

1. Quali sono le caratteristiche del rapporto fra diritto e scienze della vita?

Stefano Canestrari

*Ordinario di Diritto penale, Università di Bologna;
membro del Comitato Nazionale per la Bioetica*

Il giurista sensibile al tema del rapporto tra diritto e scienze della vita è chiamato, oggi, quando s'impongano alla sua attenzione questioni rientranti nell'alveo di tale settore d'indagine, non solo ad adottare un approccio interdisciplinare; ben di più, come altrove sostenuto, egli è auspicabilmente tenuto ad operare nel senso dell'edificazione di un *modello aperto e condiviso di scienza giuridica*¹. Per fare questo, il giurista penalista deve saper essere, al contempo, «speleologo» e «scalatore»: *speleologo*, nel senso che gli si richiede di andare all'origine dei problemi che si trova ad affrontare, indagandoli nel profondo ed a cominciare dalle coordinate che le scienze diverse da quella giuridica possano di volta in volta fornire; *scalatore*, nel senso che, in questo lavoro, egli deve saper adottare un atteggiamento umile, così da non considerare se stesso (e, dunque, la scienza di cui è rappresentante) quale «capocordata» e da sviluppare – piuttosto – una collaborazione paritaria, intensa e costante con gli altri ambiti del sapere umano².

A questo proposito, negli ultimi anni si è imposta con particolare forza, all'attenzione del penalista, la questione dell'incidenza delle moderne neuroscienze sulle basi stesse della responsabilità penale: su tale aspetto, dunque, sembra

opportuno effettuare in questa sede qualche considerazione³.

In modo per molti aspetti non dissimile a quanto accadesse nei Secoli passati, il dibattito torna fondamentalmente ad incentrarsi, seppure in base a studi e seguendo paradigmi diversi da quelli un tempo disponibili, sulla possibilità di riconoscere, in capo all'uomo, una sfera di libertà nella selezione dei propri comportamenti: vi è chi – inserendosi nella corrente delle cc.dd. *neuroscienze del libero arbitrio* – la riconosce, in tutto o in parte; vi è chi invece la nega, talvolta pressoché completamente (come i cc.dd. *hard determinist*).

L'ipotesi che si possa escludere una qualsiasi libertà d'autodeterminazione soggettiva porta, inevitabilmente, a misurarsi con questioni che involgono in modo stringente la struttura stessa della responsabilità penale e delle conseguenze ad essa connesse. Lo studioso della scienza giuridica, nella specie penale, potrebbe forse essere spinto, pertanto, ad eludere in qualche misura il problema argomentando come la sussistenza di una libertà umana risulti pur sempre necessaria per la tenuta dei sistemi giuridici: una sua assenza escluderebbe infatti, all'evidenza, pure la responsabilità individuale ad essa collegata. È dunque giusto e corretto che, di fronte

³ A titolo puramente esemplificativo, si possono citare nel contesto italiano i pertinenti contributi rinvenibili in O. DI GIOVINE (a cura di), *Neuroetica e diritto penale*, Atti di Convegno (Foggia, 21/22-5-2012), Cedam, Padova, 2013. V., anche, I. MERZAGORA, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Raffaello Cortina, Milano, 2012; D. TERRACINA, *Problemi del diritto penale*, in E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 187 ss.; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino, 2009; A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano, 2009. Utile pure la consultazione dei lavori – variamente orientati – consultabili in *Sistemi intelligenti*, n. 2/2010.

¹ S. CANESTRARI, *Premessa*, in Id., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. IX.

² S. CANESTRARI, *Premessa*, cit., pp. IX e s.

alle acquisizioni neuroscientifiche più recenti, il penalista rifiuti di misurarsi con le diverse tesi avanzate, respingendo aprioristicamente, in particolare, i suggerimenti poco «funzionali» alla propria scienza?

Ad esempio, in tema d'imputabilità, può essere utile fare riferimento alla giurisprudenza di merito che, in un passato recente, ha ritenuto di poter inferire la sussistenza di un vizio parziale di mente, in modo pressoché automatico, sulla base delle risultanze offerte nel caso specifico dalle moderne tecniche di c.d. *neuroimaging* e dalle indagini di genetica molecolare⁴: benché tali strumenti appaiano già oggi ed in prospettiva utili per la soluzione di altri problemi (ad es., a fini diagnostici), la loro attuale valenza nell'ambito del giudizio d'imputabilità non pare, invero, poter assumere un ruolo di per sé dirimente.

Da più parti si è inoltre sottolineato come un approccio di quel genere possa aprire la strada al ritorno a paradigmi meramente organicistici⁵, in certo senso quasi «neo-lombrosiani», in ordine alla valutazione della capacità d'intendere e di volere. La condivisibile preoccupazione trova conferma nell'osservazione che, probabilmente, proprio in virtù del complesso delle indagini neuroscientifiche disponibili, un simile approdo non sarebbe nemmeno giustificato. Ad un rigetto delle tesi deterministe, orientate nel senso di un marcato riduzionismo neurofisiologico⁶, per vero, si può probabilmente pervenire proprio

attraverso l'approfondimento degli studi neuroscientifici oggi disponibili, a cominciare da quelli che riconoscono ancora, in capo a ciascuno, una libertà di veto relativamente alle proprie determinazioni all'azione (e, del resto, molti altri elementi depongono in questo senso).

Criticabile sarebbe, invece, cedere alla lusinga di un rifiuto della prospettiva «neo-riduzionista» che sia preconetto, ovvero essenzialmente motivato in forza degli accennati esiti che – al netto di ogni altra considerazione – la sua accettazione dispiegherebbe sulla struttura stessa del sistema penale. Ciò che preme sottolineare è ancora una volta come, pure in tale settore, sia preciso compito del giurista, nel rapportarsi alle neuroscienze, quello di non chiudersi nelle proprie «ideologie» e nei propri «pre-giudizi»⁷ e di essere, invece, aperto ed umile, capace di conoscere e di valutare ponendosi sullo stesso piano delle scienze con cui entra in contatto. «Speleologo» e «scalatore», appunto: discorso che sembra valere non solo rispetto alle dispute sulla libertà umana, ma anche rispetto alle altre scienze della vita.

⁴ Il riferimento è alla nota pronuncia della Corte d'Assise di Appello di Trieste, 1 ottobre 2009, n. 5, in *Riv. pen.*, 2010, pp. 70 ss., con nota di A. FORZA.

⁵ Sul punto, p.t., M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Como-Pavia, 2009, pp. 121 ss.

⁶ L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), op. cit., p. 30.

⁷ S. CANESTRARI, *Premessa*, cit., p. X.

Paolo Carrozza

Professore ordinario di diritto costituzionale, Scuola Superiore di Studi Universitari e di perfezionamento Sant'Anna di Pisa

La discussione sul rapporto tra scienze applicate e scienze sociali costituisce uno dei luoghi più frequentati della riflessione culturale ed il rapporto tra scienze della vita e scienze giuridiche si iscrive a pieno titolo in tale storica discussione.

Semplificando molto si può dire che il discorso andrebbe distinto e diversificato con riferimento alle questioni dell'oggetto e del metodo di ciascuna scienza.

Quanto all'oggetto, dovrebbe valere una regola di complementarietà necessaria della rispettiva e reciproca conoscenza: posto che, per lo più, l'oggetto della conoscenza di ciascuna scienza è il medesimo di quello di altre scienze, la conoscenza (scientifica) di una materia dal punto di vista delle altre scienze risulta indispensabile per lo studio del medesimo oggetto sotto il profilo giuridico.

È più facile, per brevità espositiva, esemplificare che concettualizzare: difficile scrivere un saggio sulla tutela giuridica delle minoranze linguistiche del nostro paese senza la conoscenza di alcuni fondamentali saggi di Tullio De Mauro sulla storia linguistica italiana o dei volumi di sociolinguistica di Berruto o di Elisabetta Zuanelli; difficile ragionare di forme di governo senza una conoscenza approfondita delle riflessioni politologiche e di filosofia politica sui regimi politici; difficile scrivere leggi e norme su nascita, vita e morte delle persone senza conoscenza di scienze biologiche e mediche su nascita, vita e morte.

Dunque, sempre semplificando molto, si può dire che esiste un'interdisciplinarietà necessaria della conoscenza, affidata alla cultura e alla sensibilità culturale di ognuno di noi, che nasce e si

sviluppa per ciascun sapere in relazione all'oggetto della conoscenza stessa: un buon restauratore di quadri e di affreschi deve innanzitutto conoscere la storia dell'arte e le tecniche pittoriche e di affresco, ma senza alcune conoscenze della fisica e della chimica della pittura e dei materiali su cui si dipinge e si affresca difficilmente sarà un buon restauratore. Le scuole, l'accademia, le riviste scientifiche e culturali dovrebbero trasmettere e incrementare, diffondendo e valorizzando la ricerca, la capacità di ognuno di acquisire la sensibilità culturale utile per questa necessaria interdisciplinarietà della conoscenza in relazione all'oggetto della conoscenza stessa.

Guardando alle questioni di metodo, il discorso diventa più complesso: sempre schematizzando molto, si può iniziare il ragionamento col dire che l'effetto della diffusione del positivismo e del progresso scientifico e tecnologico ha condotto, tra la seconda metà dell'ottocento e i primi decenni del novecento, ad una progressiva funzionalizzazione del metodo di ciascuna scienza, sociale o applicata, secondo logiche di autonomia dell'oggetto e del metodo; autonomia spesso esacerbata da non sempre meritevoli esigenze dell'accademia universitaria e della sua organizzazione disciplinare.

Questa funzionalizzazione non impedisce l'interdisciplinarietà della conoscenza cui poco sopra si è fatto cenno, ma finisce col dividere e qualche volta per contrapporre metodologicamente i saperi, separandoli, talora anche culturalmente, gli uni dagli altri, sino a far loro sfiorare l'autoreferenzialità anche quando hanno il medesimo oggetto.

Se il diritto e la scienza giuridica hanno un evidente bisogno di conoscenza degli oggetti di cui sono chiamati di volta in volta ad occuparsi, la chiusura categoriale e metodologica del diritto (come di qualsiasi altro sapere che si definisca

rispetto alle altre scienze in forza all'autonomia del proprio oggetto e del proprio metodo) può allora costituire un serio e grave ostacolo alla scientificità del sapere stesso, ove per scientificità di un sapere o della proposizione di un sapere si intenda la sua verificabilità, la possibilità di sottoporre ogni affermazione ad una ragionevole prova o dimostrazione della sua veridicità.

Ecco che allora la questione della circolazione dei metodi diventa decisiva per una interdisciplinarietà che consenta la verifica scientifica degli enunciati (qui si parla di quelli giuridici) da tutti i possibili e "altri" punti di vista scientifici: che valore scientifico ha un enunciato che prescriva qualche comportamento su nascita, vita e morte se non è verificabile scientificamente, non solo dal punto di vista del metodo e dell'oggetto del diritto, ma anche dal punto di vista delle scienze della vita quali la medicina o la biologia?

Così ragionando, queste note si trasformano in un appello per l'unificazione del metodo, per un ragionamento sulla necessaria diffusione e sull'utilità generale dell'*evidence-based approach*, di qualunque scienza o conoscenza si stia parlando, e dunque anche per le scienze giuridiche.

L'*evidence-based approach* ha una storia interessante, che costituisce la dimostrazione dell'utilità della circolazione del metodo tra le diverse scienze. Infatti il ricorso all'*evidence-based approach* nell'ambito delle scienze sociali è il frutto dell'esportazione di una metodologia propria di una tipica "scienza della vita", la medicina, verso l'elaborazione, l'applicazione e lo studio delle politiche pubbliche e del diritto. Per la verità, questo trasferimento di metodologia è frutto di una contingente vicenda politica: la teoria dell'*evidence-based policy making* nasce molti decenni or sono, tributaria della c.d. *evi-*

*dence-based medicine*¹, ma il suo sviluppo nell'ambito dell'elaborazione e dello studio delle politiche pubbliche è piuttosto recente e risale al ricorso a tale metodologia proposto nell'ambito dei processi di modernizzazione dell'ordinamento britannico e delle sue politiche pubbliche voluto dal Governo Blair, come ben illustrano due spesso citati "libri bianchi" prodotti da tale governo². L'idea di fondo è che, in un mondo de-ideologizzato, le politiche pubbliche e le scelte di politica legislativa dovrebbero fondarsi non su opzioni ideologiche e puramente politiche, bensì su una verifica puntuale, cioè "scientifica" e dunque attraverso strumenti misurabili e verificabili, dei contenuti, delle aspettative e dei risultati della politica scelta tra le varie opzioni possibili poste al centro dell'arena politica³.

Questo orientamento fa nascere due ulteriori considerazioni piuttosto utili, specie in prospettiva italiana ed Europea. La prima è che la nuova metodologia (che tanto nuova in realtà non è ...) sembra fare giustizia della metodologia di studio della politica fondata sulla teoria delle c.d. *public choices*, tipica forma dell'analisi politologica diffusa nel nord America, che affonda le radici nel c.d. comportamentismo e che, specie a

¹ Merito soprattutto degli epidemiologi: si veda, per la medicina epidemiologica italiana, G.Tognoni, G.Baccile, M.Valerio, *La salute. Sanità e servizi come indicatori e misura dell'effettività dei diritti*, in M.Campedelli, P.Carrozza, L.Pepino (a cura di), *Diritto di welfare*, Bologna, Il Mulino, 2010, p.457 ss.

² Cfr. UK Cabinet Office, *Modernising Government*, Cabinet Office, London, 1999; Id., *Professional Policy Making for the Twenty First Century*, Cabinet Office, London, 1999.

³ Si v., per tutti, G.Majone, *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process*, Yale University Press, New Haven, 1989.

partire dalla diffusione che ne fece James Buchanan, ha finito per influenzare per lungo tempo anche la scienza politica europea.

D'altra parte, il ricorso all'*evidence-based policy making* costituisce una metodologia di elaborazione e di analisi delle politiche pubbliche e del diritto assai più accettabile (di quella fondata sulla teoria della *public choice*) proprio in riferimento al contesto europeo: in un contesto in cui, storicamente, i partiti politici organizzati sulla base di programmi fortemente ideologizzati hanno costituito, per molti decenni, il principale veicolo di costruzione delle politiche pubbliche e, quel che più conta dal punto di vista che preme sottolineare, del consenso elettorale intorno a tali politiche.

Di nuovo semplificando molto, si può dire che l'*evidence-based policy making* postula il superamento di una costruzione delle politiche pubbliche fondato esclusivamente sulle opzioni ideologiche o sulle pressioni politiche contingenti, per privilegiare un approccio scientifico alle scelte di legislazione, di governo e di amministrazione, in grado di ricondurle ad una metodologia scientifica (le evidenze o prove, in italiano), fondandole su dati misurabili e – per quanto possibile – verificabili, sia nella fase di elaborazione, sia in fase di applicazione-attuazione, sia, e forse soprattutto, nella fase di costruzione del consenso sulle politiche stesse.

Questa considerazione pare decisiva: il prepotente ritorno al populismo tipico di questi ultimi anni di crisi dei partiti politici e dei loro programmi, che sta mutando il modo e le forme della politica e della costruzione del consenso elettorale nelle democrazie europee⁴, può trovare nell'*evidence-based approach* un efficacissimo antidoto: ai mitici contratti con gli elettori di stile reaganiano o ai mirabolanti annunci di

⁴ Cfr., per tutti, N. Urbinati, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano, EGEA, 2014.

provvedimenti taumaturgici, annunciati tramite slogan comunicativamente forse efficaci, ma di problematico inveramento, si verrebbero infatti a sostituire forme di comunicazione politica e pubblica fondate sull'*evidence-based approach*. Si tratta, insomma, di un antidoto al dilagante populismo: se il metodo dell'*evidence-based policy making* funziona, si dovrebbero veder annunciati provvedimenti e politiche fondati (solo) su dati e letture dei dati verificabili, che indichino, oltre ai risultati auspicati, tempi e modi della loro realizzazione e criteri per misurare la (inizialmente solo supposta) bontà dei loro effetti; con il non secondario corollario della possibilità, a distanza del tempo richiesto, di vedere il proponente illustrare i risultati conseguiti sì da consentirne la verificabilità, e, in breve, il funzionamento del meccanismo della responsabilità. Utopia? Può darsi; è però facile immaginare come una ventata di razionalità, fondata sulla verificabilità empirica delle politiche pubbliche e legislative, che verrebbero confrontate sulla base non solo e non tanto di opzioni ideologiche o di pregiudizi individuali e collettivi, ma di evidenze o prove dotate di un minimo di scientificità, potrebbe utilmente trasformare una comunicazione politica ormai improntata ad un vuoto populismo di stampo plebiscitario (non proprio quello che volevano le costituzioni nate dalla Resistenza, come le chiamò Costantino Mortati).

Ad un'altra occasione, spero su questa Rivista, rinvierò l'analisi di vari casi e di ipotesi di lavoro che si fondano sull'*evidence-based policy making* e di cui il nostro ordinamento giuridico, contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, è tutt'altro che avaro. Ma perché un siffatto metodo si generalizzi, occorre lavorare molto, e forse occorre anche riflettere sull'impostazione dei nostri curricula didattici universitari, nell'ambito dei quali, per ragioni puramente ac-

cademiche, saperi e conoscenze quali la statistica, l'aziendalistica, l'economia, la stessa metodologia generale ed applicata, indispensabili per il buon funzionamento dell'*evicence-based policy making*, hanno poco o nessuno spazio. Ma questo è, per l'appunto, l'inizio di un altro e nuovo discorso.

Forum

Lorenzo Chieffi

Professore ordinario di diritto pubblico generale, Seconda Università degli Studi di Napoli; Direttore del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli

La risposta al quesito posto deve partire dalla necessaria distinzione tra fase conoscitiva e fase applicativa della ricerca nel campo biomedico.

