

Il fecondo pensiero di Stefano Rodotà nelle aride prospettive del biodiritto penale

Antonio Vallini*

STEFANO RODOTÀ'S FRUITFUL THOUGHT FROM THE ARID POINT OF VIEW OF BIO-CRIMINAL LAW
ABSTRACT: The Author analyzes what can be pieced out from the rich thought of the great jurist Stefano Rodotà, that may help to reflect critically about fundamentals and limits of Bio-Criminal Law. This approach eventually reveals how unsuitable is Criminal Law to discipline the problematic area of bioethical issues.

KEYWORDS: Bio-criminal Law; Right to Health; Procreative Liberty; Self-determination; Dignity

SOMMARIO: 1. Ragioni e limiti di un doveroso omaggio – 2. Metodo del giurista e politica del diritto – 3. Libertà e diritti – 4. Uguaglianza – 5. “Legge naturale e ordine giuridico” – 6. Salute– 7. Dignità– 8. Per una depenalizzazione del biodiritto.

1. Ragioni e limiti di un doveroso omaggio

Come credo chiunque si sia occupato di biodiritto, enorme è il debito culturale che avverto nei confronti di uno studioso di eccezionale profilo, quale è stato Stefano Rodotà. Ho accettato, dunque, con istintivo entusiasmo, e con una buona dose di incoscienza, la proposta della Rivista di coinvolgermi in questo doveroso tributo. Solo successivamente, *melius re perpensa*, mi sono reso conto della portata di un simile impegno, palesemente al di là delle mie poche forze e capacità.

Ragion per cui neppure mi cimento nella sfida, e in un certo senso eludo l'ostacolo. Lo scritto che intendo proporre non ha certo l'ambizione di un'analisi sistematica, o di una sintesi, del denso pensiero dell'Autore che onoriamo. Avrà piuttosto la forma di “riflessioni sparse” volte a rievocare, in termini molto personali e ben poco tematici, percorsi di ricerche che ho compiuto in ambito strettamente penalistico, nei quali mi è capitato di incontrare più volte un non penalista – ma un grande giurista – come Stefano Rodotà.

Incontri dai quali ho prima di tutto tratto il saggio insegnamento che bisognasse alzare lo sguardo dal sentiero e distogliere la mente dalla meta, per apprezzare, anche emotivamente, le infinite sfumature dei paesaggi circostanti. Ombre comprese.

* Professore ordinario di Diritto penale, Dipartimento di giurisprudenza, Università di Pisa. Mail: antonio.vallini@unipi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

2. Metodo del giurista e politica del diritto

Il confronto si è imposto già nel momento in cui si è trattato di decidere presupposti e metodo di un approccio “scientifico” al biodiritto penale

È tra i fautori, Rodotà, di un biodiritto problematico e duttile, mai distolto dalla pregnanza del caso concreto e dalle dimensioni esistenziali in esso coinvolte, per inseguire velleitarie geometrie di regole; più conciliativo che autoritativo, orientato da un saggio temperamento di interessi e da una valorizzazione della auto-nomia delle persone coinvolte; ispirato, al più, da direttive fondamentali¹. Un biodiritto, in definitiva, del giudice, e dei principi, più che della legge. Un’impostazione che, sia pur variamente sviluppata, trova riscontro nel pensiero di altri autori, ed ha avuto epigoni tra i cultori del diritto penale, i quali sono arrivati a formulare l’ipotesi, quasi ossimorica, di un “diritto penale empatico”².

Nondimeno, le prospettive del diritto penale sono altre, rispetto a quelle cui orientava il proprio discorso Rodotà. I valori della determinatezza, della tassatività, della tipicità, dell’uguaglianza, garantiti da adeguati precetti generali e astratti, utile bussola *ex ante* per le scelte comportamentali dei consociati, e fermo criterio di giudizio *ex post* per il giudice, assumono in questo distinto contesto implicazioni qualitativamente differenti, costituendo la condizione imprescindibile di legittimità di una relazione di violenza istituzionalizzata tra Stato e individuo. Essi sono il presupposto senza il quale non sarebbe concepibile l’applicazione di una sanzione che priva della libertà, nel contesto di un ordinamento che voglia ritenersi personalistico e liberale. Prima che di conciliare interessi coinvolti in vicende eticamente sensibili, qui si tratta – più brutalmente, per certi versi - di decidere della ascrizione a un individuo di una responsabilità che comporta l’inflizione della più terribile tra le sanzioni.

Per ragioni prevalentemente ispirate dalla necessità di offrire un contributo consentaneo a una visuale strettamente penalistica, dunque, mi è capitato di esprimere una preferenza per un diverso biodiritto, più fermamente ancorato alla legge, e di tentare proposte di metodo tese il più possibile, e nei limiti del possibile, a rinsaldare l’impegno deontologico che il giurista deve onorare verso dati normativi che gli si impongono, in ragione di una data organizzazione istituzionale³. Ciò anche in funzione di un’esigenza di uguaglianza e certezza, strettamente correlata al valore della laicità. Perché in ambiti di “non diritto” – e lo stesso Rodotà ci mette in guardia, a più riprese – le “legge del caso concreto”, lungi dal rappresentare il più accorto bilanciamento tra beni personali coinvolti, può invece certificare rapporti di forza, dimostrarsi cedevole alle pressioni del maggior potere (economico, politico, tecnico, fattuale): «l’affidarsi al non diritto non sempre porta con sé una maggior pienezza della vita: può determinarne una totale mortificazione»⁴.

Inoltre, una legge, è vero, potrebbe anche non essere laica, ma in tal caso sono attivabili tutti i correttivi ordinamentali. Per contro, niente garantisce la laicità di una valutazione del giudice prevalentemente ispirata dalla sua sensibilità, e tutt’al più orientata da principi rispetto ai quali non è

¹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 9 ss.

² O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009.

³ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 1 ss.

⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 30 ss.

concepibile, per dirla con Zagrebelsky, una «scienza della loro composizione», quanto, piuttosto, «una prudenza nel loro bilanciamento»⁵ (lo stanno a dimostrare i tentennamenti dei giudici su una vicenda tutto sommato giuridicamente non complessa, come il c.d. caso “Welby/Riccio”, su cui lo stesso Rodotà aveva dato indicazioni ben nette). Ebbene: sarebbe davvero inquietante se da orientamenti in concreto del giudice, non irretiti da nette indicazioni di legge, ed espressione di una “sensibilità” e una “prudenza” fisiologicamente esposte a precomprensioni etiche, potesse derivare addirittura un allargamento dell’area della responsabilità penale; se la reclusione servisse, per intendersi, a suggellare simbolicamente le inclinazioni valoriali del giudice di volta in volta competente, o di cui comunque il giudice si erge a rappresentante.

