

Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa.

Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali

Simone Penasa*

THE “SCIENTIFIC QUESTIONS” IN THE DYNAMIC BETWEEN JUDICIARY AND LEGISLATIVE DISCRETION. A COMPARATIVE STUDY ON THE CASE-LAW OF NATIONAL, INTERNATIONAL AND SUPRANATIONAL COURTS.

ABSTRACT: The scientific content of question that national, supranational and international courts increasingly face in exercising their function may influence the traditional relationship between judicial and legislative discretionary power. Through a comparative analysis of decisions derived from Constitutional, Supreme, European and International Courts, the article provides for a systematization of the different attitudes that jurisdictions may adopt before “scientific questions”. Special emphasis will be dedicated to the approach concretely implemented by courts, within a classification that goes from self-restraint to judicial activism.

KEYWORDS: Biolaw; Comparative law ; Pluralism; Jurisdiction; Scientific questions.

SOMMARIO: 1. La specificità delle questioni scientificamente connotate e l'emersione del principio di ragionevolezza scientifica – 2. L'esercizio della funzione di controllo della discrezionalità legislativa: quale influenza della natura scientifica delle questioni? – 3. Il presupposto: verifica della diffusività dei principi emergenti dalla giurisprudenza costituzionale italiana – 4. La prima dimensione della relazione tra funzione giurisdizionale e questioni scientifiche: la scelta di qualificare giuridicamente un concetto medico-scientifico quale presupposto dello scrutinio nel merito delle scelte legislative – 4.1. La dimensione internazionale e sovranazionale: le corti tra astensionismo (Corte EDU) e interventismo (Corte di giustizia e Corte Interamericana) – 4.2. L'approccio “interventista” della Corte di giustizia: la “saga” Brüstle – 4.3. La Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo: il caso Artavia Murillo e altri c. Costa Rica come paradigma dell'approccio “interventista” – 4.4. Il livello nazionale: la scelta di “interpretare” concetti extra-giuridici quale fattore espansivo della discrezionalità giurisprudenziale – 4.4.1. La Corte Suprema irlandese e la definizione di *unborn child*: il caso Roche v Roche – 4.4.2. La definizione di “concepimento” e l'obiezione di coscienza relativa alla “pillola del giorno dopo”: i casi argentino e spagnolo – 4.5. Una prima conclusione intermedia: la natura dell'approccio (astensionista o interventista) alle questioni tecnico-scientifiche come metronomo della relazione tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale – 5. La seconda dimensione della relazione tra funzione giurisdizionale e questioni scientifiche: l'impatto sul controllo della discrezionalità legislativa da parte delle corti superiori e costituzionali – 5.1. Il *self-restraint* giurisprudenziale “provocato” o “rafforzato” dalla natura tecnico-scientifica della questione: Corte EDU e corti nazionali – 5.2. Il livello nazionale: la possibile diversa “natura” del *self-restraint* (fondamento presuntivo –

* Dottore di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Contributo sottoposto a referaggio.

Francia – o valutativo – Argentina e Regno Unito) – 5.3. Oltre il *self-restraint*: la funzione valutativa degli elementi tecnico-scientifici all'interno del giudizio di legittimità costituzionale (Canada, Spagna, Portogallo; Corte di giustizia dell'Unione europea) – 6. Le “*scientific questions*” come nuovo contesto di confronto tra *judicial deference* e *judicial activism*? Linee di tendenza in via di consolidamento a livello comparato.

1. La specificità delle questioni scientificamente connotate e l'emersione del principio di ragionevolezza scientifica

Nell'ambito della medicina, la costante evoluzione delle acquisizioni tecnico-scientifiche mette alla prova la risposta che il diritto, in particolare la sua emanazione legislativa, offre alle dinamiche che caratterizzano questo ambito della vita sociale. La complessità tecnico-scientifica viene, in questo contesto, a sommarsi ad una complessità di natura etica e sociale, tradizionalmente connessa a questioni relative alle scienze della vita¹.

L'elemento innovativo rappresentato dalla natura specifica dell'oggetto di regolazione – l'ambito medico-scientifico – tende a modificare il tipo di risposta giuridica che un ordinamento offre, in termini sia di fonti utilizzate, sia di metodo dell'esercizio della funzione normativa. In questo senso, la specificità dell'oggetto, e in particolare la sua natura costantemente mutevole, in quanto soggetta alla evoluzione delle conoscenze tecniche e delle successive applicazioni in campo medico-scientifico, diviene un elemento determinante. Risulta necessario, da un lato, garantire che lo strumento normativo impiegato risulti adeguato ed effettivo, rispetto alla funzione regolatrice che l'ordinamento deve svolgere; e dall'altro lato, tale risposta deve risultare anche compatibile con la struttura normativa generale di un dato ordinamento, in termini di compatibilità con l'ambito costituzionale (nonché internazionale).

Queste ultime considerazioni richiamano l'esigenza di comprendere nell'analisi il formante giurisprudenziale, il quale rappresenta, da un lato, un possibile strumento di regolazione del caso concreto²; e, dall'altro lato, esso svolge una funzione di “controllo” della legittimità dei contenuti legislativi adottati³.

L'esercizio del potere legislativo tende a subire una rimodulazione, derivante dalla specificità dell'oggetto di regolazione, dal punto di vista della natura tecnica e settoriale di quest'ultimo, la quale viene a incidere sulla concreta configurazione degli assetti normativi degli interessi coinvolti. Tutto

¹ Sulla specificità della regolazione delle scienze della vita, cfr. *ex plurimis* C. CASONATO, *Evidence-Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2014, pp. 179 ss. Sia consentito il rinvio a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, 2015.

² Ad esempio quando la legge fornisca un quadro giuridico generale – per principi – che necessariamente richiede l'intervento attuativo a livello giurisprudenziale, con effetti diversi nei sistemi di *common law* e di *civil law*.

³ Si pensi, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, agli effetti prodotti a tale livello dalla entrata in vigore della legge 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita (da ultimo, per un'analisi complessiva, A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione scientifica tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015; nella prospettiva del rapporto tra livelli normativi, M.P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015, 325-350).

le esprimere il rilievo che la natura specifica delle questioni – il loro contenuto tecnico-scientifico, che aumenta il livello di complessità etica, sociale – impone una valutazione attenta dei profili relativi al rapporto tra spazio riservato alle decisioni politiche assunte dal legislatore e margine di intervento riconosciuto allo scrutinio giurisdizionale.

2. L'esercizio della funzione di controllo della discrezionalità legislativa: quale influenza della natura scientifica delle questioni?

Attraverso l'analisi comparata, si cercherà di giungere a una modellistica che possa comprendere i diversi approcci che la giurisprudenza tende ad assumere in tale ambito, assumendo quali parametri il rapporto tra discrezionalità giudiziaria e dati scientifici e valutazione dell'esercizio della discrezionalità politica del legislatore⁸. In particolare, quindi, l'articolo mira a comprendere come il formante giurisprudenziale venga orientato dalla specificità delle questioni di natura medico-scientifico: da un lato, evidenziando il ruolo dei dati all'interno delle valutazioni effettuate, sia come oggetto di giudizio sia come limite alla discrezionalità del giudice; dall'altro, il rapporto tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale, attraverso il prisma della natura tecnico-scientifica delle questioni oggetto della decisione (politica e/o giudiziaria)⁹.

Il ruolo della giurisprudenza verrà analizzato rispetto a due dimensioni, le quali risultano inevitabilmente connesse:

- a) L'analisi e valutazione dell'utilizzo, da parte delle corti, di dati medico-scientifici, quali elementi del processo argomentativo: in particolare, si analizzeranno quei casi, in cui le corti si trovano di fronte all'esigenza di tenere conto di elementi di natura tecnico-scientifica, il contenuto dei quali non trova una sicura definizione a livello empirico, ma il cui utilizzo all'interno del percorso argomentativo può risultare decisivo ai fini di orientare il "verso" della decisione assunta;
- b) Il rapporto tra ampiezza e modalità di esercizio della discrezionalità giurisdizionale e ruolo dei dati tecnico-scientifici: in particolare, si analizzerà tale rapporto nel senso di verificare se, quando

stion» (Ivi, p. 1964), promuovendo il passaggio da una teoria fondata sul *judicial restraint* ad una espressione di *judicial power* (Ivi, pp. 1967-1968), che legittima la Corte Suprema stessa «to decide who decides a constitutional question».

⁸ L'analisi rientra nella più generale e tradizionale questione del rapporto tra discrezionalità legislativa e scrutinio giurisdizionale, su cui – in quanto particolarmente rilevanti rispetto alla prospettiva qui assunta – *ex plurimis* G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 412; A. CERRI, *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 384; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 688; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, II ed., Milano, 2014; A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015.

⁹ Risulta di particolare interessante, anche se riferita all'ordinamento statunitense (non oggetto del presente studio), l'analisi del ruolo del giudice (nel caso di specie, la Corte Suprema degli Stati Uniti) nel valutare i fatti che stanno alla base delle scelte legislative proposta da C. E. BORGMANN, *Rethinking Judicial Deference to Legislation Fact-Finding*, in *Indiana Law Journal*, 1, 2009, 1-56. Secondo l'Autrice, «because the determination of social facts is nearly always decisive in constitutional decision making, blanket judicial deference would undermine the courts' crucial responsibility for protecting basic individual rights» (Ivi, p. 3).

l’oggetto dello scrutinio abbia natura tecnico-scientifica, il giudice tenda ad assumere un atteggiamento di *self-restraint*, rinviando rispettivamente alla discrezionalità del legislatore o alla competenza di autorità medico-scientifiche, o se, al contrario, si assista a un fenomeno di estensione della discrezionalità giurisdizionale, dovuta proprio alle caratteristiche specifiche dell’oggetto di giudizio.

3. La verifica della diffusività dei principi emergenti dalla giurisprudenza costituzionale italiana

Come anticipato, il punto di partenza dell’analisi è rappresentato dagli elementi che, sul punto, sono ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale italiana, nella quale risultano da tempo riscontrabili chiari sintomi di un’evoluzione del principio di ragionevolezza – anche all’interno della dimensione giurisprudenziale – nel senso di riconoscere la rilevanza di una sua declinazione in termini di adeguatezza scientifica dell’intervento legislativo¹⁰.

Il riferimento è – come noto – al principio espresso dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 282 del 2002, secondo cui «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non é, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»; e che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l’“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»¹¹.

Questi aspetti, se da un lato limitano la discrezionalità del legislatore, possono, dall’altro lato, incidere anche sul concreto esercizio dello scrutinio di costituzionalità¹²: la verifica di questo fenomeno sa-

¹⁰ Non potendosi soffermare su tale evoluzione, sia consentito rinviare a S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2, 2015, 271-324.

¹¹ Corte cost., sentenza n. 282 del 2002. *Ex plurimis*, R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 6, 2002, 1445 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 6, 2002, 1450 ss.; Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Istituzioni del federalismo*, 5, 2002, 695 ss.

¹² La dottrina italiana ha proposto diverse interpretazioni della giurisprudenza costituzionale in materia: in particolare, G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino, 2005, 37, si esprime in termini di «giudizio di scientificità»; G. D’AMICO, *Scienza e diritto nel prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 284, parla di «Costituzione scientificamente intesa»; A. D’ALOIA, *Biodiritto*, cit., 56, ne ricava un «vincolo modale» per il legislatore; A. PIN, *Per chi suona la campana (della Corte)?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 325, individua «un duplice limite al potere legislativo: in primo luogo, l’obbligo di conformarsi alle acquisizioni della scienza (...); in secondo luogo, l’obbligo di riconoscere «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze medico-scientifiche, del singolo caso»; M. ANIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 27-28, si interroga sulla configurabilità di un «“metodo” scientifico come requisito di validità delle leggi che regolino materie scientificamente controverse»; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 177, ne ricava la possibilità di considerare la scienza come «parametro interposto di costituzionalità»; infine, A. SPADARO,

rà oggetto di analisi comparata, al fine di valutare – da un lato – se andamenti analoghi siano riscontrabili in altre giurisdizioni, e se – dall’altro lato – dalla giurisprudenza internazionale, e in particolare CEDU, emergano percorsi argomentativi assimilabili.

L’analisi si concentrerà su quei settori del fenomeno scientifico che risultano connessi con l’attività medica e di ricerca scientifica, in particolare nelle fasi iniziali della vita. Questa decisione si fonda sulla particolare rilevanza che, dal punto di vista costituzionale, esprimono questi ambiti, nei quali l’operazione di bilanciamento tra interessi – individuali e collettivi – risulta particolarmente complessa, oltre che vedere un ampio coinvolgimento della fonte giurisprudenziale. È infatti in questi ambiti che la specificità del contesto scientifico “incide” con più forza sui tradizionali assetti di interessi e sulle tradizionali modalità di regolazione e di decisione giurisprudenziale.

In questi ambiti, inoltre, risulta particolarmente rilevante il rapporto tra complessità tecnico-scientifica ed etico-sociale¹³, in particolare dal punto di vista del rilievo che rispettivamente esse assumono all’interno del bilanciamento, dal punto di vista del legislatore, e di ampiezza dello scrutinio, dal punto di vista delle corti¹⁴. Per questo motivo, la selezione del materiale giurisprudenziale si è orientata verso quei casi che riguardano questioni relative alle prime fasi dello sviluppo embrionale; da tale ambito, si cercherà, nelle riflessioni conclusive, di ricavare alcuni elementi relativi all’esercizio delle funzioni giurisdizionali (nell’ambito delle giurisdizioni costituzionali e internazionali), i quali possano orientare l’analisi anche in altri ambiti scientificamente connotati.

4. La prima dimensione della relazione tra funzione giurisdizionale e questioni scientifiche: la scelta di qualificare giuridicamente un concetto medico-scientifico quale presupposto dello scrutinio nel merito delle scelte legislative

Il riferimento a concetti o dati di natura medico-scientifica può porsi nel percorso argomentativo quale elemento preliminare necessario al fine di definire l’ambito di applicazione di una disposizione o la sua eventuale legittimità rispetto a parametri di natura costituzionale o convenzionale. All’interno della dimensione medico-scientifica, l’ambito nel quale tale aspetto assume un rilievo ricorrente, tanto nella giurisprudenza costituzionale quanto in quella di legittimità e convenzionale, è certamente rappresentato dall’inizio vita, rispetto al quale la determinazione del momento a partire del quale il processo biologico di sviluppo embrionale assume uno specifico rilievo giuridico, ponen-

Contributo per una teoria della Costituzione, Milano, 1994, 134, si riferisce all’esistenza di un «vero e proprio parametro superiore di costituzionalità».

¹³ Ricorda opportunamente C. CASONATO, *Evidence Based Law*, cit., 191-192, che «per definire tali concetti (vita, gravidanza, incapacità, morte ecc.), ancor prima che per prescriverne la disciplina è necessario ricorrere a regole e principi che non appartengono alle scienze cd. dure, ma che sono selezionati sulla base di criteri di carattere politico-discrezionale, di natura largamente culturale e convenzionale».

¹⁴ Sui criteri di applicazione del margine di apprezzamento all’interno della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia, J. GERRARDS, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, 1, 2011, 80-120, il quale analizza anche l’impatto dell’incertezza scientifica su tale dinamica (in particolare, 96-97 e 140).

dosi quale bene giuridico rilevante che entra in relazione con concomitanti diritti e interessi costituzionalmente rilevanti¹⁵.

A livello internazionale, appare utile soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte EDU, della Corte di giustizia dell’Unione Europea e della Corte Interamericana dei diritti umani¹⁶.

4.1. La dimensione internazionale e sovranazionale: le corti tra astensionismo (Corte EDU) e interventismo (Corte di giustizia e Corte Interamericana)

Di fronte a questioni relative alla regolazione delle fasi iniziali della vita (IVG e PMA in particolare), dalla giurisprudenza della Corte EDU è ricavabile il principio costante in base al quale non rientra tra le attribuzioni della medesima stabilire la portata normativa di concetti scientifici altamente controversi dal punto di vista etico-sociale – quale “inizio della vita” o “embrione” – anche quando ciò possa risultare funzionale alla concreta determinazione dell’ambito di applicazione di articoli della CEDU (in particolare, l’art. 2 e l’art. 8)¹⁷. La Corte EDU assume in questi casi un atteggiamento di *self-restraint*, il quale, se non produce automaticamente un corrispondente impatto sull’ampiezza dello scrutinio operato sulle norme nazionali oggetto di ricorso, ha come conseguenza il riconoscimento di un ampio margine nazionale di apprezzamento nel definirne l’esatta portata, in tal modo ammettendo la possibilità – la legittimità – di una pluralità di soluzioni a livello statale¹⁸.

Questo approccio rappresenta – come anticipato – una costante nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale a partire dalla sentenza *Vo c. Francia* è venuta ad affermare che «the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere»¹⁹. Pertanto, in riferimento alla determinazione del momento a partire dal quale il processo di sviluppo embrionale assume rilievo ai sensi della Convenzione, la Corte EDU ha riconosciuto come non sia opportuno né possibile rispondere in astratto alla questione re-

¹⁵ Sottolinea l’incertezza scientifica che caratterizza questo ambito S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più recenti acquisizioni medico-tecniche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in *Rivista AIC*, 1, 2014.