Ad un'ampia estrinsecazione del ragionamento scientifico, insuscettibile di essere sottoposto ad alcuna limitazione (art. 33, 1° co. Cost.), a differenza di quanto esplicitamente (art. 21, 6° co. Cost.) o implicitamente disposto per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, dovrà invece fare da contrappunto la previsione di necessarie restrizioni all'impiego delle sue ricadute tecnologiche che fossero in grado di recare danno, in assenza delle dovute precauzioni, ai beni primari della persona umana che rinvengono esplicita protezione in altre disposizioni costituzionali.

L'individuazione degli spazi consentiti all'esercizio della libertà di ricerca, nelle sue concrete prassi operative, indurrebbe pertanto a valorizzare la funzione regolatoria del diritto.

La stessa programmaticità delle norme costituzionali, entro cui sono contenuti i valori personalistici (art. 13, 1° co.; art. 32, 1° co.), viene a favorire il carattere *necessario* della disciplina legislativa in grado di assicurare un "livello minimo di tutela" alla "pluralità di rilevanti interessi costituzionali" coinvolti dalla relazione terapeutica, anche al fine di consentirne un giusto bilanciamento (C. Cost. sent. 45/2005).

All'interno di un ordinamento giuridico, come il nostro, appartenente alla famiglia del *civil law*, la presenza della previa norma di legge avrebbe, poi, l'effetto di attenuare i possibili esiti discriminatori che potrebbero derivare da un intervento suppletivo del giudice chiamato a risolvere il caso di specie, attraverso la diretta applica-

zione delle disposizioni costituzionali. L'assenza di un obbligo di attenersi alla regola del precedente giurisprudenziale, tipica degli ordinamenti di *common law*, potrebbe infatti condurre il giudice adito ad assumere, pure in presenza di una identica questione, una soluzione distante da quella a cui era in precedenza pervenuto un diverso interprete.

Nonostante la comprensibilità delle motivazioni che conducono alcuni commentatori a ritenere più conveniente l'intervento del potere giudiziario, per una maggiore capacità di assecondare la peculiarità delle questioni trattate, rispetto alla ineluttabile staticità della disciplina legislativa, per sua natura generale ed astratta, è indubbia l'opportunità di un intervento delle Assemblee legislative in grado di assicurare la necessaria *certezza del diritto* e, conseguentemente, di evitare le oscillazioni cui potrebbe condurre la dinamicità del diritto giurisprudenziale.

Una accorta valorizzazione, rispetto ad una assai diffusa indifferenza, dei pareri espressi dall'organo di consulenza del Governo e del Parlamento (il Comitato Nazionale per la Bioetica, istituito nel 1990), per le questioni eticamente sensibili e scientificamente più controverse, potrebbe ridurre la radicalizzazione, cui sono sovente pervenute le forze politiche, causa di un eccessivo rigore, al limite del proibizionismo, della normativa giuridica prodotta (come nel caso della legge 40/2004). L'impiego di questo materiale consultivo dovrebbe, pure, rappresentare un significativo stimolo per indurre le Camere a porre finalmente rimedio all'inaccettabile vuoto normativo ancora persistente in alcuni settori della pratica medica, a cominciare dalla gestione della fase terminale dell'esistenza umana.

L'elaborazione della norma giuridica non potrebbe neppure trascurare gli apporti interpretativi (*up/botton*) che vengono oggi offerti dal

diritto internazionale e sovranazionale. La ricezione, come consentita dagli articoli 10, 11 e 117, 1° co. Cost., dei numerosi documenti prodotti, a salvaguardia dei diritti dei pazienti, dall'Unesco, Consiglio d'Europa e dalla stessa Unione Europea, potrà agevolare una significativa *circolazione* dei modelli giuridici (A. Pizzorosso), così da assicurare, in una prospettiva garantista, una uniforme tutela di questi soggetti deboli, al di là dei confini del singolo Stato. Le stesse suggestioni prodotte dal cd. diritto transnazionale potranno, nella medesima chiave collaborativa, favorire un'utile contaminazione tra differenti sistemi giuridici.

Per scongiurare la possibile pervasività della decisione assunta dalla maggioranza politica, assai distante dalla percezione che taluni posseggono sulla qualità e durata della propria esistenza, sarebbe poi opportuna una configurazione *sobria e facultizzante* (L. Elia) della suddetta disciplina legislativa, pure in grado di assecondare il carattere pluralistico e multiculturale che pervade le nostre società.

In assenza delle ragioni che potrebbero giustificare l'imposizione di un TSO, siffatta legge, pur rimettendo al medico la valutazione sulla terapia ritenuta più adatta, avrebbe perciò l'onere di riconoscere al paziente la decisione ultima di sottoporsi al trattamento terapeutico proposto, nell'esercizio dell'inderogabile diritto all'autodeterminazione, anche in una proiezione futura, e della stessa libertà di coscienza, in grado di orientare l'esistenza di ciascun individuo.

La *duttilità e mitezza* della legge, utile ad assecondare la dinamicità e specificità della conoscenza scientifica, darebbe poi spazio ad un suo successivo adattamento ad opera del *soft law*, cui certamente appartengono le linee guida, i protocolli sperimentali, di origine ministeriale, ovvero i codici deontologici, adottati in ambito sanitario.

L'intervento di Comitati etici ospedalieri, per la risoluzione di delicate questioni terapeutiche, o dello stesso giudice, in presenza di un insanabile conflitto insorto tra i protagonisti del rapporto di cura, rappresenterebbero gli ulteriori rimedi di chiusura cui potrebbero ricorrere i soggetti interessati, nel rispetto ovviamente della regolamentazione in precedenza introdotta dalla legge.

Laura Palazzani

Professoressa ordinaria di filosofia del diritto, Lumsa (Roma); Vicepresidente del Comitato Nazionale per la Bioetica

Emerge in modo sempre più evidente l'esigenza di una regolamentazione giuridica delle pratiche biomediche e sociosanitarie, conseguenti al progresso scientifico e tecnologico. Ai problemi ormai 'classici' della bioetica (inizio vita e fine vita), si affacciano sempre nuovi problemi (neuroscienze, biologia sintetica, potenziamento, biometria, nanotecnologie, telemedicina ecc.) che esigono una regolamentazione. Pochi sono i sostenitori in bioetica di uno "spazio libero dal diritto", che affida alla autodeterminazione individuale, alla autodisciplina del ricercatore o alla regolamentazione 'soft' dei codici deontologici l'orientamento delle scelte in tale ambito. Eppure si registra un ritardo di una risposta giuridica alla domanda bioetica sociale e, nell'ambito delle risposte giuridiche (legislative e giurisprudenziali, nei diversi sistemi giuridici di diversi Paesi), una considerevole eterogeneità. Diverse le ragioni che possono spiegare il ritardo del diritto. Da un lato l'accelerazione del progresso tecno-scientifico medico e biologico che, ponendo con ritmo pressante e veloce sempre nuovi problemi, contrasta inevitabilmente con la lentezza del diritto e la scarsa flessibilità delle procedure di produzione normativa. Anche l'interdisciplinarietà e la specializzazione della materia rallentano i tempi dell'elaborazione giuridica, richiedendo ai giuristi un continuo aggiornamento e confronto con esperti di discipline diverse. Un'ulteriore ragione della dilatazione dei tempi è rintracciabile nella prudenza a disciplinare problemi dai contorni non sempre precisi e definiti. Ma il ritardo del biodiritto è anche e soprattutto dovuto al pluralismo che caratterizza la società in cui viviamo: un pluralismo che è al tempo stesso

scientifico (diverse spesso sono le visioni anche all'interno della comunità scientifica), etico (con diverse e contrapposte visioni etiche), socio-culturale (nella differenza di contesti in cui emergono i valori). Un pluralismo che rallenta, ostacola e a volte impedisce la elaborazione di norme condivise. Il pluralismo si manifesta anche a livello biogiuridico: diversi sono i modelli che si confrontano, proponendo un diverso rapporto tra diritto e scienze della vita.

Il modello liberale-libertario ritiene che il biodiritto debba garantire in modo equivalente l'autonomia di ogni individuo, proteggendo le condizioni esteriori che consentano alla libertà di manifestarsi concretamente, abolendo gli impedimenti (o libertà negativa) e procurando i mezzi per la traduzione effettiva in comportamenti (o libertà positiva). In questo contesto si opta per una legislazione "leggera" o una bio-giurisprudenza flessibile in base alla mutevolezza delle circostanze concrete: solo nella misura in cui vi sia un fondato timore per eventuali rischi sulle conseguenze imprevedibili di determinate scelte che possano danneggiare altri, sono ammesse regole temporanee per finalità pragmatiche che limitino la libertà individuale, stabilite di volta in volta, utili a tamponare le emergenze sociali. Il modello utilitarista ritiene che la funzione del biodiritto debba essere quella di massimizzare gli interessi e le preferenze, derivanti dal calcolo piacere/dolore, del maggior numero di individui senzienti.

In contrapposizione al modello libertario ed utilitarista, si pone la prospettiva di chi afferma che la funzione del diritto non sia riducibile a tutela dell'autonomia e della qualità di vita, ritenendo che il diritto sia costitutivamente portatore dell'etica della giustizia. Non si tratta di un'etica esterna scelta tra le etiche nel contesto della pluralità che caratterizza il dibattito attuale (tale scelta determinerebbe inevitabilmente

l'imposizione e il privilegio di un'etica e la delegittimazione delle altre etiche), ma di un'etica interna al diritto, detta anche etica "minima" in quanto ritenuta condivisibile da parte di tutti sul piano della mera razionalità pratica, indipendentemente dalla posizione teoretica, etica o religiosa assunta a livello "massimo". Il biodiritto di fronte alle scienze della vita deve – secondo questa prospettiva – "dare a ciascuno il suo", riconoscendo ad ogni uomo ciò che gli 'spetta', sulla base dell'uguaglianza e pari dignità. La dignità è considerata una condizione ontologica, senza sfumature o gradazioni: ogni uomo ha una dignità da quando inizia ad esistere fino a quando muore. L'uomo è sempre un 'fine' e mai un semplice 'mezzo'; ogni uomo – anche se non ancora o non più in grado di essere autonomo o vive in condizioni di scarsa qualità di vita – deve essere trattato in modo 'giusto', rispettando il criterio di uguaglianza veicolato dai diritti umani fondamentali.

Il biodiritto – a causa del pluralismo nelle sue diverse forme – ha di fronte a sé un percorso complesso e difficile, sul piano internazionale e nazionale. Ma il suo è un compito indispensabile per una costruzione giuridica che sappia guardare lontano, orientando i percorsi delle tecno-scienze della vita nella ricerca faticosa di una mediazione tra i contrapposti valori.

Alessandra Pioggia

*Professoressa ordinaria di diritto amministrativo,
Università degli Studi di Perugia*

I modi in cui si può tentare di dare risposta ad una domanda del genere sono diversi. Qui non ci si soffermerà sulla relazione fra “il diritto” e “la scienza”, ma si proveranno ad indicare le principali intersezioni fra le scelte che un diritto, quello attuale, fa qui e ora e alcune scienze, in particolare quelle che hanno ad oggetto la vita delle persone, dal suo inizio fino alla sua cessazione.

Una prima questione è come un sistema giuridico nel suo farsi recepisca queste scienze, un problema che concerne innanzi tutto le scelte organizzative relative a quali organismi consultare e a quali caratteristiche di indipendenza, qualificazione, composizione questi debbano avere. C'è poi la questione del se ed entro quali limiti il diritto debba far propria, e quindi trasformare in prescrizione, una descrizione scientifica. Quando una definizione elaborata dalla scienza è adottata in sede normativa, infatti, essa stessa acquista il carattere di norma, diventando una “definizione prescrittiva” e isolandosi dal dibattito scientifico, che potrebbe continuare ad evolvere producendo descrizioni diverse. Da ciò discende l'opportunità di un approccio, per così dire, prudente da parte del legislatore e pronto a recepire le modificazioni che si verificano nell'ambito delle scienze della vita. Si pensi, soltanto per fare un esempio, alla definizione scientifica di morte, a come questa si sia trasformata e a come ciò abbia suggerito al diritto di modificare le sue regole.

Quanto appena considerato non esclude comunque che esistano nozioni, qualificazioni, definizioni che, pur riguardando oggetti di interesse insieme scientifico e giuridico, possano restare in parte separate ed evolvere secondo logi-

che diverse. È il caso, ad esempio, della nozione di salute che, una volta entrata nel diritto, ha mantenuto la sua dimensione scientifico-medica, ma si è arricchita di significati ulteriori, collegati ad una percezione più ampia di benessere e saldati alla dimensione individuale della persona che della salute e del relativo diritto è portatrice.

Un'altra serie di questioni riguarda invece un piano diverso da quello appena visto e si appunta non tanto sul modo in cui il diritto affronta temi scientifici, ma sul modo in cui il diritto affronta e regola direttamente la scienza. Anche qui occorre distinguere fra due ampie categorie di questioni: quelle relative alla scienza come ricerca e quelle relative alle applicazioni della scienza.

La regolazione della ricerca scientifica pone il problema del rapporto con la libertà degli scienziati, la cui limitazione da parte del diritto può avvenire unicamente attraverso l'imposizione di divieti, non sopportando invece la ricerca obblighi di fare, in presenza dei quali, del resto, non potrebbe più nemmeno parlarsi di ricerca scientifica. Anche i divieti tuttavia debbono essere necessariamente limitati alle esigenze di protezione di beni che il diritto considera fondamentali, ed essere contenuti nell'ambito della necessità e proporzionalità. Il nostro ordinamento prevede diversi limiti che incidono sulle modalità di ricerca, come quelli relativi alla sperimentazione sugli animali, alla necessità del consenso informato delle persone coinvolte in attività di sperimentazione o al divieto di creare embrioni umani al solo scopo di impiegarli nella ricerca.

Anche il modo in cui il diritto regola le scienze della vita sotto il profilo dell'applicazione dei prodotti e delle tecniche da esse elaborate può incidere sulla ricerca. Ad esempio, l'impossibilità di brevettare alcune applicazioni può di-

sincentivare la ricerca dal concentrarsi su di esse, oppure il divieto di applicare alcuni prodotti scientifici può rallentare la ricerca in determinati campi, visto che questa si alimenta anche dei dati emersi dall'uso pratico di quanto ha prodotto.

Ma la questione sicuramente più rilevante a proposito dell'applicazione dei prodotti delle scienze della vita riguarda i limiti che il diritto pone al loro impiego sul corpo delle persone. Questo è il campo in cui ovviamente il diritto entra con maggiore peso dal momento che interseca una delle essenziali finalità dei sistemi giuridici che è, per l'appunto, la protezione degli individui.

Quando ci si trova di fronte a tecniche, strumenti, farmaci che sono già stati prodotti e sperimentati e che le persone sono interessate a veder impiegati su se stesse il diritto sceglie se rendere tutto ciò possibile, se renderlo obbligatorio o se limitarne o vietarne l'uso a tutti o ad alcuni. A determinare questo tipo di scelte ci sono molti elementi diversi. I principali però sono due: l'idea di persona sulla quale si fonda il diritto e la percezione del limite di questo di fronte alla scienza. Molto semplificando, si può dire che quanto più l'autodeterminazione dell'individuo è per il diritto un elemento fondativo dell'idea di persona su cui si basa il sistema giuridico, tanto meno esisteranno limiti all'impiego delle applicazioni scientifiche esistenti, e tanto più limitati saranno gli obblighi nel loro uso. Un esempio a questo proposito è quello del vincolo insuperabile del rispetto della persona umana che il nostro ordinamento pone ad una legge che volesse imporre trattamenti sanitari. Con riferimento, invece, al limite che il diritto si pone di fronte alla scienza, sempre semplificando, può dirsi che tanto meno la scelta normativa riterrà di potersi sostituire a quella scientifica, quanto più le decisioni in ordine

all'applicazione della scienza e alle sue modalità saranno lasciate agli scienziati e al rapporto che questi instaurano con le persone interessate ad avvalersene. Qui, per concludere, può valere l'esempio dell'illegittimità con cui la nostra Corte costituzionale ha ritenuto di dover sanzionare le norme con le quali la disciplina sulla procreazione medicalmente assistita sottraeva ai medici per affidarla alla legge la decisione inerente al numero di embrioni da creare.

2. Quali sono i più significativi mutamenti dell'ultimo decennio nel rapporto tra diritto e scienze della vita?

Paolo Benciolini

Professore ordinario di Medicina Legale, Università degli Studi di Padova

Intendo analizzare brevemente l'evoluzione del rapporto tra diritto e scienze della vita (in questa riflessione circoscritte alle scienze sanitarie), meglio tra operatori nei due diversi ambiti, secondo una duplice prospettiva, che corrisponde alla mia personale esperienza.

In primo luogo come medico legale. Richiamo, in proposito, la distinzione (Cazzaniga) tra medicina legale forense e medicina legale giuridica. Nell'ottica dell'esperienza peritale (forense) il rapporto appare per lo più immutato, con il persistere di una relazione ambigua che si concretizza nella scarsa comprensione reciproca, a volte con una delega totale del giurista al medico legale a risolvere questioni che sarebbero di sua competenza, a volte con la pretesa del primo di basarsi su personali conoscenze di ordine medico-biologico.

Diversa è la situazione che è andata sviluppandosi in questi anni sul piano del confronto dottrinale, grazie soprattutto al rilevante incremento della casistica, e al conseguente sviluppo dell'attenzione speculativa, relativa alla responsabilità professionale in ambito sanitario. I contributi, da ambo le parti, sui temi della causalità e della condotta registrano un positivo e crescente confronto che consente oggi ai giuristi di conoscere meglio la complessità delle diverse realtà biologiche sulle quali sono chiamati ad esprimere il loro giudizio, mentre ai cultori delle scienze sanitarie (e, in modo particolare, dato il loro ruolo specifico, ai medici legali) si sono aperti spazi di collaborazione che vanno oltre il tradizionale compito di "tecnici", richiedendo la

formazione di una cultura giuridica che, pur mantenendo le rispettive competenze, consenta un linguaggio reciprocamente comprensibile e un dialogo costruttivo.

