

Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita

Lucia Busatta *

FOR THE CREATION OF A SUSTAINABLE PLURALISM TO ADDRESS THE ISSUES AT THE CROSS-ROAD BETWEEN LAW AND LIFE SCIENCES

ABSTRACT: The law focusing on life sciences and on human health is characterised by significant tensions that oppose the need for unity and certainty of the legal order, on the one hand, and pressures for the acknowledgement of different moral values and visions, on the other hand. It is also a field in which the speed of scientific development continuously requires law-makers and judges to “adapt” the legal framework to new needs and possibilities.

Given this context, the paper offers an analysis of the relationship between legislation and jurisdiction organised into three main categories, in which the starting point is represented by the legislative approach. Depending on the level of “rigidity” or “flexibility” of the legislation with respect to the acknowledgement of individual moral values and to the integration of the scientific dimension at a normative level, the role of jurisdiction might significantly vary. In a scheme in which the law-maker tends to deny or refuse pluralism, the jurisdiction is called to guarantee the necessary equilibrium among the different components of the society. Differently, in the case of a “inactive” law-maker (second category), judicial interventions are fundamental in giving an answer to needs and issues arising at a scientific and social level in the absence of a specific regulation. Finally, even if the different levels of pluralisms find legislative protection, courts might open the way to new rights or new individual position that deserve protection by the legal order.

The aim of the paper is to identify the main features of a sustainable model of pluralism, in which both law-makers and judges contribute together to the equal guarantee of constitutionally relevant values and in which the legal order is able to constantly keep the pace with scientific development.

KEYWORDS: Pluralisms; Jurisdiction; Moral values; Scientific development; Biolaw.

SOMMARIO: 1. Introduzione: il pluralismo assiologico e la tensione del diritto. – 2. Perché ragionare per modelli? – 3. Il modello tendenzialmente preclusivo. – 3.1. I limiti organizzativi e procedurali alla garanzia dei diritti: sugli interventi legislativi statunitensi in materia di interruzione volontaria di gravidanza. – 3.2. L'intervento riequilibratore del giudice (non solo) costituzionale: la “saga” giurisprudenziale della legge n. 40/2004. – 3.3.

* *Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Il presente scritto presenta i risultati delle ricerche svolte nell'ambito del progetto Prin-Miur 2010-2011 “Jurisdiction and Pluralisms”. Contributo sottoposto a referaggio.*

Focus on: *Law*

Tendenze propulsive della giurisdizione e moniti al legislatore: sulla costituzionalità del divieto di assistenza al suicidio. – 3.4. Ulteriori strumenti giurisdizionali per il pluralismo: dal modello “preclusivo” alla tutela dei diritti. – 4. Il modello inerte: la mancata o carente regolamentazione del pluralismo. – 4.1. L’impossibilità di una piena integrazione del pluralismo attraverso la giurisdizione e il monito al legislatore. – 4.2. L’elaborazione di una soluzione sulla base degli strumenti disponibili. – 4.3. Silenzi legislativi e ritardi v. adeguamenti giurisdizionali. – 5. Da un modello integrativo... – 6. ... all’individuazione dei criteri per l’elaborazione di un pluralismo sostenibile.

1. Introduzione: il pluralismo assiologico e la tensione del diritto

Il diritto che si occupa delle scienze della vita e della salute dell’essere umano è caratterizzato da forti tensioni fra l’esigenza di unitarietà e certezza dell’ordinamento, da un lato, e spinte verso un accentuato riconoscimento di assetti di valori differenziati, dall’altro. Tale fenomeno si rende particolarmente evidente (anche se in maniera non esclusiva) negli ordinamenti appartenenti alla *Western Legal Tradition*¹, all’interno dei quali la crescente complessità di società accentuatamente multiculturali o caratterizzate da posizioni individuali diversificate e l’incessante progresso della medicina e della tecnologia determinano il quotidiano insorgere di nuovi conflitti.

Vi è, dunque, un elemento sociale e culturale in continuo mutamento che richiede al diritto «mediatore dei conflitti sociali»² una costante opera di gestione di posizioni potenzialmente contrastanti, soprattutto laddove sia in gioco il riconoscimento di diritti costituzionalmente rilevanti o di posizioni meritevoli di tutela. Accanto a ciò, un ulteriore fattore caratterizza lo svilupparsi dell’articolato rapporto tra diritto e scienze della vita: il rapidissimo sviluppo che ha segnato il mondo scientifico negli ultimi decenni ha rivoluzionato moltissimi settori dell’esperienza e della vita umana, non ultimo quello relativo alla cura della salute. Tale avanzamento non può che costituire un fattore rilevante per un diritto chiamato a rispondere ai bisogni sociali e a disciplinare le nuove esigenze di società sempre più composite, tanto dal punto di vista culturale e valoriale, quanto sotto il profilo dei mezzi e delle possibilità a disposizione dell’uomo per soddisfare i propri bisogni.

Al crocevia tra pluralismo assiologico e sviluppo medico scientifico, al mondo giuridico si richiede di interrogarsi sulle modalità di gestione di problemi sempre più complessi e articolati e sulla possibilità di offrire risposte adeguate e aggiornate alle nuove istanze. In tale contesto, i canali attraverso i quali l’esperienza giuridica affronta questo complesso intreccio sono rappresentati prevalentemente dal formante legislativo e da quello giurisprudenziale. In entrambi i casi, al diritto si richiede di confrontarsi con diverse discipline, di dialogare con altre scienze e di tradurre con strumenti e linguaggi propri della scienza giuridica concetti e nozioni appresi altrove. La dimensione medico-scientifica non è, però, omogeneamente inclusa nel discorso giuridico e il grado della sua integrazione può variare in modo significativo non solo da un formante all’altro, ma anche da un ordinamento all’altro. Come i paragrafi che seguono si propongono di mettere in luce, infine, i termini o la proficuità di tale dialogo

¹ Sulla nozione di *Western Legal Tradition*, ossia di tradizione giuridica occidentale cfr., per tutti, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2003, 60 ss.

² R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, in T. BONAZZI, M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, 279.

“modello pluralista promozionale”, nel quale la finalità principale dello Stato si realizza attraverso la differenziazione garantita dall’applicazione del principio di eguaglianza sostanziale⁷; (iv) infine, un “modello pluralista paritario”, all’interno del quale l’eccezione è la regola ed ogni differenziazione si dissolve nell’eguale grado di riconoscimento che essa ottiene da parte dell’ordinamento⁸.

Se tali modelli, a livello generale e con le specifiche del caso, possono applicarsi ad un’indagine circa il livello di integrazione nel dato costituzionale del pluralismo (morale, sociale, culturale, religioso e scientifico) di una società, la sensazione è che tale classificazione non sia da sola più sufficiente nel momento in cui si passi ad analizzare le singole declinazioni e manifestazioni dello svolgersi dei rapporti fra diritto e scienze della vita⁹. Con il presente contributo si desidera, pertanto, proporre un’ulteriore articolazione che, sulla scia dalla classificazione già proposta nell’ambito del biodiritto, descriva l’intrecciarsi dei rapporti tra diritto e scienze della vita in tutti quei settori in cui la dimensione morale e valoriale dei soggetti coinvolti possa condizionare le decisioni normative e la risposta giurisdizionale alle controversie concrete. La modellistica così individuata, che si sviluppa in (i) modello tendenzialmente preclusivo; (ii) modello inerte; (iii) modello integrativo, prende le mosse dalla valutazione dell’inclusione del pluralismo a livello normativo e, sulla base del dato legislativo di partenza, individua le possibili reazioni del formante giurisprudenziale rispetto alle istanze soggettive, al fine di enucleare i fattori per la realizzazione di un pluralismo pienamente sostenibile, che sappia coniugare le possibilità offerte dallo sviluppo tecnologico con il rispetto del principio pluralista e dell’autodeterminazione individuale, tanto a livello legislativo quanto in termini di risposta giurisdizionale.

Il dato peculiare che, nell’ambito del cd. biodiritto, emerge dall’impiego della modellistica riguarda l’oggetto dello studio: il settore in cui il diritto incrocia le scienze della vita, le tematiche cd. etica-

costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze, Padova, 2011, 51 ss. Rientrano in questo modello ordinamenti quali gli Stati Uniti e la Francia.

⁷ R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, cit., 294: tale modello «si caratterizza per la presenza dominante di un gruppo nazionale (la maggioranza) e di uno o di altri gruppi minoritari il cui riconoscimento e la cui protezione e promozione sono integrati a livello costitutivo [...] dell’ordinamento e dei suoi valori fondamentali». Corrisponde a questo modello, ad esempio, l’ordinamento italiano, nel quale la lettura combinata degli articoli 2 e 3 della Costituzione consente di garantire tutela a una varietà di posizioni individuali, cercando di avvantaggiare quelle che – per la loro natura “minoritaria” – soffrirebbero altrimenti una indebita compressione, rispetto alla posizione – maggioritaria – di vantaggio.

⁸ R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, cit., 295. L’essenza di tale modello consiste nella capacità «di incorporare e riflettere su base paritaria la multinazionalità della propria realtà sociale permanente». Quest’ultimo modello, in particolare, pare attanagliarsi meno alle questioni giuridiche di carattere costituzionale che possano emergere nel settore in cui il diritto incontra le scienze della vita.

⁹ Esistono infatti differenti chiavi di lettura della complessa relazione tra diritto e scienza e, allo stesso modo tra diritto e questioni eticamente sensibili. Fra queste cfr., ad esempio, la contrapposizione tra modello a tendenza impositiva e modello a tendenza repressiva per quanto attiene all’attività normativa in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit. 112 ss; oppure tra un modello *value oriented* ed uno *procedure oriented*, su cui C. CASONATO ET AL., *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in A. TORRE (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, 87 ss.; S. PENASA, *La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita e la solida flessibilità del sistema spagnolo: modello ‘value oriented’ e modello ‘procedure oriented’ a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, 1, 2010, 134 ss.

mente controverse, i problemi giuridici che attengono all'inizio o alla fine dell'esistenza umana, così come quelli inerenti la protezione della salute dell'essere umano reca un notevole potenziale consistente nel permettere di superare la dimensione strettamente statale. In questi ambiti, infatti, il dato concreto (sia esso il *focus* della disciplina normativa o l'oggetto della controversia) consente di effettuare una comparazione particolarmente efficace, anche fra ordinamenti tra loro apparentemente distanti. Può, così, accadere che il raffronto possa condurre ad accostare un ordinamento di *civil law* ad uno di *common law* e, all'opposto, a sottolineare una notevole differenza nelle soluzioni adottate fra Stati che hanno lungamente condiviso la medesima tradizione giuridica.

Inoltre, la sistematizzazione per modelli applicata a questo particolare oggetto di studio mette in luce la non univocità degli schemi elaborati: come si avrà occasione di sottolineare nei paragrafi che seguono, infatti, alcuni ordinamenti potrebbero rientrare contemporaneamente in più di una categoria, a seconda del tema affrontato. Il tasso di variabilità può dipendere da numerosi fattori (che incidono, alternativamente, in positivo o in negativo sul formante preso in considerazione), quali, ad esempio, l'epoca storica in cui una certa disciplina è stata adottata, il livello di conflitto sociale esistente all'interno dell'ordinamento in un dato momento, lo scenario politico esistente, l'impatto del dibattito sull'opinione pubblica o, infine, l'accidentale verificarsi di un particolare episodio che abbia suscitato l'intervento legislativo o giurisdizionale¹⁰.

3. Il modello tendenzialmente preclusivo

Un primo modello, che potremmo denominare "tendenzialmente preclusivo", si caratterizza per una particolare rigidità del dato normativo: a fronte dell'elezione di una specifica posizione morale da parte del legislatore, che "sceglie" di dare prevalenza ad un determinato orientamento all'interno della soluzione normativa elaborata, le differenti istanze assiologiche presenti nella compagine sociale non trovano riconoscimento né, tantomeno, tutela. Gli indicatori per la classificazione di una disciplina in questo primo modello possono essere individuati nella presenza di divieti corredati da severe sanzioni (spesso di carattere penale) oppure in rigide limitazioni di natura soggettiva od organizzativa, che hanno come effetto la limitazione sostanziale del grado di effettività dei diritti dell'individuo¹¹. Alla luce, dunque, dell'emersione di un certo numero di posizioni giuridiche soggettive che – in base al dato costituzionale – sono meritevoli di tutela, è il formante giurisdizionale a giocare un ruolo chiave per riequilibrare tra loro le diverse posizioni, in conformità con i caratteri specifici della forma di stato di derivazione liberale.

All'interno di questo modello, quindi, alla giurisdizione si richiede non soltanto di verificare il rispetto del dato costituzionale da parte di un legislatore che (volutamente o inconsciamente) esclude dal

¹⁰ Le categorie elaborate, infine, potrebbero risultare, in certi termini, non completamente definite oppure potrebbero essere parzialmente sovrapponibili tra loro. A tale proposito cfr. la possibilità di applicare la *fuzzy sets theory* (o teoria degli insiemi sfumati) agli studi comparatistici; in particolare L. Pegoraro, A. RINELLA, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 81; S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Revista General de Derecho Publico comparado*, 2012, 10, 1 ss.