¹⁶ Cfr. l’interessante analisi di A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di “embrione umano”: il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, in *Federalismi.it*, 16 gennaio 2015.

¹⁷ M.E. GENNUSA, *Dignità e diritto alla vita*, in P. GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti. Globalizzazione e promozione delle libertà fondamentali*, Torino, 2015, 620, riconosce che «una (...) parziale indeterminazione dell’oggetto ha delle profonde ripercussioni giuridiche, ampliandosi o riducendosi l’operatività del diritto e le categorie dei suoi titolari a seconda dell’estensione assegnata alla vita» (Ivi, p. 620).

¹⁸ Cfr. sul punto L. VIOLINI, A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, 2007, 218, ritengono che «un atteggiamento prudenziale come quello assunto dalla Corte di Strasburgo (...) pare criticabile sotto il profilo della mancata definizione della portata normativa dell’articolo 2».

¹⁹ Caso *Vo c. Francia*, Camera Grande, 8 luglio 2004. La Corte continua affermando che «the reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life» (p. 82). Per un commento alla sentenza, A. PLOMER, *A Foetal Right to Life? The Case of Vo v. France*, in *Human Rights Law Review*, 5(2), 2005, 311-338.

lativa alla possibilità di qualificare il feto («unborn child») come persona ai sensi dell'art. 2 CEDU²⁰, in quanto «it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals including on the question of when life begins». La Corte, in modo costante, individua nelle autorità nazionali – *in primis* il legislatore – i soggetti più adeguati, in ragione di un costante e diretto contatto con ciò che la Corte definisce «vital forces of their countries», ad esprimersi sul contenuto concreto delle esigenze della morale della propria società e sulla necessità di introdurre limiti normativi finalizzati a garantirle²¹. La Corte EDU sembra considerare non opportuno esaminare in concreto questioni che, per la loro natura e la loro complessità, devono essere affrontate dalle autorità nazionali facendo supporre una assenza di legittimazione a tal riguardo. Questo principio è destinato ad orientare – seppur con esiti a volte non del tutto prevedibili – la giurisprudenza successiva in materia di inizio vita e, almeno indirettamente, l'*an* e il *quantum* dello scrutinio sulle scelte normative operate a livello nazionale.

L'atteggiamento è ulteriormente confermato dalla giurisprudenza in materia di fine vita, nella quale la Corte EDU sembra adottare il medesimo approccio, richiamando espressamente il principio enunciato a partire dal caso *Vo c. Francia*, al fine di applicarlo anche al diverso contesto della sospensione dei trattamenti sanitari e delle scelte nel fine vita. Da ultimo, nel caso *Lambert c. Francia*²² la Corte EDU conferma il principio enunciato nel caso *Vo*, estendendolo anche alle questioni relative alla fine della vita²³. Nella sentenza *Lambert*, la Corte EDU afferma infatti che «in the context of the State's positive obligations, when addressing complex scientific, legal and ethical issues concerning in particular the beginning or the end of life, and in the absence of consensus among the member States, the Court has recognised that the latter have a certain margin of appreciation»²⁴.

La successiva giurisprudenza in materia di inizio vita conferma l'atteggiamento "prudente" della Corte EDU, risultando di particolare interesse l'analisi della relazione esistente tra l'astensione dal definire il presupposto fattuale del giudizio, il riconoscimento del margine di apprezzamento e l'ampiezza

²⁰ Secondo la Corte EDU, non è «neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention» (*Vo c. Francia*, punto 85).

²¹ Come reiterato nella giurisprudenza successiva, secondo la Corte EDU «by reason of their "direct and continuous contact with the vital forces of their countries", State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the "exact content of the requirements of morals" in their country, as well as on the necessity of a restriction intended to meet them» (*A., B. e C. c. Irlanda*, punto 223).

²² *Lambert c. Francia*, Camera Grande, 5 giugno 2015. Per un commento, C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert tra necessità e rischi*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 9, 2015, 489-501; I. RIVERA, *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 settembre 2015.

²³ Sul punto, V. ZAMBRANO, *La questione del "fine vita" e il ruolo del giudice europeo: riflessioni a margine del caso Lambert c. Francia*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 1, 22 gennaio 2016, la quale si concentra sulla decisione della Corte EDU non prendere posizione sulla definizione di "accanimento terapeutico", decisive per l'applicabilità al caso dell'art. 2 CEDU. Secondo l'Autrice, «ciò non implica rinunciare a sanzionare gli abusi ma significa riconoscere che, in alcuni casi, limitare il raggio della propria azione può meglio garantire il bilanciamento tra diversi interessi e diritti (nonché tra diritto e conoscenze scientifiche) che la Convenzione europea e la relativa giurisprudenza perseguono» (Ivi, p. 14). Critica sul punto G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 169-185.

²⁴ *Lambert c. Francia*, cit., 144.

dello scrutinio operato dalla Corte EDU (*ex plurimis*, casi Evans c. Regno Unito²⁵; S.H. c. Austria; Costa e Pavan c. Italia; Parrillo c. Italia; A., B, C. c. Irlanda)²⁶, aspetto sul quale ci si concentrerà a partire dal prossimo paragrafo.

4.2. L’approccio “interventista” della Corte di giustizia: la “saga” Brüstle

Se si analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, è possibile individuare un evidente mutamento di paradigma a partire dalla sentenza Brüstle²⁷, nella quale la Corte definisce, sulla base dei dati scientifici apportati dalle parti, cosa si debba intendere per embrione, ai sensi della direttiva sulla invenzioni biotecnologiche²⁸. In questo caso, la Corte non compie un rinvio al legislatore nazionale, del quale afferma al contrario l’assenza di qualsiasi margine di discrezionalità, ma propone una definizione propria, la quale incide sulla concreta portata del divieto alla brevettabilità sancito dall’art. 6 della direttiva²⁹.

La Corte propone, sulla base dei dati a disposizione e di ciò che viene assunto come lo stato dell’arte delle acquisizioni tecnico-scientifiche³⁰, una definizione ampia di embrione, nella quale sono comprese anche quelle entità biologiche che non derivano dalla fecondazione dell’ovulo ma che – ciononostante – possiedono la capacità potenziale di svilupparsi in un essere umano, quali l’embrione prodotto mediante trasferimento nucleare e la partenogenesi. La Corte, quindi, seleziona e interpreta in senso estensivo un criterio di carattere biologico – la capacità di «dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» – prescindendo dall’elemento della fecondazione e riferendovi la determinazione in concreto dell’ambito di applicazione del divieto di brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche.

In una successiva sentenza³¹, la Corte ha confermato l’approccio “interventista”, giungendo però a una diversa – più limitata – perimetrazione del concetto, dal quale viene escluso l’embrione prodotto

²⁵ J. BOMHOFF, L. ZUCCA, *Evans v. UK*, *European Court of Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2006, 424-442.

²⁶ Per una ricostruzione analitica del percorso giurisprudenziale, rinvio *infra* per osservazioni più approfondite, cfr. M. E. GENNUSA, *Dignità e diritto alla vita*, cit., 619-629.

²⁷ *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*. (C-34/10). In dottrina, L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2012, 145-149; A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 438-441; P.I. D’ANDREA, *La Corte di giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali (Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle c. Greenpeace eV.)*, in *Forum online di Quaderni costituzionali*, 10 luglio 2012.

²⁸ Sulla protezione dell’embrione a livello europeo, D. GARCIA SAN JOSÉ, *European normative framework for biomedical research in human embryos*, Cizur Menor, 2013.

²⁹ Si tratta della Direttiva 98/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (1998), su cui A. PLOMER, *Towards Systemic Legal Conflict: Article 6(2)(c) of the EU Directive on Biotechnological Inventions*, in A. PLOMER, P. TORREMANS (eds.), *Embryonic Stem Cell Patents: European Law and Ethics*, Oxford, 2009, 189 ss.

³⁰ In tal senso, appare opportuno richiamare le Conclusioni dell’Avvocato Generale Yves Bot del 10 marzo 2011 relative al caso Brüstle, nelle quali si afferma che gli elementi idonei a orientare la Corte nella definizione di ‘embrione umano’ «possono essere a priori rinvenuti in tre fonti diverse, ovvero la legislazione degli Stati membri, i termini della direttiva e i dati attuali della scienza», punto 65).

³¹ *International Stem Cell Corporation v Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, caso C-364/13, 18 dicembre 2014. La questione pregiudiziale proposta dalla *High Court* britannica (per un commento,

mediante la tecnica della partenogenesi, sulla base della sua incapacità, in assenza di ulteriori interventi esterni, di svilupparsi autonomamente in un essere umano³². In questo caso, che non può essere considerato un *revirement* in quanto il criterio e il verso vengono confermati, la Corte di giustizia – «according to the current scientific knowledge»³³ – compie una rivalutazione della sussumibilità di una determinata entità biologica al concetto di “embrione”, provocando una conseguente riduzione dell’ambito di applicazione della disposizione limitativa della libertà di brevettare invenzioni che utilizzino tali entità biologiche. Non appare irrilevante evidenziare come sia il mutamento dei dati tecnico-scientifici dedotti in giudizio, che la Corte assume come espressivi del livello attuale delle conoscenze in materia, a produrre una diversa perimetrazione del concetto normativo di “embrione”³⁴.

In termini generali, la scelta di esercitare i propri poteri interpretativi al fine di proporre una propria definizione di embrione, pur lasciando alle autorità giudiziarie nazionali la funzione di determinarne in concreto l’applicabilità al caso, provoca una contrazione significativa del margine di apprezzamento dei legislatori nazionali, ai quali la Corte non riconosce alcuna autonomia nella definizione di ciò che si debba intendere per embrione, pur se nello specifico e limitato ambito dei limiti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche. Il caso esaminato, inoltre, conferma che – anche a livello di giurisdizione europea – la soluzione di questioni scientifiche, nel caso di specie la perimetrazione del concetto di “embrione”, non produce un effetto esclusivamente formale – la determinazione del concreto ambito di applicazione della disposizione – ma interviene sostanzialmente nella valutazione del merito della questione giuridica sottoposta al giudizio della Corte³⁵.

La scelta, scientificamente orientata, operata in questo caso dalla Corte di giustizia risulta determinante nella valutazione della proporzionalità della misura normativa, come evidenziato dalla *High Court* britannica nel ricorso. Il fatto di comprendere nella definizione di embrione umano anche il prodotto della partenogenesi – il cd. “partenote” – inciderebbe, secondo il giudice britannico, sulla

S. PENASA, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2013, 653-655) è finalizzata a chiarire l’esatto significato del riferimento alla capacità di iniziare il processo di sviluppo di un essere umano, chiamando pertanto la Corte europea a chiarire «se gli ovuli umani non fecondati, stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi, e che, a differenza degli ovuli fecondati, contengono solo cellule pluripotenti e non sono in grado di svilupparsi in esseri umani, siano compresi nell’espressione «embrioni umani», di cui all’articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 98/44 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche».

³² La Corte conferma la natura non essenziale del criterio della fecondazione dell’ovulo, ai fini della qualificazione di una entità biologica come “embrione umano”; dall’altro lato, essa adotta l’interpretazione “riduttiva” proposta dall’avvocato generale, secondo cui l’espressione «capable of commencing the process of development of a human being» deve essere intesa nel senso di «inherent capacity of developing into a human being». Per un commento, su questa Rivista, F. MEOLA, *Sulla brevettabilità dei gameti femminili non fecondati (Corte di Giustizia UE – Grande Sezione – Causa C-364/13)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 185-198.

³³ *International Stem Cell Corporation v Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit., 33.

³⁴ Sul punto, l’Avvocato generale Cruz Villalón (Conclusioni del 17 luglio 2014) ha rilevato come, «alla luce delle ulteriori specificazioni fornite dal giudice del rinvio» (par. 5), la Corte «si sia basata su argomentazioni che rispecchiano una comprensione inesatta del contesto tecnico quale si presenta allo stato attuale» (Conclusioni, par. 19).

³⁵ Sottolinea questo aspetto F. MEOLA, *Sulla brevettabilità dei gameti femminili non fecondati*, cit., 190.

proporzionalità del bilanciamento: risulterebbe infatti sproporzionato «to exclude processes of development which are incapable of leading to a human being»³⁶.

In altra sede si è affermato che la sentenza della Corte di giustizia da ultimo citata rientra pienamente in un processo di ridefinizione del rapporto tra attività normativa e attività tecnico-scientifica, che si fonda sul riconoscimento di una funzione normativa dello stato delle acquisizioni tecnico-scientifiche, quale elemento connotativo della disciplina giuridica³⁷.

Infine, la giurisprudenza europea richiamata esprime un principio ulteriore, di rilievo centrale nelle dinamiche tra discrezionalità legislativa e giurisdizionale: escludendo ogni tipo di margine di apprezzamento dei legislatori nazionali, la Corte di giustizia attribuisce al giudice nazionale la funzione di applicare in concreto i criteri espressi nella sentenza, nei diversi contesti giuridici e alla luce dello stato delle conoscenze scientifiche sussistenti nel momento in cui la decisione viene assunta. Questa tendenza, se confermata a livello comparato, può rafforzare il ruolo della giurisdizione in tali ambiti, ponendosi quale fattore capace di assicurare l’apertura della disciplina normativa al mutare delle condizioni fattuali, e quindi l’adeguatezza e la ragionevolezza della medesima, pur scontando inevitabili rischi in termini di prevedibilità e uniformità³⁸.

4.3. La Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo: il caso *Artavia Murillo e altri c. Costa Rica* come paradigma dell’approccio “interventista”

Prima di soffermarsi sul livello nazionale, appare rilevante riferire dell’approccio di un altro tribunale internazionale a carattere regionale: la Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo. La giurisprudenza di questo tribunale appare particolarmente utile in termini comparati, in quanto risulta caratterizzata da un approccio divergente rispetto a quello assunto dalla Corte EDU, della quale dimostra comunque di conoscere e tenere in considerazione la giurisprudenza.

In un caso nel quale era chiamata a valutare la compatibilità con la Convenzione Americana sui Diritti Umani di una legge del Costa Rica che vietata in modo assoluto l’utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita³⁹, la Corte Interamericana ha dovuto preliminarmente risolvere una questio-

³⁶ Punto n. 58 del ricorso. Cfr. C. HAYES, *Stem cell patents: limiting the application of Brüstle?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 9(12), 2014, 952.

³⁷ S. PENASA, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di “embrione umano”*, cit., 653-655.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Artavia Murrillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica*, commenti di F. ZÚÑIGA, *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, in *Anuario de Derecho Público*, 2013, Santiago de Chile, 341-382; L.A. SILVA IRARRAZAVAL, *La protección de la vida humana entre paréntesis. Comentario crítico a la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*, in *Anuario de Derecho Público*, 2013, cit., 383-397; L. CASAS BECERRA, *Los desafíos para Chile de la decisión Artavia Murillo contra Costa Rica de la Corte IDH (Caso fertilización in vitro): Algunos comentarios*, ivi, 398-415; E. A. CHÍA, *Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 1, 2014, 567-585; L. BURGORGUE-LARSEN, *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 1, 2014, 105-161; A. RUIZ MIGUEL, A. ZÚÑIGA FAJURI, *Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica*, in *Estudios Constitucionales*, 1, 2014, 71-104.

ne relativa alla applicabilità al caso dell'art. 4, primo comma, della Convenzione, il quale afferma che «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción»⁴⁰. Questa disposizione viene posta a fondamento della legittimità della legge statale, in quanto richiederebbe agli Stati membri un intervento legislativo che ne assicuri il rispetto anche nei confronti degli embrioni *in vitro*, sulla base di una interpretazione estensiva del testo della disposizione⁴¹. La Corte è quindi chiamata a risolvere questa questione interpretativa, dovendo preliminarmente accertare se essa – tenuto conto della natura eticamente controversa e scientificamente complessa – debba essere riservata all'autonomo apprezzamento delle autorità statali, secondo un approccio analogo a quello adottato dalla Corte EDU, o se richieda una espressa presa di posizione della Corte.

La Corte assume il secondo approccio, in ciò differenziandosi da quello della Corte EDU, entrando nel merito della questione definitoria relativa al momento, giuridicamente rilevante (in questo caso, ai sensi della Convenzione), dell'inizio della vita. Tenuto conto del riferimento esplicito dell'art. 4.1 della Convenzione al momento della «concepción», la Corte si concentra su tale aspetto, riconoscendo come – secondo la letteratura scientifica – essa possa essere ricondotta alla fase della fecondazione dell'ovulo⁴² o, alternativamente, a quello dell'annidamento (*implantación*) nell'utero della donna. Decidendo di effettuare una scelta nel merito, la Corte – almeno indirettamente – riconosce che la selezione del criterio al quale ricondurre il concetto di «concepción» rappresenta un elemento decisivo per determinare l'applicabilità dell'art. 4 della Convenzione all'embrione *in vitro* e, di conseguenza, orientare la valutazione di compatibilità della legislazione nazionale: secondo la Corte costituzionale costaricense, infatti, il divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA trova la propria base giuridica nell'esigenza di garantire la piena attuazione dell'obiettivo della protezione della vita della persona da parte della legge, a partire dal momento del concepimento, che la Corte costituzionale associa alla fecondazione.

