

## La dottrina come “motore” del biodiritto

Giovanni Pascuzzi\*

SCHOLARS AS ENGINES OF BIOLAW

ABSTRACT: After having recalled the different forms of legal innovation and the function that the doctrine plays in fostering such innovation, the essay will focus on the emergence, in Italy, of the “biodiritto” label, on its ordering function as a category and on the role of doctrine as an engine of its evolution.

KEYWORDS: Biolaw, scholars, doctrine, legal innovation, legal taxonomies

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le forme dell’innovazione giuridica – 3. La dottrina come ispiratrice dell’innovazione giuridica – 4 La creazione di nuove etichette/categorie/discipline – 5. La categoria biodiritto – 6. La dottrina come motore del biodiritto

### 1. Introduzione

Una riflessione sulla dottrina come “motore” del biodiritto poggia su tre premesse implicite:

- a) esiste un oggetto (parola; etichetta; campo; disciplina; ambito problematico): il biodiritto;

- b) il biodiritto è stato ed è in continuo movimento/evoluzione/mutamento: a questo scenario rinvia, infatti, l’immagine del “motore”. Lo scenario proprio dell’innovazione giuridica;

- c) la dottrina ha un ruolo non secondario nella evoluzione del biodiritto.

Dopo aver ricordato in generale le diverse forme dell’innovazione giuridica e la funzione che la dottrina svolge nel propiziare tale innovazione, ci si concentrerà sulla emersione, in Italia, della etichetta biodiritto, sulla sua funzione ordinante come categoria e sul ruolo della dottrina come motore della sua evoluzione.

### 2. Le forme dell’innovazione giuridica

L’innovazione giuridica si sostanzia in una pluralità di fenomeni aventi variegata origine. Di seguito un breve inventario<sup>1</sup>.

- a) Nuovi approcci alla riflessione giuridica. I manuali di filosofia del diritto spiegano agli studenti del primo anno che sono esistite ed esistono diverse concezioni del diritto. Limitandoci a fare un piccolo elenco di approcci succedutisi sulla scena nel corso dei secoli, possiamo ricordare: il giusnaturalismo, l’imperativismo, il positivismo giuridico, il realismo giuridico (con le diverse varianti rappresentate dal

\* Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli studi di Trento. Mail: [giovanni.pascuzzi@unitn.it](mailto:giovanni.pascuzzi@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Per approfondimenti si rinvia a G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell’innovazione giuridica*, II ed., Bologna, 2018.

realismo giuridico in senso stretto, dalla giurisprudenza sociologica, dall'istituzionalismo, dalla teoria del rapporto giuridico), il normativismo<sup>2</sup>. Alle diverse concezioni del diritto, storicamente hanno fatto riscontro anche diverse metodologie per il suo studio. Esistono poi le evoluzioni più recenti: l'analisi del linguaggio; la nuova retorica; l'analisi economica del diritto; i *critical legal studies* e così via. Ogni volta che sulla scena si affaccia un nuovo approccio alla costruzione della riflessione giuridica siamo di fronte ad una innovazione.

b) Evoluzione di concetti e istituti. Il cambiamento giuridico può identificarsi con l'evoluzione del contenuto di istituti tradizionali. Un esempio paradigmatico è rappresentato dal diritto di proprietà<sup>3</sup>. Il concetto di proprietà in diritto romano è diverso da quello del diritto medievale ed è mutato ancora nel diritto ottocentesco (quando era considerato un diritto sacro e inviolabile) e poi nelle Costituzioni contemporanee (quella italiana lo ancora alla «funzione sociale»)<sup>4</sup>. Un altro esempio è costituito dal concetto di adozione: all'inizio la sua funzione era assicurare una discendenza a chi non l'aveva<sup>5</sup>; oggi è dare una famiglia ad un bimbo che ne è sprovvisto<sup>6</sup>.

c) Nascita di una nuova area del diritto. Si ha innovazione giuridica anche quando nascono nuove aree/branche del diritto. Ciò avviene in ragione dell'evoluzione/differenziazione/ampliamento di branche già esistenti (storicamente il diritto della responsabilità civile è nato differenziandosi per contenuti e funzioni dal diritto penale) ovvero perché nuove regolamentazioni si rendono necessarie per far fronte ai nuovi problemi posti dalla società. Nell'ultimo cinquantennio l'esempio più significativo di innovazione è rappresentato dal diritto comunitario. La globalizzazione degli scambi ha comportato la necessità di disciplinare le attività economiche transnazionali. È emerso così il «diritto del commercio internazionale». Accanto a quelli appena menzionati possono formularsi anche molti altri esempi. Negli ultimi decenni, infatti, sono nati: il diritto ambientale, il diritto dell'energia, il diritto antitrust, il diritto alimentare e così via.

d) Nascita di nuovi istituti e concetti. Un'altra delle modalità nelle quali si sostanzia l'innovazione giuridica è la nascita, all'interno delle partizioni vecchie e nuove del diritto, di nuovi istituti e nuovi concetti. Esiste una molteplicità di fonti di tali innovazioni. Esse, infatti, possono derivare:

- dalle scelte del legislatore comunitario e nazionale (nuove leggi). Come esempi si possono citare: le unioni civili<sup>7</sup>, le disposizioni anticipate di trattamento<sup>8</sup>, l'amministrazione di sostegno<sup>9</sup>;
- dall'elaborazione giurisprudenziale. Molti principi del diritto amministrativo sono di creazione pretoria. La giurisprudenza ha inventato (oltre a categorie come quella degli interessi diffusi) l'obbligo di motivazione e dettato alcune regole base da seguire nei procedimenti. Alle spalle della giurisprudenza c'è l'elaborazione dottrinale. Poi queste innovazioni sono state codificate (legge sul procedimento, legge sul processo amministrativo). Nel lessico giuridico non è raro imbattersi

<sup>2</sup> M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1988.

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.

<sup>4</sup> M. COMPARTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2008, 189.

<sup>5</sup> Così C. RUPERTO, *Adozione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958.

<sup>6</sup> M. DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, Milano, 1990, 6.

<sup>7</sup> Legge 20 maggio 2016 n. 76.

<sup>8</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219.

<sup>9</sup> L. 9 gennaio 2004 n. 6.

- in espressioni come «diritto giurisprudenziale»<sup>10</sup> o «diritto vivente»<sup>11</sup>. Tali espressioni costituiscono, sia pure da prospettive diverse, la spia del riconoscimento di un ruolo fondamentale dei giudici (anche costituzionali) nell'evoluzione del diritto. Tra gli esempi di innovazione giuridica dovuta all'opera delle Corti si possono ricordare la presupposizione<sup>12</sup> e il diritto all'oblio<sup>13</sup>;
- dalle esigenze della prassi. L'innovazione può anche derivare dalle pratiche seguite dai consociati e che poi vengono validate dalla giurisprudenza o anche dal legislatore. L'esempio principe di un nucleo di regole nato dalle prassi seguite dei privati è la nascita del diritto commerciale<sup>14</sup>. La fantasia che gli operatori mostrano quotidianamente nel concepire nuovi strumenti (o nuovi contenuti di strumenti tradizionali) è davvero degna di nota. È probabilmente uno dei segni più evidenti della creatività del giurista. Altri esempi sono costituiti dall'arbitrato irrituale<sup>15</sup>, dalla lettera di *patronage*<sup>16</sup>, dal contratto di sponsorizzazione<sup>17</sup>, e così via;
  - dai suggerimenti dottrinali. Nuovi istituti e nuovi concetti nascono grazie al lavoro incessante della dottrina. Se ne parlerà nel prossimo paragrafo.

### 3. La dottrina come ispiratrice dell'innovazione giuridica

Spesso ci si chiede se la dottrina possa essere considerata fonte del diritto (e, quindi, fonte diretta del mutamento giuridico)<sup>18</sup>. Di certo il lavoro sapiente del dottrinario spesso fa da battistrada all'innovazione legislativa e giurisprudenziale.

Gino Giugni è stato indicato come il padre dello Statuto dai lavoratori e in un suo libro l'insigne Maestro ha narrato quella vicenda<sup>19</sup>. L'evoluzione che, nel corso degli oltre settant'anni di vita, ha avuto la nozione di «danno ingiusto» contenuta nell'articolo 2043 del Codice civile è stata alimentata dalle diverse letture che la dottrina ha suggerito di quell'inciso<sup>20</sup>. C'è sempre stato un dialogo tra giuristi e legislatori<sup>21</sup>. Un tempo le facoltà di Giurisprudenza esprimevano un parere sulle proposte di nuovi codici<sup>22</sup>; e

<sup>10</sup> G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente»*. *Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2008, 47.

<sup>11</sup> L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Digesto civile*, VI, Torino, 1990, 445; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1986, 1148.

<sup>12</sup> E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1983, 735.

<sup>13</sup> Cass. 9 aprile 1998 n. 3679, in *Foro italiano*, 1998, I, 1834. Vedi ora l'art. 17 del Regolamento (UE) 2016/679 (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>14</sup> N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, ora in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 214.

<sup>15</sup> M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002.

<sup>16</sup> N. COREA, *Le lettere di patronage: natura giuridica, effetti e responsabilità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 642.

<sup>17</sup> Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2006, n. 12801, in *Responsabilità civile*, 2007, 554.

<sup>18</sup> R. SACCO, *Dottrina (fonte del diritto)*, in *Digesto civile*, VII, Torino, 1991, 214.

<sup>19</sup> G. GIUGNI, *La memoria di un riformista*, Bologna, 2007, 77 ss.

<sup>20</sup> G. VISINTINI, *Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno*, in *Contratto e impresa*, 1987, 73.

<sup>21</sup> C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, 993.

