

BIOETICA E BIODIRITTO
DAL POTERE SULLA NUDA VITA ALL'ANTROPOLOGIA COSTITUZIONALE

P.G. MONATERI

University of Torino, School of Law
September 7, 2008

Archivio Teologico Torinese, anno 14, n. 1, 2008, pp. 120-128

Abstract

In questo paper si analizzano le determinazioni concettuali di nuda vita e di biopotere per cercare una prima fondazione del discorso giuridico sui temi bioetici. Tale riflessione è poi inserita nel quadro *nomico* della Costituzione, ed alla luce di una Antropologia costituzionale si cerca di derivare alcune conclusioni in tema di *dignità* della persona.

Sommario

1. *Le questioni aperte: il passaggio dalla bioetica al biodiritto*
2. *Nomos, Zoè, Bios : la questione politico-giuridica del biopotere*
3. *L'antropologia costituzionale*

Le questioni aperte : il passaggio dalla bioetica al biodiritto

Il pensiero della bioetica è oggi già molto sviluppato mentre le fondazione di un discorso giuridico sui medesimi argomenti deve ancora essere compiutamente pensata.

Conviene quindi innanzitutto osservare quali sono gli “oggetti” propri della riflessione che vengono inquadrati come questioni bioetiche suscettibili di diventare questioni giuridiche in senso proprio.

Gli “oggetti” attraggono, infatti, la nostra attenzione in un modo peculiare, risvegliando considerazioni che rimangono altrimenti sopite finché l’oggetto proprio del problema non è evocato sulla scena del discorso. In ciò si verifica tanto una attivazione dei pensieri quanto una loro sterilizzazione. Parlo infatti volutamente di “oggetti” della riflessione bioetica per mostrare come i problemi umani sottesi vengano resi disponibili attraverso una particolare “tecnica” : quella della riflessione scientifica che ne fa dei problemi da corsi universitari in una dimensione che tende a distaccarsi dalle

condizioni esistenziali proprie in cui in realtà quei problemi si manifestano come tali, attraverso un processo di *normalizzazione* dei rapporti umani¹

Una semplice scorsa ai manuali ed alle lezioni che vengono dedicate al problema può allora indicarci il seguente orizzonte di considerazioni.

Innanzitutto le questioni che attengono al corpo considerato in quanto tale nella sua fisicità manipolabile, onde viene innanzitutto in considerazione l’allocazione giuridica dei materiali biologici². Laddove con tutta evidenza il problema viene a presentarsi in modo non dissimile dall’allocazione giuridica di qualsiasi risorsa scarsa, bene mobile, non in quanto ciò sia presente nella mente degli autori, ma in quanto ciò è connaturato nella logica del discorso.

Da qui la questione del “testamento” biologico come dichiarazione di volontà sul destino post-mortem del proprio corpo³

In secondo luogo viene in rilievo la salute in sé considerata come diritto alla sua scelta e bene tutelabile⁴, e quindi anche il problema del rifiuto delle cure, della rinuncia alle stesse e dell’eutanasia come risolto di una decisione del soggetto sulla propria salute.

Donde diventa centrale la riflessione sul “consenso”⁵, così come essa è centrale in altri campi del diritto come quello dei rapporti patrimoniali incentrati sull’ accordo contrattuale e gli atti di autonomia di esercizio della titolarità proprietaria.

In questa logica del discorso vengono catturate le aree più “classiche” della riflessione sulla nascita, la morte e l’aborto verso i campi più nuovi delle *tecniche* di procreazione, come la maternità surrogata, della vita prenatale, ovvero del diritto a non nascere affatto⁶ e delle cellule staminali⁷.

Col che si giunge finalmente alle grandi questioni aperte dalla “genetica”⁸ dalle innovazioni biotecnologiche e dalla loro brevettabilità⁹, nonché evidentemente della sperimentazione¹⁰.