¹¹ Si pensi, come ora si vedrà, ai rigidi divieti della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita.

proprio intervento il riconoscimento e la garanzia del pluralismo, ma anche di offrire la dovuta tutela a situazioni soggettive che risultano scoperte (ad esempio, in confronto ad altre, comunque rilevanti, nel contesto in questione), ripristinando un equilibrio altrimenti compromesso.

Gli esempi maggiormente significativi appaiono essere le novità legislative introdotte negli ultimi anni negli Stati Uniti in materia di interruzione volontaria della gravidanza, la complessa vicenda giurisdizionale della legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita e i recenti approdi della giurisprudenza in riferimento al divieto di suicidio assistito.

Negli esempi prospettati, a fronte della rigidità del formante legislativo, le istanze individuali presentate davanti agli organi giurisdizionali possono condurre a differenti tipologie di soluzione, con l'effetto di rendere il dato legislativo (ancor più) incerto e la giurisprudenza assai frammentaria.

3.1. I limiti organizzativi e procedurali alla garanzia dei diritti: sugli interventi legislativi statunitensi in materia di interruzione volontaria di gravidanza

Negli USA, la forma di Stato federale e le norme costituzionali sul riparto di competenze conducono, sovente, nel campo della salute, all'adozione di discipline profondamente diversificate a livello statale. Le novelle legislative di recente adozione, mirate a incidere più o meno direttamente e dichiaratamente sull'effettività del diritto proclamato dalla Corte Suprema Federale nel 1973¹², dimostrano che il tema dell'aborto negli Stati Uniti, divenuto ormai il manifesto di un conflitto culturale tra le diverse componenti della società americana, continua ad essere ancora al centro di un dibattito politico, giurisprudenziale e sociale ben lontano dall'essere sopito.

Come è noto, negli Stati Uniti, tutt'oggi, il punto di partenza per la definizione dei confini costituzionali del diritto all'interruzione della gravidanza e del corrispondente limite all'intervento statale nella regolazione delle procedure è rappresentato dalla sentenza *Roe v. Wade* e dalle ulteriori specificazioni contenute nelle successive decisioni della Corte Federale¹³. La celebre pronuncia insiste su una dimensione fondamentale della tutela dei diritti costituzionali in quell'ordinamento: si tratta di quanto è stato opportunamente ascritto ad un modello "agnostico", nel quale tutte le posizioni soggettive sono considerate *a priori* equiordinate e il ruolo dei poteri pubblici è primariamente quello di astenersi dall'intervenire nella sfera individuale dei consociati, a meno che ciò non si renda necessario per la protezione di posizioni altrimenti prive di tutela¹⁴.

¹² Dei principali riferimenti normative e giurisprudenziali sugli ultimi approdi di tale dibattito viene dato conto nel *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, disponibile all'indirizzo internet <http://www.biodiritto.org/novita/news/item/239-abortion-rights-negli-stati-uniti> (ultima consultazione 30.01.2016).

¹³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Le altre pronunce della Corte suprema federale statunitense rilevanti in tema di aborto sono, ad esempio, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

¹⁴ A tale assunto corrisponde lo schema di ragionamento adottato dalla US Supreme Court in *Roe v Wade*: la possibilità di intervento statale per la tutela della vita potenziale è si modula a seconda dello stato d'avanzamento della gravidanza e si articola attraverso il cd. *trimester framework*, che regola le fasi di incremento dell'interesse statale rispetto all'approssimarsi o al raggiungimento della possibilità di vita autonoma per il feto.

Una delle modalità più diffuse di intervento statale sul diritto all'aborto è rappresentata dalla creazione, in capo al personale sanitario delle cliniche abortive, di "particolari" obblighi di informazione, aventi indirettamente l'effetto di dissuadere la donna dall'interruzione di gravidanza¹⁵. Fra questi, in molti Stati, fra cui Arizona, North Carolina, Oklahoma, Texas e Wisconsin¹⁶, si prevede il dovere di sottoporre la donna che desideri abortire ad una ecografia, approfonditamente descritta dal medico che la esegue. Ciò che è interessante osservare, proprio con riguardo alla dinamica della gestione del dibattito e dei conflitti culturali, è che queste leggi, non appena approvate, vengono sistematicamente impugnate dalle associazioni "pro-choice", divengono oggetto di giudizio delle Corti federali distrettuali e vengono, in alcuni casi, dichiarate illegittime per violazione della Costituzione e dei principi stabiliti dalla Corte Suprema a partire da *Roe v. Wade*¹⁷.

Un ulteriore strumento utilizzato per condizionare l'effettività del diritto all'autodeterminazione della donna è rappresentato dai cd. *admitting privileges*, requisito introdotto, ad esempio, in Alabama, Louisiana, Mississippi, North Dakota, Oklahoma, Texas e Wisconsin, in base al quale il personale medico delle cliniche abortive, per poter effettuare gli interventi, deve disporre di una convenzione professionale con una struttura ospedaliera nelle vicinanze¹⁸. L'effetto secondario determinato da tali previsioni è quello di costringere alla chiusura i centri per l'interruzione di gravidanza situati in zone particolarmente periferiche, con il risultato di imporre alle donne di attraversare talvolta anche i confini statali per poter realizzare scelte personali mai facili. Nell'affrontare la legittimità di alcune di

¹⁵ Si tratta di disposizioni legislative che, oltre ad intervenire sulle modalità di acquisizione del consenso informato della donna da parte del medico, stabiliscono anche alcuni precisi contenuti informativi che, in modo più o meno diretto o invasivo, possono condizionare la decisione della donna. Per una panoramica delle legislazioni statali sulla costruzione del consenso informato per la donna che desidera abortire, cfr. il report *The State of Abortion in the United States*, diffuso nel gennaio 2014 dal National Right to Life Committee e disponibile all'indirizzo internet <http://www.nrlc.org/uploads/communications/stateofabortion2014.pdf> (ultima consultazione 30.01.2016). Sulle problematiche anche costituzionali di tali interventi normativi cd. D. LANG, *Truthful But Misleading? The Precarious Balance of Autonomy and State Interests in Casey and Second-Generation Doctor-Patient Regulation*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 16, 2014, 1353 ss.

¹⁶ In Arizona, il Mother's Health and Safety Act 2013 prevede, *inter alia*, l'obbligo per la donna di sottoporsi a un'ecografia 24 ore prima dell'interruzione di gravidanza. Pochi mesi dopo la sua entrata in vigore, la legge è stata dichiarata incostituzionale dalla Court of Appeals for the Ninth Circuit per la violazione del diritto all'autodeterminazione della donna. Inoltre, nel gennaio del 2014, la US District Court for the Middle District of North Carolina ha stabilito l'incostituzionalità di una simile previsione legislativa del North Carolina per violazione del I emendamento (la decisione è stata successivamente confermata anche dalla Corte d'appello federale). Nel 2012, in Oklahoma, un analogo disegno di legge è stato sospeso dalla Corte distrettuale locale prima di entrare in vigore. Anche il Wisconsin, nel 2013, ha adottato una legge (Requirements to perform abortion) che prevede che la donna si sottoponga ad un'ecografia prima di effettuare l'intervento e che il personale sanitario che se ne occupa le illustri dettagliatamente l'immagine e la informi sullo stato di salute del nascituro. Cfr. *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, cit.

¹⁷ Cfr. *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, cit. Sul ruolo dei cd. *social movements* per il riconoscimento in sede giurisdizionale dei diritti cfr. R.S. Price, T.M. Keck, *Movement litigation and unilateral disarmament: abortion and the right to die*, in *Law & Social Inquiry*, 40, 2015, 880 ss.

¹⁸ La maggior parte delle leggi statali citate, i cui riferimenti sono disponibili nel *Dossier Abortion rights negli Stati Uniti*, cit. prevedono una distanza di non più di 30 miglia. La principale ragione per la quale tali previsioni sono state oggetto di impugnazione riguarda il fatto che, come conseguenza, moltissime cliniche sarebbero state costrette a chiudere, costringendo le donne a viaggiare in un altro Stato per ottenere l'IVG.

queste previsioni, le Corti distrettuali ne hanno spesso dichiarato l'incostituzionalità, osservando che tali norme impongono alle donne un «undue burden» che incide negativamente sul loro diritto ad auto-determinarsi nelle scelte sulla gravidanza¹⁹.

Se in alcuni casi, sulla scorta dei medesimi precedenti, le decisioni giurisdizionali paiono allinearsi e garantire uno standard almeno minimo di effettività dei diritti, pur fra i diversi Stati della federazione, talvolta può capitare che tale unità di vedute non sia assicurata. Ne è un efficace esempio l'articolata saga giurisprudenziale sulla restrittiva legge texana in materia di IVG, sulla cui costituzionalità – è lecito aspettarsi – si pronuncerà in via definitiva la Corte Suprema federale²⁰.

Lo svolgersi di questo complesso dibattito pone in luce i rischi dell'adozione di una specifica posizione valoriale, sia per mezzo di esplicite dichiarazioni di principio sia attraverso meccanismi che, *di fatto*, rendono meno accessibile un diritto. La compromissione degli interessi individuali, anche in un settore “sensibile” quale quello dell'interruzione di gravidanza, non ha solamente un significativo impatto sui diritti delle donne coinvolte, ma presenta anche costi non trascurabili, soprattutto qualora si renda necessario rivolgersi ad un giudice per ripristinare un livello (almeno) accettabile di riconoscimento del pluralismo. Oltre alla dimensione strettamente individuale, interventi legislativi che costituiscono un punto d'arretramento rispetto allo stato attuale del dibattito, tanto dal punto di vista valoriale, quanto sotto il profilo scientifico²¹, sono indicatori di criticità nella gestione dei conflitti e del pluralismo da parte della società, intesa nel suo complesso, e da parte del potere politico-rappresentativo. Il fatto che l'intervento giurisdizionale si renda necessario per “riportare” entro i confini di un quadro costituzionale già consolidato le posizioni soggettive che proprio nella legge dovrebbero trovare la propria fonte di garanzia e protezione, potrebbe in certi termini alterare un proficuo circuito democratico-rappresentativo e può – in alcuni casi – attribuire al formante giurisdizionale un ruolo di gestione dei conflitti molto più ampio rispetto a quello individuabile nella risoluzione del singolo caso concreto²².

¹⁹ Cfr., ad esempio, US District Court for the Middle District of Alabama, sentenza del 4 agosto 2014; US Court of Appeals for the Fifth Circuit, sulla legge del Mississippi, sentenza del 29 luglio 2014. Entrambe le sentenze sono disponibili alla pagina *Dossier Abortion rights negli Stati Uniti*, cit.

²⁰ Per una completa ricostruzione degli interventi normativi e giurisprudenziali relativi all'interruzione volontaria di gravidanza in Texas cf. L.R. PRUITT, M.R. VANEGAS, *Urbanormativity, Spatial Privilege, and Judicial Blind Spots in Abortion Law*, in *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 30, 2015, 76 ss.; J.T. WILKE, *The Fourth Amendment, a Woman's Right: An Inquiry into Whether State-Implemented Transvaginal Ultrasounds Violate the Fourth Amendment's Reasonable Search Provision*, in *Chapman Law Review*, 18, 2015, 921 ss.

²¹ Ne sono un efficace esempio le leggi statali che vietano «the termination of the life of an unborn human individual whose heartbeat has been detected», come nel caso della legge dell'Arkansas n. 301 (Human Heartbeat Protection Act), dichiarata incostituzionale dalla Eight Circuit Court of Appeal il 27 maggio 2015, perché «A regulation is an undue burden if it has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus». Similmente cfr. La proposta di legge HB 1456 del North Dakota che vieta l'IVG in presenza di battito cardiaco del feto. Anche in questo caso la legge è stata dichiarata incostituzionale dalla US District Court for the District of North Dakota il 16 aprile 2014 (MKB Management, Inc. v. Burdick), poiché «[t]he United States Supreme Court has spoken and has unequivocally said no state may deprive a woman of the choice to terminate her pregnancy at a point prior to viability»; inoltre «The State of North Dakota has presented no reliable medical evidence to justify the passage of this troubling law». Cfr. *Dossier Abortion rights negli Stati Uniti*, cit.

²² In questi termini, sono interessanti le osservazioni circa il ruolo delle associazioni, delle *lobbies* e, più in generale dei *social movements* rispetto al riconoscimento del mutamento sociale, tanto dal punto di vista del

3.2. L'intervento riequilibratore del giudice (non solo) costituzionale: la "saga" giurisprudenziale della legge n. 40/2004

In alcuni casi, l'elezione di una particolare posizione morale da parte del legislatore reca quale risultato l'esclusione dall'ombrello di tutela di alcuni soggetti, titolari di posizioni giuridicamente e costituzionalmente meritevoli di protezione. Ai fini del riconoscimento e dell'inclusione di tutte le declinazioni individuali che compongono il pluralismo della compagine sociale, dunque, il formante giurisdizionale si pone quale elemento di trasformazione dell'attrito generato dalla posizione "negatrice" del formante legislativo, con risultati che possono mutare in relazione all'oggetto della controversia, alle istanze portate all'attenzione delle Corti e, non ultimo, al contesto medico-scientifico di riferimento. Un punto d'approdo assai significativo per la gestione del pluralismo e per ristabilire un livello accettabile di equilibrio fra le diverse dimensioni morali individuali anche alla luce del dato tecnico è rappresentato dalla giustizia costituzionale che, nello svolgimento del proprio sindacato, può riscontrare direttamente eventuali lesioni dei diritti costituzionali o dei principi che orientano l'intervento legislativo, quali la ragionevolezza, la proporzionalità e la coerenza interna del sistema. Così può accadere – come nel caso della legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita – che uno o più interventi del giudice delle leggi portino ad una sostanziale riscrittura del testo normativo, adattandolo al quadro costituzionale e garantendo una migliore tutela delle diverse situazioni individuali²³.