<sup>22</sup> P. CALAMANDREI, *Parere della facoltà di giurisprudenza a S.E. il ministro della giustizia sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Firenze, 1937.

ancora oggi la redazione di importanti atti normativi è affidata a commissioni formate da accademici. Senza contare il fatto che sovente alcuni insigni giuristi (Luigi Mengoni, Guido Neppi Modona, Sabino Cassese<sup>23</sup>, Paolo Grossi<sup>24</sup> e così via) sono stati nominati giudici costituzionali: questa è un'altra via utile a favorire il travaso del distillato della riflessione giuridica nella trama ordinamentale.

La dottrina adempie alla propria funzione quando delinea traiettorie in grado di far evolvere la stessa scienza del diritto. Non di rado i giuristi vengono esplicitamente riconosciuti come gli inventori di determinati istituti o concetti.

Hans Kelsen, ad esempio, viene considerato l'inventore delle Corti costituzionali<sup>25</sup>. A Rudolf von Jhering si deve il conio dell'espressione «interesse (contrattuale) negativo» (*negatives Vertragsinteresse*)<sup>26</sup>.

#### 4. La creazione di nuove etichette/categorie/discipline

Il pensiero è l'attività mentale che ci consente di elaborare concetti. Questi ultimi, pertanto, sono dei pensieri astratti costruiti dalla mente che vengono "etichettati" attraverso dei nomi.

Ad esempio: la parola "tavolo" contraddistingue il concetto di "tavolo"; la parola "madre" individua il concetto di "madre" (concetto molto ampio perché ricomprende varie situazioni concrete: la madre biologica, la madre adottiva, la madre in affitto e così via). Pronunciando una parola, evochiamo un concetto.

La distinzione tra ciò che consideriamo "sedia" e ciò che non lo è ("non sedia") è frutto di una operazione mentale che compiamo in maniera quasi automatica: l'operazione di classificazione.

Classificare gli elementi, le cose, i concetti, le situazioni significa selezionarli e suddividerli in categorie tenendo conto delle loro caratteristiche comuni e delle loro differenze<sup>27</sup>.

Nel corso dei millenni l'uomo ha accumulato una mole enorme di conoscenze nei campi più disparati. Ben presto, il problema è diventato quello di strutturare e organizzare la conoscenza anche al fine di usarla a fini predittivi. Per far questo si ricorre a classificazioni, categorie, tassonomie, schemi mentali e simili.

<sup>23</sup> S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.

<sup>24</sup> P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, 2008.

<sup>25</sup> H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Revue du droit public*, 1928, 197-257.

<sup>26</sup> R. JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861.

<sup>27</sup> Per approfondimenti sul rapporto tra classificazione e comparazione giuridica, v. G. PASCUZZI, *Conoscere comparando: tra tassonomie ed errori cognitivi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2017, 1179 ss.

Quanto appena detto in chiave generale sul modo con il quale organizziamo la conoscenza, vale ancor di più in ambito giuridico. Il diritto, infatti, ricorre per definizione a concetti<sup>28</sup>, classificazioni<sup>29</sup>, categorie<sup>30</sup> e tassonomie<sup>31</sup>.

Si pensi alla distinzione tra «diritto pubblico» e «diritto privato» ovvero a quella tra «diritto soggettivo», «interesse legittimo» e «interesse di mero fatto».

Dal canto suo il legislatore, ad ogni piè sospinto, “inventa” nuove categorie cui possono corrispondere nuovi istituti. Di seguito un piccolo elenco di creazioni legislative recentissime: il contratto a tutele crescenti<sup>32</sup>; il pegno non possessorio<sup>33</sup>; le società benefit<sup>34</sup>.

Attraverso la creazione di categorie, il diritto inquadra e disciplina i fenomeni sociali che pongono problemi da risolvere.

## 5. La categoria biodiritto

In Italia, la parola (ovvero «l’etichetta») biodiritto è entrata da poco tempo nei discorsi del diritto e sul diritto soprattutto per merito della dottrina.

Nella legislazione italiana vigente essa appare pochissime volte e sempre in relazione a faccende universitarie: o in materia di determinazione dei settori scientifico-disciplinari<sup>35</sup>, ovvero in materia di bandi FIRB<sup>36</sup>.

Neanche la giurisprudenza italiana è solito usarla. A ben vedere, facendo una ricerca testuale su diverse banche dati, la parola non appare mai. Certamente non nelle pronunce della Corte costituzionale e delle Corti di legittimità civile e penale. Ovviamente si fa riferimento ai referenti della parola in

<sup>28</sup> E. PATTARO, *Introduzione ai concetti giuridici*, Bologna [s.n.], 1978; A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990.

<sup>29</sup> E. MOSTACCI, *Schemi di classificazione e comparazione giuridica: un regno immenso e anonimo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 1149.

<sup>30</sup> R. TISCINI, *Le categorie del processo civile*, Bologna, 2017; E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 2014, 11.

<sup>31</sup> G. RESTA, *Le tassonomie e la precomprensione del comparatista*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 1197.

<sup>32</sup> L. 10 dicembre 2014, n. 183, art. 7, comma 1, lett. c.

