

LE QUESTIONI “ETICAMENTE SENSIBILI” FRA SCIENZA, GIUDICI E LEGISLATORE*

di Marilisa D’Amico
(5 novembre 2015)

SOMMARIO: *Premessa*. – 1. Il “posto” della scienza nella giurisprudenza costituzionale – 2. I giudici comuni e i limiti delle decisioni sul caso singolo. Il caso Englaro: i giudici “fanno posto” alla scienza. – 2.1. (*Segue*) il caso Stamina: i giudici comuni ignorano la scienza. – 3. I nuovi protagonisti: le Regioni e la “scienza federale”. – 4. Scienza e diritto nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, fra considerazioni di metodo e rispetto del “margine di apprezzamento” degli Stati. – 5. Quale “procedura” per far parlare la scienza? - 6. Osservazioni conclusive.

Premessa

Negli ultimi decenni la scienza esce dai propri ambiti tradizionali, quelli della malattia e della ricerca, per invadere spazi più propriamente umani, come quelli che riguardano la vita e la morte.

Gli aspetti più emblematici sono costituiti, appunto, dalle conseguenze del progresso scientifico sulla procreazione – che oggi può essere anche artificiale – e sulla fine della vita – che può essere artificialmente prolungata.

Non a caso, sono proprio questi due aspetti i nodi centrali sui quali, ovunque, ci si interroga sulle regole e sui limiti della scienza; sul rapporto fra scienza, diritto e persona¹; sulle modalità più opportune e “più umane” con le quali disciplinare gli ambiti di queste tematiche².

In tutto il mondo sono stati, in tempi recenti, questi profili a scatenare battaglie ideologiche, dove il punto di bilanciamento dei principi è molto difficile da raggiungere³.

*Il presente scritto costituisce la rielaborazione aggiornata di un testo destinato agli scritti in onore del Prof. Silvestri, dal titolo “Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale”, di prossima pubblicazione e in questa versione rinnovata è stato presentato come relazione al convegno “La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale”, svoltosi a Verona, il 17 ottobre 2015, in occasione della presentazione degli *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*.

1 Si vedano le approfondite riflessioni intorno alla posizione che ricopre la dignità umana nella costruzione costituzionale svolte da G. SILVESTRI, «Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona», in *Rivista AIC*, 2008. In generale sul rapporto fra conoscenze scientifiche e diritto si vedano C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi: Forum Biodiritto 2008*, Cedam, Padova, 2009; A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005; L. VIOLINI, «La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica», in *Le Regioni*, 2002, VI, p. 1450 e ss., e «Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita», in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, FrancoAngeli, Milano, 2004, p. 39 e ss. Di recente, in argomento, anche E. CASTORINA, «Scienza, tecnica e diritto costituzionale», *Relazione al XXX Convegno annuale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti, Roma, 6 e 7 novembre 2015, sul tema “La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali”*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015.

2 In dottrina, si veda P. BORSELLINO, *Bioetica tra «moralità» e diritto*, Cortina Raffaello, Milano, 2009.

3 Cfr., in argomento, R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, Il Saggiatore, Roma, 1986. Rimane sempre centrale il riferimento a C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008.

In Italia, la situazione è caratterizzata da una conflittualità ancora maggiore, nella quale, come succede in generale sulle tematiche che riguardano i diritti⁴, la difficoltà della politica di intervenire, soprattutto da parte del legislatore, ha riversato sul Giudice costituzionale e sui giudici comuni tutto il peso di un mancato “bilanciamento” normativo.

Nelle riflessioni che seguono, vorrei concentrarmi su alcuni aspetti problematici che riguardano il “posto” della scienza e che coinvolgono, rispettivamente, il ruolo del Legislatore, a cui viene chiesto di produrre norme che vogliano rispettare l’autonomia scientifica, garantendo i diritti fondamentali della persona, dei giudici, costituzionali e comuni, che intervengono sui profili a causa di leggi non rispettose dell’autonomia scientifica o addirittura per colmare vuoti legislativi. Sullo sfondo emerge una dimensione del tema che non è circoscritta ai confini nazionali, ma che investe anche le Corti europee, le quali pure si trovano a giudicare casi che riguardano materie scientificamente controverse o addirittura la stessa dimensione della libertà di ricerca scientifica.

Da ultimo, al giurista sorge un interrogativo, apparentemente insolubile: quale scienza e quale metodo scientifico possa considerarsi universale e adatto a fugare ogni dubbio in ordine alla regola da adottare o da applicare.

1. Il “posto” della Scienza nella giurisprudenza costituzionale

Il tema relativo ai rapporti tra scienza e diritto, o meglio, tra il ruolo del legislatore e quello dei giudici, da un lato, e il progresso scientifico-tecnologico, dall’altro, è stato portato in tempi diversi dinanzi alla Corte costituzionale⁵.

In generale, l’approccio del Giudice costituzionale è stato nel senso di riconoscere al progresso scientifico-tecnologico – che, peraltro, rinviene negli articoli 32 e 33 Cost. il proprio fondamento costituzionale – un proprio spazio di autonomia, sia con riferimento al momento preliminare della ricerca, sia con riguardo a quello successivo e imprescindibile della sperimentazione, purché informata ai criteri avallati e condivisi dalla comunità scientifica internazionale⁶.

L’adesione ad un’impostazione che postula la costruzione del rapporto tra scienza e diritto nel senso di riconoscere alla prima una sua autonomia rispetto al secondo diviene, infatti, assai problematica ogni qualvolta emerge l’opportunità di un intervento del diritto e, per esso, del legislatore sulla regolamentazione dell’esito della ricerca e della sperimentazione scientifica,

⁴ Sul punto, si consenta il rinvio a M. D’AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

⁵ Su questi profili si veda 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 (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Giappichelli, Torino, 2002, 431 ss., e anche G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del Giudice delle Leggi*, SGB Edizioni di Scirè Graziella, Messina, 2008. Da ultimo, si veda anche G. RAGONE, «Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale», *Quarto seminario annuale con i dottorandi in materie giuridiche del “Gruppo di Pisa” 18 Settembre 2015 - Università Roma Tre*, in www.gruppodipisa.it.

⁶ Opera una distinzione tra ricerca e sperimentazione R. BIN, «Libertà della ricerca scientifica in campo genetico», in M. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 211 e ss.

ossia quando si verificano interferenze del primo in settori di “competenza” della seconda.

Sotto questo profilo, non si tratta soltanto di considerare le relazioni tra scienza e diritto, ossia di quell’insieme di rapporti in cui il diritto vaglia le proprie modalità di intervento rispetto alla scienza, ma anche, come ben dimostra la vicenda che ha interessato il cd. caso Stamina, le relazioni tra il legislatore, i giudici e il sistema di *governance* della ricerca scientifica, che si fonda su una struttura complessa di organismi preordinati a monitorare e vigilare sulla ricerca stessa.

Il Giudice costituzionale ha, in primo luogo, preso posizione sulla prima delle due questioni sopra richiamate, ossia con riguardo al ruolo da assegnare alla scienza medica, precisando che «[s]alvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell’arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»⁷.

Questo principio di diritto è enucleato nella sentenza n. 282 del 2002⁸ e si trova alla base di un filone giurisprudenziale che vede nelle successive pronunce n. 338 del 2003⁹, n. 151 del 2009¹⁰ e, più di recente, n. 162 del 2014¹¹ e n. 274 del 2014¹², i suoi esempi più significativi.

Esso muove – come rileva lo stesso Giudice costituzionale – dal necessario bilanciamento «tra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica»¹³ con la conseguenza che «[q]uesti diritti, e il confine

⁷ Corte cost. n. 282/2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2012 e ss., punto 4 del *Cons. in Dir.*

⁸ Corte cost. n. 282/2002, cit., con osservazioni di A. D’ATENA, «La Consulta parla ... e la riforma del Titolo V entra in vigore», *ivi*, p. 2027 e ss.; D. MORANA, «La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza n. 282 /2002 della Corte costituzionale», *ivi*, p. 2034 e ss.

⁹ Corte cost. n. 338/2003, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3547 e ss.

¹⁰ Corte cost. n. 151/2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 e ss., con nota di M. MANETTI, «Procreazione medicalmente assistita: una *political question* disinnescata», *ivi*, p. 1688 e ss.; C. TRIPODINA, «La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la ‘Costituzione che non vale la pena difendere?’ », *ivi*, p. 1696 e ss. Per un approfondimento, si consenta il rinvio a M. D’AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

¹¹ Corte cost. n. 162/2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563 e ss. Per un commento, si consenta il rinvio a M. D’AMICO, M. P. COSTANTINI (a cura di), *L’illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”. Analisi e problemi*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

¹² Corte cost. n. 274/2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4670 e ss.

¹³ Corte cost. n. 282/2002, punto 4 del *Cons. in Dir.*

fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione»¹⁴.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, secondo l'interpretazione avallata dalla Corte costituzionale, riconoscere autonomia alla scienza implica contestualmente attribuire agli organismi preposti alla sua regolamentazione e alle norme che costituiscono il frutto dell'attività dei medesimi una funzione specifica in sede di selezione e controllo delle pratiche terapeutiche e, più in generale, dell'attività di ricerca e di sperimentazione.

Questa configurazione delle relazioni tra scienza e diritto in termini di separazione e di autonomia non implica, però, che il legislatore non possa mai intervenire.

Se pure si deve riconoscere un certo margine di discrezionalità per il legislatore all'atto della definizione del bilanciamento fra diverse e a volte opposte posizioni giuridiche, alla Corte costituzionale resta comunque riservato il potere di sindacare la ragionevolezza di simili scelte. Questo giudizio, peraltro, assume una specifica e peculiare connotazione, proprio in ragione del fatto che vengono in rilievo lo stato di evoluzione delle conoscenze e delle tecniche scientifiche, che devono orientare sia la scelta del legislatore sia il sindacato costituzionale¹⁵.

In una simile prospettiva, allora, se la Corte ammette, sotto un primo profilo, che «sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici 'a rischio', onde meglio garantire [...] l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie»¹⁶; sotto altro versante, e più fondamentalmente, Essa chiarisce che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi [...] o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»¹⁷.

Ne discende che l'intervento del legislatore dovrebbe sempre e in modo chiaro presupporre il riconoscimento dell'autorità delle risultanze scientifiche e sottostare ai loro esiti.

14 *Ibidem*.

15 Rispetto alla configurazione di una cd. ragionevolezza di tipo scientifico, si veda specificamente S. PENASA, «Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale», in www.forumcostituzionale.it, 16 giugno 2014, e anche «La 'ragionevolezza scientifica' delle leggi nella giurisprudenza costituzionale», in *Quaderni costituzionali*, 2009, IV.

16 Corte cost. n. 282/2002, punto 5 del *Cons. in Dir.*

17 *Ibidem*.

La valorizzazione del ruolo degli organismi entro cui si incardina la *governance* della ricerca scientifica – quale corollario del principio di autonomia della scienza – non è nuova alla giurisprudenza della Corte che, già nella sentenza n. 185 del 1998¹⁸ relativa al cd. “multitratamento Di Bella”, ne aveva affermato l’«essenziale rilievo»¹⁹, argomentando nel senso della imprescindibilità della valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle sedi competenti da parte degli organismi tecnico-scientifici.

Il principio di autonomia della scienza, da intendersi quale riconoscimento di uno spazio di discrezionalità dello scienziato in ragione del possesso di competenze specifiche, si accompagna alla sua responsabilità in relazione alle scelte terapeutiche operate nel caso concreto.

Che l’autonomia e la responsabilità del medico costituiscano un limite alla discrezionalità legislativa è stato esplicitato nelle decisioni della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004, in tema di fecondazione medicalmente assistita.

Nelle decisioni n. 151 del 2009 e n. 162 del 2014, infatti, il Giudice costituzionale ha appuntato l’attenzione sul principio che postula il riconoscimento dell’autonomia e della responsabilità del medico, ponendo l’accento, come già affermato nella sentenza n. 282 del 2002, «sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l’arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»²⁰.

Nella sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale ha, inoltre, rimarcato, da un lato, l’esigenza – di cui si è già detto – che il legislatore riconosca la funzione e l’autorità che è propria degli organismi tecnico-scientifici, affermando che «[u]n intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»²¹; dall’altro, ha chiarito i confini dell’ambito coperto dal diritto costituzionale alla salute, precisando che «[n]on si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia,

¹⁸ Corte cost. n. 185/1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1510 e ss., con nota di A. ANZON DEMMIG, «Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul metodo Di Bella», *ivi*, p. 1528 e ss.; A. CERRI, «Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle ‘fattispecie dubbiose’ (Nota a C. Cost. 26 maggio 1998, n. 185)», in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 166 e ss. Per un approfondimento intorno alla vicenda del c.d. multitratamento Di Bella, si rinvia a A. D’ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹⁹ Corte cost. n. 185/1998, punto 8 del *Cons. in Dir.*

²⁰ Corte cost. n. 151/2009, punto 6.1. del *Cons. in Dir.*

²¹ Corte cost. n. 162/2014, punto 7. del *Cons. in Dir.*

anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»²².

Il riferimento del giudice costituzionale al diritto alla salute, interpretato nella sua dimensione oggettiva, stride con le affermazioni rinvenibili in alcune pronunce dei giudici comuni in relazione al caso Stamina dove si è giunti a ritenere costituzionalmente rilevante e, in quanto tale, suscettibile sotto il diritto alla salute, il cd. diritto alla speranza, che nega, come vedremo meglio oltre, qualsiasi rilevanza giuridica alle risultanze e convinzioni della scienza²³: in queste decisioni, i giudici comuni hanno infatti interpretato il diritto alle cure in termini estensivi sì da ricomprendere al proprio interno qualsiasi tipologia di trattamento medico-sanitario ritenuto *soggettivamente* utile dall'interessato.

Una simile interpretazione si dimostra particolarmente problematica nel generare il rischio di rimettere al paziente, ossia di spostare dal medico al soggetto destinatario delle cure, la valutazione del trattamento terapeutico praticabile, rinnegando quell'autonomia della scienza sulla quale si è formata la giurisprudenza costituzionale costante²⁴.

Tornando alle pronunce costituzionali citate in tema di fecondazione medicalmente assistita, merita, invero, evidenziare che queste due prime decisioni, se accomunate dal riferimento al principio dell'autonomia e della responsabilità del medico, differiscono quanto alle conseguenze che l'affermazione di tale principio ha prodotto sull'impianto della legge n. 40 del 2004 e, più in generale, sulla costruzione delle relazioni tra scienza e diritto che qui interessano.

L'affermazione del principio che assegna al medico una sua autonomia e responsabilità nella selezione del trattamento terapeutico si è tradotta, nella sentenza n. 151 del 2009, in tema di fecondazione cd. omologa, nella riscrittura della norma oggetto della questione di costituzionalità, ossia l'art. 14, comma 2, allo scopo di modularne la formulazione linguistica alla luce del principio dell'autonomia e della responsabilità del medico. Nella sentenza n. 162 del 2014, in tema di fecondazione cd. eterologa, il Giudice costituzionale, accogliendo la questione con una decisione di incostituzionalità secca, ha,

²² *Ibidem*.

²³ Così, Tribunale di Trento, 24 dicembre 2012 e, analogamente, Tribunale di Roma, ordinanza n. 128057/2013, con cui è stata ordinata la somministrazione del c.d. metodo Stamina ad un paziente malato di sclerosi multipla.

²⁴ Appare significativo ricordare come le decisioni della giurisprudenza comune sul caso Stamina abbiano contribuito a fare emergere la profonda diffidenza dei giudici comuni nei confronti dell'attività degli organismi facenti capo alla comunità scientifica italiana ed internazionale. Ci si riferisce alle decisioni in cui i giudici comuni sono giunti sino a fraintendere la funzione della sperimentazione di un trattamento terapeutico rispetto alla tutela del diritto alla salute. Così, il Tribunale di Asti, pronuncia del 12 novembre 2013: «il subordinare la somministrazione delle cd. cure compassionevoli alla ricorrenza dei requisiti di scientificità del medicinale (art. 4 lett. a) del citato D.M.) e alla acquisizione del parere favorevole del Comitato Etico (art. 4 lett. c) del citato D.M.) appare contrario ai precetti degli artt. 32 e 2 Cost., che [...] impongono, in assenza di rimedi alternativi, una tutela piena e incondizionata del diritto alla salute, inteso anche quale diritto alla tutela della dignità della persona».

invece, annullato il divieto assoluto, escludendo la necessità di un intervento del legislatore nazionale sul punto e richiamando direttamente la normativa applicabile.

Più in particolare, nel primo caso, la Corte costituzionale ha censurato la tecnica legislativa, incidendo sul tenore letterale della norma che limitava in modo rigido il numero massimo di embrioni impiantabili nell'utero della donna a 3 e sostituendovi, con una pronuncia manipolativa, la locuzione «numero strettamente necessario», demandando al medico la scelta del numero di embrioni da destinare all'impianto.

Nel caso deciso con sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale, nel cancellare il divieto di fecondazione artificiale cd. eterologa, si è interrogata sull'opportunità di introdurre nuove norme, per poi decidere nel senso della superfluità di un'ulteriore normazione della materia, attraverso la valorizzazione del quadro normativo pre-vigente.

Sempre in materia di fecondazione assistita, da ultimo, occorre richiamare la sentenza n. 96 del 2015²⁵, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto un ulteriore e ampio margine di valutazione in capo al medico.

Nella decisione n. 96, la Corte costituzionale è stata, infatti, chiamata ad occuparsi dell'estensione dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, così come delineati a norma degli artt. 1 e 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004, in favore di coppie fertili, ma portatrici sane di patologie a trasmissione genetica; coppie, dunque, che avanzano una pretesa diretta a beneficiare delle tecniche di PMA, ma, ancora prima, della diagnosi genetica pre-impianto quale strumento diagnostico preordinato a verificare il contagio dell'embrione fecondato, da parte della medesima patologia di cui risultano portatori sani i genitori, in una fase antecedente alla formazione del feto.

Analoga problematica era stata già, peraltro, portata all'attenzione di alcuni giudici comuni, che, andando oltre la lettera della legge, avevano ammesso le coppie fertili ricorrenti, portatrici sane di patologie geneticamente trasmissibili, alle tecniche di procreazione artificiale e alla diagnosi genetica pre-impianto²⁶.

Ancora più fondamentalmente, vale ricordare la condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in *Costa e Pavan c. Italia*, ha

²⁵ Corte cost. n. 96/2015, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2015, sulla quale si vedano con le prime considerazioni, intervenute prima del deposito della decisione, di A. VALLINI, «Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto», in www.penalecontemporaneo.it, e, volendo, di B. LIBERALI, «Interpretazione costituzionalmente conforme, questioni di legittimità costituzionale, disapplicazione della legge n. 40 del 2004 e diretta esecuzione della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Costa e Pavan c. Italia) in materia di diagnosi genetica preimpianto», in G. BALDINI (a cura di), *Persona e Famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, in corso di pubblicazione. Si vedano le successive osservazioni di 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 www.costituzionalismo.it, 2015, II; 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 www.giurcost.org, 12 giugno 2015; A. PATRONI GRIFFI, «Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza», in *Rivista AIC*, 2015, III, 24 luglio 2015.

²⁶ Il riferimento è a Tribunale di Salerno, ordinanza del 9 gennaio 2010, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 1289 e ss.; Tribunale di Cagliari, ordinanza del 9 novembre 2012.

censurato la cd. incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico nazionale laddove, da una parte, ammette l'interruzione volontaria di gravidanza in costanza di una patologia del feto risultante da diagnosi prenatale, mentre, sotto altro versante, vieta l'impiego di una tecnica diagnostica che consentirebbe di rendere superfluo l'intervento interruttivo, andando ad indagare lo stato di salute dell'embrione in una fase antecedente. La Corte di Strasburgo accertava, pertanto, la violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU, traducendosi siffatta incoerenza ordinamentale in un'ingerenza sproporzionata e non necessaria nella vita familiare della coppia ricorrente.

Le reazioni dei giudici comuni alla condanna del Giudice europeo sono state diverse; e, così, da un lato, c'è stato chi²⁷ ha ritenuto di immediata applicabilità il giudicato europeo e chi²⁸, dall'altro, in linea con le indicazioni della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti con il livello sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali²⁹, ha rimesso la questione di legittimità costituzionale al Giudice costituzionale.

Nella sua decisione, la Corte costituzionale ha riconosciuto l'incostituzionalità della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non permetteva anche alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici sane di gravi malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche, «laddove la loro condizione si sovrapponesse a quella descritta dall'art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 194 del 1978 (relativo al cd. aborto terapeutico)»; una soluzione, quella avallata dal Giudice costituzionale nel dispositivo della decisione n. 96, che finisce con il demandare al medico, o meglio, alle strutture sanitarie pubbliche, la valutazione circa la ricorrenza nel caso concreto di tale sovrapposibilità.

Nella stessa pronuncia, il Giudice delle Leggi si rivolge, poi, anche al legislatore, "incaricato" di redigere un elenco delle malattie geneticamente trasmissibili che legittimino le coppie fertili, ma portatrici sane di patologie a trasmissione genetica, ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: in tale elenco, però, puntualizza la Corte, si dovrà tenere conto «dell'avanzamento delle conoscenze scientifiche».

Conclusivamente, sembra di poter affermare che la giurisprudenza costituzionale è ormai costante nell'esprimere l'opportunità che venga assicurata un'adeguata tutela all'autonomia della scienza rispetto alle indebite ingerenze del legislatore e che il legislatore adotti formulazioni normative che consentano alla scienza e ai medici di "fare il loro mestiere".

Indicazioni di analogo tenore emergono, peraltro, anche dalla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi al di fuori delle problematiche sollevate nell'ambito della scienza medica.

²⁷ Tribunale di Roma, Sez. Prima, Civile, 23 settembre 2013.

²⁸ Tribunale di Roma, ordinanza di rimessione, n. 86 del 15 gennaio 2014.

²⁹ Il riferimento è al noto, e sinora mai smentito, filone giurisprudenziale inaugurato dalle sentenze cd. gemelle del 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, p. 3475 e ss., e n. 349, in *Giur. cost.*, p. 3535 e ss. In tema di rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda, di recente, la decisione della Corte costituzionale n. 49 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, p. 391 e ss. su cui si vedano, tra gli altri, le riflessioni di D. TEGA, «La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu», in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2015, p. 400 e ss.

Ci si riferisce alla sentenza n. 166 del 2004³⁰, in tema di sperimentazione sugli animali – che rimarca ancora una volta l'esigenza di tener conto del grado di sviluppo della ricerca –, e alla sentenza n. 114 del 1998 ove, pronunciandosi sulla costituzionalità delle norme del codice penale in tema di incapacità di intendere e di volere in relazione alle alterazioni provocate dall'assunzione di sostanze alcoliche, la Corte «non intende certo escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi, vuoi per manifesta irragionevolezza vuoi sulla base di altri parametri desumibili dalla Costituzione, possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire»³¹.

2. I giudici comuni e i limiti delle decisioni sul caso singolo. Il caso Englaro: i giudici fanno posto alla scienza.

Altro profilo che complica ulteriormente il quadro è costituito dalle conseguenze derivanti dalla difficoltosa e, talvolta sfumata, ripartizione di competenze tra scienza e istituzioni e dallo scarso peso che, in alcune vicende emblematiche – legge n. 40 del 2004, caso Englaro, caso Stamina –, è stato riconosciuto alla comunità scientifica da parte del legislatore nazionale, così come dai giudici.

L'effetto di una simile ricostruzione patologica dei rapporti tra scienza e diritto ha avuto, talvolta, l'effetto di imbrigliare la scienza e, più in particolare, se si guarda alla vicenda della legge sulla fecondazione medicalmente assistita, i medici, costretti a sottostare a prescrizioni normative rigide e confliggenti con le esigenze individualizzate e soggettive che dovrebbero viceversa connotare il momento della selezione del trattamento terapeutico³²; altre volte, l'opzione legislativa si è tradotta nel rifiuto di "ascoltare" le esigenze del progresso scientifico, opponendo un silenzioso rifiuto, come nel caso Englaro, che ha drammaticamente sollevato il tema dell'opportunità di un intervento del legislatore nazionale, che riconoscesse adeguata rilevanza alle scelte di "fine vita" dell'individuo.

In tutti questi casi, soprattutto laddove mancava una disciplina *ad hoc* come nel caso Englaro, l'esito è stato quello di "scaricare" sui giudici comuni le decisioni da assumere nel caso concreto, con la conseguenza di decisioni oscillanti, contraddittorie, confliggenti e, più in generale, di una tutela dei diritti fondamentali "a macchia di leopardo", che viola le esigenze di eguaglianza e di certezza del diritto.

³⁰ Corte cost. n. 166/2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1736 e ss.

³¹ Corte cost. n. 114/1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 965 e ss., punto n. 4 del *Cons. in Dir.* A commento, si vedano le considerazioni svolte da L. VIOLINI, «Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio», *ivi*, p. 975 e ss.

³² Il riferimento è alla questione, poi risolta dal Giudice costituzionale con sent. n. 151/2009, cit., del limite rigido dei tre embrioni previsto dalla formulazione originaria dell'art. 14, comma 2, l. n. 40/2004.

Come noto, il caso Englaro si è concluso con la nota pronuncia della Corte di Cassazione³³ che ha riconosciuto il diritto di sospendere la somministrazione dei cd. trattamenti salva-vita alla concomitante presenza di due requisiti, l'uno soggettivo – che richiede che la volontà di interrompere i trattamenti salva-vita «sia realmente espressiva, in base ad elementi chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona»³⁴ – e il secondo oggettivo e incentrato sul carattere irreversibile dello stato vegetativo permanente.

E tuttavia la decisione della Cassazione non è stata accettata pacificamente nel nostro ordinamento, ma, al contrario, ha prodotto una reazione da parte di altri poteri dello Stato, che si sono sentiti scavalcati nelle loro competenze, innescando dapprima un conflitto di attribuzione fra Parlamento e Potere giurisdizionale, che la Corte costituzionale ha risolto con l'inammissibilità, e, successivamente, una complicata situazione, nella quale, insieme al rifiuto di alcune Regioni di eseguire la sentenza nel loro territorio, vi è stato il tentativo del Governo di bloccare la decisione con un decreto-legge, che il Presidente Napolitano si è rifiutato di emanare, e, in extremis, del Parlamento di approvare una legge *ad hoc*.

L'epilogo della vicenda, dal punto di vista giuridico, si è avuto con la recente decisione del Consiglio di Stato³⁵ che, con sentenza depositata il 2 settembre 2014, ha respinto il ricorso promosso dalla Regione Lombardia avverso la decisione del TAR Lombardia³⁶, che nel 2009 aveva annullato il provvedimento regionale con il quale il Direttore Generale della Direzione Generale Sanità aveva respinto la richiesta che la Regione mettesse a disposizione una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava

³³ Corte di Cassazione n. 21748/2007. Per un commento alla vicenda, C. CASONATO, «Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione», in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 545 e ss.; L. D'AVACK, «Sul consenso informato all'atto medico», in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 759 e ss.; C. TRIPODINA, «A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (riflessioni a margine del 'caso Englaro')», in *Giur. cost.*, 2008, p. 4069 e ss.; R. ROMBOLI, «Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice», in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 91 e ss.; S. CANESTRARI, F. MANTOVANI, A. SANTOSUOSSO, «Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro», in *Criminalia*, 2009, p. 332 e ss.; svolge alcune riflessioni anche alla luce delle proposte di legge in tema di testamento biologico, F. PIZZETTI, «Sugli ultimi sviluppi del 'caso Englaro': limiti della legge e 'progetto di vita'», in *Politica del diritto*, 2009, p. 445 e ss. Per un approfondimento intorno alle problematiche cd. di fine vita, si rinvia a S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTA', P. ZATTI, (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011.

³⁴ Così, Corte di Cassazione n. 21748/2007.

³⁵ Consiglio di Stato n. 4460/2014, reperibile al seguente link: <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2014/09/cds-4460-14.pdf>.

³⁶ TAR. Lombardia n. 214/2009, con nota di A. SANTOSUOSSO, «Sulla conclusione del caso Englaro», in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, p. 127 e ss., e di V. MOLASCHI, «Riflessioni sul caso Englaro. Diritto di rifiutare idratazione ed alimentazione artificiali e doveri dell'amministrazione sanitaria», in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2009, p. 981 e ss.

artificialmente Eluana Englaro, in stato di coma vegetativo permanente, in esecuzione della pronuncia della Corte di Cassazione n. 21748 del 2007.

Nella sua bella motivazione, il Consiglio di Stato evidenzia come «[l]a decisione di somministrare al paziente l'alimentazione e l'idratazione artificiale è, *in tutto e per tutto*, il frutto di una strategia terapeutica che il medico, con il consenso informato del paziente, adotta, valutando costi e benefici di tale cura per il paziente [*corsivo aggiunto*]»³⁷.

Il Consiglio di Stato, dunque, dimostra di porsi perfettamente in linea con la giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra scienza e diritto, legando, inoltre, tale profilo al necessario rispetto del principio del consenso informato, a cui debbono conformarsi le relazioni tra medico e paziente.

Si tratta, peraltro, – prosegue il Consiglio di Stato – di una soluzione che s'impone alla luce della tutela del diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost. ed, infatti, «[i]l diritto costituzionale di rifiutare le cure, riconosciuto in sede giurisdizionale di legittimità, è un diritto di libertà assoluto, efficace *erga omnes* e, quindi, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato, nella specie in stato vegetativo e alimentato solo artificialmente, il rapporto di cura, sia nell'ambito di strutture sanitarie pubbliche che private, tenendo presente che: a) la manifestazione di tale consapevole rifiuto renderebbe doverosa la sospensione dei mezzi terapeutici, il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa la paziente e non corrisponda alla sua volontà; b) tale obbligo sussiste anche ove sia sospeso il trattamento di sostegno vitale, con conseguente morte del paziente, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia, bensì la scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia sino alla morte»³⁸.

Resta, tuttora, aperta la questione relativa all'esito di eventuali casi futuri non essendosi registrato alcun serio tentativo di affrontare il tema di una regolamentazione organica della materia del consenso informato e delle scelte di fine vita sulla base di un dialogo proficuo tra legislatore e comunità scientifica.

2.1. (Segue) il caso Stamina: i giudici comuni ignorano la scienza

Rispetto al tema della tutela variabile e discontinua dei diritti fondamentali quando rimessa alle decisioni dei giudici comuni, il cd. caso "Stamina"³⁹ presenta profili di interesse ancora diversi.

³⁷ Consiglio di Stato n. 4460/2014, cit.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Per una ricostruzione della vicenda, si veda, *Breve storia del caso Stamina a Brescia*, documentazione a cura del Ministero della Sanità, http://www.sossanita.it/doc/2013_10_Breve_storia_del_caso_Stamina_a_Brescia.pdf. In dottrina, si vedano, G. DE MURO, «La ricerca scientifica e il diritto alla salute», in *Rivista AIC*, 6.12.2013; G. D'AMICO, «Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del 'metodo Stamina'», in *Quad. cost.*, n. 2 del 2013; A. SCALERA, «Brevi note a margine del 'caso Stamina'», in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 932 e ss.; S. AGOSTA, «Il c.d. metodo Stamina tra libero sviluppo della ricerca scientifica ed integrità della vita umana», in www.confrontocostituzionali.it; M. TOMASI, «Scientia semper certa est? Ius numquam?», in www.confrontocostituzionali.it, dello stesso autore, anche, «Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della 'vicenda Stamina'», in *Rassegna dir. pubbl. eur.*, 2013, p. 83 e ss.

In questa vicenda, infatti, l'elemento di maggiore criticità è ravvisabile, paradossalmente, nel fatto che sono stati i giudici a rivendicare uno spazio di autonomia nei confronti della comunità scientifica.

In molte pronunce si assiste quasi alla negazione del ruolo degli organismi preposti alla valutazione dei trattamenti medici sperimentali, nel caso specifico, l'AIFA, da parte di giudici che arrivano ad adottare le soluzioni più diverse.

Vi sono stati giudici comuni che, a seguito dei ricorsi presentati da pazienti oppure da genitori di pazienti minorenni e volti ad ottenere l'autorizzazione alla prosecuzione del trattamento cd. metodo Stamina, hanno accolto tali richieste, affermando che «privare il paziente della possibilità di continuare la terapia staminale [...], per ritenute ragioni di salute pubblica, implica un'opzione chiara e netta a sfavore del suo diritto individuale alla salute»⁴⁰; altri che «il subordinare la somministrazione delle cd. cure compassionevoli alla ricorrenza dei requisiti di scientificità del medicinale [...] e alla acquisizione del parere favorevole del Comitato Etico [...] appare contrario ai precetti degli artt. 32 e 2 Cost., che [...] impongono, in assenza di rimedi alternativi, una tutela piena e incondizionata del diritto alla salute, inteso anche quale diritto alla tutela della dignità della persona»⁴¹.

Quest'ultimo passaggio è, peraltro, significativo della contraddizione in cui è incorso il giudice comune, in relazione all'interpretazione del rapporto intercorrente tra ricerca scientifica e tutela del diritto alla salute: appare, infatti, difficilmente confutabile il principio in base al quale il requisito di scientificità del medicinale è preordinato a garantire la protezione del diritto alla salute dell'individuo a cui venga somministrato il farmaco oppure che sia sottoposto al trattamento terapeutico.

Altri giudici hanno, viceversa, rigettato i ricorsi, rendendo così evidente il problema della disparità di trattamento tra coloro a cui alcuni tribunali avevano consentito la prosecuzione del trattamento e coloro che, viceversa, se l'erano vista rifiutare. In proposito, può richiamarsi il caso deciso dal Tribunale di Torino⁴², che ha correttamente interpretato i rapporti tra scienza e diritto, sottolineando l'esigenza imprescindibile di tenere conto delle determinazioni dell'Autorità Sanitaria, nel caso di specie del provvedimento dell'AIFA, che, con ordinanza del 15 febbraio 2012, a seguito di un'ispezione disposta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino, riscontrando l'assenza di alcune delle condizioni richieste a norma dell'art. 4, D.M. 5.12.2006, aveva imposto il divieto di effettuare «prelievi, trasporti, manipolazione, colture, stoccaggi e somministrazioni di cellule umane» presso la struttura ospedaliera di Brescia ove veniva praticato il metodo Stamina.

La vicenda Stamina ha avuto, come noto, seguito recente dinanzi alla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi intorno alla conformità a Costituzione di

⁴⁰ Tribunale di Matera, 8.10.2012.

⁴¹ Tribunale di Asti, 12.11.2013.

⁴² Tribunale di Torino, 10.10.2014. Nello stesso senso, anche, Tribunale di Pavia, che ha rigettato il ricorso in ragione della carenza di dati scientifici comprovanti l'efficacia della metodica Stamina. Una rassegna completa delle decisioni adottate dai giudici comuni successivamente all'entrata in vigore del cd. Decreto Balduzzi è reperibile al seguente link: <http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>.

quelle disposizioni⁴³ del cd. Decreto Balduzzi, decreto-legge n. 24 del 2013, *Disposizioni urgenti in materia sanitaria*, convertito con legge n. 57 del 2013, che consentivano la prosecuzione dei trattamenti con la metodica Stamina soltanto per quei pazienti che, alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, vi fossero già sottoposti e precludendone, viceversa, l'impiego per coloro che intendessero avviare la medesima procedura.

La questione di costituzionalità è stata sollevata dal Tribunale di Taranto⁴⁴, che lamentava il carattere discriminatorio delle norme oggetto, che precludevano l'accesso ai trattamenti con il cd. metodo Stamina a coloro che non avessero già avviato simile metodica, così come la presunta lesione del diritto alla salute dei pazienti. Più in particolare, il giudice *a quo* riteneva non manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità, in relazione all'art. 3, comma 1, Cost., a motivo dell'irragionevole disparità di trattamento, prodottasi in conseguenza dell'opzione legislativa di vietare l'avvio di trattamenti terapeutici tramite la metodica Stamina.

Il Giudice costituzionale, con sentenza n. 274 del 2014⁴⁵, ha accertato l'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata, ancorando la propria motivazione alla sua giurisprudenza costante in tema di rapporti tra scienza e legislazione. Sono state, così, riprese le decisioni n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003 ed, ancora, le più recenti pronunce sulla legge n. 40 del 2004, espressione di una sempre più marcata riaffermazione del principio di autonomia della scienza, nel suo essere comprensiva di strutture deputate ad occuparsi della ricerca e della sperimentazione, quale limite al potere legislativo.

La sentenza n. 274, tuttavia, lascia spazio ad alcuni rilievi critici.

Invero, a difettare nella lettura della Corte, certamente condivisibile nel rimarcare i vincoli che incontra il legislatore nel settore della regolamentazione dell'attività medico-scientifica, è un riferimento più incisivo al tema dei rapporti tra la comunità scientifica e i giudici comuni, veri protagonisti del caso Stamina, chiamati a mediare tra le rivendicazioni dei pazienti, in nome di un presunto diritto alla speranza, e le univoche, oltre che pacificamente condivise a livello internazionale, indicazioni della comunità scientifica, in seguito confluite nei provvedimenti dell'AIFA.

In altre parole, accanto al rilievo che pure il Giudice costituzionale assegna alle peculiarità che hanno caratterizzato il caso concreto – tanto che la Corte riferisce di un «anomalo contesto»⁴⁶ – ci si sarebbe potuti attendere qualche

⁴³ Il Tribunale di Taranto sollevava questione di costituzionalità sull'art. 2, *Impiego di medicinali per terapie avanzate preparati su base non ripetitiva e impiego terapeutico dei medicinali sottoposti a sperimentazione clinica*, d.l. n. 24/2013, così come convertito con modificazioni con l. n. 57/2013.

⁴⁴ Tribunale di Taranto, ordinanza di rimessione, 24.09.2013. Il testo integrale può leggersi al seguente link: http://www.personaedanno.it/attachments/article/43617/stamina_700.PDF.

⁴⁵ Corte cost. n. 274 /2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. e ss., con nota di G. D'AMICO, «Caso 'Stamina': la lotta per la 'salute'», in *Quaderni costituzionali*, n. 1 del 2015, p. 157 e ss.; C. NARDOCCI, «La Corte costituzionale rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto», in *Quaderni costituzionali*, n. 1 del 2015, p. 160 e ss.

⁴⁶ Corte cost. n. 274/2014, punto n. 6 del *Cons. in Dir.*

indicazione ulteriore, più pertinente, rispetto al ruolo che dovrebbe essere riconosciuto all'attività degli organismi preposti alla verifica dei processi di ricerca e di sperimentazione in sede di giudizio⁴⁷.

Se, infatti, appare condivisibile l'impostazione del Giudice costituzionale sotto il profilo della ridefinizione delle relazioni tra legislatore e ruolo della scienza nel contesto ordinamentale, sfumate sono, viceversa, apparse le riflessioni dedicate ai limiti che dovrebbero incontrare i giudici di fronte alle indicazioni fornite da organismi incardinati entro il sistema di *governance* della comunità scientifica.

Analogamente, tenui sono le riflessioni dedicate dalla Corte alla controversa interpretazione del diritto alla salute offerta dal giudice *a quo*, quale diritto a ottenere qualsiasi prestazione sanitaria – a carico del Servizio Sanitario Nazionale – in nome di un preteso diritto alla speranza. Su questo punto, la Corte non si sofferma, ma si limita a precisare, tra le righe, che «la promozione di una sperimentazione clinica per testare l'efficacia, ed escludere collaterali effetti nocivi, di un nuovo farmaco non consente, di regola, di porre anticipatamente a carico di strutture pubbliche la somministrazione del farmaco medesimo: e *ciò per evidenti motivi di tutela della salute*, oltre che per esigenze di corretta utilizzazione e destinazione dei fondi e delle risorse a disposizione del Servizio sanitario nazionale [*corsivo aggiunto*]»⁴⁸.

In conclusione, la decisione costituzionale è da valutare nel complesso molto positivamente, anche se rimane tuttora aperto il tema delle modalità entro cui consentire l'ingresso a determinazioni di autorità espressive della comunità scientifica in sede di applicazione giurisprudenziale, così come il peso da assegnare a quest'ultime ai fini della decisione.

3. I nuovi protagonisti: le Regioni e la “scienza federale”

La problematica che qui si indaga ha conosciuto autonomo svolgimento anche a livello regionale.

In alcuni casi si è, infatti, assistito al tentativo delle Regioni di sostituirsi al legislatore nazionale, assumendo un ruolo di primo piano nella garanzia del diritto alla salute.

In simile prospettiva, il dibattito sorto all'indomani della pronuncia della Corte costituzionale sulla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo in relazione agli effetti da riconoscere al *decisum* del Giudice costituzionale, è emblematico.

Il tema non riguarda soltanto i rapporti tra livelli di governo, nazionale e locali⁴⁹, e le rispettive e differenti modalità di intendere il proprio ruolo rispetto alla scienza genericamente intesa, ma coinvolge anche la stessa tenuta “di

⁴⁷ Cfr., C. NARDOCCI, *op. ult. cit.*

⁴⁸ Corte cost. n. 274/2014, punto 6 del *Cons. in Dir.*

⁴⁹ In argomento, si veda, la recente decisione della Corte costituzionale n. 195/2015, in corso di pubblicazione per *Giur. cost.*, 2015, che interviene sul tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni in relazione alla normativa in materia di donazioni di organi e di tessuti, l. n. 91 del 1999.

sistema” dei principi costituzionali di cui deve essere garantita una tutela uniforme su tutto il territorio nazionale.

All'indomani della decisione n. 162 del 2014, alle prime difficoltà di applicazione sul piano nazionale, si è assistito ad un celere intervento della Regione Toscana, che, in attesa delle annunciate norme nazionali, ha adottato proprie Linee guida volte a consentire ai centri pubblici e privati insediati nel territorio regionale di effettuare la fecondazione assistita di tipo eterologo, a cui si è subito contrapposta la soluzione accolta da Regione Lombardia di prevedere la fruibilità delle tecniche cd. eterologhe ponendole a carico dell'interessato⁵⁰; decisione, peraltro, più di recente, annullata dal TAR. Lombardia, con sentenza dell'ottobre del 2015⁵¹, che ha ritenuto l'opzione di Regione Lombardia gravemente lesiva del diritto alla salute e all'autodeterminazione della coppia⁵².

Si è trattato di una scelta che si è posta al centro di un dibattito, sorto a livello regionale, sulla necessità e sull'opportunità dell'adozione di linee-guida regionali e, in generale, sulla possibilità che il diritto “all'eterologa” fosse garantito in una sola Regione.

Più in generale, si rende necessario chiarire quanto possano e debbano incidere le Regioni sui diritti fondamentali dei cittadini in costanza di “non-soluzioni” a livello nazionale. Quanto, cioè, la tutela dei diritti fondamentali possa essere “regionale” è argomento di grande importanza, che rischia, se ignorato, di innescare conflitti inter-regionali e situazioni di difficile composizione.

⁵⁰ Tra le due delibere, il 4 settembre 2014, si è inserito l'intervento della Conferenza Stato-Regioni, che ha adottato linee-guida regionali, sulla base di un documento tecnico-scientifico, nel quale si sono stabilite le regole organizzative necessarie, sulla linea di quanto già previsto nel decreto-legge: limite di età per i donatori; introduzione della fecondazione eterologa nei centri pubblici, con pagamento di un ticket; anonimato del donatore, ma possibilità per il figlio al compimento del 25mo anno di età di chiedere se il donatore vuole mantenere l'anonimato; estensione del registro nazionale alla fecondazione eterologa (Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014, seguito dal documento del 25 settembre 2014 per la Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa). Oltre alla Regione Toscana sono intervenute con specifici provvedimenti tra le altre anche le Regioni Veneto, Lombardia, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna. Per la relativa documentazione e per i provvedimenti anche di altre Regioni, si vedano F. GRANDI – R. LUGARÀ, «DOSSIER. L'abbandono dei LEA e dei LEP alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita e dell'interruzione volontaria di gravidanza», in *www.osservatorioaic.it*, 2015.

⁵¹ TAR. Regione Lombardia, n. 2271, 28 ottobre 2015. La sentenza può essere letta al seguente link: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/732-lombardia-pma-eterologa>.

⁵² In questo senso, il Giudice amministrativo sottolinea che «[t]rattandosi quindi di prestazione riconducibile a una pluralità di beni costituzionali – libertà di autodeterminazione e diritto alla salute – né il legislatore né, a maggior ragione, l'autorità amministrativa possono ostacolarne l'esercizio o condizionarne in via assoluta, la realizzazione, ponendo a carico degli interessati l'intero costo della stessa, al di fuori di ogni valutazione e senza alcun contemperamento con l'eventuale limitatezza delle risorse finanziarie. In ogni caso, l'ipotizzata carenza di risorse non potrebbe comunque determinare il completo sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti che, in possesso dei prescritti requisiti [...], volessero ricorrere alla procedura di PMA eterologa, considerato che il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, qual è quello alla salute, cui la predetta prestazione va ricondotta, non può giammai essere posto in discussione, pur in presenza di situazioni congiunturali particolarmente negative».

Analogamente a quanto si è osservato in relazione alla discontinuità, che caratterizza l'azione dei giudici comuni nella tutela dei diritti fondamentali, allo stesso modo la supplenza delle Regioni, o meglio, il riconoscimento di una competenza regionale in materia di diritti fondamentali rischia di porsi alla base di disparità di trattamento tra cittadini a seconda dei trattamenti e delle garanzie offerte nell'ambito della propria Regione di residenza.

Nel solco di simile ragionamento, si inserisce l'ordinanza del Consiglio di Stato⁵³, che ha sospeso in via cautelare la delibera, di cui sopra, con cui la Regione Lombardia aveva posto a carico dei cittadini le spese relative alla fruibilità delle tecniche di tipo eterologo, argomentando proprio nel senso della discriminazione tra cittadini derivante dalla eterogeneità delle opzioni di livello regionale.

Simili problematiche sono, inoltre, suscettibili di prodursi anche a fronte della (dis)applicazione disomogenea di una normativa nazionale.

In simile quadro, si inserisce il tema della progressiva disapplicazione della legge n. 194 del 1978, per effetto di un utilizzo discutibile e largamente diffuso tra il personale medico-sanitario dell'istituto dell'obiezione di coscienza, che ha conosciuto un'incidenza variabile (anche se generalmente consistente⁵⁴) proprio su base regionale, rendendo differenziata la tutela del diritto alla procreazione cosciente e responsabile tra le donne italiane a seconda della Regione di residenza.

Da ultimo, merita segnalare che il ruolo delle Regioni non sempre si è tradotto nel tentativo di assicurare un'espansione delle tutele dei diritti fondamentali.

Significativo, sotto quest'ultimo profilo, è stato il provvedimento, adottato nel 2008, con atto di indirizzo da parte della Regione Lombardia⁵⁵ che, in relazione ai requisiti posti dalla legge n. 194 del 1978 per aver accesso alle pratiche interruttrive della gravidanza, ne aveva modificato i limiti temporali, introducendo il divieto di procedere all'interruzione volontaria di gravidanza una volta che fossero decorse 22 settimane e 3 giorni dal concepimento.

La vicenda, peraltro, si concluse con l'annullamento delle Linee guida da parte del TAR Lombardia⁵⁶, ma certamente l'episodio può essere guardato

⁵³ Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza, 9 aprile 2015.

⁵⁴A dimostrazione dell'incidenza del numero di personale medico obiettore sul diritto all'autodeterminazione e alla salute della donna, si richiama la condanna dell'Italia da parte del Comitato europeo per i diritti sociali, reclamo collettivo n. 87/2012, *IPPF EN c. Italia*. A commento, si consenta il rinvio a M. D'AMICO, «The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)», in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, ESI, Napoli, 2014, p. 219 e ss.; L. LANZONI, B. LIBERALI, «The protection of the right to health and the procedures for voluntary termination of pregnancy between European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights», *ivi*, p. 213 e ss.

⁵⁵ Atto di indirizzo per l'attuazione della legge 22 maggio 1978 n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, 22.01.2008, n. 327.

⁵⁶ TAR. Lombardia, Sez. III, sentenza n. 7735/2010, con nota di F. BIONDI, «La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza», in *Forum Costituzionale*, 2010.

quale esempio di una trasformazione in atto del ruolo delle Regioni, che rivendicano autonomia di scelta nel campo della tutela dei diritti fondamentali.

Merita segnalare che proprio in quella decisione il TAR. Lombardia rimarca l'esigenza, avente rilevanza costituzionale, di salvaguardare l'autonomia del personale medico-scientifico; ed, infatti, il giudice amministrativo sottolinea che è «chiaro il contrasto fra la disposizione statale e quella contenuta nelle linee guida regionali le quali, 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, i quali, come detto, debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulle base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse [corsivo aggiunto]*»⁵⁷.

4. Scienza e diritto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra considerazioni di metodo e rispetto del "margine di apprezzamento" degli Stati

Le problematiche sottese al rapporto fra scienza e diritto sono state affrontate in diverse occasioni anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte europea ha avuto occasione di soffermarsi, in modo più o meno diffuso, su tale tematica in relazione ai giudizi aventi ad oggetto il divieto di fecondazione cd. eterologa (caso *S.H. e altri c. Austria*), il caso Stamina (caso *Durissimo c. Italia*), il divieto di accesso alle tecniche assistite per poter accedere all'esame diagnostico pre-impianto per le coppie né sterili né infertili (caso *Costa e Pavan c. Italia*) e i divieti posti alla libertà di ricerca scientifica sugli embrioni umani (caso *Parrillo c. Italia*).

Il primo caso (*S.H. e altri c. Austria*)⁵⁸ riguarda il divieto – parzialmente diverso rispetto a quello generale e assoluto che era originariamente previsto al terzo comma dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004 – di ricorrere alla donazione di gameti esterni alla coppia per superare la condizione di sterilità e infertilità della coppia richiedente⁵⁹.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Corte EDU, *S.H. e altri c. Austria*, [Prima Sezione], n. 57813/00, 1 aprile 2010; [Grande Camera], 3 novembre 2011. A commento della pronuncia della Grande Camera, si vedano B. LIBERALI, «Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. *time factor*. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria», in *Rivista AIC*, n. 1/2012; C. NARDOCCI, «La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali», in *Forum Costituzionale*, 2012.

⁵⁹ In epoca precedente a *S.H. e altri c. Austria*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di confrontarsi con il tema che qui interessa, tra gli altri, in *Evans c. Regno Unito*, [Grande Camera], n. 6339/05, 10 aprile 2007. Per una ricostruzione delle interazioni tra diritto, bioetica e progressi scientifico-tecnologici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si vedano, T. MURPHY, G. O. CUINN, «Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights», in *Human Rights Law Review*, 2010, p. 601 e ss.

Il Giudice sovranazionale ha posto l'accento sul necessario carattere "dinamico"⁶⁰ del progresso scientifico e sull'opportunità che il legislatore tenga conto dell'evoluzione della scienza e della tecnologia nel suo concreto operare, rimarcando la necessità di una corrispondenza, informata al criterio del cd. *time factor*, tra il progresso scientifico, per sua natura mutevole nel tempo, e le risposte del legislatore sul piano ordinamentale.

Dalle affermazioni della Grande Camera sembra quindi di potersi desumere che, anche a livello sovranazionale, emerga l'esigenza della configurabilità di una relazione armonica e coerente – sia dal punto di vista dei contenuti che sotto il profilo temporale – tra scienza e diritto, in cui il secondo asseconda e fornisce risposte adeguate sul piano normativo ai progressi e ai risultati ottenuti dalla seconda.

Nell'interpretazione di tale principio, offerta nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004 del Tribunale di Milano, i giudici remittenti hanno, infatti, correttamente inteso i portati dell'affermazione di principio del Giudice sovranazionale, laddove hanno affermato che «fattori quali la scienza medica ed il consenso [...] devono essere ancorati al dato temporale di riferimento, con la conseguente necessaria presa d'atto da parte del legislatore, e di conseguenza dell'interprete, dei loro mutamenti e delle progressioni maturate con il decorso del tempo. [...]. La scienza medica costituisce materia per sua stessa natura in continuo divenire; in particolare, lo sviluppo delle conoscenze comporta l'individuazione di nuove metodiche sanitarie, in grado di offrire il raggiungimento di obiettivi in precedenza impensabili, ovvero raggiungibili a fronte di sacrifici, effettivi o potenziali, di valori concorrenti»⁶¹.

Il ruolo della Corte di Strasburgo non è da sottovalutare nemmeno in relazione alla vicenda Stamina, sebbene la decisione costituzionale n. 274 del 2014 contenga soltanto un sommesso riferimento al caso *Durisotto c. Italia*⁶².

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, dichiarato inammissibile il ricorso promosso da un cittadino italiano che lamentava la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, in ragione del diniego opposto dal cd. Decreto Balduzzi alla sottoposizione della propria figlia alla metodica Stamina in epoca successiva all'entrata in vigore del decreto.

La decisione del Giudice sovranazionale interessa soprattutto per quanto attiene al passaggio argomentativo dedicato allo scrutinio intorno alla presunta violazione dell'art. 8 CEDU, dove la Corte di Strasburgo, dopo aver ribadito che

⁶⁰ Così, Tribunale di Milano, ordinanza di rimessione, n. 135/2013.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Corte EDU, *Durisotto c. Italia*, [Seconda Sezione], n. 62804/13, decisione, 28 maggio 2014. Sul tema, si veda anche, *Hristozov e altri c. Bulgaria*, [Quarta Sezione], nn. 47039/1, 358/12, 13 novembre 2012. In quell'occasione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato il caso di due pazienti affetti da una grave patologia oncologica in stato terminale, che lamentavano la violazione dei loro diritti sanciti a norma della Convenzione EDU – artt. 2, 3, 8 CEDU – per aver le autorità dello Stato bulgaro loro precluso l'impiego di medicinali sperimentali. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che il diniego opposto dalle autorità bulgare integrasse gli estremi di una violazione delle disposizioni convenzionali. Particolarmente interessante è quel passaggio della motivazione in cui il Giudice sovranazionale si sofferma sulle ragioni sottese all'esigenza di astenersi dall'impiego di medicinali di non sperimentata validità scientifica, cfr. § 122.

il tema dell'accesso ai trattamenti medico-sanitari rientra nel margine di apprezzamento dello Stato contraente, ha, però, appuntato l'attenzione – in modo più esplicito della Corte costituzionale – sul parere negativo opposto dal Comitato scientifico all'impiego su larga scala del metodo Stamina, sottolineando che «un comitato scientifico istituito dal Ministro della salute ha espresso un giudizio negativo sul metodo terapeutico in questione. Il valore scientifico di questa terapia non è ancora stato stabilito»⁶³.

Così argomentando, la Corte di Strasburgo riconosce in modo inequivoco un ruolo preciso alla comunità scientifica, tanto da fare dipendere – anche se solamente in parte – l'esito del proprio sindacato dalle determinazioni assunte dalla prima.

La decisione di inammissibilità del Giudice sovranazionale in *Durisotto c. Italia* dimostra quindi di incardinarsi perfettamente entro un sistema che concepisce le relazioni tra scienza e diritto come informate ad un generale principio di “leale collaborazione”, nonché di separazione e di rispetto delle reciproche competenze e sfere di azione.

Occorre svolgere alcune considerazioni anche in relazione alla sentenza della Corte europea resa nei confronti dell'Italia e avente ad oggetto l'esclusione delle coppie fertili dall'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita e dunque alla possibilità di effettuare la diagnosi pre-impianto.

In *Costa e Pavan c. Italia*⁶⁴, la Corte europea ha rilevato l'incoerenza del sistema legislativo italiano, che, da un lato, vieta l'impianto dei soli embrioni non affetti dalla patologia geneticamente trasmissibile e, dall'altro lato, consente di ricorrere all'aborto terapeutico, alle condizioni poste dalla legge n. 194 del 1978, a seguito di esito positivo della diagnosi prenatale.

Nel dichiarare la violazione dell'art. 8 della CEDU, la Corte europea opera un (se pur indiretto) riferimento all'evoluzione scientifica, che deve orientare la buona pratica medica e, quindi, guidare anche la predisposizione delle relative discipline.

La Corte europea ricorda, infatti, che nel caso relativo alla cd. fecondazione eterologa (*S.H. e altri c. Austria*) «la Grande Camera ha stabilito che [...] stante l'evoluzione del settore, il margine di apprezzamento dello Stato non poteva essere ridotto in maniera decisiva»⁶⁵; viceversa, nel caso relativo alle regole di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto, rileva che «la scelta operata dal legislatore in materia non sfugge al controllo della Corte» e che, «a differenza della causa S.H. [...] nel presente caso, riguardante una fecondazione omologa,

⁶³ Corte EDU, *Durisotto c. Italia*, [Seconda Sezione], n. 62804/13, decisione, 28 maggio 2014.

⁶⁴ Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], 54270/10, 28 agosto 2012. A commento della pronuncia, si vedano, E. MALFATTI, «La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi», in *Rivista AIC*, n. 2/2013; C. NARDOCCI, «La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza», in *Rivista AIC*, n. 1/2013.

⁶⁵ Corte EDU, *S.H. e altri c. Austria*, cit., § 67.

la Corte ha il compito di verificare la proporzionalità della misura controversa a fronte del fatto che ai ricorrenti è aperta la via dell'aborto terapeutico»⁶⁶.

In *Parrillo c. Italia*⁶⁷, la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata, infine, chiamata a confrontarsi con il tema dei limiti opposti dalla legge n. 40 del 2004 alla ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani⁶⁸.

Il caso portato all'attenzione del Giudice europeo riguardava la pretesa avanzata da una donna, rimasta vedova, di poter destinare gli embrioni, a suo tempo fecondati con il consenso del marito, alla ricerca scientifica.

Sotto il profilo delle doglianze, la ricorrente lamentava l'asserita violazione del suo diritto di proprietà, ex art. 1, Protocollo n. 1, CEDU, a motivo del divieto normativamente previsto di poter liberamente disporre dei propri embrioni, in quanto "beni" propri, del suo diritto al rispetto della vita privata, nonché del diritto alla libertà di espressione, ritenuto espressivo della libertà di svolgere attività di ricerca scientifica. Doglianza, quella incardinata sull'art. 10 CEDU, che la Corte europea, prima di addentrarsi nel merito, ha dichiarato con decisione e all'unanimità irricevibile per difetto della qualità di vittima della ricorrente a norma dell'art. 35, § 3, CEDU⁶⁹.

Nel giudizio dinanzi alla Grande Camera, peraltro, l'esito non è stato parimenti favorevole alla ricorrente, essendosi concluso con l'accertamento dell'assenza di violazione tanto rispetto all'art. 8 CEDU – dice, infatti, la Corte, che il legislatore italiano ha già avuto modo di bilanciare l'interesse pubblico alla protezione dell'embrione con il diritto del singolo di autodeterminarsi in relazione alla donazione di embrioni alla ricerca scientifica⁷⁰ e che, in ogni caso, il Governo non ha oltrepassato il proprio margine di discrezionalità⁷¹ –, tanto in relazione al diritto di proprietà poiché, precisa il Giudice sovranazionale, gli embrioni umani non possono essere ridotti a meri beni (*possessions*)⁷², né,

⁶⁶ Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, cit., § 68.

⁶⁷ Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, [Grande Camera], n. 46470/11, 27 agosto 2015.

⁶⁸ A commento della sentenza, sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, «La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*», in corso di pubblicazione per *Quaderni Costituzionali*, 2015, e consultabile sul sito di *Forum di Quaderni Costituzionali*.

⁶⁹ Il riferimento è a Corte EDU, [Seconda Sezione], n. 46470/11, decisione, 28 maggio 2013, in cui il Giudice europeo chiarisce come il divieto di svolgere attività di ricerca scientifica su embrioni umani ai sensi dell'art. 10 CEDU non possa porsi a fondamento della doglianza della ricorrente, coinvolta solo indirettamente, quale eventuale beneficiaria degli esiti della prima. Così, infatti, si legge nella decisione: «[n]’excluant pas que l’utilisation éventuelle des embryons en cause pourrait servir à des fins de recherche scientifique et que cette dernière peut constituer une forme de liberté de communication des informations, la Cour relève que, tel que formulé par la requérante, le grief porte sur un droit dont les opérateurs du secteur, à savoir les chercheurs et les scientifiques et non pas directement la requérante sont titulaires. Cette dernière ne pouvant pas se prétendre victime au regard du grief qu’elle soulève, cette partie de la requête doit donc être rejetée pour incompatibilité ratione personae avec la Convention, au sens de l’article 35 §§ 3 et 4 de la Convention».

⁷⁰ Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, [Grande Camera], § 188.

⁷¹ Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, [Grande Camera], § 197.

⁷² Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, [Grande Camera], § 215.

tantomeno, la Corte europea può stabilire “dall’alto” quando la vita cominci e se, a tali fini, l’embrione sia da considerarsi o meno vita ai sensi dell’art. 2 CEDU⁷³.

La pronuncia sul caso *Parrillo* si dimostra di particolare interesse non tanto per il ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento statale quale “scorciatoia” per aggirare la domanda di parte ricorrente, quanto piuttosto per il posto, invero solo residuale, demandato alla scienza, a fronte delle, viceversa, ricche e imponenti argomentazioni ideologiche riservate nelle opinioni concorrenti e parzialmente dissenzienti in favore di un presunto diritto alla vita dell’embrione⁷⁴.

La scienza nel giudizio europeo assume, quindi, una valenza pericolosamente accessoria; recessiva e, da alcuni giudici, addirittura considerata gerarchicamente subordinata alle esigenze di protezione del diritto alla vita dell’embrione, rispetto al quale tuttavia non emerge, nemmeno tra le righe, l’esigenza di chiarirne i presupposti di tutela alla luce delle imprescindibili evidenze scientifiche.

Non stupisce, quindi, che, similmente a quanto accade nell’ambito del giudizio costituzionale, in quello conclusosi dinanzi alla Corte europea non abbiano trovato ingresso gli argomenti portati da alcune associazioni intervenute nel giudizio e che, di conseguenza, la scienza sia stata relegata in secondo piano e considerata del tutto superflua ai fini dello scrutinio sul caso concreto.

In definitiva, anche nel processo dinanzi alla Corte europea si riscontra una carenza di metodo quanto all’approccio a questioni che coinvolgono direttamente l’impiego e, ancora prima, il reperimento e l’interpretazione di dati risultanti dall’attività di ricerca scientifica.

5. Quale “procedura” per far parlare la scienza?

Uno degli aspetti che balza agli occhi in tutte le questioni appena esaminate è la difficoltà, da parte dei giudici, di assumere a base inconfutabile della propria decisione evidenze tratte dai dati della letteratura scientifica. Non vi è, né davanti alla Corte costituzionale, né davanti ai giudici comuni e nemmeno davanti alla Corte europea, uno spazio procedurale efficace in cui sia possibile fornire ai giudici un quadro esaustivo o perlomeno la possibilità di un contraddittorio sugli aspetti scientifici del problema da considerare ai fini del giudizio.

Possiamo fare qualche esempio: nella sentenza n. 162 del 2014, il Giudice costituzionale cita ampiamente nella sua decisione documenti scientifici, anche internazionali, sui quali però il filtro viene fatto dallo stesso Giudice costituzionale, con il rischio di una documentazione parziale e comunque non contestabile dalle parti; nella sentenza sul cd. caso Englaro, la Corte di cassazione avvalorava un principio, quello della oggettività dello stato vegetativo permanente su cui, tuttavia, permangono dubbi intorno alla sua effettiva

⁷³ Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, [Grande Camera], § 214.

⁷⁴ In proposito, si vedano le riflessioni condotte nelle opinioni parzialmente concorrenti dei giudici PINTO DE ALBUQUERQUE E DEDOV, e parzialmente dissenzienti dei giudici CASADEVALL, ZIEMELE, POWER-FORDE, DE GAETANO AND YUDKIVSKA.

irreversibilità; nella sentenza sul caso *Parrillo*, la Corte europea liquida in qualche riga l'apporto come *amici curiae* di importanti società scientifiche nazionali e internazionali e non ritiene sul punto di aprire il contraddittorio.

E' proprio questo, a mio avviso, il limite principale delle decisioni giudiziarie che valutano le questioni disciplinate da leggi in discussione: il legislatore si avvale normalmente delle audizioni e quindi ha una procedura a disposizione per dare spazio al punto di vista scientifico. I giudici, sul piano processuale, non valorizzano strumenti che hanno a disposizione: mi riferisco, in particolare, ai poteri istruttori del Giudice costituzionale⁷⁵, che sono da tempo dimenticati, ma anche agli intervenienti davanti alla Corte europea che la stessa Corte può invitare a partecipare all'udienza.

Questo comporta una carenza dal punto di vista oggettivo del modo di trattare le questioni scientifiche da parte dei giudici, e incide, a mio avviso, profondamente anche sul diritto di difesa delle parti in giudizio.

L'auspicio è che il punto di vista della scienza entri anche in modo "formale" nei diversi processi, potendo solo così costituire base di una corretta decisione.

6. Osservazioni conclusive

In conclusione, possiamo osservare che numerose e importanti sono le indicazioni di metodo che provengono dal Giudice costituzionale e ricco è il panorama delle tematiche affrontate sul piano giurisprudenziale. Un panorama nel quale si incrociano complessi problemi, risolti anche da giudici diversi e con effetti differenziati entro l'ordinamento.

L'aspetto che potrebbe migliorare la possibilità di un concreto apporto della giurisprudenza attiene all'attivazione di spazi procedurali in cui la voce della scienza e degli scienziati possa farsi sentire in modo adeguato, scevra di incrostature ideologiche, e nel rispetto del contraddittorio con le parti.

⁷⁵ Il riferimento è alle disposizioni di cui agli artt. 12, 13 e 14 delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, 7 ottobre 2008. Per un approfondimento in dottrina, si rinvia a T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, «Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte», in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 245 e ss.; G. D'AMICO, «La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)», in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), Giappichelli, Torino 2002, p. 431 e ss.; A. CERRI, «I poteri istruttori della Corte nei giudizi sulle leggi e sui conflitti», in *Giur. cost.*, 1978, p. 1335 e ss. Nella manualistica più recente, si vedano, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 94 e ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 65 e ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 230 e ss.