La Corte Interamericana riconosce espressamente la centralità, al fine di determinare la concreta portata di termini quali *concepción* e *ser humano*, dell'apporto della letteratura scientifica e dello stato dell'arte in materia⁴³, che mette in dubbio la fondatezza scientifica dell'argomentazione della Corte costituzionale nazionale⁴⁴. Alla luce di questo presupposto, infatti, se, da un lato, l'aver aderito a una determinata concezione scientifica – il concepimento coincide con la fecondazione – ha

⁴⁰ Per un commento sul punto, C. AYALA CORAO, M. D. RIVERO, *Artículo 4. Derecho a la vida*, in C. STEINER, P. URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, 2014, 114-115.

⁴¹ L.M. DE JESÙS, *A Pro-Choice Reading of a Pro-Life Treaty: The Inter-American Court of Human Rights's Distorted Interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*, in *Wisconsin International Law Journal*, 32, 2014, 224, richiama i precedenti della Corte che riconoscono l'applicabilità della norma all'embrione e al feto.

⁴² Questo criterio è adottato dalla Corte costituzionale del Costa Rica, la quale anche su tale base ha affermato la legittimità della legge statale, p. 171 della sentenza e accomuna, secondo la ricostruzione fornita da L.M. DE JESÙS, *A Pro-Choice Reading of a Pro-Life Treaty: The Inter-American Court of Human Rights's Distorted Interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*, in *Wisconsin International Law Journal*, cit., 234 ss., la maggioranza delle supreme corti degli stati membri della Convenzione.

⁴³ *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica*, p. 176. Critica L. M. DE JESÙS, *A Pro-Choice Reading of a Pro-Life Treaty: The Intern-American Court of Human Rights's Distorted Interpretation of the Smerican Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*, cit., 230.

⁴⁴ *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica*, cit., 232.

condotto la Corte costituzionale costaricense a riconoscere l'esistenza di una persona titolare del diritto alla vita, dall'altro lato la Corte Interamericana afferma che la trasformazione del fenomeno del concepimento prodotta dalle tecniche di riproduzione umana assistita (fecondazione e impianto non costituendo più temporalmente un *unicum*) ha provocato un mutamento del concetto di “concepimento”, nel significato attribuito all'epoca della redazione della Convenzione Americana. Infatti, prima delle tecniche di PMA la possibilità di realizzare un processo di fecondazione fuori dal corpo della donna non era ritenuta scientificamente praticabile⁴⁵. Pertanto, lo sviluppo delle acquisizioni tecnico-scientifiche ha reso il processo del concepimento più complesso, tanto che quest'ultimo può essere associato tanto alla fecondazione dell'ovulo quanto all'annidamento dell'ovulo fecondato⁴⁶.

Davanti a tale alternativa, che – a giudizio della Corte – risulta decisiva al fine della soluzione del caso, la Corte Interamericana, pur riconoscendo che si tratta di una questione può essere valutata in modo diverso da una prospettiva biologica, medica, etica, morale, filosofica e religiosa, e affermando che – come evidenziato da altri tribunali internazionali e nazionali – non è possibile individuare una definizione unanime (*consensuada*) dell'inizio della vita, ritiene di dovere comunque giungere ad una definizione del termine, in modo conforme alla Convenzione⁴⁷. La Corte Interamericana affronta la questione, proponendo un'interpretazione della disposizione convenzionale orientata dalla previa ricostruzione del contesto scientifico⁴⁸: la Corte, infatti, dopo avere riconosciuto che l'evidenza scientifica concorda nel distinguere due momenti complementari ed essenziali nello sviluppo embrionario – la fecondazione e l'impianto (annidamento) – individua nella relazione con il corpo della donna il momento rilevante per considerare il processo del concepimento concluso e, quindi, giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 4 della Convenzione⁴⁹. Il trasferimento nell'utero della donna rappresenta quindi una condizione necessaria per lo sviluppo embrionario – non in astratto, il che sarebbe possibile già con la fecondazione, ma in concreto – e un criterio giuridicamente rilevante, al quale ricondurre l'applicabilità delle garanzie convenzionali⁵⁰.

⁴⁵ Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica, cit., 179. A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di “embrione umano”: il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, cit., 18, ritiene che «l'interpretazione evolutiva è particolarmente importante, dato che la fecondazione in vitro costituisce una pratica che non esisteva al momento in cui gli estensori della Convenzione hanno redatto l'articolo 4, par. 1, della stessa».

⁴⁶ Nella prospettiva di un'interpretazione evolutiva dell'art. 4, appare opportuno – dal punto di vista dell'interpretazione storica – che l'inciso «en general» è stato inserito nel testo proprio per consentire questo tipo di approccio, che all'epoca era finalizzato a consentire l'emanazione di legislazioni che ammettevano forme di aborto (*ex plurimis*, A. RUIZ MIGUEL, A. ZÚÑIGA FAJURI, *Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica*, cit., 84).

⁴⁷ Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica, cit., 187. Secondo A. RUIZ MIGUEL, A. ZÚÑIGA FAJURI, *Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica*, cit., 94, critici rispetto all'argomentazione della Corte, in quanto fondata su «una razonable visión sobre el valor de la vida del concebido y no nacido como gradual y progresiva (o “incremental”, según dice la propia sentencia Artavia Murillo en los §§ 257, 265 y 316)».

⁴⁸ F. ZÚÑIGA, *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, cit., 351 ss.

⁴⁹ Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica, cit., 186. Criticamente, L.A. SILVA IRARRAZAVAL, *La protección de la vida humana entre paréntesis. Comentario crítico a la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*, cit., 396-397.

⁵⁰ Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica, cit., 189.

Nel caso succintamente analizzato, che si pone in netta contrapposizione metodologica con l'approccio della Corte EDU, la valutazione dei presupposti scientifici ai quali le disposizioni si riferiscono esplicitamente – in questo caso, il concetto di “concepimento” – rappresenta una precondizione del percorso argomentativo del tribunale interamericano. Essa è destinata, per un verso, a determinare in concreto l'ambito concettuale del parametro convenzionale, e, per altro verso, a orientare il “verso” della decisione: in questo caso, l'aver affrontato la questione preliminare della definizione di concepimento legittima la Corte a compiere un successivo controllo di compatibilità, che nel caso concreto si spinge fino a valutare la proporzionalità dell'intervento legislativo. Nel caso della Corte EDU, al contrario, la rinuncia a risolvere la questione preliminare della qualificazione giuridica dell'inizio vita consente alla Corte di riconoscere una preminenza pressoché assoluta alla valutazione compiuta a livello nazionale, fino a fondare una presunzione forte di compatibilità delle scelte operate dal legislatore nazionale. In merito al collegamento tra valutazione preliminare della portata normativa di questioni medico-scientifiche e valutazione della discrezionalità legislativa da parte dei tribunali sia consentito rinviare ai paragrafi successivi.

4.4. Il livello nazionale: la scelta di “interpretare” concetti extra-giuridici quale fattore espansivo della discrezionalità giurisprudenziale

4.4.1. La Corte Suprema irlandese e la definizione di *unborn child*: il caso *Roche v Roche*

A livello nazionale, la questione della definizione del concetto di concepimento, ai fini di determinare la concreta portata di una norma giuridica, è stata oggetto di numerose pronunce da parte delle giurisdizioni superiori. Nel contesto europeo, appare di particolare rilievo il caso *Roche v. Roche*⁵¹, relativo a un caso di utilizzabilità a scopo riproduttivo di embrioni crioconservati a fronte del mancato consenso di uno dei progenitori, dal momento che in questo caso l'utilizzo di concetti di natura biologico-scientifica da parte della Corte risulta decisivo al fine di determinare l'applicabilità anche agli embrioni *in vitro* crioconservati delle garanzie previste a livello costituzionale al «right to life» dell'«unborn»⁵².

Il “verso” dell'interpretazione fornita all'articolo 40, terzo comma, della Costituzione irlandese risulta, da un lato, condizionato da valutazioni di carattere extra-giuridico, scientificamente connotate,

⁵¹ *Roche v. Roche* (Corte Suprema irlandese, 2010). Per un commento, F. GOUGH, *Ireland and the Frozen Embryo: A Slight Thawing*, in *Medical Law Review*, 18, 2010, 239-247; A. MULLIGAN, *Roche v Roche: Some Guidance for Frozen Embryo Disputes*, in *Trinity College Law Review*, 168-181; S. MCGIUNNESS, S. U' CHONNACHTAUGH, *Implications of Recent Developments in Ireland for the Status of the Embryo*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 3, 2011, 396-408.

⁵² Ex art. 40, terzo comma, della Costituzione irlandese, secondo cui «the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right». Cfr. M. FORDE, D. LEONARD, *Constitutional Law of Ireland*, III ed., Haywards Heath 2013, 731. D. MADDEN, *Medicine, Ethics and the Law in Ireland*, 2011, 236, considera «unfortunate» l'utilizzo del termine “unborn” nel testo della Costituzione irlandese, in quanto «it introduces uncertainty into the law regarding the presumed intention of the People that is reflected in that document». L'Autrice, anche sulla base dell'analisi dei lavori preparatori, concorda sulla non applicabilità dell'articolo all'embrione prima del trasferimento in utero (*Ibidem*). *Contra*, W. Binchy, *Article 40.3.3 of the Constitution: Respecting the Dignity and Equal Worth of Human Beings*, in J. SCHWEPPE (ed.), *The Unborn Child, Article 40.3.3 and Abortion in Ireland*, Dublin, 2008, 210.

operate dai giudici della Corte Suprema e, dall’altro lato, contribuisce a orientare la decisione, in quanto la sussumibilità del «frozen embryo» all’ambito costituzionale rappresenta la base del ricorso: secondo la ricorrente, il trasferimento in utero degli embrioni, anche in assenza del consenso del signor Roche, costituisce una misura di garanzia del diritto alla vita degli embrioni, in applicazione dell’art. 40 della Costituzione irlandese.

Come nel caso della Corte Interamericana, anche la Corte Suprema irlandese sottolinea l’impatto operato dal consolidarsi delle tecniche di PMA sul tradizionale processo riproduttivo e in particolare sulla separazione del momento della fecondazione da quello dell’annidamento nell’utero della donna. Questo mutamento, prodotto dall’evolvere delle conoscenze mediche e delle applicazioni tecnologiche alla biologia, si pone quale elemento rilevante all’interno del processo interpretativo della Corte, conducendo i giudici verso una interpretazione orientata da una preliminare valutazione di carattere scientifico.

A fronte della mancanza di consenso all’interno della comunità scientifica rispetto alla selezione del criterio – fecondazione o annidamento – al quale ricondurre l’inizio della vita, e con essa lo sviluppo di un essere umano, i giudici concordano nel riconoscere che non possa spettare ad un tribunale il compito di risolvere tale questione. Al contrario, la Corte esprime un principio comune alle giurisdizioni analizzate, secondo cui, «absent a broad consensus or understanding on that truth, it is for legislatures in the exercise of their dispositive powers to resolve such issues on the basis of policy choices»⁵³. Accertata l’assenza di consenso sia dal punto di vista scientifico sia etico e sociale, il legislatore costituisce il soggetto più legittimato e adeguato a compiere le scelte politiche che ritiene più appropriate.

Tuttavia, il *self-restraint* “di principio” enunciato dai giudici della Corte Suprema irlandese non produce la rinuncia a svolgere quella che è, al contrario, una funzione tipica di tale livello giurisdizionale: l’interpretazione della Costituzione, operazione alla quale i giudici non si possono sottrarre anche nel caso in cui questa risulti “scientificamente condizionata”. Se, pertanto, la responsabilità primaria di determinare il concreto ambito di protezione della vita prima della nascita deve essere attribuita al legislatore, mediante una «policy choice» compiuta alla luce della Costituzione⁵⁴, alla Corte spetta la funzione di determinare il significato dei termini utilizzati in Costituzione: nella fattispecie, il termine di «unborn»⁵⁵.

La Corte Suprema, in modo conforme all’approccio delle altre giurisdizioni superiori e internazionali analizzate, non assume pertanto il compito di definire in generale il concetto di “vita”, “inizio della vita” o “vita potenziale”, limitandosi a interpretare la Costituzione anche quando quest’ultima contenga concetti a contenuto extra-giuridico. Utilizzando un approccio letterale e teleologico, Justice Denham riconosce che la tutela dell’*unborn* garantita dalla Costituzione irlandese sia condizionata all’esistenza di una relazione («connection») fisica con la donna, condizione che può realizzarsi solo in seguito al trasferimento dell’embrione nell’utero di quest’ultima⁵⁶: solo a partire da questo mo-

⁵³ Justice Murray C. J.

⁵⁴ Justice Murray, p. 8.

⁵⁵ Justice Denham, p. 19.

⁵⁶ Ivi, p. 62 e 63.

mento l'embrione può essere qualificato come *unborn* e godere della protezione assicurata dall'art. 41, terzo comma, della Costituzione irlandese⁵⁷.

Pertanto, secondo Justice Denham, l'articolo non si applica all'embrione prima dell'impianto («pre-implantation embryo»), in quanto in tale fase non sussiste la capacità di svilupparsi in un essere umano («capacity to be born»). Significativamente, il criterio utilizzato dai giudici della Corte Suprema irlandese – la capacità di nascere – risulta analogo a quello utilizzato da altre corti, come ad esempio la Corte di giustizia nel citato caso *Brüstle*, la quale si riferisce alla capacità di «commencing the process of development of a human being», così come la presenza di una relazione fisica con il corpo della donna al fine di attribuire valore giuridico al concetto di concepimento⁵⁸.

4.4.2. La definizione di “concepimento” e l’obiezione di coscienza relativa alla “pillola del giorno dopo”: i casi argentino e spagnolo

La selezione del criterio in base al quale determinare il momento del concepimento – a partire dalla fecondazione o dell'annidamento – assume rilievo anche in un altro ambito, relativo alla questione relativa alla copertura costituzionale dell'obiezione di coscienza del farmacista rispetto alla somministrazione della cd. “pillola del giorno”. A livello comparato, le corti si sono trovate frequentemente a decidere questioni relative a questo ambito, sia al fine di determinare gli eventuali effetti abortivi di tali farmaci, sia in relazione al fondamento costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza dei professionisti della salute coinvolti nella loro commercializzazione o somministrazione⁵⁹.

Nel primo caso, la qualificazione della natura – anticoncezionale o abortiva – del farmaco dipende dalla interpretazione, sulla base di elementi biologici e scientifici, che i tribunali forniscono di “concepimento” e, in concreto, dalla selezione del criterio al quale ricondurre tale evento, in termini analoghi ai casi analizzati in precedenza: la fecondazione dell'ovulo o l'annidamento dell'ovulo fecondato. A livello comparato, una decisione della *Corte Suprema de Justicia argentina*⁶⁰ si rivela particolarmente indicativa, dal momento che il tribunale riconosce che, al fine di risolvere la questione relativa alla natura – e quindi alla commerciabilità – del farmaco, sia necessario chiarire a quale momento dello sviluppo biologico corrisponda il concepimento. In questo caso, una questione scientifica entra espressamente a far parte del ragionamento giuridico compiuto dal tribunale, costituendone l'elemento decisivo per determinare il “verso” della decisione.

⁵⁷ S. MCGUINNESS, S. Uí' CHONNACHTAUGH, *Implications of Recent Developments in Ireland for the Status of the Embryo*, cit., 399, ritengono che la *ratio* originaria della riforma costituzionale – evitare qualsiasi riforma legislativa che potesse autorizzare forme di aborto – rafforzi la tesi della *Supreme Court*, in quanto «it is through implantation that the “unborn” (the embryo) achieves protection».

⁵⁸ Analogamente alla valutazione compiuta dalla Corte Interamericana nel caso *Artavia Murillo*. Come sottolineato da M. FORDE, D. LEONARD, *Constitutional Law of Ireland*, cit., 733-734, nell'ordinamento irlandese il *Protection of Life During Pregnancy Act (2013)* definisce “unborn” come «a life during the period of time commencing after the implantation in the womb of a woman and ending on the complete emergence of the file from [her] body» (art. 2, primo comma).

⁵⁹ D. PARIS, *L'obiezione di coscienza di medici e farmacisti alla prescrizione e vendita della cd. «pillola del giorno dopo»: profili di diritto costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, 2010, 503-544.

⁶⁰ *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, caso *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, 5 marzo 2002.

Nel caso di specie, sulla base di una serie di studi e di pareri di organismi consultivi, la *Corte Suprema* argentina individua nella fecondazione il momento a partire dal quale ha inizio il concepimento⁶¹ e attesta che una delle modalità di azione del farmaco consiste nell’inibire l’annidamento⁶². Riconoscendo la fondatezza scientifica della teoria per cui la vita ha inizio con la fecondazione dell’ovulo, la Corte afferma che ogni metodo che impedisca l’annidamento deve essere considerato abortivo e che, quindi, nel caso di specie il farmaco costituisce una minaccia effettiva e imminente al «bien jurídico primordial de la vida», non suscettibile di riparazione successiva⁶³. Anche in questo caso, elementi di carattere medico-scientifico concorrono a orientare l’interpretazione del materiale normativo rilevante, nel caso di specie – un caso di *amparo* – costituzionale e internazionale (Convenzione Interamericana), orientando però i giudici verso un esito diverso a quanto analizzato in precedenza, pur a fronte della medesima esigenza (definire il momento del concepimento).