E’ bene allora guardare apertamente anche ai campi che si stanno per aprire, a quel settore di “diritto e fantascienza” che solo apparentemente è lontano, e che invece rappresenta semplicemente ciò di cui si discuterà tra un anno:

¹ Sheila Jasanoff, *Ordering Life : Law and the Normalization of Biotechnology*, Politeia, 2001, pp. 34-50

² Mariachiara Tallachini, *L’allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, *Medicina e morale*, 1998, pp. 499-544.

³ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Concetti di morte e autonomia degli individui*, Politeia, 2002, pp.207 ss.

⁴ Paolo Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute*, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2000, II, p.1 ss.

⁵ Zatti, loc ult cit

⁶ E. Palmerini, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001, II, p. 209.

⁷ Amedeo Santosuosso, *Individui , diritti e cellule nella ricerca sulle cellule staminali embrionali*, *Bioetica* , 2000. p. 685.

⁸ Raffaele Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica*, in *Bioetica*, 2003, p. 443; Raffaele Guariniello, *Informazioni genetiche e riservatezza*, *Bioetica*, 2002, p. 671.

⁹ Marachiara Tallachini e Luigi Donati, *Ingegneria tessutale : bioetica e prodotti bioartificiali*, *Medicina e morale*, 1997, pp. 267-285; Mariachiara Tallachini, *Habeas Corpus ? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, *Bioetica*, 1998, p. 531-552.

¹⁰ Margherita Rinaldi, *il decreto legislativo sull’applicazione della buona pratica clinica nelle sperimentazioni*, *Bioetica*, 2003, p. 849.

la rottura del limite dell'età per la procreazione femminile; il *cloning* omosessuale, ma ancora, per rimanere alle ricerche di Hoaskins, la possibilità di identificazione del "self" in qualche parte del cervello e quindi la possibilità di trapianto dell'identità in corpi clonati, o comunque diversi dall'originale; la individuazione del gene responsabile del raddoppio della durata della vita nei primati superiori (25 anni gorilla, 50 anni scimpanzè, 100 anni uomo) con l'evidente possibilità di manipolazione dell'attuale limite genetico di vita umana¹¹

La questione essenziale che qui si pone è allora, di tutta evidenza, quella della manipolabilità tecnica dell'uomo e dei suoi componenti verso la costruzione di una dimensione post-umana.

Tale sogno rosa-crociano di trionfo della techne sulla vita stessa come asserzione di un dominio sulla nuda vita¹² avviene naturalmente attraverso l'assunzione dell'utilità come categoria ordinante del giudizio. Laddove l'utilità per altre vite, per cure e salute, o maggiore lunghezza di altre vite diviene necessariamente il metro di fondo della comparazione, anche da parte di coloro che rifiutino l'utilitarismo come criterio di decisione morale. Dopo tutto una tecnica non si giudica che dalla sua utilità: è dunque lo sviluppo stesso della tecnica a imporre l'utilità quale valore pari alla salvezza e a relegare comunque le altre considerazioni nell'informe spazio delle ubbie che devono vincere un cimento per potersi presentare come argomentazioni credibili.

Proprio qui e proprio su questo punto la riflessione biogiuridica deve quindi ancora pensare ciò che è elementare, o addirittura ciò che è più elementare di tutto il resto, ovvero sia il suo punto di vista, l'orientazione del suo sguardo; ciò che è destinato a rimanere poi scontato. Ciò su cui poi più non si torna.

¹¹ Cfr. Guido Calabresi, Conferenza su "Scelte Tragiche", Bioetica e Diritto, Roma, Accademia dei Lincei, 30 ottobre 2006.

¹² Giorgio Agamben, Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino, 1995; Stefano Rodotà, La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 9.

Nomos, Zoè, Bios : la questione politico-giuridica del biopotere

Il passaggio dall'etica al diritto impone un passaggio dal mero argomento di moralità a quello di legittimità, in particolare della legittimità dell'uso del potere.