Ma assai più significativi appaiono, a chi scrive, i "mutamenti" che gli stimoli provenienti dalla Bioetica hanno provocato e stanno provocando nel rapporto tra giuristi e professionisti sanitari. Anche in questa prospettiva potrebbe essere il caso di distinguere tra il piano dottrinale e quello esperienziale. Tuttavia, almeno su alcuni peculiari temi stiamo assistendo, in questi anni, ad un confronto che ha consentito ai giuristi (portati alla elaborazione di apporti prevalentemente teorici) di venire a diretto contatto con le concrete situazioni nelle quali operano quotidianamente i medici. Emblematici sono i temi connessi all'attività dei reparti di terapia intensiva e di grande rilievo sono i documenti elaborati con il contributo delle diverse competenze (tra tutti il recente documento della SIAARTI "Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive o cure palliative?", definito espressamente "documento condiviso"). Le iniziative di ulteriore approfondimento promosse da giuristi o da medici sono risultate, a loro volta, caratterizzate dall'esigenza di una integrazione delle rispettive competenze, tanto da portare alla costituzione di gruppi di lavoro comuni (esemplare per l'esperienza di integrazione è il gruppo che fa capo a Paolo Zatti).

Passando alle esperienze operative in ambito bioetico, una attenzione del tutto speciale deve essere qui dedicata al lavoro dei comitati etici¹, a parere di chi scrive forse ancor più dimostrativo di un "mutamento" nella relazione e nella considerazione reciproca tra operatori sanitari e

¹ Intendo qui riferirmi specificamente ai "comitati etici per la pratica clinica" la cui rete, in ogni azienda sanitaria e ospedaliera, è stata istituita dalla Regione Veneto giusto dieci anni fa (2004).

giuristi. Si tratta di realtà spesso ignorate perché non affiorano a livello di pubblicazioni e nemmeno di incontri congressuali, ma che stanno profondamente modificando – dove presenti – lo “stile” dell’approccio ai problemi etici che caratterizzano la pratica clinica. Si può tranquillamente osservare che nessuno di coloro che accedono ad un comitato etico, pur sulla base di una specifica qualifica professionale e della personale formazione culturale, può ritenersi in grado di affrontare adeguatamente e da solo gli interrogativi e le richieste che vengono indirizzate al comitato. Nella indispensabile esigenza di una formazione di équipe e di messa a punto di una metodologia di lavoro adeguata alle sue finalità, l’esperienza che si sviluppa nel tempo porta necessariamente ad un confronto continuo tra medici (e gli altri professionisti sanitari) e gli altri membri del comitato. Così anche la relazione con il giurista non si focalizza in una dialettica sugli aspetti di sua esclusiva competenza, ma si inquadra nella comune ricerca, assieme a tutti gli altri componenti, di una soluzione (meglio, di una proposta di soluzione) che abbia come primo obiettivo il riferimento a valori etici condivisi, nel rispetto della dignità e della capacità di autodeterminazione della persona ammalata.

Patrizia Borsellino

Professoressa ordinaria di filosofia del diritto e Direttore del Master in bioetica e biodiritto per la pratica clinica, Università di Milano Bicocca

Nell'ultimo decennio il diritto si è occupato ripetutamente delle scienze della vita e delle situazioni problematiche direttamente o indirettamente collegate al loro sviluppo. Lo ha fatto in taluni casi con provvedimenti legislativi, e in misura quantitativamente più consistente con pronunce giudiziarie. Un intervento significativo, quindi, e realizzato con diversi strumenti normativi, in presenza del quale non è apparsa più controversa, a differenza di quanto avveniva nel dibattito teorico negli anni precedenti, la chiamata in causa del diritto in relazione a questo ambito tematico. Né, d'altra parte, ha trovato conferma, sul piano dei fatti, la tesi di una spettanza, in via privilegiata, o addirittura esclusiva, di questa materia o al legislatore o ai giudici. Andando oltre questi primi rilievi, ritengo che per valutare in che modo il diritto è intervenuto a disciplinare l'ambito degli interventi sulla vita, con cui è entrato in un rapporto ormai sottratto a ogni dubbio, sia necessario portare l'attenzione sulle scelte di fondo e sull'impianto valoriale che hanno improntato provvedimenti legislativi e decisioni giudiziarie. Ad uno sguardo d'insieme non può sfuggire che, dal 2004 a oggi, sono stati compiuti passi significativi nella direzione di un diritto che valorizza l'impatto che ciò che viene fatto sul corpo ha sulla personalità e sul piano di vita di un individuo. Un diritto che si preoccupa di garantire che i soggetti, i quali, con e attraverso il loro corpo, hanno in gioco la loro salute e la loro vita, non cessino mai, e a maggior ragione nelle situazioni di accentuata fragilità, di essere considerati "persone". Nella linea di un diritto così configurato si collocano importanti decisioni giudiziarie, ma anche provvedimenti legislativi. Tra le prime, ad esempio,

la sentenza della Cassazione n. 21748/2007, che ha segnato il punto di approdo della lunga e travagliata vicenda giudiziaria nel caso di Eluana Englaro, oppure la sentenza 438/ 2008, con cui la Corte Costituzionale ha qualificato il consenso informato, inteso quale «espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», come vero e proprio diritto della persona, anzi, sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello all'auto-determinazione e quello alla salute, peraltro in continuità con la precedente giurisprudenza della stessa Corte (Sentenze 471/1990 e 238/1996), che aveva collegato all'inviolabilità della libertà personale l'inammissibilità di interventi sul corpo, in assenza di consenso. Tra i provvedimenti legislativi, la legge n. 6 del 9 gennaio 2004, che ha introdotto nel codice civile l'istituto dell'amministrazione di sostegno e modificato la disciplina delle altre "misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia", e la l. n. 38/2010 che ha dettato "Disposizione per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore". Si tratta di sentenze e interventi legislativi che si collocano nell'ideale perimetro delineato da principi e diritti sanciti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 13, 32), o in documenti normativi sovranazionali entrati a far parte del nostro ordinamento ai massimi livelli, quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha acquisito il valore giuridico dei Trattati dell'Unione europea dopo che il Trattato di Lisbona, entrato in vigore l'1 dicembre 2009, ha elevato i diritti in essa sanciti al rango di principi generali del diritto comunitario. Si sbaglierebbe, tuttavia, a considerare come una strada percorsa, nell'ultimo decennio, senza deviazioni quella di un diritto che, nel rapportarsi agli scenari direttamente o indirettamente configurati dalle scienze della vita, si è pienamente inserito

nell'orizzonte valoriale desumibile, prima di tutto, dalla Costituzione, nella prospettiva della libera costruzione della personalità e del rispetto delle scelte morali individuali. Non sono mancati, in decisa controtendenza, esempi di interventi normativi presentati come idonei a soddisfare "esigenze obiettive di giustizia", ma, in realtà, contrassegnati dall'intento di controllare il più possibile l'estensione degli ambiti di libertà degli individui, condizionandone i piani di vita rispetto a scelte personali e determinanti. È il caso della legge 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita e del Disegno di legge in materia di "alleanza terapeutica, consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento", di cui si può, a ragion veduta, parlare come di un provvedimento non "a favore", bensì "contro" la valorizzazione della volontà, sia in forma attuale, sia in forma anticipata, del destinatario delle cure. È vero che il secondo non si è, al momento, tradotto in legge e la prima è stata già incisivamente erosa nelle disposizioni maggiormente contrastanti con la Costituzione, ma il riaffacciarsi di interventi del diritto con tali caratteristiche non consente di considerare definitivamente vinta la battaglia per una regolazione giuridica del mondo della vita pienamente conforme ai principi di una società e di uno Stato laicamente connotati.

Gilda Ferrando

Professoressa ordinaria di diritto privato, Università degli Studi di Genova

Se devo dare una risposta a caldo, direi che, più che i mutamenti, mi ha colpito la immutabilità di tale rapporto, la sua costante “difficoltà”, specie se si considera il formante legislativo del diritto. Prendiamo la legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Dieci anni fa il Parlamento ha approvato una legge ideologica, lesiva dei diritti della persona. La legge non ha retto al vaglio della giurisprudenza che ne ha rilevato i molti profili di contrasto con i principi costituzionali. I giudici di merito (Trib. Cagliari 24.9.2007; Trib. Cagliari 9.11.2012), ne hanno dato una interpretazione costituzionalmente orientata ammettendo, a certe condizioni, le diagnosi preimpianto a favore delle coppie sterili portatrici di malattie genetiche. La Corte costituzionale (n. 151/2009) ha dichiarato illegittimo il divieto assoluto di congelamento di embrioni, il divieto di realizzare più di tre embrioni e l’obbligo di impiantarli tutti. Con sentenza in corso di pubblicazione ha inoltre dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione c.d. “eterologa”. La Corte europea dei diritti dell’Uomo (Costa e Pavan c. Italia, 28.08.2012) ha condannato l’Italia, per violazione dell’art. 8 CEDU, in quanto la legge 40 non consente alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche di accedere alla PMA ed alle diagnosi preimpianto. Siamo in attesa che la Corte costituzionale si pronunci sul divieto di destinare alla ricerca gli embrioni non impiantabili, sul divieto di diagnosi preimpianto in coppie fertili portatrici di malattie genetiche.

Di fronte alle sentenze della Corte costituzionale e della Corte Europea, il legislatore che cosa ha fatto? Nulla, se si esclude l’infruttuoso ricorso del Governo italiano alla Grande Camera. È

rimasto indifferente rispetto ai costi umani ed economici che la legge ha provocato. La legge n. 40 ha costretto tante coppie a migrare verso altri Paesi europei, dove le tecniche sono disponibili, ma non sempre con le garanzie necessarie per la salute e i diritti delle persone. Nello stesso tempo ha determinato la perdita di competenze da parte dei centri italiani costretti ad interrompere pratiche mediche (dalla crioconservazione di embrioni alle diagnosi preimpianto) per effettuare le quali avevano acquisito attrezzature e personale qualificato.

Che dire, poi, delle questioni relative al “fine vita”? Per fortuna il deplorato progetto di legge Calabrò, è decaduto con la fine della scorsa legislatura. Resta il fatto che in Italia manca una legge sul consenso informato, sui diritti del paziente e la responsabilità del medico, una legge che potrebbe venire incontro alla richiesta che da tante parti si leva di poter “morire con dignità”. Il rischio è quello di una legge che restringa diritti e libertà oggi riconosciute dai principi e dalla regole applicate dalla giurisprudenza. La Corte costituzionale (da ultimo, n. 438/2008), la Corte di Cassazione (a partire dal caso Englaro: Cass. n. 21748/2007, Cass. S.U, n. 27145/2008), i giudici di merito (a partire dal caso Welby: Trib. Roma 16.12.2006) hanno fissato alcuni principi e diritti fondamentali: l’intangibilità del corpo, il consenso informato, il diritto di rifiutare le cure, il valore delle volontà precedentemente espresse. È questa costruzione giurisprudenziale dei diritti il vero, più significativo mutamento che in questi anni si registra nei rapporti tra diritto e scienze della vita. Di fronte al pronunciamento delle Supreme magistrature, altri legislatori, come quello tedesco, hanno approvato leggi che in modo coerente si inseriscono nel solco segnato dalla sentenze. Il nostro, invece, ha sollevato conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, ricevendone una

netta pronuncia di inammissibilità (n. 338/2008). L'inadeguatezza del legislatore di fronte ai problemi sollevati dal progredire delle scienze della vita si conferma in un'altra vicenda: quella relativa al caso Stamina. Senza entrare nei dettagli di un caso complesso, quello che stupisce è il modo maldestro in cui il legislatore si è mosso. Incurante di quanto la Corte costituzionale ha ripetuto più volte – e cioè del fatto che non è il legislatore a poter stabilire quale sia il trattamento appropriato, quali siano le terapie ammesse, ed a quali condizioni (n. 282/2002, n. 338/2003, n. 151/2009) – ha autorizzato la prosecuzione dei trattamenti già “avviati” (art. 2, c. 2, d.l. 25.3.2012, n.24), nel contempo escludendo l'ammissione di nuovi pazienti ed aprendo una procedura di sperimentazione.

Tutto questo nonostante le contrarie opinioni espresse dagli scienziati più autorevoli, dalle riviste scientifiche internazionalmente più qualificate. Dal punto di vista giuridico, la matassa, anziché sciogliersi, si è ancor più ingarbugliata e, quel che maggiormente dovrebbe far riflettere, ne sono usciti sconfitti i diritti delle persone, di quelle più vulnerabili, che dovrebbero ricevere, se vi sono, cure appropriate, scientificamente fondate e sperimentate.

Come concludere? In questi 10 anni i mutamenti che ci sono stati nei rapporti tra diritto e scienze della vita si devono alla giurisprudenza, non certo al legislatore. Le cose potranno cambiare nei prossimi 10 anni? Speriamo, ma al momento non abbiamo segnali confortanti.

Carlo Flamigni

Medico Chirurgo Libero Docente in Clinica Ostetrica e Ginecologica; membro del Comitato Nazionale di Bioetica

A mio modestissimo avviso la sollecitazione più importante e più utile per lo sviluppo del biodiritto in Europa è arrivata, molto sommessamente, dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Vorrei raccontare, il più brevemente possibile, questa interessante storia.

Sappiamo tutti come su alcune leggi particolarmente ideologiche, come la legge 40 del 2004, quella che regola la cosiddetta procreazione medicalmente assistita, la Magistratura abbia cercato di intervenire in molti modi, e come lo abbia fatto spesso con successo. Questa è la storia, non ancora conclusa, di come ha cercato di eliminare la parte della legge che contiene il divieto delle donazioni di gameti, impropriamente chiamate "fecondazione eterologa".

Il primo segnale è arrivato dal tribunale di Firenze (settembre del 2010), con una serie di contestazioni ritenute sufficienti dai magistrati per proporre un quesito di incostituzionalità; quesiti analoghi se ne sono aggiunti in breve tempo altri due, che sono arrivati dal tribunale di Catania (ottobre 2010) e dal Tribunale di Milano (febbraio 2011).

I tre Tribunali basavano fondamentalmente i loro dubbi sia sull'esistenza di una violazione della Carta Costituzionale che riconosce il diritto alla cura e il principio di uguaglianza (oltre che il diritto di avere una famiglia), sia su una sentenza della CEDU (1° aprile 2010) che condannava l'Austria per un formale divieto delle donazioni di gameti (un divieto oltretutto parziale) previsto dalla legge sulle procreazioni medicalmente assistite vigente in quel Paese. La legislazione austriaca, in effetti, autorizza unicamente le donazioni che possono essere eseguite mediante tecniche di inseminazione (quelle, per inten-

derci, di seme maschile) escludendo pertanto quelle che richiedono tecniche più complesse e tutte le donazioni di oociti.

In una prima sentenza, adottata il 1° aprile del 2010, una Camera della Prima Sezione della CEDU aveva affermato che il dispositivo della legge austriaca violava l'articolo 14 della CEDU stessa, in combinato disposto con l'articolo 8. La sentenza criticava poi in modo molto severo le motivazioni addotte dall'Austria per motivare le proprie scelte in materia di ovodonazione.

La sentenza trovò, come era naturale, opposizione e fu sottoposta al giudizio della Grande Chambre per una revisione, il che risultò in un ribaltamento della pronuncia della prima sentenza. Nel giudizio definitivo, il Collegio ricordava anzitutto che la normativa europea non si schiera su questi temi e lascia agli stati membri un ampio margine di discrezionalità. Inoltre, l'ingerenza della legge nelle libere scelte delle coppie appariva giustificata, sempre secondo la Grande Chambre, anche in una società democratica, in quanto perseguiva lo scopo legittimo di proteggere la salute, la morale, i diritti e la libertà di tutti i cittadini. Nella sentenza, questo maggior margine di ingerenza si poteva considerare lecito a causa della mancanza di un consenso tra gli Stati del Consiglio d'Europa a proposito dell'importanza relativa degli interessi in gioco o del mezzo migliore per salvaguardarli. D'altra parte – sto sempre citando la sentenza – un anno prima che la Corte costituzionale austriaca si pronunciasse sul caso dei ricorrenti, la donazione di oociti era vietata in otto paesi europei, un numero ancora immutato nel 2011, al momento della decisione della Grande Chambre. In definitiva il parere della Corte era che il margine di discrezionalità del quale doveva disporre ogni singolo paese doveva essere ampio, ferma restando la necessità di un armonioso equilibrio tra gli interessi dello Stato e

quelli dei cittadini e in particolare di quei cittadini che sono particolarmente toccati dalle scelte che lo Stato decide di compiere. La sentenza si conclude con una affermazione che molti commentatori hanno ritenuto un po' qualunque, ma che in realtà ha un contenuto fortemente innovatore: in materia di PMA il diritto è in costante evoluzione (ma il riferimento è chiaramente fatto a tutte le innovazioni che conseguono al progresso della scienza) – anche perché la ricerca scientifica in questo campo è in rapido sviluppo – e ciò richiede una attenzione permanente da parte degli Stati contraenti. Queste conclusioni rappresentano un chiaro invito ai Governi a considerare in modo sistematico le modificazioni della morale di senso comune relativamente ai temi della vita riproduttiva, per potere adeguare le normative vigenti a questi mutamenti, considerati molto probabili e costanti, oltre che in chiaro rapporto con i progressi delle scienze mediche e con l'efficacia della divulgazione operata in questi settori. Solo per confermare la rapidità con la quale si modificano morale e normative in questo campo, ricordo che nel gennaio del 2014 la Corte Costituzionale austriaca ha giudicato illegittima la proibizione della ovodonazione, dando in effetti ragione alle decisioni prese dalla sezione della CEDU, quelle successivamente contraddette dalla Grande Chambre.

