

— |

| —

— |

| —

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

— STUDI —

a cura di

Leonardo Ferrara (Università di Firenze)
Domenico Sorace (Università di Firenze)

Comitato Scientifico

Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,
Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace
(Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze)

Volumi

- Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta
- Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri
- Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna
- Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia
- Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro
- Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli
- Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti
- Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

Vol. III

La giuridificazione

a cura di

Barbara Marchetti

Mauro Renna

Firenze University Press

2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi / a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol. III. La giuridificazione / a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna. – Firenze : Firenze University Press, 2016. (Studi e saggi ; 165)

<http://digital.casalini.it/9788864534398>

ISBN 978-88-6453-438-1 (print)

ISBN 978-88-6453-430-5 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-440-4 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

CC 2016 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

DALLA BIOETICA AL BIODIRITTO: SULLA GIURIDIFICAZIONE DI INTERESSI SCIENTIFICAMENTE E TECNOLOGICAMENTE CONDIZIONATI

Fulvio Cortese, Simone Penasa

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Le rotte della giuridificazione. 2.1 Vecchi strumenti, risultati nuovi. 2.2 Dall'esterno all'interno: il ruolo della dimensione internazionale. 2.2.1 Influenza diretta delle 'spinte' internazionali: il ruolo delle corti internazionali. 2.2.2 Influenza indiretta delle 'spinte' internazionali: norme e principi di derivazione internazionale quali parametri di giudizio o quali ausili/strumenti ermeneutici. 2.3 Dal diritto positivo tradizionale a nuove forme di regolazione: il rinnovato ruolo del legislatore alla luce della giurisprudenza costituzionale. 3. Le tendenze della giuridificazione. 3.1 L'esistenza di una pluralità di attori capaci di produrre regole concretamente condizionanti (indipendentemente dal loro statuto giuridico). 3.2 (Apparente) svalutazione del ruolo del legislatore statale a vantaggio del ruolo delle corti (ordinarie e speciali). 3.3 Tendenza alla formulazione giurisprudenziale di principi generali anziché di regole puntuali. 3.4 Tendenza all'emersione irriducibile di spazi di autonomia non regolabile da parte delle istituzioni pubbliche e rimessi ai rapporti tra i 'soggetti' più direttamente coinvolti dalle singole decisioni (con consequenziale restrizione dei margini tradizionali della discrezionalità politico-amministrativa). 4. Le questioni aperte. 4.1 La pluralità delle sedi decisionali e i limiti dei tradizionali 'legami di garanzia': dal conflitto episodico al conflitto sistemico? 4.2 La procedimentalizzazione dei processi decisionali e l'incompletezza strutturale degli assetti organizzativi e funzionali vigenti: per una riforma dell'amministrazione di servizio. 4.3 Il valore determinante di alcuni principi e la mutazione del ruolo del giudice: *quis custodiet custodes?* 4.4 La formazione di una nuova soggettività giuridica e la trasformazione del ruolo della scienza e della tecnologia (anche giuridiche): rischi e opportunità.

1. Premessa

Sul *Foro italiano* del 1951 si può leggere il testo di una pronuncia (31.07.1950) con cui il Tribunale di Piacenza aveva accertato la responsabilità civile di un padre nei confronti della propria figlia, cui aveva trasmesso, per il tramite della madre, la sifilide. A commento di tale sentenza si rinviene una brevissima nota critica di Francesco Carnelutti, il cui snodo centrale si esprime nei termini seguenti: «se un malato vale meno di un sano, *a fortiori* la vita, anche di un malato, vale qualcosa mentre la non vita non vale nulla. E questo, badiamo, non è un gioco dialettico ma il riconoscimento della più alta verità: a prescindere dalle possibilità sempre maggiori di guarire per chi non confonde il male col morbo e col dolore, proprio la vita di un malato può raggiungere le vette più alte: se

Leopardi fosse stato un atleta, mancherebbe assai probabilmente al mondo una delle sue bellezze più pure» (Carnelutti, 1951: 990).

L'argomentazione di Carnelutti, nel suo tono così pulito, icastico, risulta affascinante e, di per sé, quasi persuasiva. Eppure, a sessantaquattro anni di distanza, chi volesse farsi un'idea dello stato dell'arte su questa tipologia di fattispecie non potrebbe accontentarsi della tesi espressa dal famoso e autorevole giurista, poiché rischierebbe di avere una visione molto distorta dell'attuale dibattito giuridico.

Infatti, oggi, il caso deciso nel precedente piacentino verrebbe classificato nell'ambito delle pretese risarcitorie da *wrongful life* (con danno da vita indesiderata, in quanto condizionata dalla trasmissione di determinate patologie), che possono essere azionate proprio, e direttamente, dai figli (sia nei confronti dei genitori, sia nei confronti dell'amministrazione sanitaria: quest'ultimo è il caso di danni derivanti da malattie contratte dalla madre gestante a causa di un'errata somministrazione di farmaci durante la gravidanza¹). Simili pretese, poi, andrebbero distinte, a loro volta, dalle altre pretese risarcitorie, talvolta coesistenti, che possono essere azionate dai genitori nei confronti dei medici e delle strutture sanitarie e che insorgono, potenzialmente, allorché si verifichi una *wrongful birth* (con danno, cioè, da nascita indesiderata, perché del tutto imprevedibile² o perché verificatasi in modo inatteso e patologico: per quest'ultima ipotesi, il caso classico è quello del danno che i genitori hanno subito per non essere stati informati circa il fatto che il loro figlio sarebbe nato affetto da un patologia specifica, quale la sindrome di Down³).

Che cosa è accaduto in questo mezzo secolo di evoluzione giurisprudenziale?

Da un lato si potrebbe ragionare a lungo sulle dinamiche – interne alla lettura della responsabilità civile extracontrattuale e delle sue fonti – che, per il tramite della revisione progressiva della nozione di danno ingiusto (ex art. 2043 c.c.), hanno consentito ai giudici di riconoscere il carattere della rilevanza giuridica a interessi che la sensibilità sociale cominciava gradualmente a valutare in tal senso. Tale operazione è del tutto corretta, e consentirebbe di razionalizzare le trasformazioni che si sono realizzate mediante il ricorso alle tradizionalissime spiegazioni sulle potenzialità delle clausole generali come modalità particolari della formulazione del diritto scritto (Velluzzi, 2010) ovvero per il tramite della ricostruzione dell'evoluzione profonda che ha conosciuto la responsabilità civile dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione del 1948 (Rodotà, 1967). Ciò, tuttavia, rischierebbe di cogliere soltanto una parte del fenomeno, dal momento che, stando all'esemplificazione dianzi riferita, il carattere aperto di quelle clausole non ha generato soltanto un ampliamento del novero dei pregiudizi risarcibili; esso ha comportato anche un allargamento dei soggetti potenzialmente pregiudicati e, soprattutto, ha veicolato una nuova impostazione culturale (in senso del tutto critico, Violini, 2008: 246), che nasce altrove e si alimenta di altri fattori, dichiaratamente pre-giuridici.

Per altro verso, infatti, pare assai chiaro che la leva di questi complessi processi consiste nella rilevanza sempre maggiore del dato scientifico e tecnologico, e nella difficoltà che questa medesima rilevanza produce allorquando si manifesta, nel mondo del diritto, come produttiva di nuove situazioni soggettive, così come generate da interessi che, in precedenza (i.e. in assenza di quel dato), o non emergevano o potevano pacificamente dichiararsi come non propriamente giuridici e, pertanto, non legittimamente invocabili. La vicenda decisa dal Tribunale di Piacenza e le sue successive (e largamente sorprendenti) 'fortune' sono solo la punta di un iceberg dalle grandezze ancora non misurabili. Come è stato efficacemente evidenziato, «gli attuali sviluppi scientifici comportano che quelli che erano considerati fatti si trasformino oggi in possibilità su cui poter o dover decidere a livello individuale o collettivo»; ancora: «quanto era ritenuto un "paradigma biologico" in termini di immutabile certezza si stempera in una serie di variabili dipendenti da fattori di carattere culturale e scientifico-tecnologico» (Casonato, 2012: 16-17; Piciocchi, 2005: 471, secondo cui «facts turned into choices. What in past simply happened, has become a possibility that may be chosen by individuals»). Si assiste, in altre parole, non solo ad un meccanismo di aggiornamento dell'assetto normativo esistente, bensì alla messa in opera di congegni ben diversi, che, mutando il quadro di riferimento, veicolano i fattori di quell'aggiornamento verso strade del tutto innovative anche per la stessa cornice istituzionale.

Lo specchio fedele di questo sviluppo è la nascita di un'intera disciplina, il cd. 'biodiritto', intesa come «materia che si occupa di descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano» (Casonato, 2012: 7) (e che, tuttavia, in considerazione della dimensione ecosistemica dell'uomo, può avere forti implicazioni anche nei settori relativi alla tutela dell'ambiente e degli animali). Da questa stessa definizione si può apprezzare plasticamente proprio la circostanza che il motore della giuridificazione di un intero settore venga dal diverso peso che le scienze e le tecnologie hanno di volta in volta nel rendere attiva e, anzi, 'agibile' una serie complessa di interessi altrimenti consegnati alla speculazione filosofica. Difatti, una delle più classiche definizioni della 'bioetica' è pressoché coincidente («the systematic study of human conduct in the area of the life sciences and health care, insofar as this conduct is examined in the light of moral values and principles» (Casonato, 2012: 7, che cita la definizione proposta da Reich W.T., 1995), e l'elemento che fa la differenza, a ben vedere, è rappresentato dalla possibilità che la scienza e la tecnologia consentano alla condotta umana di stare anche e concretamente 'al di qua' delle considerazioni di ordine morale.

Al contempo, però, la stessa definizione mette in luce che il viaggio dalla bioetica al biodiritto non è di sola andata, ma contempla spesso un tragitto ulterio-

re, giacché i condizionamenti che scienza e tecnologia contribuiscono a rimuovere chiamano spesso in campo altri elementi del giuridico, talvolta fondamentali o presupposti, il cui cambiamento non è altrettanto semplice e la cui forza si può riaffermare anche nei confronti dei fattori esogeni che ne hanno, per così dire, richiamato la specifica pertinenza. Si apre, così, un dialogo, che nell'ammettere la legittimazione della scienza e della tecnologia, ne definisce lo statuto all'interno dell'esperienza giuridica, limitandone e conformandone l'operatività in funzione del ristabilimento della realtà dell'ordinamento su di un piano più alto. Restando sempre fedeli all'esemplificazione di partenza, risulta pacifico che l'adeguamento interpretativo sul regime della responsabilità aquiliana comporta (e a sua volta si fonda su) una revisione dell'approccio del soggetto giuridico ad alcuni principi irrinunciabili, quale quello personalista, di cui all'art. 2 Cost., che, a sua volta, entra in dialogo (o, meglio, in bilanciamento) con altri principi, come quello di laicità e quello che esige che i pubblici poteri riconoscano e proteggano la libertà della scienza. La giuridificazione della bioetica, per questa via, porta, sul piano superiore dei principi costituzionali, anche ad una nuova giuridificazione della scienza.

Un altro elemento che occorre tenere preliminarmente in considerazione – e che non può essere in alcun modo sottovalutato, in quanto in tale frangente si atteggia in modo assai più profondo di quanto non avvenga con riguardo ad altre materie, contribuendo a rafforzare e a connotare i modi e i tempi della giuridificazione – è il fatto che le innovazioni in parola traggano sempre ampi spunti dal e nel diritto comparato, e ciò accade non solo per la naturale propensione a comprendere se e come altre esperienze giuridiche abbiano o meno già reagito agli effetti della rimozione dei condizionamenti scientifici e tecnologici, bensì anche per il fatto che questi condizionamenti, ormai, si pongono spesso in modo uguale in tutti gli ordinamenti (Casonato, 2014: 179).

Sicché, se vi sono state già risposte giuridiche, esse non possono che circolare molto più facilmente di quanto non avvenga in altri contesti, unitamente alla circolazione del dato scientifico e tecnologico. La succitata e rinnovata tassonomia (*wrongful life, wrongful birth*) con la quale oggi si tende a classificare la 'famiglia' delle fattispecie cui appartiene anche quella su cui si era espresso Carnelutti altro non è se non la riprova tangibile dell'esistenza di un acceso dibattito anche in altri paesi⁴. Ma non è solo il dibattito ciò che conta: le scelte che gli ordinamenti fanno, caso per caso, innescano un fenomeno di vera e propria competizione tra i rispettivi 'diritti', con ricadute non indifferenti sul modo con cui, a valle, ogni ordinamento tende a ri-adequare la propria legislazione⁵. Gli effetti, dunque, che questa giuridificazione comporta, dalla bioetica al biodiritto, sembrano avere una indubbia portata sistematica, non solo perché coinvolgono le radici prime dell'ordinamento (costitu-

zionale), ma anche perché sono fornite di strumenti di penetrazione dichiaratamente senza confini.

