

## Il diritto internazionale come “motore” del biodiritto e l’emersione di un “biodiritto internazionale”

Ludovica Poli\*

INTERNATIONAL LAW AS THE "ENGINE" OF BIO-LAW AND THE EMERGENCE OF AN "INTERNATIONAL BIOLAW"

ABSTRACT: Since the adoption of the Nuremberg code, at the end of the Nazi doctors’ trial, international law has contributed to the development of biolaw. While international human rights standards orientate domestic legal system in regulating life sciences and biomedicine in particular, a specific corpus of international law norms and principles is constantly growing, attesting the perceived need for an intergovernmental effort to deal with challenges posed by scientific progress.

KEYWORDS: International law; human rights; bioethics; international biolaw; soft law

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Da Norimberga ad oggi: diritti fondamentali, scienza e obblighi degli Stati – 3. Diritti umani, bioetica ed il ruolo propulsore delle Corti e dei meccanismi di monitoraggio – 3.1 L’aborto in Irlanda: dal caso Mellet al referendum del 2018 – 3.2 Oltre il margine di apprezzamento degli Stati: la gestazione per altri e il *best interest of the child* – 4. Il biodiritto internazionale e le sue principali caratteristiche – 4.1 Un diritto in prevalenza “soffice” ed il ruolo dei comitati internazionali di bioetica – 4.2 Centralità del concetto di dignità dell’essere umano e tutela dell’umanità nel suo insieme – 5. Cenni conclusivi

### 1. Introduzione

È certamente azzardato sostenere che il biodiritto abbia un’origine “internazionale”, ma è innegabile che sia stata la reazione della comunità degli Stati alle violazioni commesse dai medici nazisti a contribuire in modo decisivo allo sviluppo di una riflessione etica e giuridica sulla necessità di garantire alcuni diritti e principi essenziali, pur nel favorire il progresso medico e scientifico<sup>1</sup>. Oggi, poi, il biodiritto – inteso come insieme di norme che regolano le scienze della vita e la biomedicina – sempre di più assume una dimensione propriamente internazionale, divenendo parte dell’ordinamento giuridico che regola il rapporto tra gli Stati e, dunque, operando su un piano diverso da quello dei singoli ordinamenti nazionali. E, sebbene talune questioni rilevanti rientrino in altri settori del diritto internazionale – in particolare, nel diritto del commercio internazionale, nel diritto

\* Ricercatrice di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza. Mail: [lu-dovica.poli@unitn.it](mailto:lu-dovica.poli@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Qualche sporadico confronto sui requisiti etici della ricerca clinica era già stato intrapreso: P. WEINDLING, *The Origins of Informed Consent: The International Scientific Commission on Medical War Crimes, and the Nuremberg Code*, in *Bulletin of the History of Medicine*, 75, 1, 2001, 39.

ambientale e dello sviluppo, nonché nel diritto internazionale privato – la tutela dei diritti umani fondamentali risulta ancora preponderante nella definizione di un “biodiritto internazionale”<sup>2</sup>.

Il presente scritto si propone, da un lato, di approfondire la tutela internazionale dei diritti umani quale stimolo per lo sviluppo del biodiritto negli ordinamenti interni (par. 2 e 3) e, dall’altro, di individuare le specificità del biodiritto internazionale sia sul piano formale, sia con riferimento al suo contenuto (par. 4).

## 2. Da Norimberga ad oggi: diritti fondamentali, scienza e obblighi degli Stati

Il processo a carico dei medici del regime di Hitler, condotto sulla base della *Control Council Law No. 10*, ha consentito di qualificare le sperimentazioni sui prigionieri dei campi di concentramento come gravi violazioni del diritto internazionale e, in particolare, come crimini di guerra e crimini contro l’umanità. Come ben emerse nel corso del procedimento, infatti, gli esperimenti non erano il risultato di attività isolate compiute sotto l’iniziativa e la responsabilità esclusiva dei sanitari coinvolti, ma rientravano piuttosto in una pianificazione ad alto livello governativo e militare nazista, ed erano stati concepiti e realizzati come parte integrante dello sforzo bellico. Il codice di Norimberga, poi, adottato all’esito del procedimento, rappresentava la prima consacrazione formale di alcuni principi essenziali di etica medica<sup>3</sup>.

Lungi dall’aver semplicemente un significato storico, questi eventi rivelano – a parere di chi scrive – ciò che determina, ancora oggi, l’incidenza del diritto internazionale dei diritti umani sul biodiritto.

Le violazioni commesse nel corso della Seconda guerra mondiale, infatti, hanno determinato sul piano dell’ordinamento della comunità degli Stati una rivoluzione senza precedenti, portando a livello internazionale la tutela di posizioni individuali che, prima del 1945, avevano trovato solo sporadica garanzia in alcuni strumenti di diritto interno<sup>4</sup>. Con la Carta di San Francisco, per la prima volta, gli Stati individuavano – tra i fini della neonata organizzazione – il rispetto dei diritti umani fundamenta-

<sup>2</sup> La diversa regolamentazione che alcuni aspetti del biodiritto ricevono negli ordinamenti interni impone, infatti, una riflessione condivisa per la soluzione di possibili situazioni di conflitto. Un ottimo esempio è rappresentato dallo studio della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato in materia di definizione del rapporto di filiazione in un’epoca, quale quella in cui viviamo, caratterizzata da importanti cambiamenti nei modelli familiari e soprattutto da significativi progressi nella scienza medica. Le differenze che intercorrono tra scelte operate dagli stati in materia di tecniche di riproduzione assistita, inclusa la gestazione per altri, possono dar luogo a complesse questioni di diritto internazionale privato rispetto alla definizione dei rapporti di parentela di tanti minori. È dunque facilmente comprensibile perché la Conferenza dell’Aja stia valutando l’opportunità di adottare un strumento pattizio che indichi regole uniformi per risolvere eventuali conflitti derivanti da regolamentazioni nazionali diverse e che garantiscano «*predictability, certainty and continuity of legal parentage in international situations for all persons involved, taking into account their fundamental rights, the UN Convention on the Rights of the Child and in particular the best interests of children*»: Hague Conference on Private International Law, *Report of the Experts’ Group on the parentage/surrogacy project* (25-28 settembre 2018), par 6.

<sup>3</sup> Sul *medical case* e il codice di Norimberga: G.J. ANNAS, M.A. GRODIN, *The Nazi doctors and the Nuremberg code: human rights in human experimentation*, New York, 1992; M.R. MARRUS *The Nuremberg Doctors’ Trial in Historical Context*, in *Bulletin of the History of Medicine*, 73, 1, 1999, 106-123; G.J. ANNAS, M.A. GRODIN, *Medical ethics and human rights: legacies of Nuremberg*, in *Hofstra Law & Policy Symposium*, 3, 1999, 111-123.