Secondo la *Corte Suprema*, la Costituzione argentina garantisce il diritto alla vita come supremo («primer») diritto naturale della persona umana e tale diritto alla vita, nella sua pienezza, viene attribuito a partire dalla fecondazione («pleno derecho a la vida desde la concepción»). La Corte, al fine di rafforzare questa interpretazione, richiama l’art. 4, primo comma, della Convenzione Americana, fornendone una interpretazione fondata sul riconoscimento della fecondazione quale momento iniziale del concepimento, discostandosi in modo evidente da quanto affermato successivamente dalla Corte Interamericana nel citato caso *Artavia Murillo c. Costa Rica*⁶⁴.

Pertanto, alla luce della concreta qualificazione di un concetto extra-giuridico – il concepimento – e degli effetti che tale operazione ermeneutica ha prodotto sull’interpretazione dei principi costituzionali e convenzionali, orientandoli in maniera determinante, la *Corte Suprema* argentina accoglie il ricorso, finalizzato a introdurre il divieto di fabbricazione, distribuzione e commercializzazione del farmaco.

Riguardo l’applicabilità del diritto all’obiezione di coscienza al farmacista che non voglia commercializzare questo tipo di farmaci, appare opportuno riferirsi alla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo, che nel 2015⁶⁵ ha accolto il *recurso de amparo* di un farmacista, che era stato multato in quanto nella sua farmacia non conservava preservativi e il farmaco conosciuto come “pillola del giorno dopo” per motivi di obiezione di coscienza, diritto garantito – secondo il ricorrente e come riconosciuto dal Tribunale⁶⁶ – dall’art. 16 della Costituzione spagnola in quanto espressione della libertà di pensiero. La questione, come nel caso argentino, trova nella determinazione della eventuale efficacia abortiva del farmaco uno snodo argomentativo decisivo: nel caso di specie, la determinazione degli effetti del farmaco costituisce una condizione per valutare l’applicabilità del principio enunciato in materia di interruzione volontaria di gravidanza al caso della somministrazione della “pillola del

⁶¹ *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., f.j. 4-8.

⁶² *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., f.j. 9.

⁶³ *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., f.j. 10.

⁶⁴ *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., f.j. 14.

⁶⁵ *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 145/2015, 25 giugno 2015. Per un commento, M. A. GÓMEZ SALADO, *Los farmacéuticos y la objeción de conciencia para el suministro de la “píldora del día después”*: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 2015, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 2015, 151-155; J. MARTINEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: otra oportunidad perdida*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 3, 2015.

⁶⁶ *Tribunal Constitucional*, cit., f.j. 4.

giorno dopo”, secondo cui l’obiezione di coscienza rientra nel contenuto del diritto fondamentale alla libertà di coscienza e risulta direttamente applicabile, anche in assenza di uno specifico riconoscimento legislativo⁶⁷.

Il *Tribunal* accoglie l’amparo del farmacista, fondando la propria argomentazione sull’esistenza, nella comunità scientifica di riferimento, di una «falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos» del farmaco: in questo caso, l’incertezza scientifica relativa agli effetti prodotti dal farmaco orienta la decisione verso il riconoscimento di un ambito prevalente di tutela per il diritto all’obiezione di coscienza, in quanto – secondo il *Tribunal* – l’esistenza di posizioni scientifiche che conducono a tale farmaco effetti abortivi produce una «duda razonable» che attribuisce al conflitto di coscienza oggetto della questione «suficiente consistencia y relevancia constitucional»⁶⁸.

In questo caso, analogamente a quello argentino, le caratteristiche del sostrato empirico della questione giuridica orientano l’interpretazione costituzionale, legittimando una applicazione estensiva del diritto all’obiezione di coscienza al caso della “pillola del giorno dopo”: Il *Tribunal*, a differenza di quanto avvenuto nel caso argentino, non prende posizione sul fondamento scientifico della questione, limitandosi ad accertare una situazione di incertezza rispetto agli effetti del farmaco e ponendo tale dato di fatto – che il *Tribunal* definisce come «especiales circunstancias» – a fondamento della estensione dell’ambito di applicazione del diritto in questione⁶⁹. Occorre sottolineare che in un voto *particular* allegato alla sentenza, il magistrato Asua Batarrita critica le modalità con le quali la maggioranza ha ricostruito lo stato dell’arte in materia, sottolineando come il richiamo alla assenza di unanimità rispetto agli effetti del farmaco rappresenta «una apreciación científica enteramente libre y subjetiva (...), no basada en prueba pericial alguna, y que resulta desmentida por la consideración de “medicamento anticonceptivo de emergencia” que la Agencia Española del Medicamento le ha asignado»⁷⁰. In questo senso, si potrebbe affermare che, al fine di garantire la plausibilità delle valutazioni di carattere tecnico-scientifico operate dal giudice costituzionale, appare opportuno uno sforzo argomentativo ulteriore, che dia conto delle basi empiriche sulle quali l’argomentazione si fonda, tenuto conto del rilievo che questo tipo di considerazioni tendono ad assumere in termini sia di interpretazione costituzionale sia di valutazione del bilanciamento operato a livello legislativo.

4.5. Una prima conclusione intermedia: la natura dell’approccio (astensionista o interventista) alle questioni tecnico-scientifiche come metronomo della relazione tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale

In sintesi, è possibile individuare alcune linee di tendenza all’interno della giurisprudenza analizzata. Le corti, internazionali e nazionali, sempre più frequentemente sono chiamate ad affrontare questio-

⁶⁷ Nella sentenza n. 53/1985 il *Tribunal* ha affermato il principio secondo cui «por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

⁶⁸ *Tribunal Constitucional*, f.j. 4.

⁶⁹ Il *Tribunal* afferma infatti che «la sanción impuesta (...) vulnera el derecho demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE, en atención de la concurrencia de especiales circunstancias reflejadas en el fundamento jurídico 4 de esta resolución» (f.j. 5).

⁷⁰ *Voto particular*, f.j. 2.

ni giuridiche, la cui concreta individuazione e valutazione dipende dalla preliminare soluzione di questioni di natura tecnico-scientifica. Di fronte a ciò, le corti possono scegliere di entrare nel merito di tali questioni o di analizzare la questione giuridica senza pronunciarsi nel merito “scientifico” della medesima, riconoscendo la legittimazione di altri soggetti (*in primis*, il legislatore) a chiarire tali aspetti, attraverso scelte discrezionali di natura politica, le quali potranno eventualmente essere oggetto di scrutinio.

Nel caso in cui una corte decida di non esprimersi, come nel caso della Corte EDU, gli effetti prodotti sono quelli tipici della tecnica del *self-restraint*: la discrezionalità giurisdizionale tende a contrarsi, in favore di quella del legislatore, al quale la Corte EDU riconosce, nel caso in cui entrino in gioco valutazioni di carattere scientifico ed etico, un ampio margine di apprezzamento.

Quando, al contrario, le corti ritengono che la soluzione della questione scientifica (es. il concepimento o gli effetti della pillola del giorno dopo) sia funzionale a quella giuridica, la discrezionalità tende a espandersi nelle due fasi dell’argomentazione: rispetto alla selezione dei criteri alla luce dei quali valutare l’elemento fattuale (concepimento dalla fecondazione o dall’annidamento) e rispetto al “verso” della decisione, il quale – come il caso argentino, irlandese e spagnolo sembrano dimostrare – viene orientato in modo spesso determinante dall’esito della valutazione extra-giuridica⁷¹.

Una volta risolta positivamente la riserva relativa all’*an* della valutazione di questioni tecnico-scientifiche, l’esito della scelta fattuale – annidamento vs. fecondazione; effetti anticoncezionali vs. effetti antiabortivi – tende a orientare in modo decisivo il “verso” dell’argomentazione giuridica, entrando come elemento rilevante nella valutazione del bilanciamento operato a livello legislativo. Alla luce di tale correlazione, appare opportuno richiedere alle corti uno sforzo argomentativo particolare, tenuto conto dei rispettivi strumenti di cognizione, in termini ad esempio di citazione delle fonti di cognizione e di trasparenza del processo di selezione delle medesime in caso di pluralità di posizioni scientifiche.

Riconosciuto un nesso tra natura tecnico-scientifica delle questioni e ambito di discrezionalità giurisdizionale, occorre ora soffermarsi su tale dimensione.

5. La seconda dimensione della relazione tra funzione giurisdizionale e questioni scientifiche: l’impatto sul controllo della discrezionalità legislativa da parte delle corti nazionali e internazionali

Una delle questioni più rilevanti, nel momento in cui si voglia analizzare l’eventuale mutamento – o adattamento – delle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale in ambiti scientificamente caratterizzati, consiste nel valutare se, ed eventualmente in quale misura, la specificità dell’oggetto incida sulla relazione tra discrezionalità giurisdizionale e discrezionalità legislativa, all’interno della funzione di controllo di legittimità (o di convenzionalità) delle leggi in materia.

Una distinzione preliminare, che rappresenta una questione tradizionale relativa al rapporto tra “discrezionalità” – legislativa e giurisdizionale – deve essere compiuta in relazione all’approccio adotta-

⁷¹ A. DI STASI, cit., 19, ritiene che la difficoltà di giungere a definizioni condivise di concetti scientifici altamente controversi dal punto di vista sia scientifico sia etico «costituisce anche la logica conseguenza di una sorta di antecedenza – se non di “primato” – dell’*acquis* scientifico riguardo alle scelte politico-normative», richiamando a conferma la giurisprudenza costituzionale italiana (dalla sentenza n. 282 del 2002).

to dalle corti: occorre pertanto verificare se, quando l'oggetto dello scrutinio abbia natura tecnico-scientifica, il giudice tenda ad assumere un atteggiamento di *self-restraint*, rinviando rispettivamente alla discrezionalità del legislatore o alla competenza di autorità medico-scientifiche, o se, al contrario, si assista a un fenomeno di estensione della discrezionalità giurisdizionale, legittimata dalle caratteristiche specifiche dell'oggetto di giudizio.

5.1. Il *self-restraint* giurisprudenziale “provocato” o “rafforzato” dalla natura tecnico-scientifica della questione: Corte EDU e corti nazionali

Se si analizza la giurisprudenza della Corte EDU, l'ambito di indagine più significativo è sicuramente rappresentato dall'utilizzo del concetto di margine di apprezzamento nazionale in ambiti scientificamente connotati.

Come anticipato nel paragrafo precedente, l'analisi della giurisprudenza in materia sembra dimostrare che, anche in tale prospettiva, l'applicazione della teoria del margine di apprezzamento nazionale risulta caratterizzata da un andamento ondivago, alla luce dei tradizionali criteri utilizzati dalla Corte EDU (come la teoria del *consensus* tra gli Stati membri). La Corte, tenuto conto della natura altamente complessa dal punto di vista scientifico ed etico-sociale della questione, afferma l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento nazionale, anche nel caso in cui l'analisi comparata – assunta, come noto, quale parametro per la verifica della sussistenza di un *consensus* tra gli Stati membri – dovrebbe condurre a una sua limitazione, alla luce dell'esistenza di una sostanziale convergenza delle legislazioni nazionali⁷².

All'interno di questo schema, la natura della questione contribuisce a determinare l'ampiezza della discrezionalità riservata ai legislatori nazionali e, di conseguenza, dello scrutinio operato dalla Corte EDU⁷³. Quest'ultima, infatti, riconosce in modo sistematico che, quando l'oggetto della decisione sia caratterizzato da «sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments»⁷⁴, il margine di apprezzamento degli Stati deve essere «wide», sia rispetto all'*an* sia al *quomodo* dell'intervento legislativo nazionale⁷⁵.

⁷² Cfr. *ex plurimis* A., B., C. c. Irlanda, Camera Grande, 16 dicembre 2010, su cui L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2011, 445-454; S. MCGUINNESS, *A, B, and C to D (for delegation!)*, in *Medical Law Review*, 19, 2011, 476-491; E. WICKS, *A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 11(3), 2011, 556-566. Nel caso citato, nemmeno il fatto che «most Contracting Parts» abbiano di fatto risolto il conflitto tra posizione giuridica del nascituro e della madre attraverso un bilanciamento «in favour of greater legal access to abortion» rappresenta un fattore decisivo per ridurre il margine nazionale di apprezzamento (Ivi, punto 237). In tal senso, questo sembra essere un caso in cui, come affermato da K. DZEBTSIAROU, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2, 2011, 542, «'European consensus' is used in the sense of a trend».

⁷³ Cfr. P. GALLAGHER, *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, 52, 2012, <http://ssrn.com/abstract=1982661>, 11.

⁷⁴ *Ex plurimis*, *Evans c. Regno Unito*; *S. H. e altri c. Austria*, sentenze dell'11 marzo 2010, Sez. I, e del 3 novembre 2011, Grande Camera; *Costa e Pavan c. Italia*, Sez. II, 28 agosto 2012.

⁷⁵ Cfr. ancora *Evans c. Regno Unito*, cit., 62.

La complessità – scientifica ed etico-morale – delle questioni sembra quindi favorire un atteggiamento di *self-restraint* rispetto alle scelte operate a livello nazionale. Tuttavia, in una sentenza successiva⁷⁶, la Corte, pur ribadendo il principio appena enunciato, ha sottolineato come il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento nazionale non impedisce di effettuare un controllo sulle scelte operate a livello nazionale: infatti, «it falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices»⁷⁷.

La Corte EDU si riserva pertanto un controllo nel merito delle scelte operate dal legislatore, anche quando queste ultime abbiano ad oggetto ambiti scientificamente complessi ed eticamente “sensibili”, introducendo due elementi rilevanti: da un lato, relativamente all’ampiezza dello scrutinio, al riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento corrisponde comunque un *favor* rispetto alla disciplina nazionale⁷⁸, il quale viene superato quando le scelte del legislatore siano manifestamente irragionevoli o incoerenti⁷⁹; dall’altro lato, in relazione all’oggetto dello scrutinio, assumono un rilievo specifico – che consolida l’emersione di un trend più ampio all’interno della giurisprudenza della Corte EDU – la natura e il contenuto del procedimento legislativo, aspetto al quale si rinvia *infra*.

Inoltre, la Corte EDU, secondo un approccio che trova a livello comparato altri esempi significativi⁸⁰, afferma reiteratamente che, in ambiti caratterizzati da una elevata complessità tecnico-scientifica ed etico-sociale, il proprio compito non consiste nel sostituirsi alla autorità nazionali competenti nel determinare le soluzioni legislative più appropriate a disciplinare tali ambiti⁸¹, riconoscendo che le autorità nazionali rappresentano i soggetti più adeguati (e legittimati) a svolgere questo tipo di valutazioni.

Significativamente, la Corte EDU ha esteso questo principio anche ad ambiti diversi da quello della PMA. Nel caso *Hristozov e altri c. Bulgaria*⁸², relativo alla possibilità di utilizzare farmaci sperimentali da parte di pazienti terminali, la Corte EDU ha riconosciuto che non rientra nelle funzioni di una corte internazionale quella di determinare il livello accettabile di rischio, connesso alla somministrazione di farmaci sperimentali, di fronte al beneficio terapeutico potenziale, dovendosi limitare – secondo un approccio adottato anche in *S. H. e altri c. Austria* – a verificare che la scelta operata a livello nazionale non oltrepassi il margine di apprezzamento riconosciuto⁸³. In seguito, nel caso *Durisotto c. Italia*⁸⁴, relativo al caso *Stamina*, la Corte EDU ha confermato questo principio, riconoscendo di non potersi

⁷⁶ *S. H. e altri c. Austria*, 2011, cit. Sottolineano questo aspetto T. MURPHY, G. Ó CUINN, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 10(4), 2010, 634.

⁷⁷ *S. H. e altri c. Austria*, 97.

⁷⁸ Cfr. i casi *Evans c. Regno Unito*, cit.; *S. H. e altri c. Austria*, cit.; e *Parrillo c. Italia*, Grande Camera, 27 agosto 2015, su cui *infra*.

⁷⁹ Cfr. il caso *Costa e Pavan c. Italia*, cit.

⁸⁰ *Ex plurimis*, Corte costituzionale italiana e *Conseil constitutionnel* francese, su cui si rinvia *infra*.

⁸¹ Le questioni relative alla disciplina dell’utilizzo delle tecniche di PMA rappresentano un ambito paradigmatico di operatività di questo principio (cfr. ad esempio i casi *Knecht c. Romania*, 2012, p. 59; *Parrillo c. Italia*, cit., p. 173).

⁸² *Hristozov e altri c. Bulgaria*, Sez. IV, 13 novembre 2012.

⁸³ *Ivi*, p. 125.