Le reazioni a questa decisione sono state immediate. Il Tribunale di Milano ha considerato la sentenza della Grande Chambre come un giudizio che ha tenuto conto della situazione esistente nel 1999 (un giudizio definito come "ora per allora"), ma ha tenuto conto dell'affermazione che sia il legislatore che l'interprete dovrebbero condurre un esame permanente della disciplina per poterla continuamente rileggere sulla falsariga del progresso della scienza e dell'evoluzione della coscienza sociale; una let-

tura intesa a valutare l'esistenza di un consenso crescente nei confronti delle moderne tecniche di cura della sterilità di coppia. Le norme approvate in tema di procreazione medicalmente assistita dovrebbero essere quindi costantemente modificate sulla base dei mutamenti delle conoscenze scientifiche e del consenso sociale che le riguarda e che appare in costante evoluzione, per evitare un "difetto di proporzionalità dell'ingerenza dello stato nel diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 8 della CEDU e l'impossibilità di invocare il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri della stessa convenzione": è evidente che tutto ciò rappresenta un preciso invito ad approvare, su questi temi, soltanto leggi "a tempo".

La sentenza della Grande Chambre non avrebbe affrontato l'argomento se tra il 1999 e il 2011 il legislatore austriaco avesse tenuto conto del "dovere di evoluzione" della propria legislazione (dovere che, come abbiamo detto, è stato rispettato solo nel 2014). Il tribunale di Milano ha perciò ritenuto di dover riproporre le ragioni di censura già presentate nella sua precedente ordinanza di remissione in quanto non le ha considerate contrastate dalla pronuncia della Grande Chambre. Ha ritenuto di conseguenza che le norme oggetto di censura violerebbero l'articolo 117 1° comma della Costituzione italiana in riferimento all'articolo 8 della CEDU nonché gli articoli 2, 3, 29, 31 e 32 primo e secondo comma della Costituzione italiana. In linea con queste premesse il Magistrato ha operato un costante riferimento alla sentenza della CEDU intesa nella prospettiva della necessità che il legislatore tenga conto delle evoluzioni del sentire sociale, oltre che dei progressi delle conoscenze scientifiche. In questo senso le norme oggetto di censura potrebbero offendere e limitare il diritto alla vita privata familiare, in-

teso come diritto alla autodeterminazione della coppia che desideri procreare e che per farlo sia costretta a ricorrere a una di queste tecniche. Il documento fa anche cenno alla *“ingiustificata disparità di trattamento, quanto alla possibilità di procreare, tra coppie in grado di produrre gameti e coppie nelle quali almeno uno dei due componenti è incapace di produrli”*.

Sto scrivendo queste note agli inizi di febbraio, e tutti sappiamo che nel mese di aprile uscirà la sentenza della Corte Costituzionale che farà chiarezza sulla legittimità del divieto contenuto, a proposito delle donazioni di gameti, nella legge 40. Non sono un esperto, ma credo che la Consulta non potrà evitare di considerare l’invito della CEDU, e che nemmeno chi legifereerà in futuro su questi temi potrà far finta di niente.

Carlo Alberto Redi

Professore di Zoologia e Biologia dello Sviluppo, Università di Pavia; Managing Editor European Journal Histochemistry; Accademico dei Lincei

La Biologia, le scienze della vita, in quest'ultimo decennio è cambiata sostanzialmente: da scienza storica, descrittiva del vivente è divenuta una scienza "dura", scienza della sintesi del vivente; in altre parole è passata dalla descrizione alla sintesi del vivente. Questo fatto ha complicato ancor di più il dialogo tra scienza e diritto, dialogo già non facile nelle decadi precedenti. Questo dialogo non si basa infatti, semplicemente, su di una questione di trasferimento di conoscenze scientifiche ai giudici o, viceversa, di informazione giuridica agli scienziati. La cosa più difficile, ma anche più affascinante, di questo dialogo è riuscire a comprendere come in questa interazione siano coinvolte le strutture concettuali di base che ciascuno di noi utilizza, in ambito giuridico o in ambito scientifico. Ciò significa che chi partecipa a questo dialogo deve avere una certa disponibilità a mettersi in discussione e a rinunciare alle scorciatoie mentali che quotidianamente utilizza nel proprio ambiente. Una simile attitudine è anche garanzia di livello professionale ed è oggi richiesta dalla sempre maggiore complessità delle conoscenze e delle possibili applicazioni della Biologia Sintetica. Ebbene ciò che più mi ha colpito in questi ultimi dieci anni è stata la positiva capacità dei professionisti del mondo del diritto di interrogarsi e modificare (o almeno intraprendere un cammino in tale direzione) i concetti sostanziali, il linguaggio, il metodo da loro impiegato sia nelle procedure di elaborazione concettuale sia nelle attività pratiche dei giudici quando affrontano casi concreti e debbono prendere decisioni in ambito giudiziario. Questa buona attitudine di apertura ha prodotto anche un nuovo panorama giudiziario sulle scienze della vita (o, al vo-

ler stare con i piedi per terra e non essere troppo entusiasti, sta producendo un nuovo panorama) in cui ciascun diritto giurisprudenziale prodotto a livello nazionale ben si incardina in un approccio più ampio, e per certi aspetti universale, del mondo giuridico presentandosi essenzialmente come un diritto transnazionale. E per la prima volta l'insieme delle Corti dei diversi Stati può essere visto come una comunità che, sia pure a livello embrionale, è sufficientemente universale da potersi confrontare con la comunità scientifica internazionale.

Stefano Semplici

Presidente del Comitato Internazionale di Bioetica dell'UNESCO

Le questioni sollevate in ambito bioetico dallo sviluppo tumultuoso delle scienze della vita sfidano il diritto da almeno tre punti di vista.

Il capitolo più ampio e più conflittuale è senz'altro quello relativo all'applicazione, in orizzonti semplicemente impensabili fino a pochi decenni fa, dei principi che riguardano materie come il rispetto della vita, la disponibilità del proprio corpo, il diritto a ricevere trattamenti sanitari adeguati ed eventualmente a rifiutarli, la struttura delle relazioni familiari. Il silenzio del diritto è semplicemente impossibile, perché si tratta di principi e materie di rango costituzionale. E proprio l'articolo 32 della Costituzione italiana, con la sua definizione della tutela della salute come bene che è insieme fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, fissa le coordinate ineludibili di una riflessione che ha necessariamente il carattere di un *work in progress*. Il principio di autonomia, dopo aver scalzato l'antico paradigma paternalistico della medicina, si va affermando come il vero e proprio *benchmark* normativo della bioetica e del biodiritto, almeno nei paesi occidentali. L'interesse della collettività, viceversa, viene spesso guardato come il potenziale cavallo di Troia dell'autoritarismo, dell'imposizione a tutti dei valori di una parte. Il limite *del* diritto, in questa prospettiva, viene tendenzialmente inteso nel significato oggettivo del genitivo, a tutela della possibilità dell'individuo di attingere senza interferenze al deposito sempre più fornito degli strumenti della tecnica in modo coerente con i *suoi* progetti di vita. Questa tendenza alla priorità dei diritti-libertà piuttosto che dei diritti-dignità, più immediatamente esposti agli effetti erosivi del

pluralismo sulla definizione condivisa dell'umano *indisponibile*, non può tuttavia evitare di misurarsi con almeno due vettori di bilanciamento. Da una parte c'è la questione delle *esternalità* delle proprie decisioni, cioè del loro impatto sulla vita e la libertà degli altri, che si tratti dell'ingegneria genetica chiamata in causa da Habermas per tracciare i limiti dell'eugenetica liberale piuttosto che dell'impatto delle valutazioni su ciò che renderebbe una vita indegna di essere vissuta. Dall'altra ci sono ineludibili questioni di *giustizia*, che riguardano prima di tutto la tutela dei soggetti e dei gruppi particolarmente vulnerabili e rispetto alle quali il rispetto formale del principio di autonomia può facilmente nascondere il disagio della solitudine e altre fragilità, a partire dalla povertà. Si pensi ai rischi di una applicazione frettolosa del principio del consenso informato, ma anche alle pieghe oscure di proposte come quella della legalizzazione del commercio di organi o di pratiche come la maternità surrogata.

Sono sempre le questioni di giustizia – e vengo al secondo punto – a rendere necessari nuovi strumenti giuridici per regolare gli "incroci" pericolosi fra progresso scientifico e logica di mercato. La decisione con la quale, nel giugno del 2013, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha respinto l'ipotesi della brevettabilità di geni umani isolati, discutendo il caso delle mutazioni dei geni BRCA1 e BRCA2, rappresenta un episodio esemplare. La sentenza sembra in effetti l'applicazione letterale di quanto previsto dall'articolo 4 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani* del 1997: «Il genoma umano, nel suo stato naturale, non può dar luogo a profitto». Nel suo stato *naturale*, appunto. La sentenza della Corte non esclude né la possibilità di brevettare *metodi* alternativi per la manipolazione dei geni né quella di bre-

vettare *nuove applicazioni* della conoscenza relativa ad essi. Il metodo e le applicazioni delle scienze della vita continueranno ad impegnare il biodiritto non meno della bioetica.

Di un vero e proprio cambiamento di prospettiva si può parlare, infine, per quanto riguarda la protezione dell'ambiente e le responsabilità degli uomini nei confronti delle altre specie viventi. Si pensi soltanto ad un provvedimento come la Direttiva dell'Unione Europea del 2010 sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, che ha introdotto criteri particolarmente rigorosi, pur non escludendo che gli animali possano diventare un "mezzo" per scopi umani particolarmente significativi. In Italia, proprio il vivace dibattito che ha caratterizzato la procedura di recepimento della Direttiva ha dimostrato quanto sia profondamente mutata la sensibilità della stessa opinione pubblica su questi temi. Si può aggiungere l'esempio del nuovo Codice della Strada, che ha esteso almeno agli animali «d'affezione, da reddito o protetti» l'obbligo «di fermarsi e di porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso». L'azione del legislatore si è insomma decisamente ampliata. E anche in questo caso essa va considerata insieme causa ed effetto di dinamiche culturali e sociali di lungo periodo.

Paolo Zatti

Professore Emerito di diritto privato, Università degli Studi di Padova; coordinatore del gruppo di lavoro "Undirittogentile" sul diritto della medicina

Domanda davvero difficile!

Ho cercato di meditare su quanto ho avuto occasione di osservare negli ultimi dieci anni, anche utilizzando un osservatorio privilegiato come quello del cantiere del Trattato di Biodiritto; ma proprio le tante suggestioni che da questa esperienza ho ricevuto mi hanno fatto dubitare della mia capacità di motivare in poche pagine una risposta.

Mi sono quindi orientato ad ascoltare le mie preoccupazioni e speranze degli ultimi anni circa il difficile rapporto tra diritto e medicina. Anche qui non è facile indicare il "mutamento" che più mi ha colpito.

Con riferimento al diritto della nostra Italia, risponderai che mi ha colpito in senso negativo la perdita di certezza del diritto penale circa il ruolo del consenso al trattamento medico; come incisivamente dimostra Elisabetta Palermo, è impressionante leggere nelle motivazioni delle sentenze della Cassazione penale a valle del caso Volterrani, affermazioni che sono esattamente l'una la smentita dell'altra – nella stessa sentenza! – tali da consentire di argomentare a favore di tesi opposte; viene da chiedersi se per interpretare queste decisioni non convenga partire dal celebre paradosso del mentitore.

Una seconda impressione, anch'essa sconcertante, riguarda la tenacia con cui una parte dei medici preme perché il diritto risolva o piuttosto assorba nella costruzione della fattispecie il problema della decisione, sterilizzando il campo operativo dalla scelta morale: mi è capitato di sentire il sollievo dei medici quando giuristi poco inclini alla bioetica li rassicuravano (!) sul dovere di salvare la vita "ad ogni costo" e sulla im-

proponibilità di valutazioni di rischi e benefici in situazioni di "necessità".

In questa linea, mi ha colpito l'incapacità della legislazione – mi riferisco ora allo spazio europeo – di uscire da questo schema nel disciplinare l'eutanasia: ai legislatori, e anche alle recenti proposte italiane, sembra estraneo il sospetto che il diritto conservi una certa inettitudine a risolvere nel caso specifico la questione morale, e riesca solo in parte a devitalizzarla come si fa con un dente che duole; mentre quel che si fa è iniettare nel processo di decisione dosi crescenti di formalizzazione, di presunte garanzie, e infine di approccio causidico.

A sua volta, il diritto chiede alla medicina certezze su cui costruire definizioni legali o distinzioni di essenziale rilevanza creando degli ibridi giuridico-scientifici, come la definizione legale di morte; la precarietà scientifica della definizione di morte cerebrale è certamente una delle cose che mi ha più colpito negli ultimi anni.

A partire da queste geremiadi mi chiedevo: c'è qualcosa di comune, un male simile o identico a se stesso, in queste vicende? E così, dal pensiero negativo, è affiorata un'evidenza positiva, una controtendenza: quel che più mi ha colpito negli ultimi dieci anni è stata la crescita di un modo di ragionare, di un *logos* comune a medici e giuristi, o almeno ad alcuni ambienti medici e ad alcuni ambienti giuridici, che mi pare promettente: questo *logos*, più ricco di quanto usualmente si pensi, è la ricerca della *proporzione*.

C'è una storia affascinante dell'idea di proporzione, che sta all'origine di un modo antico di pensare alla filosofia, alla matematica, alla musica, e alla medicina come al diritto. Chi la volesse ripercorrere può agevolmente farlo nelle pagine di Simone Weil raccolte nel libro "*La rivelazione greca*" (Adelphi).

Nasce dall'idea di armonia, e da quella, che vi è implicita, di un termine *medio* o piuttosto *mediatore* – proporzionale – tra grandezze progressive, o tra contrari che si legano dialetticamente.

La medicina greca si concepisce, nel Simposio, come proporzione: il medico Eurissimaco non dice che la medicina *cerca* o pratica la proporzione, ma che “è *proporzione*”: è un pensiero armonico, che si specchia nella “configurazione ordinata” (*kosmos*) del corpo, e che ne asseconda la proporzione e l'equilibrio.

Certo, la fonte del *logos* della proporzione non è una scientificità in senso moderno; appartiene a un pensiero che procede dall'immagine del mondo visibile a quella dell'invisibile e viceversa; ma questo non impedisce al criterio di armonia – che in matematica e fisica prende il nome di “*eleganza*” – di riproporsi al centro del pensiero scientifico contemporaneo.

La medicina altamente tecnologica degli ultimi decenni del Novecento ha vissuto e vive una tentazione di onnipotenza, e di riflesso la tentazione ad asservire la cura del singolo allo spostamento dei confini delle proprie capacità di vincere la malattia e di allontanare la morte.

La preoccupazione della *proporzionalità*, ma più profondamente il *logos* della proporzione, si sono fortemente appannati fino a sembrare perduti. La ricerca del risultato “positivo” in termini monovaloriali di progresso della sopravvivenza ha fatto smarrire alla medicina non solo la *misura* (proporzionalità) *delle cure*, ma la *misura di sé*, un aspetto essenziale della propria identità gnoseologica ed etica.

È merito della bioetica di avere ripreso il filo della proporzione nella luce della beneficiabilità della terapia, e averne stimolato e assecondato il recupero deontologico. Il criterio di *proporzionalità* di cui discorriamo a proposito della terapia “appropriata” è un aspetto limitato ma

cruciale; in questo criterio operativo l'antico *logos* si è conservato nel tempo, ed ora può essere valorizzato ed espanso.

E appunto negli ultimi dieci anni, a me è sembrato di osservare un promettente *crescendo* di questo ritorno alla proporzione come *attitudine di pensiero*, come modo di concepirsi della medicina. Negli ambienti sanitari più esposti sui fronti delle malattie degenerative, della surrogazione delle funzioni d'organo, del fine vita, il problema quotidiano della proporzione si impone sempre più fortemente e si riflette nei protocolli, nelle buone pratiche, nelle linee guida, “rianimando” – è il caso di dire – l'antica identificazione della medicina nella “*misura*”.

Rimando qui al recente documento della Siiarti “*Grandi insufficienze d'organo “end stage”: cure intensive o cure palliative? “Documento condiviso” per una pianificazione delle scelte di cura.* Chi lo legge nella sua interezza si avvede che il criterio della proporzionalità, chiaramente e fortemente espresso tra gli *statements* etici, impregna in realtà tutta la descrizione dei problemi e lo studio e proposta di criteri di valutazione e trattamento, in una logica pervasiva di attenzione alla *misura*.

La proporzionalità delle cure esprime e rivela una medicina che riprende, nei termini adeguati alla sua attuale scientificità, l'antica ispirazione alla proporzione, e vi ritrova la *misura di sé*.

La riflessione in ambito giuridico presenta, a me pare, una evoluzione convergente. A sua volta, il diritto nasce come “discesa” di armonie cosmiche nella concretezza della *civitas* e dei suoi conflitti attraverso una *intermediazione* (interpretazione) che si regge sulla *proporzione*.

Nella sua lunga storia di secolarizzazione, il diritto conserva il suo riferimento all'*equilibrio* degli interessi o dei “beni” tutelati, alla conseguente *misura* di sacrificio e di poteri nella costruzione dei rapporti; perfino nel formalismo questa idea

non si smarrisce almeno in quanto proprio alla forma si attribuisce il ruolo di creare *misura* e argine nelle relazioni civili. È a partire da radici molto antiche che tra i principi generali del diritto, non scritti, si annoverano *ragionevolezza* e *proporzionalità*.

In campo di diritto della medicina, la traccia evidente di questo criterio sta sia nel criterio di *proporzionalità delle cure*, sia, ancor prima, nel tentativo di stabilire normativamente un *equilibrio della relazione* tra competenza del medico e autonomia della persona.

Se si volesse misurare il successo di questo tentativo, il risultato sarebbe ancora oggi molto deludente. La deforme applicazione del principio del consenso ha creato stridore, ipocrisia, irrigidimento più che equilibrio. La stessa proporzionalità non è stata affermata in termini e con fermezza adeguati in rapporto all'urgenza e al peso di quel controvalore che è divenuto l'assoluto imperativo a prolungare la sopravvivenza. Troppe volte il giurista, il giudice, il procuratore della Repubblica hanno imposto a malati e famiglia – e ai loro medici – pesi che, come qualcuno diceva dei Farisei (non tanto malvagi quanto formalisti) non avrebbero toccato neppure con un dito.