<sup>4</sup> Il riferimento è, in particolare, all’*English Bill of Rights* (1689), alla *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789) e allo *United States Bill of Rights* (1789).

li<sup>5</sup>, inaugurando l'epoca in cui avrebbero assunto, nei loro rapporti reciproci, attraverso la sottoscrizione di trattati, l'impegno a farsi garanti dei diritti dei singoli individui sotto la loro giurisdizione. L'istituzione dei Tribunali di Norimberga e Tokyo e il successivo sviluppo del diritto internazionale penale, peraltro, erano il frutto di una reazione condivisa degli Stati ad una situazione di *legal lawlessness*: non solo una generale carenza o finanche assenza di garanzie, ma piuttosto la violazione di diritti fondamentali che era stata prevista, raccomandata, disposta dal diritto interno. Come ha ben evidenziato un'autrice «il positivismo giuridico, che voleva garantire la “certezza della legge” attraverso il rispetto delle forme e delle procedure, a prescindere dal contenuto delle norme stesse, si è mostrato incapace di garantire la “giustizia del diritto”, fino a rendere lo Stato un complesso strumento, crudelmente raffinato, di morte e sopraffazione. [...] [L]a legalità, mutando la percezione valoriale del fatto, ha reso “socialmente rispettabili”, se non addirittura “doverosi”, comportamenti in realtà profondamente disumani»<sup>6</sup>.

Ciò che nel 1945 aveva una portata rivoluzionaria – poiché determinava il superamento della sovranità assoluta dello Stato e l'emersione nell'ordinamento internazionale di una pur limitata soggettività dell'individuo – è diventato un meccanismo consolidato attraverso lo sviluppo dei diritti umani: la previsione di standard di tutela che prescindono dalle scelte interne degli Stati e che, per il loro essere *inherent* alla natura umana, preesistono al riconoscimento giuridico e sopravvivono persino alla negazione espressa che i singoli ordinamenti ne possano fare<sup>7</sup>. In questa prospettiva, i diritti umani rappresentano un importante motore del biodiritto.

Naturalmente, per quanto riguarda la tutela dei diritti umani in biomedicina, da allora molto è cambiato: in particolare, sono molto diverse (e diversificate) le questioni che impongono adesso una riflessione giuridica. Non si tratta più soltanto di violazioni manifeste di diritti umani fondamentali, come quelle praticate dai medici nazisti, ma piuttosto di questioni molto controverse, che richiedono un attento contemperamento di interessi individuali e interessi di tipo generale e che, molto spesso, chiamano in causa sentimenti morali e sistemi valoriali contrastanti<sup>8</sup>. Ed è forse questa la sfida che i diritti umani nel campo della biomedicina sono chiamati a svolgere oggi: proporre standard che, di fronte a questioni problematiche dal punto di vista bioetico, possano contribuire a definire parametri per le scelte normative degli Stati.

<sup>5</sup> Gli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite prevedono obblighi di cooperazione tra gli Stati in materia di promozione del rispetto dei diritti umani.

<sup>6</sup> M. CASINI, *Diritti umani di chi? I diritti dell'uomo alla prova della bioetica*, in G. GIOFFREDI (a cura di), *Studi di bioetica e diritto internazionale*, Napoli, 2016, 65-66.

<sup>7</sup> È questa la lettura che comunemente si fa delle previsioni di cui all'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 («Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»), e al Preambolo del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 ([...] riconosciuto che questi diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana).

<sup>8</sup> Sul passaggio dal diritto al biodiritto o alla “biogiuridica”: L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, 2006, 28.

### 3. Diritti umani, bioetica ed il ruolo propulsore delle Corti e dei meccanismi di monitoraggio

Il rapporto tra diritti umani e bioetica è un tema molto dibattuto da studiosi di diversa formazione accademica (giuristi e filosofi, scienziati politici e medici). Secondo alcuni autori, la bioetica moderna e i diritti umani condividono le medesime origini storiche<sup>9</sup> e sono stati alimentati da forze sociali identiche<sup>10</sup>; altri invece ritengono che le due discipline abbiano radici diverse, poiché la maggior parte dei principi bioetici ha trovato compiuta definizione solo negli ultimi decenni del XX secolo e, dunque, in epoca più recente rispetto alle norme sui diritti umani<sup>11</sup>.

È poi anche discussa la possibilità di stabilire uno scambio fruttuoso tra bioetica e diritti umani: alcuni autori riconoscono una parziale sovrapposizione tra le due discipline o ritengono che la loro interazione sia comunque benefica<sup>12</sup>, altri esprimono scetticismo rispetto al significato e al ruolo dei diritti umani nel dibattito su temi di bioetica. La stessa idea di diritti dell'essere umano in quanto tale sembra essere discutibile per alcuni bioeticisti<sup>13</sup>, secondo cui «*the idea of rights is objectionable and creates many difficulties all of which reflect the limits of the law in terms of shaping and influencing decision-making in bioethical issues*»<sup>14</sup>.

È tuttavia evidente che la maggior parte delle controversie di natura bioetica possa essere considerata (anche) attraverso una “*human rights lens*”, soprattutto allorché si configuri come richiesta di garanzie o diritti da parte di individui nei confronti dello Stato. Inoltre, molte questioni bioetiche controverse possono essere facilmente formulate in termini di diritti fondamentali ed esigenze di natura pubblica che esigono un corretto bilanciamento. Non a caso, diversi studiosi «*see human rights discourse as a way of posing questions and setting up problems for analysis and resolution, even where they do not see human rights as a useful set of theoretical tools for that analysis or for defining solutions to moral and political problems*»<sup>15</sup>.

Infine, è innegabile che riflessione bioetica e diritti umani trovino un fertile terreno d'incontro nelle argomentazioni delle Corti internazionali dei diritti umani e dei *treaty-based bodies*<sup>16</sup>, allorché questi

<sup>9</sup> R. ANDORNO, *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 34, 2009, 235.

<sup>10</sup> R. ASCHROFT, *The Troubled Relationship Between Bioethics and Human Rights*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Bioethics: Current Legal Issues Volume*, Oxford, 2008, 641.

<sup>11</sup> J. SANDOR, *Bioethics and Basic rights: persons, humans, and boundaries of life*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative constitutional Law*, Oxford, 2012, 1143.