<sup>33</sup> Articolo 1 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016, n. 119.

<sup>34</sup> L. 28 dicembre 2015 n. 208, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)”, art. 1 commi 376-384.

<sup>35</sup> Cfr. D.M. 30 ottobre 2015, n. 855, Allegato B, “Rideterminazione dei macrosettori e dei settori concorsuali”; D.M. 12 giugno 2012, n. 159, Allegato B, “Declaratorie dei settori concorsuali. Rideterminazione dei settori concorsuali, ai sensi dell'articolo 5 del decreto 29 luglio 2011”; D.M. 29 luglio 2011, Allegato B, “Declaratorie dei settori concorsuali. Determinazione dei settori concorsuali, raggruppati in macrosettori concorsuali, di cui all'articolo 15, legge 30 dicembre 2010, n. 240”; D.M. 18 marzo 2005, 1, “Modificazioni agli allegati B e D al D.M. 4 ottobre 2000, concernente rideterminazione e aggiornamento dei settori scientifico-disciplinari e definizione delle relative declaratorie”; D.M. 4 ottobre 2000, Allegato B – Area 12, “Rideterminazione e aggiornamento dei settori scientifico-disciplinari e definizione delle relative declaratorie, ai sensi dell'art. 2 del D.M. 23 dicembre 1999”.

<sup>36</sup> D. Dirett. 01/12/2006, 3. Formulazione delle proposte, loro requisiti parametri di valutazione. Bando FIRB per la presentazione di progetti nei settori della bioetica e delle scienze umane, secondo le procedure di cui all'articolo 6 del D.M. 26 marzo 2004.

questione: la giurisprudenza, infatti, si è occupata dei temi che solitamente vengono ricondotti a questa etichetta (analogo discorso vale per il formante normativo prima analizzato)<sup>37</sup>.

Copioso è invece il ricorso al termine biodiritto nella letteratura. Nei titoli dei libri esso appare, per la prima volta, sul finire del secolo scorso, spesso legato alla bioetica o come necessaria evoluzione di quest'ultima<sup>38</sup>. Con il nuovo millennio le monografie e le raccolte di saggi in volume si sono moltiplicate<sup>39</sup>.

Nel 2010 è iniziata la pubblicazione del Trattato di biodiritto diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti edito da Giuffrè. Finora è composta da 6 volumi<sup>40</sup>.

Nel 2014 ha iniziato le pubblicazioni la Rivista di Biodiritto (*BioLaw Journal*), diretta da Carlo Casonato (nel Comitato di direzione figurano anche Roberto Bin e Antonio D'Aloia). È una rivista giuridica quadrimestrale *online* che tratta delle tematiche relative ai rapporti tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata<sup>41</sup>.

Decine sono gli articoli apparsi su riviste che si occupano del tema<sup>42</sup>.

Alla luce di quanto detto si può affermare che l'origine della etichetta biodiritto è certamente dottrinale<sup>43</sup>. Prima ancora che motore, quindi, la dottrina è stata fonte di questo termine.

<sup>37</sup> R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2014; S. AGOSTA, *Tra dimensione fattuale e suggestioni sopranazionali: il giudice al cospetto del biodiritto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014; S. PERON, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di biodiritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 777.

<sup>38</sup> C. M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998; S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, 1996; M. BARNI, *Diritti, doveri, responsabilità del medico. Dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1999.

<sup>39</sup> C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006; A. GORASSINI, *Lezioni di biodiritto*, Torino, 2007; G. DI ROSA, *Biodiritto. Itinerari di ricerca*, Torino, 2009; F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Catanzaro, 2010; C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Torino, 2012; F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Milano, 2012; G. ACOCELLA, *Prolegomeni al biodiritto*, Roma, 2012; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Assago, 2012; G. DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013; A. MACCARO, M. MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra biodiritto e bioetica. Interstizi tra prospettive laiche e cristianità*, Napoli, 2016; C. FARALLI (a cura di), *Bioetica e biodiritto*, Torino, 2018.

<sup>40</sup> Se ne riportano di seguito i titoli (tra parentesi i curatori e l'anno di uscita): *Ambito e fonti del biodiritto* (a cura di S. RODOTÀ e M. C. TALLACCHINI, 2010); *Salute e sanità* (a cura di R. FERRARA, 2010); *Il governo del corpo* (a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, 2011); *I diritti in medicina* (a cura di L. LENTI, E. PALERMO, P. ZATTI, 2011); *Le responsabilità in medicina* (a cura di A. BELVEDERE, S. RIONDATO, 2011); *La questione animale* (a cura di S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI, 2012).

<sup>41</sup> <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw>.

