

RIFLESSIONI SU
STEFANO CANESTRARI, *PRINCIPI DI BIODIRITTO PENALE*

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. 1. Un'introduzione al biodiritto. – 2. Laicità e valori. – 3. Il linguaggio. – 4. Un biodiritto liberale. – 5. Chiedere e dare ragioni.

1. Un'introduzione al biodiritto.

In un bel libro collocato in una collana *Introduzioni*¹, Stefano Canestrari riassume in cento pagine ciò che serve da introduzione al biodiritto penale: concetti e problemi, prima ancora che principi. Come destinatari immagino non solo studenti e studiosi di diritto, ma un pubblico più vasto sia di studiosi che di operatori. Si parla di *bios*, della vita, da un angolo visuale – il diritto – fondamentale per la con-vivenza.

Biodiritto, non bioetica. La distinzione fondamentale, che sta sullo sfondo (e nel titolo) del libro di Canestrari, è quella fra diritto e morale: biodiritto *versus* bioetica. Vi è poi un'ulteriore restrizione del campo: diritto *penale*, non *qualsiasi campo del diritto*.

L'etica (anche la bio-) è un campo aperto alla riflessione e al confronto fra concezioni diverse. Appunto questa apertura è sottolineata nelle pagine dedicate da Canestrari alle bioetiche (al plurale). Il diritto è invece un mondo di norme vincolanti per tutti, supportate da un potere istituzionale; luogo di problemi specifici legati alla dimensione coercitiva propria del diritto in genere, più accentuata nel penale.

“Il volume intende coniugare questioni bioetiche e riflessione penalistica”: è la prima frase del libro di Canestrari. La separazione fra diritto e morale, idea portante del positivismo giuridico, fonda la *possibilità di coniugare* mondi normativi diversi e separati, entrambi riguardanti i comportamenti degli uomini. Separazione significa *possibilità di relazione*: la moralità – la valenza morale, la

¹ STEFANO CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, ed. *il Mulino*, 2015. Sono qui presentate riflessioni svolte in occasione della presentazione del libro di Canestrari alla Accademia delle scienze di Bologna il 26 novembre 2015.

sostenibilità morale – di eventuali divieti e sanzioni legali è questione non estranea, anzi cruciale per il diritto penale.

Canestrari ammonisce subito a *non coltivare l'illusione dell'onnipotenza del diritto*, men che meno del penale: “*si deve porre in evidenza come non tutto ciò che si afferma essere penalmente lecito necessariamente rappresenti o fondi il diritto*” (p. 8).

La ricognizione di *principi di biodiritto* dovrebbe aiutare a comprendere ciò che il diritto (penale) può o non può fare (perché incapace, o perché non legittimato) nel nostro orizzonte di civiltà. Le riflessioni di Canestrari cercano aggancio nei principi costituzionali, e i principi individuati vengono messi alla prova su alcuni problemi specifici.

Entro un quadro di complessiva condivisione dell'approccio e delle prese di posizione di Canestrari, propongo alcune riflessioni su punti sensibili, e sul linguaggio che adoperiamo.

2. Laicità e valori.

Assolutamente centrale nelle riflessioni di Canestrari (e nelle mie) è l'idea di *laicità del diritto penale*. Canestrari parla di laicità come *aconfessionalità*, o meglio *autonomia* (p. 19); come *mondanità* (p. 20); come *avalutatività* (p. 22), cioè *sfaccettatura della nozione di laicità come aconfessionalità o autonomia*; come *metodo* (p. 29), quello del confronto *discorsivo* fra concezioni diverse.

Poche pagine prima (a p. 17) leggiamo che “*di fronte alle tormentate questioni della bioetica l'ordinamento penale prende comunque una decisione, fosse pure quella di non decidere*”, lasciando operare “*il principio generale per cui tutto ciò che non è espressamente vietato deve considerarsi lecito*”. La *avalutatività* laica del diritto si combina dunque con decisioni – e con sottostanti valutazioni – fatte proprie e fatte valere dall'ordinamento che si pone come *normativo*.

Proprio perché il diritto (specie penale) pone soluzioni normative non neutre, e le impone in modo coercitivo, proprio perciò ha bisogno di principi regolativi fra cui la laicità liberale: principio necessario, ma non autosufficiente, se vi sono ambiti di legittimità di divieti, e anche di comandi, e di tecniche coercitive.

