

Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto

Antonio D'Aloia *

JUDGES AND THE LAW IN BIOLAW'S DYNAMICS

ABSTRACT: Analysing the articles by Marta Tomasi and Simone Penasa, this contribution reflects on the role of the judiciary in the peculiar field of biolaw and, in particular, on its limits. The paper calls for a constitutionally and scientifically oriented biolaw, able to mediate between two extreme poles: the one of an almighty judge, on the one hand, and the one of an isolated decision maker, both left to their arbitrary adjudication of facts.

KEYWORDS: Jurisdiction; Pluralism; Limits; Biolaw; Constitutionalism.

Le due relazioni di Marta Tomasi e Simone Penasa ruotano intorno ad uno stesso fenomeno, pur partendo da differenti prospettive: in sintesi, il tema è quello dell'impatto della giurisprudenza sul biodiritto, anche a parti invertite, giacché il condizionamento e l'influenza sono reciproci. Entrambe le dimensioni subiscono modificazioni qualitative. Il modo di essere del biodiritto, come diritto prioritariamente giurisprudenziale, costituisce, al tempo stesso il segno di una trasformazione profonda del ruolo del giudice e della giurisdizione nello Stato costituzionale "aperto", dove il ragionamento giuridico si forma con materiali e flussi argomentativi che ormai hanno attraversato i confini territoriali dei singoli ordinamenti.

Questo protagonismo giurisdizionale trova sul terreno biogiuridico un "ambiente" particolarmente favorevole.

La regola legislativa spesso tarda ad arrivare, è troppo lenta rispetto alla emersione di *issues* frutto della combinazione tra possibilità scientifiche e fattori culturali; e anche quando interviene, essa è il frutto di mediazioni troppo esposte a variabili sociali e politiche, che inevitabilmente possono riaprire lo spazio dell'interpretazione giudiziaria, e del suo controllo sulla discrezionalità legislativa.

Come scrive Gaetano Silvestri, se

«il legislatore può omettere di dettare una regola dettagliata, [...] non riesce ad assumere, per mancanza di elementi conoscitivi o per carenza di volontà politica, un orientamento preciso su un dato oggetto, [...]. Il giudice non può che emettere una decisione, se questa gli viene chiesta in modo rituale. Se non esiste una regola *iuris* specifica, egli farà ricorso agli elementi ermeneutici di integrazione del sistema normativo...».

* *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Parma. Il presente contributo rappresenta la trascrizione, con poche aggiunte, per lo più bibliografiche, della relazione di sintesi svolta nell'ambito del Convegno su "Diritto e scienze della vita: verso un pluralismo sostenibile?", Trento, 14 maggio 2015.*

Tante volte è andata così per il biodiritto. Il Giudice ha creato “biodiritto” anche prima che lo chiamassimo con questo nome: penso alle sentenze addirittura dei primi del '900 sul consenso nella relazione terapeutica medico-paziente, ai casi americani di sterilizzazione dei malati di mente negli anni '20 e '40 sempre del secolo scorso, a *Roe vs. Wade* che ormai rappresenta una sorta di “Grundnorm” materialmente costituzionale del biodiritto americano, oppure, da noi, al caso della minore ereditaria che agisce per chiedere il riconoscimento del danno da nascita malformata davanti al Tribunale di Piacenza nel 1950 (pochi mesi fa, una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione [n. 25767 del 22 settembre 2015], ha negato la configurabilità di un danno legato al semplice fatto della vita malformata, sul presupposto che la “non – vita” non può essere un bene della vita, non è comparabile con una vita per quanto segnata dalla malattia e dalla sofferenza; la “non-vita” non è nulla, e il danno invece, è necessariamente un “avere di meno”).

Una creatività imposta dalla sua funzione, non usurpata. Il giudice, come sottolinea Cappelletti nel suo celebre lavoro del 1984 su *Giudici legislatori?*, deve essere creativo: il giudice creativo non è il giudice che pretende di essere un legislatore, ma il giudice che usa doverosamente la ricchezza dei materiali e delle risorse che appartengono alla sfera interpretativa, che fa parlare le norme giuridiche, incrociando principi e clausole generali (che sono diritto scritto), con la straordinaria varietà dei fatti e dei contesti umani, sociali, culturali che danno vita e restano sullo sfondo dei casi giudiziari¹.