Il bio-diritto, a differenza della bio-etica, non può, quindi, prescindere dalla considerazione dell'esistenza effettiva di poteri di fatto che si pongono in quanto tali come poteri sulla vita¹³, ovvero sui materiali di cui la vita è fatta. Poiché nel discorso giuridico ne va appunto della legittimità di un potere in quanto bio-potere.

Per biopotere occorre evidentemente intendere il processo disciplinare attraverso il quale un potere, statale o privato, fa dell'uomo in quanto vivente il proprio oggetto specifico. Per il diritto la questione principale non è quindi tanto una questione di valori, ma della saldatura tra potere sovrano e potere tecnico nella massima delle signorie : quella sulla vita.

In particolare l'integrazione fra medicina e politica appare uno dei caratteri essenziali della biopolitica moderna : la creazione del terreno ambiguo in cui il medico e il sovrano sembrano scambiarsi le parti¹⁴. Non è neanche un caso che l'ordinamento universitario abbia demandato le questioni giuridiche attinenti al biodiritto allo Jus01 come settore accademico, cioè al Diritto Privato, poiché in effetti oggi la questione della signoria sulla vita si dà massimamente come *imperium privatum*, cioè come dissoluzione finale della sovranità pubblica proprio nel suo aspetto ultimo e fondamentale di sovranità sulla vita. Laddove la proposizione della techne e della utilità individuale, o dell'umanità, come istanza suprema e fattore decisivo della scelta convive in modo evidente con la forma privatistica dell'esistenza storica nell'epoca della globalizzazione.

Se, quindi, nel diritto rispetto alla bioetica, si tratta di definire nella vita la soglia che articola e separa ciò che è dentro e ciò che è fuori dall'ordinamento della legge, e quindi si tratta di una tipica questione di ontologia della vita, e dell'essere, ma con riferimento alla validità nello spazio e nel tempo di una legge, occorre necessariamente partire dalla differenza tra Zoè e Bios, e quindi tra Logos come ordinamento del cosmo, e Nomos, o Nomoi, come ordinamenti delle comunità umane.

La Zoè essendo la mera vita, la nuda vita, il fatto semplice di vivere del corpo; mentre Bios si pone come vita socialmente costruita, modo di vivere, interno ad una determinata comunità politica

Bios presuppone quindi necessariamente un Nomos: cioè lo statuto di una comunità su uno spazio nella sua esistenza storica¹⁵. La vita come Bios è cioè fondata su una localizzazione da cui riceve uno statuto particolare e differenziato, una morphè, rispetto allo spazio amorfo in cui viene lasciata la nuda vita. Non è un caso che l'etica che si propone nella bioetica tenda

¹³ Non mi sfugge qui che per uno scienziato il termine "vita" non ha più di per sé significato, ma ciò NON mi interessa. Per le ragioni che diverranno evidenti mi può qui interessare solo una nozione umanistica di vita, la quale è presupposta dal diritto, di contro a qualsiasi visione scientifica che ne annulli la sostanza.

¹⁴ Agamben, *Homo sacer*, cit., p. 159

¹⁵ In questo senso effettivamente il nomos è un altro volto dell'ethos, ma non possiamo qui indagare questo aspetto.

sempre a scrivere clausole generali, cioè rimandi a situazioni concrete e con ciò piazza il problema della mera vita nello stato di eccezione : questo caso o quel caso che suscita emozioni , per il quale non vi sono regole certe di soluzione, ma anzi la situazione in cui le regole vengono in formazione rispetto al caso e alle sue particolarità. Dopo tutto *necessitas non habet legem*. Bisogna però sottrarsi a questa logica dell'eccezione poiché altrimenti non è un caso che il potere *vitae necisque* si manifesti proprio nell'eccezione come potere puro di fatto sulla nuda vita che cerca nella necessità la sua legittimità transeunte con specifico riferimento soltanto al caso in questione.

