

Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”?
Gli effetti del dato scientifico sull’esercizio della funzione giurisdizionale
in casi scientificamente connotati *

di Simone Penasa **
(17 dicembre 2015)

1. La «costrizione alla certezza» del giudice posto di fronte al dato scientifico.

L’ordinamento giuridico, a partire dalla sua dimensione costituzionale, è si trova costantemente impegnato in un dialogo continuo con la dimensione tecnico-scientifica: allo stesso modo, ciascun potere tende ad esprimere un particolare rapporto con il fattore tecnico-scientifico, intimamente connesso con la funzione svolta e la natura del potere attribuito. L’elemento costante è rappresentato dall’impatto provocato dai dati scientifici (in termini di *an*, *quomodo* e *quantum* dell’intervento, in particolare in termini di discrezionalità) sui poteri e sulle funzioni attribuiti ai diversi organi; la variabile è rappresentata dalle modalità e dagli effetti di tale impatto, che variano al variare dell’organo e della funzione.

Secondo Silvestri¹, è possibile «tracciare una scala ascendente di *costrizione alla certezza*, che parte dal ricercatore-scienziato, passa attraverso il legislatore e l’amministratore e culmina nel giudice, povero diavolo posto all’estremità di una catena di vincoli sempre più stretti»; in questa prospettiva, «il legislatore può omettere di dettare una regola dettagliata, se non riesce ad assumere, per mancanza di elementi conoscitivi o per carenza di volontà politica, un orientamento preciso su un dato oggetto. L’amministratore può usare gli spazi di discrezionalità a sua disposizione per interventi mirati all’interesse pubblico»; ma «il giudice non può che emettere una decisione».

Il giudice, nell’esercizio delle funzioni attribuite dalla legge, risulta pertanto interessato in modo decisivo dall’ingresso nella dimensione giuridica di elementi extra-giuridici di carattere tecnico-scientifico, i quali – secondo un andamento crescente che segue lo sviluppo delle acquisizioni scientifiche e delle applicazioni in ambito medico-scientifico – contribuiscono ad 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 scientificamente connotati.

2. Dimensione scientifica e dimensione assiologico-costituzionale: un rapporto di necessaria circolarità.

In questa prospettiva, il dato scientifico alimenta il pluralismo assiologico tipico di un ordinamento costituzionale, trovando nel formante giurisprudenziale una sede privilegiata – anche se non esclusiva – di espressione.

Il dato scientifico, infatti, contribuisce alla determinazione del concreto ambito di applicazione delle norme costituzionali, incidendo ad esempio sulla estensione del diritto alla salute e sulla ampiezza del margine di scrutinio operato dalla Corte costituzionale in merito al contenuto discrezionale degli interventi legislativi, oltre a fornire alla magistratura ordinaria decisivi elementi al fine di individuare il “verso” della interpretazione

* Il presente saggio è in corso di pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti del Convegno “La Medicina nei Tribunali”, Seconda Università degli Studi di Napoli, 6 febbraio 2015.

¹ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2004, p. 412.

costituzionalmente conforme delle norme, quando ciò sia necessario a ricondurre lo strumento legislativo ai principi costituzionali. Si tratta di un rapporto circolare, all'interno del quale i due elementi – costituzionale e scientifico – finiscono con l'influenzarsi reciprocamente, pur essendo necessario riconoscere al primo una sorta di precedenza logico-giuridica e di prevalenza assiologico-normativa: il dato scientifico, per svolgere una funzione all'interno del processo di continuo e progressivo inveroimento all'interno dell'ordinamento giuridico e sociale, deve innanzitutto esprimere una coerenza intrinseca rispetto all'obiettivo rappresentato dalla «ottimale realizzazione dei valori costituzionali»². Quanto appena rilevato sembra confermare che la «gestione» – avvenga essa attraverso la fonte legislativa o la giurisprudenza – normativa del fenomeno tecnico-scientifico, in particolare quando esso sia correlato alla dimensione medico-sanitaria, rappresenta uno sviluppo – non nel senso della rottura ma della continuità – della generale funzione di attuazione dei contenuti costituzionali da parte dei poteri costituiti. Questa continuità si avverte anche rispetto alla specifica funzione giurisdizionale e alla questione rappresentata dalla creatività dei giudici nel dare attuazione al diritto. Quest'ultima, infatti, ha avuto una speciale valorizzazione con il passaggio dallo stato liberale di diritto allo stato costituzionale di diritto, caratterizzato dalla subordinazione della legalità alla legalità costituzionale (legittimità), in quanto i giudici ordinari sono stati chiamati (dalla stessa Corte costituzionale) a una diretta assunzione di responsabilità rispetto all'obiettivo di assicurare la prevalenza della Costituzione sulla legge ordinaria anche nell'esercizio della funzione giurisdizionale³; in tal senso, assumono specifico rilievo l'utilizzo di strumenti ermeneutici quali l'interpretazione conforme a costituzione e l'applicazione diretta della medesima⁴, come risulterà evidente dall'analisi giurisprudenziale che seguirà, così come l'esigenza che questi strumenti siano utilizzati in modo non eccessivo, come – secondo parte della dottrina – è avvenuto in passato⁵ e nello specifico ambito della regolazione dell'attività medico-scientifica. La continuità è garantita anche in questa prospettiva, se è vero che autorevole dottrina da tempo riconduce, considerandola peraltro fisiologica, l'aumento della discrezionalità giudiziale, «e quindi di creatività»⁶, al mutamento della forma di stato degli ordinamenti moderni in termini di stato sociale di diritto⁷, in termini

² G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, p. 287

³ Per una ricostruzione di questo passaggio, cfr. di recente A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014, pp. 4-6.

⁴ Sottolinea R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015, p. 3, che «laddove sia possibile riconoscere una relazione gerarchica tra fonti (tra costituzione e legge ordinaria, tra legge e regolamento, tra legge di delega e decreto delegato ecc.) va riconosciuto anche un vincolo interpretativo che è implicito nella superiorità di una fonte su un'altra». A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, cit., p. 3, ritiene che la «fase interpretativo/applicativa del diritto» sia un «frangente tipico in cui l'attività ermeneutica del giudice non può che essere diretta, caso per caso, ad adeguare la legislazione ad una più complessa ed articolata *legalità intercostituzionale*» (corsivo nel testo).

⁵ E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2008, p. 274, ricorda «gli studiosi che mettono in guardia contro la possibile trasformazione del potere giudiziale diffuso di applicazione e attuazione della Costituzione nel diverso, e inammissibile, controllo diffuso di costituzionalità della legge attuato tramite la sua diretta disapplicazione da parte della magistratura». Secondo A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, cit., p. 13, l'interpretazione conforme rappresenta «un'attività intellettuale – avente finalità pratico-operativa – di costante verifica della corrispondenza della legislazione ai principi costituzionali che nel tempo i mutevoli valori sociali possono riempire di significati diversi».

⁶ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 30.

⁷ *Ibidem*.

tanto di attuazione delle finalità «sociali» della legislazione⁸ quanto di controllo della attività attuativa svolta dallo «stato amministrativo»⁹.

La questione dell'impatto della natura "tecnico-scientifica" delle questioni presentate sull'esercizio discrezionale del potere giurisdizionale sembra pertanto porsi in linea di continuità, pur elevando – come si dirà – il livello di criticità, con tale evoluzione, aumentando la complessità dei rapporti tra poteri rispetto a un esercizio ormai sempre più diffuso della funzione normativa¹⁰.

In tale prospettiva, il dato scientifico, oltre che rappresentare l'oggetto dei principi costituzionali, ne può rappresentare anche uno strumento – necessario ma non sufficiente – di invero, «a condizione, però, di andare oltre la loro [dei principi costituzionali, ndr] *ratio*, la loro radice di filosofia politica, di "amplificare" (...) la stessa struttura assiologica, concettuale e semantica dei simboli giuridico-formali presi a parametro»¹¹. In coerenza a tale presupposto, le modalità di esercizio della funzione giurisdizionale sulla "spinta" del dato scientifico e alla luce del riconoscimento del pluralismo assiologico, appare essere legittimo – prescindendo da una prospettiva di giustizia pre-giuridica – nella misura in cui esso trova un fondamento costituzionale, nel testo e nella applicazione del medesimo fornito dalla Corte costituzionale. Di conseguenza, nella classificazione che seguirà, ciascun approccio individuabile verrà analizzato anche nella prospettiva della sua connessione – teleologica, sistematica, assiologica – con il contesto costituzionale.

3. *L'impatto del dato scientifico sull'esercizio discrezionale della funzione giurisdizionale: giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"?*

All'interno di questo quadro, occorre definire quale impatto la scienza, il dato scientifico, tende ad esercitare in termini di discrezionalità (in termini di ampiezza e modalità di esercizio) e di tecniche decisionali utilizzate, rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale, all'interno di un doppia tensione che deve essere ricomposta a unitarietà: da un lato, il rapporto con gli altri poteri, alla luce di una concezione dinamica della separazione di poteri e del concetto di funzione normativa¹²; dall'altro lato, il rapporto con la dimensione costituzionale, rispetto alla quale l'esercizio della funzione giurisdizionale, anche in termini di modalità (motivazione e legittimazione tecnica delle decisioni assunte¹³), svolge una funzione direttamente invero che ne connota l'esercizio.

⁸ Ibidem. Secondo l'Autore citato, «più una legge è vaga e più gli elementi di un diritto sono imprecisi, più ampio diventa anche lo spazio lasciato alla discrezionalità nelle decisioni giudiziarie».

⁹ Ivi, pp. 33 ss.. Secondo l'Autore citato, «la graduale trasformazione del welfare state in uno stato amministrativo» (Ivi, p. 32), dovuto principalmente al «fenomeno di (...) intasamento della funzione legislativa» che ha condotto al trasferimento all'apparato esecutivo-amministrativo dei compiti tradizionalmente svolti dal legislatore (Ivi, p. 31), ha provocato l'«accrescimento della sua [del potere giudiziario] funzione e delle sue responsabilità» (Ivi, p. 34).

¹⁰ Tanto che non manca chi, in dottrina, si esprime in termini di co-produzione normativa tra legislatore e giudice (da ultimo, A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci editore, Bari, 2015).

¹¹ A. CERRI, *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 384.

¹² 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».

¹³ Sottolinea questo aspetto R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, p. 35; sulla legittimazione del giudice, o meglio del diritto giurisprudenziale, cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., pp. 82 ss.

Il mito del giudice “Ercole”¹⁴, in un contesto giuridico scientificamente connotato, si trova ad essere messo in crisi dalle caratteristiche specifiche dell’oggetto dell’attività giurisdizionale, rischiando di tramutarsi nella realtà di un giudice “Sisifo”, il quale – a fronte del principio del divieto di *non liquet* e della continua mutazione dell’oggetto del giudizio e delle fonti (anche extra-giuridiche) a disposizione – deve giudicare questioni che conducono (possono condurre) a decisioni differenziate e tendenzialmente imprevedibili (tutte teoricamente legittime), sulla base di strumenti normativi condizionati dalla specificità e mutabilità dell’oggetto, che ne mettono in crisi la capacità di conoscere e valutare gli elementi – giuridici ed extra-giuridici – del giudizio.