Il Giudice è stato il motore di sviluppo del biodiritto, anche perché se è vero che egli risolve singoli casi, le sue decisioni vanno sempre oltre la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio. Possiamo dire che il giudice non è solo, né prima né dopo aver preso la sua decisione.

Le sue decisioni sono assunte dopo il contraddittorio tra le parti, dopo aver ascoltato il suo consulente e gli altri consulenti, tenendo conto della strategia processuale degli avvocati, i precedenti giurisprudenziali, la dottrina. Insomma, il giudice è dentro un sistema dinamico di cui lui rappresenta uno degli anelli della catena, e, al tempo stesso, la sua decisione (dopo che è stata presa), e soprattutto la motivazione che ha esternato, finiscono di nuovo dentro questo contenitore così complesso, fatto di impugnazioni, letture critiche, precedenti.

La decisione del caso diventa un elemento di stimolo, una sorta di interrogazione che il giudice rivolge all'ordinamento giuridico, alle sue risorse, allo stesso legislatore.

La soluzione di un caso esprime una potenzialità del diritto. Significa che i materiali che abbiamo a disposizione (norme legislative specifiche, disposizioni richiamabili analogicamente, principi generali del diritto, principi costituzionali e/o europei) consentono un determinato risultato interpretativo: e il legislatore può decidere di consolidarlo (un esempio può essere quello della legislazione americana sui *living wills* dopo il caso di Karen Quinlan), di “sfidarlo” (si pensi alla legge 40 rispetto alle dinamiche giurisprudenziali fino a quel momento emerse in tema di PMA), ovvero di lasciare campo alla capacità adattativa e alla flessibilità delle situazioni processuali (è forse questo il tentativo recentissimo del legislatore italiano sulla *stepchild adoption*?).

Questo movimento è il cuore dell'evoluzione del diritto, la sua inesauribile forza espansiva. Per rimanere alle categorie di Marta Tomasi, direi più un'evoluzione naturale del diritto che non una sua mu-

¹ Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 29.

tazione genetica, specialmente in alcuni settori dove il diritto è intrinsecamente sospinto dentro un contesto in cui viene particolarmente in risalto il profilo interpretativo e argomentativo.

Il biodiritto è uno di questi settori, forse il più esposto a queste caratteristiche. Due connotazioni in particolare appaiono decisive in questo senso.

La prima è che le questioni biogiuridiche hanno quasi sempre un tono costituzionale molto alto. Il biodiritto si costruisce intorno a beni come salute, vita, dignità, e a loro volta questi concetti richiamano emozioni, aspettative sociali, speranza. Un libro recente di A. Sajo² parla proprio dei “*constitutional sentiments*”, cioè del ruolo che le emozioni e i sentimenti giocano, lui dice, in «building constitution and constitutionalism»; le emozioni diventano un fatto sociale, esprimono quello che si agita all’interno di una società di fronte a nuove sollecitazioni (nel nostro caso scientifiche, tecnologiche), e inevitabilmente diventano un elemento costituzionale perché fanno parte di quella cultura sociale, politica, giuridica, che poi ritroviamo nelle argomentazioni dei giudici comuni e costituzionali.

Di fronte a questi elementi, è fatale che le distanze interpretative possano allargarsi in modo incontenibile. Come ha scritto G. Zagrebelsky, quando ci si confronta con queste cose, con questi principi, c’è un dato normativo formale (per quanto possa essere indeterminato), e c’è un “altrove”³. che diventa non meno capace di esprimere una sua normatività. Sono due contesti che non appaiono nettamente distinguibili. Lo sfondo dei grandi principi costituzionali è costituito da valori morali, esigenze di giustizia, visioni esistenziali. L’opera della Costituzione, e soprattutto di quella parte chiamata in causa nel discorso bioetico, consiste nell’immettere questi valori nel circuito del diritto positivo, e del ragionamento giuridico.

Al tempo stesso, però, l’incorporazione ha un “prezzo”: quello di riflettere il pluralismo del dibattito inesauribile sulle grandi categorie dell’agire umano, riportandolo in pieno, con tutto il suo carico di posizioni anche opposte⁴, dentro il contesto normativo costituzionale, nelle sue proiezioni applicative.

Chi può dire quanti e quali sono i significati che può assumere la nozione di dignità?