2. *Le rotte della giuridificazione*

Se è vero che la bioetica transita in biodiritto per effetto di un'osmosi molto originale, così come causata dalla giuridificazione (più o meno lenta) di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati, occorre cercare di individuare quali possano essere le vie di questo procedimento, i modi, cioè, con i quali l'ordinamento giuridico ha riconosciuto e continua a riconoscere la rilevanza giuridica di aspirazioni e di conflitti prima non tracciati nel contesto della normatività.

2.1 *Vecchi strumenti, risultati nuovi*

In alcuni casi la via maestra per ottenere un adeguamento dell'ordinamento a istanze nuove è quella dell'intervento legislativo *ad hoc*, che, come tale, risolve ogni questione di giuridificazione nell'assunzione previa della regola giuridica formale più classica dello Stato moderno. Sono questi i casi, ad esempio, della l. 22.05.1978, n. 194, in materia di aborto, ovvero della l. 29.12.1993, n. 578, circa la definizione normativa della morte cerebrale, ovvero, ancora, del d.l. 17.02.1998, n. 23 (conv. in l. 08.04.1998, n. 94), sul c.d. 'caso Di Bella', della l. 19.02.2004, n. 40, in tema di procreazione medicalmente assistita, o del d.l. 25.03.2013, n. 24 (conv. in l. 23.05.2013, n. 57), sul c.d. 'caso Stamina'.

Occorre dire subito, tuttavia, che questi interventi sono quasi sempre un effetto indotto dall'attivazione di altre e diverse vie della giuridificazione, ossia di canali capaci di veicolare più rapidamente l'istanza pubblica di riconoscimento e di decisione. D'altra parte, di regola, la formulazione legislativa di norme generali e astratte cede intrinsecamente il passo di fronte alla circostanza che quella stessa formulazione si risolve in un'operazione di tipizzazione, ossia nella selezione di caratteri già ricorrenti in determinati fatti, che esigono, quasi per definizione, di essere in qualche modo già dati, e che possono, in futuro, ripetersi come non accadere più (sul processo di astrazione che il legislatore compie e sulla creazione, da parte dello stesso, di concetti che sono dichiaratamente non reali, Romano, 1953: 208). Si è detto, invece, che le fattispecie bisognose di risposta giuridica possono essere anche 'scoperte' al di fuori delle previsioni legislative, proprio in forza dell'evoluzione del substrato scientifico e tecnologico, che rende afferrabili possibilità prima inconcepibili.

Pertanto, in un primo ed essenziale approccio, gli interpreti e gli operatori tendono a veicolare la giuridificazione della bioetica attraverso un rinnovato

utilizzo di tecniche ricostruttive o istituti o principi già esistenti, che vengono in tal modo riletti in una prospettiva diversa, mediante, ad esempio, il ricorso all'interpretazione *secundum Constitutionem* nella definizione del significato di clausole generali ovvero all'estensione del valore semantico di alcune categorie (diritto soggettivo, capacità giuridica, danno, ecc.).

La vicenda, già ricordata, del riconoscimento di alcune pretese per il risarcimento del danno da *wrongful life* o da *wrongful birth* si inserisce pienamente in questa dinamica. A tal proposito, nelle evoluzioni più recenti delle letture giurisprudenziali, l'interpretazione costituzionalmente orientata si è rivelata un potente strumento per mettere ordine nell'individuazione dei beni giuridici illecitamente lesi. Per il caso di omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata, la Cassazione, da un lato, ha negato che nel nostro ordinamento esista un 'diritto a non nascere' o un 'diritto a nascere sani', dall'altro, però, ha affermato l'esistenza del diritto del figlio nato malformato ad agire in via risarcitoria per riparare al vulnus consistente nello «stato funzionale di infermità» (invocando gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.) e ha ribadito che pari legittimazione hanno i genitori (e così anche i fratelli e le sorelle del neonato, che sarebbero coinvolti nello stato di sofferenza dell'intera famiglia, anche in termini di minore disponibilità del padre e della madre nei loro confronti, anche dal punto di vista economico) (Conte, 2015: 261)⁶. Ma la vicenda in questione ha condotto ad un'altra forma di mutazione: proprio a fronte della circostanza che la scienza e la tecnologia (e la conoscenza) di cui dispone il medico sono determinanti per comprendere chi sia il vero *dominus* (della prevedibilità e del 'governo') dei fattori di rischio, la giurisprudenza ha spostato i termini dell'illecito dalla sede aquiliana a quella contrattuale (mediante il riferimento alla nota teoria del contatto sociale), facilitando, così, l'esercizio delle pretese risarcitorie in capo ai soggetti danneggiati, ritenuti più deboli⁷.

Analoghe operazioni sono state svolte in sede giurisprudenziale anche per formulare alcuni rilievi critici sull'adeguatezza del regime normativo esistente, nel tentativo di agevolarne espressamente o di darne autonomamente una nuova interpretazione, maggiormente proporzionata alle sopravvenute esigenze, talvolta richiedendo un'attivazione in tal senso del legislatore, talaltra agendo immediatamente. Il famoso caso Welby e l'altrettanto discusso caso Englaro sono buoni esempi di questo *modus procedendi*.

Per quanto riguarda il caso Welby, in sede civile, e pur nel contesto di una pronuncia che negava, in sede cautelare, l'autorizzazione a 'staccare la spina' rispetto a trattamenti sanitari che tenevano in vita un uomo gravemente malato di una patologia non considerata, tuttavia, come terminale, il Tribunale di Roma ha riconosciuto l'esistenza, nell'ordinamento giuridico, del diritto della persona «di decidere autonomamente e consapevolmente se effettuare o meno un deter-

minato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se ed a quali cure sottoporsi»⁸, richiamando, però, il Parlamento alla propria responsabilità di intervenire, giacché «solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni (allo stesso modo in cui intervenne il legislatore per definire la morte cerebrale nel 1993)»⁹.

Come è noto, invece, diversa soluzione è stata quella seguita nel caso Englaro¹⁰, che però si distingueva per la circostanza che si trattava di un malato da molti anni in stato vegetativo e incapace di esprimersi direttamente e coscientemente: qui il giudice ordinario ha assunto una decisione diversa, creando una regola *ad hoc*, mediante l'affermazione di principi che cercano chiaramente di mediare tra l'esigenza di ricostruire fedelmente la volontà del malato e la necessità di dare ascolto alle acquisizioni (anche internazionali) della scienza medica circa la reversibilità o meno dei trattamenti sanitari in corso¹¹. Come è parimenti noto, e come si vedrà anche *infra*¹², la Corte costituzionale ha riconosciuto il potere del giudice di dare attuazione a tali principi anche a fronte della pretesa del potere legislativo di occuparsene in modo primario¹³, e il Consiglio di Stato, più recentemente, ha fatto esplicitamente emergere l'importanza, nella decisione di 'fine vita' presa in quel caso, delle valutazioni *stricto sensu* mediche, qualificando come tale – e quindi come rinunciabile dal paziente ex art. 32 Cost. – anche la decisione di somministrare al paziente l'alimentazione e l'idratazione artificiali¹⁴.

Lo stesso caso Welby, peraltro, in sede penale, ha portato a soluzioni metodologiche sostanzialmente simili¹⁵, con attrazione espressa, nella sfera del giuridicamente rilevante, delle valutazioni che la scienza medica deve effettuare sul piano della disciplina deontologica: il medico che ha concretamente 'staccato la spina', infatti, è stato assolto dall'accusa di omicidio del consenziente, e ciò in ragione di una ricostruzione costituzionalmente orientata della scriminante di cui all'art. 51 c.p. («Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere»), con l'effetto, quindi, di non considerare punibile il medico che adempie al suo specifico dovere di dare seguito alle richieste del malato, ivi compresa quella di rifiutare le terapie come desunta dall'art. 32 Cost.¹⁶

L'utilizzo di 'vecchi' e consolidati strumenti per raggiungere risultati 'nuovi' e per attivare un articolato circuito istituzionale di riconoscimento e produzione normativi e decisionali è stata anche prerogativa del giudice amministrativo. A tal proposito va rammentata la pronuncia con cui il TAR Lazio ha statu-

ito sulle Linee guida (d.m. 21.07.2004) di cui alla disciplina dettata dalla l. n. 40/2004, in tema di procreazione medicalmente assistita¹⁷.

In quella sede il giudice amministrativo, pur se in un primo momento si era lasciato orientare dall'acquisizione del ruolo essenziale del legislatore e del diritto *tout court*, cui sempre compete di stabilire regole che non devono inevitabilmente seguire le acquisizioni del dibattito scientifico¹⁸, ha in seguito valorizzato proprio la prevalenza della fonte primaria e ha così utilizzato il tipico e tradizionale sindacato sull'eccesso di potere al fine di valutare l'irragionevolezza del precetto, contenuto nelle Linee guida, approvate dall'amministrazione e non situate nella legge, secondo cui l'unica possibilità di indagare sullo stato di salute dell'embrione prima dell'impianto era quella relativa alla sua mera osservazione, risultando incomprensibilmente negata la diagnosi¹⁹. Un'impostazione simile è stata seguita anche dal TAR Lombardia nell'ipotesi in cui ha dichiarato l'illegittimità delle Linee guida dettate dalla Regione Lombardia in ordine all'applicabilità concreta, nelle strutture sanitarie regionali, della disciplina nazionale in tema di aborto²⁰: oltre alla valorizzazione del carattere non territorialmente differenziabile delle norme poste dalla l. n. 194/1978, il giudice amministrativo ha anche opportunamente evidenziato che «gli operatori devono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunte nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse»²¹.

2.2 Dall'esterno all'interno: il ruolo della dimensione internazionale

Nel processo di riconduzione al fenomeno giuridico di realtà scientificamente e tecnologicamente connotate, è possibile individuare un ruolo normativo diretto della dimensione internazionale. Questa tendenza rappresenta una geminazione del più generale processo di integrazione tra ordinamenti, fonti e istituzioni che contraddistingue – seppur in maniera differenziata – la relazione tra livello nazionale, europeo-sovrannazionale e internazionale (Ruggeri, 2013: 12).

A livello internazionale, il processo di giuridificazione del fenomeno bioetico e delle attività di natura medico-scientifica tende ad assumere natura giuridica 'debole', che esso si esprima attraverso fonti di *hard law* o per mezzo di atti di *soft law* (Campiglio, 2010: 609). Questa tendenza, tipica degli strumenti di diritto internazionale, tende a radicalizzarsi quando si manifesti in relazione a fenomeni dall'elevato tasso di politicità, dovuto alla natura eticamente sensibile e scientificamente complessa dell'oggetto di intervento (Palmerini, 2008: 276, sottolinea che «all'esigenza avvertita di introdurre regole a livello internazionale fanno da contrappunto i limiti intrinseci a tale forma di intervento giuridico»).

In questi casi, la capacità conformativa degli strumenti di diritto internazionale risulta debole, a causa della natura degli atti e dei contenuti 'di principio' in essi espressi, delegando ai legislatori nazionali tanto l'*an*, quanto il *quomodo*, della effettiva attuazione dei medesimi, secondo un meccanismo tipico del diritto internazionale dei diritti umani (Marini, 2012).

Gli Stati, quindi, in particolare nel contesto bioetico, tendono ad attribuire alle fonti internazionali una funzione tendenzialmente declaratoria, predisponendo strumenti dall'elevato contenuto valoriale ma dalla portata scarsamente vincolante, al fine di riservare al livello nazionale un'ampia discrezionalità nella (eventuale, e tendenzialmente non sanzionata) attuazione interna (Pavone, 2009: 16). Tuttavia, questa dinamica tendente a comprimere la portata formalmente normativa di questi strumenti, a tutto vantaggio di una giuridificazione da condursi secondo tempi, modalità e contenuti definiti con ampio margine di discrezionalità a livello nazionale, non risulta esente da una sorta di 'eterogenesi dei fini'. Ciò può esprimersi attraverso un 'recupero' di normatività dello strumento internazionale, il quale avviene prevalentemente a livello giurisprudenziale, in modo diretto o indiretto.

Al fine di chiarire lo schema proposto, appare opportuno approfondirne i contenuti specifici, anche attraverso casi concreti, nei quali – per quanto riguarda l'ordinamento italiano – tale influenza si manifesti, in via diretta o mediata, attraverso la funzione giurisdizionale.

