze: in medicina il primato della funzione sulla struttura anatomica e il superamento di preconcetti morali fonderanno la moderna fisiologia.

¹⁶ Mi si permetta il rinvio a Rosamaria ALIBRANDI, *In salute e in malattia. Le leggi sanitarie borboniche fra Settecento e Ottocento*, Milano, Franco Angeli, 2012, pp. 20-25.

¹⁷ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 [*Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, traduzione italiana di A. Tarchetti, Torino, Einaudi, 1976, p. 225].

¹⁸ Il medico bernese Albrecht von Haller (1708-1777) descrisse nelle *Icones anatomicae* la circolazione arteriosa nel corpo umano e pubblicò nel 1747 le *Disputationum Anatomicarum*; studiò le proprietà del sistema nervoso e muscolare nel *De partibus corporis humani sensilibus et irritabilibus*, del 1752, e pubblicò nel 1766 gli *Elementa physiologiae corporis humani*. Haller dimostrò che l'organismo non è una macchina animata, ma ha delle proprietà autonome, è capace di azione e reazione, è sensibile. Vivisezionando cani e gatti, stimolando i loro muscoli, irritando i loro nervi messi a nudo, il medico bernese fece delle scoperte fondamentali e inaugurò l'epoca della sperimentazione sistematica. Per una biografia che colga aspetti diversi di questo scienziato, anche poeta e scrittore, cfr. Luigi ZANZI, *Albrecht von Haller. «Un illuminista eclettico» tra laboratori della scienza e sentieri delle Alpi*, Anzola d'Ossola, Fondazione Enrico Monti, 2009.

¹⁹ Antonio SEMENTINI, *Patologia, ossia della malattia in generale e delle sue varietà*, Napoli, Coda, 1803, p. 13.

²⁰ Riccardo DE SANCTIS, *La nuova scienza a Napoli tra '700 e '800*, Bari, Laterza, 1987.

La Rivoluzione Francese, fornendo nuove basi alla convivenza civile ed una conquistata consapevolezza di diritti, modula diversamente l'interesse, sia privato che pubblico, alla salute. La società in crescita rinnova la propria ragion d'essere a partire dal censimento, che colpisce l'assetto corporativo costituendo un'esperienza devastante per comunità che si consideravano intangibili, in quanto autoreferenziali dal punto di vista giuridico. Determina il passaggio, sociale ed anche culturale, al notabilato, e la crescita dei centri urbani. Si fa la conta dei beni, e si contano i corpi. Ed anche a livello individuale, comincia a mutare il rapporto col proprio corpo²¹.

Più difficile è, invece, il passaggio culturale da una concezione ontologica della malattia, entità indipendente dal malato, a quella fisiologica, come deviazione delle strutture e delle funzioni del corpo (e dell'anima), che porti a vedere una continuità sostanziale tra normale e patologico. L'altrove che genera il male non è «la causa né l'effetto della malattia, ma la sua essenza»²².

La medicina dell'anima rimane preminente fino all'individuazione dell'uomo come unità psicosomatica. Trascorrerà molto tempo affinché questo binomio venga scandito, prima nel campo della fisica, quando un corpo verrà individuato e descritto solo come «una certa intensità del campo»²³; poi in quello filosofico, quando il corpo verrà preso in considerazione in quanto esiste e racconta l'esperienza in ciascun progetto della coscienza²⁴, e si instauri quindi un nuovo modo di percepirlo²⁵.

Nell'itinerario seguito dalla scienza, l'individuo come tale è uno dei fini ai quali deve destinarsi l'azione dello Stato, posto che sia inteso come fondamentale, oltre quello della vita, il valore della salute. La *tirannia* esercitata *contro* il malato, si può giustificare solo con la sua guarigione; prendersi carico della salute implica il rigore delle decisioni e l'assunzione di responsabilità.

²¹ Rosamaria ALIBRANDI, *In salute e in malattia. Le leggi sanitarie borboniche fra Settecento e Ottocento*, op. cit., p. 22.

²² Mirko D. GRMEK, «Il concetto di malattia», in Mirko D. GRMEK (a cura di), *Storia del pensiero medico occidentale*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 340.

²³ Albert EINSTEIN e Leopold INFELD, *The Evolution of Physics*, III, Scientific Book Club, 1950 [*L'evoluzione della fisica*, traduzione italiana di A. Graziadei, Milano, Bollati Boringhieri, 1965, p. 253].

²⁴ Jean-Paul SARTRE, *L'etre et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 1943 [*L'essere e il nulla. La condizione umana secondo l'esistenzialismo*, traduzione italiana di G. Del Bo, Milano, Il Saggiatore, 2013, pp. 359-440].

²⁵ «Mon corps n'est pas un objet, il est l'expérience la plus profonde mais aussi la plus ambiguë de ma propre conception». Cfr. Maurice MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1945, p. 231.

Dalla libertà negativa di non soffrire, si trascorre verso la tensione al bene di un individuo o di un gruppo, assunto a fine assoluto. La scienza assume un ruolo guida nelle scelte che il potere opera per l'individuo, e quindi esercita in via mediata una giurisdizione sul corpo; quando, da realtà oggettiva, il corpo diviene una astrazione, un modello sul quale fondare norme, perde per la scienza il suo intrinseco significato; d'altra parte la scienza stessa è un'ideazione che l'umanità ha costruito²⁶.

La professione medica si è resa autonoma rispetto all'autorità burocratica fino al raggiungimento di una sorta di inviolabilità istituzionale. Tale autonomia consente una nuova posizione dominante nei confronti dei pazienti e dei paramedici, per cui la professione medica diventa l'archetipo della tendenza al professionalismo²⁷, una terza logica organizzativa che si affianca a quella del mercato e a quella burocratica²⁸. Poiché tale privilegio ha una base legale, esso dipende dalla sfera politica.

Nel settore sanitario le tre logiche organizzative convivono e insieme competono, ma ciò porta ad una restrizione dello spazio concesso al pubblico. La professione medica e le istituzioni statali deputate ad erogare i servizi sanitari hanno un rapporto singolare, perchè la medicina ispira la formulazione della politica sanitaria, ma il suo fondamento scientifico non esclude che sia nel contempo una istituzione sociale, umana, con prospettive etiche ed ideologiche mutevoli, i cui compiti istituzionali devono essere rispondenti al fine che il bene pubblico rappresenta²⁹.