<sup>12</sup> J. SANDOR, *Human rights and bioethics: competitors or allies? The role of international law in shaping the contours of a new discipline*, in *Medicine and Law*, 2008, 16; T. FAUNCE, *Bioethics and Human rights*, in H.A.M.J. TEN HAVE, B. GORDIJN (eds.), *Handbook of Global Bioethics*, Dordrecht, 2014, 471.

<sup>13</sup> R. ASCHROFT, *The Troubled Relationship*, cit., 38.

<sup>14</sup> D. SPERLING, *Law and Bioethics: A Rights-Based Relationship and Its Troubling Implications*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Bioethics: Current Legal Issues Volume*, Oxford, 2008, 78.

<sup>15</sup> D. SCHROEDER, *Human Rights and their Role in Global Bioethics*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 14, 2, 2005, 221; D.C. THOMASMA, *Proposing a New Agenda: Bioethics and International Human Rights*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 10, 3, 2001, 299-310.

<sup>16</sup> Si tratta degli organi di controllo chiamati a verificare l'attuazione delle disposizioni dei principali trattati sui diritti umani conclusi in seno alle Nazioni Unite: Comitato dei diritti umani; Comitato sui diritti economici, sociali e culturali; Comitato contro la tortura; Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale; Comitato

siano chiamati a verificare lamentate violazioni di diritti fondamentali su questioni di natura bioetica. È stato efficacemente affermato in dottrina che «*the real work starts, rather than finishes, where the Court agrees that a particular right is engaged. For that is the point at which ethical argument is required in order to deploy concepts of balance, proportionality, margin of appreciation, and so on*»<sup>17</sup>. In altre parole, nel decidere casi che pongono di fronte a dilemmi di natura bioetica, le Corti e i *treaty-based bodies* esprimono posizioni etiche capaci di influenzare il dibattito su temi divisivi<sup>18</sup>.

Il contributo degli organi di monitoraggio (giurisdizionale e non), tuttavia, non è limitato al solo dibattito bioetico, ma incide anche sullo sviluppo del biodiritto interno agli Stati. Infatti, la protezione internazionale dei diritti umani esercita una pressione fortissima rispetto alle scelte operate dagli ordinamenti interni, non solo quando sul piano internazionale viene assunta una posizione netta rispetto alla normativa interna, ma anche allorché sia invece manifesta l'intenzione non esprimersi sulla bontà delle scelte nazionali. Due esempi possono contribuire a chiarire questo punto: il caso *Mellet c. Irlanda*, in tema di aborto, deciso dal Consiglio dei diritti umani e la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *Mennesson c. Francia*, in materia di gestazione per altri (GPA).

### 3.1 L'aborto in Irlanda: dal caso Mellet al referendum del 2018

Il 25 maggio 2018, il 68% dei cittadini irlandesi, con un referendum destinato a passare alla storia, ha richiesto l'abrogazione del divieto di aborto. Le critiche sollevate (a più riprese) da diversi *treaty-based bodies* delle Nazioni Unite rispetto alla normativa irlandese in materia di interruzione volontaria di gravidanza (IVG) hanno certamente contribuito a rinnovare il dibattito all'interno del paese sull'opportunità di rivedere la disposizione di cui all'art. 40.3.3<sup>19</sup> della Costituzione.

La previsione – inserita con l'adozione dell'ottavo emendamento nel 1983 – offriva una protezione di rango costituzionale della vita dell'*unborn*, ed era stata interpretata dalla Corte suprema irlandese nel senso di consentire l'IVG solo in caso di pericolo per la vita della madre, non essendo sufficienti un rischio per la sua salute, né circostanze specifiche come gravi malformazioni del feto o il fatto che la gravidanza fosse l'esito di uno stupro o di un incesto.

Sull'ottavo emendamento gli irlandesi avevano già avuto modo in passato di esprimersi attraverso consultazioni referendarie<sup>20</sup>.

Nel 1992, a seguito del clamore suscitato dal caso *Attorney General v. X and Others*<sup>21</sup>, il 66% circa della popolazione rigettava la proposta di restringere l'accesso all'aborto ai casi di rischio reale per la vi-

---

per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne; Comitato sui diritti dell'infanzia; Comitato sui diritti dei lavoratori migranti; Comitato sui diritti delle persone con disabilità; Comitato sulle sparizioni forzate. Alcuni di essi, oltre a ricevere i rapporti degli Stati parte sull'attuazione dei singoli trattati, ricevono ed esaminano comunicazioni individuali.

<sup>17</sup> M.B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, 2006, citato da R. ASCHROFT, *The Troubled Relationship*, cit., 40.

<sup>18</sup> L. POLI, *Bioethics, human rights and their interplay in the legal reasoning of ECtHR's case law on artificial reproductive technologies*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2017, 1-18.

<sup>19</sup> L'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese stabilisce: «*the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*».

<sup>20</sup> Irish Family Planning Association, *History of Abortion in Ireland*, disponibile all'indirizzo: <https://www.ifpa.ie/advocacy/abortion-in-ireland-legal-timeline/> (ultima consultazione 17/07/19).

ta della madre con esclusione esplicita del pericolo di suicidio, e – con una maggioranza di poco inferiore – ammetteva il diritto delle donne di recarsi fuori dallo Stato per praticare un'interruzione di gravidanza, nonché la diffusione di informazioni sul territorio irlandese quanto a servizi di aborto disponibili in altre giurisdizioni. Su quest'ultimo profilo era intervenuta, peraltro, anche la Corte europea dei diritti umani che, nel caso *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*<sup>22</sup>, aveva ravvisato una violazione dell'art. 10 CEDU nel divieto di diffondere informazioni sui servizi di aborto disponibili all'estero, formulato in un provvedimento ingiuntivo adottato dalla *High Court* nei confronti di due organizzazioni no profit.

Con il referendum del 2002, poi, pur con una maggioranza contenuta (50,42%), gli irlandesi bocciarono la proposta di rafforzare il divieto di aborto anche attraverso l'introduzione di nuove sanzioni per chi lo praticasse.

La contrarietà agli standard di tutela dei diritti umani dei limiti posti all'accesso all'aborto in Irlanda è stata affermata a più riprese sul piano internazionale. Si segnalano, in particolare, le posizioni assunte dal Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne – che ha espresso preoccupazione rispetto alla mancata modifica dell'art. 40.3.3 della Costituzione, raccomandandone una revisione per consentire una nuova e più permissiva normativa in materia di IVG<sup>23</sup> – e dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura che ha insistito sulla condizione di «*severe physical and mental anguish and distress experienced by women and girls regarding termination of pregnancy due to the State policies*»<sup>24</sup>.