2.2.1 Influenza diretta delle 'spinte' internazionali: il ruolo delle corti internazionali

La possibilità per la dimensione giuridica internazionale di produrre una influenza diretta sugli ordinamenti nazionali in tale ambito è correlata alla sussistenza di una precondizione: la natura della fonte che viene in rilievo – vincolante o non vincolante (*soft*) – e la struttura giuridico-istituzionale alla quale, aldilà dei contenuti sostanziali del documento (carta, convenzione, trattato), viene ricondotta la possibilità di valutare – anche in termini prescrittivi eventualmente sanzionatori – l'effettiva attuazione da parte degli stati contraenti. In questo senso, l'influenza diretta richiede – nella integrazione tra sistemi di fonti e sistemi di istituzioni e poteri – la predisposizione, a livello internazionale, di meccanismi giurisdizionali, ai quali sia attribuita la funzione di garantire l'osservanza dello strumento e di sanzionare l'eventuale violazione del medesimo.

L'esempio tipico di questa dinamica è rappresentato dal sistema di protezione dei diritti fondamentali predisposto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), il quale – in quanto garantito da un meccanismo giurisdizionale vincolante per gli stati membri – costituisce un canale privilegiato di conformazione (nonché di imposizione) del processo di giuridificazione a livello nazionale.

Come evidenziato in dottrina (Murphy, Ó Cuinn, 2010: 601)²², la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è venuta, quantomeno a partire dagli ultimi due decenni, ad essere sistematicamente 'coinvolta' nella e dalla dimensione bioetica, in base ad una applicazione estensiva (teleologicamente orientata) del contenuto dei diritti garantiti dalla CEDU a questioni relative all'ambito biomedico. Pertanto, è possibile affermare che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rappresenta un canale privilegiato di influenza diretta sul processo di giuridificazione a livello nazionale. Questo dato è rafforzato e confermato dalla idoneità delle decisioni della Corte di produrre una influenza diretta, non solo in forza degli effetti prodotti dalla natura vincolante delle sue decisioni, ma anche – 'a cascata' – sull'esercizio della funzione giurisdizionale e della giustizia costituzionale (vedi *infra*).

L'applicazione in ambito bioetico dell'articolo 8 rappresenta un caso paradigmatico di progressiva estensione dell'ambito di protezione garantito dalla formula «diritto al rispetto della vita privata e familiare», connesso direttamente all'impatto del fattore tecnologico sull'assetto e la struttura normativa della disposizione (in prospettiva evolutiva e teleologicamente orientata; cfr. Tega, 2012: 182, secondo cui l'art. 8 «è diventato lo strumento per assicurare una tutela che non riguarda più esclusivamente l'intimità della vita privata, ma più in generale la protezione dell'autodeterminazione personale»).

La Corte europea dei diritti dell'uomo è venuta progressivamente ad estendere, avendone riconosciuto la natura aperta (Mowbray, 2005: 60), l'ambito di applicazione del concetto di vita privata e familiare. In questo processo sono rimaste coinvolte anche situazioni giuridiche connesse al fenomeno procreativo e, seppur secondo modalità e con esiti diversi rispetto al passaggio dalla affermazione della tutela al riconoscimento in concreto della violazione da parte dello Stato, anche del c.d. 'fine vita'. Per quanto riguarda la prima dimensione, una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto al diritto al rispetto della vita privata e familiare, quale gemmazione del diritto al pieno sviluppo della personalità quale nucleo essenziale di tale diritto (van Dijk, 2006: 66), il diritto alla procreazione (C. eur. dir. uomo, 10.04.2007, *Evans c. Regno Unito*), il diritto a diventare genitori genetici (C. eur. dir. uomo, 04.12.2007, *Dickson c. Regno Unito*), nonché – più recentemente – il diritto a diventare genitori genetici, cui consegue il diritto ad avere accesso alle tecniche di PMA (C. eur. dir. uomo, 01.04.1010, *S. H. e altri c. Austria*, e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 03.11.2011, *S. H. e altri c. Austria*) e il relativo diritto di procreare un figlio che non sia affetto da malattie genetiche di cui i genitori siano portatori (C. eur. dir. uomo, 28.08.2012, *Costa e Pavan c. Italia*; per un'approfondita analisi dei casi qui citati, Conti, 2014: 217). Questa giurisprudenza ha avuto un impatto diretto anche a livello nazionale, secondo dinamiche sulle quali ci si soffermerà nel paragrafo successivo.

2.2.2 Influenza indiretta delle 'spinte' internazionali: norme e principi di derivazione internazionale quali parametri di giudizio o quali ausili/strumenti ermeneutici

L'influenza si configura in modo indiretto nel caso in cui l'utilizzo di norme e principi di derivazione internazionale vengano assunti dagli organi giurisdizionali nazionali o quali parametri di giudizio (del caso concreto o della norma di legge, in riferimento alla giustizia costituzionale) o – in forma mediata e temperata – quali strumenti ermeneutici all'interno del processo argomentativo.

Un esempio di utilizzo della fonte internazionale come ausilio ermeneutico è rappresentato dalla giurisprudenza in materia di fine vita. Nella citata sentenza n. 21748/2007 (caso Englaro), la Corte di cassazione, posta di fronte all'ammissibilità della richiesta da parte del tutore di interrompere i trattamenti di sostegno vitale (idratazione e alimentazione artificiale) di una donna in stato vegetativo permanente, ha utilizzato, a fronte di una lacuna legislativa in materia, anche la Convenzione di Oviedo (04.04.1997), quale elemento normativo a supporto del riconoscimento, assieme a principi costituzionali, legislativi, deontologici e giurisprudenziali, del diritto al consenso e al rifiuto dei trattamenti sanitari. La Corte ne ha riconosciuto – pur a fronte del mancato perfezionamento della procedura di ratifica (Casonato, 2012: 148) – una funzione di ausilio interpretativo. Infatti, secondo la Cassazione, «all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo». Pertanto, prosegue la Corte, «esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme».

I contenuti della Convenzione trovano ingresso nell'ordinamento, attraverso la giurisprudenza, in funzione integratrice delle fonti interne, secondo un approccio al quale sembra aderire anche la Corte costituzionale. Da ultimo nella sentenza n. 162/2014, la Corte costituzionale ha implicitamente qualificato i principi contenuti nella citata Convenzione come «obblighi derivanti da atti internazionali» (n. 5 considerato in diritto; cfr. anche C. cost. 28.01.2005, nn. 45 e 49; C. cost., 23.12.2008, n. 438; sul punto, Palombino, 2011: 4811).

Come anticipato, le fonti internazionali vengono utilizzate dalla giurisprudenza anche in una diversa accezione: quale parametro di giudizio, da parte tanto della giustizia ordinaria quanto costituzionale.

Un caso paradigmatico è rappresentato dalla disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, disciplinate dalla l. n. 40/2004. La legge è stata oggetto di una sostanziale «riscrittura» (Ferrando, 2011: 517-524; Dolcini, 2011: 428) da parte della giurisprudenza ordinaria e costituzionale e, all'inter-

no di questo processo di ridefinizione giurisprudenziale dei contenuti normativi della legge, i principi derivati dalla giurisprudenza internazionale hanno svolto un ruolo rilevante. Non potendo presentare in modo sistematico questo aspetto, appare comunque opportuno fare riferimento al ruolo svolto dalla sentenza *Costa e Pavan c. Italia* all'interno dell'ordinamento italiano. In questa sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato l'incompatibilità con l'art. 8 CEDU del divieto di diagnosi preimpianto ricavabile dall'insieme della l. 40/2004, in base ad una sua incoerenza rispetto all'ordinamento (Nardocci, 2013; Malfatti, 2012; Repetto, 2013: 143). Il principio enunciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è stato immediatamente recepito e applicato dalla giustizia ordinaria italiana, la quale – forzando lo schema proposto dalla Corte costituzionale del rapporto tra CEDU e ordinamento interno – ha proposto una disapplicazione della norma interna, in quanto incompatibile con le norme CEDU, come interpretate dalla Corte²³.

Questo caso dimostra – come rilevato in dottrina – come, a prescindere dalle soluzioni concretamente adottate dai giudici nazionali (cfr. anche l'applicazione della sentenza *S.H. e altri c. Austria*), «il “filo” del principio di diritto EDU en tri [...] a fare prepotentemente parte dell'ordito intergiurisprudenziale in tema di vita nascente» (Agosta, 2015: 23).

Analogo approccio, seppur caratterizzato da un andamento giurisprudenziale meno univoco, sembra delinearci in tema di determinazione della filiazione a seguito di intervento di surrogazione di maternità eseguito all'estero. In questo ambito, recentemente, il Tribunale di Varese (08.10.2014) è venuto discostandosi da una (di poco precedente) pronuncia della Corte di cassazione utilizzando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (26.06.2014, *Menesson c. Francia*) quale elemento ermeneutico decisivo al fine di determinare il contenuto del principio del *best interest of the child*. Più precisamente, il Tribunale propone una applicazione diretta del principio di diritto enunciato dalla corte internazionale, richiamando – quale fondamento giuridico del proprio approccio – la giurisprudenza costituzionale, la quale considera un «onere del giudice interno, in quanto giudice comune della Convenzione, applicare le norme relative allo strumento internazionale in coerenza con gli asserti ermeneutici offerti direttamente dalla Corte di Strasburgo»²⁴.

Appare possibile concludere sul punto che, in ambito bioetico, la capacità conformativa dei principi ricavati dal sistema CEDU sembra assumere una portata particolarmente incisiva e 'forte', potendo condurre i giudici ordinari a soluzioni interpretative che possono rendere difficile distinguere chiaramente tra interpretazione conforme alla CEDU e sostanziale disapplicazione della norma interna per contrasto con i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. In tal senso, occorre sottolineare l'apparentemente cauto ap-

proccio della Corte costituzionale, la quale – nelle sentenze nelle quali i giudici ordinari hanno proposto norme CEDU quali parametri di legittimità aventi ad oggetto leggi a contenuto bioetico (l. n. 40/2004) – tende a privilegiare l'utilizzo, in prima battuta, di parametri 'interni' rispetto a quelli derivanti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁵, giungendo – come nel caso della questione relativa al matrimonio tra persone dello stesso sesso (C. cost., 15.04.2010, n. 138) – a depotenziarne la portata attraverso il riferimento al principio del *consensus* tra gli Stati. Questa tendenza appare confermata anche da quei casi in cui, pur riconoscendo la rilevanza in termini argomentativi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ne sembra limitare la portata in termini di ausilio rafforzativo all'interno di un giudizio che trova in parametri diversi dall'art. 117, comma 1, Cost., la base costituzionale della dichiarazione di illegittimità (C. cost., 22.11.2013, n. 278; v. anche C. eur. dir. uomo, 25.09.2012, *Godelli c. Italia*).

Da questa breve disamina, appare evidente come le spinte derivanti dall'esterno dell'ordinamento italiano rappresentino un elemento rilevante, in alcuni casi decisivo, all'interno del processo di giuridificazione del fenomeno bioetico, evidenziando in particolare che: le tipiche dinamiche dei rapporti tra livello nazionale e livelli sovranazionali subiscono, quando trovano applicazione nel contesto bioetico, un processo integrativo incrementale; l'influenza della dimensione sovranazionale tende, pur alla luce di un principio generale che riconosce al legislatore nazionale un margine di apprezzamento tendenzialmente ampio, a esprimersi in modo più determinante rispetto all'aumentare della complessità tecnica dell'oggetto di regolazione; infine, il formante giurisprudenziale sembra porsi, quantomeno nell'ordinamento italiano, quale canale privilegiato di manifestazione di questa influenza.

2.3 Dal diritto positivo tradizionale a nuove forme di regolazione: il rinnovato ruolo del legislatore nel processo di giuridificazione alla luce della giurisprudenza costituzionale

Il processo di giuridificazione del fenomeno bioetico tende ad assumere una specificità che riguarda la tendenza diffusa ad utilizzare modalità regolative (regole deontologiche, linee guida, protocolli, norme tecniche ecc.) diverse da quelle tradizionali. Per descrivere questa dimensione, in dottrina si è utilizzato il concetto di «co-partecipazione»²⁶ tra strumenti differenziati all'esercizio della funzione normativa e, in termini più generali, alla realizzazione del disegno pluralista costituzionale. Un intervento legislativo configurato in modo tale da riconoscere un adeguato spazio alla autonomia decisionale dei soggetti coinvolti (medico, pazienti, ricercatori) e una copertura scientifica alle decisioni di natura poli-

tico-discrezionale assunte risulta funzionale a soddisfare l'esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti²⁷.

In questa prospettiva, la giuridificazione della bioetica sembra venire 'coinvolta' nel processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico²⁸: il fenomeno bioetico, infatti, «non costituisce più solo la materia oggetto di regolamentazione giuridica, ma è anche fattore di determinazione e di rinnovamento del diritto» (D'Amico, 2004: 261). Tanto che si è giunti ad affermare – sulla scorta di solide basi derivanti dalla giurisprudenza costituzionale (Veronesi, 2011: 138, il quale definisce «scienza, tecnologia e coscienza sociale» come «“motori” dell'interpretazione costituzionale») – che il sistema giuridico è destinato a entrare in relazione «non al dettato della Costituzione, bensì [...] al dato costituzionale quale risulta, però, dalle acquisizioni della scienza» (D'Amico, 2004: 262).