Bisogna, tuttavia, segnalare che, proprio a causa della natura del sindacato di legittimità costituzionale, tale meccanismo non è automatico, né tanto meno immediato, essendo subordinato al verificarsi delle condizioni che – a seconda dell'ordinamento nel quale tale situazione venga a crearsi – disciplinano l'accesso all'organo di giustizia costituzionale. Così, con riguardo ad esempio alla legge n. 40/2004, la sentenza n. 151/2009, che ha dichiarato l'illegittimità del secondo comma dell'articolo 14 sull'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto di tre embrioni, per la violazione del diritto alla salute della donna e del principio d'eguaglianza, è intervenuta a distanza di cinque anni dall'entrata in vigore della legge. Similmente, per giungere all'annullamento del divieto di fecondazione cd. eterologa²⁴, sono trascorsi dieci anni, durante i quali la questione era già stata sottoposta all'attenzione della Corte, pur senza successo: dopo la presentazione di un primo ricorso in via incidentale nel 2011, nelle more della decisione, la Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo si era pronunciata in via definitiva nel caso *S.H. et al. v. Austria*, superando *in toto* la sentenza di primo grado e deter-

rapporto di questi soggetti con il potere legislativo, quanto dal punto di vista della gestione delle controversie giurisdizionali riportati in R.S. PRICE, T.M. KECK, *Movement litigation and unilateral disarmament: abortion and the right to die*, cit., 880-881.

²³ Per una ricostruzione di tutti gli interventi giurisdizionali che, nel corso dei dodici anni di vigenza della legge n. 40/2004 ne hanno mutato sostanzialmente il contenuto, cfr. Dossier: come è cambiata la legge 40 (2004-2015), disponibile all'indirizzo internet <http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-%C3%A8-cambiata-la-legge-40-2004-2014> (ultima consultazione 30.01.2016). Per un bilancio a dieci anni dall'entrata in vigore della legge si vedano gli articoli pubblicati nel fascicolo n. 2/2014 di *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*; L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*; F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, tutti pubblicati in *Le Istituzioni del federalismo*, 1, 2015.

²⁴ Dichiarato, come è noto, dalla sentenza n. 162/2014.

minando, quindi, l'ordinanza della Consulta di restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per una nuova valutazione della questione²⁵.

Infine, anche il riconoscimento della possibilità di accedere alle tecniche di PMA con diagnosi preimpianto per le coppie portatrici di gravi malattie genetiche, avvenuto per mezzo della sentenza n. 96/2015, è frutto di un articolato dialogo fra giudici. La Corte aveva dichiarato, già nel 2006, la manifesta inammissibilità di una questione vertente su tale aspetto, a causa della mancata impugnazione da parte del giudice rimettente di tutte le disposizioni rilevanti della legge²⁶; in seguito, in sede di giudizio di merito, alcuni Tribunali avevano autorizzato le coppie ricorrenti ad accedere alla PMA previa diagnosi genetica preimpianto, proponendo un'interpretazione costituzionalmente orientata che faceva leva sulla particolare gravità della patologia genetica trasmissibile di cui i ricorrenti erano portatori²⁷. Dopo la condanna da parte della Corte di Strasburgo nel caso *Costa e Pavan v. Italia*²⁸, che aveva rilevato la contraddizione sistematica tra il divieto previsto dalla legge n. 40 e le disposizioni sull'interruzione volontaria di gravidanza, la Corte viene chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla costituzionalità di queste disposizioni. Come noto, con la sentenza n. 96/2015 viene dichiarata l'illegittimità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge sulla PMA nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche²⁹.

A fronte dell'intervento del giudice costituzionale, dunque, viene ristabilito quel livello di riconoscimento di pluralismo, individuale e scientifico, costituzionalmente imposto e necessario. Le contraddizioni e le negazioni insite nella scelta legislativa vengono eliminate in sede di controllo di legittimità costituzionale, occasione che consente l'individuazione di un nuovo punto di equilibrio tra le diverse posizioni giuridiche meritevoli di tutela. L'articolato cammino giurisdizionale della legge, però, pone in evidenza anche le difficoltà che possono derivare dall'elezione di una determinata posizione valo-

²⁵ Corte EDU, *S.H. et al. v. Austria*, ric. n. 57813/00, 3 novembre 2011. Corte cost., ord. n. 150/2012. Per la ricostruzione delle varie fasi di controllo di legittimità costituzionale in via incidentale della legge n. 40/2004, soprattutto con riguardo al divieto di fecondazione eterologa, cfr. M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2, 2014, 18 ss. Sulla sentenza n. 162/2014 cfr., *inter multis*, A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2014, 659 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 giugno 2014; G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato di Ulisse*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2014, 663 ss.

²⁶ Il riferimento è a C. cost., ord. n. 369/2006.

²⁷ Sul punto vd. Tribunale di Salerno, ordinanza del 13 gennaio 2013; Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012.

²⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Costa and Pavan v. Italy*, ric. n. 54270/10, 28 agosto 2012, su cui L. POLI, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2013, 119 ss.; F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte Edu*, in *Rivista AIC*, 1, 2013.

²⁹ Sul cammino giudiziario della legge n. 40 cfr. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 280 ss.

riale da parte del legislatore: gli effetti della scelta di negare il pluralismo, pur a fronte delle possibilità garantite dalla scienza e dalla medicina, si manifestano nella frammentazione degli interventi della giurisdizione di merito che, prima di una pronuncia trainante in sede di legittimità o di una declaratoria di incostituzionalità, non è formalmente vincolata al rispetto del precedente, e nei costi non solo economici di un modello troppo rigido e per nulla inclusivo³⁰.

L'ulteriore elemento di criticità del modello preclusivo, efficacemente posto in luce dall'articolata vicenda della procreazione medicalmente assistita, è rappresentato dal rapporto tra il fattore tempo e il formante legislativo: rispetto agli sviluppi scientifici e alle potenzialità offerte dall'avanzamento tecnologico, infatti, l'opzione per una soluzione normativa particolarmente rigida non può che recare quale effetto un incremento di quel cronico *ritardo* che impedisce al diritto di mantenere il passo con le scienze³¹. Così, i vuoti e i divieti della legge divengono terreno di interpretazione, di valutazione e – talvolta – di apertura in sede giurisdizionale, con il risultato che, venendo meno il ruolo del legislatore, è il giudice a divenire centro d'elezione per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali, rispetto a casi singoli portati all'attenzione dei tribunali. Tali scelte, inoltre, non possono che condurre al risultato di una sostanziale delegittimazione del formante legislativo (e con esso del circuito democratico-rappresentativo) attribuendo ad un giudice l'incarico di ripristinare *ex post* e – si badi – limitatamente alle problematiche fattuali che la realtà andrà offrendo un equilibrio costituzionalmente necessario³².

3.3. Tendenze propulsive della giurisdizione e moniti al legislatore: sulla costituzionalità del divieto di assistenza al suicidio

Nello svolgersi del rapporto tra scelte normative, scienze della vita e posizioni morali individuali, alcuni recenti sviluppi in tema di assistenza al suicidio contribuiscono a mettere in luce quello che potrebbe essere definito un ruolo propulsivo del formante giurisdizionale nei confronti del legislatore.

Sono molti gli ordinamenti che prevedono un divieto, assistito da sanzioni penali per il suicidio medicalmente assistito³³; parallelamente, alcuni Stati hanno progressivamente introdotto alcune disposi-

³⁰ Su questi profili cfr. ancora S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 287 ss. In particolare, sulla sentenza n. 96/2015, cfr. S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 755 ss; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015.

³¹ Sul punto cfr. C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2, 2014, 83 ss; C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 131 ss.

³² Similmente anche C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 85.

³³ Si pensi, in primo luogo, alle previsioni dell'art. 579 del codice penale italiano, all'articolo 143 del codice penale spagnolo; alla s. 2 del Suicide Act 1961 nel Regno Unito. Per quanto, poi, attiene agli Stati Uniti, la materia è oggetto di regolazione differenziata a livello statale: alcuni Stati hanno disciplinato con legge il suicidio medicalmente assistito (vd. Oregon, California, Washington e Vermont); in Montana, la sentenza della Corte Suprema statale in *Baxter v. Montana* ha affermato che non vi sono ragioni per ritenere il suicidio medicalmente assistito, in determinate circostanze, contrario all'ordine pubblico statale. In molti altri Stati, invece, il suicidio assistito è sanzionato penalmente e considerato alla stregua di reati quali l'omicidio colposo o

zioni speciali volte a disciplinare la possibilità, per i malati terminali, di chiedere ad un medico l'aiuto nel mettere fine alla propria vita³⁴. In termini generali, il dibattito etico e giuridico concernente le decisioni di fine vita e, in particolare, la possibilità per le persone affette da malattie croniche gravemente invalidanti che accelerano il processo del morire o da patologie ad uno stadio terminale contrappone, da un lato, coloro che collegano l'interpretazione e l'applicazione del principio di tutela della dignità umana ad un generale diritto di autodeterminazione della persona a chi, invece, ritiene che – proprio per garantire la dignità umana anche dei soggetti più fragili – sia più opportuno un approccio che miri a proteggere la persona (anche da se stessa)³⁵.

Il riproporsi, con sempre maggiore frequenza, di questioni giurisdizionali che, in diversi ordinamenti, pongono in discussione la legittimità di tali divieti sottolinea quanto delicato possa essere il confine tra tutela dell'integrità fisica dei consociati, consenso informato ai trattamenti sanitari, libertà individuale e autodeterminazione. Situazioni mediche corrispondenti, da un lato, a malattie terminali e, dall'altro lato, a sofferenze insopportabili e, dunque, incompatibili con la vita richiedono in modo ormai sempre più pressante una valutazione e un bilanciamento da parte dei poteri dello Stato. Così, a fronte dell'elezione di una posizione particolarmente rigida da parte del legislatore (e di un mancato intervento adeguatore), sono le istanze individuali e le *storie* personali di alcuni a fungere da catalizzatore per adeguare la realtà giuridica a quella sociale³⁶.

Le questioni di fine vita costituiscono una delle tematiche più divisive nel panorama non solo giuridico, ma anche etico, filosofico e medico, degli ultimi anni e, pur non essendo questa la sede per trattare compiutamente delle diverse tesi che animano il dibattito, una riflessione circa il grado di riconoscimento del pluralismo nell'ambito del biodiritto non può non tenere in considerazione anche questo aspetto. In particolare, con riguardo alla liceità o al divieto del suicidio assistito, vi è un profilo, che potremmo definire egualitario, che merita considerazione. Ragionare sulla possibilità di determinarsi in piena autonomia sulle fasi finali della propria esistenza non può non prendere in esame la necessaria distinzione – imposta dalla natura stessa – tra coloro per i quali la decisione consta in

l'omicidio volontario. Per un quadro sinottico delle principali fonti che negli Stati Uniti disciplinano il suicidio assistito o prevedono sanzioni penali cfr. <http://euthanasia.procon.org/view.resource.php?resourceID=000132> (ultimo accesso 30.01.2016).

³⁴ Si pensi, nel vecchio continente, a Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Svizzera, e alle leggi di Oregon, California, Washington e Vermont per gli Stati Uniti.

³⁵ La letteratura giuridica sulle possibili declinazioni del principio di dignità umana è sconfinata. *Inter multis*, cfr., *inter multis*, A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, in *Rivista AIC*, 1, 2011; A. SPADARO, *I "due" volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Politica del diritto*, 3, 2014, 403 ss.; C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.

³⁶ Un efficace esempio, in tal senso, è rappresentato dalla vicenda di Brittany Maynard, una donna quasi trentenne residente in California che, a seguito di una diagnosi di un cancro incurabile al cervello, aveva deciso di trasferirsi con il marito in Oregon, stato nel quale il *Death with dignity act* del 1994 consente ai malati terminali di chiedere ad un medico la prescrizione di un farmaco letale. La donna aveva deciso di rendere pubblica la propria decisione attraverso un blog. L'effetto generato sull'opinione pubblica e l'empatia per la sua tragica situazione personale hanno condotto l'assemblea legislativa californiana ad approvare, nell'ottobre del 2015 il *California's End of Life Option Act*. Sul punto cfr. S. ROSSI, *La scelta di Brittany e i dilemmi del diritto*, in *Persona e danno*, 6 novembre 2014.

un semplice rifiuto e coloro per i quali si renda necessario un intervento da parte di un terzo. Mutare, dunque, l'angolo visuale, spostando il *focus* dalla tipologia di intervento – omissivo, interruttivo o attivo – alle finalità che si intendono perseguire nell'ottica della migliore realizzazione del diritto all'autodeterminazione, nella cornice di un pieno consenso informato, può consentire di trattare in modo unitario delle decisioni di fine vita, evitando che le caratteristiche della patologia da cui l'individuo è affetto influiscano, in concreto, sulla possibilità di scegliere. In base a tale impostazione, sarebbe possibile «emancipare le scelte di fine vita dalle strettoie costituite dalla unica possibilità legittima di rifiutare un trattamento di sostegno vitale»³⁷.