<sup>42</sup> Vedi senza alcuna pretesa di esaustività: F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4, 2015; G. CRICENTI, *La dignità nel biodiritto*, in *Nuova giurisprudenza civile*, II, 2012, 95; M. ROBLES, *Alla ricerca dell'identità "perduta": la filiazione naturale tra (gen)etica e (bio)diritto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, 187; C. CASONATO, T.E. FROSINI, T. GROPPI, *Introduzione. L'atipicità del panorama italiano in tema di biodiritto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2007, 1650; H. CORRADINI, D. BROUSSARD, *Biodiritto e biotech. Il principio di precauzione, il problema della brevettabilità e i giuristi imperdonabili*, in *Materiali storia cultura giuridica*, 2003, 197; S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1990, 863.

<sup>43</sup> Qualche autore usa anche il termine biogiuridica: ad esempio, F. D'AGOSTINO (a cura di), *Biogiuridica cattolica*, Roma, 2014; L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002; S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 73.

Secondo le tassonomie approfondite in precedenza, ci si può chiedere se il biodiritto possa essere considerato una disciplina, ovvero una nuova partizione del diritto.

Come si è detto, le nuove partizioni del diritto nascono in risposta all’emergere di nuove istanze di tutela rivenienti dalla società. Non è raro, però, trovare articoli di dottrina che approfondiscono la configurabilità sul piano scientifico dell’autonomia di una specifica branca (specie quando essa è un sottoinsieme di una partizione più ampia)<sup>44</sup>. Capita, cioè, che l’innovazione sia alimentata anche dalle spinte provenienti dai cultori delle discipline scientifiche. Questo avviene perché le discipline sono fenomeni culturali storicamente collocati e determinati<sup>45</sup>. Ne consegue che le discipline si evolvono e i loro confini mutano, si sovrappongono o si elidono. Le discipline sono sì campi del sapere. Ma esse sono anche gruppi sociali (formati dai cultori della disciplina) che condividono principi, valori, tassonomie, metodologie. I gruppi sociali disciplinari hanno interesse a difendere il proprio sapere. Soprattutto hanno interesse a trasmetterlo e a riprodurlo. Ed anche, o forse, soprattutto, a fissare, ampliare e difendere i confini della disciplina<sup>46</sup>. In precedenza, si è visto che il biodiritto, dal 2000, appare nelle declaratorie dei settori disciplinari.

Ma le parole che Stefano Rodotà e Mariachiara Tallacchini hanno scritto proprio nell’incipit della loro Introduzione al primo volume del già citato Trattato di biodiritto sono molto significative<sup>47</sup>: «*Lo sforzo di far corrispondere alla parola “biodiritto” una specifica disciplina giuridica può determinare, e in parte ha già determinato, distorsioni che offuscano la comprensione e l’analisi dei temi complessi ai quali con quel termine si fa riferimento. Bisogna allora partire dalla premessa che con il termine biodiritto, come già per il termine bioetica, si individua piuttosto un campo di problemi legati alla sua vita e alle sue vicende*».

Gli autori citati invitano quindi a non edificare intorno alla parola biodiritto una specifica e autonoma disciplina. D’altronde, al biodiritto si sono accostati cultori di varie discipline (specie quelle più “tradizionali”) che si sono interrogati su come alcuni problemi possono essere affrontati e risolti alla luce del quadro concettuale della propria disciplina di riferimento. Così c’è chi si occupa del biodiritto nel diritto costituzionale<sup>48</sup>; chi lo vede dal punto di vista civilistico<sup>49</sup>; chi ne valuta la portata nel diritto penale<sup>50</sup>; e, ancora, chi lo scandaglia da un punto di vista filosofico<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Vedi ad esempio: A. AMATUCCI, *La questione metodologica tra teoriche vecchie e nuove e l’autonomia scientifica del diritto tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, I, 2005, 255; M. SPANU, *L’autonomia scientifica del diritto elettorale*, in *Nuova rassegna*, 1994, 24; S. DE SIMONE, *Sull’autonomia scientifica del diritto scolastico*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1983, 3.

<sup>45</sup> Cfr. T.F. GIERYN, *Cultural boundaries of science. Credibility of the line*, Chicago, 1999.

<sup>46</sup> Per approfondimenti sul punto si rinvia a G. PASCUZZI, *Una storia italiana: i settori scientifico-disciplinari*, in *Materiali storia cultura giuridica*, 2012, 91 ss.

<sup>47</sup> S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, XLIII.

<sup>48</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006.

<sup>49</sup> D. MARINELLI, A. BARRETTA, *Corpi senza volontà. Questioni e spunti dogmatici sul biodiritto civile*, Roma, 2016; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 719.

<sup>50</sup> S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015; V. VALENTINI, *Biodiritto penale delle invenzioni e laicità europea. Sull’eterno girotondo delle cellule staminali embrionali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, 961.

<sup>51</sup> P. SOMMAGGIO, *Filosofia del biodiritto. Una proposta socratica per società postumane*, Torino, 2016.