Il “mitologico” giudice “Ercole”, quindi, rischia che «lo straordinario potere di accedere a tutte le informazioni, conoscere ogni cosa che riguardi il diritto, le leggi e i precedenti, interpretarli alla luce di principi giuridici e valutazioni etiche che egli riesce a ridurre a giudizi oggettivamente validi»¹⁵ subisca un depotenziamento, dovuto alla crescente difficoltà di cognizione e decisione di casi scientificamente complessi, la cui natura incide in termini qualitativi tanto in fase di cognizione quanto di decisione. Sembra porsi, pertanto, la questione del mutamento dal giudice “Ercole” in un giudice “Sisifo”, che si trova continuamente a entrare in relazione con un oggetto di giudizio che sembra potere trovare indefinite e indefinibili soluzioni giurisprudenziali: ciò, se appare fisiologico rispetto alla natura “casistica” del potere attribuito al giudice, rischia di ridurre la capacità conformativa dello strumento giudiziario, in termini di prevedibilità, coerenza e certezza¹⁶.

Tuttavia, in maniera forse paradossale, la causa dell’indeterminatezza – il dato scientifico – può tramutarsi in uno strumento di certezza nelle mani del giudice, a patto che “rinunci” al mito di Ercole (o ne fornisca un’interpretazione “realista”) e si renda consapevole della natura della propria funzione e della pluralità degli strumenti argomentativi e decisionali a sua disposizione, tra i quali – anche alla luce di una consolidata giurisprudenza – devono ricomprendersi anche elementi extra-giuridici di natura tecnico-scientifica.

4. Una proposta di classificazione delle decisioni giudiziali “scientificamente” connotate: discrezionalità giudiziaria e fondamento costituzionale.

Su tali basi, si propone una classificazione di diversi approcci del giudice al dato scientifico (in termini sia di limite sia di ausilio), ipotizzando una scala crescente di “interazione” tra dato scientifico e percorso argomentativo-decisionale, alla luce degli effetti sulla discrezionalità (in termini di ampiezza e modalità di esercizio) e sul rapporto con gli altri poteri e/o soggetti destinatari di funzione normativa (non solo il legislatore); si è deciso di utilizzare casi derivati da giurisdizioni diverse (civile, amministrativa, penale,

¹⁴ Evidentemente, il riferimento è alla nota teoria di R. DWORKIN, *A Matter of Principles*, Harvard University Press, 196; ID., *Law’s Empire*, 1988.

¹⁵ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, FrancoAngeli, Milano, II ed., 2014.

¹⁶ Per un commento su tale approccio, L. BUFFONI, *La filosofia della scienza e lo studio delle fonti del diritto: appunti per una critica del “fiscalismo” giuridico*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 14, 2014, pp. 365 ss., in particolare nella parte in cui si osserva, riferendosi a H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1954, che «nel circuito dell’ermeneutica giudiziaria entrano elementi valutativo-soggettivi dell’individuo-giudice e la giurisdizione diventa una sorta di legislazione del fatto» (Ivi, p. 370); O. CHESSA, *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 14, 2014, pp. 411 ss., secondo cui il senso della teoria dworkiniana, discostandosi in ciò dalla interpretazione proposta da R. Bin, cit., è che «ciò che Ercole sa sempre con certezza è quali norme i giudici debbano trarre dalle disposizioni vigenti. E lo sa non solo perché è in grado di rappresentarsi tutti i vincoli logico-sistematici che legano tra loro tutte le disposizioni vigenti, ma anche perché possiede la migliore visione della moralità politica che sta a fondamento dell’ordinamento» (Ivi, p. 426).

costituzionale) e riti diversi (sede cautelare; art. 700 c.p.c.), in quanto pur nella consapevolezza delle reciproche specificità, l'obiettivo è individuare l'emersione di tendenze comuni a livello di sistema.

5. Il giudice svolge una propria valutazione (la quale può essere "imposta" dalla incertezza scientifica dell'oggetto della decisione o dalla struttura legislativa delle norme) della fondatezza scientifica degli elementi probatori.

In questo caso, il giudice entra in contatto "diretto" con elementi di carattere tecnico-scientifico, risultando essenziale, ai fini della decisione del caso concreto, risolvere preliminarmente la questione – in termini probatori o argomentativi – della determinazione del contenuto o degli effetti sulla decisioni dei suddetti elementi. Utilizzando una distinzione proposta da Taruffo, in questi casi non ci si trova di fronte al fenomeno di «scientificizzazione del ragionamento probatorio»¹⁷, quanto al più tradizionale «uso delle prove scientifiche»¹⁸, il quale però esprime un livello più elevato di criticità, direttamente proporzionale all'incremento della complessità (e, come vedremo, in alcuni casi, incertezza) tecnico-scientifica che caratterizza l'ambito oggetto della decisione. L'incremento dell'utilizzo di questo tipo di mezzi probatori/argomentativi richiede, se non una competenza specifica del giudice, quanto meno un livello maggiore di cautela – di perizia – nella selezione dei dati scientifici utilizzabili e nella determinazione in concreto del loro contenuto concettuale, in particolare quando ciò risulti necessario al fine di dotare di contenuto specifico riferimenti legislativi a concetti indeterminati o clausole generali, le quali possono rinviare a conoscenze tecniche o allo "stato attuale" delle conoscenze scientifiche. In tal senso, il giudice assume – deve assumere – una particolare responsabilità nella attività di selezione degli elementi probatori, dovendo individuare, eventualmente attraverso (quando possibile, cfr. Stamina e legge 40 e l'utilizzo del procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c.) idonei strumenti processuali, «conoscenze e metodi che siano davvero dotati di validità scientifica»¹⁹.

Alla luce dei parametri sui quali si fonda questa categorizzazione, i casi ricompresi in questo gruppo di decisioni sembrano costituire quelli più critici, dal punto di vista della coerenza con il contesto costituzionale e degli effetti sul rapporto con gli altri poteri (in particolare quello legislativo), in quanto rappresenta il contesto all'interno del quale con più forza può esprimersi la discrezionalità del singolo giudice, con ciò potendo "forzare" i tradizionali strumenti ermeneutici tipici dell'attività giurisdizionale e andando oltre una fisiologica «funzione di partecipazione attiva alla produzione legislativa»²⁰.

5.1. Ricostruzione "soggettiva" delle acquisizioni scientifiche da parte del giudice: prevalenza della dimensione assiologica su quella scientifica.

All'interno di questa sub-categoria, è possibile fare riferimento a due casi specifici, i quali trovano peraltro elementi di convergenza e somiglianza (apparente) dal punto di vista fattuale. Il primo è rappresentato dalle decisioni effettuate dalla magistratura ordinaria in

¹⁷ M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 688.

¹⁸ Ivi, p. 689.

¹⁹ Ivi, p. 691.

²⁰ A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., p. 51; M. CAPPELLETTI, *La giurisprudenza costituzionale delle libertà*, 1955, pp. 16 ss., si esprime in termini di compito di «concretizzazione creatrice» del giudice.

relazione alla cd. “terapia Di Bella”²¹, le quali sono state oggetto – come noto – di una serie di pronunce della Corte costituzionale. Non potendosi soffermare in modo esteso sul caso, che presenta molteplici aspetti di rilievo, ci si concentrerà su uno di questi, il quale risulta di particolare interesse ai fini dello studio che qui si presenta: l’utilizzo degli strumenti processuali al fine di valutare la fondatezza scientifica della terapia oggetto delle richieste giudiziarie, al fine di individuarne i limiti derivanti dalla natura della funzione e dal rapporto con gli altri poteri, anche quello scientifico. A tal fine, risulta opportuno riferirsi alla sentenza n. 121 del 1999 della Corte costituzionale, nella quale i giudici costituzionali offrono una valutazione in concreto di tali aspetti, essendo possibile derivare dalle argomentazioni utilizzate dalla sentenza elementi utili anche a livello generale.

Nella decisione citata, avente ad oggetto un conflitto di attribuzione tra il Governo e il pretore che aveva ordinato un «accertamento medico-legale che acquisisca “dati certi sull’efficacia e sui limiti di validità”» del multi-trattamento Di Bella, la Corte costituzionale riconosce che l’organo giudiziario ha esercitato in modo abnorme il proprio potere giurisdizionale, utilizzando «a fini del tutto impropri, un istituto del processo [la consulenza tecnica d’ufficio, ndr] in modo da farlo risultare obiettivamente in concorrenza con la complessa procedura di sperimentazione prevista dai due decreti-legge», in quanto la consulenza non è circoscritta a valutare la situazione medica dei ricorrenti nel giudizio di merito, ma tende – «per dimensioni, materiale da esaminare, pertinenza di esso al processo» – a una «rivalutazione dei giudizi resi dagli organi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione»²².

Affermando l’illegittimità dei poteri giurisdizionali quando essi siano esercitati al fine di sostituire una valutazione di natura tecnica e di portata generale mediante strumenti di natura probatoria e portata particolare, la Corte ribadisce l’esistenza di uno spazio normativo riservato agli organismi tecnico-scientifici, che deve essere garantito nei confronti degli altri poteri – anche quello giurisdizionale – e che ne circoscrive l’esercizio ad ambiti e modalità che ne assicurino il rispetto. In caso contrario, l’esercizio improprio di potere è destinato a provocare una «indebita interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti al potere esecutivo e, in particolare, nelle competenze degli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci», che la Corte si riserva di valutare e sanzionare. Tra le «sfere di competenza violate»²³ da parte del pretore, pertanto, deve essere compresa anche quella attribuita e riservata agli organismi tecnico-scientifici.

Il caso sinteticamente riferito sembra dimostrare che la natura tecnica delle decisioni da assumere non può condurre a un esercizio “abnorme” dei tradizionali strumenti cognitivi e probatori garantiti dall’ordinamento ai giudici (questione distinta è relativa all’opportunità di una riforma in tal senso): le caratteristiche del caso concreto non può legittimare un utilizzo di tali strumenti che, seppur teoricamente motivato da esigenze di certezza e prevedibilità dell’impatto sul caso concreto, non può legittimamente spingersi fino a

²¹ In particolare, Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 1998. In commento alla sentenza, A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul “caso Di Bella”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 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*, pp. 2535 ss.; T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra “fatto legislativo” e “fatto sociale”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2798 ss.; G. GIANGASPERO, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in una “additiva di principio” anomala*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2805 ss.; L. PRINCIPATO, *La immediata precettività dei diritti sociali e il “contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3853 ss.; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, pp. 1 ss.

²² Corte costituzionale, sentenza n. 121/1999.