Dalla dinamica 'diritto (Costituzione)-scienza', la cui esatta qualificazione ha provocato diversi approcci in dottrina²⁹, non è esclusa la tradizionale configurazione delle fonti del diritto, sia in termini di 'sistema' – nel senso di prevedere l'ingresso di strumenti normativi extra-legislativi e financo extra-giuridici – sia in termini di modalità e forme di esercizio della funzione legislativa. Tale aspetto risulta determinante al fine di definire i caratteri della giuridificazione in tale ambito.

Dalla giurisprudenza costituzionale è desumibile il principio della pluralità degli strumenti di regolazione della realtà tecnico-scientifica. In particolare – ma non esclusivamente – in ambito medico-sanitario, la fonte legislativa non è lo strumento esclusivo di tutela degli interessi coinvolti, in quanto ad essa si accompagnano altri strumenti normativi (la fonte deontologica, il formante tecnico-scientifico, la fonte giurisprudenziale; *ex plurimis*, C. cost., 26.02.2002, n. 282; C. cost., 01.04.2009, n. 151).

La Corte costituzionale ha stabilito in modo reiterato che «salvo che entri in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni». Infatti, secondo la Corte, «poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» (C. cost., n. 282/2002).

Secondo la Corte costituzionale, infatti, «sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici “a rischio”, onde meglio garantire – anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti – l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie»; tuttavia, «un intervento sul merito

delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. C. cost., 20.05.1998, n. 185); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica» (C. cost., n. 282/2002).

Il legislatore deve pertanto rispettare uno spazio normativo riservato a istanze extra-giuridiche – individuate di volta in volta in organismi tecnico-scientifici espressione della comunità di riferimento³⁰, in professionisti (medici, ricercatori) coinvolti o soggetti istituzionali dotati di specifica competenza (autorità indipendenti; agenzie; commissioni) – in base ad un principio di sussidiarietà della fonte legislativa³¹, il cui intervento è residuale rispetto all'autonomia professionale e soggetto all'inveramento di determinate condizioni.

La Corte costituzionale sembra quindi prevedere, e imporre al legislatore, un esercizio scientificamente orientato della discrezionalità legislativa, non solo in tutti quei casi in cui l'intervento abbia ad oggetto metodi terapeutici. Questo approccio tende ad assumere portata generale rispetto alla regolazione di attività connesse al fenomeno scientifico-tecnologico. La dottrina si è opportunamente riferita a questa opzione in termini di «decisione «modello»», in quanto conterrebbe «una sorta di *guide-line* degli interventi legislativi in merito alla pratica medica e terapeutica» (D'Aloia, 2011: 19).

Dalla giurisprudenza costituzionale emergerebbe quindi «un duplice limite al potere legislativo: in primo luogo, l'obbligo di conformarsi alle acquisizioni della scienza [...]»; in secondo luogo, l'obbligo di riconoscere «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze medico-scientifiche, del singolo caso» (Pin, 2012: 325). Appare condivisibile la lettura di chi ritiene che la Corte, in questo modo, abbia voluto affermare che «è proibito al legislatore in sé, quale soggetto politico, di intervenire nelle scelte terapeutiche se non quando a guidarlo siano, non la “discrezionalità politica”, ma motivazioni fornite dagli organismi tecnico-scientifici» (Bin, 2006: 9), in base ad un principio che sembra esprimere una forza connotativa dei limiti e delle modalità di esercizio del potere legislativo che la Corte ha progressivamente rafforzato in termini di scrutinio e applicato anche ad ambiti diversi da quello strettamente medico-sanitario³².

In dottrina, è stato sostenuto che, in questo modo, è stata riconosciuta «una sfera di attività terapeutica garantita nei confronti del legislatore con il riconoscimento in capo ad istituzioni scientifiche ed a medici di un potere di valutazione tecnica che non può essere vanificato dalla legge» (Gemma, 2006: 59).

Sembra delinearsi una «competenza costituzionalmente fondata dei medici, sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite da istituzioni specializzate, e nel rispetto delle regole di *deontologia professionale* [...], a svolgere *l'attività funzionale alla salute-curativa*, ma anche *preventiva e riabilitativa*» (Gemma, 2006: 65).

Al fine di chiarire questo aspetto, il confronto tra disciplina della interruzione volontaria della gravidanza e della PMA può risultare particolarmente significativo (Veronesi, 2009a).

Infatti, da un lato, la legge n. 194/1978, se letta alla luce dei principi enunciati dalla Corte costituzionale a partire dalla citata sentenza n. 282/2002, sembra offrirne una attuazione ragionevole ed adeguata, in qualche modo anticipandone l'approccio.

In relazione alla questione della determinazione del termine temporale entro il quale presumere la capacità di vita autonoma del feto, condizione alla quale è condizionata la possibilità di interrompere la gravidanza successivamente al primo trimestre, la l. n. 194/1978 prevede che «quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto» (art. 7, comma 3). Il legislatore ha individuato pertanto un criterio scientificamente indeterminato – «la possibilità di vita autonoma del feto» – al fine di determinare quei casi in cui l'interruzione della gravidanza possa avvenire esclusivamente «quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna» (art. 6, comma 1, lett. a).

Questa scelta esprime la «chiara decisione del legislatore nazionale di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori»³³. In questo caso, secondo la lettura proposta dal TAR Lombardia³⁴, il legislatore ha consapevolmente riservato l'accertamento della sussistenza della condizione al medico responsabile del trattamento³⁵, in base ad una «chiara decisione [...] di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali [...] debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate».

Dall'altro lato, la l. n. 40/2004 in materia di PMA rappresenta un esempio di totale chiusura dell'impianto normativo al riconoscimento di uno spazio decisionale riservato alla autonomia professionale del medico o, eventualmente, al potere normativo di soggetti dotati di specifiche competenze tecnico-scientifiche; approccio, quello assunto dal legislatore nei confronti dei dati medico-scientifici e dei professionisti coinvolti nell'applicazione delle tecniche, che non si è risolto in termini meramente fattuali, ma ha prodotto effetti in termini di legittimità dello strumento legislativo. A conferma della natura normativa dei principi enunciati,

ciò ha comportato la dichiarazione di incostituzionalità di quelle disposizioni della legge, le quali si ponevano in particolare contrasto con l'esigenza appena enunciata (C. cost., nn. 151/2009; 162/2014). Nelle sentenze citate, la Corte ha ribadito l'esistenza di «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica», dai quali deriva l'esigenza che il legislatore riconosca al medico «la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento» (sent. n. 151/2009): ciò non è avvenuto, ad esempio, nel caso dell'art. 14 della legge, la cui versione originaria, prevedendo il divieto di produrre un numero di embrioni superiore a tre e l'obbligo di unico e contemporaneo impianto, impediva al medico di esercitare autonomamente la propria valutazione professionale, al fine dell'individuazione «di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

Il legislatore è legittimato a esercitare il proprio potere normativo rispetto a «temi eticamente sensibili»³⁶, secondo il lessico utilizzato nella sentenza, ma alla Corte non è preclusa una attività di scrutinio relativa alle modalità di esercizio della discrezionalità legislativa, secondo una linea di continuità argomentativa con la precedente giurisprudenza in materia³⁷.

Se le valutazioni connesse all'adeguatezza delle tecniche e alla definizione delle patologie sono riservate alla scienza medica, la verifica della compatibilità con interessi di pari rango appartiene al legislatore, il quale deve però operare nel rispetto di quanto sancito reiteratamente dalla giurisprudenza costituzionale. In caso contrario, la mancata integrazione di questa condizione da parte del legislatore priva di copertura scientifica la disposizione legislativa, derivandone l'illegittimità in termini di ragionevolezza e di tutela del diritto alla salute delle persone coinvolte (Penasa, 2015: 421; Violini, 2014: 10).

Pertanto, la legittimità dell'intervento legislativo, che può risultare necessario al fine di tutelare interessi costituzionali, è comunque presa in considerazione dalla giurisprudenza costituzionale, sulla base di un vero e proprio «giudizio di scientificità» (Gemma, 2006: 37), nel quale la Corte costituzionale valuta il rispetto da parte del legislatore dei «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, sulle quali si fonda l'arte medica»³⁸.

3. Le tendenze della giuridificazione

Da quanto è stato anticipato, appare evidente che le forme e i canali della giuridificazione in ambito bioetico tendono a distinguersi, aumentando anche la criticità dal punto di vista della legittimità costituzionale, dalle tradizio-

nali forme e luoghi di produzione normativa. Pertanto, appare opportuno procedere a una sistematizzazione delle più rilevanti linee di sviluppo della giuridificazione in questa materia.

3.1 L'esistenza di una pluralità di attori capaci di produrre regole concretamente condizionanti (indipendentemente dal loro statuto giuridico)

La produzione normativa avente ad oggetto questioni di natura bioetica evidenzia una tendenza che sembra tipica anche di altri ambiti di intervento giuridico: l'elemento della pluralità di fonti e soggetti che partecipano al processo di definizione e attuazione delle regole in un determinato contesto³⁹. Come evidenziato, dalla giurisprudenza costituzionale si può ricavare il principio in base al quale il legislatore non rappresenta il soggetto esclusivo di produzione normativa, in particolare quando la specificità dell'oggetto dell'intervento regolativo richieda l'integrazione con altri strumenti normativi e soggetti istituzionali, la cui 'collaborazione' al processo normativo risulta condizione necessaria al fine di garantire la legittimità dell'intervento (si è utilizzato in altra sede il concetto di «ragionevolezza scientifica» delle leggi, Penasa, 2009: 817). In quanto si riconosca la necessità di garantire un sistema normativo integrato, al legislatore sembra residuare la scelta tra 'governare' questo processo, esercitando la propria funzione al fine di assicurare una coesistenza fisiologica tra fonti e soggetti che segua le linee di indirizzo definite preventivamente a livello legislativo, anche in funzione legittimante l'azione normativa di soggetti non legittimati democraticamente (autorità, agenzie, organismi tecnico-scientifici); o, al contrario, 'subire' queste dinamiche integrative, le quali, se escluse dal circuito democratico-rappresentativo di produzione normativa, tendono (inevitabilmente) ad imporsi a livello giurisprudenziale.

In questo secondo caso, però, i «costi normativi» (Bin, 1988: 281; cfr. C. cost., 10.05.1984, n. 141) in termini di coerenza dell'ordinamento giuridico e di lesione dei diritti delle persone coinvolte tendono ad aumentare, in quanto la partecipazione al processo di produzione normativa da parte di istanze diverse da quella legislativa deve rappresentare un elemento complementare e non completamente sostitutivo-surrogatorio delle sedi e forme tipiche della produzione giuridica.

Inevitabilmente, tale recupero a livello giurisprudenziale fornisce, nel caso concreto, una tutela rimediabile delle posizioni giuridiche e, a livello sistematico, assicura un bilanciamento che non potrà mai essere stabile e uniforme come quello garantito dalla fonte legislativa, nel caso in cui la disposizione venga approvata mediante procedure che assicurino una tendenziale adeguatezza (non solo costituzionale, ma anche scientifica) della legge (Bin, 2013: 73)⁴⁰.

L'aumento di costi normativi è dovuto anche alla assenza di meccanismi di raccordo tra istanza politica e istanza tecnica, che possono assicurare la tendenziale adeguatezza (o, eventualmente, adeguabilità) e flessibilità dell'impianto legislativo. La natura esclusivamente politica delle scelte legislative, se risulta in linea con la esigenza di assicurare un elevato livello di legittimazione democratico-popolare in ambiti eticamente sensibili, determina una eccessiva rigidità dei contenuti legislativi, i quali risultano non solo difficilmente compatibili con il contesto costituzionale, ma anche inadeguati, anche a causa della carenza di fondamento scientifico, a raggiungere le finalità enunciate dalla legge.

In un sistema normativo integrato, pur riconoscendo la fonte legislativa come perno del sistema, emergono – e vengono dal legislatore espressamente riconosciuti e legittimati – strumenti di disciplina complementari che sono espressione diretta o indiretta del contesto medico-scientifico. Il riferimento in questo caso non si rivolge alla tradizionale relazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale, quanto alla emersione di strumenti e sedi di regolazione (*authorities*; agenzie; commissioni) che vengono a porsi in posizione intermedia rispetto a esse, delle quali tendono ad assumere alcune delle caratteristiche tipiche.