Accanto all'attenzione a non comprimere l'interesse privato, l'avvio di un processo di revisione del rapporto medico-paziente, rimasto incompiuto negli anni Settanta del secolo scorso, trova nuove spinte di fondo per essere ripreso³⁰.

²⁶ Edmund HUSSERL, *Husserliana: Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*, t. IV, Vortrag in Wien, 1935 [La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale, traduzione italiana di E. Filippini, Milano, Il Saggiatore, 2008, pp. 310-327].

²⁷ Eliot FREIDSON, *La dominanza medica. Le basi sociali della malattia e delle istituzioni sanitarie*, a cura e con introduzione di G. Vicarelli, Milano, Franco Angeli, 2002, p. 20.

²⁸ *Ibid.*, p. 28.

²⁹ *Ibid.*, p. 195.

³⁰ Cfr. Marco INGROSSO, «La costruzione sociale della salute: teorie e immagini sociali», in Marco INGROSSO (a cura di), *La salute come costruzione sociale*, Milano, Franco Angeli, 1994, pp. 82-118; si veda anche Giorgio BIGNAMI, «L'evoluzione del rapporto medico-paziente», in AAVV, *Domenico Cirillo e l'evoluzione della medicina dall'arte alla scienza. Atti del Convegno La medicina dall'arte alla scienza: in onore di Domenico Cirillo a 200 anni dalla nascita della Repubblica Napoletana, Napoli, 14 maggio 1999*, Napoli, Edizioni La Città del Sole, 2001, pp. 39-56.

L'eccesso di tecnica, priva di contenuti antropologici, conduce attraverso il XX secolo ad una spersonalizzata *medicina del silenzio*³¹.

III. IL CORPO TRA DIRITTO E MEDICINA

*Corps, mon vieux compagnon, nous périrons ensemble.
Comment ne pas t'aimer, forme à qui je ressemble.
Puisque c'est dans tes bras que j'étreins l'Univers?*

Marguerite YOURCENAR³²

Introdotta in medicina la contingenza del corpo, anatomia, fisiologia e clinica hanno assunto il soggetto-uomo quale campo di indagine ed obiettivo della conoscenza.

La peculiare natura del diritto sanitario e delle istituzioni relative alla salute rende necessario, per poterne trattare, un *excursus* nella storia della scienza, di quella medica in particolare, che mostra come il sapere medico sia stato percepito in modo unitario come un complesso di leggi e categorie universali ed il suo percorso come il progressivo disvelamento delle cause di fenomeni naturali dati e oggettivi.

Nell'ambito della costruzione di un rapporto funzionale con il potere, la medicina ha acquisito un ruolo egemone nella cultura occidentale, interagendo con la politica, la religione, la tecnologia, le guerre. A fronte della rilevanza della malattia, la cura ed i relativi effetti non hanno per l'uomo la medesima incidenza di altri esperimenti scientifici e dei loro risultati. La terapeutica è per struttura vincolata all'empiria, quindi il campo della clinica non può assurgere al piano di una pura *episteme*. Il suo statuto più adeguato sarebbe quello di *techne*, ovvero una prassi razionalmente fondata che trova la sua verifica sempre *a posteriori*, una scienza empirica, appunto³³.

La capacità della clinica medica di spiegare i processi patologici e di curarli è sempre una lotta contro il caso; Ippocrate, per imporre la scientificità della medicina contro la religione e la magia, lascia escluso, fino a

³¹ F. MONDELLA, «Crisi della medicina e scelte cliniche», in AAVV, *Un'etica pubblica per la società aperta*, Milano, Politeia, 1987, pp. 230-232.

³² Marguerite YOURCENAR, «Hospes comesque», in *Les Charités d'Alcippe* (1930), Paris, Gallimard, 1984, p. 74.

³³ Umberto GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 61-62.

Freud ed alla sua teoria del transfert, quel fattore strutturale che residua nel processo di cura che è l'alleanza terapeutica tra medico e paziente, funzionale alla guarigione, sebbene egli stesso la consideri fondamentale per combattere la malattia³⁴.

Peraltro proprio l'affrancare l'esperienza medica dalla *Weltanschauung* filosofica è l'operazione fondazionale che consente ad Ippocrate la costruzione delle basi della teoria e della pratica clinica, che non può distaccarsi dall'osservazione empirica affiancata dall'etiologia dei segni e dei sintomi delle manifestazioni morbose. L'anatomia basata sulla dissezione aprirà i misteri della *scatola nera*-corpo umano per svelare ogni suo rapporto con l'ambiente esterno e con le istituzioni ed il loro effetto specifico sulle forme della condotta umana³⁵.

E' compito del clinico elaborare il quadro della complessità delle cause determinanti lo stato di malattia, e da qui ripartire per una costruzione semeiotica del rapporto dell'organismo umano col suo ambiente. Questo studio dovrà essere alla base degli istituti e delle norme sanitarie.

L'intreccio tra filosofia e medicina ha segnato indelebilmente gli albori delle due discipline; e quello tra medicina ed etica prelude ad una assunzione di responsabilità che dovrebbe circoscrivere il campo nel quale la scienza medica opera, e lo Stato le consente di operare, che definisce il rapporto tra la dimensione scientifica e la dimensione sociale della medicina stessa.

Dall'incrocio tra medicina e diritto, poi, muove l'intervento del giurista costruttore di norme³⁶, e scaturisce la legislazione sanitaria, il ricorso alla quale ancora oggi è in chiave più difensiva che propulsiva, a fronte, tuttavia, di una domanda di tutela molto forte, per le mutate condizioni di vita e a causa dell'allungamento della durata della stessa³⁷.

Superata, a partire dal Novecento, la dicotomia classica che poneva in ruolo di preminenza l'anima rispetto al corpo, una nuova riflessione privilegia, da una parte, le iscrizioni sul corpo ove, nella sua sfera pubblica, si incidono il dettato normativo, l'etica e i valori condivisi; dall'altra, l'interno del vissuto del corpo, ovvero l'esperienza inscritta nella psiche. Il

³⁴ Domenico COSENZA, «La costruzione del campo clinico», in Alfredo CIVITA e Domenico COSENZA (a cura di), *La cura della malattia mentale*, I, *Storia ed epistemologia*, Milano, Bruno Mondadori, 1999, pp. 16-17.

