

Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata

di Simone Penasa

Abstract: In search of a common language: Interactions between law and life sciences in comparative perspective – The article assumes the existence of various form of integration of rules produced by Parliament and declares the physiology of this process, especially when science is involved in the regulation of biolaw. The focus moves then on the characteristics of such integration, with a specific focus on what is defined ‘endo’-legislative integration. Accordingly, a systematisation of different legislative techniques which can be implemented in order to open legislative text to the scientific dimension, which is based on the identification of the tools, nature, subject and object of reference to science. The comparative analysis of the relevant constitutional case-law contributes to confirm the existence of a direct link between the legitimacy of the law and the inclusion of science in both law-making and law-enforcement processes.

3307

Keywords: Biolaw; Legislative techniques; Constitutional justice; Science; Co-production.

1. Il biodiritto tra diritto politico e non politico: forme di integrazione “endo” ed “eso”-legislativa

Il tema della produzione non politica del diritto che disciplina le scienze della vita verrà affrontato assumendo la necessità, costituzionalmente fondata, di una integrazione delle forme “politiche” di produzione normativa con altri canali normativi, anche esterni alle sedi e procedure tradizionali di creazione di norme giuridiche. In tal senso, si aderisce a quel filone dottrinale, che trova ormai solide conferme a livello giurisprudenziale (anche all’interno della giustizia costituzionale¹), secondo il quale il coinvolgimento di istanze di carattere tecnico-scientifico nel processo di produzione e attuazione normativa rappresenta un elemento connotativo del biodiritto. Una volta riconosciuto che l’integrazione del diritto legislativo con altre fonti normative, interne ed esterne all’ordine giuridico, rappresenta un elemento fisiologico della disciplina del fenomeno tecnico-scientifico², le riflessioni che seguono si soffermeranno su un aspetto specifico di

¹ Si rinvia alle riflessioni che sul punto verranno svolte nei paragrafi successivi.

² In materia, *ex plurimis*, M. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 3 ss.; A. D’Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario (Parma, 19 marzo 2004)*,

tale integrazione. Ci si riferisce al fenomeno di una integrazione del diritto politico di natura “endo” e non “eso” legislativa, intendendo con integrazione endo-legislativa i casi di recepimento o comunque coinvolgimento della dimensione tecnico-scientifica all’interno del processo decisionale operato in sede parlamentare e con integrazione eso-legislativa, al contrario, modalità e forme di produzione normativa esterne al circuito democratico-rappresentativo.

Da un lato, quindi, ci si intende riferire al coinvolgimento della *expertise* tecnico-scientifica all’interno del processo di produzione e attuazione della legge con funzioni consultive, di proposta e di regolazione, ma più in generale³ alla assunzione all’interno del testo legislativo di elementi di natura tecnico-scientifica o al rinvio a questi ultimi mediante specifiche tecniche normative. Da tale approccio legislativo è possibile ricavare la volontà politica di tenere conto della specificità di tali ambiti nel momento dell’esercizio discrezionale della funzione normativa attribuita al legislatore.

Dall’altro lato, ipotesi di integrazione eso-legislativa sono rappresentate da quei casi nei quali, in particolare ma non solo in caso di assenza di una disciplina legislativa specifica⁴, formanti diversi da quello legislativo contribuiscono a individuare la regola da applicare ad ambiti caratterizzati da una elevata complessità tecnico-scientifica, oltre che etico-sociale. Il canale privilegiato in tal senso, e anche quello che solleva le maggiori criticità in termini di rispetto del principio di separazione dei poteri, di certezza del diritto e di prevedibilità nell’attuazione delle norme giuridiche, è rappresentato evidentemente dalla fonte giurisprudenziale, che sempre più spesso finisce con il porsi quale alternativa alla produzione politica nel biodiritto⁵, ad esempio attraverso il meccanismo

Giappichelli, Torino, 2005; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007; C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 1-11.

³ Nel presente contributo ci si soffermerà su questo aspetto, rinviando ad altri scritti per considerazioni di più ampio respiro (sia consentito il rinvio a S. Penasa, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015).

⁴ Sui possibili diversi significati di “inerzia” legislativa, si rinvia a N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 9 ss., che consente di problematizzare l’automatismo tra silenzio legislativo e omissione legislativa, ricordando «(...) la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell’espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell’ordinamento» (Ivi, 10).

⁵ La dottrina in materia è vasta, sia quindi consentito limitarsi ad alcuni riferimenti dottrinali. A. Ruggeri, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta Online*, 3, 2019; S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, 17, 2018, 1-39; P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Bari, 2017; S. Bartole, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2018, 3-14; AA. VV., *Il giudice e la legge*, in *Questione giustizia*, 4, 2016; AA.VV., *Dibattito su «Giudici e legislatori»*, in *Dir. pubblico*, 2016, 483-623; N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 919-929. Recentemente, nella prospettiva della Corte costituzionale, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251-290; R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni*

dell'attuazione diretta della Costituzione⁶. Il ruolo della giurisprudenza, tanto costituzionale quanto ordinaria, quale fonte del biodiritto non sarà oggetto specifico delle riflessioni che seguiranno, ma in termini generali si aderisce a quel filone dottrinale che considera fisiologico all'interno di uno stato costituzionale di diritto⁷ il riconoscimento di una funzione sostanzialmente normativa in capo alle corti, la cui riconducibilità all'alveo della fisiologia costituzionale è da rapportare principalmente alle modalità di esercizio della funzione legislativa⁸. In altra sede si è proposta una classificazione del ruolo delle corti rispetto alla giuridicizzazione delle istanze individuali e collettive emergenti dalla società connesse alle nuove possibilità di esercizio di diritti e libertà individuali rese possibili dalle applicazioni tecnologiche dello sviluppo delle conoscenze scientifiche in ambito medico e familiare (inizio vita, fine vita in particolare), che si poneva l'obiettivo di individuare un bilanciamento costituzionalmente sostenibile tra funzione parlamentare e funzione giurisdizionale attraverso una concezione integrata e "ibrida" delle forme di produzione normativa⁹.