Il biodiritto è una categoria che individua un campo di problemi legati alla sua vita e alle sue vicende<sup>52</sup>. Così Canestrari sintetizza le principali aree di indagine<sup>53</sup>: inizio vita (procreazione medicalmente assistita e interruzione di gravidanza)<sup>54</sup>; fine vita (eutanasia, assistenza al suicidio, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari salvavita)<sup>55</sup>; dimensione genetica (clonazione, identità genetica, terapia genica)<sup>56</sup>; corpo umano e integrità della persona (mutilazioni sessuali, sterilizzazione)<sup>57</sup>; donazioni e trapianti (definizione e accertamento della morte, xenotrapianti)<sup>58</sup>; consenso all'atto medico anche in rapporto alla sperimentazione medica e farmacologica<sup>59</sup>.

## 6. La dottrina come motore del biodiritto

Il biodiritto è una categoria che racchiude (le risposte ad) un insieme di problemi largamente avvertiti nel tessuto sociale e spesso innescati dalla evoluzione scientifica e tecnologica.

Il ruolo della dottrina è quello di individuare i problemi posti dai fenomeni sociali e delineare le possibili soluzioni giuridiche (esistenti o auspicabili) alla luce del complessivo quadro ordinamentale<sup>60</sup>.

Si è già ricordato che la dottrina ha un ruolo fondamentale nel propiziare l'innovazione giuridica nelle sue diverse forme. Non è quindi difficile affermare che essa sia motore anche del biodiritto. Ma in questo caso esistono aspetti particolari che conviene brevemente illustrare.

a) La definizione di problemi vecchi e nuovi. La parola biodiritto, ovvero la sua assunzione a categoria, ha origine dottrinale. Coniandola si è voluta enfatizzare l'esistenza di alcuni problemi che meritano di essere affrontati in maniera specifica. Compito primario della dottrina è proprio quello di definire i problemi: sia quando si tratta di aiutare il legislatore a redigere gli atti regolativi (scrivere regole per risolvere problemi) sia quando ci si trova di fronte a fattispecie concrete che chiedono di essere risolte sulla base del diritto vigente (applicare regole a problemi)<sup>61</sup>.

Nel campo del biodiritto c'è una difficoltà in più che spesso provoca contrapposizioni anche aspre in seno alla dottrina: la possibilità che ci siano punti di vista contrapposti che conducono ad inquadrare

<sup>52</sup> Per una sintesi delle definizioni di biodiritto v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto* cit., 15.

<sup>53</sup> S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 55.

<sup>54</sup> O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 913; G. GAMBINO, *Desiderare un figlio: linee per una riflessione biogiuridica sul "diritto al figlio" a partire dalla sentenza della corte costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Archivio giuridico*, 2014, 375.

<sup>55</sup> A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)* [aggiornamento-2012], in *Digesto pubblico*, Torino, 300.

<sup>56</sup> F. A. INSANGUINE MINGARRO, *Terapia genica. Un'indagine biogiuridica*, Canterano, 2018; C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *I dati genetici nel biodiritto*, Assago, 2011.

<sup>57</sup> A. Di Stefano, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, in *Comunità internazionale*, 2013, p. 745.

<sup>58</sup> M. BARNI, *La questione della morte: dalla bioetica, al biodiritto, alla medicina legale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, 1273.

<sup>59</sup> M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. n. 219/2017*, Milano, 2018.

<sup>60</sup> Per approfondimenti delle riflessioni esposte nel testo si rinvia a G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, 2017.

<sup>61</sup> G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, cit., 84 ss.



e definire i problemi in maniera radicalmente diversa. Si prenda il caso delle dichiarazioni anticipate di trattamento: per taluni il problema è salvaguardare il principio di autodeterminazione delle persone; per altri il problema è rispettare la vita della quale non si può disporre<sup>62</sup>. Analogo discorso può farsi per l'interruzione volontaria della gravidanza: c'è chi ritiene che il problema sia salvaguardare il diritto di scelta delle donne e c'è chi ritiene che sia salvaguardare l'embrione<sup>63</sup>.

b) L'individuazione delle soluzioni. I già citati Rodotà e Tallacchini scrivono<sup>64</sup>: «*Proprio perché la premessa delle scelte individuali e collettive affonda in valori che possono profondamente divergere, e la decisione spesso è affare di coscienza, lo strumento del diritto non sempre è quello più adatto a risolvere i problemi che, anzi, possono essere resi più acuti dall'imposizione legislativa di una sola delle posizioni in campo.*

*Questa dimensione del tutto nuova deve portare con sé una riflessione sulla “misura” del diritto. Lo sterminato campo aperto dalle scienze della vita non deve essere necessariamente tutto affidato alle cure del diritto, eccede le sue possibilità e la sua stessa legittimazione. Il biodiritto, prima di essere una forma della disciplina giuridica, è il risultato di una delimitazione del campo in cui questa può legittimamente operare».*

Per qualificare il diritto il brano appena richiamato ricorre alla parola «strumento»: ovvero un mezzo per raggiungere, evidentemente, una qualche finalità. Siffatto approccio, per nulla isolato, vede nel diritto una tecnologia: un'invenzione dell'uomo che serve a migliorare le condizioni di vita dell'uomo stesso. Il diritto è il mezzo che consente di raggiungere obiettivi ritenuti utili alla società<sup>65</sup>. Nel campo del biodiritto, la dottrina spinge l'innovazione perché è chiamata a dare risposte spesso nuove a problemi vecchi e nuovi. Essa svolge un ruolo creativo<sup>66</sup>.