Particolare rilievo ha però avuto un caso portato all'attenzione dello *Human Rights Committee* attraverso una comunicazione individuale. Si tratta del caso *Mellet c. Irlanda*<sup>25</sup>, in cui l'autrice della comunicazione lamentava l'impossibilità di accedere ad aborto anche nel caso in cui il feto risultasse affetto da malformazioni tanto gravi da causarne il decesso nel corso della gestazione o subito dopo il parto. Anche rispetto all'atteggiamento di grande deferenza verso il sistema valoriale irlandese adot-

<sup>21</sup> Il caso riguardava una ragazzina rimasta incinta a seguito di stupro che, dopo aver manifestato l'intenzione di togliersi la vita pur di non portare avanti la gravidanza, aveva programmato, con l'aiuto dei genitori, di recarsi all'estero per abortire. Le autorità, venute a conoscenza delle sue intenzioni (poiché i genitori avevano chiesto delucidazioni sulla possibilità di usare i tessuti del feto abortito come prove nel procedimento penale relativo allo stupro), emettevano un provvedimento ingiuntivo per impedire alla minore di lasciare il territorio dello Stato per l'intera durata della gravidanza. La *Supreme Court* revocava tuttavia tale provvedimento, ritenendo che il rischio di suicidio integrasse l'eccezione prevista dalla norma costituzionale a salvaguardia della vita della gestante. Per un commento, R. FLETCHER, "Pro-Life" Absolutes, *Feminist Challenges: The Fundamentalist Narrative of Irish Abortion Law 1986-1992*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1998, 1 ss.; *Id.*, *Reproductive Justice and Article 40.3.3*, in J. SCHWEPPE (ed.), *The Unborn Child, Article 40.3.3 and Abortion in Ireland: 25 years of Protection?*, Dublino, 2008, 319 ss.

<sup>22</sup> Corte europea dei diritti umani, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, ricorso n. 14234/88; 14235/88, sentenza del 29 ottobre 1992. R. LAWSON, *The Irish Abortion Cases: European Limits to National Sovereignty*, in *European Journal of Health Law*, 1, 2, 1994, 167-186.

<sup>23</sup> Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne, *Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Ireland*, UN Doc. CEDAW/C/IRL/CO/6-7, 9 marzo 2017, par. 10.

<sup>24</sup> Comitato contro la tortura, *Concluding observations on the second periodic report of Ireland*, UN Doc. CAT/C/IRL/CO/2, 31 agosto 2017, par. 31.

<sup>25</sup> Comitato dei diritti umani, *Mellet c. Irlanda*, *Communication* n. 2324/2013, *Views* del 31 marzo 2016, UN Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 del 9 giugno 2016.

tato dalla Corte europea di Strasburgo in una decisione di qualche anno prima<sup>26</sup>, le *views* colpiscono per la posizione molto netta assunta dall’organo delle Nazioni Unite rispetto alle doglianze formulate nella comunicazione. Lo *Human Rights Committee* ha infatti ritenuto che l’impossibilità di procedere ad aborto nel caso in cui il feto sia affetto da malformazioni fatali rappresenti una violazione dei diritti garantiti agli articoli 7, 17 e 26 dell’*International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). In particolare, ha considerato che il divieto di interrompere la gestazione di un feto che non sarebbe comunque sopravvissuto alla nascita, avesse sottoposto l’autrice della comunicazione a condizioni di intensa sofferenza fisica e mentale tali da integrare un trattamento crudele, inumano e degradante<sup>27</sup> e che l’interferenza nel diritto alla vita privata della donna fosse da considerarsi arbitraria in ragione di un cattivo bilanciamento, nel caso di specie, tra i diritti del feto e quelli della donna<sup>28</sup>. Il Comitato riconosceva, altresì, una violazione dell’art. 26 del Patto, insistendo sulle differenze di trattamento cui sono sottoposte, da una parte, le donne che, pur riscontrando una malformazione fatale nel feto, decidono di portare a termine la gravidanza e, dall’altra, quelle che in circostanze analoghe scelgono di interromperla. Tali differenze includono, in particolare, la possibilità – garantita solo alle prime – di usufruire del sistema sanitario pubblico e della copertura assicurativa, nonché di ottenere le necessarie cure mediche e l’assistenza psicologica in caso di aborto spontaneo o di decesso del bambino successivo al parto<sup>29</sup>. Lo *Human Rights Committee* è poi giunto alle medesime conclusioni in un altro caso del tutto simile (*Whelan c. Irlanda*)<sup>30</sup>.

A differenza delle sentenze dei tribunali internazionali, le *views* dei *treaty based organs* non sono vincolanti, ma di fatto contribuiscono ad orientare il comportamento degli Stati, soprattutto allorché identificano in una scelta normativa (o in una prassi amministrativa) una chiara violazione degli obblighi assunti attraverso vincoli pattizi. La posizione espressa dallo *Human Rights Committee* ha infatti sollecitato in modo determinante il dibattito interno sul divieto di aborto. Non a caso, proprio a seguito del caso *Mellet*, è stato dato avvio all’attività della *Citizens’ Assembly*<sup>31</sup>, che si è interrogata sulle possibili modifiche da apportare all’ottavo emendamento. Nel suo report finale, la *Citizens’ Assembly* ha espresso favore per la sostituzione dell’articolo 40.3.3 della Costituzione con una previsione che riservi al Parlamento la definizione di una normativa in materia di aborto (e che consideri il bilanciamento dei diritti della donna con quelli del feto) e ha anche avanzato alcune raccomandazioni sul contenuto di una possibile normativa, suggerendo un limite all’età gestazionale entro cui consentire l’IVG e identificando le circostanze in presenza delle quali l’interruzione dovrebbe essere garanti-

<sup>26</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *A., B. e C. c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza del 16 dicembre 2010.

<sup>27</sup> Comitato dei diritti umani, *Mellet c. Irlanda*, cit., par. 7.4-7.6.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 7.8.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par 7.10 e 7.11.

<sup>30</sup> Comitato dei diritti umani, *Whelan c. Irlanda*, *Communication* n. 2425/2014, *Views* del 17 marzo 2014, UN Doc. CCPR/C/119/D/2425/2014 del 12 giugno 2017.