La dignità dell’uomo concreto, dell’uomo nelle sue vicende esistenziali (che è poi l’uomo a cui guardano le nostre costituzioni contemporanee, non a caso la nostra parla di “dignità sociale”), non è un quadro fisso e immutabile, ma subisce il peso delle situazioni reali che un soggetto si trova a vivere, delle sue esperienze, della sua inimitabile soggettività. Questo può spiegare come mai l’argomento della dignità, come ricordava Lucia Busatta, può essere usato dai sostenitori della legittimazione del

² A. SAJO, *Constitutional sentiments*, New Haven, CT, 2011.

³ Su cui insiste anche M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene comune*, trad. it., Milano, 2010, 282 ss., quando dice che molte delle principali controversie bioetiche, come quelle sull’aborto e sulle cellule staminali, non possono essere risolte senza prendere posizione sulla controversia etica e religiosa ad esse sottesa. [...] l’apparente neutralità delle posizioni liberali in realtà non è veramente neutrale. La tesi che mira ad autorizzare l’aborto è altrettanto poco neutrale quanto lo è la tesi che intende vietarlo: entrambe le posizioni presuppongono che sia stata risolta in qualche modo la controversia etica e religiosa sottostante.

⁴ Per dirla con S. LEE, *Law and Morals*, Oxford-New York, 1986, 21, «The law is not, cannot be, and should not be, morally neutral. But which moral values should it seek to enforce?».

divieto di suicidio medicalmente assistito, e dalla sentenza *Carter* (della Corte Suprema canadese) che invece ha ritenuto incostituzionale, proprio perché viola la dignità umana, il divieto stesso⁵.

La dignità non può valere come una sorta di limite esterno (ed “estraneo”) all’autonomia personale del soggetto, a quelle concezioni di se stessi che Dworkin⁶ ha identificato nel concetto di “interessi critici”, che rappresentano “quanto di speciale c’è” in ogni uomo; in altre parole, la dignità non può significare per tutti e in tutte le circostanze la stessa cosa, altrimenti finirebbe col contraddire il suo fondamento più autentico nella capacità del soggetto di sviluppare e determinare se stesso liberamente⁷.

L’altra connotazione del biodiritto è lo stretto collegamento con il caso, vale a dire il fatto che le diverse decisioni e posizioni del dibattito bioetico prendono forma intorno a problemi particolari, elementi di un vissuto reale che il giudice è costretto a guardare direttamente, con tutto il loro carico di sofferenza e di emotività.

«Casuistry» e «principlism»⁸: due caratteristiche che si alimentano vicendevolmente. Il caso sprigiona la forza espansiva del principio, la sua capacità di offrire una base di discussione e di soluzione del problema specifico.

Sempre G. Zagrebelsky⁹ scrive che

«in un diritto per principi i fatti vengono illuminati e animati, diventano “casi problematici” che sollevano domande, mentre in un “diritto per regole” si può ragionare come se essi siano meri accadimenti. Potremmo fare molti esempi [...]. I più chiarificatori riguardano i casi nuovi, come quelli che nascono dalle applicazioni della tecnologia biomedica agli eventi della nascita, della vita e della morte».

Parafrasando l’immagine di Zagrebelsky, si potrebbe dire che il caso mette in movimento le possibili proiezioni sostanziali di un principio, lo rende “determinato” e idoneo a produrre norme particolari, almeno in rapporto a quella situazione, e alle situazioni analoghe. A sua volta, i “casi” hanno bisogno di appoggiarsi al “principio”, sia quando non ci sono regole (il che era la condizione normale, soprattutto agli albori della bioetica), e occorre pur trovare una risposta alla domanda di giustizia che da essi promana; sia quando una regola c’è, ma appare insufficiente, parziale, incoerente nella traduzione del parametro ‘generale’ (principi, clausole costituzionali indeterminate) e del suo contenuto assiologico.

⁵ Per G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Bologna, 2009, 108-109, «Tutti sottoscrivono il principio di difesa della dignità umana. Ma la dignità umana postula, permette, oppure vieta che i malati terminali decidano in libertà se richiedere l’eutanasia?».

⁶ R. DWORKIN, *Life’s dominion*, trad. It. *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994, 274, 291 ss., 294.