Che questi siano problemi di sovranità è palese non appena si ricordi che sovrana è la decisione che si attua in assenza di norme, cioè nello stato di eccezione, e sovrana è appunto quella sfera in cui si può uccidere senza commettere omicidio (e senza celebrare un sacrificio). Rispetto a tale ambito di sovranità come sfera legittima di manipolabilità della vita il confronto tra etica , ordinamento dello Stato, e Chiesa Cattolica non si può allora porre dal mero punto di vista dei valori o della vigenza della legge positiva, come vedremo anche in seguito. Essa deve porsi come questione propria dell'ordinamento della chiesa in quanto ordinamento che detiene una propria sovranità originaria antecedente a quella degli Stati¹⁶.

Nel Biodiritto si tratta quindi proprio di costruire o negare il mero fatto politico e tecnico come legittima signoria giuridica sulla vita. In esso ne va quindi di uno sdoppiamento di tale signoria in giuridica, religiosa, politica, economica, di mero fatto sulla Zoè nelle forme o fuori dalle forme del Bios, laddove la vera costruzione della nuda vita dipende interamente dalla costruzione della vita giuridicamente formata dacchè la Bios stessa si vuole presumere come un limite alla sovranità, essendo la sovranità assoluta quella di fronte alla quale vi è una mera Zoè, come tale uccidibile e manipolabile e modificabile a piacimento.

L'asserzione della Bios è quindi una asserzione di sacertà e intoccabilità, onde necessariamente qui il diritto si pone come secolarizzazione della teologia, e come sacertà della morphè umana.

Viceversa l'asserzione della manipolabilità e uccidibilità non possono che darsi come riconoscimento che esiste solo più una nuda vita di fatto esposta a sovranità magari private ma assolute che non trovano affatto un limite nelle loro decisioni; ciò che peraltro è appunto quanto tende ad attuarsi nello spazio s-confinato della globalizzazione: il travalicamento dei vari confini (nel Nomos spazio e norma coincidono) non è altro appunto che il venir meno di forme determinate (confinare) di esistenza storica, ma il chè determina appunto un venir meno della Bios e una mera sussistenza della Zoè come condizione di fatto.

¹⁶ Sulla Chiesa come *societas perfecta sibi sufficiens* originaria dotata di un proprio ordinamento cfr. Pio Vito Pinto, *Diritto Amministrativo Canonico*, Edizioni Devonianne Bologna, 2006 pp. 3 e 18, e p. 89 sulla *Potestas* come potere di ordinamento di cui la Chiesa fu dotata fin dalle sue origini.

L'antropologia costituzionale

Da quanto siamo venuti dicendo risulta chiaro che per noi si debba allora andare alla ricerca di quale figura di uomo è contenuta nella nostra Costituzione, come riferimento ad un Nomos effettivo che in-forma l'esistenza storica della nostra comunità in quanto comunità giuridico-politica.

Si tratta cioè di analizzare l'antropologia contenuta nella nostra Costituzione.

Il concetto di Uomo è innanzitutto contenuto all'art. 2,1 della Costituzione laddove si parla dei diritti inviolabili dell'Uomo e dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, come correlato dei primi. Il concetto di Uomo viene quindi introdotto immediatamente dopo quelli di Italia, Repubblica, Popolo e Sovranità che compaiono all'art. 1. Ovvero definita l'entità statale e la sua forma cui pertiene la costituzione stessa in quanto documento, il primo concetto ad essere richiamato è quello di Uomo. Tutto ciò deve essere catturato nella sua peculiare pregnanza giacchè *non* si tratta di un ragionamento morale, ma di una considerazione *nomica*, cioè giuridico-fondamentale che attiene alla forma stessa dell'esistenza storico-politica, fino a quando essa non muti radicalmente.

Successivamente all'art. 3,1 viene introdotto il concetto di Dignità con riferimento alla pari dignità di tutti i *cittadini* senza alcuna distinzione.

