

Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana

Simone Penasa*

THE JUDGE AT THE CROSSROADS BETWEEN THE TECHNO-SCIENTIFIC ELEMENT AND THE AXIOLOGICAL COMPLEXITY OF REALITY. REFLECTIONS FROM THE ITALIAN CASE LAW

ABSTRACT: Moving from the recognition of a mutually influential relationship between the evolution of bio-law and the role of the judge in contemporary societies, the article aims to offer a systematisation of the main approaches that courts tend to adopt when faced with scientifically characterised cases. The proposed classification is based on the function that scientific data can play within the judicial reasoning, as an instrument of recognition and exercise (at least potential) of fundamental rights of the person, as it happens in the context of the beginning of life; or, alternatively, as a context of manifestation of these rights, and of the more general ethical, scientific, and social pluralism that characterizes the issues of bio-law (end of life).

KEYWORDS: Science; jurisdiction; techno-scientific issues; science autonomy; beginning and end-of-life issues

SOMMARIO: 1. Diritto, scienza e giudice: la reciprocità tra evoluzione del biodiritto e del ruolo del giudice – 2. Giudice e biodiritto: sussidiarietà rispetto alla discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale – 3. Il giudice tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica: una proposta di classificazione – 3.1. Giudice e rinvio all'autonomia medico-scientifica: l'impatto sulla profondità dello scrutinio e sulla tutela concreta dei diritti coinvolti – 4. La scienza integra e definisce la complessità assiologica dei casi: il caso dell'inizio vita – 5. La scienza come contesto di manifestazione del pluralismo assiologico: il fine vita – 6. Riflessioni conclusive: il giudice e la scienza nel prisma della complessità assiologica dei casi.

1. Diritto, scienza e giudice: la reciprocità tra evoluzione del biodiritto e del ruolo del giudice

L'esistenza di una relazione costante tra esercizio della funzione giurisdizionale e utilizzo di dati tecnico-scientifici nel processo rappresenta un ambito ormai consolidato della riflessione dottrinale e della realtà giuridica negli ordinamenti contemporanei¹. Tanto che, sotto molti aspetti, alcuni dei quali verranno analizzati nel presente contributo nella prospettiva

* *Ricercatore in Diritto pubblico comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: simone.penasa@unitn.it. Contributo elaborato nel quadro del gruppo di ricerca spagnolo "Proyecto DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación". Contributo sottoposto a referaggio anonimo. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ *Ex plurimis*, G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 412 ss.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.

dell'ordinamento italiano, non appare possibile – da un lato – analizzare in modo esaustivo il rapporto tra diritto e scienza senza indagare il ruolo svolto dalle corti all'interno della costante evoluzione che lo caratterizza dal punto di vista normativo e epistemologico²; e – dall'altro lato – l'ormai sistematico coinvolgimento delle corti nazionali in casi connotati da una natura tecnico-scientifica rappresenta una prospettiva privilegiata dalla quale osservare l'evoluzione della natura della funzione giurisdizionale all'interno degli stati costituzionali contemporanei³.

L'intreccio tra diritto, scienza e giurisdizioni rappresenterà l'oggetto del presente scritto, nel quale si affronteranno preliminarmente le due dimensioni appena richiamate – l'evoluzione di ciò che convenzionalmente viene definito biodiritto nel prisma del ruolo svolto dalle corti e il mutamento che caratterizza la giurisdizione (intesa sia come ordinaria che come costituzionale) all'interno dello stato costituzionale – per poi proporre una sistematizzazione dei più consolidati approcci giurisprudenziali in ambiti tradizionalmente ricondotti alla relazione tra diritto e scienza, quali l'inizio e il fine vita. Pur essendo consapevoli di non potere esaurire nel presente contributo le molteplici e complesse questioni giuridiche sollevate dall'intreccio tra diritto e scienza, ci si vuole soffermare sull'esistenza di un rapporto di reciprocità tra fattori sistemici che hanno consentito l'evoluzione – da un lato – del biodiritto, all'interno del quale il ruolo dei giudici risulta come si vedrà determinante, e – dall'altro lato – della giurisdizione all'interno dell'ordinamento italiano, che ha visto nel sistematico coinvolgimento delle corti in questioni scientificamente connotate uno dei contesti più paradigmatici di manifestazione.

2. Giudice e biodiritto: sussidiarietà rispetto alla discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale

In prima battuta, è possibile affermare che il biodiritto – non solo in Italia⁴ – abbia una natura originaria prevalentemente giurisprudenziale, tanto che in dottrina si è evocata la possibilità di «configurare la bioetica come un diritto fondamentalmente di origine giurisprudenziale»⁵. Significativamente rispetto alla prospettiva appena evocata, l'Autore citato da ultimo mette in relazione la «fine del mito liberale del giudice bouche de la loi» e l'ampio spazio dell'interpretazione nell'odierna società, sottolineando che «ciò è ancor più vero in tutti i settori dove lo sviluppo tecnologico e scientifico costituiscono fattori di forte cambiamento dinamico e complessità delle materie da normare»⁶. Secondo D'Aloia «il modo di essere del biodiritto, come diritto prioritariamente giurisprudenziale, costituisce, al tempo stesso il segno di una trasformazione profonda del ruolo del giudice e della giurisdizione

² Su tale aspetto, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 203-223.

³ In riferimento alla dottrina italiana relativa all'evoluzione del ruolo del giudice, *ex plurimis* e senza pretesa di esaustività, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari, 2017; S. BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2018, 3-14; AA. VV., *Il giudice e la legge*, in *Questione giustizia*, 4, 2016; AA.VV., *Dibattito su «Giudici e legislatori»*, in *Diritto pubblico*, 2016, 483-623; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 919-929; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica*, Milano, 2013; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

⁴ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 8 ss.

⁵ A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, 2016, 49.

⁶ *Ivi*, 50.

nello Stato costituzionale “aperto”⁷. In tal senso, si aderisce in questa sede – pur dovendosi sottolineare la pluralità di impostazioni dottrinali sul punto⁸ – alla teoria che considera fisiologico all’interno di uno stato costituzionale di diritto⁹ il riconoscimento di una funzione sostanzialmente normativa in capo alle corti, individuando proprio negli ambiti in cui più complesso e inestricabile si presenta l’intreccio tra dimensione scientifica e dimensione assiologica un caso paradigmatico di integrazione (secondo alcuni di «co-produzione»¹⁰) tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale¹¹.

Appare quindi condivisibile – oltre che fondata su una solida giurisprudenza costituzionale, come si vedrà subito *infra* – l’opinione di chi afferma che «la scienza è al contempo il presupposto per l’esercizio tanto della valutazione politica alla base dell’esercizio del potere legislativo tanto dell’attività ermeneutica con cui il giudice ricava la norma da applicare al caso concreto»¹². Il ruolo del giudice appare quindi configurabile quale elemento costitutivo delle dinamiche normative e istituzionali che caratterizzano la dimensione biogiuridica¹³. Una volta riconosciutane la natura necessaria, occorre evidentemente ribadire il carattere sussidiario rispetto agli altri strumenti di disciplina, *in primis* quello legislativo: in altre parole, occorre stabilire il perimetro fisiologico, in termini di equilibrio tra poteri, e legittimo, in termini di compatibilità con il quadro dei principi costituzionali, di esercizio della funzione giurisdizionale in ambiti scientificamente connotati¹⁴.

In tale prospettiva, l’analisi della giurisprudenza costituzionale può fornire utili spunti al fine di giungere a una razionalizzazione, inevitabilmente flessibile e dinamica tenuto conto della costante evoluzione delle acquisizioni tecnico-scientifiche, da un lato, e della coscienza sociale relativa a questioni eticamente sensibili, dall’altro lato, del rapporto tra legislazione e giurisdizione, interpretato alla luce di una concezione contemporanea di stato costituzionale¹⁵. Chiamata ad affrontare questioni relative

⁷ A. D’ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 105.

⁸ Si pensi ad esempio a quanto proposto da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251-290; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 919-929. Per una utile analisi delle diverse impostazioni, G. D’AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA, G. D’AMICO, L. D’ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, 2017, 32 ss.

⁹ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, 7-20.

¹⁰ A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015. Dovuto è inoltre il riferimento agli scritti di M. TALLACCHINI e S. JASANOFF, in particolare almeno M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 313-336; S. JASANOFF, *Science and democracy*, in ULRIKE FELT, RAYVON FOUCHÉ, CLARK A. MILLER, LAUREL SMITH-DOERR (eds.), *The Handbook of Science and Technology Studies*, 2017, 259-287; Id. (ed.), *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, MIT, 2011.

¹¹ Secondo G. SILVESTRI, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, 1985, «la funzione normativa non si identifica con l’attività legislativa», la quale «è solo uno dei modi procedurali concreti con i quali si può svolgere una funzione normativa».

¹² A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 50.