⁸⁴ *Durisotto c. Italia*, Sez. II, 6 maggio 2014.

sostituire alle autorità nazionali competenti (nel caso concreto, un comitato di esperti nominato dal Ministero della Salute) nel determinare il livello di rischio accettabile per i pazienti che vogliono accedere a cure compassionevoli nell'ambito di una terapia sperimentale⁸⁵.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU, è possibile riconoscere l'esistenza di un principio generale, secondo cui deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali (legislative o di altra natura), dal quale deriva una presunzione forte di compatibilità delle scelte normative e rispetto a cui uno scrutinio fondato sulla proporzionalità o coerenza degli strumenti normativi rappresenta un'eccezione, che può sfociare in una dichiarazione di incompatibilità solo in caso di incompatibilità manifesta e assoluta (cfr. Costa e Pavan c. Italia). Tenuto conto della giurisprudenza in materia, è possibile affermare che la natura della questione rappresenta un elemento decisivo al fine di regolare il rapporto tra margine di apprezzamento nazionale e scrutinio giurisprudenziale, in quanto la Corte EDU ha affermato che il primo tende ad espandersi quando l'ambito di applicazione sia caratterizzato, oltre che da «sensitive moral and ethical issues», da un «background of fast-moving medical and scientific developments»⁸⁶.

Tentando di giungere a una razionalizzazione degli elementi derivati dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, possono essere identificate una serie di "variabili" rispetto al principio generale appena enunciato, in presenza delle quali la relazione tra diverse "discrezionalità" può assumere conformazioni differenziate.

All'interno di tali "variabili", è possibile identificare un criterio "tradizionale" della giurisprudenza della Corte EDU, rappresentato dalla applicazione della teoria del *consensus* tra gli Stati membri. Questa teoria trova, a conferma di una tendenza comune, un'applicazione spesso ondivaga e orientata dalla natura dell'oggetto: tanto più la questione assume carattere eticamente e scientificamente rilevante, tanto meno la dimensione quantitativa del criterio assume rilievo ai fini di una riduzione del margine di apprezzamento⁸⁷.

Inoltre, è possibile identificare un criterio "contestuale", direttamente connesso alla natura della questione affrontata, secondo cui – analogamente a quanto avviene per l'applicazione della teoria del *consensus* – quando il legislatore nazionale deve disciplinare delicate (*sensitive*) questioni etico-morali, all'interno di un contesto caratterizzato da sviluppi medico-scientifici in continua evoluzione, si afferma un *favor* rispetto alle scelte compiute, sia in termini di legittimazione (in quanto soggetto più adeguato a conoscere ed esprimere i "*morals*" della società di riferimento) sia di legittimità (in termini di presunzione forte di compatibilità con la CEDU della disciplina).

Infine, merita di essere approfondita in modo particolare una variabile ulteriore, di emersione più recente e tendenzialmente connessa a tali ambiti, che può essere definita procedurale. Per variabile procedurale si vuole descrivere quell'elemento interno al percorso argomentativo della Corte EDU, avente ad oggetto le caratteristiche concrete dei procedimenti decisionali sviluppati a livello naziona-

⁸⁵ Ivi, p. 40. Secondo M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2015, 19, «la decisione di inammissibilità del giudice sovranazionale in *Durissotto c. Italia* dimostra quindi di incardinarsi perfettamente entro un sistema che concepisce le relazioni tra scienza e diritto come informate ad un generale principio di "leale collaborazione", nonché di separazione e di rispetto delle reciproche competenze e sfere di azione».

⁸⁶ *Ex plurimis*, *Evans c. Regno Unito*, cit., p. 59.

⁸⁷ Cfr. in particolare *A. B., C. c. Irlanda*, cit.; e *Parrillo c. Italia*, cit.

le per approvare legislazioni in materie tecnico-scientifiche, al fine – ad esempio – di valutare la partecipazione di istanze esterne al circuito democratico-rappresentativo⁸⁸ o l’apertura a elementi di carattere tecnico-scientifico, funzionali a una ricostruzione esaustiva e coerente dell’ambito disciplinato dalla legge⁸⁹.

L’emersione di questo criterio è relativamente recente e può essere fatta risalire al caso *Hatton e altri c. Regno Unito*⁹⁰, relativo alla disciplina britannica in materia di inquinamento acustico provocato dai voli notturni dell’aeroporto di Heathrow. La Corte EDU, chiamata a valutare la violazione dell’art. 8 CEDU da parte della normativa britannica, non accoglie il ricorso, fondando la propria decisione sulla valutazione degli aspetti procedurali della questione e affermando – in tale prospettiva – un principio/parametro che ha poi utilizzato anche in casi successivi. Secondo la Corte EDU, il procedimento decisionale seguito da un’autorità nazionale, quando abbia ad oggetto questioni complesse dal punto di vista tecnico-scientifico (nel caso di specie ambientali ed economiche), deve necessariamente prevedere indagini e studi appropriati, che consentano di individuare un bilanciamento ragionevole tra i diversi interessi che vengono in rilievo⁹¹.

La Corte specifica, inoltre, come non sia necessario che le scelte normative siano assunte esclusivamente quando siano disponibili dati misurabili e completi, relativi a tutte le questioni sollevate: ciò che la Corte EDU sembra richiedere è che, all’interno del procedimento decisionale, le autorità nazionali dimostrino di avere effettuato un monitoraggio costante della situazione, che non sia limitato al momento della approvazione della normativa ma che si preveda una rivalutazione periodica alla luce delle ricerche e delle evoluzioni avvenute nel corso del tempo, dando la possibilità alle persone interessate dalla decisione di partecipare al processo decisionale, anche apportando elementi ulteriori di valutazione. Nel caso concreto, il fatto che le autorità britanniche abbiano soddisfatto i requisiti appena descritti, ha condotto la Corte EDU ad affermare il rispetto dell’art. 8 CEDU da parte della normativa che disciplina i voli notturni, avendo questa individuato un ragionevole bilanciamento, sulla base di un procedimento decisionale adeguato (assenza di «fundamental procedural flaws»).

La Corte EDU ha quindi applicato questo parametro anche ad altri casi, aventi ad oggetto questioni relative all’inizio vita. Nel caso *Evans c. Regno Unito*⁹², relativo alla possibilità per una donna di utilizzare embrioni crioconservati a scopi riproduttivi anche senza il consenso attuale dell’ex partner, pratica vietata dalla normativa britannica, la Corte EDU, dopo avere riconosciuto l’assenza di un consensus a livello internazionale e attribuito un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali, analizza le caratteristiche del procedimento che ha condotto all’approvazione della normativa (*HFEA Act 1990*), riconoscendo che quest’ultima ha rappresentato «the culmination of an exceptionally de-

⁸⁸ Come avvenuto nei casi *Evans c. Regno Unito*, su cui subito *infra*, e *Parrillo c. Italia*, cit.

⁸⁹ Cfr. *S. H. e altri c. Austria*, cit. L’utilizzo da parte della Corte EDU delle caratteristiche del procedimento legislativo ai fini dello scrutinio delle leggi nazionali non è esclusivo dell’ambito qui analizzato, ma rappresenta una dimensione dal crescente rilievo nella giurisprudenza convenzionale: cfr. M. SAUL, *The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, 15, 2015, 745-774.

⁹⁰ *Hatton e altri c. Regno Unito*, Camera Grande, 8 luglio 2003.

⁹¹ *Ivi*, 128 («a governmental decision-making process concerning complex issues of environmental and economic policy such as in the present case must necessarily involve appropriate investigations and studies in order to allow them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake»).

⁹² *Evans c. Regno Unito*, Sez. IV, 7 marzo 2006.

tailed examination of the social, ethical and legal implications of developments in the field of human fertilisation and embryology» e si è basata sulle raccomandazioni presentate da un comitato di esperti istituito *ad hoc* (la commissione Warnock), una consultazione pubblica e un *White Paper*, dai quali è scaturito il disegno di legge successivamente approvato in Parlamento⁹³.

In questo caso, le caratteristiche del processo decisionale, che soddisfano (anche se la sentenza non richiama espressamente il precedente Hatton) i criteri enunciati in precedenza dalla Corte EDU, risultano decisive al fine di orientare la decisione di dichiarare la compatibilità della normativa con l'art. 8 della CEDU, fornendo ulteriori elementi che conducono la Corte a ritenere che la ratio della legge fosse di assicurare un consenso continuo dall'inizio del trattamento fino al trasferimento in utero degli embrioni prodotti⁹⁴.

Recentemente, nel caso Parrillo c. Italia (2015⁹⁵), la Corte EDU è tornata ad utilizzare questo criterio, analizzando le caratteristiche concrete del procedimento legislativo che ha condotto alla approvazione della legge italiana in materia di PMA (40/2004) e derivando da tale analisi elementi utili a orientare la decisione in senso favorevole alle scelte adottate dal legislatore italiano (divieto di utilizzo di embrioni a scopo di ricerca). Risulta opportuno evidenziare che, in questo caso, la Corte EDU utilizza il criterio procedurale al fine di valutare la ragionevolezza del bilanciamento introdotto dalla normativa italiana, dopo avere riconosciuto l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento: la dimensione procedurale si pone quale elemento dello scrutinio dell'esercizio discrezionale del potere legislativo a livello nazionale, potendo alternativamente rafforzare o indebolire – a seconda del rispetto dei principi enunciati dalla Corte EDU – la presunzione di compatibilità derivante dalla natura ampia del margine di apprezzamento nazionale.

L'esito del caso concreto sembra confermare questa impostazione. La Corte, infatti, basandosi su elementi relativi ai lavori preparatori della legge italiana dedotti dalle parti processuali (in particolare dal governo italiano) e giungendo a conclusioni diverse da quelle prevalenti nella dottrina italiana in materia⁹⁶, riconosce che «the drafting of the Law had given rise to discussions that had taken account of the different scientific and ethical opinions and questions on the subjects»⁹⁷, attraverso audizioni di medici, specialisti e associazioni coinvolte nell'ambito della PMA, che hanno contribuito

⁹³ Ivi, p. 63.

⁹⁴ *Evans c. Regno Unito*, Grande Camera, 10 aprile 2007, pp. 63 e 60. M. SAUL, *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, cit., 763, sottolinea questo aspetto quale espressione del principio democratico nella sua dimensione partecipativa, alla quale la Corte EDU attribuisce – nella giurisprudenza citata – un rilievo specifico. L'Autore citato sussume il caso *Evans* nella categoria della «implicit connection» tra ampiezza del margine di apprezzamento e qualità del procedimento legislativo, in quanto «the Court is not explicit on the connection between the margin and parliamentary process, but it is possible to construe a connection through reading parts of the reasoning together» (Ivi, p. 755).

⁹⁵ Per un commento, M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 29 settembre 2015; L. POLI, *La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione*, in <http://www.sidi-isil.org/>, 22 settembre 2015; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni crioconservati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 163 ss.

⁹⁶ Per una ricostruzione del dibattito parlamentare, cfr. C. MARTINI, *Il dibattito parlamentare sulla Pma nella XIII e XIV legislatura*, in G. TONINI (a cura di), *La ricerca e la coscienza. La procreazione assistita tra legge e referendum*, Roma, 2005, 119 ss.

⁹⁷ *Parrillo c. Italia*, cit., 184.

alla discussione parlamentare in modo significativo. Su tali basi, nell’ottica della valutazione della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore italiano, la Corte EDU riconosce che «during the drafting process of the Law in question the legislature had already taken account of the different interests at stake, particularly the State’s interest in protecting the embryo and that of persons concerned in exercising their right to individual self-determination in the form of donating their embryos to research»⁹⁸.

In questo caso, la variabile procedurale contribuisce a orientare la decisione nel senso della dichiarazione di compatibilità della legge con la CEDU, in quanto le modalità di svolgimento del procedimento legislativo – caratterizzato, secondo la ricostruzione della Corte⁹⁹, da una pluralità di audizioni e dalla partecipazione dei soggetti interessati – garantiscono l’adeguatezza e la ragionevolezza del bilanciamento effettuato, rafforzando la presunzione di compatibilità¹⁰⁰.

Nel caso *Parrillo c. Italia*, la Corte EDU consolida pertanto una dimensione ulteriore della variabile procedurale, rappresentata dalla esigenza che il legislatore, anche quando gli sia riconosciuto un ampio margine di apprezzamento, svolga una valutazione approfondita («thorough assessment») delle «rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society»¹⁰¹. Questo elemento è stato utilizzato dalla Corte EDU nella sentenza *S. H. c. Austria* (Camera Grande, 2011), alla quale la sentenza *Parrillo* si riferisce in modo esplicito.

In quella occasione, la Corte EDU ha affermato che, tenuto conto dei continui sviluppi in termini di acquisizioni medico-scientifiche e applicazioni tecnologiche (nel caso di specie, nel campo della PMA), al legislatore è richiesto uno specifico onere procedurale, dal momento che «this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States»¹⁰². La specificità dell’ambito oggetto di disciplina richiede, da parte del legislatore, una verifica costante anche dell’evoluzione tecnico-scientifica, oltre che del contesto etico-sociale, al fine tenerne conto in sede di adeguamento dei contenuti della disciplina. Inoltre, questo aspetto può incidere anche sullo scrutinio operato dalla Corte EDU, la quale può tenere conto, nel valutare la compatibilità delle norme nazionali, di eventuali sviluppi avvenuti successivamente all’entrata in vigore della legge¹⁰³.

5.2. Il livello nazionale: la possibile diversa “natura” del *self-restraint* (fondamento presuntivo – Francia – o valutativo – Argentina e Regno Unito)

Nella prospettiva nazionale, la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese risulta particolarmente significativa. I giudici costituzionali francesi, di fronte a questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto leggi in materie connotate dal punto di vista medico-scientifico, assumono in modo

⁹⁸ *Parrillo c. Italia*, cit., 188.

⁹⁹ Cfr. la *dissenting opinion* del giudice Sajò.

¹⁰⁰ M. D’AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2015, 21, ritiene il caso *Parrillo* come espressivo dell’atteggiamento della Corte EDU verso la scienza, che assume una «valenza pericolosamente accessoria» e «recessiva» all’interno del giudizio di convenzionalità.

¹⁰¹ *Parrillo c. Italia*, cit., p. 170.

¹⁰² *S. H. e altri c. Austria*, Camera Grande, cit., p. 118.

¹⁰³ *S. H. e altri c. Austria*, Camera Grande, 2011, p. 84.

sistematico un atteggiamento di *self-restraint*, fondandolo espressamente sulla natura tecnico-scientifica della disciplina. Questo approccio incide inevitabilmente sul percorso argomentativo, dal quale emerge chiaramente un *favor* per le scelte legislative oggetto di ricorso¹⁰⁴.

Il *Conseil* ha metabolizzato nella propria giurisprudenza il principio, in base al quale, di fronte a questioni che riguardano la fondatezza del fondamento scientifico delle scelte politiche effettuate dal legislatore, «il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur»¹⁰⁵. Il *Conseil* ha reiteratamente applicato questo principio, riconoscendo nel Parlamento francese il soggetto legittimato a svolgere questo tipo di valutazioni e, di conseguenza, che queste ultime possono essere caratterizzate da un elevato livello di discrezionalità politica, pur all'interno dell'obiettivo di tutela e bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti¹⁰⁶.

Nella sentenza citata, questo approccio ha portato il *Conseil* a rigettare una *question prioritaire de constitutionnalité*, che si fondava sulla mancanza di dati scientifici unanimi relativi al divieto di conservazione del sangue da cordone ombelicale per utilizzo infra-familiare (cd. autologo), tali da giustificare un diverso trattamento fondato sulle finalità – solidaristica o autologa – della conservazione. Secondo i giudici, la scelta operata dal legislatore, tendente a limitare la conservazione per utilizzo intra-familiare esclusivamente nel caso in cui vi sia una accertata “necessità terapeutica” che giustifichi il prelievo¹⁰⁷, si fonda proprio sulla valutazione degli effetti terapeutici della pratica in oggetto, ritenendo che, in assenza di una specifica necessità terapeutica, il trapianto di cellule ematopoietiche da cordone ombelicale intra-familiare non presenta un «avantage thérapeutique» rispetto ad altri tipi di trapianto (allogenico). Pertanto, legittimamente il legislatore, basandosi anche su elementi di carattere medico-scientifico, la cui valutazione – come detto – deve restare estranea allo scrutinio del *Conseil*, ha considerato prevalente il principio della donazione gratuita e altruistica, condizionata al consenso informato della donna, prevedendo un'eccezione esclusivamente se scientificamente fondata su concrete esigenze terapeutiche.

Il *Conseil* ha utilizzato il medesimo approccio anche in altri ambiti¹⁰⁸, confermando un atteggiamento costante di favore rispetto all'esercizio discrezionale del potere legislativo. In particolare, nella sentenza n. 2015-458 QPC, il *Conseil* ha ritenuto infondata la questione avente ad oggetto una legge che prevedeva una serie di obblighi vaccinali, riservando al ministro competente il potere di sospendere

¹⁰⁴ Questo approccio si pone in linea di continuità con il generale rapporto tra *Conseil* e legislatore francese: per un'analisi esaustiva della giurisprudenza costituzionale francese sul punto, G. BERGOUIGNOUS, *Le Conseil constitutionnel et le législateur*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1, 2013, 294 ss.