Rispetto ai problemi di tutela del *bios*, e allo stesso impianto argomentativo di Canestrari, parlare di *avalutatività* del diritto rischia di essere fuorviante, e comunque in eccesso rispetto alle idee di laicità, *aconfessionalità* e *autonomia*. Andando alla sostanza dei problemi che stanno dietro le formule: questione di fondo, che attraversa il *biodiritto* in un orizzonte di laicità liberale, è la delimitazione degli spazi aperti a valutazioni e scelte normative che possano essere supportate dalla coercizione giuridica (eventualmente penale).

La riflessione sul biodiritto, che ritrovo nelle pagine di Canestrari, non è avalutativa. O meglio: è ricognizione di *principi di biodiritto che non sono affatto avalutativi*. Sono principi normativi coerenti con la laicità liberale, fondamentali (necessari, non sufficienti) per la nostra forma di vita e di civiltà.

Nel nostro paese c'è un vitale bisogno di questo tipo di laicità: laicità liberale, aperta al confronto fra concezioni comprensive diverse, entro la quale trovano spazio legittimo anche concezioni filosoficamente non laiche (le religioni!). C'è bisogno di dialogo, che significa ascolto reciproco e confronto di posizioni relative a contesti altamente problematici.

Canestrari è assai cauto nell'indicare 'fondamenti': "*l'idea di prospettare la tutela dei diritti umani come fondamento di un biodiritto penale laico appare assai problematica*" (p. 31). Si esprime contro l'uso del concetto di dignità come *bilancia metafisica che preclude contemperamenti tra diritti e istanze di tutela*. Giusto al contrario, si tratta di "*valorizzare il legame di complementarità, lo stretto connubio tra dignità, uguaglianza e libertà*", di "*abbandono di una concezione astratta e impersonale di dignità, che si identifica con un'entità assiologica esterna*" p. 35).

Colgo anche qui la preoccupazione liberale di non irrigidire il discorso sui diritti e sulla dignità in chiusura metafisica che si impone sulla autonomia, a tutti i livelli: quello delle scelte legislative e quello delle scelte personali di valore e di vita. Leggo la presa di posizione di Canestrari come contro l'idea che la tutela dei diritti umani si identifichi *tout court* con una tutela fatta di divieti e sanzioni, cioè di limitazioni di libertà. Ma il linguaggio dei diritti e della dignità è idoneo (forse insostituibile) anche per il riconoscimento dell'autonomia morale di ciascuna persona come aspetto della dignità di ciascuna; per tematizzare (riprendo parole di Canestrari) problemi di contemperamento fra diritti diversi e *legami tra dignità, uguaglianza e libertà*. Legami forti, però meno univoci di quanto non ci piacerebbe (e Canestrari vorrebbe) poter affermare. I rapporti fra diritti sono non solo di connubio e complementarità, ma anche di potenziale conflitto e conseguenti necessità di bilanciamento. Anche qui c'è spazio per la politica: per ragionevoli politiche dei diritti umani, delle quali la laicità discorsiva può essere il metodo.

A monte dei problemi del biodiritto (e della bioetica) c'è almeno una norma fondamentale condivisa: *non uccidere*, norma che sta a fondamento della possibilità stessa del con-vivere. *Neminem laedere*, possiamo generalizzare. I nostri problemi riguardano articolazioni di questo principio fondamentale (morale e giuridico) che diamo per scontato.

La sua importanza assolutamente fondamentale ci appare in pieno oggi, di fronte a fondamentalismi che portano la guerra nei luoghi della vita normale. Tragedie come quella del 13 novembre a Parigi hanno riaperto anche nella nostra felice Europa il problema hobbesiano di assicurare le condizioni di sicurezza necessarie per la pacifica e libera convivenza.

3. Il linguaggio.

Alcune fra le riflessioni fin qui svolte stanno sul crinale dei rapporti fra principi e linguaggio. Rilevano ambiguità e rischi annidati anche in formule ben intenzionate. Pongono in primo piano esigenze di chiarezza.

*Mai litigare sulle parole*²! Basta (è necessario e sufficiente) che le parole siano chiaramente definite; si tratterà poi di controllarne l'uso.