Ma dell'ampio ventaglio di problemi oggi ricondotti alla nozione di biodiritto, non tutto può essere risolto dal diritto. Ecco, allora, una valenza ulteriore del ruolo di motore dell'innovazione svolto dalla dottrina in questo specifico campo<sup>67</sup>. Se le scelte politiche toccano alla fine al legislatore/regolatore, spetta in ogni caso alla dottrina individuare tutte le possibili soluzioni di un determinato problema e spiegare le conseguenze positive e negative (a seconda dei punti di vista) di ognuna di esse. Il giurista è (o dovrebbe essere) in grado di fornire ausilio esperto su come definire bene i problemi per i quali si pensa che le norme possano fornire soluzione e su come individuare le soluzioni che davvero consentono di risolvere tali problemi. Se la decisione finale spetta a chi ha il potere di emanare le norme (nel rispetto dei principi sulla formazione delle regole), esiste una fase importante precedente a quel momento nella quale i problemi devono essere correttamente rappresentati, le cause che li generano

<sup>62</sup> A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il c.d. biodiritto*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 1.

<sup>63</sup> G. CAPANO, S. PIATTONI, F. RANIOLO e L. VERZICHELLI, *Manuale di scienza politica*, Bologna, 2014, 303.

<sup>64</sup> S. RODOTÀ, M. C. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, XLIII-XLIV.

<sup>65</sup> Per approfondimenti v. G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, cit., 73 ss.

<sup>66</sup> G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, cit.

<sup>67</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 109 ss., ha enucleato, sotto questo profilo, diversi modelli di biodiritto. Esistono un modello «astensionista» e un modello «interventista». Quest'ultimo può essere distinto in «modelli di intervento sostanzialisti» che puntano a fissare un contenuto preciso per le singole materie individuando principi e regole per la disciplina dei casi specifici e «modelli di intervento proceduralisti», che indicano prevalentemente criteri di carattere procedurale.

specificamente isolate, i reali destinatari delle norme correttamente individuati, le possibili soluzioni alternative efficacemente disegnate anche in maniera originale e creativa, le scelte ipotizzabili puntigliosamente soppesate negli aspetti negativi e in quelli positivi che portano con sé.

c) Le definizioni, i neologismi, le categorie, le ricategorizzazioni. La riflessione sul biodiritto chiama la dottrina a ridefinire concetti tradizionali: ad esempio il concetto di inizio vita<sup>68</sup> e quello di fine vita<sup>69</sup>. Le impone di misurarsi con beni nuovi (es.: il genoma<sup>70</sup>) ovvero con neologismi (si pensi alle biobanche di ricerca<sup>71</sup>).

Un processo mentale fonte di innovazione è anche il procedimento di “ricategorizzazione”. Esso ci consente di modificare la prospettiva con la quale guardiamo una certa situazione. Basti citare un solo esempio: la responsabilità genitoriale<sup>72</sup>. Il d. lgs. 154/2013 ha stabilito che in tutte le disposizioni di legge vigenti, a cominciare dalle norme del Codice civile, la dizione «potestà dei genitori» deve essere sostituita dall’espressione «responsabilità genitoriale». In particolare, la rubrica del titolo IX del Libro I del c.c. recita ora "Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio". Il cambio di prospettiva è evidente: il rapporto genitori-figli si riempie di nuovi contenuti. Il problema è tutelare l’interesse dei figli verso i quali i genitori non hanno potestà ma responsabilità. Prima al rapporto genitori-figli si guardava alla luce della categoria «potestà». Oggi allo stesso rapporto si deve guardare in funzione della categoria «responsabilità». Il mutamento è considerevole. Inutile dire che il cambio di prospettiva appena citato come esempio ha ricadute rilevanti sul tema che ci occupa.

d) I metodi. In particolare: l’approccio interdisciplinare. Nelle pagine precedenti si è detto che la dottrina spesso ha cercato di guardare ai problemi del biodiritto adottando le metodologie proprie della disciplina di appartenenza del ricercatore di volta in volta impegnato: costituzionalista, civilista, penalista, filosofo e così via. C’è stato anche chi si è posto il problema del metodo nel biodiritto<sup>73</sup>. Ma sul piano metodologico il biodiritto ha una peculiarità assorbente. Il biodiritto (che già nella parola collega la scienza giuridica alle scienze della vita) si occupa di temi che difficilmente possono essere anche solo capiti, prima ancora che risolti, se li affronta dal punto di vista di un solo sapere. Una delle ragioni per le quali la dottrina è motore del biodiritto sta nel fatto che quest’ultimo si alimenta dalla riflessione interdisciplinare nella definizione dei problemi e nell’enucleazione delle possibili soluzioni<sup>74</sup>. A ben vedere il biodiritto è uno dei banchi di prova privilegiati per impadronirsi delle *skills* del lavoro interdisciplinare<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, in S. CANESTRARI ET AL. (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1307 ss.