⁷ Cfr. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2004, 234, secondo cui la dignità si basa sulla comprensione dell’essere umano come una creatura intellettuale e morale capace di determinare e sviluppare se stesso liberamente.

⁸ Sul principlismo e sulla “casuistry” come le due metodologie fondamentali del biolaw, v. D. SPERLING, *Law and Bioethics: A Right-Based relationship and Its Troubling Implications*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Bioethics*, Oxford, 2008, 58.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, 2006, 46-47.

Ad ogni modo, è qui, in questa speciale relazione con i fatti (e i casi)¹⁰, che risiede la differenza principale tra il giudice e il legislatore.

Il primo ha una straordinaria (ed inimitabile dal legislatore) capacità di vedere il caso, i suoi profili particolari, le piccole o grandi differenze che rendono ogni vicenda diversa da un'altra¹¹. Il giudice ne percepisce la drammaticità, può leggere il contesto, e questo non è irrilevante quando la sua decisione deve appunto confrontarsi con un parametro normativo che magari non c'è, o che deve essere in ogni caso integrato e combinato con i contenuti "aperti" che derivano dai principi e dalle clausole costituzionali indeterminate (quelle sulla dignità, sul pieno sviluppo della persona, sull'identità e sulla libertà personale), ovvero dal loro confronto con norme costituzionali più definite sul piano dei significati, come ad esempio quella sulla salute, con le sue implicazioni in termini di *self-determination* e consenso.

In realtà, entrambe le dimensioni, quella giudiziaria e quella legislativa, sono contemporaneamente essenziali per le tematiche biogiuridiche¹². Più in generale, il diritto, in qualsiasi campo, è sempre l'esito di un processo, al quale concorrono, ciascuno per la sua parte, il legislatore e il giudice, ed entrambi i contributi sono *diversamente* indispensabili¹³.

Per molto tempo, almeno nell'esperienza italiana (su questa come su altre tematiche; si pensi ad es. ai numerosi profili problematici riguardanti la procreazione medicalmente assistita), la decisione giudiziaria (ma anche meccanismi regolativi "endogeni", come il codice di deontologia medica) si è mossa in un'area non regolata dal diritto legislativo, svolgendo una funzione sostanzialmente suppletiva, e al tempo stesso obbligatoria, perché – come si è detto – il giudice deve comunque dare una soluzione ai casi che vengono portati alla sua attenzione anche quando manca una specifica e puntuale disciplina normativa¹⁴, costruendo questa soluzione attraverso l'incrocio di materiali testuali e logiche ermeneutiche più "generaliste", che ampliano lo schema concettuale della "legge" alla quale il giudice è soggetto ai sensi del secondo comma dell'art. 101 Cost. (i riferimenti normativi "analoghi", i principi costituzionali e i principi generali dell'ordinamento giuridico, i principi del diritto comunitario ed internazionale, le clausole indeterminate come la dignità, il pieno sviluppo della persona, la vita, la salute)¹⁵; anzi, quasi "deformano" questa relazione tra il giudice e la legge, se è vero che il primo è soggetto alla legge, ma "law is what judges say it is"¹⁶.

Dietro lo schermo della legge ci sono ormai, come si è detto, i principi del diritto europeo. Nel biodiritto degli ultimi anni sono soprattutto le sentenze della Corte EDU ad avere "ri-aperto" una serie di dossier tematici, dalla fecondazione eterologa alla maternità surrogata, alle decisioni di fine vita (con

¹⁰ Sulla distinzione tra "fatti" e "casi", nel senso che i primi sono "accadimenti oggettivi", mentre il caso «è una costruzione della mente umana», v. R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013, 25.

¹¹ Sul punto, v. le acute riflessioni di C.H. BARON, *Decisioni di vita o di morte. Giudici vs. legislatori come fonti del diritto in bioetica*, Parma, 2003, paper.

¹² Vedi A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, 302 ss.

¹³ G. AMATO, *Il "potere diviso" e l'interpretazione della legge*, in *Questione giustizia*, 2, 2003, 317.

¹⁴ Cfr. le illuminanti riflessioni di G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2004, 412 e 438.

¹⁵ Vedi ora, in tema, l'importante lavoro di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2008.