In dottrina è stato in tal senso evidenziato che «le autorità indipendenti potrebbero rappresentare le continuatrici dell'opera di supplenza che hanno svolto, a livello pretorio, i giudici, allorquando si è più intensamente manifestato il divario tra norma e realtà sociale» (Manetti, 1994: 218). Nel caso qui analizzato, la funzione di supplenza non assume natura rimediale-patologica, ma viene affermata e legittimata direttamente dal legislatore, riposizionando l'intervento dell'istanza tecnica ad un livello regolativo-fisiologico che 'anticipa' la conflittualità prodotta dalla norma attraverso una azione integratrice della legge, elevando il livello di prevedibilità, certezza ed effettività della tutela. In termini costituzionalistici, può essere considerato un meccanismo di inveramento della natura sostanziale della rigidità costituzionale intesa quale funzione di inclusione della pluralità e di regolazione del conflitto sociale (Bin, 2007: 11-52).

Nella prospettiva qui assunta, la fonte legislativa viene integrata da sedi istituzionali extra-legislative, le quali concorrono alla determinazione della disciplina e della sua attuazione concreta, secondo uno schema che sembra richiamare la tecnica della «delega di bilanciamento in concreto» (Veronesi, 2009: 607-609). In questo caso, i destinatari della delega compiuta dal legislatore non sono i giudici, secondo la prospettiva originaria di questa teoria, ma soggetti istituzionali, dotati di poteri normativi, che si pongono, in funzione non rimediale, tra decisore politico (legislatore) e destinatari della disciplina (Nicodemo, 2002: 65).

L'inserimento di organismi tecnico-scientifici dotati di specifiche competenze e titolari di specifiche funzioni regolative può rappresentare la valvola giuridica che, pur tenendo conto delle criticità relative alla natura di queste (*ex plu-*

rimis, La Spina, Majone, 2000; Grasso, 2006), consenta un fisiologico rapporto tra istanze di regolazione autonome ed eteronome, potendo costituire un canale istituzionalizzato di raccordo e reciproca comunicazione tra ambito tecnico e ambito giuridico-legislativo (sul rapporto tra policentrismo normativo e pluralismo sociale v. Zagrebelsky, 2012: XI). Il legislatore, in questa prospettiva, resta comunque il soggetto istituzionale al quale spetta di regolare il flusso di attività normativa che viene trasferito dalla fonte legislativa ad altri strumenti di regolazione attraverso tali istanze tecniche.

3.2 (*Apparente*) svalutazione del ruolo del legislatore statale a vantaggio del ruolo delle corti (*ordinarie e speciali*)

In questo quadro concettuale e normativo, l'integrazione della fonte legislativa ad opera di altri strumenti regolativi, anche eventualmente extra-giuridici (linee guida; regole deontologiche), a condizione che essa trovi fisiologica attuazione a partire dall'esercizio del potere legislativo, non conduce a una svalutazione del ruolo del legislatore, ma può contribuire – forse paradossalmente – ad aumentarne la capacità conformativa e la legittimità.

Infatti, l'attivazione di meccanismi di inclusione, finalizzati a dotare gli organi parlamentari di adeguati elementi conoscitivi e valutativi, può influire sulla legittimità (costituzionale) e sulla legittimazione (politica) della legge, in forza del riconoscimento della natura plurale delle forme di legittimazione delle scelte politico-discrezionali operate dal legislatore (Spadaro, 2009: 2007). La struttura aperta delle costituzioni contemporanee chiama il legislatore (ma non solo: v. Pioggia, 2012: 49) a rispettare, nella sua costante azione di incarnazione dei principi costituzionali in regole giuridiche (Bin, 2009: 45), criteri di coesistenza, in base ad una visione della politica come realtà «inclusiva» anche a livello procedurale (Zagrebelsky, 1992: 11). Inoltre, l'integrazione della rappresentanza democratico-popolare da parte di istanze tecniche (organismi *ad hoc*, commissioni di esperti ecc.) o sociali (forme di consultazione dei soggetti interessati) può rafforzare la dimensione politico-rappresentativa delle scelte operate a livello legislativo, consentendo di ricomporre validità formale e efficacia sostanziale delle decisioni legislative, mediante un apporto tecnico-conoscitivo 'esterno' al circuito rappresentativo.

Nel rapporto tra legislazione e giurisdizione, si potrebbe ipotizzare – anche alla luce dell'esperienza comparata – che la tendenza alla 'sostituzione' del legislatore da parte delle corti risulta inversamente proporzionale alla capacità del primo di adeguare le modalità di esercizio del proprio potere tanto alla peculiarità del contesto medico-scientifico quanto ai principi enunciati a livello di giurisprudenza costituzionale. Attraverso tale adattamento, il legislatore rafforza la

propria posizione, solo apparentemente indebolita e 'svuotata' dall'ingresso nel circuito di produzione normativa di istanze ulteriori: al contrario, è possibile, alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana e della esperienza comparata, ipotizzare l'esistenza di una presunzione 'forte' di legittimità della legge, quando il legislatore dimostri di avere metabolizzato la specificità dell'oggetto di regolazione attraverso l'adeguamento delle forme (e dei contenuti) dell'intervento normativo. In questo caso, da un lato, il perimetro della discrezionalità giurisdizionale è destinato a ridursi, alla luce di una struttura legislativa in grado di fornire strumenti ermeneutici adeguati e intellegibili; e, dall'altro lato, lo scrutinio di legittimità delle soluzioni normative introdotte, sia dal legislatore sia da istanze di natura tecnica, risulta garantito da una presunzione forte di compatibilità, nel momento in cui alla base vi sia, ad esempio, una formale 'delega' da parte del legislatore, che ne garantisce la legittimità fino al limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà.

3.3 Tendenza alla formulazione giurisprudenziale di principi generali anziché di regole puntuali

Le dinamiche di produzione giuridica in ambito bioetico devono pertanto tenere conto della emersione di una serie di principi, i quali coinvolgono direttamente il metodo dell'intervento legislativo. Essi trovano fondamento nel contesto costituzionale, in particolare attraverso il principio di ragionevolezza; e, se non soddisfatti in sede di produzione della regola – tipicamente generale e astratta –, tendono a riemergere attraverso l'azione del formante giurisprudenziale (Bin, 2014: 80), sulla spinta dei soggetti privati che vedono le proprie posizioni soggettive private di tutela legislativa.

Questo andamento, se da un lato sembra confermare la natura costituzionale e 'di sistema' dei principi enunciati nel paragrafo precedente, può comportare un eccessivo trasferimento della produzione normativa dalla sede tradizionale, democraticamente legittimata, il Parlamento, a sedi di natura giurisdizionale, le quali – se eccessivamente caricate di responsabilità non proprie – rischiano di produrre lo snaturamento della propria funzione, al pur legittimo fine di 'surrogare' l'attività legislativa.

La formalizzazione di questo fenomeno è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte di cassazione, relativa a una questione avente ad oggetto la responsabilità medica dovuta a danni al feto provocati da farmaci somministrati durante la gravidanza⁴¹.

Al fine di determinare la soggettività giuridica del nascituro, la Corte di cassazione ha affermato espressamente che il codice civile «non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratteriz-

zato da più fonti», tra le quali deve essere ricompresa anche la «giurisprudenza normativa» intesa quale «autonoma fonte del diritto». È interessante notare che l'attribuzione della qualificazione di 'fonte' alla giurisprudenza normativa sembra derivare dalla valorizzazione della relazione diretta instauratasi, con il mutamento dell'approccio tra Stato-potere e persona introdotto dalla Costituzione, tra interpretazione giudiziale e invero dei contenuti costituzionali, nella prospettiva della tutela dei diritti. Secondo la Corte, infatti, «in tale assetto ordinamentale l'apporto della giurisprudenza [...] assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale si configura come semi-aperto», all'interno del quale lo stesso legislatore – mediante clausole di apertura e concetti giuridici indeterminati – attribuirebbe «scientemente» al giudice la funzione di «attualizzazione del diritto». Pertanto, conclude la Cassazione, formalizzando l'esistenza di un sistema normativo all'interno del quale il ruolo del giudice assume una centralità anche in termini di produzione normativa, «la funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice».

Occorre comunque sottolineare che in una sentenza successiva⁴², avente ad oggetto una questione analoga, la medesima sezione della Cassazione ha 'temperato' la precedente ricostruzione ermeneutica, ponendo criticamente la questione dei limiti dell'intervento dell'interprete «in seno al tessuto normativo», anche quando si esprima in una attività di interpretazione della legge alla luce dei valori costituzionali, finalizzata – nel caso in cui la legge non predisponga adeguati strumenti giuridici di riconoscimento della situazione giuridica – a «creare una corrispondente forma giuridica di tutela, eventualmente in contrasto con la legge stessa» (Di Ciommo, 2010: 144; Rossi, 2012; Luciani, 2012).

Anche alla luce della richiamata giurisprudenza, l'elemento stabilizzatore del sistema può essere individuato nella riconduzione fisiologica di questo processo di 'giurisdizionalizzazione' della disciplina in materia bioetica al perimetro della Costituzione. In altri termini, questo andamento, tendenzialmente eccentrico rispetto alla tradizionale allocazione delle funzioni⁴³, può essere considerato fisiologico quando si esprima attraverso l'utilizzo di strumenti ermeneutici e soluzioni decisionali che garantiscano la riconduzione delle scelte (o non scelte) legislative al perimetro dei principi costituzionali. Ma esclusivamente quando ciò avvenga, mediante l'utilizzo di strumenti interpretativi – interpretazione costituzionalmente conforme; applicazione diretta di principi costituzionali; interpretazione convenzionalmente conforme – pre-

visti dall'ordinamento, senza giungere ad una eccessiva forzatura dei rapporti tra funzioni e poteri⁴⁴.

In questo senso, occorre inoltre distinguere il piano della 'giustizia', nel senso della individuazione di una soluzione giurisprudenziale accettabile (financo necessaria) sul piano dei valori, e quello della 'legittimità', nel senso della compatibilità dell'esercizio della funzione con i principi costituzionali.

Un caso esemplare, che non è stato esente da critiche in dottrina proprio in termini di compatibilità della decisione con l'assetto costituzionale delle funzioni, che vede nella Corte costituzionale, e non nella magistratura ordinaria, l'organo di chiusura del sistema, è rappresentato da quelle sentenze che hanno tentato di ricondurre a costituzionalità (v. Agosta, 2012: 181) la l. n. 40/2004 in materia di PMA, mediante, però, soluzioni interpretative che sono state considerate eccessive rispetto al fisiologico rapporto tra interpretazione conforme, la quale trova un limite nella lettera e nella *ratio* dell'intervento legislativo, e rinvio della questione alla Corte costituzionale (Tripodina, 2010).

In altro contesto, la richiamata decisione della Corte di cassazione in materia di decisioni di sospensione e interruzione di trattamenti medici di sostegno vitale (caso Englaro) rappresenta un esempio di utilizzo virtuoso delle funzioni attribuite, in vista della definizione del principio, che in questo caso si concretizza in una sostanziale regola puntuale, destinato a disciplinare il caso concreto.

Come noto, l'approccio della magistratura, in questo caso, ha ottenuto il formale avallo della Corte costituzionale, la quale è venuta a esprimere un'impostazione che può essere considerata di portata generale (ord. n. 334/2008). La Corte costituzionale ha infatti dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzione proposto dal Parlamento nei confronti della Corte di cassazione, basato sulla presunta usurpazione o menomazione delle attribuzioni legislative del Parlamento da parte dell'organo giurisdizionale, negando, da un lato, che gli organi giurisdizionali abbiano «utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare»; e sottolineando, al fine di ricondurre il legislatore alle proprie responsabilità in termini di esercizio della funzione normativa, che l'esercizio da parte del giudice della funzione giurisdizionale, anche quando ciò avvenga mediante l'utilizzo di fonti diverse da quella legislativa (costituzione; fonti internazionali; deontologia), non impedisce – anzi, in un certo senso, sollecita – al legislatore di esercitare le proprie attribuzioni, in quanto quest'ultimo «può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti»⁴⁵.