<sup>31</sup> Si tratta di un “esercizio di democrazia deliberativa”, che intende mettere i cittadini al centro di questioni giuridiche e politiche di rilevanza. L’Assemblea, istituita nel 2016 è composta da 99 cittadini irlandesi, rappresentativi delle diverse componenti della società (quanto ad età, genere, classe sociale e provenienza regionale). Oltre alla questione dell’aborto, l’Assemblea è stata chiamata a considerare temi quali le sfide poste dal cambiamento climatico e le modalità delle consultazioni referendarie.

ta<sup>32</sup>. A seguito del referendum del 2018, poi, è stato adottato l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*<sup>33</sup> che regola l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza consentendola, entro la dodicesima settimana di gestione, anche in caso di rischio per la salute della donna, nonché in presenza di gravi problemi di salute del feto, che non ne consentano la sopravvivenza oltre i 28 giorni dalla nascita.

È chiaro che ad aver reso possibile un cambiamento tanto epocale non è stata solo la posizione espressa dagli organi delle Nazioni Unite, ma un più generale mutamento nell'approccio della comunità irlandese, determinato da complessi meccanismi sociali. Tuttavia, è innegabile che le decisioni assunte nei casi *Mellet* e *Whelan* abbiano rappresentato un significativo sprone ad apportare modifiche in materia di aborto. In entrambi i casi, infatti, lo *Human Rights Committee* aveva indicato la necessità di prevenire ulteriori violazioni adottando una riforma normativa che prevedesse «*timely and accessible procedures for pregnancy termination in Ireland*»<sup>34</sup>. Nell'ambito del processo di *follow-up* successivo all'adozione delle *views* del Comitato, il governo irlandese ha poi esplicitamente ammesso che l'impossibilità di accesso all'aborto in caso di gravi anomalie fetali determini un serio pregiudizio ai danni di molte donne nelle condizioni delle autrici delle due comunicazioni e ha riconosciuto come una simile situazione imponesse la modifica dell'articolo 40.3.3 della Costituzione<sup>35</sup>.

D'altro canto, l'autonomia riproduttiva della donna ha conosciuto una graduale affermazione nel diritto internazionale, a partire dall'adozione del *Programme of action* nel corso della *International Conference on population and development* del Cairo nel 1994 e dalla *Platform for action* elaborata a Pechino nel 1995, in cui, per la prima volta in un documento internazionale, si invitavano gli Stati a rivedere «*laws containing punitive measures against women who have undergone illegal abortions*»<sup>36</sup>. E, sebbene l'unica previsione vincolante in tema di interruzione di gravidanza sia l'art. 14.2.c del *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women*<sup>37</sup>, è possibile riconoscere un generale consenso a livello internazionale sull'opportunità di garantire, in circostanze specifiche, la prevalenza della tutela della vita e della salute psico-fisica della donna, sulla necessità, altrimenti garantita, di proteggere il nascituro<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Citizens' Assembly, *First Report and Recommendations - The eighth amendment of the Constitution*, 29 giugno 2017, disponibile all'indirizzo: <https://www.citizensassembly.ie/en/The-Eighth-Amendment-of-the-Constitution/Final-Report-on-the-Eighth-Amendment-of-the-Constitution/Final-Report-incl-Appendix-A-D.pdf> (ultima consultazione 2/04/2019).

<sup>33</sup> Adottato il 20 dicembre 2018, è entrato in vigore il 1 gennaio del 2019.

<sup>34</sup> Comitato dei diritti umani, *Mellet c. Irlanda*, cit., par. 9; *Whelan c. Irlanda*, cit., par. 9.

<sup>35</sup> Comitato dei diritti umani, *Follow-up progress report on individual communications*, UN Doc. CCPR/C/122/R.2, 29 maggio 2018, 16.

<sup>36</sup> Fourth World Conference on Women, *Platform for Action*, Pechino, 1995, par. 106, lett. (k).

<sup>37</sup> La disposizione citata recita come segue: «*States Parties shall take all appropriate measures to: [...] c) protect the reproductive rights of women by authorizing medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the fetus*».

<sup>38</sup> Per un approfondimento sul tema, si rinvia a L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e "treaty bodies" a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2017, 189-212.



### 3.2 Oltre il margine di apprezzamento degli Stati: la gestazione per altri e il *best interest of the child*

L’impulso che l’attività degli organi di garanzia dei diritti umani dà al biodiritto interno agli stati, tuttavia, non è limitata ad ipotesi, come quella dell’aborto, in cui vi sia una (almeno tendenziale) uniformità di vedute a livello internazionale. Anche con riferimento a questioni più controverse è infatti riscontrabile una significativa influenza, come dimostra il tema della gestazione per altri.

La Corte EDU si è trovata in diverse occasioni a considerare le vicende di coppie che avevano fatto ricorso alla gestazione per altri, senza mai interrogarsi sulla pratica in sé, ma verificando piuttosto l’impatto che le scelte legislative di natura restrittiva, operate dagli Stati convenuti, avevano avuto sui diritti delle coppie e dei bambini nati attraverso tale tecnica.

Particolarmente interessanti, per la presente analisi, sono le sentenze nei casi *Menesson c. Francia*<sup>39</sup> e *Labassee c. Francia*<sup>40</sup>, in cui due coppie di cittadini francesi (e i minori nati da GPA effettuata negli Stati Uniti) ritenevano che il rifiuto di trascrivere i certificati di nascita dei bambini in Francia – e di riconoscere, quindi, il rapporto di filiazione attestato negli USA – costituisse una violazione dell’art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Nell’esaminare la doglianza, la Corte di Strasburgo ha applicato principi ampiamente consolidati nella sua giurisprudenza, rilevando innanzitutto che l’ingerenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti, rappresentata dal rifiuto di trascrizione degli atti di nascita, fosse prevista dalla legge e perseguisse scopi legittimi quali la tutela della salute e di diritti e libertà altrui<sup>41</sup>. Nel valutare poi la proporzionalità della misura, la Corte ha ribadito che, sebbene l’assenza di un consenso europeo in materia di GPA suggerisca di riconoscere ampia discrezionalità agli ordinamenti interni sulla possibilità di consentire o meno tale pratica e di riconoscere o meno il rapporto di filiazione tra genitori committenti e il bambino, il margine di apprezzamento è in realtà da considerarsi ristretto, poiché il legame di parentela rappresenta un aspetto fondamentale dell’identità (e dunque della vita privata) degli individui<sup>42</sup>. In ogni caso, per i giudici di Strasburgo, anche le scelte operate dagli Stati entro i limiti del proprio margine di apprezzamento non sono esenti dal vaglio della Corte e debbono realizzare un buon equilibrio tra gli interessi degli Stati e quelli degli individui coinvolti, in particolare quando debba trovare applicazione il principio del *best interest of the child*<sup>43</sup>.