Facciamo un esempio tra i tanti possibili, forse chiarificatore di questa non piena conciliabilità di intenti tra diversi ambiti. Nel contesto di un’argomentazione più latamente biogiuridica, può apparire opportuno mediare tra spazi di autodeterminazione della donna, e salvaguardia della dignità dell’embrione da lei generato; sicché, può risultare sensato il riconoscimento di un onere, per il medico, di crioconservare l’embrione umano *in vitro* di cui la donna abbia rifiutato l’impianto, garantendogli così la vita, e pur remote *chances*. Nondimeno, se da tale impostazione si volesse far derivare, più precisamente, una responsabilità penale a titolo di “embrionicidio per omissione” (art.14, 1° co., l.40/2004 e art.40 ult.co. c.p.), a carico del medico che abbia lasciato deperire l’embrione, urgerebbe obiettare che l’obbligo fondante una simile responsabilità non è previsto chiaramente dalla legge (come invece imposto dall’art.25, 2° co., Cost. e dall’art.40, ult.co., c.p.), essendo anzi, in quella legge, la crioconservazione elevata addirittura a delitto (art.14, co.1, l. 40/2004 – ed il 3° comma prevede solo una “possibilità”, non un “obbligo”). Parrà assurdo, ma è una “assurdità” sancita per legge, che non può essere emendata in fase applicativa e *in malam partem*, quando è in gioco una responsabilità per delitto⁶.

Eppure, l’insegnamento di Rodotà mantiene una sua forte valenza anche nel contesto di un ragionamento calibrato sulle peculiarità di principio del diritto punitivo, specie se da considerazioni inerenti al momento ermeneutico ed applicativo ci si sposta, invece, su valutazioni di politica legislativa. La sua opzione per un biodiritto problematico e sensibile alle peculiarità del caso concreto può essere intesa come un invito, da inoltrare prima di tutto al legislatore, ad essere parsimonioso nel ricorso a una strategia di imposizione o divieto, quale quella perseguibile con lo strumento grezzo della pena, inadatto a valorizzare le molte e cangianti sfumature delle relazioni personali, a rispettare i chiaroscuri degli intimi recessi di una biografia. Il diritto penale è, infatti, portato a esprimersi mediante precetti perentori, che pretendono di distinguere tra vittime e autori di comportamenti aggressivi di beni fondamentali, meritevoli della più grave stigmatizzazione.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 170.

⁶ Diversamente L. EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 862, implicitamente obiettando a quanto scrivevamo in *Illecito concepimento*, cit., 223 ss., e al quale repliciamo in *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Corr.mer.*, 2013, 435 ss. Con sentenza del 6 luglio 2010, il BGH tedesco – muovendo appunto dall’inesistenza di un obbligo di garanzia - negava che integrasse, per omissione, il reato di cui al § 2 comma 1 dell’Embryonenschutzgesetz (utilizzo dell’embrione per scopi differenti dalla sua preservazione) la condotta del medico che lasciasse “deperire” l’embrione in ambiente extracorporeo.

Giusto per fare qualche esempio, vi è davvero una netta distinzione tra “vittima” e “carnefice”, i protagonisti necessari per inscenare un dramma penalistico, nella tragicità di una eutanasia attiva pietosa consensuale? O quando ci si debba confrontare col dilemma di una possibile interruzione di gravidanza? O quando si è mossi dall’umano desiderio di eludere l’ostacolo di malattie riproduttive ed ereditarie, attraverso gli strumenti che la tecnica offre, così da poter generare un figlio, e se possibile un figlio sano? Davvero, in questi casi, si apprezza l’unidirezionale produzione di una “offesa” a beni fondamentali, che giustifica (in termini di “meritevolezza” e proporzione) l’inflizione della più grave delle sanzioni? Non si scorge, piuttosto, un coacervo di beni giuridici, istanze etiche, afflitti personali, che si annodano tirando in direzioni sparse, attendendo una prudente composizione, non già d’essere recisi violentemente dalla spada affilata della pena? E detta composizione può essere talora solo questione di “prendere tempo”, di lenta e complessa costruzione, dialogo, conoscenza reciproca; dinamiche rispetto alle quali la minaccia di pena costituirebbe per lo più un ingombro, un impedimento, un corpo estraneo. Si pensi a quel nuovo paradigma del fine vita che è la pianificazione condivisa delle cure, prima suggerito da lungimiranti linee guida, e proprio adesso codificato in specifiche norme di legge⁷. Si pensi, in senso del tutto opposto, alla disorientante drammaturgia di un processo penale incentrato sul severo reato di aiuto al suicidio per un caso di eutanasia pietosa consensuale, nel quale agiscono «testimoni dell'accusa che sono i testimoni della difesa. Una madre e una fidanzata» della “vittima” «che ringraziano l'imputato. I giurati popolari che si commuovono. L'accusa che chiede l'assoluzione»⁸.

E il suggerimento all’astensione dallo strumento penalistico, in termini distinti ma complementari, trova forza anche nelle perplessità che Rodotà manifesta circa la possibilità di giuridicizzare la sfera fisica del “corpo”, in ragione, verrebbe da dire, della sua stessa ontologia⁹. Esse valgono viepiù quando si voglia immaginare una giuridicizzazione sorretta, addirittura, dalla minaccia di una pena. La vicenda della regolamentazione dell’interruzione di gravidanza lo evidenzia: divieti drastici e penalmente sanzionati che vorrebbero costringere la sfera fisica, si fanno persino criminogeni, sono un’istigazione alla clandestinità; contribuisce, invece, alla riduzione del fenomeno¹⁰ una disciplina, come quella della legge 194/78, che scommetta sulla responsabilizzazione dei protagonisti, laicamente tenendo conto della incoercibilità del “corpo della donna”.