<sup>69</sup> E. LECALDANO, *La questione della morte. Definizioni tra etica e filosofia*, *ivi*, 2025 ss.; D’ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Politica del diritto*, 1998, 601.

<sup>70</sup> C. M. ROMEO CASABONA, *La tutela del genoma humano*, in S. CANESTRARI ET AL. (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 249 ss.

<sup>71</sup> G. PASCUZZI, U. IZZO, M. MACIOTTI (a cura di), *Comparative issues in the governance of research biobanks. Property, privacy, intellectual property and the role of technology*, Heidelberg, 2013.

<sup>72</sup> D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”.

<sup>73</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 229 ss.

<sup>74</sup> Non a caso la Rivista di Biodiritto (*BioLaw Journal*), prima ricordata, ha un taglio interdisciplinare e ospita contributi nel campo del diritto, delle scienze della vita e della bioetica.

<sup>75</sup> Sulle *skills* della riflessione interdisciplinare v. G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, III ed., Bologna, 2019, 127 ss.

L’approccio interdisciplinare per risolvere problemi contempla alcuni passaggi specifici<sup>76</sup>:

- identificazione e strutturazione del problema. Occorre considerare lo stato delle conoscenze esistenti nelle diverse discipline rilevanti e tra gli attori della società utili a definire il problema; coglierne gli aspetti rilevanti; definire le domande alle quali le ricerche devono dare risposta; individuare tutti i saperi che devono essere coinvolti;
- analisi del problema. Per prendere in considerazione la rilevante complessità di relazioni esistenti nell’analisi di un problema è necessario comprendere come le diverse prospettive si integrano. Bisogna indagare anche le influenze che ciascun sapere è in grado di esercitare sugli altri saperi;
- capacità di dialogo. Misurarsi con esperti di altri domini non è affatto semplice. Occorre costruire strategie utili alla collaborazione e al dialogo. Il confronto può anche propiziare un mutamento nella percezione della natura del problema e indurre a rivedere gli stessi metodi della ricerca.

e) Le ricadute nella formazione dei giuristi. Un altro elemento che contribuisce a rendere la dottrina motore del biodiritto è rappresentato dall’attivazione in molte sedi universitari di insegnamenti che prendono appunto il nome di “Biodiritto”<sup>77</sup>. Tali insegnamenti fanno parte in prevalenza dei percorsi formativi dei corsi di laurea in Giurisprudenza; ma sono previsti anche in corsi di laurea in filosofia e in biologia. Attraverso questi insegnamenti, di regola molto frequentati, i giuristi in formazione hanno l’occasione di interessarsi a questi temi e quindi a favorire la riflessione e l’evoluzione del biodiritto. Nel quadro dei percorsi di studi, i corsi di Biodiritto hanno due caratteristiche peculiari<sup>78</sup>. Non si strutturano in funzione di una “disciplina” ma muovono dai problemi riconducibili alla categoria<sup>79</sup>. Inoltre, sono per definizione destinati ad insegnare il dialogo tra saperi.

<sup>76</sup> G. HIRSCH HADORN, C., PAHL, G. BAMMER, *Solving problem through transdisciplinary research*, in R. FRODEMAN, J. THOMPSON KLEIN, C. MITCHAM, *The Oxford handbook of interdisciplinarity*, Oxford, 2010, 440 ss.

<sup>77</sup> Un particolare conferma quanto affermato in precedenza nel testo, a proposito della tendenza di ogni singolo ricercatore interessato ad “attrarre” il biodiritto all’interno del quadro concettuale della propria disciplina di riferimento. In uno studio condotto una decina di anni fa, si è avuto modo di constatare che il Biodiritto era “etichettato” come appartenente a settori scientifico-disciplinari diversi nelle diverse sedi. In una sede era considerato come appartenente ad Ius/01 (Diritto privato); in un’altra ad Ius/20 (Filosofia del diritto); in un’altra ancora ad Ius/21 (Diritto costituzionale comparato). È molto probabile che l’etichetta dell’insegnamento fosse legata, appunto, al settore disciplinare di appartenenza del ricercatore. Cfr. G. PASCUZZI, *L’insegnamento del diritto comparato nelle Università italiane* (aggiornamento dei dati: dicembre 2009), *Trento Law and Technology Research Group Research Papers* 1, 63. Il saggio è reperibile a questo indirizzo <http://eprints.biblio.unitn.it/1878/>.

<sup>78</sup> In generale sul metodo di studio del diritto v. R. BIN, *Come si studia il diritto. Una guida pratica per affrontare con successo la facoltà di giurisprudenza*, Bologna, 2006.

<sup>79</sup> In generale, sulla distinzione tra metodo casistico e didattico per problemi v. G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati*, Bologna, 2015, 116 ss., 137 ss.