3.4 Tendenza all'emersione irriducibile di spazi di autonomia non regolabile da parte delle istituzioni pubbliche e rimessi ai rapporti tra i 'soggetti' più direttamente coinvolti dalle singole decisioni (con conseguenziale restrizione dei margini tradizionali della discrezionalità politico-amministrativa)

La giuridificazione del fenomeno bioetico, in particolare quando abbia ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali in ambito biomedico, sembra subire una diretta influenza del contesto costituzionale, andamento inevitabile in uno Stato costituzionale di diritto caratterizzato dal pluralismo delle fonti e delle istituzioni, ma che risulta accentuato dalla scarsa predisposizione del legislatore a intervenire in tale contesto. Ciò produce, come evidenziato nel paragrafo precedente, un progressivo spostamento del baricentro della produzione normativa dalla legislazione alla giurisdizione, ma anche una valorizzazione – attraverso la giurisprudenza costituzionale – dei principi costituzionali, dai quali sembra derivare il riconoscimento di spazi di autonomia decisionale riservati non solo a organismi tecnico-scientifici (cfr. *supra*), ma anche ai soggetti direttamente coinvolti dalle singole decisioni. È possibile qui solo richiamare quanto affermato reiteratamente dalla Corte costituzionale, secondo cui «regola di fondo» in ambito medico-sanitario è rappresentata dalla «autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»⁴⁶. Questo principio ha trovato attuazione in numerose pronunce della Corte costituzionale, ponendosi quale limite costituzionale all'intervento del legislatore, il quale deve tenere conto dell'esistenza di ambiti fattuali all'interno dei quali la capacità decisionale deve essere attribuita prevalentemente ai soggetti – pazienti, medici, ma anche ricercatori – direttamente coinvolti. Resta, tuttavia, da comprendere la natura delle diverse autonomie in tal modo richiamate dalla giurisprudenza costituzionale, rispettivamente, quella del medico e quella del paziente. La prima sembra avere una proiezione istituzionale, sicché può sorgere il dubbio che si tratti di una manifestazione della tradizionale autonomia dei privati, potendosi semmai ipotizzare che essa rimandi, al contempo, e senza contraddizione alcuna, da un lato, all'esigenza che venga riconosciuta la libertà (privata) della scienza e di coloro che ne sono i singoli mediatori, dall'altro, all'opportunità che a simile libertà sia garantito uno spazio (pubblico) di espressione (vuoi corporativa, i.e. della comunità professionale di riferimento, in particolare in sede di definizione di regole o standard; vuoi organizzativa e/o procedimentale, i.e. nell'esercizio concreto delle attività dell'ente titolare delle funzioni o dei servizi). L'autonomia del paziente, invece, in quanto finalizzata a garantire un libero spazio di autodeterminazione, non può che attenersi all'essenza della dimensione individuale.

4. Le questioni aperte

L'*excursus* finora compiuto consente di isolare alcune questioni, che pongo in luce le criticità maggiori e le sfide ulteriori dei processi di giuridificazione qui descritti. Tali profili problematici si possono così elencare.

4.1 La pluralità delle sedi decisionali e i limiti dei tradizionali 'legami di garanzia': dal conflitto episodico al conflitto sistemico?

Una questione che i profili esaminati nel presente contributo mettono innanzitutto in evidenza è quella concernente il difficile rapporto di coesistenza tra le tradizionali forme della produzione giuridica e della decisione amministrativa, da una parte, e le istanze a forte e intrinseca vocazione 'normativa' e 'decisionale' che promanano dall'evoluzione scientifico-tecnologica e dai centri di elaborazione compiuta di questo nuovo e potente sapere ordinante.

Il tema è rilevante perché la sopravvivenza dei classici 'legami di garanzia' connessi all'esclusività di un ordinamento giuridico determinato (statale) sono messi in dubbio dalla pressione che su di esso imprimono altri ordinamenti (sovranazionali), dotati di una preminenza giuridica teleologicamente giustificata e capaci di riservare un *audit* privilegiato e un'accoglienza preferenziale alle spinte disciplinari che provengono dalla comunità epistemica delle scienze della vita. Gli strumenti classici del diritto nazionale, così, entrano facilmente in cortocircuito (legislatore vs. giurisdizione; amministrazione vs. giurisdizione) e quindi in crisi, a favore di forme giuridiche che vengono definite 'soft' non tanto in ragione della loro scarsa capacità di conformazione della realtà, bensì in relazione alla loro enorme diversità strutturale ed operativa (sono, come si diceva, dati non previsti e non razionalizzati *a priori*) rispetto alle espressioni del più conosciuto 'hard law'.

Per questa via, i conflitti che la sperimentata tecnica giuridica tendeva a risolvere come episodi di rottura e di contestuale riaffermazione di una legalità predeterminata tendono a sfuggire da questo meccanismo di razionalizzazione, mettendo in dubbio, anzi, la tenuta complessiva del sistema ed esigendone una ri-giuridificazione (e quindi una ri-razionalizzazione) graduale e complessiva. La fisiologia di queste trasformazioni, in altri termini, ha le sembianze di un'esperienza 'parassitaria', il cui metabolismo, per così dire, vive delle strutture del diritto esistente ma ne contribuisce a dissolvere l'*ubi consistam*, sia facilitando la sua innovazione inarrestabile, sia, al contempo, condizionandone le autonome volizioni come potenziale e diffuso parametro di trasversale ragionevolezza.

Per alcuni interpreti, tali sviluppi lascerebbero addirittura presagire la progressiva preminenza di un modello di sistema giuridico tutto originale, imper-

niato attorno all'idea di un *Evidence Based Law*, di un diritto falsificabile alla stessa maniera con cui è falsificabile qualsivoglia processo di scoperta scientifica. Probabilmente, tuttavia, questa conclusione è eccessiva (Casonato, 2014: 179): come si è visto, e salvo quanto si prospetterà in chiusura, il risultato delle influenze scientifiche e tecnologiche non comporta (almeno per ora) un cambiamento della precettività giuridica, risolvendosi, piuttosto, nell'affermazione di specifiche manifestazioni di quella precettività, segnatamente quelle dei principi (costituzionali; generali dell'ordinamento; generali dell'attività amministrativa ecc.), e in un conseguente appello per una coerente revisione del sistema delle fonti e delle relative procedure quale tipico strumento di stabilizzazione del conflitto per il monopolio della produzione normativa.

4.2 La procedimentalizzazione dei processi decisionali e l'incompletezza strutturale degli assetti organizzativi e funzionali vigenti: per la riforma dell'amministrazione di servizio

Le implicazioni correlate all'analisi della questione del pluralismo decisionale si traducono, sul piano delle ricadute concrete, in un differente interrogativo, che chiama in causa la perdurante conformità alle trasformazioni in atto dei procedimenti con cui i poteri pubblici rispondono alle esigenze manifestate dagli interessi che non sono più scientificamente e tecnologicamente condizionati.

La materia delle decisioni 'di fine vita' ha fatto emergere la necessità che ogni determinazione sul soggetto sia scandita da accertamenti e valutazioni diverse, controllate e vagliate da più soggetti (titolari, come si è detto, di differenti forme di autonomia), e assistite da un'istruttoria trasparente e accurata: ciò cui i principi affermati dai giudici sembrano alludere è che tutta l'amministrazione di servizio (nel caso, quella sanitaria) debba 'riposizionarsi' con modalità organizzative e funzionali che siano ricettive di simili esigenze e che, in particolare, ne ordinino i rispettivi adempimenti nel contesto di procedimenti diversificati e formalizzati, riconoscibili come tali e controllabili, in primo luogo da parte dei soggetti interessati o di chi li rappresenti.

Questa necessità, a voler essere precisi, non costituisce una novità per il dibattito giuridico italiano, né per quello più specificamente amministrativistico.

Sin dagli anni Ottanta del Secolo scorso, infatti, si era osservato che alcuni diritti sociali esprimono pretese che richiedono inevitabilmente una risposta procedimentale e partecipata, e che ciò è dovuto proprio alla circostanza che i contenuti di quella risposta non sono determinabili in via preliminare, né dal legislatore, né dall'amministrazione che è chiamata ad assicurarli: «In tanto l'organizzazione dei servizi si adatta ai diritti individuali, in quanto questi diritti presuppongano una derivazione comune dall'unità personale

dell'uomo intesa appunto in senso pregnante e totale. Sono le organizzazioni a doversi frazionare rispetto a questa unità personale e ai singoli diritti che da essa promanano, e non l'uomo ad assumere aspetti e anche ruoli differenti a seconda dei diversi rapporti che intreccia con una organizzazione unitaria proprio in quanto politica. Solo così il diritto alla salute diventa non soltanto l'attesa di una protezione qualsiasi, ma una pretesa a più direzioni, che ha come suo nucleo politico fondamentale un forte potere di partecipazione, di prender parte cioè alla costruzione del complesso di strumenti occorrenti alla sua finale realizzazione. Diversamente, il diritto alla salute altro non sarebbe che l'immagine giuridica, e perciò forse anche grottesca, della speranza di star bene» (Berti, 1986: 127).

Quest'esigenza di ristrutturazione dell'amministrazione di servizio è diventata, ora, davvero e tanto più cruciale. E non si tratta, come può sembrare, di un'esigenza connessa alla sola costruzione di procedure decisionali destinate a risolvere specifiche fattispecie; la pervasività del dato scientifico e tecnologico implica che all'interno dell'amministrazione vi siano conoscenze e competenze tali da 'regolare' in apposite sedi (i comitati etici, ad esempio) ogni possibile snodo critico delle procedure in essere.

4.3 Il valore determinante di alcuni principi e la mutazione del ruolo del giudice: quis custodiet custodies?

L'arena dei principi generali, come si è visto, rappresenta il luogo in cui la giuridificazione degli interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati trova il primo strumento di espressione all'interno dell'ordinamento. Coloro che consentono che tale appiglio sia concretamente afferrabile sono i giudici, che si prestano, così, ad una duplice e rilevante funzione, quella, loro congeniale, di decidere il caso che gli è sottoposto, e quella, più innovativa nel nostro contesto ordinamentale, di stabilire un correlato punto di equilibrio tra i soggetti attivi della regolazione della materia e i destinatari delle relative decisioni pubbliche.

Gli aspetti che rendono l'intervento dei giudici assai interessante sono quanto meno tre:

- come si è visto, sono i giudici, in quanto veicoli di interpretazioni ufficiali e singolarmente cogenti, a recepire rapidamente le istanze di giuridificazione e di adattamento del sistema, con ciò bypassando e condizionando il legislatore e la sua successiva attività di produzione di norme generali e astratte o (eventualmente) di nuovi principi: in questo contesto, la produzione legislativa appare, dunque, recessiva, sia per le menzionate carenze strutturali che la connotano a fronte di dati imprevedibili, sia per la verosimile esi-

stenza, proprio nel canale giurisdizionale, di una funzione di *bioequity*, che risponde a quell'imprevedibilità e che «tenta di rimediare alla rigidità e alla percepita ingiustizia del formante codicistico e legislativo attraverso il riferimento alla dimensione equitativa» (Casonato, 2012: 170);

- nel dare corso a questa nuova funzione, i giudici sono valvole di comunicazione tra i diversi ordinamenti, sia nel senso della loro capacità di attivare le valutazioni giuridiche promananti da altre esperienze giuridiche (in particolare, quelle sovranazionali), sia nel senso, però, della loro attitudine a recepire le soluzioni e le argomentazioni utilizzate da altri organi giurisdizionali in altri sistemi: sono i giudici, quindi, ad essere i principali protagonisti del nesso assai stretto tra giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati, comparazione giuridica e circolazione dei modelli; sono i giudici, in definitiva, ad agevolare fenomeni di ibridazione delle caratteristiche classiche delle diverse famiglie giuridiche, importando anche nel nostro tipico sistema di *civil law* logiche decisionali e ipotesi interpretative tipiche dei sistemi di *common law*;
- la loro estrema capacità ricettiva, tuttavia, rende i giudici esposti al pericolo di un *judicial activism* assai pronunciato, nel quale il loro potere / dovere di assumere una decisione in diritto può spingerli al punto di delegittimare le altre e ordinarie forme della produzione giuridica o dell'*adjudication* (ivi compresa quella amministrativa): il 'caso Stamina', come è noto, ha rappresentato una delle espressioni massime di questo pericolo, giacché, nonostante l'avversa e motivata opinione degli organismi pubblici specializzati a ciò deputati, non sono mancate sentenze che hanno ammesso alla sperimentazione nazionale una cura di dubbia efficacia e che hanno condotto anche il legislatore (con il d.l. n. 24/2013) a darvi un parziale riconoscimento per il tramite di un regime eccezionale e transitorio, considerato legittimo anche dalla Corte costituzionale⁴⁷.

Quest'ultimo profilo non fa che rinnovare una delle problematiche più classiche del pensiero giuridico occidentale: *quis custodiet custodes?* È chiaro che, in questa prospettiva, non si può immaginare di ricorrere alle sole reazioni emergenziali del legislatore, che può essere, a sua volta, indotto in reazioni inadeguate e sproporzionate (come accaduto, del resto, in coincidenza con il caso Englaro). Probabilmente il ruolo del giudice può essere contenuto sia mediante una revisione del suo sapere tecnico (che in questa materia deve necessariamente aprirsi a cognizioni altre, di carattere scientifico), sia per il tramite della riorganizzazione delle strutture amministrative e delle loro procedure (che possono assorbire e gestire i conflitti prima che essi approdino di fronte alla sede giurisdizionale).