Anche nel diritto, come nella medicina, questa inefficienza ha fonte in una perdita consapevolezza della *propria misura*. La debolezza degli *imperativi* di proporzione sta nella appannata coscienza del diritto di *essere* proporzione.

Come nella medicina, così nel diritto, il nucleo della proporzionalità della terapia sembra poter "rianimare" un più profondo recupero della *misura* nello sforzo di proporre soluzioni adatte alla medicina. Nell'ultimo decennio il diritto si spinge a ritrovare una identità gnoseologica ed etica offuscata quando non perduta nelle interpretazioni formali e causidiche di norme che in-

cidono sulla vita e sulla morte delle persone, e sempre su vicende di grande sofferenza.

Ci sono due aspetti del *logos* della proporzione che la riflessione dei giuristi – ma è meglio dire dei *biogiuristi* - cerca negli ultimi anni di "rianimare".

Il diritto non può farsi strumento di proporzione in un rapporto se non conosce le forze all'opera nel rapporto medesimo, le grandezze da collegare con un medio proporzionale; solo questa conoscenza, che è conoscenza dell'*ecologia* dell'ambiente (relazionale) in cui la norma si vuole inserire, consente al diritto di "*proporzionarsi*" al problema e di studiare, offrire, imporre *norme "proporzionate"* ovvero "*a misura*" del compito. Questo significa cose concrete: studiare le prassi mediche, metterle al fuoco dei valori che il diritto deve proteggere, selezionare le pratiche più prossime alla proporzione che si deve garantire, e validarle normativamente.

Il diritto deve avere piena consapevolezza della propria *misura*, che non è quella dell'etica, ma quella della norma giuridica, la quale, come la freccia di Zenone, è sempre di uno spazio "lontana dal bene" (Weil). Il diritto cioè non deve dimenticare il suo lato d'ombra, che è la *forza*, e misurare con molta attenzione il confine del suo intervento là dove questo lato d'ombra possa rivelarsi come contrario a valori costitutivi della stessa giuridicità così come si costituisce nell'esperienza dello Stato pluralista; a partire dal confine primario dell'*habeas corpus*, per arrivare al criterio caro a Guido Calabresi: non espellere una concezione morale dalla Costituzione, a meno che non sia contraria alla dignità quale è posta alla base dell'ordinamento.

Questi sviluppi, che ho malamente cercato di riassumere, sono per me la cosa più importante degli ultimi anni nella relazione tra diritto e medicina: il *logos* della proporzione, se sviluppato

nella cultura giuridica e medica, può consentire a entrambi di perseguire (scoprire e assecondare) la proporzione propria al *rapporto* di cura; quella, senza la quale la cura è altro da sé, perché non è cura della persona: è applicazione di tecniche terapeutiche, che è altra cosa, e cosa appunto “s-misurata” perché non *proporzionata alla persona* del malato.

3. Nella Sua esperienza professionale, esistono profili di interdisciplinarietà fra diritto e scienze della vita?

Massimiano Bucchi

Professore associato di Scienza Tecnologia e Società e di Comunicazione della Scienza, Università degli Studi di Trento

Occuparsi di “Scienza e Tecnologia nella Società” significa necessariamente confrontarsi con una pluralità di ambiti disciplinari. Sin dagli anni della mia formazione ho ricevuto stimoli significativi da sociologi, storici della scienza, studiosi di comunicazione. Successivamente ho trovato in più occasioni interesse e disponibilità a discutere il mio lavoro da parte di ricercatori nell’ambito delle scienze naturali, delle discipline tecnologiche, del settore medico-sanitario: fisici, matematici, biologi, ingegneri, medici. La presenza di numerosi studenti di altri dipartimenti ai corsi e seminari che tengo in un dipartimento di sociologia è sempre stata fonte di grande arricchimento per me e – credo – anche per gli studenti di scienze sociali.

D’altra parte ricordo bene come anni fa, Robert K. Merton, fondatore della Sociologia della Scienza, mi fece notare un passaggio nella prefazione del classico studio sul cambiamento delle idee scientifiche di Thomas Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962, nuova ed. 1969) in cui l’autore sottolineava l’importanza del periodo trascorso in un centro studi interdisciplinare per lo sviluppo di concetti come quello di *paradigma*. Un’esperienza simile sono state le lezioni del filosofo della scienza (ma di formazione matematico) Paul Feyerabend a cui ho avuto la fortuna di assistere una ventina di anni fa: partivano dai miti greci per arrivare al romanzo *Il Falò delle Vanità* di Tom Wolfe, pas-

sando per Jacques Monod, la genetica e l’astrofisica.

La centralità delle scienze della vita, nuova “Big Science”, è divenuta chiara per i miei studi soprattutto a partire dagli ultimi anni dello scorso secolo. L’annuncio della clonazione di Dolly, il progetto Genoma, il dibattito sugli OGM e quello sulle cellule staminali embrionali sono rapidamente divenuti centrali nella comprensione delle trasformazioni nei rapporti tra scienza, tecnologia e società. Frequentare ricercatori di questo settore, ascoltare da loro i più recenti sviluppi del settore, discuterne le implicazioni, avere il loro punto di vista sulle mie ipotesi di lavoro è divenuto fondamentale. Quasi contemporaneamente è emersa l’importanza di seguire il dibattito nelle scienze giuridiche. Non avrei potuto scrivere un libro come *Scegliere il mondo che vogliamo. Cittadini, politica, tecno scienza* (il Mulino, 2006) senza confrontarmi con la letteratura e le riflessioni sulla “coevoluzione” e “coproduzione” di scienza, società e diritto di studiosi come Sheila Jasanoff.

Oggi il carattere trasversale delle sfide tra scienza, tecnologia e società è un dato sempre più evidente, non solo agli specialisti. Nei termini di un altro studioso influente e discusso come Bruno Latour – e che forse non casualmente ha dedicato uno dei suoi libri, in una produzione quasi esclusivamente incentrata su scienza e tecnologia, proprio al diritto – se il buco nell’ozono è troppo sociale per essere considerato un fatto puramente naturale, le strategie politiche oggi sono troppo piene di embrioni e cellule staminali per poterle ridurre agli interessi. Non possiamo prendere i batteri di Pasteur senza prendere la società e la politica francese dell’Ottocento, o la lampadina di Edison senza l’economia americana, ma non possiamo nemmeno prendere il concetto contemporaneo di famiglia o quelli stessi di vita e di morte pre-

scindendo dalle tecniche di fecondazione assistita o dalla mappatura del genoma umano. In alcuni Paesi sono stati lanciati ampi programmi interdisciplinari capaci di affrontare le continue e incalzanti sfide delle scienze della vita; io ho avuto la fortuna di poter partecipare tra l'altro a quello olandese su Genomics in Society. In Italia, purtroppo, è spesso ancora difficile superare non solo gli steccati disciplinari, ma stereotipi e reciproche diffidenze che imbrigliano il dibattito tra scienza e società. Ho cercato di illustrare le radici di questo problema in *Scienziati e antiscienziati. Perché scienza e società non si capiscono* (il Mulino, 2010). Anche per questi motivi credo che discussioni come questa proposta dalla nuova *Rivista di BioDiritto* siano benvenute.

Francesca Giardina

Professoressa ordinaria di diritto privato, Università degli Studi di Pisa

L'incontro con le scienze della vita, per chi di mestiere fa il giurista, è occasione di profonda riflessione critica. Il diritto, come disciplina che governa la vita dell'uomo attraverso rigide coordinate, dotate dell'astrazione e generalità necessarie a garantire certezza, manifesta tutta la sua inadeguatezza nel momento in cui si confronta con le vicende cruciali dell'esistenza umana (nascita, procreazione, malattia e morte). Ciò che in passato era percepito come evento naturale diviene – in ragione della continua evoluzione della scienza e della tecnica in medicina – materia suscettibile di scelte e di controllo. In questa nuova prospettiva, il ruolo del diritto e delle regole che offre è fatalmente destinato a mutare. Gli strumenti della tradizione giuridica, infatti, nella loro intrinseca astrattezza, sono spesso distanti dalla delicata materia alla quale vengono applicati. Chi studia e insegna diritto, e in particolare diritto privato, non può più affidarsi alle coordinate classiche che descrivono la condizione del soggetto di diritto nel suo splendido isolamento. La materia della vita irrompe anche nel chiuso degli studi universitari. Né è possibile "adattare" gli strumenti della tradizione alle nuove esigenze: diviene indispensabile la creazione di nuove categorie.

Già, quindi, nella attività professionale di ricercatrice e docente universitaria, mi sono trovata ad affrontare una trasformazione radicale del mio metodo di lavoro: non partire mai da scelte interpretative precostituite e cercare, pur nel rigoroso rispetto dei principi che governano il nostro ordinamento, soluzioni dettate dalla delicatezza degli interessi in gioco. Ho cercato di perseguire questa linea metodologica non soltanto nella mia ricerca personale, ma anche per

offrire ai giovani una guida adeguata a sostenere scelte innovative di indagine.

Questo percorso conduce verso un imprescindibile abbandono del lavoro accademico come attività autoreferenziale e impone di portare le proprie competenze fuori dalle aule dell'università. Così il pensiero e il linguaggio "da giurista" hanno subito le trasformazioni necessarie ad adattarsi alle esigenze proposte dalle scienze della vita in più occasioni, tutte caratterizzate dalla necessità di un dialogo con pensieri e linguaggi diversi.

A partire dal 2012 ho lavorato, insieme ad altri giuristi, a stretto contatto con medici, soprattutto anestesisti e rianimatori, che mi hanno aiutato a comprendere quale fosse realmente l'oggetto di una possibile disciplina della relazione di cura. Mi sono resa conto che è impossibile immaginare regole di condotta per medici e pazienti, ad esempio nelle vicende di fine vita, senza conoscere il concreto atteggiarsi dei loro comportamenti e senza approfondire il significato che viene attribuito dalla scienza e dalla pratica medica a termini che il linguaggio medico ben conosce e che il giurista, invece, ignora o è avvezzo a dare per presupposti. È stato particolarmente significativo il confronto tra le "idee in forma normativa" nate nel gruppo del "diritto gentile" e il documento sulle insufficienze d'organo *end stage* della SIAARTI (Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva). La ricerca di un punto di incontro tra linguaggi profondamente diversi ha condotto a un risultato che non era evidentemente impossibile: l'individuazione di linee condivise.

Dal 2013 lavoro come membro esperto in materia giuridica nel Comitato Etico Area Vasta Nord Ovest dell'Azienda Ospedaliero-universitaria pisana. Il mio ruolo è quello di controllare la correttezza dei protocolli di sperimentazione di nuovi farmaci e di nuove terapie. Mi viene chie-

sto, in particolare, di verificare le modalità di accertamento del consenso informato, ma anche di vigilare sulla destinazione dei campioni di materiale biologico a fini di ricerca. Riesco a svolgere il mio compito solo grazie all'adeguata informazione sulle pratiche sperimentali seguite e il gruppo di medici, infermieri, farmacologi con il quale collaboro mi offre gli strumenti necessari. Spesso censuro il loro operato in termini di correttezza giuridica e talvolta mi accorgo della sorpresa che le mie critiche suscitano. Col tempo, tuttavia, i miei interlocutori sono divenuti meno estranei al pensiero e al linguaggio giuridico, ma solo perché ho cercato di presentare loro un diritto sensibile ("gentile") rispetto alle esigenze della scienza medica.

Posso quindi affermare con serenità che la interdisciplinarietà tra diritto e scienze della vita si muove in prevalenza in una direzione: il diritto si deve adeguare alle esigenze dell'uomo e alla cruciale ricerca di soluzioni che offrano all'esistenza umana la migliore e più ampia accoglienza.

Cinzia Piciocchi

Ricercatrice di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento

“Some things that fly there be
Birds - Hours - the Bumblebee (...)
Some things that stay there be
Grief - Hills - Eternity (...)”.

Scriveva Emily Dickinson che ci sono cose che volano (gli uccelli, le ore, i calabroni) e cose che restano (il dolore, le colline, l’eternità); ritrovo molto del senso di queste parole nella mia esperienza personale e professionale. In quest’ultima, in particolare, la collaborazione ad un progetto di ricerca – il *Progetto BioDiritto* di Trento, nato nel 2002 – mi ha dato la possibilità di numerosi contatti con l’ambito medico e più in generale delle scienze della vita, i cui tempi rapidi danno spesso l’impressione di avere a che fare con dati che sfuggono nel momento stesso in cui si conoscono: cose che volano, vorticosamente.

Me ne rendo conto se guardo agli eventi che si sono succeduti in questi dodici anni ed a quanto di questi è restato.

Il 2002, ad esempio, anno in cui il progetto nasceva, è stato un anno ricco di eventi dal punto di vista del Biodiritto: il progetto aveva di fronte a sé una serie di avvenimenti estremamente significativi. Per alcuni di essi la rilevanza era evidente sin da subito; altri hanno poi assunto un significato che solo pochi hanno saputo intuire già allora. Alcuni esempi: il Parlamento italiano aveva da poco autorizzato con legge la ratifica di un trattato internazionale in materia di diritti e biomedicina la convenzione di Oviedo; si tratta probabilmente di una cosa che resta, poiché sono passati 12 anni, ma gli strumenti di ratifica non risultano depositati al Consiglio d’Europa. La *Celera genomics* faceva un annuncio riportato sul *NY Times* del 21 novembre 2002, che la

stampa italiana riprendeva, riportando le considerazioni di alcuni esperti: «(i)rrazionale, strambo e insensato: creare una vita artificiale, a partire dal Dna di un particolare batterio, e arrivare a un essere vivente elementare cui aggiungere gradualmente altre forme genetiche» (*Corriere della Sera* del 22.11.2002). Sappiamo oggi che non si trattava di fantascienza e la disciplina giuridica si trova concretamente di fronte a questa realtà, talvolta con allarme. Sempre nel 2002, i *Raeliani* annunciavano la nascita di Eva la prima bambina clonata, che di fatto poi nessuno ebbe modo di vedere, il che ci fa pensare ad oggi che sia opportuno collocarla tra le cose che volano, se non altro perché non se ne è più avuta notizia.

Di alcuni avvenimenti rimane ad oggi una traccia profonda.

Il dibattito sul tema delle scelte della fine della vita, ad esempio, che nel 2002 vedeva un cittadino italiano gravemente malato aprire un *forum* ed un *blog* in cui chiedeva l’eutanasia. Non di eutanasia ma di rifiuto dei trattamenti si sarebbe poi trattato e l’avrebbe poi ottenuto, ma senza vedersi riconosciuto questo diritto da un Tribunale. Si chiamava Piergiorgio Welby.

Ancora: sempre in quegli anni la rivista *Bioetica* aveva dedicato un dossier al “caso E.E.”, in cui un padre lottava per veder riconosciuto il diritto alla sospensione di alimentazione ed idratazione artificiali per la propria figlia, in stato vegetativo. Da lì a un anno, nel 2003, sarebbe poi intervenuto un parere del Comitato nazionale per la bioetica sulle Dichiarazioni anticipate di trattamento, che auspicava un intervento del legislatore in materia e più avanti, nel 2007, una sentenza della Cassazione, assai nota e che molto ha fatto discutere.

Mettiamolo tra le cose che restano, se non altro proprio come auspicio di un intervento legislativo.

Degli accadimenti menzionati, e di altri che non ho qui l'occasione di ricordare, molti sono destinati a cambiare: esistono oggi, ma potrebbe mutare l'approccio dei loro confronti, ad esempio l'interpretazione scientifica che ne sarà fornita. Ogni avvenimento, però, specie quando ponga problematiche etiche e giuridiche, contribuisce a costruire un metodo, un approccio che diventa via via consolidato, indipendentemente dalle specificità del singolo caso e dalla rapidità del progresso scientifico.

Arriviamo allora a quello che resta per chi, come chi scrive, si occupa della ricerca anche in queste tematiche, nell'ottica del diritto costituzionale: resta la consapevolezza che senza un approccio interdisciplinare non sarebbe stato né sarebbe oggi possibile comprendere, dibattere, analizzare.

Il tessuto normativo, ad esempio, reca traccia profonda dell'intersezione tra la scienza ed il diritto: procreazione medicalmente assistita, eutanasia, clonazione sono tutti termini tecnico-scientifici complessi, che penetrano sia nel tessuto linguistico giuridico, sia in quello comune. È quindi necessario poter contare su "traduttori" che rendano intellegibile il dato scientifico: in questo senso emerge la necessità di una collaborazione continua con esperti delle discipline biomediche.

Il *progetto BioDiritto*, negli anni, ha costruito una rete di collaborazione molto ampia, nazionale ed internazionale, in cui sono presenti esponenti di discipline diverse: medici, biologi, infermieri, bioeticisti solo per menzionarne alcuni.

L'interdisciplinarietà, però, non è funzionale alla comprensione solamente sul piano lessicale, ma va oltre, consentendo di situare scoperte ed avanzamenti scientifici in un contesto più ampio, alla luce di cause e conseguenze che coinvolgono altri settori sia delle scienze della vita,

sia di altre discipline come ad esempio l'economia.

Ciò che più ha dato corpo al concetto stesso di interdisciplinarietà, infine, è stata la possibilità di entrare in contatto con i racconti di chi si occupa di scienze della vita: penso ad esempio ai tanti professionisti, in particolare medici ed infermieri, che in diverse occasioni hanno avuto la generosità di condividere che cosa significhi accompagnare una persona nella malattia ed in particolare nell'ultimo tratto della vita e come tale esperienza diventi parte della propria quotidianità professionale, senza però alcuna banalizzazione.

Guardando a tutti questi elementi, ed in particolare a quest'ultimo, è allora possibile capire le lacune, le occasioni e le necessità di riforma di una regolamentazione giuridica che talvolta di queste esperienze quotidiane trascura di farsi carico.