³⁵ *Ibid.*, pp. 18 e 21.

³⁶ Amedeo SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, Cedam, 2011, p. 3.

³⁷ Rosamaria ALIBRANDI, *In salute e in malattia. Le leggi sanitarie borboniche fra Settecento e Ottocento*, op. cit., pp. 160-161.

corpo è il *trait d'union* tra il vissuto psichico, l'interiorità, ed una esteriorità sociopolitica che produce effetti *interni* mediante le incisioni che si verificano sulla sua superficie *esterna*³⁸.

E se la bioetica implica il confronto, e spesso il conflitto, tra discipline diverse e (spesso diametralmente) opposte posizioni scientifiche, filosofiche e religiose, il corpo è il centro della discussione, come pure del potere della tecnologia, delle modificazioni antropologiche causate dal progresso scientifico, della bioingegneria e della genetica. Ma, accanto alle nuove istanze che generano sul piano etico, anche sotto il profilo politico-giuridico le biotecnologie richiedono la definizione, la tutela e la regolazione di una nuova generazione di diritti³⁹.

Individuati i meccanismi disciplinari e gli strumenti di controllo sociale, il biopotere è tecnologia del corpo come organismo (corpo-organismo-disciplina-istituzioni disciplinari), ma anche tecnologia del corpo all'interno dei processi di insieme (corpo-popolazione-processi bioeconomici-poteri regolatori dello stato)⁴⁰, secondo due differenti serie di tecnologie politiche⁴¹.

IV. LA BREVE STORIA DEL BIODIRITTO

*What are the roots that clutch, what branches grow
Out of this stony rubbish?
Thomas Stearns ELIOT*⁴²

Il dibattito culturale sul corpo è animato da posizioni non univoche su cosa esso in effetti sia e su quali siano i limiti etici e politici delle pratiche mediche e giuridiche che lo riguardano. L'incrocio stringente tra il diritto

³⁸ Elizabeth GROSZ, «Bodies - Cities», in Beatriz COLOMINA (a cura di), *Sexuality and Space*, Princeton (NJ), Princeton Architectural Press, 1992, pp. 241-253.

³⁹ M. Giuseppina SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 22-28.

⁴⁰ Giuseppe CAMPESI, *Soggetto, disciplina, governo. Michel Foucault e le tecnologie politiche moderne*, Milano-Udine, Mimesis Edizioni, 2011, p. 160.

⁴¹ Michel FOUCAULT, *Bisogna difendere la società. Corso al Collège de France 1976*, a cura di Mauro BERTANI e Alessandro FONTANA, Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 212-218. Cfr. anche Michel FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1977-1979)*, trad. di M. Bertani e V. Zini, Milano, Feltrinelli, 2005.

⁴² Thomas S. ELIOT, *The Burial of the Dead. The Waste Land (1922)*, in *The Waste Land and other Poems*, Toronto, Broadview Press, 2011, p. 64.

e la vita⁴³ risiede esattamente in questo punto e caratterizza l'epoca contemporanea. Per questo il diritto, che è un complesso sistema costituito da prescrizioni, decisioni, e da ragionamenti su prescrizioni, è diventato per larga parte *biodiritto*, avendo assunto quale proprio l'insieme delle relazioni tra *limiti e possibilità* della vita, da quando sembra in gioco il significato stesso di uomo e di natura umana⁴⁴.

Le radici storico-culturali della bioetica e del biodiritto, categorie convenzionali alle quali è demandato il compito di tracciare i confini della biopolitica, devono preliminarmente trarre ispirazione dall'etica medica, individuandone la storia, i confini e le prospettive, tenuto conto del controverso evolversi del tema della regolazione della scienza⁴⁵.

Nel passaggio dalla bioetica al biodiritto occorre mantenere intatto il concetto di persona «recuperando la valenza etica e la soggettività giuridica in ogni fase dello sviluppo dell'essere umano [...]. In tal senso il concetto di persona assume il ruolo di limite oggettivo che l'etica e il diritto pongono all'avanzare del progresso della scienza e delle tecnologie biomediche»⁴⁶.

Biopolitica, quindi, e non solo biodiritto. Senza proporre gerarchie fra questi due settori disciplinari, occorre ribadire che la biopolitica, più del biodiritto, è il punto cruciale per un programma finalizzabile alla tutela della vita debole⁴⁷.

La bioetica è nata in campo medico, come settore dell'etica applicato alla medicina. Ben presto, tuttavia, questo termine si è precisato come

⁴³ Sulla sacralità della vita che il diritto deve tutelare, si veda Ronald DWORKIN, *Life's dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage Books, 2011, e, di contro, per un approccio pragmatico al problema etico sulle decisioni riguardo alla fine della vita, cfr. Simon WOODS, *Death's Dominion. Ethics at the end of life*, Maidenhead, Open University Press, 2007, in particolare il cap. II, «Good life, good death», pp. 27-48.

⁴⁴ Vittorio POSSENTI, *Il nuovo principio persona*, Roma, Armando Editore, 2013, pp. 219-221.

⁴⁵ Tra i tanti lavori sul punto si vedano Evandro AGAZZI, *Quale etica per la bioetica?*, Milano, Franco Angeli, 1990; Eugenio LECALDANO, *La Bioetica. Scelte morali*, Roma-Bari, Laterza, 1999; Emanuele SEVERINO e Natalino IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001; Roberto ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, Einaudi, 2004; Emanuele SEVERINO, *Nascere. E altri problemi della coscienza religiosa*, Milano, Rizzoli, 2005; Natalino IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

⁴⁶ Laura PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 4.

⁴⁷ Antonio TARANTINO, «Bioetica, politica del legislatore e politica del diritto», in Elio SGRECCIA, Vincenza MELE e Gonzalo MIRANDA (a cura di), *Le radici della bioetica*, op. cit., p. 294.

attinente a un campo in cui ogni intervento dell'uomo sul fenomeno vivente in quanto tale pone questioni prima impossibili da considerare. Si è fatta strada la consapevolezza che fosse stata varcata una soglia prima neanche prefigurabile e che il fenomeno della vita necessitasse di un'etica più consapevole.