Così, in entrambe le sentenze, pur non avendo ritenuto sussistente la violazione dell’art. 8 CEDU ai danni dei genitori<sup>44</sup>, la Corte ha riconosciuto una violazione del diritto alla vita privata nei confronti dei bambini. La mancata trascrizione dell’atto di nascita in Francia rischiava, infatti, di determinare l’impossibilità per costoro di ottenere la cittadinanza francese e di esercitare i diritti successori<sup>45</sup>. Inoltre – alla luce del legame genetico sussistente, in entrambe le coppie, tra i figli e il padre – la Corte riteneva contraria all’interesse dei bambini una misura che impedisse il riconoscimento giuridico di

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11 sentenza del 26 luglio 2014.

<sup>40</sup> Corte europea dei diritti umani, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 luglio 2014

<sup>41</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 57-62; *Labassee c. Francia*, cit., par. 52-54.

<sup>42</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 79-80; *Labassee c. Francia*, cit., par. 58-59.

<sup>43</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 81; *Labassee c. Francia*, cit., par. 60.

<sup>44</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 87-94; *Labassee c. Francia*, cit., par. 66-73.

<sup>45</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 96-98; *Labassee c. Francia*, cit., par. 75-77.

una realtà biologica<sup>46</sup>. A seguito della pronuncia, il Ministero della giustizia francese disponeva la trascrizione dei certificati di nascita rilasciati all'estero in caso di GPA che riportassero l'indicazione del padre biologico<sup>47</sup>.

Questo caso ben dimostra come, pur riconoscendo la più ampia discrezionalità alle autorità nazionali rispetto all'ammissibilità o meno di una pratica controversa come la GPA, le decisioni degli organi a tutela dei diritti umani possono avere effetti molto significativi sugli ordinamenti interni. È evidente, infatti, che in questo caso la Corte EDU ha imposto di riconoscere effetti giuridici al risultato della gestazione per altri, pur formalmente non condannando le scelte restrittive operate dal sistema nazionale, ma implicitamente muovendo verso un'apertura rispetto alla pratica in sé<sup>48</sup>.

La Corte EDU è tornata poi ad esprimersi sulla vicenda, questa volta con un parere reso ex Protocollo 16, su sollecitazione della *Cour de Cassation*<sup>49</sup>. Il giudice francese aveva chiesto, in primo luogo, se potesse considerarsi rientrare nel margine di apprezzamento delle autorità nazionali il rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile un atto di nascita relativo ad un bambino nato all'estero da GPA, nella parte in cui designa come madre la madre d'intenzione (non biologica), pur ammettendo la trascrizione dello stesso atto con riferimento al padre biologico e, in secondo luogo, se l'adozione del bambino da parte della madre d'intenzione fosse una soluzione in linea con gli obblighi convenzionali. La Corte, che ha ritenuto l'adozione del minore da parte del coniuge del padre biologico compatibile con la CEDU<sup>50</sup>, ha chiaramente statuito che è senza alcun dubbio nel migliore interesse del minore «*the legal identification of the persons responsible for raising him or her, meeting his or her needs and ensuring his or her welfare, as well as the possibility for the child to live and develop in a stable environment*»<sup>51</sup>.

Sembra dunque possibile sostenere che il progresso scientifico in campo biomedico – allorché sia sostenuto da un'accettazione dal punto di vista etico dei suoi risultati, che sia sufficientemente diffusa, se anche non unanime – sia destinato a produrre posizioni giuridiche soggettive fortemente meritevoli di tutela. La garanzia di queste posizioni sul piano internazionale incide sulle scelte normative interne, finendo per comprimere il margine di apprezzamento su una questione su cui, per le impor-

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti umani, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 100; *Labassee c. Francia*, cit., par. 79.

<sup>47</sup> Comitato dei Ministri, *Communication from France concerning the cases of Laborie, Mennesson and Labassée v. France*, 1 agosto 2017, doc. n. DH-DD(2017)817, 5.

<sup>48</sup> Questa dinamica è stata ben evidenziata dai giudici Raimondi e Spano nell'opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza di Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ricorso n. 25358/12, sentenza del 25 gennaio 2015). La decisione della maggioranza non sarebbe condivisibile, per i due giudici, perché essa, imponendo il riconoscimento di un legame familiare, pur in assenza di legame genetico, tra i genitori d'intenzione e il bambino nato da GPA, impedirebbe allo Stato di non riconoscere effetti alla pratica della maternità surrogata: «*s'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une "vie familiale", il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour*» (ivi, par. 15).

<sup>49</sup> Corte europea dei diritti umani, *Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto di filiazione tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all'estero e la madre d'intenzione*, richiesta n. P16-2018-001, 10 aprile 2019.

<sup>50</sup> *Ibid.*, par. 54.

<sup>51</sup> *Ibid.*, par. 42.

tanti implicazioni di natura bioetica, la Corte EDU tradizionalmente accorda un’ampia discrezionalità agli Stati.

#### 4. Il biodiritto internazionale e le sue principali caratteristiche

L’incidenza del diritto internazionale sul biodiritto non è limitata al contributo offerto dall’applicazione di standard (per così dire) generici di tutela di diritti umani fondamentali allo sviluppo della biomedicina, ma si traduce anche nell’adozione di documenti internazionali volti ad orientare il comportamento degli Stati specificatamente in materia di progresso scientifico e tutela della dignità umana. Sempre di più le scienze dalla vita, e la biomedicina in particolare, pongono questioni che meritano una trattazione non confinata agli ordinamenti nazionali: «*as science becomes increasingly globalized, a coherent and effective response to the new dilemmas raised by science should also be global*»<sup>52</sup>.

Questo corpus crescente di norme e principi si può definire come “biodiritto internazionale”.

I principali strumenti del biodiritto internazionale sono la Convenzione per la protezione dei diritti dell’uomo e la dignità dell’essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo)<sup>53</sup> e i suoi quattro Protocolli addizionali<sup>54</sup>, nonché le tre Dichiarazioni adottate in seno all’Unesco, ovvero la Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani, 1997<sup>55</sup>; la Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani, 2003; e la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani, 2005<sup>56</sup>.

Si tratta, è bene evidenziare, di documenti che non hanno elaborato e introdotto principi nuovi, ma hanno piuttosto adattato standard elaborati nel contesto della tutela dei diritti fondamentali dell’individuo al campo specifico della biomedicina<sup>57</sup>. Cionondimeno, il biodiritto internazionale costituisce un ambito normativo di cui sono riconoscibili alcuni caratteri fondamentali: alcuni attengono ad un piano formale, concernendo il modo in cui esso si produce; altri concernono profili sostanziali, ovvero il suo contenuto, che appare strettamente ancorato al concetto di dignità umana.