Proprio su tali elementi e sull'esigenza che talora sia l'ordinamento ad aprirsi, anche al fine di ripristinare l'eguaglianza tra due situazioni individuali che – pur essendo analoghe – si caratterizzano per una intrinseca diversità, vi sono alcuni interventi giurisdizionali che hanno riflettuto sulla necessità di rispettare gli orientamenti valoriali di tutti i soggetti dell'ordinamento, proprio per dare realizzazione ai diritti fondamentali. Così, recentemente, la Corte Suprema canadese ha sancito l'illegittimità delle norme che puniscono il suicidio medicalmente assistito, rilevando un contrasto tra queste e le disposizioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* dedicate al diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona³⁸. Si tratta di una lettura delle norme della Carta fondamentale simile a quella più risalente proposta dalla Corte costituzionale colombiana nel 1997, secondo la quale va esclusa la responsabilità penale in capo al medico per omicidio pietoso, nel caso in cui il malato terminale, in condizioni di grave sofferenza, abbia manifestato una chiara volontà in tal senso. Nelle parole della Corte sudamericana, la corretta interpretazione del principio di dignità umana porta a valutare in termini pluralisti e conformemente alla struttura morale individuale il diritto alla vita, che non può essere dunque inteso in termini assoluti³⁹.

Se l'intervento interpretativo del giudice costituzionale rappresenta il canale giurisdizionale che contribuisce a garantire nella misura maggiore la certezza del diritto e i confini di applicabilità delle norme penali che sanzionano l'assistenza al suicidio, un diverso approccio da parte delle Corti supreme può consistere nella rilevazione di un potenziale conflitto tra posizioni giuridiche soggettive e tra diritti fondamentali. Tale contrasto può, in alcuni casi, essere gestito a livello giurisdizionale attraverso un monito rivolto al legislatore a compiere un adeguato bilanciamento. È questa la soluzione adotta-

³⁷ C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, 498.

³⁸ Si tratta del caso *Carter v. Canada*, deciso dalla Supreme Court il 6 febbraio 2015: nell'affermare che nulla può imporre al medico di agire contro la propria coscienza, nel caso in cui il malato si trovi in uno stato di sofferenza fisica o psicologica insopportabile, la Corte ha indicato nel Parlamento il soggetto istituzionale competente a svolgere un corretto bilanciamento fra posizioni potenzialmente in contrasto. Sulla stessa linea di ragionamento si pone la più recente decisione della Cour d'Appel per la Provincia del Québec (22 dicembre 2015) che, proprio sulla scorta del precedente della Corte suprema, ha affermato la non incompatibilità della legge provinciale del Québec sull'aiuto medico a morire con le norme generali del codice penale canadese. Sulla sentenza *Carter v. Canada*, cfr. M. TOMASI, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele*, in *DPCE Online*, 2, 2015.

³⁹ Corte costituzionale colombiana, sentenza C-239 del 1997, su cui cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit. 61 ss. È stato, tuttavia, solo a distanza diciotto anni dalla sentenza che si è giunti all'adozione da parte del Ministerio de Salud y Protección Social delle linee guida che definiscono i termini del diritto "a morir con dignidad", attraverso una indicazione dei tempi, dei protocolli e degli obblighi per le amministrazioni e le strutture sanitarie del Paese (Resolución 1216 del 20 aprile 2015).

ta, ad esempio, recentemente dalla Corte Suprema del Regno Unito nel caso *Nicklinson*, nel quale è stata esclusa – per il momento – una *declaration of incompatibility* della Section 2 del Suicide Act del 1961 rispetto all’art. 8 Cedu. Secondo i giudici britannici, il *preferable forum* per una decisione circa le cause di esclusione della rilevanza penale del suicidio assistito è primariamente il Parlamento, anche se non è da escludersi la possibilità di un maggiore interventismo giurisdizionale in caso di inerzia del legislatore⁴⁰. In questo caso, la soluzione prospettata in sede interna è stata ritenuta compatibile con gli obblighi assunti dal Regno Unito rispetto alla Cedu: la Corte di Strasburgo, adita in seguito alla pronuncia citata, ha riconosciuto che riservare all’organo rappresentativo l’elaborazione di un punto di bilanciamento riguardo la tutela dei diritti fondamentali nelle complesse questioni di fine vita rientri nel margine d’apprezzamento riservato agli Stati nella disciplina di questioni sulle quali non è ravvisabile un diffuso consenso fra le Alte parti contraenti⁴¹.

Analogamente, anche in un altro ordinamento di *common law*, caratterizzato da una Costituzione rigida con un catalogo ben definito di diritti quale la Repubblica d’Irlanda, la Corte Suprema – pur ritgettando una questione relativa alla compatibilità tra il divieto di assistenza al suicidio e la tutela costituzionale del diritto alla vita, anche rispetto all’interpretazione dell’art. 8 Cedu fornita dai giudici di Strasburgo nel caso *Pretty v. the United Kingdom*⁴² – ha riconosciuto la possibilità (e l’auspicabilità) di un intervento del Parlamento, su cui poi svolgere un eventuale sindacato di legittimità costituzionale: «If such legislation was introduced it would be for the courts to determine whether the balancing by the Oireachtas of any legitimate concerns was within the boundaries of what was constitutionally permissible»⁴³. In tale contesto, il “mero” monito del giudice nei confronti del legislatore, pur non modificando il quadro normativo esistente, contribuisce comunque a registrare il mancato riconoscimento di posizioni giuridiche meritevoli di tutela e ad orientare l’esercizio della discrezionalità legislativa.

3.4. Ulteriori strumenti giurisdizionali per il pluralismo: dal modello “preclusivo” alla tutela dei diritti

Nel panorama europeo, con riferimento alle questioni eticamente sensibili, appare essere sempre più significativo il ruolo interpretativo svolto dalla Corte EDU: pur essendo propensi a riconoscere un ampio margine d’apprezzamento ai singoli Stati nella disciplina di materie sulle quali non sia possibile ravvisare un diffuso consenso, i Giudici di Strasburgo hanno, però, progressivamente indicato alcuni

⁴⁰ Il riferimento è al caso *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito il 25 giugno 2014. È rilevante evidenziare il fatto che, all’epoca della decisione, era in corso di discussione nel Parlamento di Westminster un disegno di legge intitolato *Assisted Dying Bill*, proposto da Lord Falconer, il cui *iter* si bloccò dopo la prima lettura alla House of Lords. Il secondo disegno di legge su tali tematiche, *Assisted Dying (No. 2) Bill 2015-16*, non ha superato l’approvazione della House of Commons nel settembre 2015.

⁴¹ Cfr. *Nicklinson and Lamb v. the United Kingdom*, ric. nn. 2478/15 e 1787/15, decisione del 23 giugno 2015.

⁴² *Pretty v. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, 29 aprile 2002. Le altre pronunce della Corte Edu aventi specificamente ad oggetto la questione del suicidio assistito sono *Haas v. Svizzera*, ric. n. 31322/07, 20 gennaio 2011; *Koch v. Germania*, ric. n. 497/09, 12 luglio 2012; *Gross v. Svizzera*, ric. n. 67810/10, 14 maggio 2013 (II sez.) e 30 settembre 2014 (Grand Chamber); *Nicklinson e Lamb v. Regno Unito*, ric. n. 2478/15 e 1787/15, 16 luglio 2015.

⁴³ Corte suprema irlandese, *Fleming v Ireland & ors* [2013] IESC 19, sentenza del 29 aprile 2013.

livelli minimi di garanzia dei diritti fondamentali che fungono da punto di riferimento per le Corti interne⁴⁴. Spesso, ad esempio, pur riconoscendo l'ampia possibilità per gli Stati membri del Consiglio d'Europa di regolare una determinata tematica scegliendo fra le molteplici soluzioni possibili, la Corte EDU ha affermato che, *electa una via*, il quadro normativo deve essere forgiato in modo tale da rispettare un canone di coerenza interna⁴⁵. Inoltre, la Corte è solita riconoscere la necessità che dalla previsione normativa di una facoltà in capo al singolo derivi, quale declinazione delle "obbligazioni positive" che gli Stati si sono assunti aderendo alla Convenzione, un sistema procedurale che garantisca in concreto all'individuo quanto previsto in astratto dalla legge. Lo stretto legame esistente tra l'esigenza della coerenza interna del sistema e la previsione di alcune garanzie procedurali per l'effettività dei diritti è messa in luce, ad esempio, nella sentenza *P e S v. Polonia*, del 2012, nella quale la Corte ha affermato espressamente che, fra le obbligazioni positive dello Stato, rientra anche la creazione di un «procedural framework» che permetta ad una donna che lo desidera di avere un accesso *effettivo* all'IVG⁴⁶. Permettendo ai giudici di Strasburgo di non entrare nel merito di decisioni normative nelle quali alto è il peso giocato dall'esercizio di una discrezionalità politica ancorata a valori di natura extra-giuridica, imporre il rispetto di una garanzia procedurale costituisce un efficace strumento per la tutela dei diritti e può rappresentare un metodo per mediare, in via giurisprudenziale, complessi conflitti politici e sociali⁴⁷.

In tale contesto – e non necessariamente limitando l'angolo visuale – possono infine individuarsi alcuni ulteriori strumenti interpretativi, utilizzati soprattutto nella giurisprudenza di merito, che puntano a riportare ad un'idea di giustizia "sostanziale" situazioni che, per effetto di una rigida applicazione del quadro normativo, potrebbero condurre a soluzioni irragionevoli. Sono stati, ad esempio, individuati in dottrina strumenti quali la *bioequity*, o la dottrina del doppio effetto, che possono permet-

⁴⁴ Sulla dottrina del margine d'apprezzamento utilizzata dalla Corte EDU per risolvere questioni relative alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito in cui il diritto incrocia le scienze della vita cfr. S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, 1, 235 ss., disponibile sul *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (ultima consultazione 30.01.2016); L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 2, 445 ss.

⁴⁵ Si tratta di quanto affermato, con riguardo alle soluzioni restrittive sull'interruzione volontaria di gravidanza, nelle sentenze *A, B e C v. Irlanda*, ric. n. 25579/05, sentenza del 16.12.2010, par. 249; *R.R. v. Polonia*, ric. n. 27617/04, sentenza del 26.05.2011, par. 187; *P. e S. v. Polonia*, ric. n. 57375/08, del 30 ottobre 2012, par. 99. Similmente, sulla procreazione medicalmente assistita, cfr. *Costa and Pavan v. Italia*.

⁴⁶ *P e S v. Polonia*, par. 99: «In particular, the State is under a positive obligation to create a procedural framework enabling a pregnant woman to effectively exercise her right of access to lawful abortion. [...] The legal framework devised for the purposes of the determination of the conditions for lawful abortion should be "shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention"». Sulla «dimensione procedurale» della regolamentazione dell'IVG cfr. Anche E. CRIVELLI, "*P. e S. c. Polonia*": la Corte di Strasburgo si pronuncia ancora sul contrasto tra il diritto teorico all'aborto legale e l'applicazione pratica della legge, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 1, 254.

⁴⁷ In questa prospettiva e per una ricostruzione anche in chiave critica della via procedurale alla tutela dei diritti fondamentali, cfr. J.N. ERDMAN, *Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 22(44), 2014, 25.

tere una valorizzazione dell'autodeterminazione individuale e rispetto al riconoscimento della responsabilità penale del professionista della salute⁴⁸.

Come si è avuto modo di vedere, la possibile gamma di soluzioni che le giurisdizioni hanno elaborato negli anni ed hanno ora a disposizione per risolvere le questioni attinenti al mancato riconoscimento del pluralismo assiologico – anche rispetto ai progressi delle scienze mediche – può condurre a diversi esiti e può essere valutata differientemente a seconda del parametro tenuto in considerazione, sia esso il risultato in concreto raggiunto, il livello di certezza del diritto, la soluzione del caso singolo o la prospettazione della necessità di un quadro normativo astratto per disciplinare le nuove istanze emergenti a livello sociale. Vi possono, però, essere casi nei quali la giurisdizione riconosce come – almeno momentaneamente – necessaria l'elezione di una posizione particolarmente rigida da parte del legislatore, nonostante questa comporti il mancato riconoscimento di alcune posizioni valoriali di minoranza: in questi casi – peraltro piuttosto limitati – può essere proprio lo stato d'avanzamento delle scienze a suggerire il mantenimento di un'impostazione restrittiva, in considerazione della necessità di bilanciare una pluralità di diritti soggettivi e nell'interesse della collettività⁴⁹.