Le nuove possibilità tecniche di intervento sul βίος hanno messo definitivamente in crisi l'identità umana, mutando profondamente l'immagine antropologica dell'uomo, inducendo la necessità di una nuova valutazione dei momenti fondamentali dell'esistenza, quali nascere, morire, ammalarsi, curarsi, e di un adeguamento legislativo alle istanze individuali. L'immaginario collettivo ha ritenuto normale considerare lecito sotto il profilo giuridico quel che è tecnicamente possibile, operando un collegamento diretto tra le nuove opportunità offerte dalla scienza e le possibilità legali. Ne sono esempi le istanze di leggi che regolino l'eutanasia o il testamento biologico.

Ragionare di vita e di morte è ragionare attorno ad argomenti tanto fondamentali da far assumere alla discussione bioetica l'aspetto dello schieramento e della contrapposizione, in quanto significa anche interrogarsi sui sensi odierni della responsabilità, individuale e collettiva, sulla base di prospettive contraddittorie e difficili da valutare. In particolare, dire come la bioetica si collochi rispetto all'ambito normativo significa provare a chiarire come le nuove pretese individuali possano ed eventualmente debbano, entrare a far parte del *corpus* normativo della società come nuovi diritti soggettivi.

Il problema è duplice: se da un lato si tratta di cercare un accordo comune su alcune questioni bioetiche, dall'altro si cerca di pervenire ad una traduzione normativa, cioè alla formulazione normativa di «nuovi diritti». Il problema non è evidentemente solo giuridico, ma anche filosofico; ci si chiede se sia ammissibile «la pretesa della legge di regolare la volontà di vivere o di morire, che è la nostra suprema libertà esistenziale, cioè la possibilità di scegliere di non essere»⁴⁸.

Se il vecchio diritto di sovranità consisteva nel diritto di far morire o lasciar vivere, il nuovo diritto sarà quello di far vivere o lasciar morire, secondo la celebre formula foucoltiana⁴⁹. Il diritto risponde ovviamente da sempre al bisogno di disciplinare la vita e la morte. Fino ad oggi, la vita

⁴⁸ Carmen BILOTTA, «“Diritto a non morire” o “dovere di vivere”?», in *Mediterraneaonline*, 2011 (<http://www.mediterraneaonline.eu/it/08/view.asp?id=2397>).

⁴⁹ Roberto ESPOSITO, *Bíos: Biopolitica e Filosofia*, Torino, Einaudi, 2004, p. 28.

e la morte sono stati, nella loro essenza di fatti biologici, accadimenti consegnati alla legge dello Stato, perché ne regolasse gli effetti, o al limite perché stabilisse quando o come usarli, non perché li potesse generare o fondare. Il diritto, dunque, è da sempre bio-diritto o «tanato-diritto», tuttavia lo Stato ha sempre potuto disporre della vita e della morte in una direzione obbligata: «far morire» o «lasciar vivere», e non viceversa⁵⁰.

Il progresso tecnologico ha però mutato radicalmente lo scenario delle identità di vita e morte in cui la tradizione giuridica si è mossa fino al secolo scorso, e questo ha determinato anche il cambiamento dell'orizzonte del potere⁵¹. La scienza medica ha, ad esempio, reso possibile il protrarsi di uno stato intermedio tra vita e morte, nel quale la vita è sospesa e, nello stesso tempo, è sospesa la morte; la decisione sulla durata di tale periodo e sulle modalità con le quali l'uomo, ridotto alla sua funzione vitale vegetativa, possano concluderlo, è puramente e semplicemente giuridica⁵².

Ma il diritto dello Stato possiede, storicamente, le categorie adeguate a queste paradossali metamorfosi della vita e della morte e dello stesso diritto?

Un approccio filosofico a tale complesso problema, essendo la vita e la morte indecidibili, vorrebbe che il diritto non disciplinasse, ma lasciasse alla persona la piena libertà morale e giuridica di accedere alla possibilità di morire; sostenendo che la vita biologica ha il diritto a essere lasciata immune dal diritto stesso. E se fosse necessario emanare una legge circa la possibilità di suprema autonomia dell'individuo, cioè la possibilità di esprimere una volontà circa il proprio βίος e il proprio corpo biologico, occorre che il testamento biologico sia previsto come sommamente libero per chi lo fa, ma anche come vincolante per chi rimane: come si debba effettuare una tale manifestazione di volontà è pertinente al diritto positivo⁵³.

I problemi della bioetica, estremamente soggettivi, devono, perché possano essere regolamentati, divenire oggettivi e politici, nel quadro

⁵⁰ Sarah DELUCIA, «Biopotere, biopolitica, bioetica. Foucault dopo Foucault», in Ottavio MARZOCCA (a cura di), *Moltiplicare Foucault. Vent'anni dopo*, Milano, Mimesis, 2004, pp. 99-116, in particolare pp. 101-102.

⁵¹ Andrea MONDINI, «Diritti e doveri ai tempi del "bio-diritto". Alcune variazioni sul tema del testamento biologico», in *SO.CREM Bologna Informazione*, n. 37, primo semestre 2010, pp. 14-23.

⁵² Federico G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 14-30.

⁵³ Andrea MONDINI, «Diritti e doveri ai tempi del "bio-diritto". Alcune variazioni sul tema del testamento biologico» *op. cit.*, p. 22.

generale di una visione del bene umano, sia individuale che collettivo, mentre l'ampliarsi dei suoi confini, che sembrano estendersi di continuo, li rende sempre maggiori.

Alla fine del xx secolo, non era raro ascoltare profezie sul nuovo secolo *biotech*, che avrebbe portato nuove, anche se problematiche, possibilità mediche⁵⁴. La messa in sequenza del genoma umano avrebbe inaugurato l'epoca della manipolazione genetica e si preconizzava la possibilità di un mondo compiutamente ingegnerizzato dove le qualità dell'essere umano avrebbero potuto essere pianificate in un laboratorio; le svariate possibilità di utilizzo delle tecniche biomediche, come lo screening genetico, i trapianti di organi, le modificazioni genetiche degli organismi, innescavano il dibattito politico, teologico, filosofico ed economico.