4.4 *La formazione di una nuova soggettività giuridica e la trasformazione del ruolo della scienza e della tecnologia (anche giuridiche): rischi e opportunità*

Un ultimo rilievo consiste nel fatto che la giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati sembra mettere espressamente in campo una nuova nozione della soggettività giuridica.

Scienza e tecnologia tendono, infatti, a contribuire in modo sempre più forte alla percezione di ciò che il soggetto può o non può compiere, mettendo in difficoltà altrettanto forte sia la capacità dell'ordinamento di prevedere simili possibilità, sia l'idea che il soggetto sia sempre e invariabilmente uguale a se stesso, al di fuori, cioè, di valutazioni circostanziate – e mediate dalla considerazione di aspetti non sempre autonomamente attingibili dal singolo – sulla realtà del suo corpo e delle sue abilità e attitudini psico-fisiche. Non è quindi, in gioco, il solo tema della 'capacità' (giuridica e di agire); è in discussione la stessa individuazione dell'identità del soggetto (Parasidis, 2011: 523).

Lo studio del 'biodiritto', non a caso, ha risvegliato l'interesse per ulteriori frontiere, come sono, rispettivamente, quella aperta dal vasto, e ancora largamente inesplorato, campo del *neurolaw* (Santosuosso, 2009; Picozza *et al.*, 2011; Pizzetti, 2012)⁴⁸, e quella, invece, destinata a immaginare la predicabilità di un orizzonte dichiaratamente post-umano (o transumanista)⁴⁹.

Per un verso, infatti, anche nel nostro ordinamento si comincia a ipotizzare il contributo diretto che le neuroscienze possono dare, ad esempio, alla ricostruzione della responsabilità penale di un soggetto, con ricadute pratico-applicative non indifferenti⁵⁰. Per altro verso, poi, si è rilevato che, proprio dinanzi alle scoperte scientifiche e tecnologiche, se da un lato è vero che «la distinzione tra naturale e artificiale – fra ciò che è “naturalmente divenuto” e quel che è invece “tecnicamente prodotto” – è costitutiva della storia umana», dall'altro, si assiste in modo invariabile ad una «totalizzazione tecnica della natura», con la conseguenza che tale rivoluzione «richiede una parallela rivoluzione concettuale nel modo di pensare noi stessi», al punto che «fin dove spingere la propria vita – nel senso della propria autocoscienza – diventerà probabilmente una scelta soggettiva, in rapporto ai costi sociali della sua durata e alle responsabilità che ne discenderanno» (Schiavone, 2007: 56, 70, 73 e 74).

In questi frangenti i rischi e le opportunità sono facce della stessa medaglia: al di là delle questioni più apertamente filosofiche, accedere ad una concezione essenzialmente mobile e mutante della soggettività implica il rivedere tutto ciò che è correlato alle classiche teorie dell'ordinamento giuridico, cercando, però, di individuare nuovi stadi di prevedibilità e di certezza (e di uguaglianza) o in nuovi procedimenti di astrazione normativa (più convincenti perché più aggiornati, anche se consegnati, inevitabilmente, a processi di obsolescenza molto ra-

pidi e forse insostenibili) o in procedimenti misti, che siano, al contempo, normativi e decisionali (e nei quali le garanzie che la tradizionale separazione dei poteri poteva apprestare vengano compensate dall'esistenza di determinazioni mai unilaterali e sempre complesse, i.e. condivise tra più soggetti in un regime di piena accessibilità e di completa trasparenza informativa).

Coerentemente con la natura ibrida, e mai pre-definibile, del soggetto, anche questi procedimenti dovrebbero, con tutta probabilità, farsi ibridi, aperti a saperi diversi da quello strettamente giuridico, e formulati in un *continuum* di produzione normativa, decisione amministrativa e *adjudication* giurisdizionale, nel solco dell'intuizione – in fondo intrisa delle migliori acquisizioni del costituzionalismo moderno – secondo cui è l'organizzazione a doversi adattare alla persona e non viceversa⁵¹.

Note

- * Pur essendo il frutto di riflessioni condivise, il contributo è direttamente riferibile, quanto ai §§ 1, 2, 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, a Fulvio Cortese, e rispetto ai §§ 2.1, 2.2, 2.2.1, 2.2.2, 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, a Simone Penasa. Gli Autori desiderano ringraziare il prof. Roberto Cavallo Perin per la preziosa occasione di riflessione che è sorta dalla considerazione dei rilievi svolti sulla prima stesura di questo lavoro.
- ¹ V., ad esempio, Cass., 11.05.2009, n. 10741 (su tale sentenza, cfr. *infra*, § 3.3).
- ² Come può accadere laddove i genitori non siano stati informati sull'esito negativo dei trattamenti finalizzati all'aborto: v., ad esempio, Trib. Padova, 09.08.1985; Cass., 08.07.1994, n. 6464.
- ³ Cfr. già Trib. Bergamo, 16.11.1995.
- ⁴ Nel contesto europeo, ad esempio, v. il famoso caso Perruche (17.11.2000), deciso dall'Assemblée plénière della Corte di cassazione francese. Per i giudici d'Oltralpe dovevano considerarsi civilmente responsabili i medici che, pur avendo espletato gli accertamenti consueti, non avevano prospettato ad una madre la possibilità che il bambino nascesse con gravi handicap (e ciò senza che avesse rilievo il fatto che l'infermità non fosse riconducibile all'omissione dei medici o che l'unica alternativa fosse l'interruzione della gravidanza). In tema (e considerando anche i successivi sviluppi nell'ordinamento francese, con adozione di una disciplina legislativa poi censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) v. Piciocchi, 2001: 677. Negli Stati Uniti, un primo riconoscimento di un danno da *wrongful birth* è la sentenza della Corte Suprema del Texas sul caso *Jacobs v. Theimer*, 519 S.W.2d 846 (Tex. 1975).
- ⁵ Un fenomeno di questo tipo è espressamente richiamato anche nel contesto della pronuncia con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità della l. 19.02.2004, n. 40, laddove prevedeva il divieto della fecondazione eterologa (C. cost., 10.02.2014, n. 162): «Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite. La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati».
- ⁶ V., ad esempio, Cass., 02.10.2012, n. 16754, per la quale, circa la posizione del neonato, «l'interesse giuridicamente protetto è quello di consentire al minore di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente». Questo aspetto è ancora controverso: la stessa Cass., ord. 23.02.2015, n. 3569, ha rimesso alle Sezioni Unite, tra l'altro, anche la questione concernente la legittimazione del neonato malformato ad agire in via aquiliana per danni da *wrongful life*. A tale ordinanza ha fatto seguito la pronuncia delle Sezioni Unite (22.12.2015

n. 25767), con cui si è affermato che il nato con disabilità non è legittimato ad agire per il danno da vita ingiusta, poiché l'ordinamento ignora il diritto a non nascere se non sano.

⁷ Così sempre, ma registrando un orientamento da tempo consolidato, la Corte di cassazione nella sentenza n. 16754/2012 cit. Questo slittamento sul piano della qualificazione normativa dell'illecito comporta, come è noto, un'inversione dell'onere della prova.

⁸ Trib. Roma, ord. 16.12.2006.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ V. anche *infra*, § 3.3.

¹¹ Cass., 16.10.2007, n. 21748. Il principio di diritto sancito dalla Corte è il seguente: «Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

¹² Cfr. sempre al § 3.3.

¹³ C. cost., ord. 8.10.2008, n. 334.

¹⁴ Cons. St., sez. III, 02.09.2014, n. 4460.

¹⁵ Trib. Roma, 23.07.2007.

¹⁶ Nella sentenza in questione è assai significativo il passaggio sulla figura del medico: «È evidente, pertanto, che solo su tale soggetto, qualificato in ragione della sua professione, e non su altri incomberà un dovere di osservare la volontà di segno negativo del paziente, in ragione del rapporto instauratosi, che pone in relazione i due per l'espletamento di una condotta di natura sanitaria a contenuto concordato, con la conseguenza che, se egli dovesse porre in essere una condotta direttamente causativa della morte del paziente per espressa volontà di quest'ultimo, risponderà ad un preciso dovere che discende dalla previsione dell'art. 32, comma 2, Cost., mentre la stessa condotta posta in essere da ogni altro soggetto non risponderà ad alcun dovere giuridicamente riconosciuto dall'ordinamento, non essendo stata esercitata all'interno di un rapporto terapeutico, nel quale solo nascono e si esercitano diritti e doveri specifici, tra cui quelli di cui si discute. D'altra parte non sfugge l'importante ruolo che al riguardo è in grado di svolgere il medico il quale, solidamente sorretto da valutazioni di carattere sanitario, nonché orientato dal proprio codice di deontologia professionale e vincolato allo stesso, è l'unico a poter garantire, da un punto di vista tecnico e da un punto di vista dell'osservanza dei principi e dei diritti, il rispetto nel caso concreto dei confini tra l'esercizio di una libera ed informata autodeterminazione del paziente ed arbitrii forieri di violazioni di diritti essenziali, quali quelli in gioco. Inoltre la sua figura è fondamentale nella costituzione del presupposto per l'esercizio del diritto, incidendo egli direttamente sul processo di formazione della volontà del paziente attraverso l'informazione di quest'ultimo. Di

conseguenza non è possibile prescindere dalla sua figura nel concreto dispiegarsi del consenso o del dissenso informato del paziente».

¹⁷ TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 21.01.2008, n. 398.

¹⁸ TAR Lazio, Roma, sez. III ter, 05.05.2005 n. 3452.

¹⁹ La sentenza in questione ha anche sollevato la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 40 cit., con doglianze che sono state poi accolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009. In particolare, il comma 2 dell'art. 14 è stato dichiarato illegittimo laddove prevede un limite di produzione di embrioni comunque non superiore a tre e laddove prevede l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto; il successivo comma 3, che prevede di poter crioconservare gli embrioni qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione, è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevede che il trasferimento di tali embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato anche senza pregiudizio per la salute della donna.

²⁰ TAR Lombardia, Sez. III, 29.12.2010, n. 7735, su cui *infra*.

²¹ Nello stesso senso v., da ultimo, TAR Veneto, Sez. III, 08.05.2015, n. 501.

²² Cfr. anche lo studio della Corte europea dei diritti dell'uomo dedicato alla giurisprudenza in materia bioetica, *Bioethcis and the case-law of the Court*, 2012.

²³ Trib. Roma, 23.09.2013.

²⁴ Il Tribunale si riferisce a un «obbligo più generale volto a garantire la definizione di uno statuto legale stabile per la prole generata in tali forme, cui non può essere attribuito uno statuto giuridico del tutto incoerente con il dato sociale altrimenti tollerato». In questo caso, come in quello della diagnosi genetica preimpianto, risulta peraltro arduo distinguere chiaramente tra interpretazione conforme alla CEDU e sostanziale disapplicazione della norma interna per contrasto con i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁵ C. cost., n. 162/2014; da ultimo, v. C. cost., 14.05.2015, n. 96.

²⁶ Rodotà, Tallacchini, 2010: LI, si esprimono in termini di «co-produzione, tra scienza e diritto, in cui da un lato la conoscenza del contesto normativo è necessaria alla comprensione della scienza, dall'altro la scienza è fonte di numerosi cambiamenti normativi»; cfr. anche Palmerini, 2014: 13. D'Aloia, 2012: 53, sottolinea come «non è facile, in questo modello relazionale 'bilaterale', dividere ciò che è regolazione giuridica della scienza da ciò che è regolazione (o forse produzione) scientifica del diritto».

²⁷ C. cost., 26.9.1998, n. 347; C. cost., 28.01.2005, n. 45.

²⁸ Tale processo sembra assumere un andamento bi-direzionale o circolare: in dottrina si è utilizzato il concetto di Costituzione «coinvolta» a più livelli nelle questioni bioetiche, le quali si porrebbero come «significativo momento di riflessione sulla validità e vitalità della nostra Carta fondamentale» (Magnani, 1999: 133). In senso critico, è stato sottolineato come la «età della tecnica» rappresenti la causa del declino della costituzione come fondamento della convivenza sociale, in un'epoca nella quale «le costituzioni scadono al [...] ruolo (in verità, ora più utile e produttivo) di protocolli, cioè di generali regole procedurali e organizzative, essenzialmente funzionali al dispiegarsi della tecnica e delle sue necessità» (Volpe, 2000: 258).