¹⁶ La frase riportata è la parafrasi di un'affermazione del Chief Justice Hughes riportata in D.J. DANIELSKY, J.S. TULSHIN, *Autobiographical notes of Charles Evan Hughes*, Harvard University Press, 1973, 143.

i casi *Haas, Koch*, e soprattutto la vicenda di Vincent Lambert), alla diagnosi genetica pre-impianto (caso *Costa-Pavan*).

Non sempre il concorso di giudici nazionali e sovranazionali produce risultati incrementali e “progressivi”. Per alcune questioni biogiuridiche non regge lo schema (un po’ “irenico”) della maggiore espansione della tutela del diritto fondamentale, rilanciato da alcune sentenze della Corte Costituzionale nella prima fase post-sentenze gemelle del 2007 (nn. 348 e 349 del 2007; 317/2009): ad esempio, nei casi di inizio vita, qual è la posizione che vogliamo tutelare di più? Quella di chi deve prendere la scelta di procreare (o di non procreare), ovvero la posizione del “soggetto” di questa scelta, cioè del concepito, nei diversi stadi in cui la vita nascente può manifestarsi?

Insomma, non possiamo escludere che si creino dei conflitti tra due visioni del bilanciamento tra gli interessi coinvolti. E l’esito di questi conflitti potrebbe anche essere una resistenza degli ordinamenti nazionali, come sembra emergere dalla sentenza della Corte Costituzionale sul caso *Varvara* (n. 49/2015), dove di fronte ad un’oggettiva distonia tra l’opinione della Corte e quello che il Giudice europeo dei diritti aveva detto sullo stesso problema, da un lato la Corte ha provato a ridimensionare la portata del precedente, dall’altro, alla fine ha concluso nel senso della superiore rilevanza del patrimonio assiologico costituzionale.

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

In effetti, la storia giuridica delle questioni bioetiche riguardanti la fine della vita sembra proprio caratterizzata da una concorrenza quasi “naturale” tra la dimensione legislativa e quella giudiziaria, l’una inevitabile al pari dell’altra, l’una necessaria per correggere le insufficienze e i limiti dell’altra¹⁷. In altre parole, se è vero che il giudice deve muoversi nell’ambito di condizioni testuali che costituiscono il limite costituzionale della sua attività come attività di interpretazione (e non di “creazione”) del diritto¹⁸, non si può non vedere che soprattutto i principi costituzionali presentano una incoercibile “apertura semantica”¹⁹, che finisce con il ridurre l’ambizione di oggettività del parametro esplicito, esaltando proprio gli spazi della ricerca (che diventa vera e propria rielaborazione) interpretativa del

¹⁷ Secondo G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, 213, nello Stato costituzionale contemporaneo la gestione dei diritti fondamentali è condivisa tra giudici e legislatore, ci sono cose che spettano agli uni e cose che spettano agli altri.

¹⁸ Come rileva M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere, III. Dei diritti e dell’eguaglianza*, Padova, 2009, 1059, tra il porre del legislatore e il porre del giudice c’è una insuperabile differenza logica, proprio sul piano dei margini di discrezionalità, [...], il secondo non può mai arrivare all’apprezzamento politico non motivato del primo.

¹⁹ Cfr., C. PINELLI, *L’interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladin*, Padova, 2004, 13, secondo il quale la presenza nei testi costituzionali di disposizioni di principio costituisce «il modo in cui il diritto costituzionale è in grado di reagire alle incognite del tempo».

giudice, che si alimenta anche di precedenti giurisprudenziali²⁰ che provengono da altri ordinamenti²¹, il che –da un diverso versante- conferma il carattere contemporaneamente “giurisprudenziale” e “a-territoriale” delle questioni bioetiche²².

Dal canto suo, il legislatore stesso, è chiamato a muoversi in coerenza con questo riferimento così “mobile” e complesso, alla cui ricomposizione concorre il giudice: allora, la soggezione del giudice alla legge perde la sua tradizionale impronta a senso unico. In fondo, il giudice e la legge sono “soggetti” ad una trama assiologica unitaria, che vincola entrambi e che entrambi contribuiscono a delineare nei suoi contenuti sostanziali.

Quando si parla di diritti fondamentali, e dunque di questioni che riguardano il modo di decidere della propria salute e della propria vita, potremmo ben dire con J. Finnis, che «la disciplina specifica [di esso] diventa ... un affare complesso, in cui nessuno ha veramente l’ultima parola»²³.