4. Il modello inerte: la mancata o carente regolamentazione del pluralismo

Nel modello che potremmo definire “inerte” è possibile ravvisare un comportamento astensionista da parte del legislatore che tende, negli ordinamenti che possono essere ricondotti a questo paradigma, a non intervenire in materie eticamente sensibili. A fronte del silenzio normativo, le cui ragioni possono essere di molteplice natura, il formante giurisdizionale è chiamato a dare risposta alle istanze individuali, al fine di ristabilire un livello sostenibile di certezza *del diritto* e *dei diritti* coinvolti. In quest'ambito – ma sono considerazioni che possono essere sviluppate per ciascuno dei tre modelli proposti – il ruolo della giurisdizione è reso particolarmente arduo dalle difficili (e spesso divergenti) questioni al centro del singolo caso. Laddove scienza e diritto si incrociano, il legame tra la tutela dei diritti individuali e le scelte relative alla salute della persona fa sì che gli aspetti peculiari del caso concreto e le variabili eminentemente fattuali (prima ancora di quelle giuridiche) assumano una funzione determinante nella decisione del giudizio. Ne segue che, a livello giurisdizionale, il principio dello *stare decisis*, così come la tecnica del *distinguishing* possano giungere ad applicazioni e declinazioni che non è frequente incontrare nelle motivazioni delle decisioni rese in casi non rientranti in questo particolare ambito d'indagine. Allo stesso modo, si assiste ad un sempre più diffuso utilizzo di tali

⁴⁸ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 161 ss.. Sulla dottrina del doppio effetto, cfr., per tutti, C. FOSTER ET AL., *The Double Effect Effect*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 20, 2011, 56ss. A tale modello può essere ricondotta anche l'elaborazione delle nuove linee guida del Director of Public Prosecution del Regno Unito che escludono, in alcuni casi, la perseguibilità penale di coloro che accompagnano i propri familiari, malati terminali, in Svizzera.

⁴⁹ Il riferimento, in questo caso, va alla sentenza del Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-458 QPC, 20 marzo 2015, in cui è stato affermato che l'obbligo di vaccinazione contro gravi patologie contagiose non viola il diritto alla salute. Secondo i giudici francesi, nel prevedere l'obbligatorietà della vaccinazione, il legislatore avrebbe perseguito la legittima intenzione di contrastare tre malattie (difterite, tetano e poliomielite) molto gravi e contagiose che attualmente non possono essere eradiccate. Una modifica delle politiche vaccinali – continua il Conseil – è possibile se finalizzata a riflettere l'evoluzione medica, scientifica ed epidemiologica; tuttavia tale compito spetta al Parlamento.

meccanismi all'interno di sentenze pronunciate in ordinamenti di *civil law*, a dispetto della loro tradizionale applicazione solamente negli ordinamenti di *common law*.

La gamma di possibili soluzioni può, così, articolarsi (i) nell'affermazione dell'impossibilità di addvenire, in sede giurisdizionale, ad un riconoscimento pieno delle istanze palesate, con l'espressione di un monito nei confronti del legislatore a disciplinare la materia; (ii) nell'elaborazione di una risposta specifica al caso concreto (applicabile, eventualmente, in futuri casi analoghi), utilizzando gli strumenti presenti in quel dato momento all'interno dell'ordinamento giuridico; (iii) nello slittamento del *focus* della decisione dal riconoscimento della tutela della singola posizione individuale portata in giudizio all'individuazione di più generali esigenze (quali l'interesse della collettività, un principio generale di giustizia sociale, ecc.), facendo sovente leva sui profili scientifici del caso concreto.

4.1. L'impossibilità di una piena integrazione del pluralismo attraverso la giurisdizione e il monito al legislatore

Una delle questioni che, nel panorama comparato, ha segnato in modo più significativo la necessità di un intervento regolatore del legislatore, proprio a fronte del proliferare di istanze e problematiche portate all'attenzione di Corti e Tribunali è quello della maternità surrogata e del riconoscimento della genitorialità in capo alla coppia committente (o ad uno dei partner). Fra i Paesi appartenenti alla *Western Legal Tradition*, alcuni hanno adottato un approccio assai restrittivo, stabilendo un divieto accompagnato da severe sanzioni penali per qualsiasi pratica di gestazione per altri (come nel caso dell'Italia); altri ordinamenti, invece, hanno scelto di regolare in modo molto preciso e articolato tanto l'applicazione delle tecniche di riproduzione assistita in questi casi particolari quanto le posizioni giuridiche di tutti i soggetti coinvolti⁵⁰. Vi sono Stati, in cui, infine, il legislatore ha lasciato aperto ad un tendenziale *laissez faire* la formulazione degli accordi per la gestazione per altri, senza intervenire né con divieti né con testi normativi volti a disciplinare le singole situazioni.

In Irlanda, ad esempio, a fronte del silenzio del legislatore, le Corti sono già state ripetutamente chiamate a pronunciarsi su casi relativi per lo più al riconoscimento della genitorialità in capo alla coppia committente, soprattutto con riguardo alla controversa questione dell'attribuzione della maternità, in deroga al tradizionale principio *mater semper certa est*. In assenza di un preciso orientamento del legislatore, è l'organo giurisdizionale il soggetto chiamato a riportare la certezza nei rapporti giuridici venutisi a creare; di conseguenza, alla giurisprudenza è lasciato un forte ruolo di *integrazione* del diritto, pur nella consapevolezza del rischio che – anche in dipendenza delle variabili fattuali dei casi concreti portati all'attenzione dei Tribunali – possano riscontrarsi divergenze nell'interpretazione e nell'applicazione dei principi generali.

Così, proprio con riguardo al riconoscimento della genitorialità in capo alla madre committente (e, nella specie, anche genetica) in un caso di maternità surrogata, la High Court irlandese, nel considerare rilevante la situazione di fatto venutasi a creare, l'interesse dei minori e la necessità di una certezza dei rapporti giuridici intersoggettivi ha affermato: «This issue has implications for surrogate mothers, commissioning parents and, more importantly, for the resulting child. Therefore, an interference with the *mater semper certa est* principle in those circumstances, even if it were open to the

⁵⁰ Per esempio, nel Regno Unito, in base alle previsioni del Human Fertilisation and Embryology Act 2008, che ha modificato il Surrogacy Arrangements Act 1985.

Court, which the respondents say it is not, is not something that the Court should contemplate in the particular circumstances of this kind of sensitive issue». Facendo, quindi, leva sul legame genetico che univa la madre committente ai gemelli, la Corte riconosce la possibilità di derogare alla presunzione in base alla quale madre è la donna che partorisce e ordina la registrazione della ricorrente nel certificate di nascita dei minori⁵¹.

In seguito all'impugnazione della pronuncia da parte del Governo, la Corte Suprema ha rovesciato la decisione, stabilendo che l'attribuzione della genitorialità nei casi di gestazione per altri non può che essere disciplinata dal Parlamento, per garantire la certezza del diritto e la tutela di tutte le posizioni coinvolte: un precedente giurisprudenziale su una questione tanto delicata potrebbe, secondo i giudici supremi irlandesi, condurre anche alla mancanza di riconoscimento della genitorialità in capo ad una donna che dovesse ricorrere alla donazione di gameti⁵².

A prescindere dall'oggetto concreto della pronuncia, si tratta di una sentenza particolarmente interessante per un ordinamento di *common law*, dal momento che i giudici affermano espressamente la necessità di un intervento legislativo e la conseguente impossibilità per un organo giurisdizionale di intervenire in modo innovativo in una tematica dai profili al contempo tanto delicati e complessi⁵³.

Il tema dei diritti di genitorialità connessi alla maternità surrogata sta coinvolgendo moltissime giurisdizioni soprattutto nei Paesi appartenenti alla *Western legal tradition*⁵⁴, ponendo in evidenza la necessità che il diritto si renda, sempre più, garante della tutela dei diritti individuali nei settori caratterizzati da un rapido sviluppo scientifico. Accanto a ciò, emerge l'irrinunciabile ruolo "ordinatore" di un diritto, per il quale la definizione di «mediatore dei conflitti sociali» non appare più sufficiente a descrivere la complessità dei fenomeni che lo stesso è chiamato a regolare.

4.2. L'elaborazione di una soluzione sulla base degli strumenti disponibili

Una delle possibili reazioni del formante giurisdizionale al silenzio del legislatore è individuabile nell'elaborazione di una risposta specifica al caso concreto, che possa, eventualmente trovare applicazione anche in futuri casi analoghi, sulla base degli strumenti disponibili in quel dato momento all'interno dell'ordinamento giuridico. Si tratta, in altre parole, di un'operazione interpretativa della giurisprudenza che, non trovando una fonte specifica per la risoluzione della fattispecie all'interno dell'ordinamento, fa leva sui principi generali, sull'interpretazione delle norme costituzionali e su altri

⁵¹ Irlanda, High Court, M.R & Anor -v- An tArd Chlaraitheoir & Ors [2013] IEHC 91 (5 marzo 2013).

⁵² Corte Suprema irlandese, M.R. and D.R [2014] IESC 60 (7 novembre 2014).

⁵³ Corte Suprema irlandese, M.R. and D.R, cit.: «The gravity, range and policy dimensions of these questions are such that they might be more appropriately addressed in the Oireachtas, rather than the Courts».

⁵⁴ Cfr. a mero titolo esemplificativo, in Italia, Cassazione, sez. I civ., sent. n. 24001/2014, 12 novembre 2014; nel Regno Unito, High court of justice, nei casi D and L (Surrogacy) [2012] EWHC 2631 (Fam) 28 settembre 2012; Re X (A Child) (Surrogacy: Time limit) [2014] EWHC 3135 (Fam) 3 ottobre 2014; Re D (A Child) [2014] EWHC 2121 (Fam) 19 marzo 2014; in Spagna, Tribunal Supremo, sent. n. 835/2013 del 6 febbraio 2014; Corte di Giustizia UE, C-167/12, *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne (Regno Unito) c. C.D./S.T* e C-363/12, *Equality Tribunal (Irlanda) c. Z/A Government Department, the Board of Management of a Community School*, entrambe del 18 marzo 2014, su cui A. MATTEI, M. TOMASI, *Corte di giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2014, 1409 ss.; Corte Edu, *Paradiso and Campanelli c. Italia*, ric. no. 25358/12, 27 gennaio 2015; *Labassee v. France*, ric. n. 65941/11 e *Menesson v. France*, ric. n. 65192/11, entrambe del 26 giugno 2014.

elementi già presenti nel sistema. In tali situazioni, come ora si vedrà, a fronte del perdurante silenzio del legislatore, è possibile individuare una via per la gestione del pluralismo e per il riconoscimento delle necessarie garanzie alle posizioni individuali che richiedono tutela. Si tratta, tuttavia, di un modello non esente da rischi, dal momento che la diretta gestione del pluralismo da parte della giurisdizione, come si è visto anche in riferimento al modello “preclusivo”, può risultare problematica quanto alle modalità, ai tempi e ai costi necessari per addivenire ad una decisione e può condurre a soluzioni non sempre coerenti dal punto di vista della certezza del diritto.

Particolarmente efficace, per rappresentare le caratteristiche appena descritte, è l'esempio della mancata adozione, da parte del legislatore italiano, di un atto normativo completo per disciplinare la raccolta, la validità e la durata della direttive anticipate di trattamento rese da un soggetto, in vista di una sua eventuale, futura incapacità. A fronte del silenzio del legislatore, numerosi sono gli organi giurisdizionali che – ad oggi – sono stati chiamati a intervenire sul punto.

Le note vicende giudiziarie legate al caso Englaro hanno condotto, non senza un costo in termini di tempo e di impegno per una molteplicità di organi⁵⁵, all'affermazione di alcuni importanti principi in tema di consenso informato e di possibilità di decidere sull'interruzione dei trattamenti anche nel caso in cui il paziente non sia più capace di esprimere la propria volontà. Così, le condizioni per il distacco degli strumenti che garantiscono la nutrizione e l'idratazione artificiale in pazienti in stato vegetativo irreversibile sono state individuate nei due principali criteri dell'irreversibilità dello stato vegetativo e della possibilità di ricostruire la volontà della persona «in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti»⁵⁶.

Un ulteriore sviluppo di tali istanze ha condotto ad un interessante filone di interventi giurisprudenziali, relativi a ricorsi civili presentati da soggetti capaci che chiedevano per sé la nomina di un amministratore di sostegno cd. *pro futuro*, ossia in caso di una loro eventuale futura incapacità⁵⁷. Così come si è sottolineato *supra*, anche in questo caso, l'esito di una pronuncia giurisdizionale è necessariamente condizionato dalle variabili fattuali della fattispecie in concreto decisa dal giudice. In un ricorso deciso dal Tribunale di Modena nel 2008 viene nominato un amministratore di sostegno a beneficio di una donna ancora capace, ma affetta da sclerosi laterale amiotrofica che avrebbe condotto, in tempi brevi, alla necessità di una ventilazione invasiva (che la stessa avrebbe rifiutato)⁵⁸; diversamente, in un'ordinanza del giudice tutelare di Cagliari dell'anno successivo, la ricorrente, non affetta da alcuna patologia, chiedeva la nomina di un amministratore di sostegno *pro futuro* estraneo al nu-

⁵⁵ Per una ricostruzione delle tappe giurisdizionali della vicenda Englaro, cfr. il fascicolo 2, 2005 della rivista *Bioetica* e P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, 231 ss. Sul caso Englaro sono intervenuti, oltre alla Cassazione civile, con la nota sentenza n. 21748/2007, anche la Corte costituzionale, ord. n. 334/2008, pronunciata nell'ambito di un conflitto di competenze sollevato dalla Camera e dal Senato proprio nei confronti della pronuncia menzionata, e il Consiglio di Stato, con la sentenza n. sent. n. 04460/2014. Tutte le pronunce sul caso Englaro sono disponibili a questo indirizzo <http://www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisdizionale-del-caso-englaro.html> (ultima consultazione 30.01.2016).