²³ P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2009, p. 599.

modificare il fisiologico utilizzo delle tecniche argomentative e di indagine, né il fisiologico rapporto tra soggetti dotati di autonomia normativa, tra i quali la giurisprudenza costituzionale sembra comprendere anche gli organismi tecnico-scientifici²⁴, ai quali il legislatore può (deve?) attribuire specifiche competenze normative, le quali devono essere rispettate anche dal giudice (oltre che, come vedremo, il legislatore).

Il caso “Stamina” si inserisce in questa linea giurisprudenziale, pur presentando elementi che lo distinguono in modo decisivo dal caso “Di Bella”²⁵. In questa sede, occorre sottolineare come la dimensione assiologica – di giustizia del caso concreto (cfr. il concetto di *bioequity*²⁶) – sembra prevalere in modo determinante sull’esigenza di garantire l’utilizzo probatorio di elementi tecnico-scientifici dotati di idonee e sufficienti basi di scientificità. Si potrebbe affermare che, nelle decisioni (anche se una generalizzazione appare impossibile, dato la diversità di esiti²⁷) 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 “minimo” del medesimo protocollo. Un approccio di questo tipo, se potrebbe apparire in linea teorica percorribile²⁸, non può comunque prescindere – nel caso concreto – da una valutazione relativa all’attendibilità e fondatezza scientifica dell’oggetto del giudizio, pur tenendo conto che il rito può non consentire un utilizzo pieno degli strumenti di indagine e di consulenza tecnica²⁹. Anche questo caso è stato – come noto – oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale, la quale è stata chiamata a valutare la legittimità della legge che ha introdotto un regime transitorio che autorizzava la prosecuzione dei trattamenti posti in essere prima di una determinata data. In questa sentenza, che a differenza della richiamata sentenza relativa al caso Di Bella non ha ad oggetto l’utilizzo da parte del giudice degli strumenti probatori, la Corte costituzionale sembra in ogni caso 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»³⁰.

²⁴ *Ex plurimis*, sentenza n. 188/2000, su cui diffusamente *infra*.

²⁵ Cfr. P. VERONESI, *Al crocevia del “Caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2015, p. 102.

²⁶ Utilizza questo concetto C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 161 ss., che riflette l’emergere, all’interno della funzione giurisdizionale, di una «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, p. 170).

²⁷ 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*, n. 1, 2013, pp. 63-85.

²⁸ Dal momento che «il ricorso alla scienza non risolve tutte le difficoltà degli aspetti metagiuridici del ragionamento decisorio e dell’accertamento dei fatti nel processo» (M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., p. 690).

²⁹ In dottrina si è rilevato in tal senso la «mancanza di evidenze scientifiche» sull’utilità della terapia» (P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, cit., p. 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 costituzionale*, 2015, p. 8).

³⁰ Come sottolineato in dottrina, 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 (G. D’AMICO, *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1, 2015, p. 3).

I casi succintamente ricondotti a questa categoria sembrano paradigmaticamente esprimere l'inevitabile, e, entro certi limiti, opportuna, interazione tra istanze sociali e valoriali – assicurare la giustizia nel caso concreto – e istanze tecnico-scientifiche – verificare la fondatezza scientifica degli strumenti probatori e argomentativi – dovendo il giudice, nell'esercizio responsabile della propria funzione, assicurare un ragionevole bilanciamento tra "spinte" che, come dimostrano i casi analizzati, possono condurre a esiti contrapposti: la coerenza con i principi costituzionali, in particolare con i parametri derivabili dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, e un rapporto fisiologico – di «leale cooperazione»³¹ – con gli altri organi coinvolti nell'esercizio della funzione normativa (intesa in senso ampio) rappresentano le condizioni "minime" di ragionevolezza dell'attività giurisdizionale.

5.2. Assunzione del parere consolidato e uniforme all'interno della comunità scientifica.

In questo caso, il giudice ritiene possibile individuare un orientamento consolidato e univoco, tenuto conto della costante rivedibilità delle acquisizioni scientifiche come carattere tipico del metodo dell'indagine scientifica³², all'interno della comunità scientifica di riferimento³³ e ne assume le risultanze³⁴ – le acquisizioni – all'interno del processo, le quali risultano decisive ai fini di orientare la decisione.

Un esempio paradigmatico può essere individuato nella decisione del Consiglio di Stato³⁵, ultima fase delle vicende giudiziarie derivanti dal cd. "caso Englaro", avente ad oggetto una nota della Regione Lombardia (n. M1.2008.0032878 del 3.9.2008), con la quale il Direttore Generale della Direzione Generale Sanità ha respinto la richiesta che la Regione mettesse a disposizione una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico finalizzato a garantire l'idratazione e l'alimentazione artificiale all'interno del caso Englaro. 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

³¹ Mutuando un'espressione utilizzata da A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 novembre 2014, p. 21.

³² Cfr. L. BUFFONI, *La filosofia della scienza e lo studio delle fonti del diritto: appunti per una critica del "fisicalismo" giuridico*, cit., p. 395, sottolinea come «anche il modello della razionalità scientifica è passato dalla razionalità logica alla "ragionevolezza" delle decisioni scientifiche in condizioni di incertezza».

³³ Sulla configurabilità in termini di soggettività o rilevanza giuridica della comunità scientifica, in senso positivo, 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*, Torino, 2005, pp. 31 ss.; di «gruppo sociale» parla E. CAVASINO, *I «vincoli» alla potestà legislativa regionale in materia di «tutela della salute» tra libertà di scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 3292; in termini di «comunità scientifica nazionale» si esprime F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990, p. 106.

³⁴ Ciò risulta fondato soprattutto in riferimento alla giurisdizione penale: cfr da ultimo Cass. Penale sez. IV, 17/04/2015 (ud. 17/04/2015, dep. 27/05/2015), n. 22379, in cui i giudici ribadiscono la «consapevolezza della relatività e mutabilità del sapere scientifico. Ciò che rileva, nei processi come quello in esame, caratterizzati dalla mancanza di una legge a carattere universale, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, in conformità agli insegnamenti delle Sezioni unite, 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, è che non vi siano altri decorsi causali in grado di spiegare il fatto. È possibile, infatti, anche in tale ipotesi superare nell'ambito del giudizio concreto la probabilità statistica per giungere ad un giudizio di certezza, espresso in termini di credibilità razionale. L'itinerario argomentativo va quindi rapportato alla peculiarità del caso, laddove devono essere evidenziate le contingenze del caso concreto».

³⁵ Consiglio di Stato, sentenza n. 04460, depositata il 2 settembre 2014.

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»³⁶.

Per contro, il Consiglio di Stato ne ha affermato la qualificabilità sulla base di evidenze e risultati di autorità e società scientifiche, richiamando – da un lato – quanto sancito in precedenza dalla Corte di cassazione³⁷ e – dall'altro lato – facendo riferimento al fatto che questa qualificazione risulti «convalidata dalla comunità scientifica internazionale» (punto 36.2 della decisione). Pertanto, in questo caso, l'organo giurisdizionale riconosce, oltre alla inammissibilità giuridica alla luce del contesto normativo quale definito dalla giurisprudenza precedente, l'infondatezza scientifica della tesi utilizzata dalla regione per predisporre l'atto oggetto dell'impugnazione, riconoscendo che «la nutrizione artificiale è 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 (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 2.9.2013, n. 4364)» (punto 37.3) e che non può «in alcun modo essere considerati una forma di alimentazione sui generis, quasi un regime dietetico a parte, un surrogato della normale alimentazione e idratazione naturale» (punto 38.5).

La posizione consolidata della comunità scientifica internazionale, richiamata diffusamente nella sentenza (*ex plurimis*, punto 38.7), risulta pertanto decisiva al fine di supportare questo passaggio – decisivo – della motivazione, come avvenuto nella precedente decisione della Corte di cassazione (n. 21748 del 2007), al fine di ricondurre l'alimentazione e l'idratazione artificiale allo schema predisposto nella sentenza per la sospensione dei trattamenti in caso di paziente incapace.

Rinviando *infra*, per un'analisi sull'eventuale impatto che il fattore tecnico-scientifico ha avuto all'interno della giurisprudenza italiana in materia di ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, appare utile richiamare all'interno di questa sub-categoria una delle prime decisioni in materia, successivamente all'entrata in vigore della legge 40 del 2004. Ci si riferisce alla sentenza del Tribunale di Roma del 23 febbraio 2005³⁸, nella quale, pur essendo rinvenibili riferimenti testuali alla presunta inadeguatezza del testo legislativo dal punto di vista medico-scientifico³⁹, il parametro della *ratio* e dell'intenzione del legislatore (quale era interpretata al momento della decisione, cfr. successivamente sentenza C. cost. n. 151 del 2009) prevale su tale aspetto, provocando il rigetto del ricorso, finalizzato a superare l'allora vigente divieto (di creare un numero di embrioni superiore a tre) ex art.

³⁶ La Regione fa riferimento al parere del Comitato nazionale per la bioetica del 30 settembre 2005, secondo cui alimentare e idratare una persona, anche se assistita da una struttura sanitaria, costituisce sostentamento ordinario di base, sicché interrompere la nutrizione e l'idratazione artificiale sarebbe una forma, dal punto di vista umano e simbolico particolarmente crudele, di abbandono del malato.

³⁷ Secondo la citata sentenza della Corte di cassazione, «non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario» e che «esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche» (Cass., sez. I, 16.10.2007, n. 21478).

³⁸ Trib. Roma 23 febbraio 2005, in Foro italiano, 2005, I, 881, con osservazioni di G. CASABURI. Cfr. anche L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori e interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, f. 3-4, 2004, p. 793, osserva che le prescrizioni della l. n. 40 del 2004, comprese quelle dell'art. 14, impongono «una metodologia ritenuta dal mondo scientifico non solo non ottimale, ma tale, per rischi, disagi, stress fisico e psichico, che ingenera nella paziente, da essere passibile di denuncia (...) per quella che tutti ormai chiamano *malpractice* (...) ulteriori elementi contrari alla deontologia medica non mancano, perché non c'è morale medica che prescriva di far nascere bambini malati e curare i pazienti nel peggiore dei modi possibili e con la percentuale più bassa di successi».

14, secondo comma, della legge 40, attraverso la distinzione, che il Tribunale riconosce comunque fondata dal punto di vista scientifico, tra ovocita ed embrione.

In questo caso, l'elemento tecnico-scientifico, pur se riconosciuto fondato alla luce delle risultanze dibattimentali, non viene ritenuto sufficiente, in quanto destinato a "cedere" di fronte a ciò che viene interpretata quale chiara e univoca volontà del legislatore: l'elemento della discrezionalità politica del legislatore tende quindi a prevalere sulla esigenza, pur se all'epoca già manifestata a livello di giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 282/2002), di garantirne comunque un livello adeguato di fondatezza scientifica; parallelamente; per quanto riguarda i rapporti tra poteri, è evidente un atteggiamento di *self-restraint* del giudice, il quale riconosce una sorta di primazia normativa al legislatore, nonché – in termini generali – alla volontà popolare⁴⁰ (la quale si sarebbe direttamente espressa di lì a poco in modo diretto in occasione dei referendum abrogativi aventi ad oggetto anche la disposizione richiamata in giudizio).