Quest’ultimo esempio sollecita un’ulteriore riflessione. Se proprio diritto penale ha da essere, che esso riduca il suo intervento ai casi di trasgressione di procedure volte appunto al componimento casistico di una tensione tra istanze differenti. Purché simili procedure non siano surrogatorie di un difetto di scelte di valore in astratto, ma siano piuttosto volte a guidare la verifica dei presupposti concreti per l’operatività di bilanciamenti già proposti dalla legge – ché, altrimenti, si ripro-

⁷ Art.5 l. 22 dicembre 2017, n. 219. Cfr. in precedenza il focus pubblicato in *Riv.it.med.leg.*, 2016, 1139 ss.

⁸ Da un post Facebook di Giulia Crivellini, sul processo che vede imputato Marco Cappato per la vicenda che ha interessato il noto DJ Fabiano Antoniani. Nelle more della pubblicazione, il Tribunale di Milano – investito di tale processo - ha sollevato con ord. 14 febbraio 2018 (reperibile in www.giurisprudenzapenale.com) questione di costituzionalità dell’art.580 c.p., «nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario», per contrasto con gli artt.3, 13, 2° co., 25, 2° co., 27, 3° co., Cost. (principio di offensività).

⁹ S. RODOTÀ, *Il corpo “giuridificato”*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, S. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, 1, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 51 ss.

¹⁰ Cfr. www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/963-relazione-ivg-2017

porrebbe un problema di compatibilità con la “legalità” penale, la quale pretende che le scelte politiche sottese all’incriminazione siano compiute dall’organo democraticamente legittimato. Procedure, magari, ancor prima orientate a stemperare tensioni (sicché la pena che intervenisse a sanzionare l’elusione della procedura avrebbe il senso di punire la perdita di una *chance* di componimento tra interessi). La legge 194/78, in materia di interruzione volontaria di gravidanza offre, in tal senso, un utile paradigma. Le disposizioni incriminatrici dei casi di c.d. “aborto consensuale illegittimo” costituiscono l’esempio, tecnicamente parlando, di una tutela penale non di beni *tout court*, bensì “di funzioni”¹¹. Funzioni tese anche a prevenire dilemmi assiologici (si considerino i passaggi pensati per fornire alla donna quelle conoscenze e quel conforto che potrebbero indurla a un ripensamento), o comunque a garantire la presenza in concreto dei presupposti che, astrattamente, si ritengono preliminari a certe soluzioni.

Assumiamo, ora, che sia auspicabile un sistema giuridico inteso non ad inverare la migliore ipotesi etica possibile (esito niente affatto apprezzabile, in un ordinamento laico, secolarizzato e pluralistico), bensì, pragmaticamente, a ridurre la conflittualità sociale, specialmente in quei settori ove essa tenderebbe ad estremizzarsi, per la contrapposizione forte di approcci etici e concezioni di convivenza. Ebbene, significativa in quest’ottica è la comparazione dei destini della legge 194/1978 – la quale, pur non scevra da implicazioni problematiche, si mantiene pressoché intatta da quasi quarant’anni – con, invece, quelli della legge 40/2004. Un gigante dai piedi di argilla, quest’ultima, edificato con un atto di forza da una contingente maggioranza parlamentare, ostinatamente sorda ai molti inviti, tecnici e politici, a una maggior prudenza e ragionevolezza; predisposto per imporre, non per mediare, e poi subito sgretolatosi sotto le scuri della giurisdizione ordinaria, costituzionale, europea. In questo modo, oltretutto, lasciando libero l’accesso ad ampi spazi “liberi dal diritto”, sicché ben si può parlare di una eterogenesi dei fini. Per dirne una, si pensi alle condizioni cui la Corte costituzionale ha affermato essere oggi subordinato l’accesso alla diagnosi preimpianto da parte di coppie fertili, costruite per analogia rispetto a quelle indicate all’art.6 comma 1 lett. b l.194/78, ma in realtà ben più flessibili, in quanto disconnesse da ogni procedimento (che certo la Corte non aveva il potere di disegnare), e correlate a una diagnosi preconcezionale sui richiedenti, non genetica sul concepito¹².

3. Libertà e diritti

Ma il contributo forse più decisivo, anche per il penalista, proviene dall’insistenza con cui Rodotà ha saputo tematizzare in termini di libertà fondamentali, quando non di diritti, le istanze individuali che premono in certi ambiti del *bios*, eventualmente proiettate verso nuove dimensioni dai progressi della scienza (si pensi, una per tutta, alla pretesa di avere figli da parte di chi “naturalmente” non potrebbe averli), o sottoposte, da quegli stessi progressi, a inediti *stress test* (consideriamo le richieste *in limine mortis* d’essere risparmiato, oppure sorretto, da una tecnica capace di

¹¹ T. PADOVANI, *Procreazione*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 986 ss.; T. PADOVANI, Commento agli artt. 17-20 l. 22 maggio 1978, n. 194, in *Nuove leggi civ.comm.*, 1978, 1701 ss.

¹² Corte cost., 14 maggio 2015, n.96, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1453 ss., nota A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all’aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*.

prolungare oltremodo la vita biologica, al punto da creare condizioni esistenziali permanentemente indecise tra la vita e la morte, irrealizzabili a prescindere dalla tecnica). Questo tipo di qualificazione giuridica potrebbe apparire, oggi, quasi scontata, dopo tanto dibattito dottrinale, dopo le precise prese di posizione delle Corti, dopo i progressi della legislazione (vedi, da ultimo, la legge 219/2017). Eppure, non lo è affatto, e comunque non lo è stata. È il risultato di una battaglia combattuta con le armi di una dialettica rigorosa, illuminata e persuasiva, particolarmente capace di rappresentare, icasticamente, la sostanza di dolore e di speranza di cui quelle libertà son fatte; una dialettica declinata con coraggio e intelligenza comunicativa anche nei pubblici agoni, quando si trattava di commentare vicende di impatto mediatico. Capace di stimolare una complicità, nell'interlocutore, prodromica alla comprensione.

Niente di scontato, perché quelle istanze troppe volte sono state piuttosto derubricate a manifestazioni di egoismo, immeritevoli di tutela, o addirittura connotate da disvalore, nelle argomentazioni di giuristi casomai inclini ad enfatizzare il valore della "naturalità" della condizione e delle azioni umane; talora anche con discutibile coerenza, dato che la naturalità sembra essere preferibilmente evocata in funzione di limite a pretese di autodeterminazione, mai a fini emancipatori: enfatizzata per contrapporsi a una domanda di genitorialità che pretende il supporto tecnico, mortificata per disattendere la richiesta d'essere svincolato da artificiali sostegni medici, così da poter "morire in pace".