¹³ Ad esempio, R. CONTI, *I giudici e il biodiritto: Un esame “concreto” dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti Europee*, 2014.

¹⁴ Si è proposto in passato una classificazione che tentava di razionalizzare tale intreccio (S. PENASA, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull’esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, 2016, 69-102).

¹⁵ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, cit.

all'inizio e al fine vita, la Corte costituzionale sembra concepire la relazione tra le due fonti – legislazione e giurisprudenza – in termini di compatibilità e non esclusività, riconoscendo la centralità – in un certo senso un ordine di precedenza – della funzione legislativa che non esclude l'esistenza di uno spazio incomprimibile nel suo nucleo essenziale di esercizio della funzione giurisdizionale. Da un lato, quindi, la Corte costituzionale afferma che il legislatore rappresenta l'autorità più legittimata a compiere determinate scelte di natura assiologica, in particolare quando è richiesta l'individuazione di un bilanciamento tra principi e diritti costituzionalmente garantiti a livello costituzionale; dall'altro lato, ciò non preclude al giudice di svolgere anche in tali casi – in particolare quando il legislatore si astenga dal prevedere una disciplina – la propria funzione, determinandosi una sorta di integrazione di competenze – di aree normative e funzionali di intervento – che risulta finalizzata alla massima realizzazione del progetto costituzionale.

La Corte costituzionale ha in tal senso affermato, rilevata l'assenza di una disciplina legislativa in un ambito particolarmente rilevante in termini di esigenza di tutela di diritti delle persone coinvolte quale la donazione di gameti a fini riproduttivi e accesso alle tecniche di procreazione assistita (fecondazione eterologa), che rappresenta un «compito del legislatore» specificare l'ambito di esercizio e le garanzie da assicurare ai diritti coinvolti (in particolare, secondo la Corte, quelli di cui il nato da tali tecniche risulta titolare) e che di conseguenza «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»¹⁶. L'utilizzo non casuale dell'avverbio «primariamente», in luogo ad esempio di «esclusivamente», apre al riconoscimento di uno spazio sussidiario per il giudice, al quale spetta – in particolare in caso di carenza legislativa – la funzione di «ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»¹⁷.

Un approccio analogo è riscontrabile in una decisione che ha ad oggetto – nell'ambito di un caso relativo alla richiesta di sospensione di un trattamento sanitario *life-sustaining* presentata dal tutore di una persona in stato vegetativo permanente in assenza, anche in questo caso, di una specifica disciplina legislativa – un conflitto di attribuzioni tra il Parlamento, da un lato, e la Corte di cassazione, dall'altro lato¹⁸. In assenza – come anticipato – di una legge in materia, la Corte di cassazione aveva individuato, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del materiale normativo esistente all'epoca, alcuni principi di diritto da applicare al caso oggetto di giudizio e a casi analoghi, riconoscendo la configurabilità di un diritto costituzionale al rifiuto dei trattamenti sanitari, esercitabile anche da una persona incapace nel caso in cui fossero soddisfatte una serie di condizioni. Secondo il Parlamento, così facendo la Corte di cassazione avrebbe utilizzato «la funzione giurisdizionale per

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, sulla quale – *ex plurimis* – A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima sull'eterologa*, in *Forum cdi Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014, 1-7; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014, 1-15; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 13 ss.

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, cit.

¹⁸ Corte cost., ord. n. 334 del 2008, sulla quale R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 ottobre 2008; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro italiano*, I, 2009, 49 ss.

modificare in realtà il sistema legislativo vigente, così invadendo l'area riservata al legislatore»¹⁹, finendo con l'adottare «un atto sostanzialmente legislativo»²⁰, che della sentenza assumerebbe meramente la forma. Tuttavia la Corte costituzionale non ritiene le doglianze fondate, basandosi su un duplice ordine di argomentazioni. Da un lato, si afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione, non potendosi in alcun modo ritenere che

«i giudici 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»²¹;

dall'altro lato, la Corte ribadisce, seppur implicitamente, la natura sussidiaria e non esclusiva della relazione tra giurisdizione e legislazione, ricordando che «il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti», senza che dalla precedente attività giurisdizionale possano derivare vincoli all'esercizio della discrezionalità politica.

La natura costituzionalmente necessaria della coesistenza tra legislazione e giurisdizione, nello specifico contesto della disciplina degli effetti derivanti dall'applicazione delle acquisizioni tecnico-scientifiche in ambito biomedico, si esprime non solo quando sussista una lacuna legislativa²² – come nei casi appena richiamati – con la conseguenza inevitabile di trasferire la responsabilità di inventare²³ la regola più adeguata al caso quasi interamente sulle corti²⁴. Anche in presenza di una legge, la Corte

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Secondo A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, cit., 106, si tratta di «Una creatività imposta dalla sua funzione, non usurpata. Il giudice [...] deve essere creativo: il giudice creativo non è il giudice che pretende di essere un legislatore, ma il giudice che usa doverosamente la ricchezza dei materiali e delle risorse che appartengono alla sfera interpretativa, che fa parlare le norme giuridiche, incrociando principi e clausole generali (che sono diritto scritto), con la straordinaria varietà dei fatti e dei contesti umani, sociali, culturali che danno vita e restano sullo sfondo dei casi giudiziari».

²² Secondo A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudice*, cit., 37, «senza legge, i giudici acquisiscono poi una ineludibile funzione di “legislatori interstiziali” in un campo dove il legislatore [...] non può tutto regolare e disciplinare ogni aspetto, senza lasciare adeguato flessibile spazio a giudici, scienziati e operatori sanitari». E. TIRA, *Qualche suggestione sull'equilibrio fra istanze politiche e istanze giurisdizionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2018, 1-24, sottolinea «un problema di inerzia del legislatore in certi settori, soprattutto quelli eticamente sensibili (riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, bioetica, testamento biologico, eutanasia, e più in generale tutto l'ambito dei c.d. nuovi diritti), che risultano pertanto più o meno involontariamente demandati alle decisioni dell'autorità giudiziaria». Secondo l'Autrice da ultimo citata, «In questi casi il giudice, dinanzi alla necessità di pronunciarsi e all'inerzia del legislatore, agisce necessariamente come un “supplente” di quest'ultimo, dando luogo ad una giurisprudenza a volte criticabile, ma non concretamente evitabile».

²³ Si richiama l'espressione utilizzata da P. Grossi, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari, 2017.

²⁴ R. BIN, *Il giudice*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, *Special Issue*, 204, individua quale fattore di modificazione del ruolo del giudice il «pessimo funzionamento del circuito politico-rappresentativo» e la «intollerabile sciattezza legislativa, che rende le leggi sempre meno leggibili, interpretabili e chiare nel fissare la disciplina dei diritti».

costituzionale riconosce comunque l'esistenza di una necessaria (fisiologica) funzione attuativa del quadro legislativo in capo ai giudici²⁵.

Un esempio paradigmatico è rappresentato dalla determinazione dello *status filiationis* dei nati da maternità surrogata nell'ordinamento italiano, nel caso di coppie che si siano recate all'estero per sottoscrivere tale tipo di accordi²⁶, ponendosi la questione di quale criterio privilegiare nell'ottica del rispetto del miglior interesse del nato. Partendo dal presupposto che l'accertamento della verità biologica non assume un rilievo *ex se* decisivo ma concorre con altri elementi alla definizione della complessiva identità del minore, unitamente ad esempio al rilievo giuridico acquisito dalla genitorialità sociale, la Corte costituzionale individua esplicitamente nel giudice il soggetto chiamato a svolgere tale valutazione. In particolare, si riserva all'apprezzamento del giudice la decisiva operazione di determinare di volta in volta «il concreto interesse del minore»²⁷, attraverso una «valutazione comparativa» basata su una serie di variabili che la medesima Corte costituzionale individua formalmente, pur non trovando queste ultime non trovano una formale tipizzazione a livello legislativo²⁸. A prescindere dalla complessità della questione oggetto della decisione richiamata, ai fini del presente contributo occorre sottolineare come – anche in questo caso – la stessa giurisprudenza costituzionale ribadisca l'ineluttabilità di ciò che in dottrina è stata definita una relazione di «leale collaborazione» tra legislatore e giudici, all'interno della quale si riconosce la centralità dell'apporto che può essere assicurato – in quanto debitamente metabolizzato a livello normativo e istituzionale – dalle «indicazioni offerte dall'etica e dalla scienza»²⁹. Secondo tale impostazione, pertanto, la scienza – e più pre-

²⁵ A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, cit., 110, ritiene che «Il ruolo centrale della decisione giudiziaria non dipende solo dalla carenza di regolazione legislativa. Anche quando il legislatore interviene, non per questo vengono meno i margini di intervento del giudice: per adattare la rigidità della regola legislativa alla imprevedibile singolarità dei casi e al continuo mutare dei paradigmi scientifici e tecnologici, che finisce col rendere provvisorie tutte le "certezze" via via raggiunte; ma anche per riaprire i termini del dibattito, proponendo (con gli strumenti dell'interpretazione costituzionalmente conforme o della questione di legittimità costituzionale) una differente proiezione applicativa dei principi costituzionali».