I governi hanno posto limiti giuridici alla selezione genetica nella riproduzione, mentre il dibattito sulla bioetica conosce posizioni diverse; da una parte si tenta di risacralizzare la natura umana legandola al rispetto di una serie di valori originari stabiliti mediante un sistema normativo, asserendo che tutti gli interventi biotecnologici sugli esseri umani sono violazioni della loro natura⁵⁵. Di contro, vi è anche chi considera l'ingegneria genetica la possibilità del superamento dei limiti biologici ed ereditari dell'essere umano, rendendo più flessibile la struttura dell'esperienza morale: l'individuo può divenire maggiormente consapevole dei confini che separano la propria moralità dall'etica del genere umano, ma, nello stesso tempo, pienamente responsabile della sua vita⁵⁶. Quel che è certo è

⁵⁴ L'industria biotecnologica e le sue trasformazioni hanno avuto origine, tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta del xx secolo, dalla scoperta della tecnologia ricombinante del DNA, avvenuta nel 1973. Si vedano, a tal proposito, gli studi di Paul RABINOW, *Making PCR: A Story of Biotechnology*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, e *id.*, *Franch DNA: Trouble in Purgatory*, Chicago, University of Chicago Press, 1999; ed ancora Jeremy RIFKIN, *The Biotech Century*, New York, Penguin Putnam, 1998 [*Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, traduzione italiana di L. Lupica, Milano, Baldini Castoldi Dalai, 2003].

⁵⁵ Francis FUKUYAMA, *Our posthuman future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, New York, Picador, 2002, pp. 129-147 e 181-194; Leon R. KASS, *Towards a More Natural Science. Biology and Human Affairs*, New York, The Free Press, 1985, pp. 249-345; *id.*, *Life, Liberty, and the Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*, San Francisco, Encounter Books, 2002, in particolare i capitoli «Death with Dignity and the Sanctity of Life», pp. 231-256, e «L'Chaim and its Limits. Why not Immortality?», pp. 257-274; *id.*, *Beyond Therapy: Biotechnology and the Pursuit of Happiness. A Report by the President's Council on Bioethics*, Washington DC, Government Printing Office, 2003, pp. 159-204.

⁵⁶ Cfr. Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000; Richard DAWKINS, *The Selfish Gene* (1976) [*Il gene egoista. La parte immortale di ogni essere vivente*, traduzione italiana di G. Corte e A. Serra, Milano, Mondadori, 1995].

che mentre l'eguaglianza non è un'ovvia dimensione dell'essere umano, la morte ed il morire lo sono: gestire la mortalità è al centro di molti dilemmi della bioetica⁵⁷.

Le analisi filosofico-normative insistono su un terreno esclusivamente morale, ma esiste un parallelo dibattito che affronta gli stessi problemi, a partire dal rapporto tra i diversi sistemi capitalistici contemporanei e gli orizzonti scientifici e tecnologici emergenti nelle scienze della vita⁵⁸, e analizza il potere biotecnologico⁵⁹. La biotecnologia, che manipola componenti cellulari, subcellulari o molecolari negli esseri viventi per costruire prodotti, per scoprire nuova conoscenza sulle basi genetiche e molecolari della vita e per modificare piante, animali e micro-organismi⁶⁰, è una *tecnologia politica* che afferma un potere *bioeconomico* sulla vita. Ciò che la caratterizza è la sua intenzione di governare economicamente la vita dei cittadini mediante la flessibile e contingente interazione tra agenzie politiche, corpi politici, autorità economiche, legali, sociali, tecniche e le aspirazioni, i giudizi e le ambizioni di entità formalmente autonome come le imprese, i gruppi di pressione, le famiglie e gli individui⁶¹.

La bioeconomia appare la principale forma economica e finanziaria della nostra epoca, ma anche la ragione principale della trasformazione epistemologica in atto nell'ambito scientifico, giuridico e politico. Le ricerche condotte su questi temi tendono a comprendere il rapporto tra la vita e l'economia, tra la conoscenza del genoma umano e la produzione di tecnologie finalizzate al governo della vita dei singoli e delle comunità, come il principale obiettivo della nuova formazione economica e politica in atto.

Si è verificata l'emersione di una nuova formazione epistemica, la vita finita-illimitata, che descrive una nuova, possibile, forma di umanità o soggettività, di carattere appunto finito-illimitato, superumana dunque, in un certo senso, fondata sulle scienze della vita (genetica, biologia mole-

⁵⁷ Si veda il bel saggio di Eric COHEN, «Conservative Bioethics and the Search for Wisdom», in Nancy S. JECKER, Albert R. JONSEN e Robert A. PEARLMAN (eds.), *Bioethics. An Introduction to the History, Methods, and Practices*, Sudbury (MA), Jones and Bartlett Learning, 2012, pp. 108-124, e in particolare il paragrafo «The Meaning of Mortality», pp. 112-113.

⁵⁸ Si veda il lavoro di Kaushik S. RAJAN, *Biocapital. The Constitution of Postgenomic Life*, Durham-Londra, Duke University Press, 2006.

⁵⁹ Paul RABINOW e Nikolas ROSE, «Thoughts on the concept of biopower today», in *Biosocieties: An Interdisciplinary Journal for the Social Study of the Life Sciences*, 1, 2, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 195-218.

⁶⁰ Robin PISTORIUS e Jeroen VAN WIJK, *The Exploitation of Plant Genetic Information: Political Strategies in Crop Development*, New York, CABI, 1999.

⁶¹ Nikolas ROSE, *Powers of Freedom. Reframing political thought*, Cambridge, University of Cambridge, 1999.

colare) e sulla biotecnologia, sulla loro immensa capitalizzazione operata dall'industria farmacogenomica e dalle politiche della vita⁶². E la vita, divenuta *post-genomica*, implica la responsabilità della gestione del valore più alto di una comunità, il nuovo bio-valore⁶³, che, nell'ambito di una modificata rappresentazione del corpo quale rete di informazioni piuttosto che macchina anatomica⁶⁴, è il prodotto dell'immanenza di intelligenza e azione, si realizza nella cooperazione produttiva che intreccia l'uso della mente e del corpo con il linguaggio e con la produzione di una conoscenza⁶⁵, e definisce i modi in cui le tecniche possono intensificare e moltiplicare la forza e le forme della vitalità o ordinarla come se fosse un'economia, un sistema calcolabile e gerarchico di valore⁶⁶.