Cogliere il movimento di libertà, nei territori dell'eticamente sensibile, è esito di particolare rilievo, quando lo sguardo è strumentale a un'analisi penalistica. Perché, già lo si è ricordato, a fronte di un divieto supportato da una sanzione che incide sulla libertà personale, si ha da pretendere che il divieto medesimo sia funzionale alla salvaguardia di beni ad essa comparabili (principio di offensività); ma questa pretesa si fa particolarmente esigente quando il precetto, prima ancora che la sanzione – o a prescindere dalla sanzione (si pensi ai divieti sanzionati in via "soltanto" amministrativa) - incida su altra libertà di per sé fondamentale, limitandola o veicolandola lungo direttrici obbligate.

La Corte costituzionale si è, nel tempo, sempre più coerentemente orientata secondo schemi di pensiero anticipati nei contributi di Rodotà. Paradigmatica è, tra le altre, la sentenza 162/2014, cit., con la quale è stato dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione c.d. "eterologa". Sia pur usando il lessico della ragionevolezza, più familiare alla Corte, e non esente dagli influssi di criteriologie sovranazionali (più di una censura insiste sulla non stretta "necessità" di un divieto assoluto, in considerazione di più duttile alternative di regolamentazione già presenti nell'ordinamento: echeggia, qui, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art.8 CEDU), in fin dei conti quello che viene condotto è un tipico giudizio di offensività. Per prima cosa si segnala come il divieto comprime prerogative fondamentali, individuate non solo nella libertà di procreare, ma anche nel diritto alla salute. Si passa, poi, ad indagare quale sarebbe invece il bene tutelato da quel divieto (leggi: il bene offeso dalla condotta di procreazione assistita con donazione di gameti), se del caso capace di controbilanciare quella compressione. Questa indagine non porta, tuttavia, ad esiti soddisfacenti. Emerge come certe preoccupazioni per taluni interessi in gioco siano ingiustificate, altre siano già adeguatamente tranquillizzate da discipline vigenti, o comunque agevolmente perfezionabili. Ergo, il divieto è incostituzionale.

Sebbene, oggi, il dibattito in tema di “illeciti di concepimento” stabiliti e sanzionati dalla legge 40/2004 sembri essersi arenato, quasi fosse appagato dalla sentenza della Corte da ultimo richiamata, resta vero che, imboccata una simile strada e adottata questa prospettiva, altri divieti potrebbero vacillare per l’incerto radicamento costituzionale. La preclusione rivolta ai *single*, in particolare (art.5 l.40/2004), invoca una giustificazione che tuttavia stenta a delinearsi, specie se consideriamo come premessa di tale accesso dovrebbe comunque essere la necessità di superare un problema di salute riproduttiva, stante la clausola generale di cui agli art.1 e 4, 1° co., l.40/2004¹³. Che cosa si mira infatti a tutelare, di paragonabile alle libertà, o ai diritti fondamentali (tra i quali appunto quello alla salute), che si vanno per questa via a conculcare?

Invero - è il momento di dirlo con chiarezza - è ben arduo sostenere che lo scopo di tutela di certi illeciti di concepimento abbia a che fare con la salvaguardia delle prerogative di un nascituro che mai ci sarà; giacché, impedendone il concepimento, evidentemente se ne prescrive l’inesistenza. Sicché si possono senz’altro condividere certi passaggi del lavoro di Rodotà dai toni meno tecnico-analitici, e più di carattere politico, ove si stigmatizza quello che risulta essere il vero scopo perseguito dal legislatore, eliminata ogni altra spiegazione alternativa per inconsistenza logica: la consacrazione di un unico modello di famiglia, di carattere tradizionale (con doppia figura genitoriale, eterosessuale, fondata su legami genetici), coerente con assiomi di “riduzionismo biologico”; modello al quale si vuole vincolare la scelta di libertà femminile nel disporre del proprio corpo¹⁴. Senza che tali opzioni possano ritenersi costituzionalmente sostenute dall’art.29 Cost., che anche ammesso – e non concesso – vada a valorizzare quel tipo di famiglia, certo non ostacola la formazione di altre “comunità degli affetti”, salvaguardate da differenti disposizioni costituzionali, a partire dagli artt.2 e 117, in rapporto all’art. 8 CEDU¹⁵.

Quell’unico modello familiare viene, insomma, ad essere imposto soltanto dove “tecnicamente” e “praticamente” possibile. Non nei casi di filiazione “naturale” - che potrebbero essere così orientati solo ricorrendo a un’impraticabile, grottesca, occhiuta pubblica censura nel chiuso d’ogni talamo – bensì nelle ipotesi di fecondazione artificiale volte a superare problemi di sterilità o infertilità. Gli aspiranti genitori, in tal caso, hanno necessità di esporsi per ottenere un supporto tecnico da parte di soggetti estranei alla coppia, in uno spazio esterno alla sfera strettamente privata-familiare, entro il quale, dunque, lo Stato ha la pratica possibilità di interferire con controlli, divieti e sanzioni, senza apparentemente violare alcuna *privacy*. I pubblici apparati, insomma, per rendere effettiva una disparità di trattamento (una differenziazione tra opportunità di espressione del medesimo afflato affettivo e familiare), con una sorta di viltà istituzionalizzata “approfittano” di una condizione di debolezza, correlata a un problema di salute, la quale in senso del tutto contrario imporrebbe (*ex artt.3 e 32 Cost.*) interventi correttivi intesi a rimuovere un impedimento sostanziale all’uguaglianza.

¹³ Considera la norma viziata *ex artt. 3, co. 1, e 32 Cost.*: S. RODOTÀ, *Il corpo “giuridificato”*, cit., 73.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, 232 ss.

¹⁵ Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ricorsi n. 18766/11 e n. 36030/11; C. cost. 15 aprile 2010, n. 138 e C. cost. 11 giugno 2014, n. 170.

Vien da chiosare che «non sempre sono mani innocenti quelle che impugnano il diritto. E non sempre sono mani forti»¹⁶.