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 2017. Per un commento. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 marzo 2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 149-177. Cfr. anche il Focus "Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)", in *GenIUS*, 2, 2017, 6-67.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 2017.

²⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 2017. Secondo la Corte costituzionale, «Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela», oltre all'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità».

²⁹ Secondo A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 272-273, spetterebbe «al legislatore, dunque, il compito di tracciare la cornice del quadro, ai giudici il riempimento dello stesso: entrambi, poi, devono trarre luce e alimento dalle indicazioni offerte dall'etica e dalla scienza, non limitandosi peraltro ad una mera "razionalizzazione" dell'esistente bensì sollecitando l'una e l'altra al proprio

cisamente una fisiologica integrazione dei dati scientifici nell'esercizio delle funzioni tipiche di uno stato costituzionale di diritto – può contribuire in modo decisivo al «reciproco completamento tra dimensione legislativa e dimensione giudiziaria», in quanto «tanto in presenza di una disciplina legislativa tanto in colpevole assenza dell'intervento legislativo sarà comunque il giudice, con l'auspicabile ausilio della scienza, a ricavare la "regola del fatto" da applicare al caso concreto»³⁰.

Coerentemente con il metodo adottato nel presente scritto di affiancare l'analisi teorica della relazione tra giudici, scienza e legislazione al costante richiamo della giurisprudenza costituzionale, intesa quale prisma attraverso cui verificare la tenuta della prima, occorre qui richiamare il fatto che la Corte costituzionale sembra affermare l'esistenza di ambiti nei quali, seppur caratterizzati dalla presenza di elementi di natura tecnico-scientifica, la carica assiologica delle questioni che vengono in rilievo raggiunge un livello di complessità sociale, etica, e quindi giuridica, così elevato da comportare l'intangibilità delle scelte operate dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità politica, tanto in sede di controllo di costituzionalità quanto attraverso l'utilizzo di metodi ermeneutici quali l'interpretazione conforme a costituzione. Il legislatore – tenuto conto anche della situazione di incertezza che caratterizza la comunità scientifica di riferimento – può legittimamente introdurre divieti assoluti allo svolgimento di determinati tipi di ricerca scientifica³¹, in quanto interprete della volontà della collettività. Più nello specifico, la Corte costituzionale ha individuato nel legislatore l'autorità chiamata a «tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»³². Rispetto al potenziale utilizzo di pratiche medico-scientifiche al fine di esercitare una libertà personale – nel caso di specie l'accesso alle tecniche di PMA da parte di una coppia di persone dello stesso sesso di genere femminile – la scelta del legislatore di escludere determinate categorie di persone da tali trattamenti risulta giustificata alla luce della esigenza di tutelare esigenze di natura assiologica – nel caso di specie, una determinata concezione di famiglia e di genitorialità – la cui determinazione spetta al legislatore «quale interprete della collettività nazionale»³³.

rinnovamento [...)]. L'Autore rileva inoltre «la necessità (e non la mera opportunità) di dare largo spazio soprattutto ai giudici», in quanto anche la legge più aperta alla scienza «per suo strutturale limite non è in grado di tenere il passo della scienza stessa, seguendone gli sviluppi con la stessa rapidità con cui si evolvono le circostanze, al pari di come può invece fare il giudice che dà risposte "mirate" in ragione delle complessive esigenze del caso» (*Ivi*, 274-275).

³⁰ A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 150-1. Il medesimo Autore evoca il rischio di «un giudice che, senza l'intermediazione legislativa, vada in sostanza a interpretare direttamente istanze presenti e vive nella società, ma non ancora "trasformate" in diritto» (*Ivi*, 153).

³¹ Nel caso di specie, la ricerca e sperimentazione che prevedono l'utilizzo di embrioni umani.

³² Corte costituzionale, sentenza n. 86 del 2014. Per un commento, il *Focus on* pubblicato su *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 157-269.

³³ Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2019, sulla quale L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, 227-247; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 144-165.

Pur a fronte del complesso quadro appena richiamato, le corti stanno sempre più assumendo la funzione di mediatrici³⁴ tra pluralismo assiologico emergente dalla società e complessità scientifica che deriva dagli incessanti progressi a livello biomedico, tanto che in dottrina ci si è espressi in termini di «prospettiva concorrenziale» tra autonomia (in termini costituzionali, appare configurabile un vero e proprio dovere) del legislatore di intervenire in tali ambiti, da un lato, e «[...] intrinseca dinamicità del potere giudiziario e con la sua naturale capacità di farsi interprete, in tempo reale, delle esigenze emergenti dai contesti sociali»³⁵. Nella seconda parte dello scritto si offriranno alcuni esempi concreti delle diverse declinazioni che la relazione tra legislatore e giudice, da un lato, e giudice e scienza, dall'altro, può assumere in ambiti eticamente sensibili quali l'inizio e il fine vita.

3. Il giudice tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica: una proposta di classificazione

La seconda parte dello scritto verrà sviluppata riconoscendo la centralità del dato scientifico, non tanto nel senso del suo utilizzo e quindi valutazione con finalità probatorie³⁶, quanto nella prospettiva del "posto" occupato dal medesimo all'interno del processo e, più nello specifico, delle argomentazioni utilizzate dalle corti per decidere il caso. A tal fine, si assumerà come essenziale la necessità di integrare nell'analisi della relazione tra diritto, scienza e ruolo delle corti un elemento ulteriore rispetto a quello del ruolo svolto dai dati scientifici nell'ottica dell'esercizio di funzioni di natura giurisdizionale: la relazione di questi ultimi con la carica assiologica che i casi del biodiritto inevitabilmente esprimono.

Il dato scientifico non è destinato infatti ad entrare in relazione esclusivamente con determinati ambiti giuridici, nel caso di specie con la giurisdizione, rispetto alla quale tradizionalmente può venire ad assumere la natura di "oggetto" o di "strumento" del giudizio (e della disciplina, nel diverso contesto della produzione legislativa in ambiti scientificamente connotati³⁷). Esso assume rilievo – potenzialmente decisivo nell'orientare le modalità di esercizio della funzione, come si dimostrerà nella seconda parte dello scritto – anche se identificato e interpretato alla luce della sua relazione con la complessità etica e assiologica che le questioni poste dall'evoluzione tecnico-scientifica e dalla sua applicazione nell'ambito delle scienze della vita inevitabilmente producono. Complessità scientifica e complessità assiologica insistono – e connotano – in modo spesso inestricabile sui temi tipici del biodiritto ma, alla luce della giurisprudenza analizzata e anticipando una delle premesse teoriche del presente scritto, per giungere a una classificazione attendibile dell'impatto esercitato dal formante scientifico sul diritto e sulla giurisdizione in particolare appare opportuno distinguere le diverse for-

³⁴ C. CASONATO, S. PENASA, *Dinamiche costituzionali e biodiritto. Il ruolo del giudice tra inerzia e solerzia*, in L. MEZZETTI, E. FEROLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, 2018, 879-888.

³⁵ G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, cit., 35.

³⁶ Pur essendo consapevoli della centralità che la valutazione delle prove scientifiche può assumere all'interno del giudizio.

³⁷ Sulla relazione tra dati scientifici e legislatore, sia consentito il riferimento a S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, 2015.

me nelle quali si può concretizzare la relazione tra dimensione scientifica e dimensione assiologica dei casi posti all'attenzione delle corti.

3.1. Giudice e rinvio all'autonomia medico-scientifica: l'impatto sulla profondità dello scrutinio e sulla tutela concreta dei diritti coinvolti

Preliminarmente, occorre specificare che la questione della formazione, assunzione e valutazione della prova scientifica nel processo non formerà oggetto di analisi³⁸. Su tale aspetto, nella specifica prospettiva della delimitazione dei margini di apprezzamento riservati al giudice (tanto ordinario quanto costituzionale), appare però opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale avente ad oggetto il "caso Di Bella"³⁹, in riferimento alla ampiezza e profondità dello scrutinio che le corti sono legittimate a svolgere rispetto alla legittimità delle valutazioni operate da organismi di natura tecnico-scientifica, nell'ambito di competenze e funzioni attribuite a questi ultimi dal legislatore. La Corte costituzionale ha individuato in tal senso il principio secondo cui autorità diverse da quelle direttamente individuate dal legislatore non possono legittimamente sostituire «il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici»⁴⁰. In particolare, nella sentenza n. 121 del 1999 la Corte costituzionale afferma l'esistenza di limiti, valida anche per i giudici ordinari, al potere di sostituire una propria valutazione discrezionale, attraverso l'utilizzo di strumenti peritali, a quella fornita, o comunque di competenza, di organismi tecnico-scientifici, accogliendo un conflitto di attribuzione tra poteri dello stato sollevato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri sulla base del fatto che il giudice ha utilizzato a fini del tutto impropri lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio. Attraverso tale istituto, infatti, non è possibile operare una «rivalutazione dei giudizi resi dagli organi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione», in quanto il giudice si deve limitare a valutare esclusivamente la concreta situazione medica delle parti processuali⁴¹, risultando al contrario in un esercizio abnorme della funzione giurisdizionale⁴². Ciò rappresenta un aspetto decisivo al fine di definire l'ambito di valutazione nel merito di questioni di carattere tecnico-scientifico che i giudici ordinari possono legittimamente svolgere, rappresentando in tal senso la rilevanza dei dati scientifici nel processo una variabile in grado di limitarne la natura e la profondità dello scrutinio operabile. Un ulteriore limite all'esercizio della funzione, che al contempo ne rappresenta però un obiettivo (quello di tutelare i diritti soggettivi coinvolti anche attra-

³⁸ Su tale aspetto, è dovuto il riferimento all'Opera di Michele Taruffo, in particolare da ultimo M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, 2020, 286 ss.; cfr. anche D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, 2020, in particolare 236 ss.; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 591-618.