¹⁰⁵ *Ex plurimis*, sentenza n. 2012-249 QPC, 16 maggio 2012. Cfr. sul punto D. PARIS, *La disciplina del prelievo e dell'uso del cordone ombelicale al vaglio del Conseil constitutionnel. Brevi osservazioni a margine della décision n. 2012-249 QPC*, in *Rivista AIC*, 3, 2012.

¹⁰⁶ F. CHÉNÉDÉ, P. DEUMIER, *L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2, 2013, 354 ss., analizzano in modo sistematico la giurisprudenza costituzionale francese alla luce di questa prospettiva.

¹⁰⁷ Art. L. 1241-1 del *code de la santé*, come modificato dalla *Loi de bioéthique* n. 2011-814.

¹⁰⁸ Cfr. in precedenza sentenza n. 94-343/334 DC (27 luglio 1994), in riferimento al pregiudizio alla salute che può subire il figlio nato da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo a causa dell'impossibilità di conoscere le proprie origini genetiche, e sentenza n. 2001-446 DC (27 giugno 2001) rispetto ai rischi per la salute legati all'estensione del periodo entro il quale può essere praticata l'interruzione volontaria della gravidanza.

con apposito decreto tali obblighi, alla luce della situazione epidemiologica e delle conoscenze mediche e scientifiche. Secondo i giudici costituzionali francesi, lo schema legislativo, riservando al ministro competente il potere di adeguare l'applicazione dell'obbligo vaccinale alle esigenze derivanti dall'evoluzione del contesto medico-scientifico, risulta costituzionalmente legittimo, in quanto – da un lato – il legislatore rappresenta il soggetto legittimato a svolgere questo tipo di scelte al fine di tutelare la salute pubblica e – dall'altro lato – la legge prevede meccanismi attraverso cui è possibile modificare tale assetto, tenendo conto dell'evoluzione dei dati scientifici, medici ed epidemiologici¹⁰⁹.

In ogni caso, si riafferma come non possa spettare al *Conseil* di «remettere en cause», alla luce dello stato delle conoscenze scientifiche, i contenuti della legge. Confermando una correlazione diretta tra *self-restraint* nella valutazione della fondatezza dei presupposti scientifici della legge e ampiezza dello scrutinio nel merito delle scelte operate dal legislatore, il *Conseil* afferma che la sua funzione non può estendersi fino a «rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé»¹¹⁰.

In tal senso, la giurisprudenza costituzionale francese sembra discostarsi da quella italiana: se entrambe affermano il principio secondo cui il giudice non è chiamato a sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dal legislatore (o, eventualmente, da organismi tecnici individuati da quest'ultimo)¹¹¹, nel caso francese l'adesione a questo principio limita in modo decisivo l'ampiezza dello scrutinio operato sul merito delle scelte legislative; mentre – come noto – la Corte costituzionale italiana è venuta ad affermare l'esistenza di limiti che derivano dalle acquisizioni tecnico-scientifiche al potere discrezionale del legislatore, i quali possono essere utilizzati come parametro nel giudizio di costituzionalità di leggi scientificamente connotate.

Una dimensione ulteriore di questo fenomeno è rappresentata da quei casi, nei quali una corte, pur svolgendo una valutazione in concreto della questione e individuando elementi di criticità nel quadro normativo di riferimento, riconosce la competenza esclusiva del legislatore nel verificare l'adeguatezza degli strumenti normativi, anche mediante una espressa delega ad autorità ministeriali o tecniche. In questo caso, la natura tecnica dell'oggetto rappresenta l'elemento decisivo per limitare le competenze dell'autorità giudiziaria, in favore della competenza assunta da altri soggetti istituzionali, titolari di adeguate risorse e competenze tecniche. Questo approccio, che accomuna sistemi di *civil law* e di *common law* (cfr. subito *infra*), sembra esprimere una dimensione ulteriore del *self-restraint* giurisprudenziale in contesti scientificamente connotati, in ragione del quale i giudici riconoscono che la struttura legislativa prevede meccanismi adeguati attraverso cui adeguarne i contenuti allo sviluppo delle acquisizioni medico-scientifiche e che, al contempo, essi non possono sosti-

¹⁰⁹ Sentenza n. 2015-458 QPC, p. 10. Sul punto, si rinvia al contributo di M. TOMASI, *Unitarietà della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, pubblicato su questo numero della *Rivista*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ La Corte costituzionale italiana ha affermato questo principio nella sentenza n. 185 del 1998, per poi confermarlo in sentenze successive (*ex plurimis*, sentenze n. 121 del 1999 e n. 188 del 2000). Analizza in modo approfondito questo aspetto P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 599 ss.

tuirsi ai soggetti legislativamente individuati (e legittimati) nell'applicazione dei medesimi. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha affermato questo principio in modo ormai sistematico (a partire dalla giurisprudenza Di Bella citata nella nota 111), ma anche a livello comparato è possibile trovare rilevanti esempi, nei quali l'esercizio del potere giurisdizionale viene orientato da questo principio.

In una recente sentenza avente ad oggetto un *recurso de amparo* finalizzato, a fronte del mancato inserimento nell'elenco delle prestazioni legislativamente ammesse, ad ottenere la copertura integrale della diagnosi genetica preimpianto, sulla base del diritto fondamentale all'accesso integrale alle tecniche di PMA e del diritto fondamentale alla salute, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina ha applicato tale principio in modo espresso¹¹².

La *Corte* argentina, secondo un approccio diverso da quello assunto da altre corti in casi analoghi (cfr. la giurisprudenza britannica in materia di DGP), a fronte di una disposizione legislativa che non include espressamente tra le prestazioni assicurate dal servizio sanitario nazionale questo tipo di tecnica diagnostica, non utilizza i propri poteri ermeneutici al fine di valutare la possibilità di una interpretazione estensiva, teleologicamente orientata, del testo della legge. Al contrario, individuando nella legge la presenza di una clausola di apertura che prevede la possibilità di modificare l'elenco delle prestazioni alla luce della evoluzione tecnico-scientifica, ritiene di non poterne usufruire direttamente, richiamando la competenza esclusiva del soggetto individuato dal legislatore, nel caso di specie il Ministero della Salute argentino.

In questo caso, la Corte decide di non entrare nel merito della questione, rinunciando ad una interpretazione evolutiva delle formule legislative. Ciò sarebbe stato teoricamente possibile, in quanto la legge, riferendosi genericamente (secondo quello che è stato in altra sede definito come «rinvio mobile alla scienza»¹¹³) a «técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones» (art. 2, secondo comma), avrebbero potuto consentire questa operazione. Tuttavia la *Corte* afferma l'esistenza di una riserva normativa esclusiva in favore delle autorità tecniche ministeriali, alle quali la legge attribuisce il compito di determinare in concreto il contenuto della formula utilizzata dal legislatore e di includere eventualmente «nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos», mediante una specifica autorizzazione ministeriale¹¹⁴.

Riconoscendo che il quadro legislativo fornisce *de iure condito* meccanismi finalizzati ad adeguarne il contenuto agli sviluppi tecnico-scientifici avvenuti nel contesto della PMA mediante la tecnica del rinvio mobile ai dati scientifici e una riserva di competenza alle autorità ministeriali, la *Corte* ribadisce il principio per cui non è ammissibile che siano i tribunali, in particolare nel quadro dei limitati poteri di cognizione che fornisce il *recurso de amparo*, a determinare l'incorporazione al catalogo di procedimenti e tecniche di PMA autorizzati, una pratica quale quella della DGP¹¹⁵. Infatti, secondo la *Corte* argentina, «la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador

¹¹² *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n. CSJ 3732/2014, sentenza del 1 settembre 2015. J. N. LAFFERRIERE, J.A. TELLO MENDOZA, *El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo"*, in *Foro Jurídico*, 14, 2015. In generale, sulla normativa in materia, M. HERRERA, *La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida, saldando deudas*, in *La Ley*, n. 1, 10 giugno 2013, 1-3.

¹¹³ Cfr. S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 140-141 e 347 ss.

¹¹⁴ *Corte Suprema*, cit., p. 7.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 10.

ni juzgar el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades», assumendo un approccio generale che, pur nelle diversità applicative evidenziate dall’analisi comparata, può dirsi consolidato dalle giurisdizioni superiori a livello comparato.

Il caso britannico rappresenta un approccio ibrido al bilanciamento tra *self-restraint*, inteso nel senso da ultimo descritto (il caso argentino) e *judicial activism*, caratterizzato dalla tendenza a utilizzare il potere ermeneutico in senso ampiamente evolutivo. In questo senso, la giurisprudenza in materia di PMA risulta paradigmatica. Lo *HFE Act* (1990) prevede l’attribuzione a un organismo tecnico indipendente – la *HFE Authority* – di ampie funzioni decisionali, in termini di autorizzazione e controllo delle attività disciplinate dalla legge¹¹⁶. Come riconosciuto dai giudici britannici che sono stati chiamati a decidere ricorsi contro decisioni assunte dall’*Authority*, la scelta del legislatore britannico di attribuire a un organismo tecnico ampi poteri autorizzatori e regolativi esprime l’esigenza di adeguare lo schema normativo generale alle caratteristiche del proprio oggetto – «an area of rapidly developing scientific knowledge and debate»¹¹⁷ – che richiede un costante adattamento a livello applicativo, il quale non può essere assicurato unicamente dalla fonte legislativa. L’individuazione della *ratio* legislativa conduce i giudici britannici ad affermare un principio comune alle giurisdizioni analizzate – la cui assunzione da parte di una giurisdizione di *common law* appare particolarmente sintomatica – secondo cui «it is not the function of the court to enter the scientific debate, nor is it the function of the court to adjudicate on the merits of the Board’s decisions or any advice it gives»¹¹⁸.

Pertanto, secondo la *Court of Appeal* nella sentenza citata, lo scrutinio del giudice non può spingersi oltre il limite della manifesta irragionevolezza, arbitrarietà o irrazionalità della decisione compiuta dall’organo tecnico. Pertanto, quando l’*Authority* abbia dimostrato di avere tenuto in considerazione le particolarità del caso concreto e di avere valutato i dati scientifici rilevanti, lo scrutinio non potrà che essere limitato. Come il limite che il giudice costituzionale incontra rispetto allo scrutinio dell’esercizio del potere discrezionale del legislatore deriva dalla natura democratico-rappresentativa dell’organo parlamentare, così il *self-restraint* adottato dalla corte britannica sembra dovuto alla natura tecnica dell’organo, legittimato dalla sua specifica *expertise* (oltre che da una formale attribuzione di potere da parte del legislatore).

Questa tendenza, che consente di sussumere questo filone giurisprudenziale alla categoria di decisioni caratterizzate da un tendenziale *self-restraint*, anche se diretto a decisioni assunte da un orga-

¹¹⁶ Per una descrizione di questo organismo tecnico, T. PROSSER, *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford, 2010, 21-43; T. CALLUS, *Ensuring Operational Compliance and Ethical Responsibility in the Regulation of ART: The HFEA, Past, Present, and Future*, in *Law, Innovation and Technology*, 1, 2011, 86 ss.; R. BROWNSWORD, *Rights, Regulation and the Technological Revolution*, Oxford, 2008, 300 ss.

¹¹⁷ *Re v. HFE Authority, ex parte Assisted Reproduction and Gynaecology Centre & H (2002, Court of Appeal)*, nel quale si afferma che «this is an area of rapidly developing scientific knowledge and debate, in which the Authority, as the licensing body established by Parliament, makes decisions and gives advice. It is not the function of the court to enter the scientific debate, nor is it the function of the court to adjudicate on the merits of the Board’s decisions or any advice it gives. Like any public authority, the Board is open to challenge by way of judicial review, but only if it exceeds or abuses the powers and responsibilities given to it by parliament» (cfr. commento su *Medical Law Review*, 2002, 213).

¹¹⁸ *Ibidem*.

nismo tecnico, viene confermata da altre decisioni¹¹⁹, nelle quali le corti britanniche riconoscono che il Parlamento ha attribuito un ampio potere decisionale alla *Authority* proprio al fine di consentire un costante adattamento dei contenuti legislativi e delle finalità ad essi sottesi al mutare delle condizioni, in particolare tenendo conto la evoluzione delle acquisizioni tecnico-scientifiche, le quali impongono di introdurre soluzioni applicative idonee ad assicurare – anche in contesti mutati – l’effettiva attuazione della legge e il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall’intervento legislativo. Su tali basi, le corti britanniche applicano un *self-restraint* nei confronti di un organismo tecnico, affermando che lo scrutinio delle decisioni di quest’ultimo non può spingersi oltre ad una valutazione della evidente arbitrarietà o irragionevolezza delle medesime e riconoscendo comunque una riserva di competenza relativamente al merito tecnico-scientifico delle decisioni assunte in capo alla medesima autorità¹²⁰.

L’atteggiamento di *self-restraint* che le corti britanniche assumono nei confronti delle decisioni assunte dall’*Authority*, secondo un approccio che richiama quello analizzato nel caso argentino nel senso di affermare la piena legittimità ed adeguatezza dei meccanismi introdotti a livello legislativo (anche quando prevedano una delega a organismi tecnici o esecutivi), si accompagna a un approccio “interventista” nel momento in cui siano chiamate a verificare in concreto l’ambito normativo di applicazione di concetti scientifici richiamati dal testo legislativo. Posta di fronte a valutare la possibilità di sussumere embrioni prodotti in vitro mediante tecniche alternative alla fecondazione dell’ovulo¹²¹ nella definizione legislativa di «human embryo» (art. 1 *HFE Act*), la giurisprudenza britannica ha consolidato un’interpretazione evolutiva, fondata sulla lettera e sulla *ratio* della legge¹²². I giudici britannici hanno adottato un approccio “aperto” anche in riferimento al caso – oggetto di decisioni da parte di altre tra le giurisdizioni analizzate¹²³ – relativo alla possibilità di estendere il concetto di embrione, come definito dalla legge britannica («*human live embryo*»), anche agli embrioni prodotti mediante trasferimento nucleare. La *High Court*¹²⁴ ha infatti riconosciuto che la volontà legislativa contenuta nella versione originaria dell’*Act*, e confermata dalla riforma del 2008, non consisteva nel prevedere una «immutable definition» di embrione, ma nel consentirne un’applicazione estensiva, mediante l’utilizzo di termini indeterminati in grado di adattarsi all’evoluzione scientifica. La *High Court* riconosce che la formula legislativa risulta funzionale a rispondere all’esigenza di «move on with the

¹¹⁹ Ad esempio il caso *Quintavalle (Comment on Reproductive Ethics) v HFEA, 2005, House of Lords*, relative alla autorizzazione ad effettuare la tecnica del *tissue typing*. Per un commento, S. SHELDON, S. WILKINSON, *Hasmi and Whitaker: An Unjustifiable and Misguided Distinction?*, in *Medical Law Review*, 137, 2004, 145; A. ALGHAMI, ‘Suitable’ to be a ‘saviour’: *R (Quintavalle) v Human Fertilisation and Embryology Authority*, in *Child and Law Family Quarterly*, 18(3), 2006, 407 ss.

¹²⁰ Cfr. il caso *Assisted Reproduction and Gynaecology Centre & Anor v The Human Fertilisation and Embryology Authority [2013] EWHC 3087 (Admin) (18 October 2013)*, *High Court, Queen’s Bench Division, Administrative Court*.

¹²¹ Cfr. il caso dello *human admixed embryo* o del trasferimento nucleare.

¹²² Per una analisi sul punto, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica*, cit., 305 ss.

¹²³ Cfr. il *Tribunal Constitucional* portoghese, su cui subito *infra*.

¹²⁴ *Quintavalle & Anor, R (on the application of) v. Human Fertilisation & Embryology Authority (HFEA) [2008] EWHC 3395 (Admin) (09 December 2008)*.

development of science and which allows for amending regulations to be made to reflect developments when they occur within the intention of the Act»¹²⁵.

In una giurisprudenza precedente, sia la *Court of Appeal*¹²⁶ sia la *House of Lords*¹²⁷ avevano inaugurato questo approccio, fondato su una interpretazione teleologica e “scientificamente orientata” della legge, in quanto fondata sull’esigenza di tenere conto dell’«unforeseen scientific development» che caratterizza l’oggetto di intervento. In particolare, secondo la *House of Lords*, la definizione legislativa di embrione, che contiene un riferimento alla fecondazione dell’ovulo, deve essere interpretata «in the light of the new scientific knowledge», rappresentato nel caso concreto dalla tecnica del trasferimento nucleare, al fine di assicurare - anche in caso di mutamento del sostrato empirico della legge l’effettiva realizzazione - della *ratio* legislativa¹²⁸. Un diverso approccio, di natura letterale, risulterebbe secondo i giudici contrario alla volontà legislativa, oltre che incoerente e irrazionale in termini sistematici¹²⁹, in quanto presupporrebbe che il legislatore abbia voluto consapevolmente limitare l’ambito di applicazione della legge sulla base di una specifica modalità di produzione degli embrioni (la fecondazione), alla quale si è al contrario riferito nel testo legislativo con finalità meramente esemplificative, assumendo quella conosciuta sulla base del sapere scientifico all’epoca della redazione della legge¹³⁰.