4. Uguaglianza

È dunque, in conclusione, il principio di uguaglianza, cardine di ogni idea di giustizia, prima che di “sistema” giuridico, a risultare offeso da una legislazione così atteggiata. Altro *totem* delle argomentazioni biogiuridiche di Rodotà, che però mai gli dedica una devozione formale, appagata da astratte simmetrie, pretendendo piuttosto che esso si inchini di fronte all’esperienza umana, e di essa si intrida. Come quando egli non si accontenta della distinzione, pur logicamente e giuridicamente esatta, tra l’assodato “diritto di essere lasciato morire in pace”, espressione di una libertà a non subire intromissioni sgradite sul corpo (fossero pure sanitarie), ed invece l’assai contestato “diritto di morire”, per ritenere giustificata la disparità di trattamento tra c.d. “eutanasia passiva consensuale/rifiuto di cure” (lecita già ex art.32, 2° co., Cost.) e invece “eutanasia attiva consensuale” o “suicidio assistito” (penalmente rilevanti ex artt. 579 e 580 c.p.). Sarebbe ipocrita appagarsi della prima apparenza di quel *totem*, appunto. Il diritto di rifiutare le cure è divenuto, nella tragica realtà di molte vicende, espressione di una pretesa a non soffrire inutilmente, a non sopportare una vita senza più biografia, a sperimentare dignitosamente la propria morte. Criminalizzare l’aiuto al suicidio, quando non vi siano alternative valide ed efficaci, significa dunque impedire di soddisfare la medesima richiesta di benessere nel morire (non paia un paradosso) a chi, per le sue condizioni cliniche, non possa “semplicemente” lasciarsi morire mediante una sospensione di trattamenti sanitari¹⁷. Una sostanziale lesione dell’uguaglianza, che muove certo da una premessa giuridicamente da consolidare (l’esistenza di un “diritto di morire con dignità”), ma fortemente sollecitata dalla concretezza delle cose, e oggi stesso plasticamente di fronte ai nostri occhi nel già citato caso “Dj Fabo/Marco Cappato” (esempio, quest’ultimo, di una strategia di stimolo delle opzioni biopolitiche e biogiuridiche mediante atti di coraggio civile dall’intenso simbolismo e dallo studiato effetto mediatico, che trova una corrispondenza in una deontologia del giurista, quale quella proposta da Stefano Rodotà, fatta non solo di confronto accademico, ma anche di pugnace pretesa pubblica dei diritti).

Nella medesima prospettiva, anche la libertà procreativa potrebbe rivelare potenzialità di estensione non strettamente ancorate a quell’esigenza di garantire l’uguaglianza nel diritto alla salute, di cui pure già si è detto. Consideriamo i casi in cui non vi sono impedimenti fisici alla riproduzione, e tuttavia venga domandato l’accesso alla fecondazione artificiale giacché il rapporto (etero)sessuale non costituisce una reale alternativa, ad esso ostando profonde ragioni morali o di identità sessuale. Si pensi alla richiesta di filiazione da parte dell’omosessuale. O alla pretesa di una fecondazione *post mortem*, con il seme, ad esempio - come in uso negli Stati Uniti - lasciato

¹⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 48. V. anche S. RODOTÀ, *Prefazione*, in C. VALENTINI, *La fecondazione proibita*, Milano, 2004, 17.

¹⁷ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 254 ss.

dal *partner* prima di affrontare l'alea di una missione militare: ebbene, «possiamo accettare la guerra, e rifiutare la speranza?»¹⁸

5. “Legge naturale e ordine giuridico”¹⁹

Alla base di queste ed altre evoluzioni della riflessione giuridica, che poi hanno fatto da sostegno agli interventi demolitori della Corte costituzionale, vi sono d'altronde atti di “igiene concettuale” che devono molto a Stefano Rodotà.

Consideriamo la relativizzazione che Rodotà opera della distinzione, da altri invece enfatizzata, tra esperienze “naturali” e “artificiali”; tra, ad esempio, una fecondazione “naturale”, che si risolve nel chiuso di un rapporto privato tra due *partner*, e la fecondazione invece “artificiale”, che per forza di cose implica l'intervento di una figura terza (il medico). Distinzione che, secondo certe visioni cui già si è fatto cenno, renderebbe ragionevoli disparità di trattamento, sul presupposto che filiazioni “disdicevoli” debbano essere “tollerate” dall'ordinamento finché non impedibili, perché appunto circoscritte, nella loro genesi, entro ambiti di privatezza, mentre potrebbero essere bloccate rivolgendo un divieto a colui che sia chiamato a sostenerle dall'esterno²⁰. Sennonché, anche la medicalizzazione della procreazione c.d. “naturale” è «assai avanzata prima e indipendentemente dalla diffusione delle tecnologie riproduttive», e in certi casi – come quando si tratti di “curare” situazioni di sterilità – si traduce in atti notevolmente invasivi del corpo della donna²¹. Se davvero lo Stato fosse autorizzato a sanzionare interventi terzi rispetto agli aspiranti genitori, in grado di sostenere progetti ritenuti “indegni” di filiazione, perché allora non subordinare anche la praticabilità di una cura della sterilità alla sussistenza di certi “requisiti” familiari nei richiedenti? In realtà, ancor prima, non regge l'idea che si tratti di opzioni intrinsecamente “disdicevoli”, e al più, dunque, “meramente tollerate”. In gioco sono infatti pretese di esercizio di diritti e libertà che certo non perdono il loro rilievo costituzionale per il fatto di invocare, nel contingente, l'ausilio della tecnica²²; la quale, ci insegna Rodotà, quando è “tecnologia della libertà”, cioè mezzo di soddisfazione di istanze di riconosciuto rilievo giuridico (fossero pure rinvigorite e proiettate in nuove dimensioni dalle evoluzioni scientifiche, che creano possibilità di scelta «dove prima erano soltanto caso o necessità»²³), non si connota di per sé negativamente, né connota negativamente gli atti che per suo tramite si compiono.

Ebbene, il superamento di ogni fallacia naturalistica (l'idea, indimostrata e indimostrabile, secondo la quale ciò che è “naturale” sarebbe per ciò solo preferibile all'“artificiale”), e la riconduzione entro i medesimi parametri costituzionali della filiazione tanto naturale quanto artificiale, sono

¹⁸ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 230.

¹⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da P. ZATTI, S. RODOTÀ, Milano, 2010, 202 ss.

²⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 679.

²¹ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 232.

²² S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 227 ss.

²³ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 225.

ormai *ius receptum* presso le Corti²⁴. Irricevibili appaiono dunque, tra l'altro, impostazioni penali- stiche che ritengono giustificato criminalizzare comportamenti ritenuti tali da porre a repentaglio (asseriti) beni quali la naturalità della procreazione, o il legame biologico tra genitori e figli.

6. Salute

Come già emerge dai “pensieri sparsi” sin qui condotti, mancano da considerare altri due valori su cui le argomentazioni di Rodotà ruotano vorticosamente, e che attraggono – ma in certi casi, al- tresì, respingono – l'attenzione del penalista.

Il meno ideologico dei diritti, il più materiale e concreto, il più intensamente percettibile dai pro- tagonisti delle vicende bioetiche: il diritto alla salute. Salute che non può certo più ritenersi sol- tanto “assenza di malattia”, ma è benessere psico-fisico, fatto anche di relazioni, di assenza di do- lore, di senso della propria dignità. La salute deve trovare forme di espressione anche nel fine vita, come si è poc'anzi ricordato; la salute è senz'altro seriamente compromessa da malattie o disfun- zioni dell'apparato riproduttivo. Sicché in nome della salute si devono pretendere attente modali- tà di realizzazione della procreazione assistita, ed eventualmente il divieto di talune pratiche di non ancora provata sicurezza, come la clonazione riproduttiva²⁵. Per il resto, però, quel bene sol- lecita a disimpegnare gli spazi di accesso alle tecniche, aprendo il passaggio a chi soffre di proble- mi di sterilità o infertilità.

Ed anche a chi non ne soffre. Giacché cosa sia salute lo si decide alla luce dell'ordinamento tutto e delle sue evoluzioni. È dunque “salute” anche quella - intimamente correlata al sentimento di ma- ternità, al corpo, alla socialità della donna – che la legge 194/78 focalizza entro un contesto alta- mente problematico; sicché è assurdo vietare la “diagnosi preimpianto” in quelle situazioni ove, appunto, sia in gioco (non un inesistente diritto al figlio sano, bensì) un problema di salute non di- stinto da quello che consentirebbe l'interruzione volontaria di gravidanza. Un simile divieto, inve- ro, indirizza verso l'intervento più invasivo e traumatico per il corpo e il benessere dell'aspirante madre, comunque soppressivo del concepito già in fase di gestazione, e incapace di garantire un figlio in salute (anzi, un figlio *tout court*), quando invece la pratica impedita metterebbe a disposi- zione un intervento preventivo della stessa gravidanza e della sua eventuale interruzione, stru- mentale alla selezione di un figlio sano²⁶.

Questo insistere sul diritto alla salute nel settore dell'inizio vita non era affatto scontato, ed è un'altra scommessa vinta, trattandosi oggi di un'acquisizione largamente accettata, e di una stra- tegia ampiamente praticata dalla Corte costituzionale.

Non era scontato perché, anche di recente, si è dubitato che le biotecnologie riproduttive salva- guardino la salute, difettandone la capacità curativa²⁷, e/o non potendosi ritenere che l'impossibilità di generare un'altra vita costituisca una disfunzione psico-fisica di carattere patolo-

²⁴ V. ad esempio C. cost. 10 giugno 2014, n. 162; Corte EDU, sez. II, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ricorso n. 54270/10, § 55 ss.

²⁵ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 229

²⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit. 143 ss.

²⁷ V. ad es. C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 540 ss.

gico²⁸. Una concezione ben restrittiva tanto del concetto di “salute”, quanto del concetto di “malattia” e, infine, di “trattamento sanitario” ex art.32 Cost., che non si vede perché dovrebbe essere circoscritto ai soli trattamenti eziologici (con l’assurda conseguenza, tra l’altro, che dovrebbero ritenersi privi di una corrispondenza con l’art.32 Cost. la somministrazione dell’insulina per il diabetico, o la dialisi per il nefropatico).

Ma il dibattito, entro il quale Rodotà ha agito da protagonista, è nel tempo molto maturato. Fondamentalmente incentrate sugli artt.32 e 3 Cost. sono oggi le pronunzie che, una dopo l’altra, hanno stravolto l’assetto della legge 40/2004. La sentenza n. 151 del 8 maggio 2009, che ha ribadito l’impossibilità, per il legislatore, di imporre decisioni cliniche, se non mettendo a rischio al tempo stesso la salute del paziente (che ha bisogno di una cura dedicata) e la libertà di autodeterminazione scientifica del sanitario; e quindi ha rilevato l’insensatezza del divieto, penalmente sanzionato, di produrre embrioni in eccesso rispetto a quelli necessari ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque in numero superiore a tre (art. 14, co.2 e 3, l.40/2004). La già citata sentenza n. 162/2014, con la quale, muovendo da analoghe premesse, si è evidenziato come il trattamento di fecondazione assistita debba essere *a fortiori* garantito, quando il problema di sterilità di cui la stessa legge 40/2004 auspica il superamento sia particolarmente grave, dovendosi perciò ritenere illegittimo il divieto di donazione di gameti (artt.4, co.3, e 12, co.1), unico praticabile quando uno o entrambi i membri della coppia siano del tutto incapaci di produrre gameti utilizzabili. La sentenza n. 96 del 14 maggio 2015, con la quale – in qualche modo dando riscontro alla condanna che l’Italia aveva incassato a Strasburgo nel caso “Costa e Pavan”²⁹ - si è dichiarata «l’illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 [...] nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche»; sentenza volta ad aprire definitivamente gli spazi alla diagnosi preimpianto. Un esito cui ha dato l’ultimo contributo la decisione n.229 del 11 novembre 2015, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale anche dell’art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della l.40/2004 (selezione embrionaria a scopo eugenetico) «nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l’impianto nell’utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b)» della legge 194/78, «e accertate da apposite strutture pubbliche».

In realtà, la salute, in tutta questa giurisprudenza, si è proiettata in orizzonti di senso ulteriori. Sembra assumere, invero, significati trascendenti lo scopo di volta in volta contingente, una simile tenacia nel prendere l’art.32 Cost. a parametro di una ristrutturazione “costituzionalmente orientata” della legge 40/2004, anche in casi ove, a nostro avviso, una simile operazione appare opinabile (come ad es. in tema di PMA con donazione di gamete maschile, intervento che fatichiamo a considerare trattamento sanitario di una malattia, perché applicato al soggetto sano, mentre il

²⁸ Altri riferimenti, ed ampie considerazioni critiche, in A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 42 ss.