³⁹ Si rinvia al contributo di Paolo Veronesi pubblicato in questa *Rivista*.

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 185/1998. Per un commento, A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul "caso Di Bella"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1510 ss.; E. CASTORINA, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute: la sperimentazione terapeutica di farmaci ed il "rispetto della persona umana"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2535 ss.; T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2798 ss.

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 121/1999.

⁴² P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche*, cit., 599, si esprime in termini di «sfere di competenza violate».

verso il riconoscimento e la garanzia dell'autonomia decisionale dei professionisti coinvolti, su cui *infra*), è rappresentato dall'esigenza di riconoscere ai professionisti della salute coinvolti nel caso concreto un adeguato spazio di autonomia decisionale, al fine di definire i trattamenti sanitari più adeguati alle caratteristiche della persona coinvolta. Tale riconoscimento può avvenire anche a livello giurisdizionale attraverso la tecnica della delega di bilanciamento in concreto⁴³. Anche tale dimensione conformativa dell'esercizio della funzione giurisdizionale trova ormai solide basi all'interno della giurisprudenza costituzionale italiana.

La Corte costituzionale ha infatti, a partire dalla sentenza n. 282 del 2002, affermato il principio secondo cui, nell'ambito della pratica terapeutica,

«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»⁴⁴.

In tal senso, il richiamo all'autonomia professionale dei medici o di organismi dotati di specifiche competenze tecniche coinvolti nel caso oggetto di giudizio finisce con lo svolgere potenzialmente due funzioni.

Nella prospettiva dell'ampiezza dello scrutinio operato dal giudice, la natura scientificamente connotata del caso può condurre il giudice ad applicare una presunzione forte di legittimità delle valutazioni operate dai soggetti appena richiamati e, comunque, a riconoscere uno spazio di autonomia decisionale che difficilmente può essere invaso da poteri eteronomi, in particolare attraverso un intervento legislativo o amministrativo. Un caso paradigmatico in tal senso è rappresentato dalla sentenza del TAR Lombardia⁴⁵, con la quale sono state annullate linee guida regionali che modificavano il momento, individuato previamente dal legislatore statale, a partire dal quale l'interruzione della gravidanza può avvenire esclusivamente quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna. I giudici affermano l'insuperabilità della scelta operata a livello legislativo – individuare tale criterio nella «possibilità di vita autonoma del feto»⁴⁶ – in quanto essa esprime la

«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»⁴⁷.

In questi casi, i giudici si fanno garanti delle scelte discrezionali operate a livello legislativo, quando queste ultime risultano definite in modo tale da assicurare alla autonomia professionale uno spazio

⁴³ Si richiama la nota espressione di R. BIN, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, 1992, 120 ss.

⁴⁴ Sul punto la dottrina è ormai vasta, cfr. da ultimo A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, 2018; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020.

⁴⁵ TAR Lombardia, 29 dicembre 2010, n. 7735, sulla quale B. LIBERALI, *Costituzione e interpretazione nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza fra progresso scientifico ed evoluzione della coscienza sociale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2, 2019, 449-451.

⁴⁶ Art. 6, primo comma, lett. a, l. n. 194/1978.

⁴⁷ TAR Lombardia, 29 dicembre 2010, n. 7735, cit.

adeguato di esercizio. Quando però ciò non avvenga a livello legislativo, le corti tendono a intervenire, attraverso l'utilizzo dei tradizionali strumenti ermeneutici, al fine di adeguare l'assetto normativo all'esigenza di riservare alla autonomia e alla responsabilità dei soggetti coinvolti uno spazio adeguato di espressione. Ciò è avvenuto ad esempio, a livello di magistratura ordinaria, relativamente alla possibilità di autorizzare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili. In tale ambito⁴⁸, il riferimento all'autonomia del medico nel definire il trattamento più adeguato viene utilizzato in modo sistematico da quelle decisioni che riconoscono a tali coppie il diritto di accedere alle tecniche di PMA e di effettuare una diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni prodotti. È utile rilevare come ciò che in altra sede si è qualificato come rinvio alla scienza⁴⁹ da parte dei giudici ordinari trovi un consolidato fondamento nella giurisprudenza costituzionale, nella quale l'esigenza di riconoscere e riservare un adeguato margine di autonoma valutazione delle caratteristiche dei singoli casi concreti oggetto di intervento medico viene ribadita in modo sistematico a fronte a scelte legislative relative alla adeguatezza scientifica di determinati trattamenti sanitari che vincolano in modo irragionevole e comunque eccessivo le scelte operate dai professionisti responsabili⁵⁰.

Questa ultima osservazione consente di introdurre la seconda funzione dell'ingresso dei dati scientifici nel processo evocata in precedenza, relativa al riconoscimento delle pretese individuali o di coppia dedotte dalle parti processuali. In questa prospettiva, il richiamo all'autonomia decisionale dei professionisti o organismi tecnici responsabili può risultare funzionale alla affermazione di un fondamento costituzionale della pretesa di tutela. Si pensi in tal senso al diritto alla salute della donna sottoposta a trattamenti di procreazione medicalmente assistita, la tutela del quale risulta inevitabilmente condizionata alla possibilità per il medico «di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento»⁵¹. In questo caso, la Corte costituzionale riconosce, quantomeno implicitamente, una funzione direttamente attuativa del diritto alla salute in capo al medico responsabile, al quale viene riservata la determinazione in concreto delle modalità di esercizio dell'attività in vista della effettiva tutela dei diritti in gioco⁵².

Da queste riflessioni, pertanto, emerge un primo elemento utile a comprendere la relazione tra ruolo del giudice e fattore tecnico-scientifico. Il giudice, infatti, risulta interessato in modo costante dal rilievo assunto da elementi extra-giuridici di carattere tecnico-scientifico, i quali contribuiscono a orientare, spesso in modo decisivo, l'esercizio della funzione giurisdizionale. Più precisamente, il dato scientifico, e la tensione valoriale al quale si accompagna, orienta e modula la funzione, in particolare rispetto alla selezione degli strumenti probatori e argomentativi utilizzati dal giudice di fronte a casi

⁴⁸ Per una ricostruzione dell'iter giurisprudenziale, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni in trono alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, 170 ss.; R. FATTIBENE, *Una riflessione sul biodiritto a partire dal dibattito italiano sulla diagnosi genetica preimpianto*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2017, 1-21.

⁴⁹ S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., in particolare 374 ss.

⁵⁰ Ad esempio, Corte costituzionale, sentenza n. 151/2009, su cui *infra*.

⁵¹ Corte cost., sent. n. 151/2019, cit.

⁵² In tal senso, ci si è riferiti al concetto di parametro interposto in riferimento alla scienza (C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 1-11).

scientificamente connotati. L'analisi della giurisprudenza negli ambiti richiamati – l'inizio vita, con particolare riferimento alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la ricerca con embrioni, e il fine vita, in relazione al rifiuto di trattamenti sanitari e alla assistenza al suicidio – sembra indicare l'esistenza di una tendenziale macro-distinzione tra casi in cui la scienza integra la dimensione assiologica, divenendo essa stessa uno strumento per regolare o comunque metabolizzare il pluralismo che la società tende a esprimere; e casi in cui, al contrario, la scienza risulta assorbita nella e dalla dimensione assiologica, rappresentando il "mero" contesto nel quale il pluralismo trova espressione. Gli esempi affrontati nei paragrafi successivi aiuteranno a chiarire il contenuto e la portata di tale classificazione.