In questa disamina non può ovviamente sfuggire il richiamo dell'art. 7,1 alla Sovranità della Chiesa Cattolica come pari a quella dello Stato, ciascuna esercitata con indipendenza nel proprio ordine. Insomma la sovranità introdotta all'art. 1 con riferimento al popolo che la esercita nelle forme della Costituzione viene richiamata con esplicito riferimento alla Chiesa. Da ciò segue necessariamente, art. 7,2, che i rapporti tra Stato e Chiesa siano retti da accordi di carattere internazionale, che non possono essere modificati se non da variazioni consensuali intervenute tra i due soggetti sovrani.

Il successivo art. 29 menziona la famiglia come società naturale, il che significa *non* storico evolutiva. Questa dizione non è, quindi, affatto neutra: essa anzi sottrae decisamente la famiglia all'evoluzione storica, fissandola nella sua naturalità figurale, la quale ovviamente può essere contestata o contestabile, ma è entrata, una volta per tutte, nell'ordinamento. Ovvero la scelta costituente poteva per avventura essere stata diversa, ma è stata questa, e questa scelta non è certo indifferente o marginale rispetto alla concezione di una Costituzione come Nomos, cioè come forma concreta dell'esistenza comunitaria, onde di questa figuraltà occorrerà pur tener conto in tutte le questioni che provenendo dalla bioetica approdano al biodiritto.

Infine, e non potrebbe qui essere altrimenti, di massima rilevanza risulta la previsione costituzionale della salute, art. 32,1, come Diritto individuale e Interesse della collettività, e quindi, come diritto individuale tendenzialmente indisponibile se non nei limiti consentiti dall'interesse collettivo. In particolare si ricordi che per l'art. 32,2 nessuno può essere obbligato ad un determinato

trattamento sanitario se non per disposizione di legge, e che la Legge *non può in nessun caso* violare i limiti imposti dal *rispetto della persona umana*.

Ecco allora che la nostra Costituzione non risulta affatto neutra dal punto di vista antropologico, essa anzi ci rimanda ad un quadro perfettamente chiaro che si snoda nelle nozioni che via via si affacciano nel suo testo : Uomo, Dignità, Libertà, Rispetto, Persona, cui si deve aggiungere ovviamente la Famiglia come società naturale dell' Uomo.

Nella Costituzione innanzitutto *non* esiste quindi uno statuto della Vita¹⁷ in quanto tale ma dell'Uomo come Persona; onde vi è un rimando tipico alla figuralità greco-latina della persona umana resa ancora più palese dal riferimento alla categoria del rispetto. Per quanto attiene al trattamento sanitario, infatti, la sovranità medica trova un limite invalicabile nella legge, e la legge trova un limite altrettanto invalicabile nel Rispetto della Persona Umana.

Questi termini devono allora essere analizzati. O per meglio dire bisogna lasciar parlare questi termini nella loro valenza semantica.

La Persona innanzitutto denota l' Uomo in quanto rappresenta una parte in società : ha condizione, stato, ufficio. E Rispetto denota il riguardo, la considerazione, lo stare in timore, da lontano – a distanza di rispetto – in ubbidienza, reverenza , ossequio.

La Persona di cui occorre qui avere riguardo non è ovviamente la persona favorita dalle circostanze, ma il soggetto potenzialmente s-favorito, al quale non si può fare nulla che lui stesso non avrebbe fatto / consentito, ma neanche nulla che a lui stesso sarebbe stato non permesso per la sua auto-dignità: la dignità pone infatti dei limiti a noi stessi, e quindi li pone come conseguenza agli altri. Se noi non possiamo auto-degradarci non possono neanche degradarci gli altri.

Infatti Dignità è l'esser degni di una condizione di grado o ufficio elevato; così come il senso di dignità è il sentimento di rispetto che l'uomo deve a sé stesso.

Se qui vi è, allora, un rimando alla figuralità greco-romana dell'Uomo, con l'importanza che essa pure ora riveste anche nella Chiesa¹⁸, è ovvio che questo rimando rammenta una distinzione che, riguardo alla Dignitas, torna a rivestire la massima importanza.