²⁹ Camera, II sezione, *Costa e Pavan c. Italia*, 28/8/2012.

partner malato non ne è toccato, e malato rimane; né l'ambizione di quest'ultimo ad avere una discendenza biologica, frustrata dalla condizione patologica, viene altrimenti soddisfatta con l'ausilio della tecnica³⁰. A ben guardare, sempre più chiaramente di sentenza in sentenza il diritto alla salute è inteso non soltanto come parametro del giudizio di costituzionalità, e motivo di estensione della libertà, ma anche come fulcro, e quindi confine, degli ambiti di praticabilità della fecondazione artificiale.

In effetti, qualunque sia il progetto genitoriale che si ha di mira, e il contesto familiare che ne fa da premessa, la decisione di avere figli è tra le più intime, incapace di offendere niente e nessuno (men che mai il figlio, cui comunque si offre una possibilità di vita che altrimenti non avrebbe, e che certo non sarebbe più tutelato dal non essere neppure...concepito)³¹. Se, dunque, si prendesse a parametro soltanto la "libertà procreativa", non vi sarebbe seria ragione per alcun divieto. Qualsiasi "illecito di concepimento" potrebbe ritenersi incostituzionale, giacché, senza prevenire alcuna "offesa", interferirebbe in uno spazio di *privacy* familiare tutelato dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale, invece, sembra comunicarci che quei trattamenti sanitari acquisiscono uno statuto di meritevolezza – e dunque non possono essere impediti – fintantoché siano funzionali alla soluzione di problemi di salute dei richiedenti. Non necessariamente, invece, in casi ulteriori: quali potrebbero essere, possiamo supporre, ricorsi alla procreazione assistita per finalità edonistiche o eugenetiche, o per una avversione a rapporti eterosessuali con finalità riproduttiva, o per ottenere un "figlio su misura", o attraverso la surrogazione di maternità (che trattamento sanitario, di certo, non è). Una strategia, quella della Corte, forse non rigorosissima sul piano strettamente logico/giuridico, ma che almeno traccia una ragionevole mappatura per praticabili percorsi di riforma.

È, in definitiva, la teleologia della salute a suggerire quel "limite" di cui tanti reclamano la necessità rispetto a pratiche che sollevano seri dilemmi antropologici³². Difficile dire se, e quanto, una simile valorizzazione multifunzionale del diritto di cui all'art.32 Cost. corrisponda agli auspici di Stefano Rodotà. Quel che è certo è che egli non ha mai sminuito, o eluso, la complessità di quei dilemmi; e la necessità di una composizione l'ha sempre, senz'altro, avvertita. Restio ad esaurire il proprio pensiero in astratte deduzioni da gerarchie ferree di valori, ha sempre riconosciuto l'importanza, e suggerito le tecniche, della mediazione e del bilanciamento ragionevole, così da rendere quella complessità frequentabile da una comunità plurale, ma pacificata. Prendendo poi posizione, è vero, ma sempre con il supporto di articolate e problematiche comparazioni. È forse se non altro nell'approccio, se non necessariamente negli esiti, che la Corte costituzionale onora l'insegnamento del Maestro cui sono dedicate queste pagine.

³⁰ La Corte costituzionale (sent. 10 giugno 2014, n. 162) ha invece incentrato la dichiarazione di illegittimità del divieto di c.d. "fecondazione eterologa" anche e soprattutto sulla violazione dell'art. 32 Cost., quasi elaborando un diritto alla salute di pertinenza duale (la "salute di coppia"). Esprimiamo perplessità al riguardo in A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 835 ss. (ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

³¹ M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2010, 222

³² P. VINEIS, *Equivoci bioetici*, Torino, 2006, 42.

7. Dignità

Ma il *Leitmotiv* dell'intera riflessione di Rodotà è la dignità.

Tema delicatissimo. Referente fondamentale di ogni discorso biogiuridico, matrice e sintesi di tutti i diritti di cui quel discorso si occupa, la dignità è però possibile fonte di rischiosi fraintendimenti, e può suggerire scorciatoie argomentative. I contenuti, vaghi, di quell'attributo sono duttilmente esposti a manipolazioni retoriche, preordinate all'affermazione di punti di vista partigiani, che spesso si atteggiavano, apoditticamente, a "più autentiche" espressioni della dignità umana, così da potersi poi imporre *erga omnes*, a prescindere da ogni bilanciamento, in ragione della asserita "indisponibilità" del valore evocato. Specie se nominata in rapporto ad ipotesi di intervento punitivo, il requisito della "dignità umana" può suggestivamente dar la parvenza di bene giuridico tutelabile a «reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti di fronte alle nuove e sorprendenti *chances* di intervento manipolativo consentite dall'evoluzione della genetica e delle biotecnologie»³³, col rischio, dunque, di una «repressione potenzialmente incontrollabile»³⁴.

La dignità di cui tratta Stefano Rodotà, nondimeno, spalanca tutt'altre prospettive, e dà adito a pochi equivoci³⁵. È un'entità complessa, eppure univoca nel suo orientamento assiologico, e nelle sue implicazioni. Fatta della sostanza di un'identità individuale che è però immediatamente sociale, calata in relazioni che le danno senso e respiro. Ad esser precisi, è infatti dignità non dell'individuo, bensì della persona. Non è neppure un simbolo, un'astrazione, un'enunciazione sintetica, il precipitato di una predata visione etico-antropologica, un connotato della specie, e men che mai corrisponde alle sole caratteristiche biologiche dell'essere umano. È, piuttosto, aggettivazione riferita alla persona concreta nella sua storicità, uguale nella diversità, singolare in ragione dei suoi orientamenti di valore, espressi nel circolo di relazioni ed episodi che connotano una biografia. È, insomma, libero sviluppo del singolo nelle formazioni sociali; ben altro, dunque, della "persona" immaginata da un pensiero riduzionista sul piano genetico. È autodeterminazione nel rapporto con la tecnica e che con chi la propone, o la brandisce: ma non è affatto abbandono, né alla solitudine esistenziale dei momenti più estremi, né alla forza del mercato o della tecnocrazia, che può essere soverchiante, che può restituire apparenze di autodeterminazione.