4. La scienza integra e definisce la complessità assiologica dei casi: il caso dell'inizio vita

La prima categoria di approccio giudiziale rispetto alla relazione tra dimensione scientifica e complessità assiologica trova senz'altro nelle questioni relative all'inizio vita un ambito paradigmatico di manifestazione. In tale ambito, infatti, la natura scientificamente connotata dei casi si rivela determinante a orientare le decisioni assunte dalle corti, in riferimento sia alla magistratura ordinaria sia alla giurisprudenza costituzionale, le quali verranno trattate congiuntamente al fine di esprimere l'esistenza di una continuità metodologica e argomentativa tra i due livelli di giurisdizione.

La disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita – introdotta dalla legge n. 40 del 2004⁵³ – risulta di particolare interesse, in quanto ha ad oggetto trattamenti sanitari che risultano funzionali all'esercizio effettivo di libertà fondamentali, relative alla autodeterminazione in ambito procreativo e alla procreazione e alla formazione di una famiglia con figli; e, allo stesso tempo, deve tenere conto di ulteriori esigenze di tutela – del nato, dei soggetti coinvolti dal punto di vista medico, in particolare la donna destinataria dei trattamenti⁵⁴, dell'embrione in vitro⁵⁵ – rispetto alle quali i beni costituzionali appena richiamate devono necessariamente trovare un bilanciamento, la ragionevolezza e adeguatezza del quale può dipendere anche da elementi e variabili di natura tecnico-scientifica. In questo senso, quindi, la carica assiologica di tale contesto trova nel fattore scientifico una necessaria – e spesso decisiva – valvola di regolazione. Tale potenzialità sembra emergere in modo evidente dalla giurisprudenza costituzionale, nella quale la Corte costituzionale ha applicato spesso anche a questioni relative alla legittimità costituzionale della legge 40 il principio secondo cui la discrezionalità legislativa incontra dei limiti derivanti dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica⁵⁶.

⁵³ Da ultimo, un'analisi degli effetti della legge anche nella prospettiva della funzione del giudice, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, 2020.

⁵⁴ *Ex plurimis*, M. D'AMICO, *La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2, 2019, 453-467.

⁵⁵ A. SPADARO, *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2, 2019, 419-436.

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 282 del 2002. Oltre alla dottrina citata in precedenza, ricostruiscono da ultimo tale percorso giurisprudenziale e la relativa analisi dottrinale D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 140 ss.; C. Di

Se, come avvenuto con la legge n. 40 del 2004⁵⁷, i limiti imposti alla legislazione dalla natura tecnico-scientifica dell'oggetto di disciplina non trovano adeguato riconoscimento e copertura a livello legislativo, ciò può avvenire attraverso l'intervento rimediabile della giurisprudenza, in funzione complementare e sussidiaria rispetto alla legge e orientata dall'obiettivo di garantire tutela effettiva alle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nei casi concreti.

Il richiamo all'esistenza di tali limiti "eteronomi" rispetto all'ordine giuridico, che secondo parte della dottrina esprime una dimensione autonoma del tradizionale parametro di ragionevolezza delle leggi ex art. 3 Cost., è stato utilizzato in modo sistematico⁵⁸ all'interno di giudizi di legittimità aventi ad oggetto la appena evocata legge n. 40 del 2004, in funzione rafforzativa della dichiarazione di illegittimità di alcune sue parti. In particolare, nel dichiarare contraria agli articoli 3 e 32 della Costituzione la disposizione che imponeva al medico responsabile del trattamento di produrre un numero di embrioni comunque non superiore a tre e di effettuare un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti, la Corte costituzionale (sent. n. 151/2009) richiama l'esistenza di limiti *science-based*⁵⁹ all'esercizio discrezionale del potere legislativo per affermare il principio secondo cui «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali». Su tali basi, la Corte afferma che

«la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente 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».

Analogamente, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa, la Corte costituzionale richiama i limiti che il legislatore incontra nel compiere un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, il quale non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati. Ancor più significativamente ai fini del presente scritto, la Corte chiarisce che l'imposizione di un limite siffatto non risulta strumentale al soddisfacimento di qualsiasi desiderio della coppia nella sfera procreativa, ma deve essere considerato funzionale a garantire che

«la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica,

COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, *Special Issue*, 205-240

⁵⁷ Significativamente, da A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 997-999; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione assistita*, cit., 33 ss.

⁵⁸ Per una ricostruzione G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., in particolare 144 ss.

⁵⁹ A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 1, 2020, in particolare 120 ss., distingue tra leggi *science-based* e leggi *science-driven*.

ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»⁶⁰.

Volgendo lo sguardo alla magistratura ordinaria, nel lungo e complesso filone giurisprudenziale relativo alla possibilità di autorizzare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili⁶¹ – finalità, questa, non prevista dall'art. 1 della legge n. 40 del 2004 –, è possibile affermare che le decisioni che hanno riconosciuto fondamento giuridico a tale richiesta abbiano utilizzato il riferimento ad elementi medico-scientifici con una intensità diversa all'interno del percorso argomentativo seguito, da un lato, o del dispositivo della decisione, dall'altro lato. Volendo ricavare da tale giurisprudenza una tendenza comune, che rileva rispetto all'obiettivo di definire le variabili del rapporto tra dimensione scientifica e dimensione assiologica nel biodiritto, è possibile affermare che il ruolo svolto dall'utilizzo di dati medico-scientifici può dirsi, nella fase argomentativa, sussidiario rispetto alle tradizionali tecniche interpretative, le quali vengono utilizzate – l'interpretazione conforme spinta *praeter* (secondo alcuni, *contra*⁶²) *legem* – in modo da fare prevalere esigenze di giustizia sostanziale su quelle di certezza e prevedibilità dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Rispetto a tale fenomeno, la funzione della scienza non può essere considerata decisiva, mentre rispetto alla definizione del dispositivo essa assume la natura di elemento necessario, che si concretizza in una clausola di rinvio mobile allo "stato della scienza" e alle "migliori pratiche mediche". Infatti, i giudici, nel definire le modalità di attuazione della autorizzazione ad accedere alle tecniche, utilizzano in modo sistematico la tecnica del rinvio allo stato dell'evoluzione medico-scientifica ai fini della definizione del protocollo più adeguato al caso, senza vincolare l'autonomia dei medici responsabili a standard o criteri predeterminati, ma utilizzando formule aperte⁶³.

Successivamente, la Corte costituzionale ha stabilizzato la giurisprudenza ordinaria succintamente richiamata, dichiarando illegittima la legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili⁶⁴. A seguito della richiamata sentenza costituzionale e pur in assenza di un ade-

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 162/2014, cit.

⁶¹ Per una ricostruzione B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 170 ss.

⁶² Cfr. C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it, 25 marzo 2010; S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in www.forumcostituzionale.it, 2011; I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2008, 552 ss.

⁶³ I vari tribunali interessati dalle questioni utilizzano infatti formule quali "quali tecniche procreative medicalmente assistite, imposte dalle migliori pratiche scientifiche" (Trib. Salerno, 2009), «applicazione delle metodiche della procreazione medicalmente assistita, secondo le migliori ed accertate pratiche mediche, previa diagnosi preimpianto di un numero minimo di sei embrioni» (Trib. Bologna, 2009), riferimenti alla necessità di svolgere la diagnosi «secondo le migliori regole della scienza in relazione alla salute della madre» (Trib. Firenze, 2007), o all'utilizzo di «metodologie che, in base alla scienza medica, offrano il maggior grado di attendibilità della diagnosi ed il minor margine di rischio per la salute e le potenzialità di sviluppo dell'embrione» (Trib. Cagliari, 2007).

⁶⁴ Per un commento, E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in

guamento del quadro legislativo, come peraltro richiesto espressamente dalla stessa Corte costituzionale⁶⁵, i giudici ordinari si sono trovati a dover valutare l'ammissibilità di richieste di accesso alle tecniche da parte di coppie portatrici di malattie genetiche, che si sono rivolte alla magistratura in seguito al diniego operato dalle strutture sanitarie competenti, e in particolare a verificare, da un lato, la possibilità di autorizzarne l'accesso sulla base della sentenza n. 96 del 2015 e, dall'altro lato, la gravità della malattia genetica alla luce dei criteri richiamati nella medesima. In particolare, il Tribunale di Milano ha dichiarato la propria legittimazione a dare attuazione diretta a quanto sancito dalla Corte costituzionale e quindi a verificare la sussistenza del requisito della "gravità" della malattia genetica, giungendo a considerare integrata tale condizione sulla base di una approfondita analisi – supportata da una consulenza tecnica d'ufficio – di natura medico-scientifica⁶⁶. Quest'ultimo sembra rappresentare un caso tipico di delega di bilanciamento in concreto, attivata non dal legislatore ma in sede rimediata dalla Corte costituzionale, l'ambito materiale del quale assume un contenuto quasi esclusivamente medico-scientifico e all'esito del quale il giudice ha riconosciuto l'esigenza di tutelare la salute della madre e, in via mediata, del concepito, attraverso l'autorizzazione a svolgere una diagnosi genetica preimpianto all'interno del percorso di procreazione medicalmente assistita.