L'odierno crescente potere biotecnologico, affinché le promesse della tecnica non si volgano in minacce, dovrà tener conto dell'etica della responsabilità nei confronti del futuro⁶⁷, e, pertanto, essere analizzato riformulando i rapporti con il linguaggio e con il lavoro, riarticolarlo profondamente il rapporto tra bioeconomia e biopolitica⁶⁸ e la relazione, complessa e contraddittoria, tra diritto, economia, politica e vita⁶⁹.

⁶² Il migliore esempio di questo concetto di finito-illimitato è il DNA con le sue possibilità infinite di moltiplicazione; Deleuze ne è stato il primo teorico. Cfr. Gilles DELEUZE, *Foucault*, Paris, Editions de Minuit, 1986, p. 140: «Quelles seraient les forces en jeu, avec lesquelles les forces dans l'homme entreraient alors en rapport? Ce ne serait plus l'elevation à l'infini, ni la finitude, mais un fini-illimité en appelant ainsi toute situation de force où un nombre fini de composants donne une diversité pratiquement illimitée de combinaisons». Si veda il saggio di Paul RABINOW, «Artificiality and Enlightenment: From Sociobiology to Biosociality», in Paul RABINOW, *Essays on the Anthropology of Reason*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1996, pp. 91-111, in particolare p. 92 e n. 4.

⁶³ Il bio-valore ormai non è più quantificabile dall'economia e dalla politica secondo i meri parametri della forza-lavoro. Cfr. Kaushik S. RAJAN, *Biocapital. The Constitution of Postgenomic Life*, op. cit., pp. 199-200.

⁶⁴ Thomas LEMKE, «Oltre la biopolitica. Sulla ricezione di un concetto foucaultiano», in Michele COMETA e Salvo VACCARO (a cura di), *Lo sguardo di Foucault*, Roma, Meltemi, 2007, pp. 85-107, in particolare p. 98.

⁶⁵ Roberto CICCARELLI, «Il potere biotecnologico. La vita nell'epoca della sua costituzione postgenomica», in Adalgiso AMENDOLA, Laura BAZZICALUPO, Federico CHICCHI e Antonio TUCCI (a cura di), *Biopolitica, bioeconomia e processi di soggettivazione*, Macerata, Quodlibet, 2008, pp. 59-68; id., «Riformulare la libertà politica nell'analisi della governamentalità», *European Journal of Legal Studies*, 1, 3, 2008, pp. 1-29.

⁶⁶ Catherine WALDBY, *The visible human project. Informatic bodies and posthuman medicine*, London, Routledge, 2004, p. 31.

⁶⁷ Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1979 [Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica, traduzione italiana e introduzione di P. P. Portinaro, Torino, Einaudi, 2007, pp. 3 e ss.].

⁶⁸ Roberto ESPOSITO, *Bíos: Biopolitica e Filosofia*, op. cit., pp. 117 e ss., e 163.

⁶⁹ La società contemporanea conosce relazioni di potere e norme che sono al di fuori della tradizionale dicotomia tra quel che è legge e quel che è al di fuori di essa; la norma

V. CONCLUSIONE. CHE NE È DEL DIRITTO?

Ceux qui disent que ce retour d'humanité n'est qu'une branche de notre amour-propre font bien de l'honneur à l'amour-propre. Qu'on appelle la raison et les remords comme on voudra, ils existent, et ils sont les fondements de la loi naturelle.

VOLTAIRE⁷⁰

«Che ne è del diritto mentre la tecnica s'impone del nascere e morire umano?»⁷¹.

L'interrogativo è centrale al problema del biodiritto. Indica molto di più di un neutro legame tra vita e diritto: da una parte *vita* smette di essere una semplice durata, un intervallo di tempo tra nascere e morire, cui erano affidati confini certi, e persino sacri e inviolabili. Dall'altra *diritto* smette di essere un semplice meccanismo di regolazione. Giuridificare la vita significa metterla in *forma* e, di conseguenza, incidere direttamente su destini, scelte, progetti: mai come in questo caso il diritto si costruisce come tecnica, e insieme potere, che aggiudica libertà e limiti, possibilità che si aprono e contingenze che ne riducono gli spazi. Tra la vita e le regole il gioco si snoda sempre su equilibri provvisori e instabili, scandito tra le diverse dimensioni (individuale, sociale, esistenziale, costituzionale, privata, pubblica, reale, virtuale e giuridica, quest'ultima sempre più dilatata) della vita stessa, gli ambivalenti poteri della tecnica e le domande crescenti che vengono rivolte all'etica e al diritto⁷².

Il rapporto tra diritto e dimensione vitale dell'esistenza si è da tempo imposto alla cultura giuridica internazionale. L'espressione giuridico-normativa della bioetica, il biodiritto, è la nuova *νομή* della cultura occidentale.

A livello europeo, il nuovo millennio si è aperto con uno dei testi normativi più significativi nella storia del costituzionalismo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza) del 2000 entrata

«biopolitica», essendo extragiuridica, è flessibile in quanto «la flessibilità e l'imprevedibilità sono i caratteri dell'oggetto-vita a cui si riferisce». Cfr. Laura BAZZICALUPO, *Il Governo delle vite. Biopolitica ed economia*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 39.

⁷⁰ VOLTAIRE, *Oeuvres Complètes*, t. XI, Paris, Armand-Aubrée Éditeur, 1829, p. 74.

⁷¹ Natalino IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, op. cit., p. 41.

⁷² Stefano RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, op. cit., pp. 9-31 e 50-54.

in vigore nel 2003, il cui esordio è dedicato alla clausola della inviolabile dignità degli esseri umani, seguita dalla sanzione del diritto alla vita e dalla conseguente interdizione della pena di morte.