L'interdisciplinarietà appare allora come metodo, non solo per rispondere ad esigenze di comprensione di ambiti tecnicamente complessi, ma anche perché diritto e scienze della vita risultano ormai così compenetrati, che l'interazione è sempre meno una scelta e sempre più un tratto caratterizzante, senza il quale non solo si rinunciarebbe a capire ciò che è "altro" rispetto al proprio ambito professionale, ma anche una parte importante di se stessi.

Annamaria Poggi

Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino

Anche se l'indagine spesso e volentieri indugia sugli aspetti dell'organizzazione, settore su cui i giuristi vengono frequentemente richiesti, indubbiamente negli ultimi tempi le sollecitazioni alla riflessione spingono frequentemente su temi di "confine" del diritto rispetto alla morale, alla religione, alla medicina.

In particolare, è nell'ambito dell'art. 32, e delle riflessioni che da questo scaturiscono sotto il profilo costituzionale, che mi sono convinta dell'insufficienza del solo approccio giuridico rispetto a temi quali, l'eutanasia, la fecondazione artificiale, il bilanciamento tra esigenze di bilancio e diritto di cura, che, invece, richiedono, invece un'integrazione di competenze.

Qui, tuttavia, mentre pervenivo ad un consapevolezza in qualche misura scontata mi sono accorta che in tal modo non si *chiudeva* il problema ma che al contrario, si *schiodava* il mare aperto dei problemi, tuttora insoluti.

La radice di tali problemi sta nella generale differente prospettiva che assume il giurista rispetto all'economista o al medico, aspetto su cui forse varrebbe la pena riflettere più di quanto non si faccia. Il problema, infatti, non è solo che il giurista si munisca di strumenti "altri" e più articolati nell'affrontare le tematiche di confine, ma che tali strumenti siano "riconosciuti" dalle altre discipline.

Di ciò non sono affatto sicura. La mia esperienza mi dice che i medici ragionano secondo logiche completamente diverse da quelle giuridiche e che non sono poi così disponibili ad accettare una qualche regola che non derivi dall'esperienza relazionale che hanno con il paziente e, più in generale, con il fatto che la vera soluzione dei problemi dipende da loro, più che

da regole imposte dall'esterno. In altri termini, per loro la "regola" ha quasi sempre a che fare con la missione della loro professione. Quanti casi vi sono negli ospedali italiani che sfuggono, consapevolmente, dalle "regole" giuridiche?

Ancora diverso è l'atteggiamento dei ricercatori "puri" che non avendo il rapporto con il paziente ragionano similmente ai giuristi, quanto a necessità di regole.

Insomma, l'interdisciplinarietà mentre potrebbe essere un obiettivo non così irraggiungibile nella misura in cui si traduca nel munirsi di strumenti altri rispetto a quelli giuridici (di filosofia, di ricerca medica...) per affrontare determinati argomenti, rimane, a mio avviso, un orizzonte assai lontano quanto a "riconoscimento" del ragionamento giuridico su altri terreni.

In altri termini potremmo rischiare una autoreferenzialità pesante, anche sul terreno del bio-diritto, se ci limitassimo alla prima parte, raffinando così i nostri strumenti di indagine, e non tenessimo conto della necessità di stabilire convenzioni e statuti comuni con studiosi di altre discipline e non solo con altre discipline.

Amedeo Santosuosso

Consigliere presso la Corte d'Appello di Milano; Presidente del Centro di Ricerca Interdipartimentale European Centre for Law, Science and New Technologies (ECLT), Università di Pavia

Nella vicenda Stamina, ancora non chiusa in via definitiva, vi sono alcuni nodi (non nuovi) che meritano di essere individuati con precisione.

La Corte costituzionale ha affermato più volte e in vari campi, dal bando dell'elettroshock alla determinazione legale del numero di embrioni da produrre nella fecondazione assistita, che la legge non può dire al medico cosa debba fare in concreto, perché la moderna pratica medica è basata sulle conoscenze scientifiche e, quindi, gode delle garanzie di libertà che gli articoli 9 e 33 della Costituzione riconoscono alla ricerca scientifica¹. Secondo il limpido assunto della Corte la fondatezza scientifica, vera chiave di volta del tutto, svolge molteplici funzioni:

- Protegge il medico da invasioni giuridiche indebite da parte delle autorità pubbliche, quale che ne sia il fine.
- Pone il limite entro il quale l'attività medica è legittimata, e può quindi rivendicare la sua libertà verso chicchessia (possono i medici rifiutarsi di somministrare trattamenti evidentemente infondati).
- Definisce l'area della legittima pretesa dell'individuo verso il Servizio sanitario, in quanto sono proprio la fondatezza scientifica e l'appropriatezza clinica che realizzano il

diritto alla salute, in generale e nel caso concreto.

- Indica un criterio di corretto esercizio della discrezionalità amministrativa da parte degli enti preposti al Servizio sanitario nazionale (e anche i limiti della responsabilità contabile). Gli ospedali sono responsabili per il modo in cui utilizzano le risorse pubbliche e potranno opporsi a richieste scientificamente e clinicamente infondate.

Vi è da chiedersi, allora, perché questo sistema, incardinato com'è sull'autorevolezza della scienza, non abbia funzionato nel caso Stamina. Ne indico due, uno di carattere più generale (la debolezza delle istituzioni pubbliche e, in correlazione, degli enti scientifici di cui essi si avvalgono) e uno più tecnico giuridico (una falsa idea del diritto alla salute e alla sperimentazione).

Sul primo mi limito a ricordare che non sono stati ritenuti sufficienti, per bloccare le infusioni del cosiddetto metodo Stamina, né un'ordinanza dell'AIFA (l'agenzia italiana del farmaco), che aveva accertato che quel preparato presso l'Ospedale di Brescia non aveva nulla di attivo e, anzi, conteneva inquinanti, né un motivato parere negativo del Comitato scientifico nominato dal Ministro della salute, che raccoglieva i maggiori esperti italiani nel campo. Nonostante tutto questo, e nonostante le prese di posizione di illustri scienziati di altri paesi e premi Nobel, alcuni giudici ordinari hanno continuato a ordinare i trattamenti e il Tribunale amministrativo del Lazio ha sospeso, in via di urgenza, il Comitato e il suo parere. In più, il Ministro ha deciso di non impugnare la (giuridicamente assai) debole decisione del TAR, in tal modo convalidandola e riconoscendole valore, nel momento in cui ha nominato un nuovo comitato.

¹ Sentenza Corte Costituzionale n. 282 del 19 luglio 2002 (caso della legge della Regione Marche che vietava cure mediche ritenute lesive dell'integrità psichica dei pazienti, quali l'elettroshock e altri interventi di psicoturgia), e, più di recente la sentenza n.151/2009, che ha, per i medesimi motivi, dichiarato incostituzionale la predeterminazione legislativa del numero di oociti da fecondare e impiantare in utero, prevista nella l. n.40/2004.

Evidentemente la confusione e la mancanza di autorevolezza della politica e della scienza sono molto gravi. E in tale discredito *lato sensu* politico si coglie un'eco di certe approssimative posizioni teoriche che, partendo dal giusto assunto che la scienza non dice "la verità", finiscono con il dimenticare che se la scienza non è la verità, essa è tuttavia l'unica verità disponibile in un determinato momento. Non c'è altro ambito dell'attività umana che sia così deliberatamente e auto-dichiaratamente provvisorio come la conoscenza scientifica, ma ciò non significa che quello che noi sappiamo fino ad ora non abbia alcun valore nel momento in cui sono da effettuare scelte pubbliche necessarie (altrimenti come fondate?).

Ma è giusto che ognuno si occupi dei limiti del proprio campo, e a noi giuristi tocca chiederci se il modo in cui si è venuto costruendo, per via giurisprudenziale e dottrina, il diritto alla salute soffra di qualche limite intrinseco che meriti di essere chiarito in modo definitivo. Intanto non credo che sia il caso di trincerarsi dietro l'evoluzione sociale (pure accompagnata da quella giuridica), che ha portato alla massima estensione la dimensione soggettiva del diritto alla salute (fino ai desideri, alle preferenze, ai meri tentativi e altro) e dietro il suo intrinseco contrasto con l'oggettività della scienza.

I giudici hanno, talora, posto particolarmente l'accento sul fatto che essi sono sempre giudici di un caso singolo e che non possono non tenere conto quanto riferito da familiari e curanti. Certo, un giudice può utilizzare il richiamo al diritto alla salute, che l'art. 32 della Costituzione indica fondamentale diritto dell'individuo, ma a patto che si tratti di cure indispensabili, sulla base di una rigorosa valutazione tecnica (e quindi non solo secondo le affermazioni del diretto interessato o le "impressioni" del medico

curante nel singolo caso), e che vi siano evidenze scientifiche o, almeno, serie e documentate ipotesi scientifiche, anche se non è ancora completato l'iter sperimentale. Se si prescinde da questi presupposti, perché mai si dovrebbero negare ostriche e champagne o vacanze in luoghi ameni a chi asserisce (e documenta!) di avere da essi un beneficio alla propria salute fisica e psichica, pure tutelate dall'art. 32 della Costituzione?

Secondo uno pseudo argomento ricorrente, il diritto alla salute, quale diritto fondamentale, non può essere subordinato a questioni di budget. Anche in questo caso bisogna essere molto chiari. Una cosa è il diritto a non ricevere invasioni del proprio corpo, diritto che non richiede la cooperazione di altri: questa libertà, anche se comporta dei costi, è da garantire al cento per cento. Altra cosa è quando il diritto alla salute si traduce nella pretesa di ottenere trattamenti dallo Stato: allora, inevitabilmente, bisogna tornare a criteri razionali di riparto. Le risorse del Servizio sanitario nazionale sono per definizione limitate e la loro distribuzione non può non seguire criteri che vadano oltre i bisogni e i desideri dei singoli. Potrebbe essere diverso il caso di chi si avvalga di un'assicurazione privata, dove teoricamente a premio più alto può corrispondere un livello di prestazioni più ampie (anche se non si ha notizia di assicurazioni private che abbiano finanziato i trattamenti con il metodo Stamina).

Direi, quindi, che la soggettività del paziente che usufruisce di un Servizio sanitario nazionale sia massima nella possibilità di non avvalersi di quei trattamenti e, invece, nel caso di richiesta di prestazioni, abbia inevitabilmente come contorno i limiti di erogazione fondati sullo stato dell'arte scientifica.

Infine, esiste un “diritto alla sperimentazione” non solo come estrinsecazione della libertà di ricerca degli scienziati, ma anche come diritto del paziente a ottenere un trattamento sperimentale?

Intanto una precisazione banale: sperimentare non equivale a “provarci”. Per avviare una sperimentazione che possa produrre risultati conoscitivi, e quindi un incremento misurabile delle conoscenze, occorre rispettare un insieme di regole procedurali, concettuali e sostanziali condivise a livello internazionale. Alla luce di esse il “diritto del paziente alla sperimentazione” è una contraddizione in termini: significa affermare il diritto di esporsi quantomeno a un rischio del 50%. La Corte Costituzionale, pronunciandosi sul caso Di Bella, affermò che il diritto alla sperimentazione era un’aspettativa compresa nel “contenuto minimo”, ovvero non opinabile, del diritto alla salute. Ma la sperimentazione è intrinsecamente una prospettiva aperta. Essa non dà diritto a ottenere cose, piuttosto dà accesso a *relazioni sociali e giuridiche*, che sono governate da regole scientifiche e cliniche. Posta la questione in questi termini la “pretesa di attivazione di una sperimentazione” non si comprende come possa rientrare nel contenuto “indiscutibile” del diritto alla salute.

Una discussione interdisciplinare su questi punti può forse contribuire a meglio fronteggiare la prossima ondata *post Stamina*. La mia esperienza professionale, sia come giudice sia in ambito accademico, mi induce però a essere cauto sulla interdisciplinarietà: che le diverse discipline si confrontino è necessario, ma i modi del dialogo solo raramente riescono a essere proficui.

Paolo Veronesi

Professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Ferrara

Piuttosto che ragionare sull'interdisciplinarietà fra diritto e scienze della vita – la quale si rivela ormai evidente, posto che il diritto viene chiamato ad affrontare, con sempre maggiore insistenza, i problemi emergenti dalle nuove acquisizioni in materia – direi che esiste addirittura più d'una sotterranea corrispondenza tra il funzionamento complessivo di un sistema costituzionale e le coordinate delle stesse scienze della vita.

Queste ultime – come ha scritto Guido Barbujani – ci insegnano che i geni fissano sostanzialmente i limiti di ciò che possiamo essere: si tratta di confini piuttosto ampi e il luogo in cui ci collocheremo, al loro interno, dipende da numerosi fattori (comprese le condizioni ambientali in cui siamo cresciuti e in cui operiamo).

A ben vedere, non tanto diverso è il “tratto genetico” più profondo di un ordinamento costituzionale.

Le norme della Costituzione delineano insomma (molto spesso) una sorta di “prateria” delimitata da solidi paletti confinari. Fuor di metafora, ciò significa che – in genere – le disposizioni costituzionali ammettono più d'una loro possibile attuazione, applicazione, implementazione, interpretazione. Dove il legislatore o gli operatori si collocheranno – purché entro il ventaglio delle possibilità comunque consentite dal testo costituzionale – dipenderà quindi da una serie di fattori spesso insondabili: sono tali, ad esempio, le ideologie, le religioni, la morale, il caso, i “sentimenti” o le “percezioni” di chi è chiamato a intervenire.

La Costituzione delinea insomma dei confini che non possono assolutamente essere valicati: la “genetica” della Carta non lo consente. Tali con-

fini sono del resto il frutto di “selezioni”, esperienze e (spesso) anche drammi vissuti dagli ordinamenti del passato. Se questi valichi vengono quindi superati, dovranno di conseguenza entrare in funzione gli “organi-anticorpi” posti a protezione del “patrimonio genetico” dell'ordinamento. Anche questi strumenti – a ben vedere – derivano peraltro da “selezioni” che affondano le loro origini nel passato: si pensi, per esempio, a come si è giunti a forgiare il principio della rigidità costituzionale o a definire il conseguente ruolo affidato al giudice delle leggi. Sono state invece “espulse” – perché evidentemente “non adatte” – quelle soluzioni costituzionali che non prevedevano simili accorgimenti. È un po' quanto avviene allorché una mutazione genetica non adatta all'ambiente produce l'inevitabile “espulsione” degli esemplari che ne sono purtroppo dotati.

Ma le analogie procedono anche più nel profondo.

Il dato genetico costituisce evidentemente un “segno” che, in quanto tale, reca con sé un significato. Proprio perché costituita da un “segno”, l'informazione genetica partecipa quindi della stessa natura semiologica del diritto. Anche il fenomeno giuridico si offre infatti allo sguardo degli operatori mediante segni da interpretare; anche chi si occupa di diritto è dunque chiamato a dare un senso più preciso a segni di varia natura (le fattispecie concrete ma anche le disposizioni, e quindi le “parole”, a esse applicabili). Non solo. Il “fatto” e la sua interpretazione non sono mai ininfluenti nell'identificazione e nell'interpretazione del diritto applicabile al primo. Solo la c.d. “precomprensione” del caso consente infatti all'interprete di ricercare e di interpretare correttamente il diritto a esso applicabile. Le norme così distillate potranno dunque ricadere sul caso, a esso offren-

do la soluzione giuridica più idonea: è la tipica traiettoria del “circolo ermeneutico”.

Analoga dinamica può applicarsi anche alla lettura del patrimonio genetico. Il dato biologico interagisce infatti con l’ambiente e con la stessa volontà individuale (comprensiva dei comportamenti adottati o evitati); questi elementi giocano anzi un ruolo spesso decisivo per restringere (o preservare) quanto astrattamente consentito dal proprio patrimonio genetico.

Tali assonanze non sono dunque casuali e rendono ancora più significative le similitudini effettivamente tracciabili tra le dinamiche e l’operatività proprie del diritto e quelle che la scienza mette in luce studiando le potenzialità del patrimonio genetico. Forse perché il diritto è una tipica creazione dell’uomo, esso dunque spontaneamente (e quasi antropomorficamente) ospita e rivela – nel suo stesso operare – somiglianze con quanto costituisce l’essenza più profonda (e persino biologica) dell’uomo stesso.

4. Entro quali limiti i giudici possono e devono intervenire in questioni relative alla scienza della vita?

Fabio Cembrani

Direttore U.O. di medicina legale, Azienda provinciale per i Servizi sanitari di Trento; responsabile area tematica 'Medicina Legale' dell'Associazione italiana di Psicogeriatría

Quasi 40 anni fa Pier Paolo Pasolini¹ ha denunciato l'esistenza, nel nostro Paese, di un drammatico vuoto di potere affermando, con grande lungimiranza, che il suo riempimento stava avvenendo «attraverso una crisi e un riassetto che non può non coinvolgere l'intera nazione». Il bilancio di questa crisi non mi sembra essere positivo perché, nella rincorsa al contingente ed all'urgente, il legislatore ha dimostrato una forte insofferenza verso la legalità costituzionale e le sue garanzie dimenticando che «la Costituzione è cosa molto delicata, da maneggiare con cura e con attenta riflessione»². Perché la Costituzione non si dovrebbe certo prestare ad operazioni di revisione suggerite dai vincoli economici imposti dall'Eurozona e dalla Banca centrale europea (Bce). Senza dimenticare che proprio questi vincoli hanno, tra l'altro, portato alla riforma costituzionale approvata, nel 2012, dal Governo tecnico presieduto dall'On. Mario Monti con il pareggio (equilibrio) di bilancio rispetto al quale il legislatore dell'urgenza non ha mancato di richiamarsi ai rilievi contenuti della missiva che proprio la Bce,

¹ Cfr., P. P. PASOLINI, *L'articolo delle lucciole*, in Scritti corsari, 2008, Milano.