In tutti i casi richiamati i dati scientifici, e più in generale l'utilizzo di rinvii alla dimensione medico-scientifica, entra in modo diretto nel percorso argomentativo del giudice, contribuendo – spesso in maniera decisiva – a determinare il "verso" della decisione. In tal senso, è possibile affermare che, in questa prima categoria di casi, la dimensione scientifica concorre con quella assiologica, della quale i casi sottoposti a giudizio sono espressione, a determinare il contenuto del bilanciamento operato, eventualmente anche riparametrando – riequilibrando – quello svolto in sede legislativa.

Peraltro, occorre chiarire come non siano mancati casi nei quali i giudici, posti di fronte a questioni di natura medico-scientifica, abbiano privilegiato un approccio fondato essenzialmente su valutazioni di carattere assiologico e di equità, finendo in tal modo per depotenziare il rilievo che avrebbero potuto assumere i dati ricavabili dalla verifica delle evidenze sperimentali che caratterizzavano il concreto ambito di giudizio⁶⁷. Un caso paradigmatico è rappresentato senz'altro dal "caso Stamina"⁶⁸, rispetto

Consulta Online, 2, 2015, 533 ss.; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015.

⁶⁵ S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 755-758.

⁶⁶ Tribunale di Milano, ord. 18 aprile 2017, reperibile sul sito www.biodiritto.org. Per un commento, R. FATTIBENE, *La diagnosi genetica preimpianto dalla sentenza della Corte costituzionale all'ordinanza del giudice comune. Ed il legislatore? Considerazioni, a prima lettura, sull'ord. Tr. Milano, sez. I civ., depositata il 18 aprile 2017*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 209-229.

⁶⁷ Evoca, anche se non pare poter essere applicata al caso Stamina, il concetto di *bio-equity*, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 117-125, intesa quale fonte materiale di natura *extra ordinem* che «tenta di rimediare alla rigidità ed alla percepita ingiustizia del formante codicistico e legislativo attraverso il riferimento alla dimensione equitativa» (*Ivi*, 124).

⁶⁸ G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 150 ss.

al quale nelle decisioni (anche se una generalizzazione appare impossibile, dato la diversità di esiti⁶⁹) che hanno condotto alla autorizzazione dell'applicazione del protocollo in oggetto le valutazioni di carattere assiologico hanno consentito ai giudici di superare i dubbi relativi all'esistenza di un fondamento scientifico adeguato. Un approccio di questo tipo, se potrebbe apparire in linea teorica percorribile⁷⁰, non può comunque prescindere – nel caso concreto – da una valutazione relativa all'attendibilità e fondatezza scientifica del protocollo oggetto di valutazione⁷¹. A tale dinamica ha preso parte anche la Corte costituzionale⁷², la quale ha valutato la legittimità del regime transitorio che autorizzava la prosecuzione dei trattamenti posti in corso al momento dell'entrata in vigore della legge. In questa sentenza, la Corte costituzionale sembra riconoscere l'assenza di un fondamento minimo di scientificità del protocollo Stamina, affermando che «allo stato, la sussistenza delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione prevista dalla legge censurata risulta esclusa dal decreto del Ministero della salute adottato, sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico, il 4 novembre 2014»⁷³. Come è stato rilevato in dottrina⁷⁴, nell'orientare la Corte costituzionale verso la dichiarazione di legittimità della scelta legislativa risulta decisivo il richiamo alla assenza di una divergenza di opinioni relativamente all'utilità del trattamento all'interno della comunità scientifica di riferimento, non potendosi pertanto ritenere violato il diritto alla salute delle persone malate escluse – su tali basi scientificamente corroborate – dal protocollo. In tal senso, è possibile individuare una funzione ulteriore del richiamo allo stato delle conoscenze medico-scientifiche: una funzione di limite alla possibilità per i giudici di proporre interpretazioni del quadro giuridico esistente che si pongano in palese e insanabile contrasto con i dati scientifici rilevanti e con la valutazione che di questi ultimi ne offrano la comunità scientifica di riferimento e eventualmente organismi tecnici indipendenti a ciò deputati dal legislatore.

5. La scienza come contesto di manifestazione del pluralismo assiologico: il fine vita

In riferimento alla seconda categoria di casi, la natura scientifica della questione rappresenta il “mero” contesto nel quale può trovare espressione il pluralismo assiologico, venendo pertanto assorbita da quest'ultima in termini di rilevanza giuridica. La dimensione scientifica, quindi, svolge una funzio-

⁶⁹ Per un'analisi approfondita dei diversi “trend” giudiziari, cfr. M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2013, 63-85.

⁷⁰ Per M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 690, «il ricorso alla scienza non risolve tutte le difficoltà degli aspetti metagiuridici del ragionamento decisorio e dell'accertamento dei fatti nel processo».

⁷¹ In dottrina si è sottolineata la «mancanza di evidenze scientifiche» sull'utilità della terapia» (P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 102) e di «presupposti minimi di scientificità» (G. SERENO, *Il “caso Stamina” all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio AIC*, 2015, 8).

⁷² Corte costituzionale, sentenza n. 274/2014.

⁷³ Secondo G. D'AMICO, *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2015, 3, la mancata valorizzazione di questo elemento da parte della Corte può essere spiegata dal fatto che i presupposti scientifici della legge non fossero oggetto della questione.

⁷⁴ G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 152.

ne di espansione e crescita della densità assiologica delle questioni affrontate, dal momento che le innovazioni tecnico-scientifiche mettono a disposizione nuovi strumenti di realizzazione ed espressione per le domande di riconoscimento di tutela che emergono dalla società. In questi casi, i giudici – sia ordinari che costituzionali – tendono a fare un utilizzo moderato di elementi e dati di natura scientifica, privilegiando operazioni ermeneutiche di tipo più tradizionale, fondate su valutazioni di natura prettamente valoriale e assiologica. Tale tendenza deriva anche dal fatto che, in tale categoria di casi, le questioni sottoposte ai giudici non si innestano solitamente su un quadro scientifico incerto o complesso, aperto quindi a interpretazioni diverse a livello sociale, politico e scientifico, ma riguardano essenzialmente l'impatto sociale e giuridico prodotto dalle richieste – assiologicamente connotate – che emergono dalla società.

Allo stesso tempo, non mancano casi nei quali l'utilizzo da parte del giudice di dati e parametri di natura tecnico-scientifica contribuisce a chiarire – a determinare – l'ambito di applicazione di concetti giuridici *science-based*, finendo con il determinare in tal modo il concreto ambito di esercizio di diritti costituzionali, come nel caso del diritto a rifiutare o sospendere trattamenti sanitari salva-vita. L'ambito più significativo in tal senso è senz'altro quello relativo alle scelte di fine vita, in quanto quest'ultimo rappresenta un contesto paradigmatico all'interno del quale la dimensione scientifica risulta tendenzialmente residuale rispetto a valutazioni di carattere assiologico, pur non mancando casi nei quali il riferimento a dati scientifici risulta determinante all'interno del percorso argomentativo svolto dal giudice.

Una prima categoria di casi è rappresentata da quella giurisprudenza che si riferisce allo stato delle conoscenze medico-scientifiche consolidato all'interno della rispettiva comunità epistemologica al fine di determinare l'ambito di applicazione di una disposizione. Un esempio che ha coinvolto a più riprese la giurisprudenza, tanto ordinaria quanto amministrativa, è rappresentato dalla individuazione del contenuto normativo di "trattamento sanitario", al quale si riferisce l'articolo 32 della Costituzione italiana e dal quale la giurisprudenza ha ricavato per via interpretativa la configurabilità di un diritto al rifiuto dei trattamenti. La questione ha riguardato quali trattamenti, disponibili a livello sanitario con finalità diagnostica, terapeutica o comunque di cura, possano essere sussumibili all'interno di tale categoria: si tratta, quindi, di una questione essenzialmente tecnica, dalla risoluzione della quale dipende la possibilità di applicare una disposizione costituzionale e, di conseguenza, di esercitare legittimamente un diritto fondamentale.

Un caso emblematico è rappresentato dalla alimentazione e idratazione artificiali, delle quali si è posta a livello giurisprudenziale la questione della loro riconducibilità all'ambito dei trattamenti sanitari⁷⁵. La giurisprudenza ha tendenzialmente risposto univocamente in senso affermativo; l'elemento utile ai fini del presente lavoro è il fatto che a orientare i giudici in tal senso si è rivelato il rinvio alla opinione maggioritaria della comunità medico-scientifica. La Corte di cassazione ha in tal senso affermato che «non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario», in quanto «esse [...] integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e con-

⁷⁵ In dottrina, S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art. 1)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 22.

siste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche»⁷⁶. Per rafforzare tale assunto, la Corte richiama la posizione della comunità scientifica internazionale, nella quale si è consolidata una posizione favorevole a tale qualificazione. Il rinvio alla opinione medico-scientifica prevalente è utilizzato quale elemento conoscitivo, funzionale a verificare la sussumibilità della fattispecie fattuale in quella normativa, cioè dello specifico trattamento operato dai medici nella categoria di “trattamento sanitario” utilizzata dalla Costituzione. In questo caso, il giudice ritiene possibile individuare un orientamento consolidato e univoco all’interno della comunità scientifica di riferimento⁷⁷ e ne assume le risultanze – le acquisizioni – nel processo. Una volta risolto tale dubbio interpretativo sulla base delle risultanze tecniche a disposizione, le valutazioni operate dalle Corte assumono natura essenzialmente giuridico-assiologica, al fine di determinare la configurabilità nel caso concreto – paziente in stato vegetativo permanente – di un diritto alla sospensione di tali trattamenti *life sustaining*.