<sup>52</sup> R. ANDORNO, *Principles of international biolaw. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Bruxelles, 2013, 5.

<sup>53</sup> Sulla Convenzione di Oviedo, oltre a R. ANDORNO, *Principles*, cit., 115-136 e L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 48 ss., si veda I. R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009.

<sup>54</sup> Protocollo sul divieto di clonazione di esseri umani, adottato nel 1998, in vigore dal 2001; Protocollo relativo al trapianto di organi e tessuti di origine umana, adottato nel 2002, in vigore dal 2006; Protocollo sulla ricerca biomedica adottato nel 2005, in vigore dal 2007; Protocollo relativo ai test genetici a scopi sanitari, adottato nel 2008, in vigore dal 2018.

<sup>55</sup> R. ANDORNO, *Principles*, cit., 83-100.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 101-113.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 6. Sui principi bioetici che hanno ispirato la redazione dei principali documenti di biodiritto internazionale, vedi anche A. BOMPIANI, A. BEGHÈ LORETI, L. MARINI, *Bioetica e diritti dell’uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2001, 31-40.

#### 4.1 Un diritto in prevalenza “soffice” ed il ruolo dei comitati internazionali di bioetica

Il biodiritto internazionale si distingue, innanzitutto, per il significato assunto ed il ruolo svolto dalla *soft law*<sup>58</sup>. Pur non essendo tecnicamente fonti di produzione del diritto, gli strumenti di *soft law* sono spesso concepiti per produrre un effetto vincolante a lungo termine, attraverso la trasposizione in documenti pattizi. Inoltre, essi possono orientare il comportamento degli Stati, contribuendo così a determinare la nascita di norme di diritto consuetudinario. In ogni caso, anche a prescindere dalla loro evoluzione in disposizioni vincolanti e pur definendo solo impegni politici nell'immediato, questi strumenti contribuiscono a promuovere risposte normative alle sfide che lo sviluppo scientifico in campo biomedico pone costantemente. Peraltro, come segnala qualcuno, gli atti di *soft law*, quali le Dichiarazioni UNESCO, risultano avere un buon tasso di applicazione da parte degli Stati, del tutto assimilabile a quello delle fonti pattizie<sup>59</sup>.

Occorre ricordare che gli atti di *soft law* presentano alcuni vantaggi di ordine pratico: innanzitutto sono più agevoli da adottare, non necessitando di procedure lunghe e soggette a condizionamenti politici interni, come la ratifica<sup>60</sup>. Questo è un valore aggiunto soprattutto alla luce della necessità di adottare standard che siano utilmente aggiornabili alla luce del rapido sviluppo delle conoscenze nel campo biomedico. Inoltre, gli atti di *soft law* si presentano come unitari, non ammettendo la frammentazione del contenuto che deriva dall'apposizione di riserve eccezionali o modificative, tipica dei regimi pattizi.

Quello del biodiritto, naturalmente, non è l'unico ambito normativo in cui la *soft law* svolge un ruolo essenziale. L'adozione di principi normativi che, pur non avendo forza vincolante, sono in grado di produrre effetti giuridici ha funzionato in modo significativo in diversi settori del diritto internazionale<sup>61</sup>, tanto che, secondo alcuni autori, la definizione di diritto “soffice” sarebbe del tutto fuorviante<sup>62</sup>. Nel campo del biodiritto internazionale, tuttavia, forse in modo più evidente che in altri, la *soft law* non solo produce un processo graduale di influenza del comportamento degli stati<sup>63</sup>, ma soprattutto

<sup>58</sup> Sulla *soft law*, tra gli altri: C.M. CHINKIN *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 38, 4, 1989, 850-866; K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 54, 3, 2000, 421-456; M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2003, 17-35; E. TRAMONTANA, *Il “soft law” e la resilienza del diritto internazionale*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2017, 43-66.

<sup>59</sup> H. HILLGENBERG, *A fresh look at soft law*, in *European Journal of International Law*, 10, 3, 1999, 502.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 501; G.C. SHAFFER, M.A. POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, in *Minnesota Law Review*, 94, 2010, 719.

<sup>61</sup> Sono in particolare interessati da un proliferare di strumenti di *soft law*, non solo il diritto dell'ambiente (tra gli altri, J. FRIEDRICH, *International Environmental “soft law”. The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*, Heidelberg, 2013), ma anche la regolamentazione di nuove tecnologie (G.E. MARCHANT, B. ALLENBY, *Soft law: New tools for governing emerging technologies*, in *Bulletin of the Atomic Scientists*, 73, 2, 2017, 108-114).

<sup>62</sup> D. THÜRER, *Soft law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, par. 37.

<sup>63</sup> In dottrina vi è chi insiste sulla natura di *standard-setting*, per esempio, delle dichiarazioni UNESCO: I.R. PAVONE, *The role of soft law in bioethics*, in C. CAPORALE, I.R. PAVONE, *International Biolaw and Shared Ethical Principles. The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, Londra, 2018, 102-103.

funziona da motore per il confronto in un contesto in cui gli Stati si sentono liberi da vincoli ai propri poteri sovrani<sup>64</sup>.

La dimensione del confronto è senza dubbio determinante, soprattutto se si considera un secondo aspetto caratterizzante il biodiritto internazionale, ovvero l’istituzionalizzazione del dibattito sul rapporto tra bioetica e diritto, che si è concretizzata, sul piano internazionale, nella creazione di organi come il Comitato internazionale di bioetica dell’UNESCO, il Comitato sulla bioetica del Consiglio d’Europa o il Gruppo Europeo sull’Etica nella Scienza e nelle Nuove Tecnologie istituito nell’ambito dell’Unione Europea. Tali comitati, possono intendersi come «entità ibride tra le istanze normative internazionali e i comitati nazionali per la bioetica»<sup>65</sup> e consacrano la dimensione politica della bioetica, ovvero la sua «profonda influenza [...] sulle tecniche di disciplina giuridica, evidenziando la necessità di un dialogo strutturato, informato ed inclusivo da parte della società»<sup>66</sup>.

#### 4.2 Centralità del concetto di dignità dell’essere umano e tutela dell’umanità nel suo insieme

Un ultimo aspetto su cui conviene soffermarsi, pur brevemente, riguarda la centralità del concetto di dignità umana negli strumenti di biodiritto internazionale.