Nei casi da ultimo citati, la natura del *self-restraint* appare diversa rispetto a quella che caratterizza l’esempio francese. Infatti, nel caso del *Conseil constitutionnel* francese, esso si basa su di una presunzione pressochè assoluta derivante dalla natura delle funzioni e della legittimazione dell’organo parlamentare, le quali impongono ai giudici costituzionali di non sostituirsi alle valutazioni compiute dal legislatore, mentre nel caso argentino e, in particolare, britannico, il *favor* rispetto all’approccio assunto dal legislatore e al merito delle decisioni di organismi tecnici competenti non si fonda su una presunzione automatica di legittimità, ma sulla valutazione delle caratteristiche del modello normativo adottato (ad es., previsione di meccanismi normativi di adeguamento al progresso scientifico-tecnologico).

5.3. Oltre il *self-restraint*: la funzione valutativa degli elementi tecnico-scientifici all’interno del giudizio di legittimità costituzionale (Canada, Spagna, Portogallo; Corte di giustizia dell’Unione europea)

Quando le corti superano un atteggiamento di rigido *self-restraint*, possono valutare la legittimità della disciplina anche alla luce di una verifica della fondatezza empirica della legge. In questo caso, la valutazione dei riferimenti legislativi ad elementi extra-giuridici possono risultare decisivi al fine di

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ *R v. Secretary of State for Health ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance) [2002] EWCA Civ. 29.*

¹²⁷ *R v. Secretary of State for Health ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance) [2003] UKHL 13.*

¹²⁸ «given that Parliament legislates on the assumption that statutes may be in place for many years, and that Parliament wishes to pass effective legislation, this is a benign principle designed to achieve the wishes of Parliament» (*House of Lords*, p. 25).

¹²⁹ Cfr. *House of Lords*, p. 49 (Lord Millett) e *Court of Appeal* (p. 38 e 42).

¹³⁰ Secondo la corte, «four words [“where fertilisation is complete”] were not intended to form an integral part of the definition of embryo but directed to the time at which it should be treated» (*House of Lords*, p. 14).

individuare una interpretazione in grado di rendere il dato normativo compatibile con i parametri costituzionali.

Un approccio temperato tra un rigido *self-restraint* e una valutazione nel merito delle scelte legislative, operata attraverso parametri costituzionali tradizionali, è rappresentato dalla recente sentenza della Corte Suprema canadese in materia di assistenza al suicidio. Nella sentenza *Carter c. Canada*¹³¹, la Corte Suprema, innovando la propria giurisprudenza (cfr. il caso *Rodriguez*, 1993), ha dichiarato *void* il divieto di assistenza al suicidio previsto dal codice penale canadese, al ricorrere di una serie di condizioni relative alla volontarietà della decisione e alla condizione clinica del soggetto, in quanto incompatibile con i diritti garantiti dall'art. 7 della *Charter*¹³². Pur riconoscendo che al legislatore debba essere in tale ambito attribuita una «measure of deference»¹³³, la Corte canadese non ritiene – al contrario di quanto avviene nella citata giurisprudenza francese – di non potere sviluppare il proprio scrutinio fino a valutare se, alla luce delle circostanze e delle evidenze fattuali assunte nei diversi gradi di giudizio, il legislatore avrebbe potuto prevedere uno strumento normativo meno limitativo dei diritti della persona al fine di perseguire una finalità – la tutela di soggetti in condizione di particolare vulnerabilità – costituzionalmente legittima (criterio del *minimal impairment*).

Pertanto, la Corte svolge uno scrutinio di proporzionalità in concreto, pur riconoscendo che al legislatore deve essere attribuito un «high degree of deference», in quanto si tratta di una materia – la morte medicalmente assistita (*physician-assisted death*) – che coinvolge complesse questioni di politica sociale e valori confliggenti. Applicando al caso il parametro del «minimal impairment», la Corte Suprema attribuisce un rilievo specifico al fatto che il giudice d'Appello abbia fondato la propria valutazione, contraria alla proporzionalità del divieto assoluto, anche sulla assunzione di elementi probatori («evidence») derivanti dalla consultazione di scienziati, professionisti della salute, a livello nazionale e internazionale. In questo caso, dimensione tecnica e dimensione etico-sociale risultano particolarmente connesse, in particolare quando associate alla relazione tra medico e paziente e alla capacità del primo di valutare in modo adeguato la capacità del secondo e la volontarietà e certezza («non-ambivalence») della scelta effettuata¹³⁴.

L'accertamento dell'*evidence* assunta nel corso del processo dimostra, secondo la Corte Suprema, che anche un regime permissivo, in presenza di garanzie adeguate («carefully designed and managed system»), può assicurare la protezione delle persone vulnerabili, dichiarando quindi nullo il divieto

¹³¹ Per un commento, M. TOMASI, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele - Canada Supreme Court: Carter v. Canada (Attorney General)*, in *DPCE Online*, 2, 2015; F. REY MARTÍNEZ, *La ayuda médica a morir como derecho fundamental. Comentario crítico de la sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 6 de Febrero de 2015, asunto Carter v. Canadá*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 245-260; A. DI MARTINO, *La Corte Suprema canadese fa un "overruling" e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2015; cfr. anche il *Symposium Carter v. Canada (Attorney General)*, in *Saskatchewan Law Review*, 2, 2015, 197 ss.

¹³² Secondo la Corte Suprema canadese la «section 241(b) and s. 14 of the Criminal Code unjustifiably infringe s. 7 of the Charter and are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition. The declaration of invalidity is suspended for 12 months».

¹³³ *Carter c. Canada*, cit., p. 97.

¹³⁴ *Carter c. Canada*, cit., p. 104.

legislativo, in violazione del diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza (art. 7 della *Charter*). Allo stesso tempo, la Corte, limitando la propria competenza alla risoluzione del singolo caso concreto oggetto del giudizio, individua nel Parlamento canadese il soggetto comunque chiamato a intervenire al fine di adeguare l’assetto legislativo alla decisione, esercitando il proprio potere normativo in modo conforme ai principi affermati dalla Corte Suprema, sospendendo a tal fine di dodici mesi l’efficacia della sentenza¹³⁵.

Pur dichiarando la legge «void», la Corte non ritiene che la propria funzione possa andare oltre al perimetro dello scrutinio “negativo” della legittimità della legge, senza che a ciò possa seguire l’individuazione “in positivo” degli strumenti normativi più adeguati a dare attuazione ai principi ricavabili dalla propria giurisprudenza, sospendendo pertanto l’efficacia della dichiarazione: in questo caso, però, l’affermazione del principio secondo cui il legislatore rappresenta il soggetto più legittimato a svolgere valutazioni *de iure condendo* in materie scientificamente ed eticamente complesse, non comporta una rinuncia da parte della corte a valutare nel merito la legittimità dei contenuti legislativi, come sostanzialmente accade nella giurisprudenza costituzionale francese.

La giurisprudenza costituzionale spagnola in materia di PMA può essere considerata invece un esempio di utilizzo, anche se integrato da valutazioni di carattere assiologico, di concetti tecnico-scientifici quali elementi dell’interpretazione costituzionale, funzionali a valutare il bilanciamento operato dal legislatore.

In particolare, nella sentenza n. 116/1999¹³⁶ – avente ad oggetto la costituzionalità della legge in materia di PMA vigente all’epoca (*Ley n. 35/1988*) – il *Tribunal Constitucional* spagnolo ritiene pienamente compatibile la scelta legislativa di attribuire una protezione giuridica differenziata – e inferiore rispetto all’embrione in utero – all’embrione *in vitro*, sulla base di un criterio gradualista inaugurato con la sentenza n. 53/1985, secondo cui «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente

¹³⁵ Ivi, pp. 126 e 127.

¹³⁶ *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 116/1999, de 17 de junio en relación con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Per alcuni commenti, cfr. C. LEMA AÑÓN, *Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000, 47-66; Id., *Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida (Parte II)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 13, 2000, 103-118; G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina (Reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000, 91-111; J. VIDAL MARTÍNEZ, *Comentario a la Sentencia de 17 de Junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad n° 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000, 113-137; V. BELLVER CAPELLA, *El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 11, 1999, 119-144.

configuración humana»¹³⁷. All'interno di tale processo, il momento dell'annidamento in utero rappresenta una fase biologicamente e giuridicamente rilevante¹³⁸.

Il *Tribunal*, pertanto, ritiene compatibile con il quadro costituzionale¹³⁹ la scelta del legislatore di introdurre regimi giuridici differenziati, sulla base delle caratteristiche biologiche – lo stadio di sviluppo embrionale – degli embrioni in vitro, distinguendo tra “pre-embrione” ed “embrione”¹⁴⁰. In questo caso, i dati scientifici vengono assunti all'interno del giudizio di costituzionalità, contribuendo a orientarne il “verso”: l'attribuzione di livelli di protezione giuridica differenziati alle diverse fasi di sviluppo embrionale risulta funzionale a garantire un ragionevole bilanciamento tra concomitanti esigenze costituzionali.

Su tali basi, il *Tribunal* afferma la piena compatibilità con i principi costituzionali della disposizione che prevede il trasferimento in utero esclusivamente del numero di preembrioni scientificamente considerato come il più adeguato ad assicurare ragionevolmente la gravidanza¹⁴¹. Il fatto che da tale criterio normativo, che richiama standard di natura medico-scientifica (“il numero scientificamente più adeguato”), derivi – quale «fatto scientificamente inevitabile»¹⁴² – la necessità di crioconservare gli embrioni non traferiti non viene ritenuto dal *Tribunal* lesivo di principi costituzionali – la dignità umana – in quanto rappresenta, alla luce dello stato della tecnica, l'unico rimedio per evitare fecondazioni non necessarie e utilizzare al meglio i preembrioni esistenti (f.j. 11).

Occorre infine rimarcare come, analogamente ad altri tribunali costituzionali, anche il *Tribunal* spagnolo affermi che «no es función de este Tribunal establecer criterios o límites en punto a las determinaciones que (...) pueda establecer el legislador, máxime en una materia sometida a continua

¹³⁷ Per una descrizione dell'argomentazione del *Tribunal* sul punto, R. TUN AUSINA, *Cuerpo humano y persona ante las biotecnologías: implicaciones constitucionales*, in H. C. SILVEIRA (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Barcellona, 2008, 261-263.

¹³⁸ «como queda afirmado con reiteración, los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno». Utilizza questo concetto C.M. ROMEO CASABONA, *Política legislativa penal y extrapenal en relación con la biotecnología humana*, in H.C. SILVEIRA (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, cit., 108.

¹³⁹ In particolare con l'art. 15 CE, secondo cui «todos tienen derecho a la vida». Approfondisce il rapporto tra art. 15 CE e natura giuridica del nascituro, C. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *La protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del “nasciturus” al “moriturus”*, in F. BLASCO, M. CLEMENTE, J. ORDUÑA, L. PRATS, R. VERDERA (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Valencia, 2011, 519.

¹⁴⁰ Per un approfondimento sulle diverse teorie interne alla dottrina spagnola relative alla fondatezza scientifica e opportunità giuridica di questa distinzione, sia consentito rinviare a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., 332 ss.

¹⁴¹ Secondo il *Tribunal* spagnolo, «de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando» (f.j. 11). *Contra*, R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Las técnicas de reproducción humana asistida y la dignidad en el inicio de la vida*, in N. MARTÍNEZ MORÁN (coord.), *Biología, Derecho y dignidad humana*, Granada, 2003, 157. Cfr. sul punto S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Milano, 2012, 142; M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 61.

¹⁴² Tribunal Constitucional, sentenza n. 116/1999, cit., f.j. 11.

evolución y perfeccionamiento técnico, siempre, claro es, que las determinaciones legales no entren en colisión con mandatos o valores constitucionales»¹⁴³.

Anche il *Tribunal Constitucional* portoghese è stato chiamato a valutare la legittimità, sotto diversi profili, della legge in materia di PMA (legge n. 32/2006). Nella sentenza n. 101/2009, il *Tribunal* affronta diverse questioni, secondo un approccio caratterizzato da alcune linee di tendenza rilevanti in prospettiva comparata¹⁴⁴.

Il *Tribunal* valorizza i riferimenti a standard o concetti medico-scientifici contenuti nella legge, i quali nel giudizio di costituzionalità diventano oggetto di interpretazione (ad es. nel caso della distinzione tra «embryo» e «laboratory product»), contribuendo a riconoscere la legittimità costituzionale della soluzioni introdotte dal legislatore in ambiti complessi quali la diagnosi preimpianto e l'utilizzo di embrioni a scopo di ricerca.

In riferimento all'art. 9 della legge, che autorizza – in presenza di una serie predeterminata di condizioni¹⁴⁵ – la ricerca con embrioni, il *Tribunal* svolge una valutazione di conformità della disposizione, nella parte in cui autorizza l'utilizzo a scopo di ricerca di embrioni prodotti mediante la tecnica del trasferimento nucleare («non-reproductive cloning» nelle parole del *Tribunal* portoghese). Si tratta di una valutazione che abbiamo visto essere affrontata anche da altre giurisdizioni. La possibilità di definire “embrione” il prodotto di questa tecnica risulta decisiva, in quanto solo in questo caso sarebbe possibile applicarvi il rilievo etico e giuridico riconosciuto a quello: come affermato dal Consiglio Etico Nazionale per le Scienze della Vita (CNEV), nel caso esso sia assimilabile all'embrione, un suo eventuale utilizzo si porrebbe in contrasto con il principio della tutela della dignità umana, di cui anche l'embrione “clonato” sarebbe espressione.

A fronte della incertezza interna alla comunità scientifica e al parere in materia del CNEV, il quale aveva raccomandato di assumere un approccio proibizionista fondato sul principio di precauzione, il *Tribunal* portoghese esclude la possibilità di qualificare il prodotto della clonazione non terapeutica

¹⁴³ Ivi, f.j. 6.

¹⁴⁴ Per un commento, V. L. RAPOSO, R. VALE E REIS, *Assisted Reproductive Technologies in Portuguese Law – Commentary to the Judgment n. 101/2009, of march the 3rd of the Portuguese Constitutional Court*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 31, 2009, 125-158.

¹⁴⁵ L'art. 9 (*Investigação com recurso a embriões*) prevede:

«1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.

2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:

a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental;
 b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;
 c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;
 d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam».

come “embrione”, alla luce di una interpretazione logico-sistematica tendente a garantire la coerenza interna della legge: attribuendo la natura di embrione («true embryo») al prodotto del trasferimento nucleare, si produrrebbe una «irrimediabile contraddizione» con la norma che vieta la produzione di embrioni a scopo di ricerca (art. 9, primo comma). Pertanto, al fine di salvaguardare la coerenza della legge, il *Tribunal* definisce il prodotto del trasferimento nucleare «a mere laboratory artefact without the capacity to turn into a human being». A fronte di una sostanziale incertezza scientifica e filosofica sulla natura di tale entità biologica, la corte portoghese giunge a una definizione basata non su elementi biologico-scientifici, ma derivante da una interpretazione sistematica del testo legislativo, inevitabilmente orientata anche da valutazioni di carattere assiologico.

Inoltre, assumono particolare rilievo i riferimenti all’esigenza che l’applicazione della legge avvenga sulla base di standard clinici verificati e di *best practices* consolidate. Dal punto di vista dello scrutinio di costituzionalità, quando il testo legislativo prevede espressamente clausole normative che si riferiscono a elementi cognitivi e applicativi di natura tecnico-scientifica, il giudizio tende a riconoscere l’adeguatezza dello schema normativo. Ciò avviene in riferimento alla disciplina della diagnosi genetica preimpianto, ammessa in situazioni e a condizioni definite e limitate (art. 29), nel momento in cui la legge prevede che le gravi ragioni di interesse pubblico connesse ad esigenze di tutela della salute¹⁴⁶ che autorizzano l’accesso alla diagnosi preimpianto devono essere valutate alla luce di un criterio rigido fondato sulla pratica clinica. Il riferimento all’esigenza che sussista una «specific medical indication determined by the current good practice»¹⁴⁷ assume un rilievo decisivo al fine di valutare la ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore.

Il ragionamento del *Tribunal* portoghese è assimilabile alla giurisprudenza costituzionale italiana in materia, soprattutto nell’evidenziare – attribuendovi rilievo normativo all’interno del giudizio di costituzionalità – l’esigenza, soddisfatta nel caso portoghese ma non, come noto, in quello italiano, che il legislatore preveda che la legge sia interpretata e applicata tenendo conto delle buone prassi mediche contenute nelle raccomandazioni di organismi ufficiali dotati di specifiche competenze tecnico-scientifiche e, più in generale, risulti adeguata agli standard più recenti e consolidati¹⁴⁸.

Un approccio tendenzialmente analogo al principio appena espresso con riferimento alla sentenza portoghese caratterizza una recente sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea¹⁴⁹, derivante da un rinvio pregiudiziale relativo alla disciplina francese di attuazione di una direttiva europea in materia di donazione di sangue. La normativa francese prevede una esclusione permanente per gli uomini che hanno avuto rapporti con una persona dello stesso sesso, in quanto – alla luce dei dati

¹⁴⁶ I casi previsti dalla legge sono il rischio elevato di trasmissione di malattie in presenza di alterazioni genetiche che provocano morte prematura o malattie gravi, secondo la legge.