Successivamente, il Consiglio di Stato⁷⁸ ha confermato quanto sancito sul punto dalla Cassazione⁷⁹. Le argomentazioni dei giudici amministrativi risultano di particolare rilievo, in quanto entrano nel merito tecnico della questione – sempre basandosi sulla *communis opinio* della comunità scientifica internazionale – specificando come la nutrizione artificiale rappresenti «un complesso di procedure mediante le quali è possibile soddisfare i fabbisogni nutrizionali di pazienti che non sono in grado di alimentarsi sufficientemente per la via naturale» e che pertanto non possa in alcun modo essere qualificata come «una forma di alimentazione sui generis, quasi un regime dietetico a parte, un surrogato della normale alimentazione e idratazione naturale»⁸⁰. I giudici, quindi, anche in assenza di una copertura legislativa, svolgono una funzione di riallineamento tra dimensione scientifica e dimensione giuridica, la quale risulta fondamentale al fine della tutela effettiva di diritti costituzionalmente garantiti (nel caso di specie il diritto al rifiuto o alla sospensione dei trattamenti sanitari).

All’interno di tale categoria, è possibile individuare un esempio ulteriore di determinazione in concreto del contenuto giuridicamente rilevante di un concetto tecnico attraverso l’utilizzo o il rinvio a competenze e conoscenze di natura tecnico-scientifica. Ci si riferisce al concetto di “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale”, la cui concreta perimetrazione risulta decisiva al fine di poter escludere eventualmente la responsabilità penale ex art. 580 c.p., che punisce le ipotesi di assistenza al suicidio. La Corte costituzionale ha infatti escluso la punibilità delle condotte tipizzate dal citato articolo del codice penale, a condizione che siano soddisfatti nel caso concreto alcune condizioni, una

⁷⁶ Corte di Cassazione, sent. n. 21748, 16 ottobre 2007, I sez. civ.

⁷⁷ Sulla configurabilità in termini di soggettività o rilevanza giuridica della comunità scientifica, utili considerazioni in G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, 2005, 31 ss.

⁷⁸ Consiglio di Stato, sentenza n. 04460, depositata il 2 settembre 2014.

⁷⁹ Il Consiglio di Stato, nel dichiarare l’illegittimità dell’atto regionale, si è soffermato sulla fondatezza scientifica di uno dei presupposti sui quali si fondava la richiesta del tutore: la possibilità di qualificare, alla luce dello stato dell’arte delle acquisizioni scientifiche in materia, l’alimentazione e l’idratazione artificiali come “trattamenti sanitari”, al fine di ricondurli all’ambito di applicazione dell’art. 32 Cost. La Regione, infatti, aveva argomentato il proprio diniego anche sulla base di una presunta assenza di un consenso a livello scientifico su tale aspetto, affermando che «la natura di trattamento sanitario dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale [...] resta asserzione più che dubbia ed oggetto di controversie scientifiche».

⁸⁰ Consiglio di Stato, sentenza n. 04460, cit., punto 38.5.

delle quali è stata individuata proprio nella dipendenza da trattamenti di sostegno vitale⁸¹. Chiamata a verificare la sussistenza di tale condizione in un caso nel quale la persona accompagnata in altro Paese al fine di porre fine alla propria esistenza non risultava stabilmente collegata ad un respiratore automatico o ad altro meccanismo strettamente funzionale al suo mantenimento in vita, la Corte d'Assise di Massa⁸² ha proposto – utilizzando le risultanze della consulenza tecnica della difesa – una interpretazione estensiva di tale condizione, rispetto alla quale le valutazioni di natura tecnico-scientifica sono risultate decisive, anche se integrate da ulteriori motivazioni di carattere prettamente giuridico⁸³.

Nello specifico, la Corte d'assise afferma chiaramente che «la dipendenza da “trattamenti di sostegno vitale” non significa necessariamente ed esclusivamente “dipendenza da una macchina”»⁸⁴. Partendo dall'analisi integrata delle disposizioni della l. n. 219/2017⁸⁵ e di quanto previsto nella sent. 242 del 2019, la Corte d'assise ritiene che

«ciò che ha rilevanza sono tutti quei trattamenti sanitari – sia di tipo farmaceutico, sia di tipo assistenziale medico o paramedico, sia, infine, con l'utilizzo di macchinari, compresi la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale – senza i quali si viene ad innescare nel malato “un processo di indebolimento” delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte»,

richiamando quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019. È interessante notare come, in questo caso, di un concetto tecnico – “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale” – venga proposta un'interpretazione alla luce del quadro legislativo (legge n. 219/2017) e giurisprudenziale (242/2019) esistente, invertendo l'ordine funzionale che usualmente caratterizza l'utilizzo di dati scientifici da parte dei giudici. Di conseguenza, alla luce dell'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale della legge n. 219 del 2017, la Corte d'Assise di Massa ritiene – sulla base della ricostruzione tecnica fornita dalla consulenza tecnica della difesa – che il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale risulti integrato da «qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici».

In questo caso, la Corte decide di integrare valutazioni di tipo medico-scientifico, che la conducono – sulla base degli elementi dedotti in sede dibattimentale (nello specifico, dalla consulenza tecnica della difesa) – a estendere il concetto di “sostegno vitale” a casi ulteriori rispetto a quello tipico di “di-

⁸¹ Corte costituzionale, sentenza n. 242 del 2019. La dottrina sulla sentenza è ormai ampia, ci si limita a richiamare quella in cui è stato valorizzato in particolare il ruolo dell'evoluzione tecnico-scientifica, tra cui C. CASONATO, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 307-310; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 4, 2019, 592.

⁸² Corte d'Assise di Massa, sentenza del 27 luglio 2020.

⁸³ Ad esempio, l'applicazione analogica di norma favorevole al reo, come nel caso delle scriminanti, riconducibile in questo caso alla «dipendenza della persona da altri (siano essi cose o persone) per il soddisfacimento di bisogni vitali».

⁸⁴ Punto 15.2 della motivazione.

⁸⁵ Secondo la Corte la legge n. 219 del 2017 riconosce «il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorchè necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale».

pendenza da una macchina”, con valutazioni di carattere prettamente giuridico – basandosi sull’interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia (sentenza n. 242/2019) – alla luce delle quali individua il criterio in base al quale definire un “trattamento sanitario” di sostegno vitale estendendone in modo decisivo l’ambito concettuale e quindi giuridico⁸⁶.

Un’ipotesi ulteriore di rinvio alla dimensione medico-scientifica da parte dei giudici al fine di definire la *regula iuris* da applicare al caso è rinvenibile nella già citata sentenza della Corte di cassazione relativa al caso Englaro. All’interno delle condizioni che possono legittimare l’interruzione delle cure in caso di persona incapace, la Corte ne individua una a contenuto esclusivamente medico-scientifico, la valutazione della quale è rimessa *in toto* al «rigoroso apprezzamento clinico» della irreversibilità della condizione di stato vegetativo e della mancanza di «alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno»⁸⁷. Anche in questo caso, dunque, appare evidente come il personale medico responsabile del trattamento sia individuato dalla Corte come uno dei soggetti che concorrono alla concreta attuazione del bilanciamento individuato *in abstracto* dal giudice tra tutela della vita e della autodeterminazione della persona incapace, essendo a loro delegata la valutazione del rispetto della condizione appena richiamata.

Nell’ambito del fine vita, la particolare carica assiologica espressa dai casi sottoposti ai giudici può condurre questi ultimi ad adottare un atteggiamento di rigoroso *self-restraint* quando sia accertata l’assenza di consenso o di indicazioni di carattere clinico in merito al contenuto di concetti a contenuto tecnico-scientifico utilizzati nel contesto del rifiuto o sospensione di trattamenti sanitari. Più nello specifico, in un caso relativo alla richiesta di interrompere un trattamento di sostegno vitale da parte di una persona capace⁸⁸, il giudice non ha autorizzato la sospensione della ventilazione meccanica – pur avendo riconosciuto la configurabilità *in abstracto* del diritto al rifiuto – sul presupposto che «in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato “accanimento terapeutico”» non può essere individuata una forma di tutela giurisdizionale. In sostanza, il giudice ritiene che spetti in via esclusiva al legislatore definire cosa si debba intendere giuridicamente per accanimento terapeutico, non potendo il giudice colmare autonomamente tale vuoto di disciplina. Allo stesso tempo, il giudice rileva come l’esercizio di discrezionalità politica in tale contesto debba fondarsi «su solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni», richiamando – seppur non formal-

⁸⁶ Secondo la Corte d’Assise «per trattamento di sostegno vitale, deve intendersi qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida».