² Cfr., V. RIVISECCHI, *Il cd. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei Costituzionalisti italiani, 2012, 3, www.associazioneitalianaCostituzionalisti.it.

con grande irritualità e con un'ingerenza senza precedenti negli affari interni dello Stato, aveva inviato, il 5 agosto dell'anno prima, all'allora Presidente del Consiglio, On. Silvio Berlusconi³. Il tutto all'interno di un lento ma inesorabile processo di 'manutenzione costituzionale' teso al progressivo rafforzamento dei poteri del Governo (del Presidente del Consiglio dei Ministri) che, sbilanciando gli assetti politico-istituzionali, ha messo in secondo piano il ruolo della democrazia parlamentare ed i diritti sociali: diritti, questi ultimi, che sembrano cedere drammaticamente il passo a chi li considera un lusso non più sostenibile⁴ in tempo di crisi e di contrazione delle risorse.

Questo è lo scenario in cui si confrontano (*rectius*, si scontrano), oggi, due poteri istituzionali, quello politico e quello giudiziario in perenne difficile equilibrio messo in ulteriore crisi dal vuoto parlamentare, dallo sbilanciamento degli assetti, dalla compressione degli strumenti democratici e da una giurisdizione montante anche nella sua dimensione sovranazionale (europea e comunitaria) che fatica, ancora, a condividere i ruoli ed a trovare le sinergie⁵. Al declino della politica rappresentativa si è, così, associa-

³ Cfr., E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della Bce al Governo italiano*, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei Costituzionalisti italiani, 1, 2014, www.associazioneitalianaCostituzionalisti.it.

⁴ Cfr., S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

⁵ Cito, a questo riguardo, il caso dei due coniugi italiani, portatori sani di fibrosi cistica, che si sono direttamente rivolti alla Corte di giustizia europea senza adire, prima, il Giudice interno chiedendo di essere ammessi alle tecniche di procreazione medicalmente assistita che la legge 40 riserva alle sole coppie sterili e di poter avvalersi della diagnosi genetica pre-impianto.

to il peso crescente della giurisdizione (nazionale, europea e comunitaria) con una vera e propria supplenza giudiziaria rispetto alle sfide lanciate alla democrazia dallo sviluppo delle conoscenze e dal progresso tecnologico che sta trasformando l'umano nel post-umano. Con una crisi istituzionale dai toni spesso drammatici sfociata, anche, nel conflitto di attribuzioni di cui siamo stati testimoni, guarda caso, riguardo a quegli ambiti tematici cd. sensibili che hanno a che fare proprio con la scienza della vita⁶.

⁶ Con ricorso depositato il 17 settembre 2008 davanti alla Corte costituzionale la Camera dei Deputati ed il Senato della Repubblica hanno sollevato un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato in riferimento alla sentenza n. 21748/2007 della prima Sezione civile della Corte di Cassazione e del decreto n. 88 della Corte di Appello di Milano, sezione I civile, del 25 giugno 2008, assumendo la giurisdizione avrebbe esercitato attribuzioni proprie del potere legislativo interferendo con le prerogative di tale potere, così violando, di fatto, gli artt. 70, 101 (secondo comma) e 102 (primo comma) della Costituzione: la decisione è avvenuta con larga maggioranza (hanno votato a favore del conflitto di attribuzione il Partito della Libertà, la Lega e l'Unione di Centro), con l'astensione di parte dell' opposizione (Partito Democratico) e con il solo voto contrario del Partito dell' Italia dei Valori. Il ricorso è stato rigettato dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 324 dd. 8 ottobre 2008 che lo ha dichiarato inammissibile ritenendo che la Corte di Cassazione e la Corte d'Appello di Milano si sono limitati ad "atti giurisdizionali [...] spieganti efficacia solo per il caso di specie" e non già aventi "funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque titolare". Come a dire che il Parlamento, se lo vuole (l'inciso non è forzato perché il nostro legislatore non ha certo brillato, in questi ultimi decenni, per determinazione e volontà ma, invece, per incomprensibile pigrizia), può determinare specificatamente i termini e le condizioni perché possano cessare le terapie di sostegno vitale nei pa-

Se il potere politico guarda alle corti in termini pregiudizialmente sospettosi è da condividere la prevalente idea che questo ruolo di supplenza non si propone certo di neutralizzare la politica ma di mantenere, invece, vive le condizioni-base della stessa democrazia partecipativa e la difesa dei diritti inviolabili iscritti nella persona umana. Senza limiti se non, ovviamente, quelli della legalità costituzionale, a nulla valendo l'obiezione, espressa a livello politico, che il potere giurisdizionale non promana direttamente dalla sovranità popolare. Perché potere politico e potere giudiziario, pur non essendo ordinati gerarchicamente, sono comunque forme partecipative della democrazia costituzionale, perché la Costituzione formalizza procedure di garanzia con l'intento primario di sottrarre i diritti e le libertà fondamentali alla tirannia della maggioranza e perché il giudice, pur non essendo direttamente nominato dal popolo, è comunque sottoposto al rispetto della legge come indica, puntualmente, l'art. 101 Cost. Ferma restando, naturalmente, la necessità di un controllo critico delle decisioni assunte soprattutto dalla giurisprudenza di merito⁷, un miglior sistema coope-

zienti in stato vegetativo permanente modificando gli orientamenti del diritto che gli organi giurisdizionali, secondo la Consulta, hanno coerentemente applicato. Cfr., F. CEMBRANI, *Sul disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011 recante "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Bioetica*, 4, 2011, p. 647 e ss.

⁷ Al di là dei paradossi del 'caso Stamina', è di questi giorni la notizia, ripresa dai media, che la multiterapia Di Bella sarebbe ancora erogata a titolo gratuito a moltissimi pazienti oncologici sulla base di decisioni opinabili assunte dagli organi giurisdizionali quando, ricordiamolo, la sperimentazione di questa terapia promossa dall'allora Ministro della Sanità aveva dato risultati assolutamente fallimentari. Cfr., *Il Mattino*, 20.01.2004, *Cura di Bella*, paga lo Stato. *Terapia*

rativo tra le diverse corti visto il peso crescente assunto dalla giurisdizione sovra-nazionale, la crescente necessità di consolidare scientificamente le decisioni assunte attraverso una *expertise* adeguatamente formata e preparata ad affrontare le molte questioni aperte dallo sviluppo delle conoscenze e dal progresso tecnologico. Se si vuole davvero evitare che «*nel punto in cui si incontrano il tribunale e l'uomo di scienza, in cui si incontrano l'istituzione giudiziaria e il sapere medico o scientifico*» si formino «*enunciati che hanno lo statuto di discorsi veri, che detengono effetti giudiziari considerevoli, e che hanno tuttavia la curiosa proprietà di essere estranei a tutte le regole, anche le più elementari, di formazione di un discorso scientifico, di essere estranei anche alle regole del diritto e di essere(...), in senso stretto, grotteschi*»⁸. Perché questi enunciati, spesso annunciati con le formule magiche del 'non si può escludere per cui si deve ammettere' o dell' '*id quod plerumque accidit*' spesso utilizzate in ambiente giudiziario possono davvero minare la tenuta della solidarietà e mettere in discussione la serietà e le garanzie costituzionali.

Ai giudici occorre, quindi, guardare con rinnovata fiducia visto l'attuale sbilanciamento degli assetti politico-istituzionali interni perché essi sono uno strumento di garanzia del vivere democratico e quali punto di equilibrio di un assetto politico-istituzionale in profonda crisi purché essi, naturalmente, sappiano responsabilmente orientare le loro decisioni in termini costituzionalmente guidati.

antitumorale bocciata nel '98 ma per alcuni Tribunali è a carico dell'Asl.

⁸ Cfr., M. FOCAULT, *Gli anormali (Corso al Collège de France, 1974-1975)*, Milano, 2009.

Roberto Conti

Consigliere della Corte di Cassazione

Il senso della domanda che mi è stata rivolta non credo sia quello di fissare dei paletti capaci di determinare con nettezza ciò che, in tema di scienze della vita, per il giudice è ortodosso e ciò che, per converso, appare debordare rispetto al perimetro delimitato da quegli stessi paletti. La eterogeneità delle vicende che ruotano attorno al tema rende, al contempo, micidiale il quesito e titanico il tentativo di formalizzare uno “schema tipico” capace di soddisfare il potenziale lettore.

Del resto, la stessa antitesi fra *possibilità* e *doverosità* dell’agire del giudice nelle scienze della vita risulta, probabilmente, opinabile non potendosi escludere che la possibilità includa – e non escluda – la doverosità dell’intervento giudiziale tutte le volte in cui la persona meritevole di protezione non si trovi nelle condizioni di potere autonomamente porre in essere una condotta necessaria alla salvaguardia della vita e/o dell’integrità psico-fisica del soggetto.

Occorre procedere, dunque, per approssimazioni, muovendo da alcune considerazioni di base per poi restringere progressivamente il raggio dell’analisi.

La crescita esponenziale dei fenomeni che ruotano attorno alle relazioni affettive e agli interessi della persona rende evidente quanto l’evoluzione normativa non riesca a seguire il passo delle innovazioni, spesso frutto del progresso scientifico e/o, più in generale, del rinnovato interesse per “fatti” che in passato non erano considerati meritevoli di tutela o che, addirittura, gravitavano in ambiti di palese illiceità – anche penale – o più semplicemente d’irrelevanza giuridica.

La stagione dell’espansione dei diritti fondamentali della persona che ormai caratterizza

l’esperienza dei paesi democratici, soprattutto europei, da oltre un cinquantennio segna, dunque, il trapasso di comportamenti e desideri della persona da ambiti collocati nell’indifferenza o addirittura nella rimproverabilità a contesti bisognosi di regole.

Nulla quaestio quando i fatti trovano agevole regolazione nel paradigma di una legge. Il problema sorge, invece, quando tali fatti o non trovano tale paradigma o si pongono in contrasto con il paradigma normativo. Il giudice si trova di fronte a veri e propri “dilemmi” che, da un lato, lo mettono in contatto con la pressante e scottante realtà fattuale e, dall’altro, non elidono la necessità che quello stesso regoli il caso al suo esame non sulla base della sua scienza privata o delle sue convinzioni ed esperienze personali o del suo credo politico o religioso, ma facendo applicazione della “legge”.

E allora, se la legge non c’è, significa che non c’è tutela giuridica che possa essere reclamata? La risposta a tale quesito è probabilmente positiva, in prima approssimazione.

Particolarmente perspicue appaiono le recenti conclusioni dell’Avvocato Generale Nils Wahl presentate il 26 settembre 2013 nella causa C-363/12, *Z c. Ministero e Consiglio di amministrazione di una Community School* che, chiamato dal giudice nazionale irlandese a valutare se la legislazione nazionale che non riconosce i congedi parentali alla madre che ha stipulato un contratto di maternità surrogata fosse conforme al diritto UE, ha escluso che la disciplina eurounitaria potesse costituire un valido parametro di verifica rispetto alla legislazione interna e tuttavia così concludeva: “(...)comprendo bene le difficoltà che i genitori affidatari si trovano indubbiamente ad affrontare a causa dell’incertezza giuridica inerente ai contratti di maternità surrogata in taluni Stati membri. Tuttavia, non credo che spetti alla Corte sostituirsi al legisla-

tore, impegnandosi in un'interpretazione costruttiva che porterebbe a leggere nelle direttive 2006/54 e 2000/78 (ovvero nella direttiva 92/85) qualcosa che esse non contemplano e costituirebbe, a mio avviso, un'usurpazione della prerogativa legislativa. Infatti, stabilire in sede giurisdizionale un diritto ad un congedo retribuito equivarrebbe a prendere posizione su questioni di natura etica, che devono essere ancora risolte con un procedimento legislativo. Se si ritiene che sia socialmente opportuno estendere la portata della protezione del congedo di maternità o per adozione (o creare una forma separata di congedo per i contratti di maternità surrogata), spetta agli Stati membri e/o al legislatore europeo adottare le misure legislative necessarie per raggiungere detto obiettivo."

Dunque, semaforo rosso per il giudice – della Corte di Giustizia o nazionale quando "manca" una tutela apprestata dall'ordinamento positivo – sia esso di matrice UE o nazionale o convenzionale (*id est*, CEDU).

Ma il discorso non è affatto così semplice quando le relazioni e gli interessi ai quali qui ci si riferisce trovano spazio all'interno dei diritti fondamentali dotati di carattere precettivo e sono esposti all'interno delle Carte dei diritti fondamentali, siano esse nazionali o sovranazionali – Carta di "Nizza Strasburgo", Convenzione europea dei diritti dell'uomo, altri Trattati internazionali – che contemplano diritti fondamentali dell'uomo.

Il discorso, ovviamente, si amplia a dismisura e non può essere in questa sede adeguatamente sviluppato.

Si può, in via di mera approssimazione, magari chiarire che il giudice "è tenuto" a verificare se la situazione posta al suo vaglio trovi una specifica regolamentazione nella griglia dei valori della persona espressi dalle Carte avendo cura, tuttavia, di selezionare i materiali *costituzionali* –

usando tale espressione in senso atecnico per indicare i valori fondamentali a prescindere dal documento nel quale gli stessi trovano tutela – a seconda della "competenza" del singolo ordinamento che viene in considerazione dovendosi, secondo la giurisprudenza per ora consolidata della Corte di Giustizia, escludere la rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. per le vicende non regolate dal diritto euro unitario. Si vedano, da ultimo, Corte di Giustizia 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa*, Corte di Giustizia Grande sezione, 18 marzo 2014, causa C-363/12, *Z c. Ministero e Consiglio di amministrazione di una Community School*. Una volta compiuta tale verifica, ci si dovrà chiedere "come" e "in che modo" il giudice deve intervenire.

Ora, nel caso di accertato "contrasto" della norma positiva con i valori fondamentali della persona umana, il giudice non potrà voltare le spalle, ma sarà tenuto a un'attività di vera e propria ricostruzione del sistema attraverso i meccanismi che allo stesso sono riservati dalla legge – verifica della costituzionalità della legge e della sua conformità ai diritti fondamentali di matrice sovranazionale per come interpretati dalle Corti nazionali e sovranazionali che rendono concreta e effettiva la tutela dei diritti fondamentali.

Se, invece, questo contrasto non c'è, perché non c'è una previsione normativa che regola la vicenda, si aprono le porte della concretizzazione delle tutele realizzata attraverso l'individuazione di una *regula iuris* che trova diretta matrice nei "principi fondamentali" scolpiti nelle Carte dei diritti. Peraltro, i risultati che l'agire giudiziario produrrà in tali circostanze difficilmente si prestano a operazioni di generalizzazione proprio perché la soluzione concreta del caso assume, nelle vicende di cui si discute, connotati difficilmente passibili di operazioni di

astrazione. Ciò che, in definitiva, distingue in modo netto e preciso l'attività del giudice da quella del legislatore.

La stella polare che, in ogni caso, dovrà seguire il giudice è, probabilmente, quella della più intensa tutela della dignità della persona da realizzare all'interno di un procedimento giudiziario capace di fare emergere tutti gli elementi necessari per rendere la decisione adeguata al caso concreto (sul punto si rinvia ad alcuni approfondimenti in altra sede svolti).

Qui preme solo sottolineare che se è quella appena tracciata la direzione obbligata che il giudice deve seguire, non sembra nemmeno peregrino riconoscere, in taluni casi, al giudice nicchie di *officiosità* non secondarie, destinate a operare in una prospettiva di piena e intensa tutela della persona. Siffatto *potere officioso* non potrà essere orientato in senso dirigista, autoritario e/o paternalista, esso semmai *dovendosi* indirizzare a tutelare al meglio gli interessi della persona.

In conclusione, l'accusa di *attivismo giudiziario* spesso avanzata proprio negli ambiti qui esaminati non può e non deve in alcun modo fermare o anche solo rallentare un processo che vede ormai i giudici, nazionali e sovranazionali, interrogarsi insieme, riflettere, formarsi sui temi biogiuridici come su altri versanti, ponendo il prodotto del loro agire alla critica degli utenti, delle persone, dei giuristi, dei sociologi, degli scienziati, dei medici, dai quali ultimi quegli stessi giudici non possono prescindere nell'individuazione e selezione degli elementi utili per la decisione.

Sicché l'elasticità dei principi a tutela della persona che informano le Costituzioni e le Carte dei diritti non solo non può essere, essa stessa, ragione giustificatrice di un atteggiamento di retroguardia del giudice ma è, anzi, il maggior fattore giustificativo del suo attuale agire.

Ciò, a patto che il giudice abbia sempre ben chiaro il "limite" imposto dalla legge e, prima ancora, dalla funzione affidatagli dalla Costituzione – e dalle altre Carte – rappresentato dal legame processuale al caso che ogni decisione deve possedere, dipendendo dalla solidità di questo legame "la legittimazione del potere discrezionale esercitato dai giudici" (Bin).

Le conclusioni appena rassegnate, ovviamente, peccano per eccesso o per difetto a seconda dei settori e degli ambiti che possono inserirsi in un'area "aperta e magmatica" qual è quella delle "questioni che rientrano nella scienza della vita".

Resta semmai da chiarire che il ruolo giudiziale qui tratteggiato non può in alcun modo prescindere da quei paradigmi fondamentali che descrivono le prerogative inalienabili della persona umana né dall'opera del legislatore, al quale è richiesto di individuare, in via generale e astratta, il contenuto minimale di una disciplina che potrà trovare nel caso concreto adeguata attuazione ad opera del giudice. Pare dunque questo il modo più perspicuo per temperare le esigenze di certezza del diritto, spesso strumentalmente evocate per aprioristicamente accusare il "giudiziario" di usurpare o debordare dai limiti intrinseci al proprio agire, con la "speranza di giustizia" del caso concreto, talvolta evocata da persone che si trovano direttamente a sperimentare "casi della vita" non sempre pienamente disciplinati dalla regola scritta, ma non per questo non meritevoli di tutela.