¹⁴⁷ Riferendosi a specifici casi che possono autorizzarne l’utilizzo (es., aneplioide e la presenza di “*serious genetic illnesses*”, art. 28, terzo comma).

¹⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale italiana, sentenza n. 282 del 2002.

¹⁴⁹ Geoffrey Léger/*Ministre des Affaires sociales et de la Santé et des Droits des femmes, Etablissement français du sang*, causa C-528/13, 29 aprile 2015.

medico-epidemiologici dedotti dal governo francese – questa categoria presenterebbe un rischio più elevato di altri soggetti di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili con il sangue¹⁵⁰.

Nelle argomentazioni della Corte, il ruolo della valutazione dei dati medico-epidemiologici al fine di determinare in particolare la proporzionalità della misura assumono un rilievo decisivo¹⁵¹.

La Corte riconosce l'esistenza di un margine di discrezionalità agli Stati membri, derivata dall'assenza di una definizione di «persone il cui comportamento sessuale le espone ad alto rischio» all'interno della direttiva. Tuttavia, ritiene di dovere comunque verificare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura nazionale – l'esclusione permanente degli omosessuali dalla donazione di sangue in quanto categoria statisticamente a rischio elevato di trasmissione di malattie infettive – al fine di determinare la natura assoluta dell'esclusione risponda al requisito, previsto dalla direttiva, della sussistenza di un «alto rischio» di contagio¹⁵².

Nel caso concreto, la Corte utilizza il riferimento a dati di natura epidemiologica al fine di verificare la fondatezza scientifica dello strumento normativo, che prevede un rigido divieto di donazione di sangue per le persone omosessuali. Secondo la Corte, il caso francese presenterebbe rilevanti specificità, evidenziate da dati statistici relativi ai contagi da HIV, secondo cui l'incidenza nella popolazione omosessuale sarebbe nettamente maggiore rispetto alla media generale¹⁵³. Su tali basi, la Corte, riconoscendo la dinamicità delle acquisizioni in tale ambito, ritiene la misura francese compatibile con il diritto europeo, attribuendo però al giudice nazionale la responsabilità di verificare se, alla luce delle attuali conoscenze mediche, scientifiche ed epidemiologiche, i dati utilizzati siano affidabili e tuttora rilevanti¹⁵⁴.

Inoltre, la Corte svolge un giudizio di proporzionalità della misura (ex art. 52, primo comma, della Carta), alla luce del principio sancito dalla Carta dei diritti fondamentali della UE che vieta discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, pur riconoscendo la legittimità dell'obiettivo di tutelare la salute pubblica. Secondo la Corte, il principio di proporzionalità è rispettato «solo se un elevato livello di protezione della salute dei riceventi non possa essere garantito mediante tecniche efficaci di ricerca dell'HIV e meno restrittive rispetto al divieto permanente della donazione di sangue»¹⁵⁵. Nell'operare tale scrutinio, la Corte ritiene decisivo verificare – compito che spetta *in primis* ai legislatori nazionali – l'esistenza di tecniche efficaci alternative al divieto permanente, anche alla luce delle acquisizioni più recenti in tale ambito, condizionando all'esito negativo di tale indagine il riconoscimento della proporzionalità della misura. Pertanto, nel caso concreto la Corte attribuisce al giudice del rinvio il compito di «verificare se i progressi della scienza o della tecnica sanitaria (...) consentano

¹⁵⁰ La Corte è chiamata a valutare la compatibilità della esclusione assoluta di questa categoria di persone con il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale (art. 21 della Carta dei diritti fondamentali) e della proporzionalità della misura (ex art. 52, primo comma, della Carta).

¹⁵¹ Sul punto, si rinvia al contributo su questo numero della Rivista di L. BUSATTA, *Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita*.

¹⁵² Geoffrey Léger/*Ministre des Affaires sociales et de la Santé et des Droits des femmes, Etablissement français du sang*, cit., p. 40.

¹⁵³ Ivi, p. 42.

¹⁵⁴ Ivi, cit., p. 44.

¹⁵⁵ Ivi, p. 59.

di garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi, senza che l'onere che ne consegue sia esorbitante rispetto agli obiettivi di protezione della salute perseguiti»¹⁵⁶.

Alla luce delle argomentazioni della Corte, sembra trovare conferma il principio secondo cui la legge, specialmente quando preveda una rigida limitazione delle libertà individuali, deve fondarsi sull'acquisizione e la verifica della conoscenze e dei dati medici, scientifici e – nel caso di specie – epidemiologici attuali, i quali vengono assunti quali parametri per verificare la fondatezza dei presupposti empirici sui quali si fonda la legge.

6. Le “scientific questions” come nuovo contesto di confronto tra *judicial deference* e *judicial activism*? Linee di tendenza in via di consolidamento a livello comparato

I casi analizzati confermano il rilievo specifico che assumono i dati e le acquisizioni tecnico-scientifiche all'interno del giudizio sulla legittimità – si svolga questo a livello costituzionale, convenzionale o europeo – di una legge che disciplina ambiti connotati da un elevato livello di complessità scientifica.

Il rapporto tra “scientific questions” e modalità di esercizio del potere decisionale, da parte di corti dotate di funzioni di controllo di costituzionalità o convenzionalità, sembra rappresentare un inedito contesto nel quale trova espressione la tradizionale dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e discrezionalità legislativa, secondo linee di sviluppo che, se richiamano in termini generali l'andamento tipico di questa relazione, risentono, nel loro concreto manifestarsi, degli effetti specifici provocati dalla interazione tra dato scientifico e dato normativo.

A seconda dell'approccio assunto dalle corti, può darsi una espansione o una riduzione della pervasività dello scrutinio, assumendo la natura scientifica della questione uno specifico rilievo all'interno di un giudizio che tendenzialmente utilizza i “tradizionali” parametri di ragionevolezza e proporzionalità. La tendenza appena richiamata trova rilevanti conferme a livello comparato¹⁵⁷, tanto da potere essere assunta quale vero e proprio parametro comune ai diversi livelli giurisdizionali. Tuttavia, occorre sottolineare che tale principio-parametro non trova applicazione “obbligata” all'interno di un giudizio che abbia ad oggetto discipline scientificamente caratterizzate, in quanto esso si trova a “convivere”, secondo una logica tipica del giudizio di legittimità, con esigenze di riconoscimento della discrezionalità legislativa, come gli esempi di *self-restraint*¹⁵⁸ sembrano dimostrare, e, in generale, con istanze di natura assiologica, che tendono a prevalere soprattutto nei casi relativi alla disciplina delle fasi finali della vita¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Ivi, p. 67. A. SCHILLACI, *La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali*, in <http://www.sidi-isil.org/>, post del 6 giugno 2015, si esprime in termini di «delega del giudizio di proporzionalità «in concreto» al giudice del rinvio, ferma restando la fissazione, da parte della Corte, dei principi e dei criteri che devono guidare tale valutazione «in astratto»».

¹⁵⁷ Cfr. la giurisprudenza costituzionale italiana e quella portoghese, ma anche il principio enunciato dalla Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria*.

¹⁵⁸ Cfr. la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese e, in termini generali, della Corte EDU.

¹⁵⁹ Cfr. la sentenza *Carter* della Corte Suprema canadese e la sentenza della *Corte Suprema de Justicia* argentina.

Nel corso dell’analisi sono state approfondite due dimensioni del rapporto tra esercizio della funzione giurisdizionale (di legittimità) e natura scientifica delle questioni: l’interpretazione – intesa nel senso di attribuzione di significato normativo – di concetti di natura tecnico-scientifica e la valutazione nel merito delle scelte normative operate dal legislatore in tali ambiti.

Per quanto riguarda la prima dimensione, la scelta tra un approccio astensionista e uno interventista sembra essere rimessa a valutazioni di pura discrezionalità da parte delle corti, che trovano tendenzialmente fondamento in motivi di opportunità in relazione alla garanzia di un adeguato margine di apprezzamento per il legislatore. La scelta di entrare nel merito delle questioni scientifiche deriva da una preliminare attribuzione di senso alle medesime, tanto più decisiva in quanto caratterizzata da un elevato livello di discrezionalità. Infatti, quando le corti ne valorizzano la dimensione fattuale – necessità di determinare l’esatto significato di un concetto extra-giuridico – prevale un atteggiamento astensionista, che riconosce una riserva di competenza al legislatore (o agli organismi tecnici da questo eventualmente istituiti). Quando invece le corti ne valorizzano la natura funzionale all’interpretazione del dato normativo (costituzionale o convenzionale), lo spazio della discrezionalità giurisdizionale tende ad espandersi, sulla base dell’esigenza di garantire la concreta attuazione delle norme costituzionali (*ex plurimis*, Corte Suprema irlandese) o convenzionali (Corte Interamericana)¹⁶⁰.

Inoltre, non sembra che la natura della funzione (controllo di costituzionalità o di convenzionalità) possa rappresentare un criterio decisivo al fine di orientare l’approccio delle corti, in quanto – pur tenendo conto delle diversità di contesto socio-politico e di tradizioni giuridiche – è stato rilevato un approccio dicotomico da parte delle due giurisdizioni “convenzionali” analizzate: un consolidato atteggiamento astensionista da parte della Corte EDU, a fronte di un approccio interventista della Corte Interamericana, sviluppato comunque attraverso canoni ermeneutici tradizionali. Il medesimo andamento è riscontrabile all’interno delle giurisdizioni titolari di funzioni di controllo di costituzionalità.

Un elemento comune è rappresentato da una stretta relazione tra la scelta di un approccio interventista e il livello di discrezionalità nel valutare in concreto la questione scientifica prodromica alla soluzione di quella giuridica: a fronte di valutazioni tendenzialmente analoghe – determinazione della fase dalla quale attribuire rilievo giuridico al concepimento – i tribunali giungono a esiti ermeneutici differenziati, motivando generalmente la propria scelta alla luce della assenza di posizioni scientifiche unanimi o consolidate. La coesistenza di opinioni contrastanti a livello scientifico, così come l’assenza di uniformità a livello normativo, possono – in via preliminare – fare prevalere un atteggiamento astensionista, il quale produce però l’effetto inverso di attribuire un “surplus” di discrezionalità al legislatore.

Pertanto, la scelta di approccio in questa fase contribuisce comunque a determinare il “verso” del giudizio nel merito operato dalla corte, alla luce del descritto effetto prodotto sul livello di discrezionalità legislativa o giurisdizionale: nel caso di un approccio astensionista, il principio generale è rap-

¹⁶⁰ Evidenzia in modo efficace la natura discrezionale e “strumentale” della scelta C. E. BORGMANN, *Rethinking Judicial Deference to Legislation Fact-Finding*, cit., 5, secondo cui «if the Court wants to decide the issue, it characterizes the question as one of law. If it prefers to leave the issue to Congress, the Court frames it as a question of fact».

presentata da un *favor* – financo una presunzione di legittimità – rispetto all’assetto tra interessi individuato a livello legislativo; nel caso dell’approccio interventista, gli esiti sono più difficilmente prevedibili, in quanto – come detto – il flusso di discrezionalità tende a spostarsi in modo deciso verso la funzione giurisdizionale.

Per quanto riguarda la seconda dimensione, la valutazione nel merito delle scelte normative operate dal legislatore, le tendenze sono strettamente collegate – quasi in termini causali – con le tendenze evidenziate in relazione alla prima dimensione.

Pertanto, il *self-restraint* (Corte EDU e *Conseil constitutionnel* francese) risulta particolarmente rigido quando si accompagna alla scelta di riservare al legislatore valutazioni di natura discrezionale in tali ambiti, mentre tende a divenire “temperato” (Corte Suprema canadese), nel caso in cui elementi empirici (*evidence*) entrano – seppur in modo limitato e funzionale a valutazioni di carattere assiologico-valoriale – nel percorso argomentativo della corte. In tale secondo caso, pur compiendo uno scrutinio in termini di proporzionalità della misura legislativa, la corte ritiene esaurita in tale dimensione la propria funzione, attribuendo al legislatore la responsabilità di introdurre una disciplina che tenga conto dei principi enunciati a livello giurisdizionale.

Una dimensione ulteriore del *self-restraint* giurisdizionale, che prende comunque in considerazione la natura scientifica della questione, è rappresentato da quei casi in cui l’atteggiamento deferente non è rivolto esclusivamente al legislatore, ma a soggetti tecnici ai quali la legge attribuisce – in forza della loro *expertise* e indipendenza – funzioni normative e autorizzative¹⁶¹. La specificità di questo approccio risiede nella sua relazione con la fonte legislativa, della quale viene comunque effettuato uno scrutinio di adeguatezza, soprattutto in termini di capacità di adattarsi all’evoluzione delle conoscenze e applicazioni in materia tecnico-scientifica: il *self-restraint* in questo caso si fonda sul riconoscimento della attribuzione da parte della legge della funzione di attuazione in concreto dei contenuti legislativi, in modo da adeguarne l’ambito al mutare delle condizioni empiriche (Argentina e Regno Unito).

Infine, quando le corti (Spagna, Portogallo) effettuano uno scrutinio nel merito delle scelte legislative, quest’ultimo si svolge anche alla luce della loro ragionevolezza scientifica, evidenziandosi una tendenza comune alla maggioranza delle giurisdizioni costituzionali analizzate, dalla quale deriva un *favor* nei confronti della legge nel momento in cui emerge una connessione¹⁶² tra dato normativo e dato scientifico. Occorre sottolineare che, se nel caso della Corte EDU o del *Conseil* francese il riconoscimento di un *favor* verso le scelte legislative deriva da un atteggiamento astensionista, costituendo una sorta di automatismo derivante da tale scelta, nei casi descritti a livello nazionale esso deriva da un pieno esercizio di discrezionalità da parte delle corti, le quali entrano nel merito delle questioni u-

¹⁶¹ Nella prospettiva del sistema statunitense, critica rispetto ad un atteggiamento particolarmente deferente nei confronti di agenzie e organismi tecnici, E. HAMMOND MEAZELL, *Super Deference, the Science Obsession, and the Judicial Review as Translation of Agency Science*, in *Michigan Law Review*, 5, 2011, 733-784.

¹⁶² Si utilizza qui l’efficace concetto proposto da R. BROWNSWORD, M. GOODWIN, *Law and the Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, Cambridge, 2012, 63, utilizzano il concetto di «regulatory connection», inteso come capacità dello strumento di regolazione di essere e continuare ad essere adeguato – “connesso” – al progresso scientifico-tecnologico che caratterizza l’oggetto di disciplina. Gli Autori sottolineano che «in (...) regulatory environments, where law is the favoured regulatory instrument – and, where there is an expectation that legal measures will be clear and calculable – the challenge is at its greatest».

tilizzando criteri argomentativi tradizionali – ragionevolezza, proporzionalità – ma riconoscendo l’esigenza di tenere conto della specificità dell’oggetto della questione.

L’analisi comparata ha evidenziato che la determinazione in concreto del rapporto tra esigenze di garanzia dell’autonomia decisionale del legislatore, da un lato, e valutazione della adeguatezza, anche alla luce di elementi tecnico-scientifici, delle soluzioni normative adottate rimane ampiamente nella disponibilità (*rectius*, discrezionalità) delle corti, come sembrano dimostrare le modalità di applicazione del margine di apprezzamento da parte della Corte EDU e il diverso atteggiamento delle corti nazionali di fronte alla attribuzione di specifici contenuti normativi a concetti o processi di natura biologica (come nel caso della definizione di “embrione”). L’attribuzione a ciò che è stato definito “*scientific questions*” di un rilievo autonomo, in termini di determinazione delle modalità e dell’ampiezza dello scrutinio, all’interno del giudizio di costituzionalità o convenzionalità si fonda sul riconoscimento della natura ampiamente discrezionale delle scelte operate dalle corti. In tal senso, è possibile comunque sussumere questo fenomeno all’interno del tipico atteggiamento assunto da tali corti rispetto a questioni connotate da un elevato livello di politicITÀ, in ciò trovando ragione il richiamo, che necessita di ulteriore approfondimento, alla *political question doctrine* quale possibile matrice originaria della tendenza qui analizzata¹⁶³.

Focus on: PMA

¹⁶³ Del resto, che la discrezionalità si esprima anche – e soprattutto – in una fase preliminare rispetto alla valutazione nel merito delle scelte legislative costituisce un elemento costante, che si ritrova anche nell’ambito qui analizzato. Nella prospettiva dell’ordinamento italiano, coglie in modo molto efficace questo aspetto M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2009, 1689, la quale, nel commentare la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale italiana, avente ad oggetto la legge 40/2004 in materia di PMA, riconosce che la qualificazione da parte della Corte della natura della questione relativa al livello di tutela da riconoscere all’embrione è risultata decisiva nel senso di orientare il verso della decisione: «non riguarda la validità dell’opzione etico-politica posta alla base della legge, ma la necessaria coerenza tra questa opzione e la scelta del legislatore». Diversamente argomentando – riconoscendo cioè nella valutazione dell’approccio etico-scientifico assunto dal legislatore l’oggetto della questione – «la questione avente ad oggetto il protocollo legislativo della PMA rappresentava una *political question*, la tipica occasione per una sentenza di inammissibilità».