⁸⁷ L’altro criterio è che «tale condizione – tenendo conto della volontà espressa dall’interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona».

⁸⁸ Tribunale di Roma, sez. civ. I, ordinanza 16 dicembre 2006, relativa al caso Welby. Sul punto, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 101 ss.

mente – un consolidato principio desumibile dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁹. Ciò incide inevitabilmente sul rilievo che valutazioni di carattere medico-scientifico possono svolgere all'interno del percorso argomentativo, in quanto i giudici valutano necessaria una preventiva copertura legislativa affinché possano assumere rilievo giuridico a livello giurisdizionale. Un approccio siffatto rischia però di tradursi – come nel caso citato – in un sostanziale vuoto di tutela rispetto a pretese soggettive delle quali sia stata precedentemente affermato il fondamento costituzionale (artt. 2, 12, 32, secondo comma, Cost.) e medico-scientifico.

Infine, all'interno di questa categoria sono sussumibili casi che confermano come, in particolare nell'ambito delle questioni relative al fine vita, la natura tecnico-scientifica delle questioni possa non rilevare direttamente all'interno del processo argomentativo ma finisca senz'altro con l'aumentare, da un lato, la densità assiologica delle medesime e, dall'altro lato, lo spettro dei casi nei quali possono essere legittimamente rivendicati spazi inediti di esercizio di libertà costituzionali, come nel caso del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari. Un esempio paradigmatico è rappresentato dalla già citata sentenza n. 242/2019, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittima la norma incriminatrice dell'assistenza al suicidio (art. 580 c.p.). Anche in tale sentenza, si riconosce l'impatto dell'evoluzione medico-scientifica nella costante ripermetrazione dell'ambito e delle forme di esercizio dei diritti individuali⁹⁰. Si tratta – sostanzialmente – di un'ipotesi di anacronismo legislativo provocato dall'evolvere delle applicazioni tecnologiche all'ambito medico e della sensibilità sociale nei confronti di tali questioni, che nel caso citato la Corte costituzionale ha superato comprimendo l'ambito di applicazione della norma oggetto di scrutinio (art. 580 c.p.) e proponendo una procedura attraverso la quale è possibile richiedere un aiuto al suicidio limitatamente ai casi nei quali la persona avrebbe potuto alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita. Significativamente, tale procedura viene definita «medicalizzata», in quanto caratterizzata dal sistematico utilizzo di meccanismi di rinvio alla dimensione medico-scientifica, che di volta in volta è espressa dall'autonomia e responsabilità del medico al quale la richiesta di assistenza viene portata, dalla funzione di controllo e garanzie delle strutture sanitarie pubbliche nelle quali la procedura viene eseguita e da quella consultiva del comitato etico che deve emanare un parere obbligatorio⁹¹.

⁸⁹ Il già richiamato filone giurisprudenziale relativo alla ragionevolezza scientifica inaugurato dalla sentenza n. 282 del 2002 (S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817-841).

⁹⁰ La Corte ricorda come si tratta di «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali» e come «in tali casi, l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.».

⁹¹ Secondo G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il «caso Cappato»*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 339, «lo specifico ambito nel quale viene svolto questo tipo di accertamento conferisce alla procedura una connotazione intrinsecamente medica, divenendo il sapere medico-scientifico un elemento indispensabile, da cui dipendono sia il diritto a ricevere aiuto a morire, sia l'esimente penale per i professionisti sanitari che abbiano preso parte alla procedura».

6. Riflessioni conclusive: il giudice e la scienza nel prisma della complessità assiologica dei casi

Nel presente scritto si è preso avvio riconoscendo la natura originaria – genetica – del biodiritto come essenzialmente giurisprudenziale, alla luce anche del costante ritardo che caratterizza l'intervento legislativo in ambiti scientificamente connotati. In tal senso, il giudice deve essere considerato come elemento necessario delle dinamiche normative e istituzionali che connotano la dimensione biogiuridica. In tale prospettiva, la relazione tra dimensione legislativa e dimensione giurisprudenziale è stata quindi declinata in termini di leale cooperazione, partendo dal presupposto della natura sussidiaria di tale relazione⁹².

Il ruolo svolto dall'utilizzo di dati, criteri e concetti scientificamente connotati all'interno del processo – tanto ordinario quanto costituzionale – è stato assunto quale prospettiva di analisi della giurisprudenza proposta nei paragrafi precedenti, ponendolo in relazione con la complessità etica e assiologica che le questioni poste dall'evoluzione tecnico-scientifica e dalla sua applicazione nell'ambito delle scienze della vita inevitabilmente producono. Coerentemente a tale approccio, l'analisi della giurisprudenza ha confermato la teoria proposta, secondo la quale è possibile distinguere due categorie di approcci sulla base del diverso rapporto tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica espresso dai casi oggetto di valutazione, per quanto queste ultime si presentino ulteriormente differenziati al loro interno.

Da un lato, attraverso l'analisi della giurisprudenza in materia di inizio vita, è stata razionalizzata la categoria di casi nei quali la scienza fa ingresso nel processo e integra la dimensione assiologica, divenendo essa stessa uno strumento per regolare o comunque metabolizzare il pluralismo che la società tende a esprimere. In tale ambito, l'utilizzo o il rinvio a conoscenze e acquisizioni consolidate di natura medico-scientifica risulta solitamente decisivo a orientare le decisioni assunte dalle corti, in particolare nello scrutinio della ragionevolezza del bilanciamento operato a livello legislativo, a livello di giurisprudenza costituzionale, e nell'interpretazione delle norme, da parte dei giudici comuni. Un elemento comune ai casi sussumibili a tale categoria è rappresentato dal fatto che i dati scientifici, attraverso la tecnica privilegiata del rinvio a competenze o acquisizioni consolidate, connotano in modo decisivo il percorso argomentativo svolto dai giudici, venendo in tal senso a concorrere – integrandole – con le più tradizionali valutazioni di ordine assiologico a determinare il contenuto del bilanciamento da operare, contribuendo in taluni casi a riconfigurare le valutazioni svolte a livello legislativo.

Dall'altro lato, le questioni emergenti dalle scelte di fine vita hanno consentito di chiarire il contenuto della seconda categoria descritta, caratterizzata da quei casi nei quali la scienza rappresenta la “mera” occasione di espressione del pluralismo assiologico emergente dalla società. In tali casi, le innovazioni tecnico-scientifiche mettono a disposizione nuovi strumenti di realizzazione ed espressione per le domande di riconoscimento di tutela che emergono dalla società, funzione che viene solitamente

⁹² Analizza criticamente tale dinamica, con riferimento in particolare al rapporto tra legislatore e Corte costituzionale, P. ZICCHITU, *Cosa resta della discrezionalità legislativa? A proposito di due recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata*, in *PasSaggi costituzionali*, 1, 2021, in particolare 220-222, il quale sottolinea il rischio che «i ruoli tradizionalmente assegnati al Parlamento e al giudice delle leggi potrebbero diventare perfettamente alternativi [...]».

riconosciuta e utilizzata dal giudice al fine di chiarire le caratteristiche fenomenologiche del caso e che si pone in una relazione servente rispetto alle valutazioni di ordine assiologico. Tuttavia, anche in tale categoria sono state evidenziate occasioni nelle quali i giudici si riferiscono a elementi, dati e interpretazioni derivate dal contesto medico-scientifico, al fine di chiarire il significato giuridicamente rilevante di concetti a contenuto scientifico, concorrendo alla determinazione del concreto ambito di esercizio di diritti costituzionali, come nel caso del diritto a rifiutare o sospendere trattamenti sanitari salva-vita.

La relazione tra giudice e fattore tecnico-scientifico risulta pertanto irrinunciabile nel contesto bio-giuridico, essendo – da un lato – una conseguenza automatica che deriva dalla sempre più forte pressione esercitata dai casi scientificamente connotati sul diritto e – dall’altro lato – un elemento fisiologico dell’esercizio della funzione giurisdizionale, soprattutto quando intesa nell’ottica di una relazione cooperativa rispetto all’esercizio di discrezionalità politica del legislatore. Assorbendo la variabilità tipica di un esercizio costituzionalmente orientato della giurisdizione, l’analisi condotta ha confermato come gli esiti di tale relazione – scienza, giudici, casi – risulta poter essere sistematizzata solo parzialmente, potendosi individuare degli elementi ricorrenti tipici che accomunano le diverse categorie di approcci proposte.