Allargando lo spettro di indagine oltre la dinamica tra politica e corti, è possibile riconoscere altre forme di integrazione della fonte legislativa, riconducibili ad un ordine metodologico ed epistemologico esterno a quello propriamente giuridico – di natura tecnico-scientifica – e identificabili in tutte le manifestazioni istituzionalizzate di forme di sapere e competenze extra-giuridiche che contribuiscono a determinare il contenuto concreto delle norme rilevanti in ambito biogiuridico.

Riferendosi nello specifico alla interazione tra diritto e scienza, l'elemento che accomuna i due tipi di integrazione del diritto politico e che garantisce la fisiologia di questo sistema complesso di produzione normativa è l'esistenza di una base legislativa per l'attivazione del processo di integrazione appena descritto. Sia che avvenga nelle forme di un supporto conoscitivo o attuativo all'interno dei processi di produzione e attuazione della legge, sia che si concretizzi nel riconoscimento dell'esigenza di individuare uno spazio normativo proprio ad istanze di natura tecnico-scientifica, è opportuno che tale sinergia trovi un esplicito fondamento giuridico. Quando ciò non avvenga, se cioè il legislatore non avverta l'esigenza di adeguare le forme e i contenuti dell'esercizio della propria funzione

costituzionali, 4, 2019, 757-775; E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 777-788.

⁶ Sulla distinzione tra applicazione e attuazione della Costituzione e ruolo del giudice, M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2013, 14 ss.

⁷ M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, 7-20.

⁸ Utili spunti di riflessione in tal senso in R. Bin, *Il giudice*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, Special Issue, 204, che individua quale fattore di modificazione del ruolo del giudice nel «pessimo funzionamento del circuito politico-rappresentativo» e nella «intollerabile sciattezza legislativa, che rende le leggi sempre meno leggibili, interpretabili e chiare nel fissare la disciplina dei diritti».

⁹ C. Casonato, S. Penasa, *Dinamiche costituzionali e biodiritto. Il ruolo del giudice tra inerzia e solerzia*, in L. Mezzetti, E. Ferioli (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bonomo editore, Bologna, 2018, 879-888.

normativa in modo da consentire – e allo stesso tempo orientare e gestire – l'integrazione tra ordine politico e ordine tecnico-scientifico, il sistema normativo che ne risulterà è destinato ad esprimere spesso insuperabili *vulnera* non solo dal punto di vista della legittimazione delle scelte discrezionali operate ma anche – e soprattutto – da quello della legittimità costituzionale di queste ultime¹⁰.

In tal senso, il “destino”¹¹ della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita risulta paradigmatico. Il richiamo alla legge 40 consente di chiarire che il modello integrato di produzione normativa succintamente descritto in queste pagine introduttive trova una precisa sponda nella giurisprudenza costituzionale, che in particolare a partire dall'ormai famoso *leading case* della sentenza n. 282 del 2002 ha affermato l'esistenza di una funzione sostanzialmente normativa della scienza – in particolare medica – e dei soggetti che la rappresentano – organismi rappresentativi delle professioni, organi consultivi dotati di specifiche competenze tecnico-scientifiche, singoli operatori sanitari – che è destinata da un lato a limitare l'ambito e dall'altro a qualificarne le modalità di esercizio della fonte politica di produzione giuridica¹². Come noto, infatti, la Corte costituzionale ha riconosciuto l'esistenza di una «riserva di scienza»¹³ nella disciplina di ambiti e questioni che esprimano una complessità di natura tecnico-scientifica, che finisce con il limitare lo spazio nel quale il legislatore risulta legittimato ad intervenire. Ciò evidentemente non elimina ogni spazio di esercizio della funzione legislativa in ambiti scientificamente connotati, essendo al contrario richiesto l'intervento legislativo nel momento in cui emerga l'esigenza di individuare un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti che risultino coinvolti nella specifica questione. Tuttavia, anche quando l'intervento del diritto politico risulti a tal fine necessario, il contenuto delle scelte operate a livello legislativo non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì deve 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-scientifici¹⁴.

¹⁰ Da ultimo, sulla legge fondata sulla scienza come nuova forma di legittimazione della politica, A. Iannuzzi, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, Special Issue, 119-134.

¹¹ Sul punto, sia sufficiente richiamare l'efficacissima espressione utilizzata da A. D'aloia, *L'(ex) 40*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 997-999. Sul complesso intreccio tra legge 40 e Costituzione, B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte riproduttive. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017.

¹² Sui rapporti tra Corte costituzionale e scienza, da ultimo C. Di Costanzo, A. Simoncini, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, Special Issue, 205-240.

¹³ Espressione utilizzata da D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pacini, Pisa, 2019.

¹⁴ Si richiama quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana nella richiamata sentenza n. 282 del 2002.

Il richiamo, seppur sintetico, a tale noto filone giurisprudenziale, che ha successivamente avuto applicazione anche in ambiti diversi da quello strettamente medico¹⁵, risulta funzionale a condurre le riflessioni svolte in tale sede alla questione centrale che si intende affrontare e che rappresenta – a parere di chi scrive – una condizione di fattibilità e adeguatezza (ragionevolezza) di un sistema normativo che voglia metabolizzare le esigenze di inte(g)razione tra diritto e scienza richiamate in queste pagine introduttive. Si tratta della questione – tutta interna al diritto politico – relativa alla individuazione dei meccanismi processuali e degli istituti sostanziali che possono essere adottati a livello legislativo per garantire il coinvolgimento di istanze di natura tecnico-scientifica nei processi di produzione e attuazione normativa, nel momento in cui si assuma tale elemento quale carattere connotativo del fenomeno biogiuridico. Una volta risolta positivamente la questione relativa al “se” dell’intervento legislativo in tutti quei casi in cui la complessità etica, sociale e scientifica delle questioni poste dallo sviluppo tecnologico rendano necessario l’esercizio discrezionale della volontà politica del legislatore, occorre affrontare la questione del “come” ricorrere alla fonte legislativa in contesti scientificamente connotati¹⁶. Un adattamento tanto dei meccanismi decisionali quanto della tecnica legislativa alla specificità dell’oggetto di disciplina rappresenta una condizione necessaria proprio per evitare il rischio maggiore che può sorgere dall’intreccio tra diritto e scienza – l’ancillarità del primo nei confronti dei metodi e delle finalità della seconda – e per rafforzare al contrario la funzione ordinante delle dinamiche emergenti da una società tecnologica che deve corrispondere all’istituzione parlamentare¹⁷. A tal fine, risulta necessario passare da una concezione monodimensionale di tale relazione, secondo la quale la dimensione tecnico-scientifica rappresenta un mero oggetto di regolazione per il diritto, a una concezione bidimensionale (o circolare) della medesima, in base alla quale la prima viene intesa – e utilizzata – anche quale possibile strumento di regolazione giuridica¹⁸.

2. Dal “se” al “come” del diritto politico: il ruolo della tecnica legislativa nella identificazione di un lessico comune tra diritto e scienza

Pertanto, il riferimento all’esigenza di definire un lessico comune tra diritto e

¹⁵ Si rinvia sul punto 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.

¹⁶ Conformemente, secondo M. Piccinni, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 133, «Il problema non è solo se ricorrere alla legge, ma anche come».

¹⁷ C. Casonato, *Le 3 A di un diritto sostenibile e efficace*, in V. Barsotti (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Maggioli, Rimini, 2016, 29-53.

¹⁸ Introducono questa distinzione R. Brownsword, M. Goodwin, *Law and Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Nella dottrina italiana, S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, 140, ritiene che «il caso compare così come vicenda da controllare. Ma al tempo stesso comincia a svelare l’altra sua faccia: quella di fattore che può essere istituzionalizzato, fino a trasformarsi in strumento per la decisione».

scienza si comprende meglio assumendo una precisa prospettiva metodologica e teorica: da un lato, l'ineludibile centralità del Parlamento quale sede privilegiata di produzione normativa; dall'altro lato, la natura necessaria ma non sufficiente del diritto politico per governare in modo adeguato, efficace e costituzionalmente sostenibile il fenomeno biogiuridico. Dall'incrocio di tali elementi, emerge l'esigenza di adeguare le forme tradizionali di esercizio del potere legislativo alla specificità dell'oggetto disciplinato, prevedendo in particolare contenuti normativi in grado di assicurare una apertura a fonti extra-giuridiche di produzione normativa¹⁹. Tale apertura non deve essere intesa solo in quanto finalizzata a garantire una maggiore adeguatezza dell'intervento normativo, limitandosi quindi alla dimensione della connessione tra dato giuridico e fatto scientifico e al rischio di obsolescenza del primo rispetto alla costante evoluzione del secondo²⁰. Essa deve essere intesa anche in quanto funzionale ad assicurare una più effettiva e compiuta realizzazione della dimensione assiologica – del merito politico delle decisioni assunte a livello parlamentare – che una disciplina legislativa inevitabilmente esprime, in particolare quando i concetti extra-giuridici utilizzati non abbiano natura esclusivamente tecnica ma aprano a valutazioni di natura etica²¹.

Se colta in tale prospettiva, l'interazione tra diritto e scienza non incide in modo negativo né sulla natura democratico-rappresentativa delle scelte operate a livello legislativo, in particolare quando sussista l'esigenza di bilanciare plurimi interessi costituzionalmente rilevanti, né sul livello di discrezionalità politica espressa dalle medesime²². Non è tanto la quantità, quanto la qualità della discrezionalità legislativa esercitata ad essere positivamente coinvolta dalle dinamiche descritte.

Pertanto, la relazione tra scienza e diritto è destinata a subire una trasformazione, che può consentire di superare una concezione antagonista della medesima, favorendo piuttosto un rapporto basato sulla compatibilità e integrabilità di questi sistemi. Ciò che deve essere ricercato, nel mobile confine tra diritto politico e funzione normativa della scienza, è un delicato equilibrio tra esigenze concomitanti ma difficilmente coniugabili. Infatti, l'esercizio della funzione legislativa pare destinato ad adattarsi al mutamento tecnologico e alla pressione che questo inevitabilmente esprime sul momento produttivo e attuativo

¹⁹ C. Casonato, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 306, ritiene che «ogni disciplina rischia di soffrire di un alto tasso di obsolescenza, imponendosi un bilanciamento non facile fra la fissazione di un quadro di principi che assicuri determinati margini di certezza e prevedibilità e una continua opera di rivalutazione del relativo contenuto».

²⁰ R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 316, secondo cui gli anacronismi legislativi sono provocati «dallo scarto formatosi tra la situazione cui si riferiva originariamente la legge e l'attuale, sicché la norma “non trova più giustificazione nella attuale realtà giuridica e sociale»». In riferimento alla realtà scientifica, G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina, 2008, 24, si esprime in termini di possibile «“anacronismo tecnologico” delle norme costituzionali».

²¹ In tal senso, come si vedrà, il caso del fine vita risulta particolarmente paradigmatico.

²² Si consenta il rinvio a S. Penasa, *La scienza come “motore” del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 2, 2019, 318.

del diritto, ma deve al contempo garantire che tale adeguamento non finisca con lo snaturare le funzioni tipiche di un ordinamento giuridico, dovendo trovare in tal senso fondamento e limite nell'impianto valoriale e istituzionale definito a livello costituzionale²³. La "via" procedurale può essere considerata, anche alla luce dell'analisi della giurisprudenza costituzionale comparata che verrà svolta nei paragrafi successivi, la soluzione più adeguata a garantire un ragionevole equilibrio tra le esigenze richiamate, assicurando (o restituendole) al contempo la centralità dell'istituzione parlamentare. È possibile identificare una serie di principi, istituti e meccanismi, di carattere tanto procedurale quanto sostanziale, i quali – se previsti a livello legislativo – possono contribuire a evitare, o almeno ridurre, la possibile dinamica degenerativa del rapporto tra fatti e diritto. A carattere meramente esemplificativo, è possibile riferirsi – dal punto di vista procedurale – al coinvolgimento di esperti di altre scienze, tanto nel processo di formazione quanto di attuazione della legge, così come alla previsione di clausole di validità temporale della legge o comunque di oneri di valutazione periodica dei suoi effetti; ma anche, dal punto di vista sostanziale, all'utilizzo di definizioni legislative a contenuto tecnico-scientifico o di concetti tecnico-scientifici eventualmente corredati da un formale richiamo a soggetti tecnici per la loro concreta determinazione²⁴.

Come si chiarirà successivamente, l'apertura a conoscenze e concetti di natura tecnico-scientifica rappresenta un elemento necessario ma non sufficiente al fine di garantire la complessiva ragionevolezza dell'intervento legislativo in ambito biogiuridico. A titolo esemplificativo, la questione della disciplina della gestione delle fasi finali della vita delle persone dimostra che in tale ambito alla complessità scientifica viene a sommarsi – prevalendo – una elevata densità di natura etico-morale. Spesso, infatti, le questioni biogiuridiche esprimono una carica assiologica elevata e difficilmente gestibile esclusivamente attraverso l'apertura alla scienza, in quanto coinvolgono principi il cui contenuto non è determinabile "scientificamente" – come invece può avvenire nel caso della valutazione della adeguatezza o efficacia di determinati trattamenti sanitari (PMA, vaccini, cure sperimentali) – ma che risente di variabili riconducibili alla sfera morale delle persone coinvolte (il paziente, ma anche il medico ed eventualmente i familiari), alle quali si sommano valutazioni di etica pubblica, attraverso il richiamo a valori quali la dignità²⁵, l'indisponibilità della vita umana, l'autodeterminazione personale²⁶. Nel caso in cui la natura eticamente e socialmente sensibile prevalga

²³ A. Ruggeri, *Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in *Consulta Online*, 1, 2020, 137-157.

²⁴ Su tali strumenti, sia consentito il riferimento a S. Penasa, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi della disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit.

²⁵ Si rinvia ai contributi recentemente pubblicati in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, Special Issue, rispettivamente di S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, 61-82; L. Violini, *La dignità umana, inesauribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo*, 83-94; G. Razzano, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, 95-111.

²⁶ Da ultimo, P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, Special Issue, 27-43.

sulla complessità scientifica delle questioni oggetto di regolazione, come avviene nel caso del fine vita ma anche della maternità surrogata²⁷ o della sperimentazione con embrioni umani²⁸, le corti che sono chiamate a verificare la legittimità operate a livello legislativo tendono a riconoscere un ampio margine di discrezionalità al Parlamento.

Riservandosi di tornare su tale aspetto nei paragrafi successivi, sia sufficiente qui richiamare la giurisprudenza costituzionale francese in materia di interruzione di trattamenti *life-saving*²⁹. Chiamato a verificarne la costituzionalità relativamente al presunto mancato rispetto della autonomia del paziente nel caso in cui quest'ultimo non sia più in grado di esprimere la propria volontà, riservando al medico responsabile la decisione di sospendere i trattamenti, il *Conseil Constitutionnel* ha affermato che quest'ultimo non è legittimato a sostituire le valutazioni svolte dal Parlamento, relativamente alle condizioni nelle quali, in assenza di volontà previamente espresse dal paziente, il medico può prendere la decisione di sospendere o continuare i trattamenti, nel contesto di una ostinazione terapeutica irragionevole³⁰. La giurisprudenza appena richiamata evidenzia come le corti tendano a riconoscere la necessità di una interposizione legislativa, attribuendo al Parlamento il compito di intervenire riconducendo a costituzionalità il quadro legislativo in materia. In tal senso, risulta paradigmatica la nota sentenza *Carter* della Corte Suprema canadese³¹. Da un lato, la Corte ha dichiarato illegittimo il divieto assoluto di assistenza al suicidio previsto dal codice penale canadese per contrasto con la *section 7* della Carta dei diritti e delle libertà in caso di maggiorenne che esprima il proprio consenso e si trovi in una «*grievous and irremediable medical condition (...) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition*»³². Dall'altro lato, utilizzando uno strumento procedurale previsto dall'ordinamento canadese³³, la Corte Suprema ha provveduto – come noto³⁴ – a sospendere la dichiarazione di incompatibilità attribuendo al Parlamento un termine entro il quale quest'ultimo

²⁷ Per una analisi comparata della giurisprudenza costituzionale in materia, si consenta il rinvio a S. Penasa, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 82-105.

²⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 84 del 2016, nella quale la Corte afferma che il legislatore è chiamato a «tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

²⁹ *Loi Leonetti*, n. 2016-87, 2 febbraio 2016.

³⁰ *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2017-632 QPC, 2 giugno 2017. Per un commento, D. Paris, *Interruzione delle cure salvavita in paziente non in grado di esprimere la propria volontà: il Conseil constitutionnel conferma il suo self-restraint in materia di bioetica*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2018, 95-107.

³¹ *Carter v Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, 6 febbraio 2015.

³² *Ivi*, § 127.

³³ Su tale strumento, P. Hogg, R. Amarnath, *Understanding Dialogue Theory*, in *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, Oxford University Press, New York, 2017, 1053 ss. e in particolare 1067-1068.

³⁴ 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*, in *DPCE Online*, 2, 2015, 1-6.

avrebbe dovuto introdurre una disciplina compatibile con i principi enunciati nella sentenza³⁵. L'intervento del legislatore è considerato ineliminabile dai giudici canadesi, ma allo stesso tempo l'esercizio concreto della discrezionalità politica è orientato in modo decisivo dalla necessità di formalizzare a livello legislativo le condizioni previamente individuate dalla Corte Suprema. Non pare irrilevante notare che, nel caso canadese come in quello francese, le condizioni individuate al fine di determinare la legittimità delle scelte operate nell'ambito dell'interruzione dei trattamenti sanitari e dell'assistenza al suicidio rappresentano sostanzialmente dei rinvii alla autonomia decisionale e alla competenza specifica dei professionisti sanitari o degli organismi consultivi coinvolti nei singoli casi concreti. La tecnica del rinvio alla scienza rappresenta, alla luce della giurisprudenza citata ma anche di quella della Corte costituzionale italiana³⁶, una condizione necessaria – anche se evidentemente non sufficiente – a garantire la ragionevolezza del bilanciamento individuato a livello legislativo. Tale considerazione consente di ricondurre l'analisi alle modalità di esercizio della discrezionalità legislativa e, più precisamente, alle tecniche normative impiegate in ambiti scientificamente connotati.

L'individuazione di un lessico comune tra diritto e scienza viene quindi a porsi quale preconditione normativa – e non questione meramente culturale – della sostenibilità costituzionale di un sistema integrato di fonti di produzione normativa nel biodiritto³⁷. Si richiama in tal senso l'idea di una «redistribuzione di competenze normative tra legislatore e soggetto chiamato ad attuare la disciplina»³⁸. Nella prospettiva originaria dell'Autore citato, la redistribuzione di competenze risultava finalizzata a garantire la costante capacità di adattamento della legge all'evoluzione sociale; ma – in prospettiva diacronica – essa può agevolmente essere applicata anche agli effetti prodotti dall'evoluzione tecnico-scientifica sulla società e sui diritti delle persone che la compongono. Nel biodiritto, tale processo di ri-equalizzazione di competenze normative finisce per coinvolgere istanze dotate di specifiche competenze tecnico-scientifiche, delle quali come noto anche la Corte costituzionale è venuta progressivamente a riconoscere l'essenziale rilievo, riferendosi in particolare agli organi tecnico-scientifici ai quali il legislatore decida di delegare la concreta attuazione della legge. Il riconoscimento di uno spazio autonomo – fondato sulla titolarità di specifiche

³⁵ *Carter v Canada*, cit., § 126. Come è avvenuto con l'approvazione del *Bill C-14 (An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying))*, 2016 (cfr. T. Mc Morrow, *Voluntary Euthanasia, Assisted Suicide & Law Reform: A Sketch of the Canadian Experience*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 267-282).

³⁶ Sul punto si rinvia ai paragrafi successivi.

³⁷ Riferendosi alla scienza costituzionalistica, A. Morelli, *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2016, 531, ritiene che «la scienza costituzionalistica deve mostrare una strutturale apertura a tutte le altre scienze (sociali e naturali) in grado di fornire analisi attendibili dei fatti». A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 87-88, utilizza l'espressione «diritto costituzionale ibrido» per individuare un diritto costituzionale che «conosca e sappia esprimersi nel linguaggio della tecnologia».

³⁸ S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 4, 1987, 728.

competenze e conoscenze nel settore concretamente coinvolto – di valutazione, che il legislatore ha il dovere comunque di riconoscere, è stato progressivamente esteso anche ai singoli soggetti responsabili del trattamento sanitario, come nel già richiamato caso della legge n. 40 del 2004. Ciò che può essere definita come copertura legislativa di una funzione normativa della componente medica (a livello attuativo e non formalmente produttivo di norme giuridiche) si esprime attraverso l'utilizzo da parte del legislatore della tecnica del rinvio, in questo caso alla scienza piuttosto che al giudice, e di concetti giuridicamente indeterminati a contenuto tecnico-scientifico, la cui concretizzazione richiede la necessaria interposizione di soggetti – organismi tecnici o singoli professionisti – provenienti dalla dimensione medico-scientifica.

2.1. Apertura procedurale alla scienza e legittimità sostanziale della legge: prime conferme dalla giurisprudenza costituzionale

L'analisi appena svolta consente di comprendere quanto la questione delle tecniche legislative utilizzate nell'ambito del biodiritto possa risultare decisiva non solo da un punto di vista culturale ma anche da uno propriamente normativo. Dal punto di vista della effettività della legge, infatti, le caratteristiche del testo legislativo risultano determinanti al fine di assicurare la tendenziale adeguatezza anche scientifica delle scelte discrezionali operate dal legislatore. Tale dinamica coinvolge la stessa legittimità della legge, la quale gode di una forte presunzione di costituzionalità nel caso in cui le sue caratteristiche esprimano la volontà legislativa di tenere conto della dimensione scientifica nell'esercitare la propria discrezionalità politica³⁹. Gli esempi ricavabili in tal senso dalla giurisprudenza costituzionale italiana sono molteplici e riguardano ambiti molto diversi dell'intreccio tra diritto e scienza.

La Corte costituzionale ha ritenuto «non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche» la scelta operata dalla legge n. 119 del 2017, di conversione del decreto-legge n. 73 del 2017, di prevedere l'obbligatorietà di una serie di vaccinazioni⁴⁰. Significativamente, la ragionevolezza dello schema legislativo risulta rafforzata dalla presenza di un meccanismo di rinvio alla scienza, nella parte in cui si prevede l'attivazione di un sistema di monitoraggio periodico, alla luce del quale si possa eventualmente introdurre una flessibilizzazione (anche parziale) dell'obbligo «alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate». Ciò, secondo la Corte, dimostra la volontà del legislatore di metabolizzare nella legge una «prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-

³⁹ Oltre alla dottrina richiamata in precedenza, ricostruisce il comunque mobile approccio della Corte costituzionale U. Adamo, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, 1, 2018, in particolare 306-308. C. Di Costanzo, A. Simoncini, *Il contributo della Corte costituzionale all'evoluzione del biodiritto*, cit., 239, rilevano come la Corte preferisce «(...) usare questo suo potere in maniera molto "dialogante", utilizzando la facoltà di sostituirsi al legislatore in modo estremamente cauto e solo come "extrema ratio"», esprimendosi in termini di giurisprudenza «relazionale».

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 5 del 2018.

scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario»⁴¹. Altrettanto significativamente, in prospettiva contro-intuitiva, quando tale volontà non emerga dal quadro legislativo la presunzione di legittimità delle scelte operate viene superata dall'esigenza di riaffermare i «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica»⁴². Pertanto, nel caso in cui il legislatore decida di stabilire direttamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni senza riconoscere al medico responsabile la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, la Corte generalmente interviene dichiarando l'incostituzionalità della legge⁴³. Le pagine successive saranno dedicate ad un tentativo di classificazione dei principali meccanismi di rinvio alla dimensione tecnico-scientifica che possono essere introdotti a livello legislativo.

3. Per una tipologia dei rinvii legislativi alla scienza: strumenti, natura, destinatari, oggetto

3317

Come anticipato, un possibile canale di accesso di istanze medico-scientifiche legate alle scienze della vita nel discorso giuridico-normativo è rappresentato dal caso in cui la legge, mediante l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati o clausole di rinvio alla scienza (intesa quale *lex artis*, stato delle conoscenze scientifiche) e la partecipazione di organismi dotati di expertise tecnico-scientifica nella fase attuativa. Il legislatore, attraverso questi meccanismi, sceglie di affidare la determinazione in concreto delle disposizioni a contenuto tecnico-scientifico (ma anche ad elevato contenuto assiologico) ai professionisti responsabili delle attività disciplinate o a organismi tecnici indipendenti, i quali prendono parte quindi al processo di costante attribuzione di significato normativo alle disposizioni di legge⁴⁴. Attraverso tali clausole di rinvio, il legislatore esercita la propria discrezionalità politica delegando a soggetti esterni al circuito democratico-rappresentativo la determinazione in concreto delle proprie scelte normative, senza che ciò comporti una rinuncia a disciplinare contesti nei quali l'esigenza di tutela degli interessi costituzionali risulta particolarmente pressante. Proprio in

⁴¹ Secondo M. Plutino, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2109, Special Issue, 562, si tratta comunque di «Una scelta (...) che se adottata non può che essere frutto di esercizio di discrezionalità legislativa per quanto fondata su dati statistici e scientifici». L'Autore, in riferimento a diritto e scienza, ritiene che «Si tratta (...) di due ordini diversi, posti da scienze diverse, ma che devono interagire, e dove l'evidenza scientifica, la statistica, la scelta politico-legislativa sono chiamate a trovare un equilibrio credibile e coerente con il quadro costituzionale» (Ivi, 561).

⁴² Corte cost., sent. n. 282 del 2002.

⁴³ Corte cost., sent. n. 151 del 2009.

⁴⁴ Offre interessanti spunti *de iure condendo* nella prospettiva di procedimentalizzare la selezione dell'*expertise* e la consultazione della comunità scientifica all'interno dell'*iter* legislativo A. Iannuzzi, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Rivista Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 1, 2017, in particolare 30 ss.

riferimento al contesto biogiuridico, in dottrina si è affermato che l'utilizzo di clausole di rinvio alla scienza «non risponde solo ad una mera esigenza di tecnica legislativa ma presuppone una chiara concezione di ciò che il legislatore può e deve fare in un sistema costituzionale, il quale si caratterizza per la sua vocazione a recepire le istanze provenienti da una realtà sociale in continua evoluzione»⁴⁵. In termini di «*regulatory connection*» si esprime la dottrina anglosassone, intendendo con tale concetto l'obiettivo che la legge sia strutturata in modo da «*both maintaining a fit between the content of the regulatory standards and the evolving form and function of a technology, and the appropriate adaptation of existing doctrines or institutions, particularly where technologies might be deployed in ways that enhance existing legal or regulatory capacities*»⁴⁶. L'utilizzo di tecniche normative adeguate a tale scopo può ridurre il rischio di una disconnessione tra dato normativo ed evoluzione del dato scientifico, che può condurre alla incapacità della norma di disciplinare in modo adeguato ed efficace il fenomeno oggetto di regolazione⁴⁷. Tale fenomeno di disconnessione può trovare un fattore scatenante nel prodursi di uno « *yawning gap between the language of the legislation and the actuality of the technology*»⁴⁸, dovuto alle caratteristiche dei contenuti legislativi.

Alla luce di tali elementi e al fine di verificarne la fondatezza, si procederà a una sistematizzazione delle diverse caratteristiche che le tecniche utilizzabili possono assumere nell'ambito del biodiritto. In termini generali, è possibile identificare quattro criteri sulla base dei quali distinguere i diversi strumenti normativi che consentono di incorporare nel testo legislativo o di aprire la determinazione in concreto del contenuto di quest'ultimo alla dimensione scientifica.

3.1. Gli strumenti di rinvio alla scienza: clausole generali, concetti giuridici indeterminati e definizioni di concetti di natura tecnico-scientifica

Il primo criterio è rappresentato dal *tipo* di strumento utilizzato dal legislatore. Come già anticipato nei paragrafi precedenti, è possibile distinguere almeno tre diversi istituti normativi: clausole generali che rinviano a concetti extra-giuridici a contenuto tecnico scientifico⁴⁹; concetti

⁴⁵ G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 176.

⁴⁶ R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung, *Introduction*, in R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (eds), *The Oxford Handbook on the Law and Regulation of Technology*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 11.

⁴⁷ Secondo R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung, *Introduction*, in R. Brownsword, cit., 11, con «*connection*» si intende il processo di «*both maintaining a fit between the content of the regulatory standards and the evolving form and function of a technology, and the appropriate adaptation of existing doctrines or institutions, particularly where technologies might be deployed in ways that enhance existing legal or regulatory capacities*».

⁴⁸ R. Brownsword, M. Goodwin, *Law and the Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, cit., 399, definiscono «*technological neutrality*» il caso in cui «*the regulation is drafted in such a way that, given a particular purpose, it does not matter which technological instrument is employed*» (Ivi, 409).

⁴⁹ In tema di clausole generali, F. Pedrini, *Ancora sulle "clausole generali". Teoria, meta-teoria e metodologia di una categoria dottrinale problematica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2, 2018, 107-150; G. D'Amico, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *I rapporti civilistici*

giuridici indeterminati⁵⁰; definizioni legislative a contenuto o rilievo tecnico-scientifico. Esempi del primo tipo possono essere l'utilizzo nel testo di legge di clausole quali «allo stato attuale delle conoscenze» o «tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica». Tali clausole possono avere una portata più specifica e settoriale, non limitandosi ad un rinvio generico allo stato dell'arte in un determinato ambito medico-scientifico o alla esigenza di verificare l'eventuale evoluzione prodottasi successivamente all'entrata in vigore della legge, ma possono anche assumere un contenuto più puntuale, nel caso in cui identifichino determinati parametri che i soggetti chiamati a dare attuazione alla disciplina sono chiamati a verificare.

Un esempio in tal senso è ricavabile dal riferimento compiuto dalla disciplina in materia di vaccinazioni, nella parte in cui prevede un sistema di monitoraggio a cadenza triennale dell'applicazione della normativa finalizzato a valutare l'opportunità della sospensione parziale dell'obbligo vaccinale, il quale deve compiersi «sulla base della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse segnalate in attuazione delle vigenti disposizioni di legge e delle coperture vaccinali raggiunte»⁵¹. Come rilevato in precedenza, la previsione di tale clausola contribuisce a rafforzare la legittimità costituzionale del complessivo quadro giuridico, tanto che la Corte costituzionale ha anche su tali basi considerato «non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche» l'imposizione di obblighi vaccinali. La presenza di un sistema di monitoraggio periodico contribuisce, secondo la Corte, a rafforzare la ragionevolezza del bilanciamento individuato, in quanto elemento di flessibilizzazione della normativa – dalla natura obbligatoria a quella meramente consigliata delle vaccinazioni – attivabile «alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate»⁵².

In riferimento all'utilizzo di concetti indeterminati, ci si può riferire alla già citata legge n. 40 del 2004, nella quale è ricorrente l'utilizzo di espressioni quali il «numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario» (14, secondo comma) in riferimento ai limiti posti alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, o le «finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso», alle quali il legislatore si riferisce per identificare le possibili deroghe al generale divieto di utilizzo di embrioni umani a scopo di ricerca (art. 13, secondo comma). Questi

nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali, Tomo I, Napoli, 2008, in particolare 440-441; F. Pedrini, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2012, 285 ss., V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁵⁰ L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, 458 ss.