Il giudice non può non decidere solo perché una legge manca; il legislatore non può pretendere che il giudice aspetti le sue indicazioni, o peggio si faccia interprete e di una sorta di sentimento maggioritario virtualmente rappresentato dalla maggioranza parlamentare e dalle sue posizioni.

Tuttavia, il legislatore può e (anzi) deve intervenire su queste tematiche.

Il dibattito su tali fondamentali opzioni non può rimanere confinato nel cerchio delle situazioni concrete individuali. Ci sono questioni sulle quali la società nel suo complesso deve prendere posizione, pur con i rischi (che indubbiamente sussistono) di adottare modelli regolativi in prima battuta instabili o tali da determinare conflitti o da essere esposti alle spinte “correttive” dell’interpretazione giudiziaria o degli orientamenti del giudice costituzionale, e con la consapevolezza che nessuna decisione sarà mai completamente condivisa.

In questo mondo che il giudice prova a reggere sulle sue spalle, senza essere né Ercole (secondo la nota qualificazione dworkiniana), perché in fondo fa il suo dovere anche quando interviene in una situazione non regolamentata dal legislatore, né Sisifo, perché non è solo, ma dietro la sua decisione ci sono le parti, altri giudici, altri casi, ci deve essere un posto anche per il legislatore.

Il problema è capire “quale legislatore”, cioè quali caratteristiche dovrebbe avere un legislatore che voglia essere ragionevole, sia costituzionalmente sia scientificamente.

Su questo punto la Corte Costituzionale è stata chiara. Nelle decisioni sul numero di embrioni da produrre e da impiantare (n. 151/2009), e ancora prima sulla moratoria regionale delle terapie elettro-

²⁰ Anche legislativi e dottrinali, come nota S. RAGONE, *La comparazione come tecnica strumentale all’interpretazione e all’applicazione dei principi: il caso del rifiuto dei trattamenti medici vitali*, in A. D’ALOIA (ed.), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012. Sulla circolazione dei formanti giurisprudenziali, v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, e C. SUNSTEIN, *A Constitution of many minds*, Princeton, 2009, 187 ss.

²¹ Sul metodo della comparazione come elemento fondamentale dell’interpretazione costituzionale, v., in generale, G. BOGNETTI, *Diritto costituzionale comparato. Approccio metodologico*, Modena, 2011, 73.

²² A. D’ALOIA, *Norme giustizia diritti nel tempo delle biotecnologie*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005.

²³ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, 220. Cfr. anche V. BALDINI, *L’attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2012., 16, secondo cui «...non è incongruo ritenere che lo “Stato giurisdizionale” possa declinarsi come una forma evoluta dello Stato costituzionale di diritto, nel quale trova un fondamentale riconoscimento la primazia dell’istanza di libertà...».

convulsioni (n. 282/2002), il Giudice costituzionale ha censurato il fatto che le scelte legislative fossero ispirate ad una logica di “discrezionalità politica pura”.

In altre parole, il legislatore deve rapportarsi alle acquisizioni scientifiche, partire da quelle per impostare il suo approccio regolativo, e tener conto di tutto quel complesso di sedimentazioni che vengono da quel mondo “paranormativo”, ma che preme con forza sull’edificio del diritto, che il mondo dei codici deontologici, delle linee guida, delle regole “autoprodotte” della pratica medica.

Come è stato detto, l’imparzialità dovrebbe essere una «condizione strutturale del biodiritto»²⁴.

Imparzialità è a sua volta un concetto indeterminato, che può significare tante cose. In questo contesto può significare che il legislatore deve contemperare attentamente gli interessi in gioco e i punti di consolidamento che provengono da altre risorse procedurali del (bio)diritto: non solo l’interpretazione giudiziaria, ma anche la prassi medica alla luce del codice deontologico. Sarebbe sbagliato non tenerne conto, pensare di poter fare da solo, o peggio utilizzare la forza della legge per reagire o neutralizzare l’attività interpretativa della giurisprudenza (e le istanze sociali che la muovono), perché poi questa in qualche modo si riprenderebbe i suoi spazi attraverso le varie tecniche di controllo della discrezionalità legislativa di cui il giudice dispone²⁵.