²⁹ D'Amico, 2008: 284, si esprime in termini di «Costituzione scientificamente intesa»; D'Aloia, 2012: 56, sostiene che «si tratta di un vincolo modale più che di un automatico trasferimento di contenuti dall'ambito tecnico-scientifico a quello politico-amministrativo; e l'intensità di questo vincolo (e correlativamente la possibilità di valutazioni orientate ad altri principi) è certamente condizionata e influenzata dal livello di «stabilità» o di incertezza del presupposto scientifico»; Bin, 2006: 9, riconosce, in riferimento ai principi enunciati dalla C. cost., 26.06.2002, n. 282, una «ridefinizione molto restrittiva dei poteri legislativi *tout court*»; Ainis, 2006: 27-28, si interroga sulla configurabilità del «metodo» scientifico come

- requisito di validità delle leggi che regolino materie scientificamente controverse»; Casonato, 2012: 177, qualifica il dato scientifico come «parametro interposto di costituzionalità»; Spadaro, 1994: 134, considera la scienza come «vero e proprio parametro superiore di costituzionalità».
- ³⁰ La Corte costituzionale ha in più occasioni affermato «l'essenziale rilievo» che, in ambito medico-scientifico, rivestono gli «organismi tecnico-scientifici»: così si è espressa la Corte, *ex plurimis*, in materia di sperimentazione di farmaci (C. cost., n. 185/1998; C. cost., 02.04.1999, n. 121; C. cost., 07.06.2000, n. 188; C. cost., 05.12.2014, n. 274), di validazione di trattamenti medico-terapeutici (sentenze n. C. cost., n. 282/2002; C. cost., 10.09.2003, n. 338).
- ³¹ Violini, 2002: 1456, secondo la quale «l'intervento legislativo [...] risulta essere meramente eventuale rispetto alle scelte che vengono compiute dalla "società civile", quella che si organizza in ordini professionali volti a dare una compatta struttura a gruppi di professionisti da cui dipendono certi beni cruciali per l'individuo ma anche per la società nel suo complesso, quali [...] la salute».
- ³² C. cost., n. 338/2003; 26.05.2004, n. 166; 08.03.2006, n. 116; 10.01.2011, n. 8.
- ³³ TAR Lombardia, 29.12.2010, n. 7735; cfr. anche Cons. St., sez. V, ord. 07.10.2008, n. 5311.
- ³⁴ V. *supra* n. 33.
- ³⁵ «Ritiene il Collegio che questa omissione [la determinazione del momento a partire del quale il feto possa avere vita autonoma, n.d.r.] non sia frutto di una svista, né che essa sia sintomo di incapacità del legislatore nazionale [...]. Al contrario, si tratta di una scelta precisa, consapevole e ponderata».
- ³⁶ Utilizza questa espressione la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 162/2014.
- ³⁷ Secondo la Corte, «la definizione dell'assetto degli interessi in gioco appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (C. cost., n. 347/1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano».
- ³⁸ C. cost., *ex plurimis* sentenze nn. 282/2002; 151/2009; 162/2014; 274/2014.
- ³⁹ Caretti, 2011, 363, sottolinea «la trasformazione del ruolo della legge, nella direzione di un suo progressivo ridimensionamento rispetto alla sua configurazione come fonte prima e tendenzialmente esaustiva di ogni esigenza di produzione normativa [...]», ponendola in stretta connessione con la scelta, compiuta dalla Costituzione del 1948, «a favore di uno Stato che assume tra i suoi principi fondanti quello della massima valorizzazione del pluralismo istituzionale e sociale». Secondo tale prospettiva, quindi, le trasformazioni che sta subendo la fonte legislativa «non rappresentano altro che sviluppi coerenti di un disegno costituzionale».
- ⁴⁰ Le due prospettive – legislativa e giurisdizionale – non possono peraltro essere confuse: cfr. sempre Bin R., 2013: 72, che distingue tra «sub-sistema legislativo», il quale «avrebbe il compito di perseguire obiettivi politici per mezzo di strumenti normativi» e «sub-sistema giudiziario», che «avrebbe il compito di assicurare a ogni persona il godimento dei diritti che la legge le riconosce».
- ⁴¹ Cass., n. 10741/2009; Cass., n. 16754/2012.
- ⁴² Cass., n. 16754/2012.
- ⁴³ In particolare quando questa diversa allocazione non si regga su una formale ed esplicita scelta legislativa, mediante una delega ad autorità indipendenti o a fonti normative alternative; cfr. Ainis, 1996: 2015, basandosi su quanto proposto da Gianformaggio, 1983.
- ⁴⁴ Bin, 2013: 7, pur in diverso contesto – la forma di governo – utilizza il concetto di «omeomorfismo», inteso quale capacità delle figure geometriche di subire una «deformazione senza strappi»; il limite quindi sarebbe la lacerazione dello spazio topologico del rapporto tra legislatore e giudice, nell'ottica della separazione dei poteri.
- ⁴⁵ C. cost., ord. n. 334/2008.

⁴⁶ C. cost., n. 282/2002.

⁴⁷ V. C. cost., n. 274/2014.

⁴⁸ Il dibattito è amplissimo (e la bibliografia, anche solo italiana, è già sterminata; per un panorama di massima cfr. l'elenco di riferimenti raccolti dalla MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience: <<http://www.lawneuro.org/italy.php>>, 12/2016).

⁴⁹ Di cui sono fedele portavoce, in Italia, le pagine della rivista *Divenire*, consultabile anche online al seguente indirizzo: <<http://www.divenire.org/>> (12/2016).

⁵⁰ V. Trib. Como, 20.05.2011, che ha riconosciuto come parzialmente non imputabile un determinato soggetto anche a seguito di un'analisi di carattere neuroscientifico.

⁵¹ Ritene in tal senso Silvestri, 2004: 421, che, da un lato, «sia il legislatore nel porre la legge, sia l'amministratore nell'operare le scelte discrezionali, sia il giudice nell'emanare le sentenze trovano il sentiero per uscire dal labirinto delle controversie scientifiche nella maggiore o minore compatibilità di una rappresentazione della realtà rispetto ad un valore positivizzato dotato di naturale forza espansiva»; e che, dall'altro lato, «la legittimazione degli atti autoritativi (normativi, amministrativi, giurisdizionali) non riposa sulla forza – detta eufemisticamente «effettività» dei teorici del diritto – né sulle semplici procedure, che, prive di orientamento assiologico, finiscono con il rifluire sul primo criterio, ma sulla concordanza, democraticamente e ragionevolmente controllata, con i principi fondamentali della Costituzione».

Riferimenti bibliografici

- Agosta S. 2015, *Il consenso quale epicentro del dialogo intergiurisprudenziale in tema di vita nascente*, in *Diritti fondamentali*, <http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/index.php/11-dottrina/393-il-consenso-qual-epicentro-del-dialogo-intergiurisprudenziale-in-tema-di-vita-nascente> (12/2016).
- Ainis M. 1996, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giur. cost.*: 2015-2033.
- 2006, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino: 23-30.
- Berti G. 1986, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova.
- Bin R. 1988, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino: 1-22.
- 2007, *Cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*: 11-52.
- 2009, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli: 35-60.
- 2013a, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano.
- 2013b, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*: 7-19.
- 2014, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in P. Nappi et al. (a cura di), *Studi in onore di Luigi Costato, III*, Jovene, Napoli: 75-84.
- Campiglio C. 2010, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto. Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano: 609-636.
- Caretti P. 2011, *La legge parlamentare nel sistema delle fonti: trasformazioni in atto e problemi di prospettiva*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano: 361-374.
- Carnelutti F. 1951, *Postilla*, in *Foro it.*: 989-990.
- Casonato C. 2012, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino.
- 2014, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*: 179-208.
- Conte L. 2015, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle sezioni unite*, in *BioLaw Journal*: 261-272.
- Conti R. 2014, *I giudici e il biodiritto*, Aracne, Roma.
- D'Aloia, A. 2011, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Giuffrè, Milano: 15-50.

- 2012, *Biodiritto oltre lo Stato*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Giappichelli, Torino: 37-96.
- D'Amico G. 2004, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alla certezza del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino: 237-266.
- 2008, *Scienza e diritto nel prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina.
- Di Ciommo F. 2010, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*: 144-153.
- Dolcini E. 2011, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*: 428-457.
- Ferrando G. 2011, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*: 517-524.
- Gemma G. 2006, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino: 31-92.
- Gianformaggio L. 1983, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto: problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano: 131-152.
- Grasso G. 2006, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano.
- La Spina A., Majone G. 2000, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna.
- Luciani M. 2012, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, <<http://www.rivistaaic.it/funzioni-e-responsabilita-della-giurisdizione-una-vicenda-italiana-e-non-solo.html>> (12/2016).
- Magnani C. 1999, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Quattroventi, Urbino.
- Malfatti E. 2012, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenza della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i 'giochi di parole' divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, <<http://www.rivistaaic.it/la-corte-di-strasburgo-tra-coerenze-e-incoerenze-della-disciplina-in-materia-di-procreazione-assistita-e-interruzione-volontaria-della-gravidanza-quando-i-giochi-di-parole-divengono-decisivi.html>> (12/2016).
- Manetti M. 1994, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- Marini L. 2012, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Giappichelli, Torino.
- Mowbray A. 2005, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, V (1): 57-79.
- Murphy T., Ó Cuinn G. 2010, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, X (4): 601-638.
- Nardocci C. 2013, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a*

- marginale di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, in <<http://www.rivistaaic.it/la-corte-di-strasburgo-riporta-a-coerenza-l-ordinamento-italiano-fra-procreazione-artificiale-e-interruzione-volontaria-di-gravidanza-riflessioni-a-marginale-di-costa-e-pavan-c-italia.html>> (12/2016).
- Nicodemo S. 2002, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova.
- Palmerini E. 2008, *Le frontiere del biodiritto*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Giuffrè, Milano: 275-295.
- Palmerini E. 2014, *The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context*, in Palmerini E., Stradella E. (eds.), *Law and Technology. The Challenge of Regulation Technological Development*, Pisa University Press, Pisa: 7-24
- Palombino F.M. 2011, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*: 4811-4824.
- Parasidis E. 2011, *The Essence of Being Human*, in S. Muller et al. (a cura di), *The Law of the Future and the Future of the Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo: 523-543.
- Pavone I.R. 2009, *La Convenzione Europea sulla Biomedicina*, Giuffrè, Milano.
- Penasa S. 2009, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*: 817-841.
- 2015, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Picocchi C. 2001, *L'arrêt Perruche della Cassazione francese: wrongful life actions e tutela costituzionale dell'esistenza. Un dissidio "insanabile"?*, in *DPCE*: 677-685.
- 2005, *Bioethics and Law: Between Values and Rules*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, XII (2): 471-482.
- Picozza E. et al. 2011, *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino.
- Pin A. 2012, *Per chi suona la campana (della Corte)?*, in *Quad. cost.*: 313-337.
- Pioggia A. 2012, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*: 49-80.
- Pizzetti F.G. 2012, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Reich W.T. 1995, *Encyclopedia of Bioethics*, Macmillan Publishing Company, New York.
- Repetto G. 2013, *«Non di sola Cedu...» La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*: 131-165.
- Rodotà S. 1967, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano.
- Rodotà S., Tallacchini M. 2010, *Introduzione*, in Rodotà S., Tallacchini, M. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano: XLIII-LIII.
- Romano S. 1953, *Realtà giuridica*, in S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano: 204-219.
- Rossi S. 2012, *La Cassazione e la nascita indesiderata (Profili costituzionali di Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 1675)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <<http://>

- www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/giurisdizioni_ordinarie/0015_rossi.pdf> (12/2016).
- Ruggeri A. 2013, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato*, in *Federalismi.it*, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?artid=21864> (12/2016).
- Santosuoso A. (a cura di) 2009, *Le neuroscienze e il diritto*, Ibis, Como-Pavia.
- Schiavone A. 2007, *Storia e destino*, Einaudi, Torino.
- Silvestri G. 2004, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*: 411-438.
- Spadaro A. 1994, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, Giuffrè, Milano.
- 2009, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli: 2007-2042.
- Tega D. 2012, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano.
- Tripodina C. 2010, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/335/>> (12/2016).
- van Dijk P. (a cura di) 2006, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Antwerp.
- Velluzzi V. 2010, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano.
- Veronesi P. 2009a, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano.
- 2009b, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*: 591-618.
- Veronesi P. 2011, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. Canestrari et al. (a cura di), *Il governo del corpo*, I, Giuffrè, Milano: 137-172.
- Violini L. 2002, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*: 1450-1461.
- 2008, *Bioetica e laicità*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti (a cura di), *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI. Atti del XXII Convegno Annuale. Napoli, 26-27 ottobre 2007*, Cedam, Padova: 221-274.
- 2014, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale, Rivista AIC*, <<http://www.osservatorioaic.it/download/AlrZWwhybHpx6DGKdgBJ33uV5qYDTR0PnTMZfeu9o0f0/violini-2014.pdf>> (12/2016).
- Volpe G. 2000, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari.
- Zagrebelsky G. 1992, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.
- 2012, *Manuale di diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna.