

La scienza come “motore” del biodiritto: diritti, poteri, funzioni

Simone Penasa*

SCIENCE AS “DRIVING FORCE” FOR BIOLAW: RIGHTS, POWERS, FUNCTIONS

ABSTRACT: The paper starts from the assumption of recognising science as potential driving force of the evolution of biolaw. After having clarified the need for a functional connection between scientific and constitutional dimension, the propulsive function of science is analysed with regard to the effective protection of fundamental rights, the impact over the characteristics of the law-making process and constitutional justice.

KEYWORDS: Biolaw; science; Constitutional court; fundamental rights; legislative innovation

SOMMARIO: 1. La scienza come “motore” del biodiritto: fondamento costituzionale – 2. La scienza come “motore” della tutela effettiva dei diritti – 3. La scienza come “motore” dell’innovazione legislativa – 4. La scienza come “motore” dell’evoluzione della giustizia costituzionale – 5. Un “motore” assiologicamente condizionato?

1. La scienza come “motore” del biodiritto: fondamento costituzionale

La rilevanza costituzionale della scienza è ormai riconosciuta, pur se con approcci e giudizi differenziati, in modo condiviso all’interno della dottrina costituzionalistica¹, oltre a trovare riconoscimento anche all’interno di una ormai consolidata (pur se non priva di arresti e cambi di direzione) giurisprudenza costituzionale². Alla luce della profondità del dibattito dottrinale e del riferimento sistematico che la Corte costituzionale svolge a “fatti” o elementi di carattere tecnico-scientifico all’interno della propria giurisprudenza, sembra opportuno proporre un primo – evidentemente non conclusiva – tentativo di sistematizzazione della relazione tra diritto e scienza. A tal fine, si limiterà il perimetro delle riflessioni che seguiranno alle scienze della vita, le quali vengono tradizionalmente individuate come ambito privilegiato di applicazione del biodiritto, pur nella consapevolezza che altri ambiti dell’evoluzione tecnologica stanno esprimendo una inedita rilevanza giuridica, fino a coinvolgere potenzialmente i principi fondamentali del sistema costituzionale: il riferimento è in particolare al ruolo che l’intelligenza artificiale sta assumendo rispetto all’esercizio delle funzioni normative tradizionalmente attribuite ai poteri dello stato³, oltre che ad una pluralità di ambiti sociali. Questa dimen-

* Ricercatore in Diritto pubblico comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento. Mail: simone.penasa@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Recentemente, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

² Si veda il contributo di Antonio Iannuzzi nel presente volume.

³ Ex plurimis, A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 63-89; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime*

sione, destinata in prospettiva a rappresentare un ulteriore “motore” di potenziale evoluzione del fenomeno giuridico che ha condotto alla proposta di concepire un diritto costituzionale ibrido per gestirne in modo fisiologico l’impatto sulle categorie giuridiche tradizionali e sui diritti delle persone, non costituirà oggetto di analisi del presente contributo⁴.

Al fine di chiarire il paradigma teorico utilizzato per sviluppare l’analisi dell’incrocio tra diritto e scienze della vita, si aderisce a quel filone della dottrina costituzionalistica che individua nella scienza non unicamente «la materia oggetto di regolamentazione giuridica», ma anche un «fattore di determinazione e di rinnovamento del diritto»⁵. A tale fenomeno non può risultare estranea la dimensione costituzionale, la cui relazione con i fatti risulta ampiamente oggetto della discussione dottrina⁶: assieme ad altre dimensioni della realtà – quali la coscienza sociale o, secondo il linguaggio tipico della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, i “morals” di un ordinamento sociale – scienza e tecnologia possono porsi quali «“motori” dell’interpretazione costituzionale»⁷, fino all’utilizzo da parte della dottrina di immagini dense di portata normativa quali quella di «costituzione *scientificamente* intesa»⁸, la quale sottintende il riconoscimento di una funzione di progressivo inveroimento del dato costituzionale svolta dai dati scientifici⁹.

Si ritiene pertanto condivisibile, oltre che sorretta dalle dinamiche della giustizia costituzionale in tale ambito, quella dottrina che ha individuato «una vera e propria “tendenza” alla legittimazione scientifica del potere politico»¹⁰. Secondo tale dottrina, sarebbe possibile «legare l’idea di legittimazione del potere politico – un tempo affidata esclusivamente a un’autorità custode della verità etico-religiosa – *almeno in parte*, a moderne autorità tecnico-specialistiche, le uniche oggi in grado – di fronte alla crisi di ogni concetto di macroverità in senso metafisico – di acquisire e fornire quanto meno microverità scientifiche»¹¹. Secondo tale prospettiva, sarebbero configurabili «varie fonti di legittimazione del potere politico»¹², il cui schema da binario – all’interno del quale convivono una legittimazione dall’alto (costituzionale) e una dal basso (democratica)¹³ – diviene ternario, a seguito di una duplicazione della legittimazione «dall’alto»: alla fonte costituzionale, infatti, si aggiunge (in funzione complementare e

considerazioni, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, volume speciale, 2019, 101-130; A. D’ALLOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 3-31.

⁴ Si rinvia pertanto al contributo di Carlo Casonato nel presente volume.

⁵ G. D’AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alla certezza del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D’ALLOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario (Parma, 19 marzo 2004)*, Torino, 2005, 261.

⁶ Per una prima sistematizzazione del ruolo dei fatti, M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2 luglio 2010.

⁷ P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 138.

⁸ G. D’AMICO, cit., 263.

⁹ Quindi, «non al dettato della Costituzione, bensì [...] al dato costituzionale quale risulta, però, dalle acquisizioni della scienza» (Ivi, 262).

¹⁰ A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, vol. I, Milano, 1994, 135.

¹¹ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

¹² Ivi, 137.

¹³ A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, cit., 575.

non sostitutiva)¹⁴ una fonte *scientifica* di legittimazione, la cui integrazione in funzione legittimante l'esercizio del potere politico risulta decisiva per assicurare «un buon equilibrio dello Stato costituzionale»¹⁵.

Il coinvolgimento costituzionale della scienza¹⁶ deve peraltro fondarsi, per rientrare nell'alveo del fisiologico dispiegarsi del progetto costituzionale inteso in senso pluralista, sul preventivo riconoscimento di un rapporto di funzionalità tra dati scientifici e principi costituzionali. I primi, infatti, possono contribuire a concretizzare i secondi solamente in tanto in quanto sia rinvenibile una condivisione di orizzonte assiologico tra essi, nel senso che l'innovazione scientifica applicata alle scienze della vita risulti funzionale al «potenziamento della persona, secondo le linee tracciate nei principi fondamentali e nella prima parte della Costituzione»¹⁷.

2. La scienza come “motore” della tutela effettiva dei diritti

Una volta definiti i presupposti concettuali della rilevanza della scienza all'interno del discorso giuridico, è possibile delineare le possibili funzioni che la dimensione scientifica può svolgere se intesa non solo quale oggetto di intervento normativo – in particolare legislativo – ma anche quale strumento di manifestazione di quest'ultimo¹⁸. Se intesa anche in tale seconda prospettiva, la scienza può essere considerata come espressiva non unicamente di una natura fenomenologica, che può trovare nel diritto specifiche modalità di regolazione, ma anche di una funzione normativa, intesa quale capacità, da un lato, di contribuire alla tutela in concreto dei diritti delle persone in ambito medico-scientifico e, dall'altro lato, di modulare le concrete modalità di esercizio delle funzioni statali quando abbiano ad oggetto l'ambito richiamato.

Nella prospettiva dell'esercizio dei diritti in ambito medico-sanitario, l'innovazione tecnico-scientifica costituisce uno dei fattori di espansione più rilevanti ed effettivi. Allo stesso tempo, la forza propulsiva in materia di diritti prodotta dall'evoluzione scientifica può trovare un freno nella esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento con altri interessi potenzialmente rilevanti. In tale prospettiva, non appare eccessivo individuare un ruolo fondamentale della dimensione scientifica all'interno del bilanciamento operato a livello legislativo¹⁹. Ciò consente di proporre una concezione della scienza come espressiva di una portata direttamente normativa, che la può portare a “competere” – secondo un ordine di precedenza di cui si dirà subito *infra* – con i tradizionali strumenti di regolazione dei feno-

¹⁴ Cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., 137-138, nel quale si specifica che «le stesse conoscenze scientifiche [...] sono solo condizioni in genere necessarie, ma – da sole – comunque mai sufficienti per la legittimazione del potere politico».

¹⁵ A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, cit., 575.

¹⁶ C. MAGNANI, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Urbino, 1999, 133.

¹⁷ G. BERTI, *Processi di modernizzazione e strutture giuridiche*, in ID., *Società e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 97.

¹⁸ Ci si rifà alla dottrina inglese, in particolare R. BROWNSWORD, M. GOODWIN, *Law and Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, Cambridge, 2012, 63 ss.

¹⁹ Sia consentito il riferimento a S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015.

meni sociali, in particolare con il diritto legislativo. Anche alla luce di una ben nota giurisprudenza costituzionale²⁰, sarebbe possibile individuare uno spazio riservato alla scienza e ai soggetti variamente rappresentativi di quest'ultima (organi rappresentativi dell'ordine professionale; organismi tecnici; personale medico-sanitario), all'interno del quale l'esercizio di autonomia e competenza professionale dei soggetti dotati di specifiche competenze coinvolti nei singoli casi concreti concorre a garantire il perimetro di esercizio dei diritti individuali che vengono in rilievo nell'ambito della pratica clinica. Tale spazio di autoregolamentazione può essere legittimamente "invaso" da parte di fonti esterne – legislativa ma anche giurisprudenziale – nel caso in cui sia rilevabile una condizione di incertezza scientifica che caratterizza l'oggetto concreto di regolazione, operando pertanto l'incertezza medico-scientifica come "valvola di regolazione" del rapporto tra autonomia professionale ed eteronomia politico-legislativa; o quando «entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali»²¹, la tutela dei quali aumenta la complessità del bilanciamento da operare ampliando di conseguenza lo spazio di intervento eteronomo del legislatore.

Dal quadro costituzionale, per come sviluppato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, è possibile ricavare una funzione di concretizzazione dell'ambito e modalità di esercizio dei diritti svolta in via diretta o mediata da soggetti dotati di specifiche competenze medico-scientifiche. Ciò è particolarmente rilevante in relazione al diritto alla salute e all'accesso ai trattamenti, ma emerge anche in relazione a posizioni giuridiche di più ampio respiro, quali il diritto all'autodeterminazione e il diritto a formare una famiglia con figli.

In tal senso, occorre richiamare quella giurisprudenza costituzionale secondo la quale non spetta al legislatore determinare in via generale ed astratta le caratteristiche concrete dei singoli trattamenti medici, limitando in modo illegittimo l'autonomia decisionale del medico responsabile del trattamento, al quale la legge deve riconoscere, pur all'interno di un quadro normativo certo, una legittimazione nel determinare le più adeguate modalità di tutela del diritto alla salute della persona sottoposta al trattamento, secondo uno schema che sembra richiamare il meccanismo della delega di bilanciamento in concreto²². Un caso evidentemente paradigmatico è rappresentato dal limite al numero massimo di embrioni producibili all'interno di un ciclo di fecondazione e il concomitante obbligo di effettuare un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti, originariamente previsto dalla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. La Corte costituzionale ha, come noto, dichiarato incostituzionale tale norma (art. 14), anche sulla base del fatto che «la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»²³. Non pare eccessivo rinvenire in queste argomentazioni

²⁰ Cfr. la sentenza "matrice" della Corte costituzionale n. 282 del 2002, su cui diffusamente il contributo di Antonio Iannuzzi nel presente volume.

²¹ I riferimenti sono ancora alla sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale.

²² Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2009.

²³ *Ibidem*.

il riconoscimento di una funzione direttamente attuativa del diritto alla salute in capo al medico responsabile, al quale la Corte riserva la determinazione in concreto delle modalità di esercizio dell'attività in vista della effettiva tutela dei diritti in gioco.

Allo stesso modo, quando non sussista una condizione di incertezza rispetto alla adeguatezza terapeutica dei trattamenti oggetto di disciplina²⁴, al legislatore è preclusa l'opzione di vietare in modo assoluto l'accesso ai medesimi, in tutti quei casi in cui ciò rappresenti l'unico procedimento a disposizione dei soggetti coinvolti per esercitare un diritto costituzionalmente garantito e quando le esigenze di tutela di eventuali contro-interessi risultino già soddisfatte dall'ordinamento²⁵. È il caso, ad esempio, della illegittimità parziale del divieto assoluto di fecondazione eterologa. In questo caso, l'accesso ad una specifica tecnica di PMA – implicante la donazione di gameti da parte di un soggetto esterno alla coppia – viene considerato come l'unica modalità di esercizio effettivo della scelta di una coppia di diventare genitori, la quale viene considerata espressione della più generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost. In questi casi, alla dimensione medico-scientifica viene riconosciuta una funzione di strumento di realizzazione in concreto di libertà costituzionalmente riconosciute, godendo in tal senso di una tendenziale garanzia nei confronti di “invasioni” operate dal legislatore che ne impediscano la tutela quantomeno del loro nucleo essenziale.

Al legislatore, così come al giudice o alla stessa Corte costituzionale, risulta inoltre preclusa – di norma – la prerogativa di stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni; coerentemente, non risulta possibile nemmeno prevedere una diversa qualificazione in termini di trattamento sanitario rispetto a quella consolidata all'interno della comunità scientifica di riferimento, ad esempio negando a livello legislativo la natura di trattamento sanitario a interventi quali l'idratazione o l'alimentazione artificiali²⁶. In casi come quelli appena richiamati, la determinazione dell'ambito effettivo di applicazione delle garanzie previste a livello costituzionale – nel caso di specie dall'art. 32 Cost. – passa attraverso l'esercizio di autonomia professionale del singolo medico coinvolto (o della comunità scientifica nel suo complesso), piuttosto che da quello di discrezionalità politica del legislatore. Quest'ultima è invece destinata a riespandersi nel momento in cui l'attività medico-scientifica torni a porsi quale “mero” oggetto di disciplina e sussista l'esigenza di regolamentare ad esempio le procedure attraverso le quali convalidare e certificare la natura di dispositivo medico o di farmaco di una terapia sperimentale; in questo caso, interessi di tutela della salute individuale e collettiva richiedono l'intervento eteronomo del legislatore, al quale spetta di determinare le procedure, le condizioni e i requisiti da soddisfare, riconoscendosi tuttavia uno spazio relativo alla fase di concreta attuazione del quadro normativo nel quale torna a prevalere «l'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici» nel valutare l'efficacia e gli effetti terapeutici dei trattamenti sottoposti a sperimentazione²⁷.

²⁴ Come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2012, «la tecnica in esame [...] alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati».

²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 162/2012.

²⁶ Cfr. sul punto ora la portata chiarificatrice della legge n. 219 del 2017.

²⁷ Corte costituzionale, sentenze nn. 185 del 1998 e 188 del 2000.

Come anticipato, la forza propulsiva delle applicazioni tecniche in ambito medico rispetto all'esercizio di diritti fondamentali può trovare, oltre a quando sussistano condizioni di incertezza scientifica, quando l'ambito disciplinato esprima una particolare complessità a livello etico e sociale o quando sussista l'esigenza di tutelare beni giuridici di particolare rilievo costituzionale, che si vengano a porre in contrapposizione con il diritto vantato da chi richiede di accedere a determinati trattamenti sanitari. In questi casi, le scelte discrezionali del legislatore riacquistano una centralità pressoché assoluta, potendo giungere a limitare in modo legittimo – almeno secondo la Corte costituzionale – l'accesso a prestazioni sanitarie o l'esercizio dell'attività medico-scientifica. Restando nell'ambito delle tecniche di PMA, su tali basi risulta legittima la previsione a livello legislativo del divieto di sperimentazione e ricerca che prevedano l'utilizzo di embrioni umani, tenuto conto delle questioni etiche derivanti da tali pratiche e dalla divisione a livello sociale, politico e scientifico²⁸. A fronte di tale quadro, le potenzialità della scienza in termini non solo di libertà di ricerca ma anche di tutela della salute individuale e collettiva possono trovare una limitazione anche assoluta, secondo una valutazione che non può che spettare al legislatore, quale interprete della volontà della collettività. Quest'ultimo è infatti chiamato a «tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»²⁹. Sempre in termini di potenziale utilizzo di pratiche medico-scientifiche al fine di esercitare una libertà personale – nel caso di specie l'accesso alle tecniche di PMA da parte di una coppia di persone dello stesso sesso di genere femminile – la scelta del legislatore di escludere determinate categorie di persone da tali trattamenti risulta giustificata alla luce della esigenza di tutelare esigenze di natura assiologica – nel caso di specie, una determinata concezione di famiglia e di genitorialità – la cui determinazione spetta al legislatore «quale interprete della collettività nazionale». Di conseguenza, le potenzialità in termini di tutela dei diritti insiti nella dimensione medico-scientifica possono subire legittimamente, nel momento in cui il bilanciamento legislativo non risulti manifestamente irragionevole o arbitrario, una compressione significativa³⁰.

In questi casi, l'individuazione di una connessione funzionale tra dimensione scientifica e dimensione assiologica-costituzionale trova nell'interposizione legislativa finalizzata a determinare il concreto assetto del bilanciamento da operare una condizione necessaria e difficilmente sormontabile di realizzazione, potendo il legislatore legittimamente depotenziare la carica propulsiva del fattore tecnologico rispetto all'esercizio in concreto di diritti costituzionalmente protetti. Si può affermare che la forza propulsiva del fattore scientifico in ambito medico può dispiegare a pieno la propria potenza fintantoché risulti coerente e conforme alla matrice assiologica predeterminata dal legislatore: entro tale cornice valoriale, scelte politiche che si oppongano a tale dinamica risultano illegittime, in tal modo confermandosi una forza normativa – seppur legislativamente condizionata – della scienza che trova la propria legittimazione direttamente nel livello costituzionale.

²⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 86 del 2014, su cui il *Focus on* pubblicato su questa Rivista, 2, 2016, 157-269.

²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 86 del 2014.

³⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2019.

3. La scienza come “motore” dell’innovazione legislativa

Un secondo livello di rilevanza normativa del fattore scientifico-tecnologico è individuabile nel momento in cui ci si concentri sulle modalità di esercizio della funzione legislativa in ambiti scientificamente connotati. Anche alla luce di una ormai consolidata giurisprudenza costituzionale, in tali casi è possibile affermare che il legislatore risulti destinatario di un onere – quantomeno a livello procedurale³¹ – di adeguamento della propria attività di produzione normativa alla specificità del contesto scientifico, al fine di evitare ciò che la dottrina britannica ha qualificato come «regulatory disconnection»³². Pertanto, anche quando il legislatore sia legittimato ad intervenire, le modalità concrete di tale intervento devono svolgersi in modo conforme a scienza, richiedendosi in particolare che il prodotto legislativo sia fondato sulla «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati [...]»³³; e che il testo legislativo abbia natura di “indirizzo”, nel senso di consentirne anche quando preveda di limitare o comunque disciplinare l’accesso a determinati trattamenti sanitari o lo svolgimento di attività scientifico-sperimentali un’attuazione flessibile, dinamica e adattabile all’eventuale mutare delle caratteristiche dell’oggetto di disciplina³⁴.

Anche nel caso in cui non si voglia attribuire rilievo costituzionale a tale esigenza di adeguamento della fonte legislativa (cfr. tuttavia una rilevante parte della dottrina costituzionalistica che, pur se con sfumature diverse, ne riconosce il rilievo all’interno ad esempio del giudizio di costituzionalità), appare tuttavia opportuno – in termini di adeguatezza, efficacia sostanziale e ragionevolezza delle scelte politiche adottate – che il legislatore soddisfi alcuni parametri che in altra sede sono stati suddivisi coerentemente con la loro natura procedurale o sostanziale³⁵. Alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale, è possibile ipotizzare che il concreto soddisfacimento da parte del legislatore di almeno alcuni dei criteri che di seguito si descriveranno faccia sorgere una presunzione forte di adeguatezza e quindi di vera e propria legittimità costituzionale della legge. Ciò non comporta in ogni caso il sovvertimento dell’ordine di precedenza tra dimensione assiologica e dimensione scientifica espressa attraverso la fonte legislativa, in quanto la prima è destinata a prevalere; tuttavia, la prima deve necessariamente esprimersi anche attraverso l’introduzione – nel procedimento o testo legislativo – di meccanismi di connessione con la seconda.

Dal punto di vista dell’adattamento del procedimento decisionale, è possibile esprimersi in termini di potenziale funzione normativa indiretta della dimensione scientifica.

³¹ Si riprende qui quanto affermato da A. D’ALOIA, *Biodiritto*, voce, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Torino, 2012, 56, secondo cui «si tratta di un vincolo modale più che di un automatico trasferimento di contenuti dall’ambito tecnico-scientifico a quello politico-amministrativo; e l’intensità di questo vincolo (e correlativamente la possibilità di valutazioni orientate ad altri principi) è certamente condizionata e influenzata dal livello di “stabilità” o di incertezza del presupposto scientifico».

³² R. BROWNSWORD, M. GOODWIN, *Law and Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, cit., 63.

³³ Corte cost., sentenza n. 282 del 2002.

³⁴ C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Rimini, 2016, 29-53.

³⁵ S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 89 ss.

Tale funzione può dispiegarsi nel caso in cui il legislatore preveda il coinvolgimento di organismi o comitati dotati di specifica expertise e in condizione di autonomia rispetto all'organo parlamentare, affidando a questi ultimi la funzione di istruire il successivo dibattito parlamentare, assicurando un apporto in termini conoscitivi rispetto all'oggetto da disciplinare ma anche in termini propositivi: nel primo caso, tali organismi possono essere chiamati ad approfondire, assieme ad aspetti tecnici, anche eventuali questioni di natura morale o sociale scaturenti anche solo potenzialmente dall'ambito scientifico oggetto di analisi; nel secondo caso, il contributo conoscitivo si qualifica attraverso la redazione di vere e proprie raccomandazioni al Parlamento, le quali esprimono delle vere e proprie proposte – di norma non vincolanti – di redazione del testo legislativo³⁶. Uno schema analogo può darsi anche rispetto alla fase di attuazione della legge, in tutti quei casi in cui si attribuiscono funzioni di natura autorizzativa, di valutazione, monitoraggio e eventualmente sanzionatorie a organismi tecnico-scientifici, i quali risultano destinatari di una sorta di delega rispetto alla concreta attuazione dei contenuti legislativi.

In relazione ai contenuti della legge, la funzione normativa svolta dalla scienza può essere qualificata come derivata, in quanto essa trova fondamento nella legge, quando il testo normativo sia concepito in modo da prevedere elementi di apertura alla dimensione scientifica, la quale concorre quindi alla determinazione del concreto ambito oggetto di applicazione della disciplina. A tale livello, è possibile richiamare la previsione legislativa di definizioni di concetti tecnico-scientifici, che prevedono l'utilizzo di concetti o criteri extra-giuridici che contribuiscono a connotarne in modo decisivo il significato normativo (rispetto alla definizione di embrione, ad esempio, il riferimento al momento del concepimento o in alternativa dell'annidamento). Anche l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati a contenuto tecnico-scientifico o la previsione di clausole di rinvio alla scienza possono essere annoverati tra gli strumenti normativi che il legislatore può adottare al fine di consentire una integrazione della fonte legislativa da parte di istanze tecnico-scientifica. Formule quali "tenuto conto dell'evoluzione scientifica" o criteri quali "in modo adeguato agli standard medici" possono garantire l'adattabilità – e in ultima analisi, l'adeguatezza – della legge, richiedendo l'intervento sussidiario di istanze di natura tecnica. Un'ulteriore funzione di tali elementi è quella di riconoscere ai professionisti direttamente coinvolti un margine tendenzialmente ampio di attuazione autonoma dei contenuti legislativi, pur sempre nel rispetto della ratio della legge. Un elemento di raccordo tra connessione procedurale e sostanziale tra dimensione giuridica e scientifica può essere infine assicurato dalla previsione di clausole di validità temporale della legge o di valutazione periodica dell'impatto della medesima, anche in termini "scientifici" e "moralì"³⁷. Questi strumenti hanno il pregio di soddisfare l'esigenza di adattabilità delle scelte politico-legislative attraverso il coinvolgimento di istanze di natura tecnico-scientifica, lasciando inalterati tanto la natura democratico-rappresentativa della scelta normativa quanto il livello di discrezionalità politica: si potrebbe dire che non la "quantità" ma la "qualità" della discrezionalità politica del legislatore viene positivamente interessata dall'utilizzo di tali strumenti normativi; allo stesso tempo, in quanto attivata dalla volontà del legislatore (o eventualmente in via rimediabile del giudice ordinario

³⁶ Esempi in tal senso sono ricavabili da una pluralità di ordinamenti stranieri, appartenenti a famiglie giuridiche diverse (Spagna, Francia, Regno Unito, Canada). Sia consentito ancora il riferimento a S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 150 ss.

³⁷ Cfr. il modello francese previsto dalla *Loi de bioéthique* n. 2011-814.

o della Corte costituzionale), la scienza in questi casi può essere senz'altro qualificata come “motore” necessario (anche in termini di legittimità della legge) dell'innovazione legislativa in contesti scientificamente connotati.

4. La scienza come “motore” dell'evoluzione della giustizia costituzionale

Anche in riferimento alla giustizia costituzionale, è possibile rinvenire una funzione propulsiva derivante dall'intreccio tra modalità di esercizio della funzione di controllo di costituzionalità da parte della Corte costituzionale e natura tecnico-scientifica delle questioni oggetto di scrutinio. A tal riguardo, la scienza può essere considerata “motore” dell'innovazione costituzionale in senso rafforzativo degli sviluppi interni della giurisprudenza costituzionale e in senso espansivo della medesima, sia in termini di spazi sia in termini di strumenti dello scrutinio operato.

Una funzione rafforzativa è senz'altro rappresentata dall'applicazione anche a questioni di natura scientifica della teoria delle «zone franche». Nella già evocata sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale ribadisce il proprio «potere-dovere» di dichiarare l'illegittimità di una norma, una volta che sia stata accertata la sua contrarietà con parametri costituzionali, sulla base del principio secondo cui il sindacato di costituzionalità «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sent. n. 1 del 2014). Ciò, al fine di evitare «una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario»³⁸. L'applicazione anche al contesto medico-scientifico di tale teoria sembra inoltre confermare la connessione teleologica – almeno a livello potenziale – tra scienza e tutela effettiva dei diritti delle persone, secondo uno spettro che non coinvolge esclusivamente il diritto alla salute ma anche quello all'autodeterminazione in ambito genitoriale. Pur se non direttamente espressione delle potenzialità garantiste che l'evoluzione medico-scientifica mette a disposizione della persona, come nel caso dei limiti all'accesso alle tecniche di PMA, ci si può riferire anche alla recente sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, che ha – come noto – dichiarato l'illegittimità parziale dell'art. 580 del codice penale che era stata prospettata dall'ordinanza n. 207 del 2018³⁹. Anche in questo caso, la Corte adotta il medesimo approccio, affermando come sia necessario, anche a fronte del mancato intervento del legislatore, «evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale»⁴⁰. Occorre comunque chiarire come, quando siano coinvolte scelte individuali (o legislative) relative alla fase terminale dell'esistenza, le considerazioni relative alla dimensione assiologica prevalgono tendenzialmente su quelle di ordine medico-scientifico; tuttavia, una volta affermato sul piano assiologico che il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza, la Corte richiama il diritto alla scelta delle terapie, comprese quelle

³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014.

³⁹ Per un primo commento, P. VERONESI, *“Ogni promessa è debito”*: la sentenza costituzionale sul “caso Cappato”, in *Giustizia Insieme*, 7 dicembre 2019; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 28 novembre 2019.

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 242 del 2019.

finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, quale espressione della libertà di autodeterminazione del malato, che viene irragionevolmente limitato dall'imposizione legislativa di un'unica modalità per congelarsi dalla vita.

Un analogo processo rafforzativo si può individuare nell'utilizzo dello strumento della delega di bilanciamento in concreto⁴¹. Quando applicata in relazione a questioni scientificamente connotate, al soggetto che tradizionalmente viene individuato quale destinatario di tale tecnica – il giudice – vengono ad aggiungersi soggetti dotati di specifiche competenze tecniche, quali organismi tecnici legislativamente individuati o direttamente i medici responsabili dei singoli casi concreti, ai quali – come anticipato nel secondo paragrafo – la Corte costituzionale può attribuire la funzione di determinare in concreto il trattamento sanitario più adeguato in relazione alle specifiche caratteristiche del caso del quale sia responsabile mediante l'esercizio della propria autonomia professionale.

La funzione espansiva provocata dalla interazione tra giustizia costituzionale e questioni scientificamente connotate coinvolge in particolare i parametri utilizzati dalla Corte costituzionale, finendo con l'interessare il rapporto tra poteri e funzioni all'interno dell'ordinamento costituzionale (cfr. il filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 282 del 2002). Il riferimento compiuto da parte della Corte costituzionale all'esistenza di «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica», in relazione a diversi "luoghi" in cui trova espressione l'incrocio tra esercizio di discrezionalità politica e natura scientifica dell'oggetto dell'intervento legislativo (PMA, caso Stamina, vaccini), sembra esprimere in modo ormai consolidato la capacità del biodiritto di incidere in senso espansivo sugli schemi argomentativi utilizzabili dalla Corte costituzionale. Non pare pertanto eccessivo concludere che la dimensione scientifica, pur con le specificità che si sono tentate di chiarire, possa svolgere una funzione propulsiva anche nei confronti della funzione di controllo di costituzionalità, potendo favorire una espansione degli strumenti decisionali – l'emersione di una dimensione scientifica del parametro di ragionevolezza o la proposta di considerare la scienza quale parametro interposto – e degli "ambiti" di intervento della Corte costituzionale. A tale livello, la connessione funzionale tra dimensione scientifica e quella assiologica risulta ancora più stretta, dipendendo da essa la possibilità di considerare il dato tecnico-scientifico non solo quale oggetto ma anche quale vero e proprio strumento argomentativo all'interno del giudizio costituzionale.

5. Un "motore" assiologicamente condizionato?

In conclusione, pertanto, si può affermare che il progresso scientifico-tecnologico diviene costituzionalmente rilevante non solo come oggetto delle norme costituzionali (in particolare, evidentemente gli artt. 9 e 33) ma anche come possibile strumento della «ottimale realizzazione dei valori costituzionali» solo fintantoché risulti «"coerente" con il patrimonio assiologico costituzionale»⁴². Pertanto, la rilevanza costituzionale del dato scientifico non corrisponde ad una sostituzione della dimensione assiologica, fondata sul quadro di principi sancito (ma non fissato) dalla Costituzione, da parte di una

⁴¹ Evidente il riferimento a R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 120 ss.

⁴² G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 287.

dimensione tecnicista (o tecnocratica). Piuttosto, il riconoscimento di un rilievo (nonché di una funzione) costituzionale alla scienza e ai dati da essa prodotti risulta funzionale ad una più adeguata ed efficace realizzazione dei principi e dei contenuti derivati dal contesto costituzionale. In tal senso, l'utilizzo in fase di attuazione costituzionale (sia quando ciò avvenga a livello legislativo, sia quando rilevino all'interno del giudizio di costituzionalità delle leggi) delle risultanze ricavabili dalla scienza può contribuire a colmare, almeno parzialmente, il «deficit strutturale degli enunciati costituzionali che danno riconoscimento ai diritti»⁴³, divenendo pertanto «fattori di stabilizzazione e, allo stesso tempo, di rinnovamento semantico degli enunciati stessi»⁴⁴. Evidentemente, quando tale connessione assiologica, comunque da intepretare alla luce del principio pluralista⁴⁵, venga meno o rischi di indebolirsi, il ruolo della scienza deve ritornare ad essere quello tradizionalmente attribuito ai fatti sociali: quello cioè di fenomeno empirico da disciplinare ed eventualmente limitare nelle sue concrete manifestazioni. In tal senso, quindi, la scienza può essere considerata un “motore” potenziale per l'effettività dei diritti, l'innovazione legislativa e quella costituzionale.

⁴³ A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 18, il quale cita Antonio Ruggeri.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Al fine di evitare gli opposti estremi di una “cattura” della costituzione da parte del potere della tecnica (G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 258), e di una concezione lisenkista della scienza e della ricerca scientifica, incompatibile con le garanzie previste a livello costituzionale ex artt. 9 e 33 Cost.