Come ho provato a dire in precedenza, l’impatto delle decisioni giudiziarie spesso oltrepassa il caso di riferimento: una volta che un giudice si pronuncia su un problema, offre la sua interpretazione di un conflitto bioetico, non c’è nulla da fare, non è che si può chiudere il discorso semplicemente costruendo un recinto legislativo intorno. Non serve a nulla per il legislatore mostrare i muscoli e poi vedersi strappato lo schermo della sua falsa onnipotenza.

Un diritto legislativo perciò anche “sussidiario”, consapevole della necessità di mantenere costantemente una finestra aperta sul contesto in cui dovrà trovare applicazione, di cercare anche lì una legittimazione che non può poggiare solo sull’autorità in sé della procedura legislativa.

A questa stregua, anche il codice di deontologica medica, come schema regolativo a base volontaria, può essere una risorsa (o una “fonte”) del biodiritto. Lo è stato per lungo tempo svolgendo un ruolo di supplenza e di compensazione rispetto all’assenza della legge da molte delle questioni bioetiche, talvolta anche proponendo soluzioni dissonanti dagli indirizzi giurisprudenziali, o anticipando (e orientando) il lavoro del legislatore.

Anche oggi, in uno spazio ormai abbastanza occupato dalle risorse formali del biodiritto, le norme deontologiche, nel momento in cui definiscono un primo “statuto” del malato, finiscono con l’esercitare una funzione indiretta, di conferma e di stabilizzazione del dettato normativo, come un pezzo del c.d. “diritto vivente”. Per altro verso, quando la legge si muove secondo linee di coerenza con il sistema dell’autoregolazione deontologica, è certamente più probabile che le soluzioni proposte in sede politica o amministrativa, troveranno un ambiente più pronto ad accoglierle e a dare ad esse piena effettività²⁶.

²⁴ A. COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Acireale, 2002, 58 ss.

²⁵ Per S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., 17 dell’estratto, sarebbe «utile una legge di consolidamento del diritto vivente, come si è venuto definendo negli orientamenti dei giudici; non certo una legge che lo contrastasse e lo negasse nei capisaldi».

²⁶ Per C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2013, 172, va confermato che il diritto, nella sua componente sia legislativa che giurisprudenziale, non possa non fare riferimento alla dimensione deontologica al fine di costruire elementi essenziali della disciplina.

Imparzialità, sussidiarietà, ragionevolezza: tre elementi, che si “tengono” reciprocamente, di una corretta catena normativa del biodiritto, nella quale è altresì decisivo il rapporto tra discrezionalità politica e dato tecnico-scientifico.

Sulle questioni bioetiche, la razionalità scientifica diventa un presupposto di legittimazione, un elemento del giudizio di ragionevolezza, e di legittimità costituzionale di una legge²⁷.

Il biodiritto, in sostanza, ha bisogno del dialogo tra i due sistemi, quello politico-legislativo, e quello scientifico, come elemento di “qualità” sostanziale del prodotto normativo. Una legge che interrompa questo dialogo, che pretenda di fraporsi rigidamente tra le acquisizioni scientifiche e sperimentali da un lato, e i comportamenti e le scelte delle persone e dei medici dall’altro, supera i limiti della discrezionalità legislativa, perde in un certo senso la sua “imparzialità”, che è appunto ragionevole contemperamento degli interessi e delle conseguenze della scelta normativa, disponibilità al confronto; e questo, anche dopo l’approvazione della legge, perché una legge imparziale e ragionevole deve accettare una costante verifica dei suoi problemi di fattibilità, della sua perdurante attualità, della necessità o meno di rivedere e aggiornare i suoi contenuti²⁸.

Allora, per concludere, un biodiritto legislativo fatto in questo modo, un biodiritto costituzionalmente e scientificamente fondato, potrebbe forse evitare da un lato, gli eccessi di un giudice onnipotente, e dall’altro la solitudine di un giudice abbandonato.

²⁷ Vedi A. SPADARO, *Sulle tre forme di legittimazione (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’ALOIA (a cura di.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 569 ss.

²⁸ Sulla strategia di “manutenzione” della *loi de bioéthique* francese del 2004, e sui meccanismi partecipativi che sono stati messi in campo, e che ha portato all’approvazione della nuova l. 814/2011, v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 192.