Senza dubbio tale concetto non è nuovo per il diritto internazionale: la dignità dell’individuo in quanto essere umano diviene paradigmatica sin dall’adozione della Dichiarazione universale del 1948 (considerato da alcuni «il documento “capostipite” in materia di bioetica per quanto riguarda il versante giuridico»<sup>67</sup>), nel cui preambolo è statuito: «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo».

Tuttavia, rispetto ad altri documenti che promuovono o sanciscono la tutela dei diritti fondamentali, gli strumenti di biodiritto internazionale ruotano intorno al concetto in un modo che denota non solo «*a mere shift in style, but a true shift in substance that deserve to be carefully considered*»<sup>68</sup>.

Il concetto, dunque, non costituisce solo l’oggetto di una norma generale, ma ha funzioni specifiche, rappresentando tra l’altro il confine della ricerca clinica sugli individui, così pure come una barriera invalicabile per alcune pratiche (come la clonazione di esseri umani o gli interventi sulla linea germinale)<sup>69</sup>. Esso sanziona, dunque, il primato dell’essere umano sulla scienza, che deve necessariamente

<sup>64</sup> Nel biodiritto, infatti, «*soft law presents the great advantage of allowing countries to gradually become familiar with the commonly agreed standards before they are confronted with the adoption of enforceable rules at the national or international level. This gradual procedure leaves more room for discussion and achieving consensus on issues that are especially complex or sensitive, or more exposed to change, like those related to scientific developments*»: R. ANDORNO, *Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 34, 3, 2009, 223-226.

<sup>65</sup> L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 146.

<sup>66</sup> N. BOSCHIERO, *Le biotecnologie tra etica e principi generali del diritto internazionale*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario: questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006, 20.

<sup>67</sup> M. CASINI, *Diritti umani di chi?*, cit., 68.

<sup>68</sup> R. ANDORNO, *Principles*, cit., 17.

<sup>69</sup> Il concetto di dignità umana è poi «*mentioned as a basis for a fair distribution of the benefits resulting from research; it is presented as a necessary condition for the respect of cultural diversity*»: *Ibid.*, 19-20.

porsi al servizio dell'umanità<sup>70</sup> e rappresenta un paradigma essenziale ed irrinunciabile del biodiritto internazionale, un vero “*shaping principle*”<sup>71</sup>.

Il significato di “dignità umana”, tuttavia, non è mai esplicitato nei documenti internazionali: «*[i]ts intrinsic meaning has been left to intuitive understanding, conditioned in large measure by cultural factors*»<sup>72</sup>. In dottrina, tra i molti spunti ricostruttivi proposti, qualcuno si è interrogato sul passaggio da dignità come *empowerment* a dignità come *constraint*<sup>73</sup>, mentre altri si soffermano sulla difficoltà di ricostruire una nozione “oggettiva” di dignità, intesa come espressione di valori collettivi giuridicamente rilevanti, che possano costituire fonte di doveri a carico di individui nei confronti delle loro comunità di appartenenza<sup>74</sup>.

Pur non potendo approfondire questo profilo, sembra possibile evidenziare che, nell'ambito del biodiritto internazionale, la centralità del concetto di dignità sia legata alla rilevanza che il progresso scientifico in biomedicina riveste non solo per la dimensione – concreta e attualissima – di tutela di diritti fondamentali come la vita, l'integrità fisica e l'autodeterminazione, ma anche nella prospettiva – più programmatica e di lungo periodo – di preservare l'essenza dell'umanità nel suo insieme<sup>75</sup>. Ciò che il processo di Norimberga aveva rivelato<sup>76</sup>, è *mutatis mutandis* ancora valido e, sempre di più, il biodiritto internazionale è chiamato non solo e non tanto a contenere lo sviluppo scientifico entro determinati confini percepiti come “ammissibili”, ma piuttosto ad accompagnare il progresso verso mete che siano “auspicabili”<sup>77</sup>.

## 5. Cenni conclusivi

Il contributo del diritto internazionale allo sviluppo del biodiritto sembra assumere due dimensioni.

<sup>70</sup> «*[I]ndividuals should not become instruments for the benefits of science, because science is not an absolute end, but only a means by which to service the human persons*»: R. ANDORNO, *Principles*, cit., 20.

<sup>71</sup> N. LENOIR, B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Parigi, 2004, citati da R. ANDORNO, *Principles*, cit., 41.

<sup>72</sup> O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *The American Journal of International Law*, 77, 4, 1983, 849: «*When it has been invoked in concrete situations, it has been generally assumed that a violation of human dignity can be recognized even if the abstract term cannot be defined. “I know it when I see it even if I cannot tell you what it is”*».

<sup>73</sup> D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Cambridge, 2001, 9-47.

<sup>74</sup> P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e Diritto Internazionale*, 3, 2017, 573 ss.

<sup>75</sup> R. ANDORNO, *Principles*, cit., 43.

<sup>76</sup> «*The atrocities of the Nazi eugenic experiments do not only show that experimentation in human subjects involves risks of instrumentalization of people for scientific goals, but also how, in a sense, it is ultimately the human subjects' humanity that can thereby be compromised. When people are conceived as merely ‘human material’ for experiments, this is widely considered a gross violation of their humanity*»: B. VAN BEERS, L. CORRIAS, W. WERNER, *Introduction: probing the boundaries of humanity*, in B. VAN BEERS, L. CORRIAS, W. WERNER (eds.), *Humanity across International Law and Biolaw*, Cambridge, 2014, 9.

<sup>77</sup> «*The questions that biomedical technologies raise are not only about its outer limits (negative approach), which presupposes the concept of humanity as a limit, but also about the direction in which these technologies should be developed (positive approach), which presupposes the concept of humanity as more of a regulatory guideline and standard*»: B. VAN BEERS, L. CORRIAS, W. WERNER, *Introduction*, cit., 11

Da un lato, la protezione internazionale dei diritti umani esercita una significativa influenza sul biodiritto interno agli Stati. L'applicazione di strumenti di tutela dei diritti fondamentali alle questioni poste dal progresso delle scienze della vita orienta i comportamenti degli Stati, sino a promuovere scelte normative anche “rivoluzionarie” rispetto al contesto sociale e culturale di riferimento.

Dall'altro, sempre di più lo sforzo intergovernativo si pone come necessario per definire standard normativi uniformi che considerino specificatamente le sfide poste dagli sviluppi scientifici e che, più in generale, sostengano la scienza, guidandola nella direzione di preservare la dignità dell'individuo e promuovere l'essenza dell'umanità.

*Special Issue*