Nel processo di costruzione di una cultura biogiuridica, e insieme di costituzionalizzazione dei diritti della persona a livello europeo⁷³, ancor prima della carta di Nizza, nella consapevolezza che i progressi della biologia e della medicina siano da utilizzare per il beneficio delle generazioni presenti e future, è stata adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, firmata ad Oviedo il 7 aprile 1997⁷⁴, che traccia le linee di un intervento normativo sulla questione della biomedicina per porre dei limiti all'uso improprio delle tecnologie biomediche. Il trattato normativo ha come obiettivo principale tutelare la dignità della vita, confine oltre il quale la tecnologia non può spingersi e non può espandere competenze e domini⁷⁵. Questo testo biogiuridico ha segnato una svolta: le questioni della biomedicina richiedono regole giuridiche, e pertanto è necessario delineare un nuovo statuto dell'individuo, preso in considerazione, oltre che come soggetto razionale e come cittadino, nella sua dimensione corporea⁷⁶.

La *Convenzione*, insieme al suo intento di armonizzare i diversi ordinamenti normativi sulle questioni di tutela della dignità umana e della salvaguardia dei diritti fondamentali della persona rispetto al progresso scientifico e tecnologico⁷⁷ (poiché è evidente che la vita è divenuta manipolabile da parte della tecnica), ha sottolineato il dovere degli Stati di aprire la sfera della comunicazione collettiva a dibattiti consapevoli sulle questioni relative al biodiritto. Il senso di questa nuova prescrizione è far crescere l'informazione, pubblica e privata, che è diritto dei cittadini conseguire e obbligo delle istituzioni fornire.

Il diritto vive una condizione doppia: deve regolare le pratiche della vita essendone nello stesso momento regolato. Usa il suo linguaggio, quel-

⁷³ Amedeo SANTOSUOSSO, *Biotecnologie e tutela della persona: l'interrogazione giuridica nell'orizzonte bioetico*, Relazione al Convegno organizzato dal CSM su «Nuove frontiere di tutela della persona», Frascati, 4-6 maggio 2000, p. 8.

⁷⁴ La *Convenzione per la protezione dei diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina)*, è stata predisposta dal Comitato Direttivo sulla Bioetica del Consiglio d'Europa.

⁷⁵ M. Giuseppina SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, op. cit., pp. 29-31.

⁷⁶ Amedeo SANTOSUOSSO, *Biotecnologie e tutela della persona: l'interrogazione giuridica nell'orizzonte bioetico*, op. cit., p. 8.

⁷⁷ Federico G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, op. cit., pp. 42-43 e n. 90.

lo giuridico, ed è a sua volta informato dal linguaggio scientifico e morale. Tra vita e regole si stabilisce un circuito di riferimento reciproco e continuo all'interno del quale l'assolutezza che si pretende dalle norme deve fare i conti con la dipendenza dalle dimensioni della vita che cambia nella sua autodescrizione e nelle sue possibilità. Mai come per la questione della genetica tutto questo è diventato evidente. Poiché il rapporto tra scienza e diritto si va modificando, insorgono problemi di compatibilità ermeneutica all'interno dello stesso universo giuridico; allo Stato tocca il compito di determinare quali siano le conoscenze scientificamente valide per dotarle di efficacia normativa⁷⁸. La vita e la morte rivestono una pregnanza tale da mettere in discussione tutte le grandi costruzioni e le grandi certezze del diritto. La costrizione a vivere, che molti ordinamenti impongono a chi definisce la propria vita *wrongful*⁷⁹, sembra esemplificare la distorta comunicazione tra diritto, vita e scelte morali: lo spazio del biodiritto sta tutto nelle intersezioni di tale comunicazione. Poste in gioco quali testamento biologico, eutanasia, aborto, procreazione assistita, implicano scelte difficili che dovrebbero essere moralmente consapevoli e libere. Il diritto dovrebbe aprire alla tecnologia senza negare la ricerca attraverso divieti irragionevoli.

Tuttavia, per rendere effettiva l'autodeterminazione di ogni individuo, il diritto deve garantire non questa o quella scelta, ma *la* scelta; il vietare e il permettere devono tendere alle garanzie della libertà del singolo affinché questi possa operare le sue scelte morali. E tuttavia proprio per garantire tale libertà il diritto non deve ridurre, o annullare del tutto, le possibilità di scelta, in una nuova dimensione della soggettività⁸⁰. La vera responsabilità risiede in questo meccanismo, in questa istanza rivolta al diritto di assolvere alla sua funzione di garantire giustizia anche e proprio nelle particolari circostanze del caso singolo. Peraltro occorre che informazione e controlli aperti facciano della scienza un luogo della sfera pubblica: i concetti di biopolitica, che si sono enucleati per i primi, la bioetica e, infine, il biodiritto, devono essere oggetto di un dibattito diffuso⁸¹.

⁷⁸ Mariachiara TALLACCHINI, «Lo stato epistemico. La regolazione giuridica della scienza», in Cosimo M. MAZZONI (a cura di), *Etica della ricerca biologica*, Firenze, Olschki, 2000, pp. 91-111, in particolare pp. 93 e 96.

⁷⁹ Carlo CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 69-80.

⁸⁰ Stefano RODOTÀ, «Dal soggetto e la persona. Trasformazioni di una categoria giuridica», *Filosofia politica*, n. 3, 2007, pp. 26 e ss., e 42 e ss.

⁸¹ Eligio RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 32 e ss. Si veda anche, *id.*, «Biodiritto», in AAVV, *XXI Secolo, Norme e idee*, Roma, Enciclopedia Italiana Treccani, 2009, pp. 43-53, in particolare p. 52.

La fine del secolo scorso e il primo decennio dell'attuale hanno visto un espandersi del discorso pubblico; ma mentre si registra una domanda crescente —e un accumulo— di informazioni, sempre meno vi sono risposte certe e soluzioni razionali. A fronte della centralità del problema della vita, del quale, peraltro, da sempre si sono occupate, accanto alla biologia ed alla medicina, la politica ed il diritto, si chiede alle singole competenze di trovare la soluzione del tutto; sicchè accade che quando dai principi generali si passa ai casi reali, e in concreto si pone il problema di come si debba regolare la vita, il «rischio» della decisione è demandato dalla politica alla scienza, all'etica, al diritto, all'economia. Si è progressivamente assistito alla delega delle decisioni riguardo alla vita ai Comitati di Bioetica i quali, non esprimendo solo pareri etici, esercitano una attività paragiudiziaria, morale e consultiva, di non facile definizione dal punto di vista giuridico⁸². Si avvertono i limiti del diritto quando alla sua grammatica si vuole assegnare il compito definitivo di regolare «tutto l'arco della vita —la nascita, l'esistenza, la morte— e anzi si spingono al prima e al dopo»⁸³.