Infatti la *perdita della Dignitas* rivestiva le caratteristiche della *capitis deminutio*, cioè appunto di una diminuzione dell'uomo e la *capitis deminutio maxima* era la perdita stessa dello statuto di uomo in quanto cittadino libero per diventare lo schiavo, non più un soggetto, ma una cosa, non più un uomo che magari si teneva in stato di soggezione, ma una vera e propria cosa che si teneva in proprietà. Il diventare una *res* è l'opposto della dignità dell'uomo in quanto *non* è una *res*.

Se questo è, quindi, lo sfondo dell'antropologia costituzionale è, allora, evidente che ciò che riduce l'uomo ad una cosa *in dominio di altri* è vietato.

¹⁷ Statuto della vita in quanto tale che potrebbe autorizzare a porre sullo stesso piano le questioni attinenti all'Uomo e agli animali.

¹⁸ Si veda il c.d. Discorso di Ratisbona del 12 settembre 2006 dove il Papa ha espressamente preso posizione sulla centralità del pensiero greco purificato per lo sviluppo della fede cristiana.

Quest'essere ridotti in dominio altrui è esattamente ciò che è contrario alla dignità.

Cosa è, pertanto, che definisce l'uomo a cui spetta questa dignità? In questa direzione va pur sempre la definizione classica di uomo come mammifero a stazione eretta, glabro, con mani dai pollici opponibili. Cioè l'uomo è definito dalla sua *figura* e la sua *forma* è desunta dai suoi *organi*. Questi appartengono quindi all'essenza dell'uomo in quanto ne costituiscono la figura. Sono gli organi che definiscono l'uomo che può essere assunto alla dignità della persona.

Le parti del corpo non sono quindi estranee alla dignità dell'uomo anzi su di esse si riverberano le stesse considerazioni che sulla figura intera. Infatti il braccio dello schiavo aveva un prezzo e perciò poteva essere risarcito mediante la Lex aquilia come parte di una cosa che aveva un mercato. Viceversa l'offesa al braccio dell'uomo libero non poteva venire risarcita in questo modo, doveva essere compensata come offesa alla sua dignità attraverso l'*actio iniuriarum*: l'offesa al braccio dell'uomo libero non trovava rimedio in un impossibile risarcimento, ma era colpita a titolo di pena per l'ingiuria arrecata alla libera persona.

Se pertanto questo è lo sfondo dell'antropologia costituzionale, che la figura dell'uomo è assunta nella dignità della persona, allora anche qualsiasi atto che trasformi le parti del corpo umano in cose è essa stessa vietata: le parti del corpo non possono diventare cose senza offendere la dignità.

Naturalmente se il problema è quello del rispetto della dignità a nulla vale invocare l'utilità, anzi il proporre l'utilità come fondamento di una *deminutio della dignitas* è già una ingiuria.

Riassumendo la questione della dignità posta dalla Costituzione risolve la questione del Dominio sulla persona.

La persona non può disporre compiutamente di sé stessa: non può vendersi, non può alienare la propria libertà politica, non può consentire alla propria mutilazione, e non potrebbe consentire alla propria manipolabilità se non trattando sé stessa come cosa: il che non le è consentito. Allo stesso modo e per ciò non può neanche cadere in dominio di altri.

Sarebbe ben strano che gli altri potessero fare ciò che neppure al soggetto stesso è consentito per il rispetto che egli deve a sé stesso.

Ma se tutto ciò è nella Costituzione allora ogni mutamento di questi principi, od ogni deroga, *non può avvenire per legge*.

Se si vuole alterare lo statuto della vita umana occorre modificare l'ordinamento costituzionale. Ma siccome i principi che riguardano la persona non sono singole disposizioni particolari ma sono evidentemente dei principi cardine della Costituzione stessa, essi non sono modificabili neanche con legge costituzionale.

Per modificare i principi sulla dignità della persona occorrerebbe una *nuova costituzione*: una nuova forma di esistenza storica.