Stefano G. Guizzi

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

Esaurita in poco più di un ventennio, tra la fine degli anni trenta e gli anni cinquanta del secolo appena trascorso, la cosiddetta “rivoluzione terapeutica” (contraddistinta da un gigantesco progresso nella cura di malattie generalmente destinate, fino ad allora, ad un esito infausto), viviamo, ormai da tempo, quella che è stata definita come l’epoca della “rivoluzione biologica”. Tuttavia, a fronte di tale fenomeno – che ha consegnato all’essere umano una triplice, inedita, “padronanza”: sulla riproduzione, sulla ereditarietà dei caratteri genetici e sull’apparato nervoso (quest’ultima forse la più radicale, tanto da porre in discussione la stessa nozione biologica di “persona umana”, classificabile non più “per gruppo sanguigno”, ma appunto “per sistema nervoso”) – il giurista, e con esso il giudice, fatica ad individuare coordinate utili ad orientarsi “*in terra incognita*”.

Un problema, questo, che trae origine non solo dall’improvvisa obsolescenza delle previsioni normative già esistenti in materia (si pensi, emblematicamente, quanto all’ordinamento giuridico nazionale, al disposto dell’art. 5 del codice civile), ma anche dalla difficoltà di dare vita a nuovi interventi legislativi per l’assenza, tra le diverse forze politiche, di una sostanziale concordanza di vedute intorno ad alcune questioni (bio)etiche di fondo. Condizione, viceversa, indispensabile per consentire – secondo la nota impostazione rawlsiana – il formarsi di quel “consenso per intersezione”, unico antidoto contro il rischio di continue oscillazioni legislative in materia, dipendenti dal variabile “gioco” degli esiti elettorali.

Non stupisce, quindi, se in un quadro normativo largamente deficitario il giudice sia chiamato ad

offrire risposta alle questioni biogiuridiche soprattutto attraverso l’applicazione di “principi”, se non, addirittura, attraverso un modello di decisione “per valori”, nell’enucleazione (e bilanciamento) dei quali – in una moderna versione della teoria dei *drittwirkung der grundrechte* – egli si lascerà guidare, oltre che dalle norme costituzionali, dall’applicazione di quell’ampio corpus di diritto non scritto ricavabile dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali (operazione, peraltro, non scevra da insidie e da inconvenienti).

Una simile constatazione, tuttavia, più che alimentare il consueto interrogativo circa il passaggio dello “scettro” – nelle democrazie contemporanee – dal “Re-legislatore” al “Re-giudice”, suggerisce di focalizzare l’attenzione sull’influenza esercitata, nel processo che conduce alla formazione della decisione di entrambi, dai detentori di saperi “altri”, rispetto a quello strettamente giuridico. Un fenomeno così rilevante da indurre una parte della dottrina costituzionalista a teorizzare l’esistenza, nella materia bioetica, di un triplice livello di legittimazione della decisione pubblica: quella democratica, quella costituzionale e quella, appunto, scientifica.

Tuttavia, se per il legislatore la necessità di intervenire nelle materie bioetiche senza contravvenire alle *leges artis* (*id est*: senza discostarsi da quel complesso di regole tecniche, *standards* valutativi e linee-guida, spesso frutto di autonoma elaborazione ad opera degli appartenenti alla comunità scientifica) equivale ad immaginare un limite alla libertà delle sue scelte, non molto dissimile da quello ravvisabile, in capo alla pubblica amministrazione, allorché la discrezionalità del suo agire si “colori” di profili tecnici, ben altri problemi si pongono nel caso della decisione del giudice. Mentre, infatti, l’eventuale contraddittorietà – rispetto a postulati scientifi-

ci – delle opzioni compiute dalla legge si traduce, in definitiva, in un vizio di ragionevolezza della stessa (da accertare, eventualmente, all’esito di un giudizio di costituzionalità, la cui peculiarità consisterà nel basarsi su un parametro “misto”, cioè composto da elementi di natura normativa e di ordine fattuale), il ricorso a tecniche di integrazione eteronoma del precetto normativo colloca il giudice nella scomoda posizione di una tendenziale subordinazione a chi, di quell’insieme di regole extragiuridiche, è, al tempo stesso, artefice ed interprete.

Il tutto senza tacere del problema, cui pure incidentalmente si è già accennato, dell’ineludibile margine di discrezionalità (arbitrarietà?) che presenta il ricorso alla tecnica della decisione giudiziale “per valori”, complice, evidentemente, la loro – fisiologica – elasticità, con conseguenti rischi per la certezza del diritto.

Come è stato, infatti, efficacemente affermato in dottrina, in società – come quelle contemporanee – «a forte pluralizzazione etica, il diritto per valori indirizza le sue aspettative di razionalità verso il ceto professionale dei giuristi (e dei giudici in particolare) in misura maggiore che verso le istituzioni rappresentative», ma così facendo, in prospettiva, «minaccia di porre in una condizione di sofferenza uno dei fondamenti di struttura degli ordinamenti di *civil law*: l’idea che la decisione collettiva generale astratta, la legge, sia assistita da una forza razionale e da un valore morale superiori rispetto alla singola *concreta decisione*».

In un simile contesto, dunque, appare necessario che il giudice, soprattutto nella propria opera di interpretazione delle norme costituzionali, non prescinda mai da una preliminare ricognizione della volontà dei Costituenti, rifuggendo da una duplice – ed opposta – tentazione. Quella di arrestarsi ad una lettura sterilmente “originalista” della Costituzione, trasformandola – se-

condo un’icastica osservazione – “in un universo di valori definitivamente chiuso e stabilmente gerarchizzato”, ma anche quella di assecondare il suo “moto” verso “l’eternità ordinamentale”, e cioè il suo adattamento al mutare della realtà, non già attraverso un’interpretazione evolutiva del suo testo, bensì mediante una (più o meno consapevole) manipolazione dello stesso. Una non facile “quadratura del cerchio”.

Barbara Pezzini

Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo

Siamo continuamente sollecitati a comprendere perché, e come, le questioni di scienza della vita animano le aule giudiziarie: e mi pare di poter rispondere che ciò avviene essenzialmente in quanto incrociano bisogni riconosciuti dai singoli come diritti, che chiedono tutela. Nei tribunali trovano espressione le pretese soggettive, in particolare quelle che riguardano un diritto tanto ampio, quanto ampiamente tutelato in costituzione come il diritto alla salute; il fatto che i singoli si rivolgano sempre più numerosi ai giudici ci rivela che la mediazione politico-legislativa è carente, ma anche quanto sia ormai acquisita nella coscienza sociale una nozione di *diritti inviolabili costituzionalmente tutelati* che invero la forza precettiva della costituzione.

Una vicenda che interroga direttamente l'oggi è il caso *Stamina*, un inseguirsi caotico di azioni e reazioni in ordine alla sperimentazione clinica di un metodo terapeutico: azioni che riguardano direttamente la medicina come scienza della vita (riconoscimento e validazione della sperimentazione e dei suoi risultati); interventi di regolamentazione legislativa (innovazioni *ad hoc* nella definizione dei protocolli di validazione e nella qualificazione del metodo -come trapianto, cura finalizzata o terapia compassionevole); pronunce giudiziarie sui diversi aspetti della vicenda.

E ancora una volta -come già nel precedente *leading case* Di Bella, per molti versi analogo-dalle aule giudiziarie emerge una *babele giurisprudenziale*: che mette in questione sia la definizione dei protocolli di scientificità, sia l'allargamento della platea degli aventi diritto al trattamento (in base alla revisione della ragionevolezza delle classificazioni legislative o per-

sino creando titoli autonomi, ricorrendo alla "dignità della persona" o ad un "diritto alla speranza" integrativo o addirittura sostitutivo del diritto alla salute).

La giurisprudenza costituzionale sul precedente Di Bella fornisce due elementi di orientamento (sent. 185/ 1998 e 121/1999): la *garanzia dell'autonomia della sfera tecnico-scientifica* (integrabile con le linee della giurisprudenza successiva nel contesto dei rapporti stato-regioni), nonché il *criterio* di distinzione delle valutazioni tecnico scientifiche dall'attività del giudice.

La prima impone un *principio di rilevanza* delle valutazioni tecnico-scientifiche, che definiscono il limite (relativo) per il legislatore, nonché per la stessa Corte costituzionale e per ogni giudice: senza giungere a fondare una vera e propria *riserva*, tali valutazioni non possono essere ignorate e da esse non è consentito prescindere. Il secondo impedisce al giudice un esercizio, che diventerebbe *abnorme*, della sua funzione, che estenda la revisione dell'indagine tecnica oltre i limiti soggettivi (pazienti ricorrenti) ed oggettivi (tipi di patologie) rilevanti nel giudizio: il limite naturale della funzione giudiziale risiede nel rapporto di congruenza fra gli accertamenti peritali e i casi concreti rimessi alla cognizione dei giudici.

Ma quel precedente insegna anche che la discrezionalità del legislatore è in grado di circoscrivere e ridefinire l'ambito della discrezionalità tecnico-scientifica, creando posizioni soggettive che entrano nelle operazioni di definizione della ragionevolezza e/o di bilanciamento affidate ai giudici: il legislatore che, avvalendosi ampiamente della discrezionalità politica che gli compete, aveva avviato una forma di sperimentazione speciale e in deroga, ha creato un "fatto legislativo" dotato di una sua propria oggettività, che interseca, senza sostituirlo, il giudizio

sull'efficacia terapeutica della terapia (e che, come dice la Corte costituzionale, si differenzia "da qualsiasi mero fatto sociale spontaneo").

Quando la legge qualifica, per scelta politica, l'ambito della sperimentazione secondo criteri di specialità, qualifica anche posizioni soggettive da tutelare indipendentemente e al di fuori degli ambiti normalmente definiti secondo le procedure della sperimentazione ordinaria (in base all'esercizio della discrezionalità tecnica). Un fatto "legislativo" (come dice la sentenza 185/1998) o "politicamente qualificato" (come mi sembra preferibile, per marcare la natura e la forza dell'esercizio della potestà di scelta politica che si esprime nella materia attraverso la legge) diviene così capace di incidere sul *contenuto* del diritto alla salute, riconducendo al *nucleo essenziale* del diritto fondamentale garantito dall'art. 32 cost. le *aspettative soggettive* indotte dal legislatore stesso e, di conseguenza, rendendo necessario al giudice apprezzarle nei termini dell'art. 3 cost.

Da qui l'intreccio delle contraddizioni: le aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute (e che spetta al giudice tutelare) nascono dalla disciplina legislativa della sperimentazione, non già nella sfera tecnico-scientifica (dal momento che mancano le condizioni per l'avvio di una sperimentazione clinica *ordinaria*, la possibilità terapeutica è solo virtuale ed ipotetica). Il giudice, quindi, si trova a giudicare sulla ragionevolezza e sui limiti dell'attività legislativa, prima e più che intervenire in questioni relative alla scienza della vita.

Ed è alla luce di queste coordinate che, mi sembra, si potrebbe riordinare anche il quadro della giurisprudenza Stamina.

Distinguendo, cioè, i casi in cui – più o meno persuasivamente – il giudice interviene sulla base delle qualificazioni e/o omissioni del legislatore (integrando la ragionevolezza del sistema

laddove un'interpretazione costituzionalmente conforme lo consente, ovvero investendo la Corte costituzionale laddove fosse necessaria la declaratoria di incostituzionalità), dai casi in cui un *esercizio abnorme della funzione* invade il campo e contraddice il *principio della rilevanza* (che presidia l'autonomia della scienza). Ma per far ciò non può bastare il breve spazio di questa risposta.

Chiara Tripodina

Professoressa associata di diritto costituzionale, Università degli Studi del Piemonte Orientale

Le “questioni bioetiche” sono entrate nella sfera di competenza del diritto in tempi recenti. Fino a tutti gli anni Sessanta del Novecento avrebbe destato stupore parlare di procreazione o di morte in termini di “diritti”. Procreare e morire sono diventati giuridicamente rilevanti nel momento in cui sono usciti dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio e dunque di scelta. Quando la tecnica ha reso possibile il concepimento di un figlio, laddove la natura non lo avrebbe permesso; quando la scienza medica ha consentito di mantenere a oltranza una vita, laddove la natura avrebbe fatto sopraggiungere la morte, procreare e morire hanno cessato di essere solo fatti di cui prendere atto per divenire diritti da rivendicare: il “diritto a procreare artificialmente” e il “diritto a morire naturalmente”. “Diritti dell’età della tecnica”, precipitato delle nuove possibilità o necessità che il progresso della scienza medica ha posto dinnanzi agli uomini, e che, nella sequenza delle generazioni dei diritti, rappresentano l’ultimo approdo.

Di fronte alle richieste di tutela di questi “nuovi diritti”, i giudici si trovano spesso a dover decidere nel silenzio della legge: un silenzio dapprima giustificato dalla necessità che la nuova rivendicazione prenda evidenza e consistenza proprio attraverso la stratificazione dei casi giudiziari; ma che poi, spesso, tende a pietrificarsi in scelta politica, o, meglio, in incapacità di assumere scelte politiche di fronte a questioni complesse e tragici conflitti (esemplare l’incapacità, ormai trentennale risalendo il primo progetto di legge in materia al 1984, a legiferare sul diritto a morire naturalmente, ricono-

scendo valore alle dichiarazioni anticipate di volontà).

Oppure si trovano a decidere in presenza di leggi eticamente orientate, destinate ad appagare chi si riconosce nell’universo valoriale dalla maggioranza che le ha approvate, ma fortemente in urto con le coscienze e i corpi di coloro che non lo condividono, che per questo ricorrono ai giudici chiedendo la tutela dei diritti sconosciuti (emblematica la legge 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, oggetto di una trentina di sentenze di giudici comuni, Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’Uomo nei dieci anni della sua vigenza).

Nell’un caso come nell’altro, i giudici si trovano soli: soli al cospetto della costituzione e delle carte dei diritti internazionali e sovranazionali, che interrogano alla ricerca dei principî da applicare per dare risposta a casi non di rado umanamente drammatici, riguardando la sfera più intima delle persone coinvolte, nel tentativo di colmare lacune di legislatori impotenti o evidenziare illegittimità di legislatori prepotenti.

È un’opera ricostruttiva difficile, delicata e necessaria, essendo imposta dal divieto di *non liquet*; definita, quando agisce su più livelli di carte e di corti, “tutela multilivello dei diritti”.

Ma è opera, pure, non priva di rischi, se è vero – come è vero – che spesso sulle questioni bioetiche la costituzione e le altre carte “non dicono”. Parlano per principî, clausole aperte, riconoscendo il diritto alla vita, alla dignità umana, alla libertà personale, alla vita privata e familiare... Ma si tratta di principî da un lato in potenziale conflitto tra loro e non gerarchicamente ordinati, dall’altro suscettibili di molteplici e anche opposte letture: “cos’è vita degna?” e, prima, “cos’è vita?”. Le carte non dicono, né possono dire.

E allora i giudici, soli di fronte alle carte, rischiano di essere anche “uomini-soli” che, a seconda

della *loro* pre-comprensione del caso, del *loro* modello valoriale di riferimento, della *loro* interpretazione della costituzione e delle carte dei diritti, offrono soluzioni diverse, quando non contrastanti, ai medesimi casi (le storie giudiziarie in materia di procreazione artificiale e interruzione di cure sono ricche di esempi in tal senso), con gravi ricadute sulla certezza del diritto e sull'uguale trattamento dei cittadini, per tacere dell'assenza di discussione pubblica, di rappresentanza di tutte le parti, di responsabilità nell'assunzione di decisioni politiche fondamentali.

Questo esito non è desiderabile. E dunque?

E dunque, da un lato, i giudici, dovrebbero auto-limitare la propria libertà interpretativa (non da altri limitabile), accettando di mettere in discussione – anziché assecondare ed esaltare – gli elementi soggettivi delle proprie pre-comprensioni e impegnandosi nella ricerca di soluzioni il più possibile condivise e condivisibili dagli altri interpreti, *come se* vi fosse un imperativo morale categorico che imponesse loro di trarre dal testo normativo un significato quanto più elevabile a suo “significato universale”, in ogni caso rifuggendo da interpretazioni *contra legem*, sia pur costituzionalmente orientate, alla ricerca della soluzione (per loro) “più giusta” (la via è il proponimento della questione di legittimità costituzionale).

Dall'altro, la “politica costituzionale” – il complesso di attività culturali, giurisprudenziali, legislative e politiche, per mezzo delle quali si ridefinisce continuamente l'unità di senso della costituzione – non dovrebbe rassegnarsi alla (o, peggio, non dovrebbe auspicare la) marginalizzazione del legislatore politico sulle questioni eticamente controverse. Se la costituzione “non dice” sui nuovi diritti, non è (solo) perché molti di essi non erano né potevano essere nelle menti dei costituenti, ma soprattutto perché la

nostra non è una costituzione *totale*, che pretende di essere portatrice di risposte ultime rispetto a ogni questione che possa sorgere nella società, bensì è una costituzione *parziale* e *tolerante*, che, sottratti dalla sfera del decidibile politico i contenuti entrati nel compromesso costituente, per tutto il resto riconosce come strumento ordinario di risoluzione dei conflitti il procedimento legislativo con le sue regole democratiche. Con le parole della Corte costituzionale (sentenza n. 347/1998), a fronte di casi che chiamino in causa plurime esigenze costituzionali, «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»; solo qualora la legge manchi, «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

Senza disconoscere l'importanza cruciale e imprescindibile del diritto giurisprudenziale sulle questioni relative alla scienza della vita, allora, occorre tornare a valorizzare *anche* il diritto legislativo e rilegittimare il suo autore, impiegando tutti gli strumenti che la partecipazione democratica offre affinché esso operi, però, da “buon legislatore”: né impotente, né prepotente, ma competente, sapendo decidere sulle questioni eticamente controverse relative alla scelta della vita nel rispetto della pluralità delle coscienze e dei corpi delle persone coinvolte, oltre che, naturalmente, nel rispetto dei limiti imposti dalla scienza, con le sue evidenze, e dalla costituzione.