È un concetto di dignità concreto, vitale, e – quel che più conta – giuridicamente solido, ancorato come è a precise indicazioni costituzionali e sovranazionali (a partire dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea) e confermato dall'indagine comparatistica.

Il penalista ne può trarre molti spunti.

Solo marginalmente a fini di legittimazione dell'intervento penale (trova, in parte, il reato di surrogazione di maternità un qualche fondamento nell'esigenza di salvaguardare la dignità della

³³ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 559.

³⁴ G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 288.

³⁵ Vedi S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus*, cit., 169 ss.

donna dalle pressioni economiche che, facendo leva sull'indigenza, spingono verso la mercificazione del corpo?³⁶).

Molto più frequentemente per segnare, piuttosto, i limiti dell'intervento penale.

Si consideri, ad esempio, la scarsa capacità di un concetto giuridicamente sfuggente, come la "dignità dell'embrione", che "persona ancora deve diventare" (secondo il lessico della Consulta³⁷), a fungere da oggetto giuridico di divieti penali dalla portata assoluta (quali l'art.13 l.40/2004, in tema di sperimentazione sull'embrione umano), che oltre a limitare la libertà personale mediante la previsione di una sanzione detentiva, conculcano drasticamente la libertà di ricerca scientifica (artt.9 e 33 Cost.), anche quando funzionale alla salvaguardia della salute (art.32 Cost. – vedi la circostanza aggravante della "clonazione terapeutica", di cui all'art.14, co.3, lett.c). Si consideri l'impossibilità di imporre, men che mai minacciando la pena, predate visioni etiche della famiglia, della filiazione, della morte, pena un *vulnus* alla dignità della persona. Ma si ragioni, altresì, del dissenso del paziente quale causa di giustificazione costituzionalmente fondata – incentrata, appunto, sul rispetto di quella dignità – legittimante una sospensione di cure salvavita; o della plausibilità (peraltro discussa e discutibile) di soluzioni che mirino a valorizzare un concetto soggettivo e personale di dignità con riguardo a chi versi in condizioni di incapacità permanente e irreversibile, attribuendo poi a quel concetto la funzione di segnare, se necessario, un limite all'obbligo di cura del medico, penalmente rilevante.

8. Per una depenalizzazione del biodiritto

Il diritto penale è l'arma prediletta dal «casuale comporsi di maggioranze sociali», che possono farsi «davvero tiranniche quando manifestano la volontà di espropriare le persone della loro autonomia»³⁸. Il contributo che Rodotà ha dato al biodiritto penale è, allora, quello di tendenzial-

³⁶ Di recente, considera la "dignità" quale bene giuridico salvaguardato dalla fattispecie criminosa di cui all'art.12, co.6, l.40/2004, ritenendo comunque offensive, e meritevoli di pena, anche le ipotesi sorrette dalla c.d. "etica del dono": M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 919 ss. Nella dottrina penalistica diffusa è l'idea che non sia meritevole di pena la (sola) surrogazione di maternità "solidaristica": S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Crit. dir.*, 1998, 253; A. CAVALIERE, *Né integralismi religiosi, né biomercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, ivi, 1999, 336; A. MANNA, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, 2000, 1132; L. RISICATO, *Dal « diritto di vivere » al « diritto di morire »*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 52; S. CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, 2015, 110. Da parte nostra, ritenendo che la "dignità" sia categoria troppo problematica per fornire un ragionevole fondamento a questa incriminazione (e ad altre), abbiamo argomentato tutt'altra tesi, in virtù della quale l'incriminazione potrebbe dirsi funzionale alla prevenzione di conflitti, irrisolvibili in termini costituzionalmente adeguati, tra contrapposte "maternità"; su questo presupposto abbiamo poi edificato un'interpretazione teleologica, di carattere riduttivo, dell'(altrimenti assai vago) precetto dell'art.12 co.6. Da ultimo A. VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 899 ss.

³⁷ Che pure si è ritenuta non competente a modificare il divieto dell'art.13, difettando i presupposti per una riformulazione "a rime obbligate", con la recente sentenza n.84 del 13 aprile 2016, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2016, nota V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma.*

³⁸ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus*, cit., 202.

mente delegittimarlo (e non è affatto un paradosso). Le parole d'ordine del "giure punitivo", che evocano imposizione da parte dello Stato, rigidità dei precetti, univocità dei valori, pubblica stigmatizzazione, repressione, costrizione della libertà, stentano a trovare un'eco in quegli ambienti, costituzionalmente perimetrati, entro i quali «la persona non si rinserra, isolandosi dal mondo e dalle sue difficoltà, ma trova il luogo nel quale costruire in libertà lo svolgimento della propria vita e le relazioni con gli altri»³⁹.

In definitiva, quella dottrina contiene il principio attivo di un antidoto culturale alle molte pressioni che invece spingono, da sempre, verso il ricorso alla sanzione criminale. Strategia che ammalia tanto il legislatore, quanto l'opinione pubblica, per il suo apparente "costo zero", la sua velleitaria promessa di soluzioni radicali per problemi che inquietano in ragione della loro complessità (quando quel che sovente si ottiene attraverso l'incriminazione è, tutt'al più, un'illusoria rimozione collettiva). Strategia molto attraente anche per quegli "imprenditori di moralità"⁴⁰ che spingono affinché i precetti etici nei quali si identificano vengano "consacrati" dalla più simbolica e solenne prescrizione dell'ordinamento laico, imposti sotto minaccia del carcere. In virtù del noto fenomeno per cui la voce che si sente debole, incapace di persuadere, «diventa sempre la più autoritaria: non riuscendo ad essere compresa, deve rassegnarsi ad essere solo obbedita»⁴¹.

Invece fortificata da una rara attitudine a comprendere e farsi comprendere, sostenuta dal rigore degli argomenti, ma pure capace di comunicare attraverso la grammatica dell'empatia, e per tutto questo ispirazione di un biodiritto che progressivamente si sta conformando alla complessità dell'umano, è stata la voce di Stefano Rodotà.

³⁹ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus*, cit., 202.

⁴⁰ C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, 879 ss.

⁴¹ Da R. SÁNCHEZ FERLOSIO, *Relitti*, Milano, 1994.