La categoria di casi appena descritta sembra evidenziare che il ruolo, all'interno del processo decisionale, svolto da elementi di carattere tecnico-scientifico può risultare decisivo, al fine di orientarne il "verso" (Consiglio di Stato), ma ciò tende ad avvenire in modo non automatico, in linea del resto con la natura non "meccanicistica" della funzione giurisdizionale: l'impatto sostanziale di tali elementi, infatti, anche quando richiamati espressamente (Tribunale di Roma), può venire controbilanciato dal concomitante pressione di altri elementi, di carattere giuridico-ordinamentale (separazione tra poteri) o extra-giuridico (contesto sociale, caratteri specifici della questione analizzata). Nel primo caso, la valutazione della fondatezza scientifica dei contenuti dell'atto (o del fatto) oggetto di giudizio assume carattere prevalente su altri elementi, anche se espressione della discrezionalità politica (o amministrativa) del soggetto emanante; nel secondo caso, al contrario, la natura dell'atto e la configurazione dei poteri da esso espresso tendono ad assumere un rilievo decisivo, legittimando valutazioni giurisdizionali tendenzialmente uniformi al dettato testuale o al sostrato teleologico, così come ricostruiti a livello interpretativo, che caratterizza il materiale normativo utilizzato in giudizio.

Sullo sfondo di questa categoria di pronunce, resta la questione relativa alla esistenza di una relazione diretta tra stato delle acquisizioni tecnico-scientifiche, in termini di certezza (tendenziale) delle medesime, e discrezionalità – politica o giurisdizionale – esercitabile dal soggetto titolare della funzione (legislatore o giudice). La sussistenza di un siffatto rapporto, quantomeno relativo, sembra emergere chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale, in modo forse più esplicito ed accentuato rispetto alla discrezionalità politica del legislatore (dalla sentenza n. 282 del 2002) rispetto alla discrezionalità interpretativa del giudice, la quale sembra venire circoscritta non tanto nell'utilizzo di elementi tecnico-scientifici, quanto nel momento in cui il giudice intenda 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»⁴¹.

³⁹ Sul punto, cfr. G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 12, 2009, p. 442, il quale sottolinea che «il medesimo provvedimento, inopinatamente, e senza neppure porsi dubbi di costituzionalità della nuova normativa (a differenza di quello catanese, che qualche dubbio aveva pur manifestato), muove comunque forti rilievi critici alla l. n. 40 del 2004, ritenuta inadeguata, sotto il profilo scientifico e delle aspettative della società: è anzi affermato che la legge non corrisponde ai principi basilari della buona pratica medica».

⁴⁰ Trib. Roma, cit., secondo cui, riferendosi ai referendum de 2005, «la parola, dunque, spetterà al popolo sovrano e al parlamento per un eventuale intervento modificativo che valga ad evitare il ricorso alle urne».

⁴¹ *Ex plurimis*, sentenza n. 185 del 1998. Di indebita «rivalutazione dei giudizi resi dagli organi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione» parla la sentenza n. 121/1999.

5.3. Determinazione in concreto del contenuto scientifico di una disposizione legislativa scientificamente indeterminata.

Questo gruppo di casi è accomunato dalla esigenza, da parte del giudice, di individuare un contenuto concreto, scientificamente connotato, di elementi normativi che il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, struttura ricorrendo alla tecnica dei concetti giuridici indeterminati⁴². Nell'ambito qui analizzato, appare più opportuno riferirsi alla categoria di concetti scientificamente indeterminati, che il legislatore utilizza all'interno del testo legislativo, con l'obiettivo di operare un rinvio, pur se variabile nella concreta definizione, a fonti e/o autorità di natura tecnico-scientifica per la determinazione in concreto del contenuto normativo dell'atto⁴³. Gli esempi, ricavabili dall'ambito medico, possono essere di almeno due tipi, differenziandosi a seconda del destinatario del rinvio e della natura di quest'ultimo: a) il legislatore prevede un rinvio mobile a istanze tecniche in ambito medico-sanitario, potendo eventualmente prevedere la necessaria interposizione del giudice al fine di individuare il parametro scientifico di riferimento (il riferimento alle "linee guida" effettuato dal decreto Balduzzi); b) il legislatore prevede un rinvio fisso al medico direttamente coinvolto nella applicazione della regola al caso concreto, compiendo una selezione preliminare dei parametri tecnico-scientifici destinati a integrare la fattispecie normativa (art. 14, secondo comma, legge 40, versione originaria; o la definizione di morte)⁴⁴.

Mutuando una categoria tipica del diritto costituzionale, quella del rinvio, il rinvio legislativo può definirsi mobile quanto avviene mediante concetti indeterminati il cui contenuto deve essere di volta in volta individuato dalla persona responsabile della attività disciplinata, o attraverso clausole generali a contenuto scientifico. Al contrario, si configura un'ipotesi di rinvio fisso alla scienza quando la disposizione compie un riferimento diretto a criteri o parametri rigidamente predeterminati, opzione che può comportare il rischio di una eccessiva pietrificazione dei contenuti normativi a contenuto scientifico⁴⁵.

Quando il legislatore abbia optato per un rinvio mobile alla scienza, potrà spettare al giudice, in fase rimediale, il compito di definire il contenuto "scientifico" della fattispecie,

⁴² In termini generali, da ultimo, E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2012, pp. 183 ss. In relazione all'utilizzo di tale tecnica nel contesto della regolazione della scienza, cfr. G. ALPA, *Limiti dell'intervento legislativo*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997, p. 57; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Editoriale scientifica, 1999, p. 289; L. MONTANARI, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., pp. 458 ss.

⁴³ Espressioni quali "alla luce delle conoscenze scientifiche" o riferimenti a concetti indeterminati quale il "numero di embrioni sufficiente all'impianto" (ex art. 14 della legge italiana n. 40/2004), configurano casi di ciò che G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 176, definisce «automatico adattamento della normativa in presenza di un'alterazione del dato tecnico» (corsivo aggiunto).

⁴⁴ R. VIRGIGLIO, *La moltiplicazione delle leggi: la fisiologia*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 29, nell'individuare le modalità di recezione delle norme tecniche da parte dell'ordinamento si riferisce anche al «rinvio fisso o mobile ad esse da parte di atti normativi».

⁴⁵ In tema di recezione di norme tecniche, cfr. anche F. SALMONI, *Il rapporto tra tecnica e diritto attraverso l'analisi della normativa tecnica consensuale*, in M. CECCHETTI, S. GRASSI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 130 ss., la quale, distinguendo tra rinvio fisso o recettizio e rinvio mobile o formale, sostiene che la dottrina tende a preferire il secondo, in quanto «questo tipo di rinvio sarebbe congegnato in maniera tale da immettere direttamente nel nostro ordinamento le norme presenti e future prodotte dalla fonte cui, attraverso il rinvio, si attribuisce rilevanza, e da consentire continui aggiornamenti e quindi maggiore aderenza delle norme ai progressi tecnici» (Ivi, p. 136, citando F. GARRI, *La normazione tecnica in Italia*, in *Foro amministrativo*, 1977, p. 1010).

garantendo ingresso nella fase processuale a istanze tecniche dotate di specifiche competenze o riferendosi a standard o best practices consolidate a livello internazionale. Un caso recente è il riferimento alle «linee guida» e alle «buone pratiche accreditate» contenuto nel decreto-legge n. 158 del 2012 (convertito dalla legge n. 189 del 2012⁴⁶).

In caso di rinvio fisso, il margine di discrezionalità giurisdizionale è destinato a ridursi, in quanto il giudice chiamato ad applicare la disposizione deve dare attuazione alla scelta, scientificamente connotata, operata dal legislatore, potendo, nel caso in cui attivando i propri poteri istruttori ritenga “debole” il fondamento scientifico alla base della selezione legislativa, percorrere esclusivamente la strada della questione di costituzionalità, eventualmente preceduta da un tentativo di interpretazione conforme, attraverso un’interpretazione dinamica-evolutiva del dato normativo.

Pertanto, in caso di utilizzo di un rinvio mobile, l’eventuale mutamento del «paradigma biologico»⁴⁷ può essere metabolizzato senza necessariamente ricorrere ad una modifica legislativa, potendo prevedere – secondo un approccio che, come vedremo, è tipico di molti ordinamenti a livello comparato (ad esempio Regno Unito, Francia, Spagna) – a livello legislativo l’istituzione di organismi tecnici al quale siano attribuite funzioni attuative (*Authority* britannica per la PMA) o, a livello giurisprudenziale, optando per interpretazioni evolutive o conformi a costituzione (scientificamente intesa)⁴⁸ finalizzate a recepire l’evoluzione scientifica intercorsa ai fini della effettiva realizzazione della *ratio* legislativa. In caso di rinvio fisso, al contrario, l’eventuale mutamento del paradigma biologico non può che essere recepito mediante una modifica legislativa formale, o, come accaduto nell’ordinamento italiano in riferimento all’art. 14, secondo comma, della legge 40 del 2004, attraverso l’intervento demolitorio della Corte costituzionale, quando ne riconosca l’incompatibilità con il contesto costituzionale⁴⁹.

Entrambe le tecniche tendono ad aumentare la “pressione”, funzionale ed ordinamentale, sui giudici, in quanto ciò integra – nel primo caso in modo fisiologico, nel secondo potenzialmente patologico – un tipo particolare di delega di bilanciamento in concreto⁵⁰, nella quale a valutazioni puramente normative e assiologiche si affiancano, con un effetto conformativo, valutazioni di natura tecnico-scientifica. Se, però, nel caso di rinvio mobile tale fenomeno di “responsabilizzazione” dei giudici può essere considerato fisiologico, in quanto deriva da una consapevole scelta legislativa di individuare soggetti “terzi” – autorità indipendenti, giudici – ai quali attribuire una specifica legittimazione, nel caso di rinvio fisso ciò sembra essere un effetto “collaterale” di un impianto normativo che, in quanto rigidamente predeterminato nei suoi contenuti scientificamente connotati, provoca una

⁴⁶ Secondo G. M. CALETTI, *La colpa professionale a due anni dalla Legge Balduzzi*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2015, p. 174, «l’aspetto più positivo della diffusione delle linee guida dovrebbe consistere, come da più parti segnalato, nella progressiva codificazione delle *leges artis* in ambito medicale».

⁴⁷ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 19, definisce mutamento del paradigma biologico il fenomeno per cui «il diritto, a seguito delle nuove possibilità offerte dalla tecnica, si sia trovato di fronte alla *trasformazione di un modello biologico* dato prima per scontato».

⁴⁸ Utilizza questa espressione G. D’AMICO, *La Corte e lo stato dell’arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D’Orazio*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 443.

⁴⁹ Ad esempio, come nel caso citato, affermando che la scelta legislativa viene a violare tanto il diritto alla salute delle persone coinvolte quanto, in termini generali, il principio di ragionevolezza dell’intervento legislativo in materia medico-scientifica.

⁵⁰ R. BIN, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 120 ss.

inevitabile “reazione” da parte del formante giurisprudenziale, sulla “spinta” delle esigenze di garanzia delle persone direttamente coinvolte.

Occorre peraltro sottolineare come, in entrambi i casi, il “peso” della complessità e mutevolezza dell’oggetto del rinvio – sia esso mobile o fisso – è destinato comunque a incidere sull’esercizio della funzione giurisdizionale. Anche quando il legislatore adotti un approccio aperto, operando un rinvio mobile a concetti di natura tecnica, la responsabilità di individuarne il contenuto concreto tenderà a ricadere sul giudice, in particolare quando ciò sia necessaria a determinare l’esatto ambito applicativo della fattispecie normativa. In tal senso, il riferimento compiuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate da parte del c.d. “decreto Balduzzi”, sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede, risulta paradigmatico nell’esprimere quanto tale compito possa rivelarsi arduo, in termini di individuazione del riferimento tecnico più adeguato e, quindi, di certezza, in termini ordinamentali, e prevedibilità, dal punto di vista dei destinatari della norma, del concreto perimetro applicativo della fattispecie.

I «costi normativi»⁵¹ delle scelte operate dal legislatore, per quanto sia opinabile svolgere considerazioni di carattere generale rispetto all’approccio *case-by-case* tipico della funzione giurisdizionale, tendono ad assumere un’ampiezza diversa, a seconda della scelta operata a livello legislativo, dimostrandosi anche sotto tale prospettiva l’esistenza di una strutturale continuità funzionale tra legislazione e giurisdizione⁵²: essi tendono infatti ad incrementare nel caso di rinvio fisso, in particolare quando il testo legislativo non assicuri un livello ragionevole di attendibilità scientifica, risultando al contrario l’esito di valutazioni di pura discrezionalità politica, che prescindono da – o, in alcuni casi, confliggono in modo manifesto con – gli standard e *best practices* consolidate nell’ambito che si intende disciplinare. Tuttavia, anche nel caso di rinvio fisso, l’aumento dei costi normativi non può essere considerato come effetto automaticamente connesso a tale approccio: la variabile, come anticipato, è rappresentata, a livello legislativo, dal grado di ragionevolezza scientifica del rinvio, che richiede una adeguata “contaminazione” tra discrezionalità politica e fondatezza scientifica delle scelte operate.

Due esempi possono chiarire quanto appena affermato, alla luce della valutazione compiuta da parte della giurisprudenza costituzionale delle scelte legislative.

Da un lato, i rigidi limiti che originariamente erano stati introdotti dalla legge 40/2004 all’applicazione delle tecniche di PMA (in particolare il limite del numero di tre embrioni producibili per ciascun ciclo di fecondazione e l’obbligo di unico e contemporaneo impianto, art. 14, secondo comma) non hanno superato lo scrutinio da parte della Corte costituzionale, la quale ha – come noto – il riferimento alla necessità di operare le scelte sanitarie «tenuto conto dell’evoluzione tecnico-scientifica», che rappresenta un elemento di adattabilità del dato legislativo al dato medico-scientifico, veniva sostanzialmente depotenziato dalla previsione di limiti, i quali si rivelano privi di fondamento scientifico e frutto di valutazioni di mera discrezionalità politica (sentenza n. 282 del 2002)⁵³. La regola viene quindi rimodellata, eliminando il divieto e l’obbligo originariamente previsti e garantendo un ragionevole spazio di esercizio alla clausola di rinvio alla scienza già contenuta nell’articolo 14, nella parte in cui prevede che, nella individuazione del

⁵¹ Si utilizza qui l’efficace espressione utilizzata da R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 281, il quale chiarisce che il “costo” (cfr. sentenza n. 141 del 1984) dello strumento normativo «è espresso in termini di compressione, di sacrificio dei diritti individuali».

⁵²

⁵³ G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 maggio 2009, p. 2, a commento della sentenza, sottolinea che in essa la corte afferma la «prevalenza della scienza sul diritto ma non sui diritti costituzionali, alla vita, dell’embrione, alla procreazione, che anzi vengono salvaguardati attraverso l’ausilio della scienza».

trattamento più adeguato, si debba tenere conto della «evoluzione scientifica» esistente⁵⁴: si può affermare che la Corte costituzionale ha modificato la natura del rinvio alla scienza (in questo caso, medica) compiuto dal legislatore, trasformando un rinvio fisso (massimo di tre embrioni; unico e contemporaneo impianto; divieto di produzione di embrioni soprannumerari) in un rinvio mobile, alla luce del quale «le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario» (art. 14, secondo comma, successivo alla sentenza n. 151 del 2009).

Dall'altro lato, è possibile riferirsi alla questione relativa alla individuazione del criterio giuridicamente rilevante per l'accertamento della morte di una persona, che è stata affrontata a livello legislativo optando per un riferimento "fisso" al criterio della cessazione dell'attività cerebrale (legge 29 dicembre 1993, n. 578), il quale è venuto a sostituire quello che corrispondeva ad una concezione di ordine naturalistico, in quanto la identificava con la cessazione delle tre funzioni superiori (cardiaca, respiratoria e cerebrale; art. 589 del codice penale). La Corte costituzionale, nella sentenza n. 414 del 1995, riconosce la piena compatibilità di questa scelta legislativa con il quadro dei principi costituzionali, affermando che «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, può dirsi che la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si ponga in contrasto con norme e principi costituzionali per quanto concerne il circoscritto oggetto del presente giudizio, attinente alla chiarificazione della nozione di morte e l'indicazione dei criteri di accertamento della stessa»⁵⁵. La sentenza, oltre a sancire la piena compatibilità costituzionale della selezione operata dal legislatore, riconoscendo che questa incorpora i progressi scientifici raggiunti «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero», sottolinea come l'adeguatezza scientifica del contenuto legislativo rappresenta condizione necessaria ma non sufficiente al fine di assicurare la ragionevolezza del medesimo: infatti, i «dati della scienza medica» entrano – devono entrare – in un'operazione di bilanciamento più complessa, la quale comprende – deve comprendere – anche «il complesso quadro dei valori di riferimento, in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento, nonché con i principi deontologici e l'espressione del comune sentire»⁵⁶.

Dimensione scientifica, dimensione assiologica e dimensione ordinamentale rappresentano, quindi, elementi necessari dell'attività ermeneutica del giudice, il quale, al pari del potere politico, esprime una «triplice legittimazione» del potere teorizzata in dottrina⁵⁷: «dal basso» (democratica, seppur in forma mediata) e «dall'alto» (costituzionale e scientifica).

5.4. Utilizzo di una tecnica innovativa a livello medico-scientifico, le cui risultanze incidono sulla formazione del contenuto della decisione.

Questa categoria di sentenze si caratterizza non tanto per avere ad oggetto trattamenti sanitari o tecniche diagnostiche, rispetto alle quali la comunità scientifica non sembra

⁵⁴ Sul punto, G. VACCARI, *La sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale: sulla ragionevolezza scientifica di un intervento legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Studium Iuris*, n. 11, 2009, pp. 1175 ss.

⁵⁵ Sottolinea questo aspetto P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 606-607.

⁵⁶ C. costituzionale, sentenza n. 414 del 1995.

⁵⁷ Da ultimo, in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 11-12.

avere raggiunto, quantomeno inizialmente, un consenso (in termini di efficacia o attendibilità): altrimenti, non si differenzerebbe dalle pronunce relative, ad esempio, al trattamento Di Bella o al protocollo Stamina. L'elemento distintivo di questa categoria è costituito dal ruolo svolto, all'interno del processo, da tali elementi scientifici: infatti, se, nei casi appena richiamati, essi rappresentano l'oggetto della valutazione da parte del giudice, nei casi sussumibili alla categoria descritta essi costituiscono uno strumento cognitivo e argomentativo interno al processo decisionale⁵⁸.

L'esempio più paradigmatico è senza dubbio rappresentato da quei casi, tendenti a valutare la responsabilità in ambito penale, nei quali applicazioni avanzate dell'analisi neuronale – le neuroscienze – e di quella genetica vengono utilizzate al fine della configurabilità di un elemento del reato (imputabilità).

Nella sentenza sul caso conosciuto come *Bayout*, la Corte d'Assise d'Appello di Trieste⁵⁹ ha basato la decisione di rivalutare la decisione operata dal G.U.P. in primo grado di non concedere la riduzione di pena di un terzo per difetto parziale di imputabilità sulle risultanze di indagini genetiche svolte sul DNA dell'imputato, le quali avevano riscontrato la presenza degli alleli (per il gene MAOA) che «in base a numerosi studi internazionali riportati sinora in letteratura, sono stati riscontrati conferire un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo (socialmente inaccettabile)». Questa configurazione cromosomica avrebbe pertanto esposto l'imputato a una particolare «vulnerabilità genetica», in quanto «potrebbe rendere il soggetto maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente». Nell'orientare la decisione della Corte, l'elemento genetico sembra assumere un rilievo decisivo al fine di riconoscere, ribaltando la decisione di primo grado, la riduzione della pena nella misura massima di un terzo. Ciò è ricavabile sia a livello empirico, in quanto tale fattore è l'unico che distingue il materiale peritale-conoscitivo a disposizione nei due gradi di giudizio, sia a livello argomentativo, in quanto nella sentenza si collega espressamente la rivalutazione della decisione del G.U.P. con il fatto che «determinati "geni" presenti nel patrimonio cromosomico dell'imputato lo renderebbero particolarmente reattivo in termini di aggressività – e conseguentemente vulnerabile – in presenza di situazioni di stress»⁶⁰.

In una decisione successiva, il Tribunale di Como⁶¹ ha riconosciuto il vizio parziale della capacità di intendere e di volere della persona imputata, tra gli altri reati, di omicidio della sorella e di tentato omicidio dei genitori, basandosi anche in questo caso su «ulteriori indagini (...) legate alle neuroscienze cognitive ed alla genetica comportamentale». Ai fini del presente studio, risulta di particolare interesse lo sviluppo delle argomentazioni utilizzate dai giudici, in quanto da esse è possibile ricavare elementi di portata generale, utili a definire un possibile approccio all'utilizzo di tecniche "di avanguardia" da parte dei giudici.

I giudici definiscono la natura, il valore processuale, delle tecniche di «*imaging cerebrale*» e di «genetica molecolare», attribuendo a queste ultime il valore di «utile completamento degli accertamenti psichiatrici» tradizionali, destinati a rafforzare le conclusioni della

⁵⁸ In tema, di recente, C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2014, pp. 1249 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Neuroscienze e diritto: un quadro delle opportunità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 1, 2012, pp. 83 ss.

⁵⁹ Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 18 settembre 2009.

⁶⁰ G. M. FLICK, *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4, 2014, p. 8, ritiene che «non bisogna pertanto rifiutare aprioristicamente l'uso delle neuroscienze nel processo penale; piuttosto occorre evitare i rischi che possono essere prodotti dal soggettivismo giudiziale, dettato dal coefficiente emozionale che può interferire nell'oggettività del giudizio».

⁶¹ Tribunale di Como, 20 maggio 2010.

perizia: queste tecniche, infatti, rafforzano l'obiettività dei dati, in quanto sono in grado di «ridurre la variabilità diagnostica e di offrire risposte meno discrezionali rispetto a quelle ottenibili col solo metodo di indagine tradizionale clinico». Secondo il Tribunale di Como, quindi, queste tecniche avrebbero natura integrativa e non sostitutiva della valutazione comportamentale e clinica, garantendola una maggiore oggettività e completezza: in ogni caso, si sottolinea la necessità che il giudice, di fronte a conclusioni specialistiche divergenti, espliciti i criteri di scelta tra le opposte tesi scientifiche attraverso una «congrua motivazione», restando «al giudice il compito di valutare la rilevanza giuridica dei dati forniti dalla scienza ai fini della rimproverabilità dei fatti commessi al suo autore, sulla base del complesso delle risultanze processuali e della valutazione logica e coordinata di tutte le emergenze».

6. Il giudice compie una interpretazione conforme a costituzione, che risulta "condizionata" dal dato scientifico.

Il giudice può utilizzare il dato scientifico per definire il principio di diritto o la regola da applicare al caso, spesso in funzione di una attuazione diretta di principi costituzionali, all'interno della quale il riferimento allo stato delle conoscenze tecniche può assumere un rilievo decisivo, contribuendo a definire in concreto l'ambito applicativo della norma costituzionale utilizzata.

Un caso emblematico è rappresentato dalla già citata sentenza della Corte di cassazione relativa al caso Englaro, nella quale, sulla base della opinione maggioritaria della comunità medico-scientifica e non accogliendo i rilievi del PM, l'alimentazione e l'idratazione artificiale vengono qualificati come "trattamenti sanitari", derivandovi l'applicabilità del secondo comma dell'art. 32 Cost. In questo caso, il dato scientifico, quale emerge dalla prevalente opinione della comunità scientifica di riferimento, sembra fungere da elemento di determinazione in concreto dell'ambito di applicazione della disposizione. La Cassazione sembra peraltro affermare la propria incompetenza a ordinare la sospensione del trattamento, riconoscendo quei limiti che anche al giudice pone la scienza («presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione»), limitando il proprio intervento a verificare la legittimità della richiesta del tutore («l'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace»)⁶².

Pur non esplicitamente, la decisione sembra applicare un principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'autorità giudiziaria non può 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» (*ex plurimis*, sentenza n. 185 del 1998). L'assunzione della opinione medico-scientifica prevalente è utilizzata 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. Una volta superata positivamente tale condizione di applicabilità, le valutazioni operate dalle Corti assumono natura esclusivamente giuridico-assiologica.

Nel caso dell'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, l'interazione con elementi

⁶² A livello comparato, può essere sussunto a questa categoria il caso *Burke*, nel quale la *Court of Appeal* britannica ha negato al paziente di dichiarare la propria volontà che, nel caso di successiva incapacità di comunicare con l'esterno, i trattamenti di alimentazione ed idratazione artificiale non venissero interrotti fino alla morte per cause naturali. Secondo la Corte britannica, «non è legittimo limitare l'autonomia di giudizio del medico creando principi che consentirebbero poi a tutti i pazienti di richiedere trattamenti anche futili» (C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 179).

di carattere tecnico-scientifico avviene per l'utilizzo dello strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte dei giudici. In questo ambito, il ruolo svolto dalla dimensione tecnica appare meno centrale all'interno del percorso argomentativo svolto dai giudici che hanno affrontato la questione della ammissibilità di tale tecnica diagnostica alla luce della legge 40/2004. Infatti, valutazioni di ordine assiologico connesse alla esigenza di tutela della salute delle donne coinvolte nell'applicazione delle tecniche di PMA sembrano prevalere su quelle di carattere puramente tecnico-scientifico. Un'analisi delle decisioni in oggetto sembra dimostrare che il riferimento a elementi medico-scientifici può avvenire in due fasi, assumendo nella prima carattere eventuale e ponendosi rispetto alla seconda quale componente/clausola essenziale: la prima è rappresentata dalla fase argomentativa, la seconda da quella del dispositivo della decisione.

Da un lato, infatti, si può richiamare la prima sentenza del Tribunale di Roma (ordinanza 23 febbraio 2005), nella quale si riconosce l'esistenza di un divieto assoluto, che comprende anche l'ovocita fecondato, di crioconservazione (art. 14, primo comma). Tuttavia, appare significativo che, una volta ricostruito il quadro legislativo in senso ampiamente proibizionista (alla luce della lettera e della *ratio legis*), il Tribunale non si astiene dall'introdurre una considerazione relativa anche alla adeguatezza scientifica, affermando che «la disciplina contenuta nella legge non si presenta in armonia con altri principî egualmente recepiti dall'ordinamento stesso e facenti parte del patrimonio culturale, scientifico e della buona pratica medica del paese».

Anche il Tribunale di Cagliari (22-24 settembre 2007), in riferimento alla possibilità di sottoporre gli embrioni prodotti in vitro alla diagnosi preimpianto, utilizza l'elemento medico-scientifico della pericolosità per la salute della donna del trasferimento in utero di embrioni portatori di gravi malattie genetiche come elemento rafforzativo dell'interpretazione che riconosce l'ammissibilità di tale tecnica, alla luce di una interpretazione conforme della legge 40: il giudice afferma che «la comunità scientifica è infatti concorde nel ritenere che aumenti in maniera considerevole sia il rischio di una prosecuzione patologica della gravidanza sia il rischio di aborto spontaneo, e quindi la possibilità che si verifichi una lesione dell'integrità fisica o psichica della gestante sotto entrambi i profili».

L'elemento medico-scientifico viene richiamato in modo sistematico da quelle decisioni che affermano l'ammissibilità della tecnica, venendo ad assumere la funzione di una clausola necessaria di rinvio allo stato dell'evoluzione scientifica, mediante la quale i giudici riconoscono l'autonomia del medico nel definire le modalità di svolgimento più adeguate. Costante è, infatti, il riferimento alle «tecniche procreative medicalmente assistite, *imposte dalle migliori pratiche scientifiche*» (Trib. Salerno, 2009), alla «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), allo svolgimento della diagnosi, del trasferimento con eventuale crioconservazione degli embrioni non trasferiti «*secondo le migliori regole della scienza in relazione alla salute della madre*» (Trib. Firenze, 2007), 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). Appare interessante notare che, ad eccezione della decisione del Tribunale bolognese (che individua nel dispositivo il numero di embrioni da produrre, sei), i riferimenti svolti dai giudici alla scienza medica possono essere sussunti nella categoria del rinvio mobile, esprimendo tale scelta la volontà di lasciare alla competenza (ed autonomia) dei professionisti coinvolti la determinazione in concreto di tali *standard* e *best practice*, tenuto conto anche della continua evoluzione delle acquisizioni in materia.

In questo secondo gruppo di casi, il ruolo svolto dall'utilizzo di dati medico-scientifici può

dirsi, nella fase argomentativa, sussidiario rispetto alle “tradizionali” tecniche interpretative, le quali vengono utilizzate – cfr. l’interpretazione conforme spinta *praeter* (secondo alcuni, *contra*⁶³) *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, che recentemente la Corte costituzionale ha contribuito a riportare entro saldi confini di fisiologia ordinamentale (sentenza n. 196 del 2015⁶⁴), la funzione della scienza non può essere considerata decisiva, mentre occorre sottolineare che, rispetto alla definizione del dispositivo, essa sembra assumere la natura di elemento necessario, che si concretizza in una clausola di rinvio mobile allo “stato della scienza” e alle “migliori pratiche mediche”, ponendosi in linea con la giurisprudenza costituzionale in materia.

7. Il giudice opera un self-restraint rispetto alla discrezionalità politica del legislatore.

I giudici possono optare, inoltre, per un percorso argomentativo nel quale il riconoscimento della prevalenza (o della previa necessità) dell’intervento legislativo nel definire l’assetto normativo degli interessi in gioco deve prevalere, anche se ciò può andare a detrimento della effettiva protezione di diritti riconosciuti esistenti. Tale approccio è destinato ad incidere sull’impatto che valutazioni di carattere medico-scientifico possono svolgere all’interno della decisione, in quanto, da un lato, queste vengono considerate recessive (o non considerate rilevanti, come nel caso dell’ordinanza di Catania in materia di PMA⁶⁵) rispetto alla discrezionalità del legislatore, o, dall’altro lato, richiedono l’intervento di quest’ultimo al fine di assumere un rilievo giuridico⁶⁶). Questo approccio sembra sollevare alcune perplessità, se valutato alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale, la quale ha riconosciuto reiteratamente l’esistenza di limiti che lo stato delle conoscenze scientifiche pongono all’esercizio discrezionale del potere legislativo.

Nel primo caso, l’ordinanza del Tribunale di Catania in materia di PMA, il giudice aderisce ad una impostazione letterale, riconoscendo nel legislatore il soggetto, in quanto democraticamente legittimato, più adeguato ad assumere decisioni normative ad elevato contenuto assiologico (oltre che scientifico, aspetto che rimane però sottotraccia nell’ordinanza). Su tali basi, il margine di interpretazione – costituzionalmente conforme – della legge tende a ridursi sensibilmente, non assumendo il dato scientifico un ruolo decisivo: secondo il giudice, infatti, «l’“intenzione del legislatore” ha in questo momento in questa materia il suo più grande rilievo e la sua elusione, da parte di ognuno che deve

⁶³ 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*, n. 1, 2008, pp. 552 ss.; I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2012, p. 4, secondo cui «è la misura che fa la differenza; vale a dire che questa normale attività non deve arrivare a imporre un atteggiamento patologico ai giudici costringendoli a leggere nella disposizione quel che non c’è, pur di obbedire all’obbligo imposto dalla Corte».

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 *Consulta Online*, n. 2, 2015, pp. 533 ss.; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 6, 2015; 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*, n. 2, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 2015.

⁶⁵ Tribunale di Catania, ordinanza 3 maggio 2004.

⁶⁶ Tribunale di Roma, sez. civ. I, ordinanza 16 dicembre 2006, relativa al caso Welby. Sul punto, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., pp. 101 ss.

applicare la legge, costituirebbe grave violazione del fondamento stesso della democrazia, facendo sovrano l'interprete in luogo del legislatore»⁶⁷.

Nel caso Welby, la rinuncia del giudice a riconoscere il rimedio si fonda anche sulla assunzione della assenza di una «previsione normativa degli elementi concreti di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato accanimento terapeutico»; pertanto, secondo il giudice, «solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di (...) dare risposte 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», richiamando in tal senso la definizione di morte cerebrale.

Questo atteggiamento, se rapportato ai principi sanciti a livello di giustizia costituzionale, sembra condurre a un eccessivo «ripiegamento» della funzione giurisdizionale su quella legislativa, comportando di conseguenza una compressione di spazi decisionali, attuativi, che, alla luce dei richiamati principi costituzionali, potrebbero essere legittimamente riconosciuti da parte del giudice, a istanze di natura medico-scientifica (*in primis*, i professionisti coinvolti nell'applicazione dei trattamenti): approccio, quest'ultimo, che è stato assunto in altre occasioni da parte dei giudici, come le ultime due categorie di decisioni giudiziali sembrano dimostrare⁶⁸.

È pur vero che un approccio siffatto può trovare, seppur in modo limitato, una copertura costituzionale, da un lato, nell'art. 28 legge istitutiva della Corte sul merito delle scelte politiche del legislatore; dall'altro lato, nella giurisprudenza costituzionale che distingue tra *self-restraint* nel caso di assenza legislativa (in termini di qualificazione e disciplina generale e astratta di un fenomeno sociale) e dovere di garantire i diritti costituzionali da parte del giudice, anche in assenza di una norma legislativa⁶⁹; tuttavia, l'assoluta rinuncia ad esercitare la funzione giurisdizionale alla luce del pluralismo delle fonti e di una concezione dinamica del rapporto tra poteri sembra contrarre eccessivamente le esigenze di tutela nel caso concreto di situazioni giuridiche soggettive che trovano pieno riconoscimento a livello costituzionale (artt. 2, 12, 32, secondo comma, Cost.) e ampia copertura a livello medico-scientifico.

8. Il giudice riconosce uno spazio alla discrezionalità di organi tecnici o dei professionisti coinvolti: "self-restraint" a favore di istanze medico-scientifiche.

Nell'ordinamento italiano l'affermazione di uno spazio normativo autonomo a organismi tecnici, designati dal legislatore, o direttamente agli operatori sanitari, al fine di determinare in concreto il contenuto scientifico di disposizioni legislative, può trovare applicazione anche a livello giurisprudenziale: in questo caso, a differenza del precedente, il *self-restraint* operato dai giudici è a favore di soggetti dotati di competenze (e funzioni) medico-scientifiche specifiche, e non del legislatore. Rispetto al ruolo del legislatore, inoltre, un approccio aperto all'integrazione della *expertise* medico-scientifica da parte dei giudici può assumere una duplice dimensione: di convergenza, quando l'atteggiamento giudiziale risulta conforme a una precedente opzione legislativa che prevede un rinvio a

⁶⁷ Critico sul punto R. BIN, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2005, pp. 52-54, il quale legge nella argomentazione proposta dal giudice di Catania «l'idea di un legislatore sovrano, a cui l'investitura democratica conferisce un potere assoluto che vincola il giudice anche al di là del testo normativo» (Ivi, pp. 53-54).

⁶⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 220. Sul punto, anche T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2009, p. 496.

⁶⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 438/98 e n. 138/2010.

soggetti dotati di specifica expertise (a livello comparato, la giurisprudenza britannica in materia di definizione di *human embryo*⁷⁰); di divergenza, quando, al contrario, l'approccio giudiziale rappresenta una "reazione" a un atteggiamento di chiusura legislativa, essendo finalizzato a dare attuazione – seppur in funzione rimediabile – alla partecipazione (costituzionalmente necessaria) di istanze tecniche.

Questo approccio trova – come detto – copertura costituzionale (cfr. giurisprudenza sul caso Di Bella, sentenze nn. 185/1998; 121/1999; 188/2000; 282/2002 e successive sul punto), in quanto la Corte costituzionale ha affermato il ruolo essenziale svolto dagli organismi tecnico-scientifici in ambito medico, delineandosi uno spazio normativo riservato che deve essere rispettato tanto dal legislatore quanto dai giudici ordinari (oltre che della stessa Corte costituzionale).

Un caso particolarmente significativo può essere individuato nella decisione del TAR Lombardia in materia di determinazione delle condizioni di «vita autonoma del feto», che costituisce un limite individuato dalla legge n. 194 del 1978 alla possibilità di operare una interruzione volontaria di gravidanza dopo i primi novanta giorni (in presenza di tale condizione, è consentita solo in caso in cui la gravidanza o il parto comportino grave pericolo per la vita della donna, art. 7). Il TAR Lombardia (sentenza 29 dicembre 2010, n. 7735) giunge a dichiarare l'illegittimità di linee guida regionali, le quali avevano individuato un determinato termine a partire dal quale doveva scattare una presunzione assoluta di «possibilità di vita autonoma», in quanto tale intervento si pone in contrasto con la scelta precedentemente operata a livello statale: infatti, le linee guida regionali «individuando un termine oltre il quale si deve presumere, salvo prova contraria, che il feto possa avere vita autonoma, contravvengono alla chiara decisione del legislatore nazionale di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori» e contrastano con il principio espresso dal legislatore statale «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»⁷¹.

L'esempio sembra dimostrare, come del resto anche l'applicazione giurisprudenziale della legge 40/2004, l'esistenza di una «riserva di competenza al sapere scientifico»⁷², che può avere come destinatari sia autorità indipendenti, sia operatori sanitari, e che, quando viene prevista a livello legislativo, non può subire successive limitazioni derivanti da atti generali emanati da soggetti diversi da quelli ai quali la riserva viene attribuita. Quando, come nel caso della PMA, questo spazio⁷³ non viene rispettato a livello legislativo, può avvenire un "recupero" a livello giurisprudenziale: in questi casi, il giudice, da un lato, può ribadire la scelta legislativa di delegare a organismi tecnici od operatori medico-sanitari la determinazione in concreto del contenuto scientifico della clausola normativa; o affermarne l'esistenza, nel caso ciò non sia avvenuto a livello legislativo.

⁷⁰ Per una recente analisi, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 299 ss.

⁷¹ M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008, pp. 34-38, sottolinea la scelta legislativa di prevedere «un adeguamento interpretativo, facendo opportunamente riferimento (...) al concetto di "vita autonoma"» (Ivi, p. 35), il quale può adattarsi al perfezionamento delle tecniche in tale ambito (anticipando ad esempio il momento in cui questo limite si configuri in concreto).

⁷² D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2008, pp. 1004 ss.

⁷³ La Corte costituzionale si è riferita a tale dinamica in termini di «competenze riservate agli organi tecnico-scientifici» (sentenza n. 188 del 2000).

Questo principio ha consentito ai giudici, nel caso della PMA, di affermare la competenza dei medici – declinata in termini di dovere all'interno delle sentenze richiamate *supra* – a garantire alle coppie le tecniche di PMA più adeguate, alla luce della *lex artis* consolidata al momento della prestazione, dopo che la Corte costituzionale ha affermato l'esigenza che la legge riconosca 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» (sentenza n. 151 del 2009). Spesso questo approccio tende ad accompagnarsi all'utilizzo dello strumento dell'interpretazione conforme a costituzione, come nel caso della legge 40 e della DGP, come è stato approfondito *supra*.

A livello comparato, è possibile individuare esempi in tal senso. Un esempio paradigmatico è senza dubbio rappresentato dalla disciplina britannica in materia di PMA: la giurisprudenza⁷⁴ ha riconosciuto che lo spazio normativo attribuito volutamente dal legislatore ad organismi tecnico-scientifici comporta una limitazione dell'ambito e della profondità dello scrutinio operabile a livello giudiziale⁷⁵ e che il controllo della corte deve limitarsi a verificare che tali organismi tecnici non abbiano abusato dei poteri e delle responsabilità attribuite dal legislatore. Rigettando un ricorso che mirava a ottenere una deroga ai limiti imposti dalla autorità competente rispetto al numero di embrioni (tre) trasferibili per ciclo riproduttivo, la *Court of Appeal* ha proposto ciò che può essere considerato un principio fondamentale della materia, affermando che «*where (...) it [l'Authority] considers requests for advice carefully and thoroughly, and produces opinions which are plainly rational, the court (...) has no part to play in the debate, and certainly no power to intervene to strike down any such decision*»⁷⁶.

Questo approccio è rinvenibile, infine, anche a livello convenzionale (CEDU). Da ultimo, nel caso *Durisotto c. Italia*, 28 maggio 2014, relativo al caso *Stamina*, la Corte EDU – rigettando il ricorso – ha affermato che «in ogni caso, non spetta al giudice internazionale sostituirsi alle autorità nazionali competenti per determinare il livello di rischio accettabile dai pazienti che intendano accedere alle cure compassionevoli nell'ambito di una terapia sperimentale» (paragrafo 40).

Al contrario, un atteggiamento che sembra non riconoscere un autonomo spazio normativo a istanze medico-scientifiche, alla luce di una impostazione che vede nel legislatore l'unico soggetto legittimato a operare scelta che, pur se scientificamente connotate, coinvolgono questioni e aspetti assiologicamente orientati, è quello ricavabile dalla sentenza del TAR Lazio, relativa alla legittimità delle linee guida alla legge 40/2004. Chiamata a pronunciarsi sulla mancanza di una definizione di “embrione” all'interno delle linee guida (nella versione del 2004), il TAR ha affermato che «esula (...) dalla biologia la possibilità di dire quando è che un embrione divenga persona (*rectius*: sia tutelabile in quanto tale); ove se ne ravvisi la necessità, ciò potrebbe essere il frutto di una “convenzione umana”, che, per la sua massima rilevanza, e per le ricadute connesse, non può che configurarsi come scelta espressione di discrezionalità politica del legislatore (come è avvenuto in altri ordinamenti), e giammai competere, *praeter legem*, ad un

⁷⁴ *Re v. HFE Authority, ex parte Assisted Reproduction and Gynaecology Centre & H* (2002, *Court of Appeal*).

⁷⁵ «*it is not the function of the court to enter the scientific debate, nor is it the function of the court to adjudicate on the merits of the Board's decisions or any advice it gives*».

⁷⁶ Secondo J. SAMANTA, A. SAMANTA, *Medical Law*, Basingstoke, 2011, p. 217, il passo citato dimostra «the Court's unwillingness to interfere with a decision of the HFEA provided that due process has been followed, and it appears unlikely that the court would substitute its own judgment in place of that of the Authority».

provvedimento amministrativo, chiamato solamente a dare attuazione tecnica alla legge, e non ad esprimere opzioni ideologiche, come è quella secondo cui l'embrione non è soggetto di diritto fin dal momento del concepimento». Se, da un lato, appare opportuna la definizione del limitato margine di intervento che tale atto amministrativo può assumere rispetto a quanto previsto a livello legislativo, appare dall'altro lato probabilmente eccessivo, ma forse dovuto alla natura del giudizio e alla domanda, riferirsi alla discrezionalità politica del legislatore quale esclusivo strumento di definizione. È infatti ipotizzabile che altri soggetti, ad esempio lo stesso giudice, possano legittimamente esercitare il proprio potere discrezionale al fine di individuare l'esatto ambito di applicazione di concetti di natura scientifica, ai quali fonti normative facciano riferimento⁷⁷. Questo approccio si inserisce, all'interno delle categorie di decisioni analizzate, nel punto dello spettro che con più chiarezza tende ad affermare la necessità di una partecipazione di istanze tecniche allo svolgimento della funzione normativa, nella fase di attuazione dei contenuti espressi dalle tradizionali fonti del diritto. Esso richiama la già richiamata tecnica della delega di bilanciamento in concreto, rivolta in questo caso non al giudice, ma direttamente agli operatori sanitari coinvolti nel caso concreto, secondo un andamento che sembra trovare una chiara e consolidata sponda nella giurisprudenza costituzionale⁷⁸. Lo spazio, rispetto all'intervento del legislatore, riconosciuto alla autonomia professionale del medico (e alla volontà del paziente) si giustifica nel fatto che «la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione» e che, quindi, sono i soggetti direttamente coinvolti nella pratica medica i più adeguati e legittimati a intervenire, tenendo conto dello «stato delle evidenze scientifiche e sperimentali»⁷⁹.

In dottrina, l'assetto di attribuzioni normative definito dalla sentenza appena richiamata in esame è stato ricondotto alla figura della «delega di bilanciamento in concreto»⁸⁰. In questo caso, i destinatari della delega compiuta dal legislatore non sarebbero i giudici, secondo la prospettiva originaria di questa teoria, ma «tecnici»⁸¹, che possono essere intesi sia come soggetti istituzionali (organismi tecnico-scientifici) che individuali (professionisti dotati di specifica competenza), al quale il legislatore affida la definizione del più adeguato bilanciamento tra i concomitanti interessi.

⁷⁷ Un caso paradigmatico è rappresentato dalla sentenza *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*. (C-34/10; per un commento, P. I. D'ANDREA, *La Corte di giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali (Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle c. Greenpeace eV)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 luglio 2012; A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2012, pp. 438-441; L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2012, pp. 145-149), nella quale la Corte di giustizia (nella citata sentenza Brüstle) ha individuato nel giudice nazionale, piuttosto che nel legislatore, il soggetto più adeguato, sulla base di una legittimazione tecnica che gli deriva dalla possibilità di utilizzare fonti di cognizioni esterne alla giurisdizione. Cfr. anche la decisione C-364/13 (*International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, 18 dicembre 2014). Per un commento, sia consentito rinviare a S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2015, pp. 213-215.

⁷⁸ Sembrano confermare questa impostazione sia il filone giurisprudenziale "Di Bella", sia quello inaugurato dalla sentenza n. 282/2002 (sentenze nn. 151/2009; 162/2014; da ultimo, 274/2014).

⁷⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 282/2002.

⁸⁰ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 120 ss.

⁸¹ P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 607-609, applica tale principio al contesto medico-sanitario, individuando una «delega di bilanciamento a favore di un tecnico (e non di un giudice)» (p. 607).

9. Il giudice di fronte al dato scientifico: (inevitabile) pluralità di approcci, tra legislatore e Costituzione.

L'esercizio della funzione giurisdizionale è orientata dalla natura dell'oggetto, in modo non dissimile dal passato ma secondo una evoluzione che tende a correlare criticità etico-sociale e complessità tecnico-scientifica: potenzialmente può tendere a una espansione della discrezionalità del giudice, tenuto conto degli strumenti di cognizione a sua disposizione e del tipo di rito utilizzato (art. 700 c.p.c.), ma ciò risulta strettamente connesso alle modalità di esercizio della discrezionalità legislativa (cfr. giurisprudenza costituzionale), la quale rappresenta la valvola di apertura del livello di discrezionalità/creatività giurisdizionale⁸²: quest'ultima assume ambiti e modalità distinte, a seconda della scelta – più o meno consapevole – del legislatore di “scaricare” sui giudici la responsabilità di garantire una disciplina costituzionalmente compatibile⁸³ (DGP); o di assumersi la responsabilità che corrisponde alla funzione di cui è titolare, introducendo una disciplina che assicuri uno spazio di autonomia decisionale adeguato a organismi tecnici o direttamente agli operatori sanitari coinvolti (delega di bilanciamento), secondo una tecnica di compensazione rispetto all'onere decisionale del giudice che tende a ricondurre quest'ultimo alla fisiologia del sistema e degli equilibri tra poteri (patologico: legge 40; fisiologico: linee guida)⁸⁴.

Si sono quindi tratteggiati, secondo una classificazione inevitabilmente opinabile, diversi approcci al riconoscimento e all'utilizzo del dato scientifico, che producono effetti diversi sulle decisioni e che trovano fondamento differenziato e mutevole nel contesto assiologico-costituzionale: tale pluralità appare in qualche modo inevitabile, se letta alla luce dello spazio discrezionale – ampio ma non indefinito – riconosciuto al giudice in uno stato costituzionale in cui il principio pluralista si esprime in termini di fonti, istituzioni e approcci assiologici, dei quali il giudice deve necessariamente tenere conto⁸⁵.

Il dato scientifico rappresenta, in questioni scientificamente connotate, un elemento necessario ma non sufficiente all'interno del processo decisionale: esso va a integrare elementi di natura diversa – culturale, sociale, politica, economica – secondo un andamento che trova il proprio metronomo, da un lato, nella compatibilità e funzionalità rispetto all'inveramento della dimensione assiologica della Costituzione, e, dall'altro lato, nelle modalità di esercizio del potere legislativo, il quale rappresenta una precondizione – in quanto esso venga esercitato in modo costituzionalmente e scientificamente fondato – per evitare gli eccessi “opposti”, che possono incidere sulla configurazione dei poteri e sulla tenuta dell'ordinamento, di un giudice “onnipotente” (Ercole) e di un giudice

⁸² A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, cit., p. 23, afferma in tal senso che «l'ordine giusto, cronologico ed assiologico, è (...) quello (...) che porta cioè dal legislatore ai giudici», chiarendo al contempo che «lo stesso legislatore, al momento in cui si accinge a confezionare i propri prodotti che quindi consegnerà ai giudici (ed ai pratici in genere), non può di certo ignorare (e sarebbe insensato se lo facesse) il ruolo svolto dai giudici, pur se alle volte in via “sussidiaria”, nel dare appagamento ai diritti ancora prima (e, non di rado, in vece) dell'intervento del legislatore stesso».

⁸³ D. PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello stato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1983, p. 115.

⁸⁴ Sottolineano questo aspetto M. CAVINO, C. TRIPODINA, *Premessa*, in ID. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 7, i quali ritengono che «quanto l'attuale assetto nel rapporto tra giudici e legislatore nella produzione del diritto (...) sia definitivo, dipende, in ultima analisi, dal potere politico stesso».

⁸⁵ A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., p. 32, il quale si riferisce all'esistenza di «fonti dinamiche di produzione normativa».

“impotente” (Sisifo) alla continua ricerca di una regola del caso concreto, la cui *inventio* richiede invece la co-partecipazione di una pluralità di soggetti regolatori⁸⁶.

La ragionevolezza – razionalità, adeguatezza – scientifica delle decisioni assunte nei diversi ambiti di produzione/attuazione del diritto (legislazione, amministrazione, giurisdizione) rappresenta una condizione necessaria, seppur non sufficiente in quanto deve sempre essere funzionale all’inveramento plurale dell’assetto assiologico costituzionale, per garantire la qualità sostanziale della decisione e, in ultima analisi, dell’ordinamento giuridico e dei rapporti tra organi, poteri e funzioni. Tanto da potersi ipotizzare che, assunta una prospettiva che riconduce nell’elemento (di legittimazione) scientifico una forma di fisiologica espressione dell’ordinamento costituzionale, la coerenza all’ambito scientifico oggetto della decisione giudiziaria possa essere sussunto tra quei «limiti della libertà giudiziale», i quali contribuiscono a qualificare il giudice come «inevitabilmente creatore di diritto, (...) non necessariamente un creatore completamente libero da vincoli»⁸⁷.

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 costituzionale⁸⁸. 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 arbitarietà.

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 medico-scientifica al perimetro della Costituzione. In questo senso, occorre distinguere il piano della “giustizia”, nel senso della individuazione di una soluzione giurisprudenziale accettabile sul piano della giustizia sostanziale, e quello della “legittimità”, nel senso della compatibilità dell’esercizio della

⁸⁶ Secondo M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 117, secondo cui le «virtù passive» della funzione giudiziaria – l’imparzialità, obiettività, neutralità procedurali – dipendono dalla «forma» o il «modo» del processo giurisdizionale, non dalla non-creatività, che rappresenta un dato consustanziale alla funzione giurisdizionale; il rischio non è la creatività, ma la «perversione» del «modo del processo».

⁸⁷ Ivi, p. 13.

⁸⁸ In tal senso, C. TRIPODINA, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, cit., p. 81, riconoscendo la «primazia della decisione legislativa» su quella giurisdizionale (Ivi, p. 78), ritiene che «il “buon legislatore” è quello che non si sottrae al dovere di dettare una disciplina sui “casi difficili”, ma sa farlo rimanendo in equilibrio lungo il sottile crinale che gli è imposto dal rispetto di costituzione, scienza, coscienza e corpo».

funzione con i principi costituzionali⁸⁹. In altri termini, questo andamento, che può apparire eccentrico rispetto alla tradizionale allocazione delle funzioni⁹⁰, 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 ciò non può non avvenire mediante l'utilizzo di strumenti interpretativi – interpretazione costituzionalmente conforme; applicazione diretta di principi costituzionali; interpretazione convenzionalmente conforme – previsti dall'ordinamento, senza giungere ad una eccessiva forzatura dei rapporti tra funzioni e poteri⁹¹.

** Università di Trento

⁸⁹ In questa prospettiva, il riferimento al concetto di *bio-equity* (C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., pp. 161 ss., in particolare pp. 169 ss.) può essere considerato come esempio paradigmatico di tentativo di riconduzione fisiologica delle esigenze di giustizia sostanziale al piano della legittimità, in quanto «tenta di rimediare alla rigidità ed alla percepita ingiustizia del formante codicistico e legislativo attraverso il riferimento alla dimensione equitativa» (Ivi, p. 170).

⁹⁰ 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. M. AINIS, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giurisprudenza costituzionale*, f. 3, 1996, pp. 2015 ss., basandosi su quanto proposto da L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986, pp. 41 ss.

⁹¹ R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2013, pp. 7-19, il quale, 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.