Le parole hanno anche risonanze retoriche, e si prestano a retoriche diverse. Propongo un esempio che mi sembra interessante. Canestrari ritiene *“evidente che si deve abbandonare definitivamente l'espressione tradizionale ma del tutto impropria di eutanasia passiva consensuale”* (p. 73). Di questa stessa formula faccio uso nel mio manuale di parte speciale³, scrivendo che *“il limite dei poteri di cura, segnato dalla volontà dell'interessato, apre la strada ad una valutazione di liceità della c.d. eutanasia passiva consensuale, cioè della omissione – richiesta dall'interessato – di un trattamento terapeutico adeguato e necessario per il mantenimento in vita”*. Nella ricognizione dei principi dell'ordinamento vigente, Canestrari e io siamo concordi. Che senso hanno le diversità di posizione rispetto alla formula linguistica?

Leggo in Canestrari la preoccupazione (giustificata) di tagliar fuori la suggestione negativa legata al vocabolo eutanasia, e la sottolineatura che il non curare chi non vuole essere curato è cosa ben diversa dall'uccidere (in ciò starebbe il carattere *improprio* dell'espressione eutanasia passiva consensuale³). In un manuale di principi, è ragionevole porre con forte evidenza questa distinzione.

A me piace talora adottare una retorica diversa, probabilmente rischiosa: accettare qualsiasi formula venga proposta, e fare i conti con i suoi usi retorici. Eutanasia è una parola che può essere recuperata come evocazione di un campo di problemi fra loro diversi, e suscettibili di soluzioni diverse.

Ho più volte scritto (lo ritengo un punto importante) che abbiamo bisogno di un linguaggio che sappia tenere distinto il piano delle qualificazioni giuridiche da quello delle valutazioni 'di giustizia' o di adeguatezza teleologica; che renda leggibile la tensione dialettica fra diritto e giustizia. Definizioni 'moralizzate' e coloriture valutative dell'usuale linguaggio giuridico, intese ad evidenziare il valore positivo degli istituti, rischiano di oscurare la complessità dei problemi.

² K. POPPER, *Scienza e filosofia*, Torino, 1969, p. 117

³ D. PULITANÒ, *Tutela penale della persona*, Torino 2014, p. 44.

Più interessante, mi pare, è la sfida di un uso antiretorico⁴, legato alla richiesta di parole precise⁵.

4. Un biodiritto liberale.

Nelle prese di posizione su problemi specifici, legate anche all'esperienza vissuta nel Comitato Nazionale di bioetica, Canestrari ci presenta un abbozzo di biodiritto penale ragionevole: su problemi relativi alla procreazione medicalmente assistita, alla vita prenatale, al morire. Anche ai rapporti fra paziente e medico (*"i giuristi dovrebbero avvertire la responsabilità di non alimentare una contrapposizione agonistica con le armi pesanti del diritto penale"*: p. 86). Idea portante è il *diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà* (p. 84). Un diritto relativo al vivere, non un diritto di morire, traduzione alquanto paradossale di diritti di autodeterminazione e di *habeas corpus*.

L'attuale biodiritto appare bisognoso di miglioramenti: Canestrari ritiene opportuno che il legislatore intervenga su taluni punti allo stato incerti. Un esempio: quale rilevanza attribuire, su quali premesse, a dichiarazioni anticipate di trattamento? Canestrari riconosce la serietà di riserve espresse su questi problemi, e calibra una risposta saggiamente cauta: il rispetto è dovuto a direttive concernenti una situazione corrispondente a quella in concreto verificatasi (p. 94). Di questo approccio (e di tutti gli altri) merita di essere evidenziato lo spirito: la genuina laicità (politica, non filosofica: laicità liberale) della ricerca di equilibri, di possibili punti d'incontro, di consensi per intersezione da punti di partenza diversi.

⁴ Scrivendo queste righe, mi è riaffiorato un ricordo: un episodio che sollecita una riflessione sul linguaggio, le sue ambiguità e le sue potenzialità. I costituenti hanno inserito e scelto di mantenere, nell'art. 3, una parola impresentabile, il termine 'razza'; un linguaggio scientificamente ambiguo, e non *politically correct*: il linguaggio del razzismo. Lo hanno fatto come *"preciso riferimento a qualche cosa che è realmente accaduto in Italia, al fatto cioè che determinati principî razziali sono stati impiegati come strumento di politica ed hanno fornito un criterio di discriminazione degli italiani, in differenti categorie di reprobî e di eletti"* (Intervento dell'on Laconi, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947). Indipendentemente da ogni questione su che cosa si possa intendere per razza, *l'esigenza normativa, di cui i costituenti si sono fatti carico, è proprio quella di negare il discorso del razzismo*. E proprio per questo è stato (ragionevolmente) ritenuto preferibile riutilizzare il medesimo linguaggio – *la medesima parola maledetta* – così da esprimere, ad un tempo, l'identità del problema ed il capovolgimento normativo.