⁵⁶ Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, punto 8.

⁵⁷ Per esempio, si vedano le sentenze Trib. Modena 13 maggio 2008; Tribunale Bologna, 4 giugno 2008; Tribunale Vibo Valentia, sez. distaccata Tropea, 30 novembre 2005; Tribunale Roma, 21 dicembre 2005; Corte d'Appello Cagliari 16 gennaio 2009; Trib. Cagliari, giudice tutelare, sent. 22 ottobre 2009.

⁵⁸ Trib. Modena 13 maggio 2008.

cleo familiare poiché, nel caso di una sua futura ed eventuale incapacità, i propri prossimi congiunti non avrebbero fatto rispettare le sue volontà⁵⁹.

A determinare una battuta d'arresto lungo un percorso che avrebbe, probabilmente, condotto ad un abuso dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, a fronte di una percepita incertezza circa il quadro normativo applicabile per le decisioni di fine vita in caso di incapacità del paziente, è stata una pronuncia della Cassazione civile del 2012, intervenuta sulla distinzione tra designazione (quale atto privato) e nomina (il decreto giudiziale) dell'amministratore. Nel caso di completa capacità della persona, di uno stato generale di salute e, dunque, dell'inesistenza di esigenze concrete e attuali di protezione è da escludersi – secondo i giudici – la possibilità di nomina di un amministratore, mentre rimane possibile la designazione della persona da nominare da parte dell'eventuale e futuro beneficiario, trattandosi di un atto privato che potrà in seguito fungere da orientamento per il giudice tutelare⁶⁰.

Lo svolgersi dei rapporti tra pluralismo sociale, tendenziale assenza del legislatore nel fornire una disciplina unitaria delle dichiarazioni anticipate di trattamento e ruolo della giurisdizione ha dato vita, in questo contesto, ad un fenomeno dai tratti carsici: a fronte del silenzio legislativo, le istanze individuali hanno trovato una via alternativa per raggiungere un adeguato livello di riconoscimento da parte dell'ordinamento. Il ruolo del giudice diviene, in questi casi, strumentale rispetto all'applicazione (probabilmente *oltre* le finalità inizialmente ipotizzate dal legislatore) di un istituto dai tratti sufficientemente elastici da potersi adattare ad una molteplicità di situazioni e di bisogni concreti⁶¹.

4.3. Silenzi legislativi e ritardi v. adeguamenti giurisdizionali

Un'ultima riflessione circa gli sbocchi giurisdizionali del modello "astensivo-inerte", nel quale (più o meno consapevolmente) il legislatore non interviene in settori caratterizzati da un rapido sviluppo scientifico e, di conseguenza, non adegua il mondo giuridico alla parallela realtà scientifica e sociale è rappresentato da quei casi nei quali dal riconoscimento della tutela della singola posizione individuale deriva l'affermazione di un principio di carattere generale.

Con riguardo, ad esempio, all'estensione del principio del consenso informato, uno degli ambiti in cui appare particolarmente interessante il ruolo interpretativo del giudice concerne la definizione dei contenuti dell'obbligo di informazione gravante sul medico nei confronti del paziente. Nella sentenza *Montgomery*⁶², resa dalla Corte Suprema britannica nel 2015, i giudici hanno espressamente collegato il diritto della persona ad essere pienamente informato sui rischi e sui trattamenti medici cui esse-

⁵⁹ Trib. Cagliari, giudice tutelare, sent. 22 ottobre 2009.

⁶⁰ Cass., sez. I civ., sent. 20 dicembre 2012, n. 23707. Sul punto M. PICCINI, U. ROMA, *Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2014, 727 ss.; B. VIMERCATI, *Dai requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno alla necessità dell'interposizione del legislatore in materia di decisioni di fine vita*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2013.

⁶¹ Sulle potenzialità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno rispetto alla diversità dei bisogni dei potenziali beneficiari cfr., con specifico riguardo al mondo delle disabilità, A.D. MARRA, *Disabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche sez. civile*, aggiornamento, Torino, 2010, 555-561.

⁶² *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11 (11 marzo 2015).

re sottoposto al diritto al rispetto della vita privata e familiare (*ex art. 8 Cedu*), come interpretato dalla Corte di Strasburgo; la mancanza di tali informazioni costituisce un motivo di responsabilità medica⁶³. In questo contesto, il sindacato operato dai giudici trova completamento attraverso l'ingresso, nel giudizio, di elementi extra-giuridici, portati all'attenzione della Corte attraverso perizie, «experts' opinions», linee guida mediche e cliniche, che contribuiscono a integrare, nelle decisioni giurisdizionali, gli elementi della *evidence-based medicine*⁶⁴.

A prescindere dalle possibili critiche relative ad una iper-standardizzazione della pratica clinica e alla conseguente mancata considerazione della situazione individuale del paziente⁶⁵, ciò che in questa sede è rilevante osservare concerne la possibilità, da parte dell'organo giudicante, di elaborare un *test* generale che consenta di valutare il rispetto dell'obbligo di informazione da parte del medico, alla luce dello stato attuale delle conoscenze scientifiche. Così, nella menzionata sentenza *Montgomery*, la Corte Suprema ha modificato il criterio di valutazione precedentemente adottato⁶⁶, individuando dettagliatamente gli obblighi informativi gravanti sul medico nei confronti del paziente, la cui violazione comporterà una responsabilità per *negligence*: «The doctor is therefore under a duty to take reasonable care to ensure that the patient is aware of any material risks involved in any recommended treatment, and of any reasonable alternative or variant treatments. The test of materiality is whether, in the circumstances of the particular case, a reasonable person in the patient's position would be likely to attach significance to the risk, or the doctor is or should reasonably be aware that the particular patient would be likely to attach significance to it»⁶⁷.

Similmente, vi sono alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione che intervengono proprio sul contenuto, sulla tipologia e sull'estensione delle informazioni di carattere sanitario che il medico deve fornire al paziente per acquisire il consenso informato. La questione si è resa, negli ultimi anni, particolarmente rilevante nel settore della responsabilità medica, in ragione del vastissimo (e in alcuni casi incontrollato) flusso di dati ai quali ogni paziente può potenzialmente accedere attraverso la rete e in funzione della necessaria e irrinunciabile attività di mediazione spettante al professionista della salute, in qualità di depositario di un *sapere* tecnico e scientifico. Così, risulta interessante registrare, ad esempio, l'attenzione posta dalla Cassazione sulle modalità di comunicazione: il medico deve *adattare* il linguaggio e la presentazione delle informazioni alle capacità culturali e cognitive del paziente⁶⁸. La violazione del principio del consenso informato per la mancanza di una completa in-

⁶³ In particolare, *Montgomery*, par. 75: «One development which is particularly significant in the present context is that patients are now widely regarded as persons holding rights, rather than as the passive recipients of the care of the medical profession».

⁶⁴ K. SYRETT, *Courts, expertise and resource allocation: is there a judicial "legitimacy problem"?*, in *Public Health Ethics*, 2, 2014, 112 ss.

⁶⁵ K. SYRETT, *Courts, expertise and resource allocation: is there a judicial "legitimacy problem"?*, cit., 115.

⁶⁶ Il precedente è rappresentato dal caso *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] AC 871, deciso dalla House of Lords, nel quale i giudici ritennero applicabile il *Bolam test* (il tipo di giudizio utilizzato per valutare la responsabilità per *negligence* dei professionisti) anche al momento della comunicazione, da parte del medico, delle informazioni necessarie ad acquisire il consenso del paziente.

⁶⁷ *Montgomery*, par. 87. Cfr. R. Heywood, *R.I.P. Sidaway: Patient-Oriented Disclosure – A Standard Worth Waiting For?: Montgomery v Lanarkshire Health Board*[2015] UKSC 11, in *Medical Law Review*, 3, 2015, 455.

⁶⁸ V. Cass. civ., sez. III, sent. 20.08.2013, n. 19220: «l'informazione deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare

formativa comporta, per il paziente, il diritto al risarcimento del danno per la lesione del diritto all'autodeterminazione⁶⁹. Tuttavia, proprio la più recente giurisprudenza del giudice di legittimità evidenzia alcuni possibili punti di frizione nella relazione tra diritto all'informazione del paziente, principio del consenso informato e responsabilità medica per una incompleta o carente comunicazione⁷⁰.

Le questioni inerenti la configurabilità della responsabilità medica rispetto all'acquisizione del consenso informato mettono in evidenza la mobilità dei confini delle obbligazioni gravanti sul sanitario, in relazione al rapido avanzamento delle conoscenze mediche e alla correlata disponibilità di informazioni per il paziente. Oltre al profilo scientifico e tecnologico, anche la dimensione assiologia e le diverse inclinazioni soggettive rispetto alla dimensione "negativa" del *diritto a sapere* influiscono sulla costruzione della relazione terapeutica e, di conseguenza, non possono non essere oggetto di valutazione in sede di giudizio. Gli interventi giurisdizionali, presi in esame in questo contesto, pongono in luce, da un lato la sempre più crescente necessità che elementi e fattori di carattere scientifico entrino nel giudizio, ai fini di una "oggettivazione" dei parametri utilizzati dal giudice per valutare l'operato del medico; dall'altro lato, tuttavia, un'enfasi altrettanto determinante si pone sulle esigenze di "soggettivazione" del rapporto terapeutico, in relazione alle inclinazioni individuali del paziente. Il mancato adeguamento del formante legislativo a queste nuove esigenze determina, dunque, una maggiore centralità della funzione giurisdizionale, chiamata a definire un complesso bilanciamento tra diritti a fronte del mutamento del quadro scientifico e sociale di riferimento. Nonostante sia innegabile che il passo sia segnato, in questi casi, dalle pronunce dei giudici, non si possono, però, dimenticare i rischi e i profili critici – peraltro già evidenziati nei paragrafi precedenti – legati ai costi delle azioni in giudizio e all'eventualità di una disomogeneità degli interventi giurisdizionali.

stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone». Dal punto di vista della corrispondenza del dato giuridico rispetto al dato valoriale e, in questo caso, anche all'etica professionale, è interessante osservare come, su questo fronte, sia stiano muovendo molte associazioni di medici. Sono i sanitari stessi, in alcuni casi, a rendersi promotori della diffusione di un'etica per una consapevole informazione per il paziente e per l'elaborazione di un consenso informato graduale, modulato sulle specifiche caratteristiche (non solo cliniche, ma anche morali) del paziente. A titolo esemplificativo cfr. SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE, *Informazione e consenso progressivo in Cure Palliative: un processo evolutivo condiviso* – *Raccomandazioni della SICP*, 28 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo internet <http://www.sicp.it/web/eventi/SICP/documenti.cfm> (ultima consultazione 30.01.2016).

⁶⁹ Così Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. civ., sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220.

⁷⁰ Cfr. Cass., sez. III civ., sent. n. 25559/2011; Cass., sez. III civ., sent. n. 27528/2013; Cass., sez. III civ., sent. n. 16754/2012. Da ultimo, proprio per risolvere le divergenze interpretative sulla configurabilità del diritto al risarcimento dei danni dovuti alla mancata informazione del medico nei confronti della donna durante la gestazione (e della conseguente impossibilità di ricorrere all'aborto terapeutico), la III sezione civile della Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria n. 3569 del 23 febbraio 2015, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, che si sono pronunciate con sent. n. 25767/2015. Interessa osservare che, a pochissimi giorni di distanza dalla pronuncia delle SS.UU., la III sezione civile interveniva su una questione analoga, giungendo a conclusioni divergenti: Cass. Civ., Sez.III, sent. n. 24220/2015. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto, cfr. L. CONTE, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle sezioni unite*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, 2, 261-272.

5. Da un modello integrativo...

Nel terzo modello proposto, il pluralismo assiologico ottiene riconoscimento dal formante legislativo, anche grazie all'interazione tra una pluralità di canali decisionali. Attraverso l'elaborazione di soluzioni normative capaci di lasciare il giusto spazio per l'assunzione delle decisioni in materie eticamente sensibili o scientificamente controverse anche a sedi extra-giuridiche, le diverse opzioni morali individuali ottengono tutte (almeno in astratto) adeguata tutela all'interno dell'ordinamento. Il dato scientifico, nel modello integrativo, rappresenta un fattore determinante tanto per l'adozione di una bilanciata soluzione legislativa quanto ai fini dell'elaborazione di una eventuale decisione giurisdizionale.

Alla luce di tale quadro, il ruolo che il formante giurisdizionale è chiamato a svolgere si differenzia da quanto osservato nei modelli *supra* trattati: se il pluralismo sociale e il fattore scientifico ottengono, già a livello normativo, riconoscimento e autonomia, le Corti e i tribunali possono essere considerati – a seconda delle problematiche in concreto prese in esame – (i) luoghi d'elezione per il riconoscimento di *nuove* istanze, derivanti da quelle già riconosciute e tutelate; (ii) strumenti di verifica del necessario adeguamento e aggiornamento al fattore scientifico del quadro giuridico di riferimento; (iii) i soggetti chiamati a svolgere un controllo sull'effettività e sul concreto funzionamento delle norme astratte (eventualmente anche al fine di evitare o reprimere potenziali *abusi* dei diritti garantiti).