La società postgenomica, ampliando l'universo dei saperi, lo ha anche riempito di diritti tesi a valorizzare l'autonomia contro il *caso* e la *natura*. Contraccezione, aborto, tecnologie riproduttive, genetica, moltiplicano il numero delle scelte operabili rispetto ad un destino sempre meno ineluttabile; ma anche in questo si coglie il limite del diritto: scegliere per l'autonomia e l'autodeterminazione significa *salvare tutte le possibilità*, e con esse le *differenze* del diritto⁸⁴, «senza dimenticare che proprio quando la normatività giuridica incontra il corpo, rischia costantemente di con-

⁸² «Non è possibile negare che i CE non esprimono solo pareri etici». Cfr. Elisabetta PALERMO FABRIS, «La sperimentazione clinica: profili giuridici», in Leonardo LENTI, Elisabetta PALERMO FABRIS e Paolo ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. I diritti in Medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 643-704, in particolare p. 675 e n. 95; Stefano RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, op. cit., p. 165. Del medesimo autore si veda anche Stefano RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

⁸³ Stefano RODOTÀ, «Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e i suoi diritti», in Stefano RODOTÀ e Mariachiara TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, op. cit., p. 192. Sulle tematiche del testamento biologico si vedano Lucilla IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Milano, Ipsoa, 2000; Federico G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, op. cit.; Francesco CAMPIONE, *L'etica del morire e l'attualità. Il caso Englaro, il caso Welby, il testamento biologico e l'eutanasia*, Bologna, CLUEB, 2009; Paolo FLORES D'ARCAIS, *A chi appartiene la tua vita? Una riflessione filosofica su etica, testamento biologico, eutanasia e diritti civili nell'epoca oscurantista di Ratzinger e Berlusconi*, Firenze, Ponte alle Grazie, 2009.

⁸⁴ Eligio RESTA, «Biodiritto», op. cit., p. 52.

fondersi col “corpo” raccontato e normato da altri linguaggi (nel bene e nel male)»⁸⁵.

Uno dei nuovi concetti emersi, quello di biovalore, rammenta che alle origini del fenomeno giuridico vi è l'interesse alla tutela di valori condivisi che assurgono a valori giuridici. L'attuale sfiducia nell'idea che il diritto positivo possa offrire ogni soluzione interpretativa dei casi giuridici, ovvero, in buona sostanza, la crisi del giuspositivismo⁸⁶, che per troppo tempo ha ignorato la distanza, che si andava allargando, tra diritto formale e diritto vivente⁸⁷ ripropone l'attualità di una nuova analisi di questa chiave di interpretazione del diritto per provare a rispondere ai quesiti che abbiamo posto all'esordio, alla istanza collettiva che il diritto si orienti verso la realtà fenomenica che deve regolare⁸⁸.

La domanda di giustizia che la società pone all'etica⁸⁹ trova una sua giustificazione ed una sua legittimazione in due ordini di fattori: la funzionale e ineliminabile incompletezza di ogni ordinamento giuridico, e la conseguente necessità della sua integrazione mediante i principi etici che ne determinino l'adeguamento allo stile di vita adottati dalla società. In assenza di una risposta del diritto positivo, tale domanda ha il suo fondamento nella necessità che tutte le istanze sociali, in quanto pongono problemi rilevanti e sono portatrici di interessi diffusi, ottengano una risposta regolatrice, e nella constatazione che una tale risposta non si possa conseguire, per il tipo di novità che accompagna la domanda, con gli strumenti ordi-

⁸⁵ Eligio RESTA, «L'identità nel corpo», in Stefano CANESTRARI, Gilda FERRANDO, Cosimo Marco MAZZONI, Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, op. cit., p. 27.

⁸⁶ Flora DI DONATO, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli, Guida, 2012, pp. 23-25 e n. 17.

⁸⁷ Sul concetto e sulla definizione di diritto vivente, si vedano: Carlo ESPOSITO, «Diritto vivente. Legge e regolamento di esecuzione», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962; Gustavo ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, Milano, Giuffrè, 1962; id., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; Guido ALPA, «Il diritto giurisprudenziale e il “diritto vivente”. Convergenze o affinità dei sistemi giuridici?», *Rassegna Forense*, 2-3, I, 2007; Eligio RESTA, *Diritto vivente*, op. cit.; Vincenzo MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, Jovene, 2008; i due volumi, editi da Giuffrè nel 2009 e nel 2011, il primo a cura di Massimo CAVINO ed il secondo a cura di Anna S. BRUNO e Massimo CAVINO, *Esperienze di diritto vivente: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁸⁸ Flora DI DONATO, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, op. cit., pp. 20-29, in particolare p. 24.

⁸⁹ «La bioetica e il biodiritto non avrebbero avuto ragione di nascere se non si fosse verificata una coincidenza fra sviluppo scientifico e mutamento culturale; sviluppo e mutamento che proseguono, dischiudendo quotidianamente problematiche nuove legate ai nuovi margini d'intervento umano». Cfr. Carlo CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, op. cit., p. 16.

nari previsti dalla legge stessa per colmare le lacune del proprio sistema normativo. E non si può non rilevare che se la domanda di giustizia viene rivolta all'etica anche in presenza di una risposta del diritto positivo, essa può far discendere la sua legittimazione soltanto dalla non conformità del diritto positivo ai principi inderogabili dell'etica sociale e dal conseguente suo atteggiarsi come diritto ingiusto⁹⁰.

⁹⁰ Angelo FALZEA, «*Etica e Diritto*. Prolusione tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Accademico 2002-2003 dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria», in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, III, *Scritti d'occasione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 343.