⁵ G. CAROFIGLIO, *Con parole precise, Breviario di scrittura civile*, Bari-Roma, 2015.

5. Chiedere e dare ragioni.

Chiudo con una riflessione su come l'approccio laicamente liberale di Canestrari (che è anche il mio) possa svilupparsi nei contesti problematici che attraversano bioetica, biodiritto e biodiritto penale. Nel confronto, cioè, fra concezioni comprensive diverse.

Se la laicità liberale come principio giuridico è apertura al le concezioni *comprehensive* che esistono e si confrontano nella società, le diverse concezioni comprensive (le religioni e non solo le religioni: anche la laicità filosofica) hanno diritto a stare sulla scena pubblica in condizioni di uguale, piena libertà di parola), con la loro ricchezza di contenuti e di potenzialità (positive e/o negative), con tutta la loro forza ideale e organizzativa, anche con la loro carica conflittuale.

Possiamo partire da presupposti fundamentalmente condivisi: dall'ampia convergenza, anche nelle nostre società pluraliste, nell'individuazione di ciò che è male, incompatibile con le condizioni essenziali della convivenza⁶; e dal riconoscimento del pluralismo come convivenza di *concezioni comprensive* (cioè concezioni generali del mondo, dell'uomo, della vita buona). Nei delicati terreni della bioetica, le divergenze riguardano aspetti particolari, ma importanti, essenzialmente di temperamento di interessi o valori diversi.

Le questioni normative (etiche e/o giuridiche) – anche quando si presentino fondate su un principio (come l'autonomia) che sta dalla parte dei diritti – hanno a che fare con doveri, e con criteri di giustificazione razionale (o ragionevole) della posizione di doveri. Nell'ottica del diritto, il candidato migliore è il principio kantiano del rispetto reciproco, dell'uomo come fine, della universalizzabilità delle massime di valutazione morale.

Fanno parte del mondo della laicità liberale sia le voci che parlano di politeismo di valori, sia voci che parlano di oggettività dei valori e ripropongono come esigenza di fondo quella di unità della ragion pratica. Le *sacrosante distinzioni della modernità – fra morale, diritto e politica – “insorgono a giusta ragione contro il pensiero totalizzante della religione, possibile fondamento di società totalitarie. Anche quelle distinzioni sono fondate in ragione, e ci confermano che il chiedere e dare ragioni è esigenza costitutiva dell'etica, quale la filosofia l'ha fondata contro ogni arbitrio di autorità o di forza”*⁷.

La laicità liberale è laicità *politica*, non necessariamente laicità filosofica; non entra nella disputa filosofica tenuta aperta dalla De Monticelli sulla scia di

⁶ Cfr. S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005, p. 15 s.; cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Il rifiuto dell'ingiustizia come fondamento minimo*, in AA.VV., *Lezioni su Bobbio*, Torino, 2006, p. 81 s.

⁷ R. DE MONTICELLI, *Al di qua del bene e del male*, Torino, 2015, p. 72.

Ronald Dworkin. La politica democratica dà spazio alla *doxa*, all'opinione⁸. Proprio per questo, vive del *chiedere e dare ragioni*, nel dialogo fra *uomini che vivono insieme in modo discorsivo*⁹

Anche da parte (filosofica o politica) laica, c'è bisogno di argomentare le opzioni sostanziali su ragioni sostanziali e non meramente sul pluralismo o sul principio di autonomia. Sul piano etico, il merito delle scelte non può essere messo *a priori* fra parentesi come indifferente.

E ciò può offrire argomenti anche per valutazioni politiche e giuridiche. Le questioni di legittimità giuridica non esauriscono le questioni di moralità delle scelte. Se ci siamo impegnati (in uno o altro fronte) sui casi Welby ed Englaro, è perché abbiamo visto in gioco ragioni morali rilevanti non solo sul piano della laicità procedurale, ma per una concezione comprensiva dell'etica e per un diritto ragionevole.

Possiamo partire, con Canestrari, da buoni principi.

⁸ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, Milano, 2014.

⁹ H. ARENDT, *Socrate*, Milano, 2015.