Gli elementi identificativi di un approccio giuridico che tenda all'integrazione del pluralismo possono essere individuati, quindi, nella previsione (più o meno codificata) di meccanismi di previa concertazione delle scelte normative tra gli *stakeholders* e i principali destinatari delle nuove norme, nell'inclusione di elementi extra-giuridici (*in primis*, il fattore scientifico) nel procedimento decisionale (legislativo e giurisdizionale) e nella previsione di strumenti normativi mirati a conciliare le diverse posizioni assiologiche (si pensi all'obiezione di coscienza).

A questo proposito, si dimostra significativa l'esperienza maturata nel Regno Unito nella disciplina della procreazione medicalmente assistita. In questo ordinamento, l'articolato sistema previsto dallo *Human Fertilisation and Embryology Act del 1990* e dalle sue successive modificazioni, ha consentito di mantenere alto il livello di garanzia dei diritti individuali relativi alla sfera della riproduzione assistita, in un settore nel quale l'incessante avanzamento delle tecnologie richiede al diritto un periodico aggiornamento e una verifica della tenuta in concreto dei principi che, attraverso le previsioni di legge, trovano attuazione⁷¹.

Costituisce un esempio significativo dell'evoluzione del rapporto tra diritto, scienza e pluralismo sociale l'approccio giuridico alle questioni inerenti il transessualismo, con riguardo all'esperienza italiana. Analogamente a quanto avviene anche oggi in presenza di un ostacolo giuridico nell'ordinamento di appartenenza⁷², a partire dagli anni '70, molte Corti erano state chiamate a pronunciarsi su richie-

⁷¹ Per un completo quadro della legislazione sulla PMA nel Regno Unito cfr. S.A.M. MCLEAN, *La fecondazione medicalmente assistita nel Regno Unito: il dibattito sulla regolazione giuridica*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 93 ss. Sui più recenti sviluppi, cfr. S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., *passim*.

⁷² Si pensi al fenomeno del cd. "turismo riproduttivo", soprattutto con riguardo all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, *inter multis*, cfr. W. VAN HOOF, G. PENNINGS, *Extraterritoriality for cross-border reproductive*

ste di persone che avevano modificato i propri caratteri sessuali all'estero e che chiedevano all'anagrafe la rettifica dell'attribuzione del sesso. Nel 1979, la Corte costituzionale, adita in via incidentale sulla legittimità delle disposizioni del codice civile che impedivano il riconoscimento del nuovo sesso, aveva inizialmente escluso la riconducibilità del diritto all'identità sessuale alla tutela offerta dall'art. 2 Cost⁷³. Fu, a breve distanza, la legge n. 164/1982 a disciplinare le modalità per la rettifica dell'attribuzione di sesso e ad offrire, dunque, una risposta giuridica alle istanze emergenti a livello sociale e rese possibili dall'avanzamento della medicina. La Corte costituzionale, nell'ambito di un giudizio di legittimità sollevato dalla Cassazione nel 1983, ebbe ben presto l'occasione di affermare che la legge *de qua* prendeva atto del particolare bisogno di alcuni soggetti, nei termini prospettati dalla scienza medica, e si collocava «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale»⁷⁴.

Più recentemente, la Corte è tornata ad occuparsi della legge n. 164/1982, con riguardo alla possibilità di rettificare l'attribuzione del sesso in assenza di un intervento chirurgico. Con una interessante sentenza interpretativa di rigetto, la Consulta, richiamando anche una pronuncia della Cassazione di poco antecedente, ha affermato che «il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona»⁷⁵. La decisione circa le modalità di effettuare il proprio percorso di transizione, dunque, spetta al singolo, con l'assistenza del medico e degli altri specialisti e non è necessariamente vincolata all'intervento chirurgico.

L'evoluzione interpretativa del testo di legge serve a porre in luce come, in alcuni casi, l'intervento giurisdizionale possa costituire lo strumento per riconoscere – a norme invariate – nuove istanze tutelabili, la cui emersione è resa possibile dall'avanzamento delle conoscenze mediche. In questo caso, il tessuto normativo, concepito per integrare i bisogni appartenenti a una minoranza, si dimostra sufficientemente elastico da potersi adattare allo sviluppo scientifico e da mantenere il passo con il necessario mutamento dei bisogni sociali.

Paragonabile a tale andamento è anche l'articolata vicenda giurisdizionale relativa al riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini nel caso di persona nata da una donna che ha dichiarato al momento del parto di non voler essere nominata nel certificato di nascita del figlio⁷⁶. Così come av-

care: should states act against citizens travelling abroad for illegal infertility treatment?, in European Journal of Health Law, 19(2), 2012) 187. Alla ricerca all'estero di trattamenti proibiti o limitati nel proprio Paese d'origine corrisponde anche l'accesso delle donne irlandesi all'interruzione di gravidanza nel Regno Unito, su cui A. MULLIGAN, The Right to Travel for Abortion Services: A Case Study in Irish 'Cross-border Reproductive Care', in European Journal of Health Law, 22(3), 2015, 329.

⁷³ C. cost., sent. n. 98/1979. Cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, Milano, 2013, 30.

⁷⁴ C. cost., sent. n. 161/1985, par. 4 considerato in diritto.

⁷⁵ C. cost., sent. n. 221/2015, par. 4.1 del considerato in diritto. Solo alcuni mesi prima sulla stessa questione era intervenuta anche la Cassazione (Cass., sez. I civ., 21 maggio – 20 luglio 2015, n. 15138). Per una nota di commento cfr. G. MAESTRI, *Cambio di sesso senza intervento sui genitali: dalla Cassazione* «Con juicio, pero adelante», in *BioLaw Journal*, 2015, 3, 209 ss.

⁷⁶ Non è purtroppo possibile, in questa sede, ripercorrere compiutamente l'intero sviluppo della giurisprudenza italiana sulla controversa questione del parto anonimo e del diritto del figlio, una volta raggiunta la maggiore

venuto con la disciplina del transessualismo, anche in questo caso, a fronte di un quadro normativo di carattere inclusivo, all'interno del quale trovano tutela una molteplicità di posizioni morali individuali diversificate, il mutamento della società e l'evoluzione dei bisogni hanno fatto emergere l'esigenza del riconoscimento giuridico – necessariamente per via giurisdizionale – di un'ulteriore dimensione valoriale non (ancora) ricompresa nel quadro normativo di riferimento. In questo caso, l'accoglimento parziale della questione di legittimità costituzionale (sentenza n. 278/2013) ha permesso, attraverso un mutamento *minimo* dell'assetto legislativo, l'apertura alla tutela del diritto per il figlio adottivo non riconosciuto alla nascita di accedere a informazioni circa le proprie origini⁷⁷.

Altre volte, invece, può accadere che la giurisdizione divenga il luogo per la verifica della conformità di un testo legislativo rispetto al mutamento dello stato delle conoscenze scientifiche. In questo caso, il compito che il giudice è chiamato a svolgere è quello di un controllo della compatibilità scientifica del quadro normativo a fronte della fattispecie presentata all'attenzione della Corte. I risultati di tale operazione, naturalmente, possono variare a seconda della problematica presentata all'attenzione dell'organo giudicante, del grado di condivisione delle risultanze scientifiche rilevanti, nonché della struttura del testo normativo. Quest'ultimo può comprendere formule tali da consentire, in via interpretativa, l'inclusione della presa d'atto del mutato contesto scientifico (come avvenuto con la più recente pronuncia della Corte costituzionale con riferimento al transessualismo), oppure potrebbe dimostrarsi non più adatto a disciplinare un settore caratterizzato da un significativo mutamento dei riferimenti scientifici, imponendo un nuovo intervento del legislatore⁷⁸.

Rappresenta efficacemente questo svolgersi del rapporto tra giurisdizione e formante legislativo una sentenza della Corte di Giustizia UE, resa nell'ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale concernente l'interpretazione della direttiva sui requisiti del sangue e degli emocomponenti⁷⁹. I giudici di Lussemburgo, interrogati sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di un decreto del Ministero della Salute francese che prevedeva una controindicazione permanente alla donazione di sangue nel caso di un uomo che avesse avuto rapporti sessuali con un altro uomo, osservavano che una tale limitazione deve rispettare il requisito della proporzionalità di cui all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali. Nello specifico, secondo la Corte, tale valutazione non può che essere effettuata alla luce

età, di conoscere l'identità della madre biologica. Si rinvia, pertanto, ai riferimenti raccolti nella pagina dedicata del sito BioDiritto: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/763-milano-parto-anonimo> (ultima consultazione 30.01.2016) e alle sentenze ivi riportate. In particolare, nell'arco degli ultimi due anni, in seguito alla sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Godelli c. Italia* (ric. n. 33783/09, del 25 settembre 2012) e alla di poco successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 278/2013, alcuni Tribunali italiani sono stati chiamati a pronunciarsi sulla richiesta di nati da donne che avevano chiesto di non essere nominate al momento del parto di poter conoscere l'identità della propria madre biologica (per esempio, Trib. Milano, sez. I, sentenza 14 ottobre 2015 n. 11475; Tribunale per i Minorenni di Trieste, decreto dell'8 maggio 2015; Corte d'Appello di Catania, decreto del 12 novembre 2014; Corte d'Appello di Torino, decreto del 5 novembre 2014).

⁷⁷ Per ulteriori spunti cfr. V. BALDINI, *Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana*, in www.dirittifondamentali.it, 3 febbraio 2014; A RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta Online*, 2014.

⁷⁸ In questo caso, il rapporto tra giurisdizione e formante legislativo si avvicina a quanto descritto in riferimento al modello "inerte".

⁷⁹ Si tratta della sentenza C-528/13, *Léger*, del 29 aprile 2015.

delle attuali conoscenze mediche, scientifiche ed epidemiologiche e sulla base di dati affidabili e rilevanti: si tratta, in altre parole, di parametrare le finalità perseguite dalle norme restrittive sul divieto di donazione (ossia la tutela della salute pubblica) rispetto agli strumenti che la scienza mette attualmente a disposizione per controllare la diffusione del virus HIV. Nel rimandare, dunque, la questione al giudice del rinvio, la Corte di Giustizia indica i criteri che dovranno guidare il sindacato sulla norma: «Spetta al giudice del rinvio verificare se, in una simile situazione e nell'ambito del rispetto del principio di proporzionalità, esistano tecniche efficaci di ricerca dell'HIV per evitare la trasmissione ai riceventi di tale virus, *fermo restando che i test devono essere praticati secondo le procedure scientifiche e tecniche più recenti*»⁸⁰. In simili situazioni, l'avanzamento delle tecnologie in medicina potrebbe consentire un grado più elevato di integrazione del pluralismo, evitando esclusioni (prima ragionevoli; ora meno giustificate) e individuando una modalità più efficiente per i necessari controlli a tutela della sicurezza e della salute della collettività.

Un'ultima declinazione del modello integrativo riguarda l'inclusione, nel formante legislativo, di strumenti volti a garantire il pluralismo quali, ad esempio, l'obiezione di coscienza oppure la previsione di clausole d'eccezione⁸¹. Paradigmatiche sono, a riguardo, le previsioni legislative sull'interruzione volontaria di gravidanza nel nostro ordinamento (legge n. 194/1978), che operano un ragionevole bilanciamento tra le posizioni giuridiche coinvolte e che, anche con riguardo al dato medico-scientifico, paiono essere strutturate in modo coerente. Ciononostante, alcune problematiche emergenti nella fase applicativa della legge (si pensi all'alta incidenza dell'obiezione di coscienza⁸²) dimostrano che per la costruzione di un modello di pluralismo sostenibile sia necessario tenere in considerazione anche il profilo dell'effettività⁸³. Proprio a tale proposito, significativa risulta, da un lato, la recente decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali⁸⁴, che ha condannato l'Italia per la violazione delle previsioni della Carta Sociale Europea sul diritto alla salute, rilevando la mancata adozione da parte delle strutture sanitarie del Paese di strumenti organizzativi idonei a garantire l'effettività del diritto. Dall'altro lato, e in modo analogo, si segnala una altrettanto recente pronuncia

⁸⁰ C-528/13, *Léger*, cit., par. 63.

⁸¹ Sulla previsione di clausole d'eccezione o valvole di sicurezza, cfr. L. BUSATTA, *Diritto alla salute e principio d'eguaglianza: può un'eccezione fare la differenza?*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Napoli, 2015, 181 ss. Sull'obiezione di coscienza quale strumento del pluralismo, si veda il contributo di Cinzia Picocchi in questo fascicolo.

⁸² A tale proposito, vd. i dati raccolti annualmente nella relazione sullo stato d'attuazione della legge presentati dal Ministero della Salute al Parlamento. La raccolta delle relazioni degli ultimi anni è disponibile a questo link: <http://www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/737-relazione-194> (ultima consultazione 30.01.2016). Per l'anno 2015, la media nazionale corrispondente alla percentuale di medici obiettori è di circa il 70 %, con punte, in alcune Regioni italiane, prossime al 90 %.

⁸³ Con specifico riferimento alle problematiche relative al rapporto tra obiezione di coscienza ed effettività dei diritti cfr. D. PARIS, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito. Nota a Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*, in *BioLaw Journal*, 2015, 3, 199.

⁸⁴ Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy*, ric. n. 87/2012, 10 marzo 2014. Per un commento alla sentenza cfr. A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio Costituzionale*, giugno 2014.

della Corte Suprema del Regno Unito che ha specificato i limiti del diritto all'obiezione di coscienza, esercitabile solo in riferimento alle procedure specificamente collegate all'intervento medico⁸⁵.

I relativamente pochi esempi prospettati indicano quanto le decisioni normative adottate nell'ambito del biodiritto, per quanto scientificamente accurate e assiologicamente inclusive, richiedano una costante opera di adeguamento e manutenzione, non solo a livello giurisdizionale. La rapidità dello sviluppo scientifico, da un lato, e l'evoluzione sociale e culturale impongono al diritto di tenere il passo di tali mutamenti, al fine di mantenere la strada aperta al costante emergere di nuove esigenze.

6. ... all'individuazione dei criteri per l'elaborazione di un pluralismo sostenibile

La sistematizzazione presentata, pur nell'inevitabile incompletezza degli esempi utilizzati per caratterizzare i singoli paradigmi, è funzionale a porre in luce quali possano essere le criticità del circuito decisionale e delle pronunce giurisdizionali in un settore, come quello del biodiritto, caratterizzato da un forte impatto della dimensione scientifica e, parallelamente, da una particolare incidenza delle inclinazioni morali individuali dei soggetti coinvolti. A tali istanze, l'ordinamento è chiamato ad attribuire riconoscimento e tutela, alla luce dello stato attuale delle conoscenze: si tratta di decisioni complesse, nelle quali alla molteplicità dei fattori da tenere in considerazione sovente si accompagna l'esercizio di una discrezionalità politica talora messa alla prova dalla difficoltà di trovare un punto d'accordo sufficientemente condiviso⁸⁶.

Al contempo, la riflessione su tali tematiche pone in evidenza la centralità del formante giurisdizionale, a cui sovente spetta l'arduo compito di dare risposta ai nuovi bisogni emergenti nella società, di interpretare un dato normativo non sempre adeguato alla rapidità dello sviluppo medico-scientifico e di svolgere bilanciamenti tra posizioni individuali potenzialmente contrasti. Il ruolo del giudice, nel settore in cui il diritto incrocia la medicina e le scienze della vita, diviene particolarmente complesso, in ragione della necessità – come si è visto – di prendere in considerazione, al fine del giudizio, anche una serie complessa di fattori extra-giuridici. Essi “entrano” nel processo non solamente attraverso gli strumenti a cui l'ordinamento attribuisce tale specifica funzione, quali perizie o consulenze, ma vengono anche “filtrati” dalle fattispecie e dai dati fattuali concretamente oggetto del giudizio⁸⁷.

⁸⁵ *Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*. Su cui D. Paris, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito*, cit.

⁸⁶ Ne rappresentano un esempio, da un lato, la mancata adozione in Italia di una legislazione completa sulle dichiarazioni anticipate di trattamento e la decadenza della proposta di legge sul suicidio assistito nel Regno Unito (su cui *supra*); dall'altro lato, talora il punto d'accordo a livello politico viene raggiunto, sulla base della maggioranza politica di un determinato momento storico, ma la soluzione elaborata si rivela assolutamente insufficiente a disciplinare in modo compiuto la complessità scientifica e morale che l'intervento legislativo stesso richiederebbe (come nel caso della PMA).

⁸⁷ Si pensi, a questo proposito, all'influenza che le storie individuali dei pazienti (prima ancora dei dati scientifici) hanno avuto sul giudizio, ad esempio, con riguardo alla nota vicenda “Stamina”, su cui M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2013, 63 ss.; F. BUZZI, G. TASSI, *La «supremazia» dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della governance amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come «compassionevoli»*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2, 2014, 417.

A fronte di questo complesso quadro, è possibile individuare alcuni indicatori che, se accuratamente combinati, possono contribuire alla costruzione di un nuovo modello di pluralismo sostenibile, che può essere identificato con la capacità dell'ordinamento di adattarsi in modo elastico ed efficiente allo sviluppo delle scienze e di offrire, al contempo, una tutela necessaria ed adeguata alle diverse posizioni individuali emergenti dalla compagine sociale, compatibilmente con un sistema di garanzia promozionale dei diritti fondamentali.

Uno dei primi profili rilevanti per la costruzione di questo modello riguarda il formante legislativo e il procedimento che conduce alla condivisione dei contenuti di un nuovo atto normativo. Come i paragrafi precedenti hanno messo in luce, la dimensione politica della discrezionalità del legislatore, in questo settore, è – e rimane – determinante nel processo legislativo. Parafrasando le parole utilizzate in più occasioni dai giudici di Strasburgo, nelle materie eticamente sensibili, al decisore statale spetta un margine d'apprezzamento la cui ampiezza è inversamente proporzionale al grado di condivisione, a livello internazionale, di una certa decisione⁸⁸.

Accanto a ciò, tuttavia, è necessario tenere in considerazione che tale spazio non è *mai* privo di vincoli: il testo costituzionale rappresenta *sempre* la bussola di un decisore politico, la cui determinazione è necessariamente e indissolubilmente legata ad un determinato momento storico e alla prospettiva adottata in quel particolare contesto. Il rispetto dei principi costituzionali – sulla scia dei modelli brevemente illustrati *supra* – insieme all'adesione a quei canoni di carattere generale, quali il principio di ragionevolezza, il criterio della proporzionalità e la coerenza interna del sistema rappresentano i confini della libertà politica, in modo tale da superare, attraverso di essi, i limiti che i criteri maggioritari di adozione delle decisioni politiche comportano con riguardo alla tutela anche di posizioni individuali di minoranza (o comunque lontane dalla sensibilità di una particolare maggioranza politica).

Talvolta, tuttavia, nemmeno questo può risultare sufficiente: le difficoltà sottese all'adozione di una scelta pienamente equilibrata nel campo delle scienze della vita richiedono un grado di condivisione particolarmente ampio, un certo livello di accettazione da parte della compagine sociale e la presa in considerazione di elementi e problematiche che non sempre sono di immediata evidenza. Così, soprattutto in ordinamenti caratterizzati da un pluralismo sociale, morale e culturale accentuato, l'inclusione nelle fasi precedenti al procedimento legislativo strettamente inteso dei vari *stakeholders* può risultare indispensabile e funzionale all'elaborazione di un testo normativo condiviso anche a livello sociale⁸⁹.

⁸⁸ La giurisprudenza della Corte EDU contenente riferimenti alla dottrina del margine d'apprezzamento è ormai molto vasta. Per tutti cfr. *A, B e C v. Irlanda*, ric. n. 25579/05, 16 dicembre 2010. Sul punto sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Sentenza del 16 dicembre 2010 *A, B e C c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, in DPCE, n. II, 2011, pp. 445-454.

⁸⁹ Due sono gli esempi efficaci in tal senso. Da un lato, il procedimento di adozione dell'*Assisted Human Reproduction Act* in Canada, approvato nel 2004 quale esito di un lungo procedimento di condivisione, iniziato quindici anni prima. Cfr. C. CASONATO, *Procreazione assistita e pluralismo: l'esempio dell'Assisted Human Reproduction Act canadese*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 23 ss. Dall'altro lato, l'approvazione da parte del parlamento israeliano del *Dying Patient Act* nel 2005, quale frutto del lavoro di un comitato *ad hoc* nominato dal Ministro della Salute nel 2000.

Un elemento ulteriore, in tal senso, riguarda la capacità di elaborare testi normativi scientificamente ragionevoli e fondati. In tale prospettiva, oltre al coinvolgimento nelle fasi preparatorie anche dei tecnici e oltre alla possibilità di integrare il dibattito politico con audizioni di esperti, una soluzione efficace potrebbe prevedere l'individuazione, tramite lo strumento legislativo, dei soli principi cardine della disciplina, riservando ad una fonte secondaria la regolazione dei dettagli, oppure ad un organo *ad hoc* le previsioni più specifiche. Si pensi, a questo proposito, all'istituzione nel Regno Unito del National Institute for Clinical Excellence (NICE), una autorità sanitaria, con il compito di monitorare le prestazioni sanitarie erogate a livello locale e puntare a ridurre le differenze territoriali nell'accesso alle cure per gli utenti del NHS⁹⁰. Le decisioni assunte da questo istituto, nella forma di linee guida, puntano a orientare le decisioni delle unità sanitarie locali, indicando i criteri clinici e di *cost-effectiveness* delle tecnologie mediche: così, negli anni, NICE si è posto quale "ponte" tra la dimensione decisionale (politica e amministrativa) nel settore sanitario e quella scientifica, condizionando le scelte sull'allocazione delle risorse in sanità e garantendo una maggiore eguaglianza intra-territoriale nell'accesso alla salute⁹¹. Simile, in tale prospettiva e sempre con riguardo al contesto britannico, risulta essere anche il ruolo giocato dalla già menzionata Human Fertilisation and Embryology Authority nel settore della procreazione medicalmente assistita. La funzione di tali istituzioni consente di mantenere il quadro giuridico aggiornato rispetto al progresso scientifico e aperto alla valutazione delle nuove istanze che possono eventualmente emergere dalla compagine sociale⁹².

Dal punto di vista della garanzia di effettività dei diritti tutelati, inoltre, un elemento che si dimostra irrinunciabile per una proficua regolazione del pluralismo nel settore in cui il diritto incrocia le scienze della vita concerne la garanzia dei cd. "diritti procedurali", che possono divenire, in sede giurisdizionale, il parametro di scrutinio e che possono permettere al giudice di astenersi dall'entrare nel merito di scelte strettamente tecniche (quali possono essere quelle relative all'allocazione delle risorse in sanità) o eminentemente politiche (quali quelle concernenti tematiche ancora diffusamente controverse). Fondando il proprio criterio di giudizio sul rispetto delle procedure previste per l'adozione di una decisione tecnica (nel caso di scelte caratterizzate da un particolare livello di discrezionalità tecnica) oppure sulla previsione e sull'effettività di un procedimento volto a garantire al singolo l'adeguata presa in considerazione della propria situazione individuale, l'organo giurisdizionale riesce a svincolarsi dai rischi che il forte impatto emotivo delle decisioni in questo ambito possono comportare.

Infine, anche la giurisdizione – come è stato diffusamente messo in evidenza nei paragrafi precedenti – può svolgere un ruolo direttamente funzionale alla garanzia del pluralismo assiologico, in rispondenza allo stato d'avanzamento delle conoscenze tecniche e scientifiche. Poiché anche la più virtuosa

Cfr. A. STEINBERG, C.L. SPRUNG, *The dying patient act: new Israeli legislation*, in *Intensive Care Medicine*, 32, 2006, 1234 ss.

⁹⁰ Cfr. K. SYRETT, *Nice work? Rationing, Review and the "legitimacy problem" in the new NHS*, in *Medical Law Review*, 2002, 10, p. 1; K. SYRETT, *Deconstructing Deliberation in the Appraisal of Medical Technologies: NICEly Does it?*, in *Modern Law Review*, 2006, 6, p. 869.

⁹¹ Cfr. K. SYRETT, *Courts, expertise and resource allocation: is there a judicial "legitimacy problem"?*, cit., 117.

⁹² Sulla valutazione giurisdizionale di una decisione legislativa nelle scienze della vita rispetto ai canoni scientifici, cfr. le considerazioni relative a «la scienza quale parametro interposto» in C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, 192.

delle scelte politiche può celare un'ipotetica lesione dei diritti individuali (anche non prevedibile al momento di adozione della decisione stessa), è irrinunciabile che il controllo giurisdizionale si caratterizzi per essere realmente effettivo ed inclusivo. Tale esigenza si rende particolarmente evidente in tutte quelle occasioni nelle quali al giudice si richiede di individuare, nell'ordinamento, quella "valvola di sicurezza" che permetta di riportare ad eguaglianza situazioni individuali che, altrimenti, patirebbero un'irragionevole esclusione⁹³. C'è, tuttavia, un *caveat*: il ricorso giurisdizionale non può essere considerato, in sé, il luogo privilegiato per un'equilibrata gestione del pluralismo assiologico in un settore ad alta complessità, nel quale – come si è visto – una soluzione normativa adeguata non è mai puramente di natura politica, ma è (o dovrebbe essere) sempre condizionata da valutazioni (almeno) preliminari di carattere tecnico e scientifico. Un intervento giurisdizionale può fungere da catalizzatore per l'adeguamento di un quadro normativo ormai superato dal punto di vista scientifico, può aprire la strada al riconoscimento di nuovi diritti, ma nell'ambito di un modello di ordinamento "a pluralismo sostenibile" non può da solo farsi carico della gestione dei complessi conflitti non solo di carattere sociale che l'attuale realtà in continuo divenire (sia sotto il profilo valoriale sia dal punto di vista scientifico) quotidianamente impone.

⁹³ Per alcune riflessioni sul punto cfr. L. BUSATTA, *Diritto alla salute e principio d'eguaglianza: può un'eccezione fare la differenza?*, cit., 193.