⁵¹ D.l. 73 del 2017, come modificato dalla legge di conversione n. 119 del 2017, recante «Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci» (in particolare, art. 1 *ter*).

⁵² Corte cost., sent. n. 5 del 2018.

esempi consentono di evidenziare come l'utilizzo di tali lemmi non risulta neutro dal punto di vista normativo, ma esprimono la volontà legislativa di affidare la determinazione dell'ambito concreto di applicazione delle disposizioni a contenuto tecnico-scientifico ai professionisti responsabili delle attività disciplinate o a organismi tecnici indipendenti⁵³. Ciò avviene in particolare in riferimento a quegli ambiti caratterizzati da un elevato livello di progresso delle acquisizioni e applicazioni medico-scientifiche. L'obiettivo che la previsione di queste clausole si pone è il soddisfacimento della esigenza di adeguatezza sostanziale dell'intervento legislativo, attraverso la previsione di meccanismi che ne garantiscano una tendenziale adattabilità al mutare del contesto. Ciò inevitabilmente produce un effetto virtuoso sulla effettività della tutela dei diritti individuali coinvolti, in particolare del diritto alla salute e del principio di uguaglianza.

Una analoga funzione può essere svolta anche dalle definizioni di concetti scientifici, dovendosi in tal caso privilegiare una formulazione delle medesime che consenta all'interprete (anche quando quest'ultimo non sia un giurista) di adeguarne il contenuto agli eventuali mutamenti avvenuti sul piano fenomenologico o conoscitivo. L'evoluzione che ha caratterizzato la definizione giuridica di morte risulta di particolare rilievo in tal senso, alla luce della giurisprudenza costituzionale che ne è derivata. Come noto, nell'ordinamento italiano convivono due riferimenti normativi al concetto di morte: uno, più risalente nel tempo, che richiama meramente il termine "morte", senza associarlo a parametri o criteri biologici di determinazione (art. 589 c.p.); il secondo, contenuto nella legge n. 578 del 1993 in materia di espanto e trapianto di organi, ha adottato al contrario una definizione fondata sul richiamo del parametro della «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo». La Corte costituzionale, chiamata a valutare la sopravvenuta obsolescenza del concetto di morte richiamato dall'art. 589 c.p., alla luce della evoluzione delle conoscenze in materia, ha fatto salva la norma, fondando la propria valutazione sulla valorizzazione del carattere aperto del rinvio operato dal legislatore del 1930. Secondo la Corte, infatti, «il rinvio, anche implicito, ad altre fonti o ad esterni contrassegni naturalistici non viola il principio di legalità della norma penale, ancorché si sia verificato mutamento di quelle fonti»⁵⁴. Nel proporre una siffatta interpretazione – "scientificamente" orientata – della norma oggetto di scrutinio, la Corte costituzionale riconosce l'adattabilità – in via interpretativa – del termine «morte» contenuto nell'art. 589 c. p. alle «più recenti acquisizioni della scienza medica», giungendo in tal modo a utilizzare queste ultime «per integrare il significato della norma oggetto, facendo leva proprio sulla "elasticità" di quest'ultima»⁵⁵. Il riferimento da ultimo svolto alle caratteristiche concrete delle definizioni adottate a livello legislativo – elastiche, in quanto a contenuto sostanziale indeterminato (art. 589 c.p.), o rigide, in quanto risultanti da una selezione discrezionale di criteri

⁵³ E. Fabiani, *Clausola generale*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Giuffrè, Milano, 2012, 200, che riserva alle «clausole generali quali concetti bisognosi di una integrazione valutativa basata su criteri di giudizio extralegali».

⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 414/1995.

⁵⁵ G. D'Amico, *Scienza e diritto nel prisma del giudice delle leggi*, cit., 173.

o parametri extra-giuridici (legge n. 578 del 1993) – consente di allargare lo spettro delle riflessioni alla natura del rinvio a istanze tecnico-scientifiche.

3.2. *La natura del rinvio alla scienza: la distinzione tra rinvio fisso e rinvio mobile*

A prescindere dalla specifica tecnica normativa utilizzata, in base alla *natura* dell'apertura del testo concretamente operata è possibile proporre la distinzione tra rinvio fisso o mobile alla scienza⁵⁶.

Nel primo caso – rinvio fisso – la disposizione compie un riferimento diretto a determinati *standard* o *best practices*, recependone il contenuto in modo rigidamente predefinito, opzione che può comportare il rischio di una eccessiva pietrificazione dei contenuti normativi a contenuto scientifico e di codificazione di verità scientifiche proprie del legislatore⁵⁷. Inoltre, tale declinazione può comportare il rischio di una eccessiva rigidità dei contenuti normativi a contenuto scientifico, soprattutto quando la selezione del parametro scientifico non avvenga sulla base della “migliore” scienza disponibile al momento dell'entrata in vigore della disciplina. In ogni caso, appare evidente come tale opzione sia maggiormente esposta al rischio di generare ipotesi di anacronismo legislativo della disposizione, nel caso in cui la selezione operata originariamente venga superata dal progredire delle conoscenze e applicazioni tecnico-scientifiche. Esempio tipico è l'utilizzo di un rinvio fisso in riferimento alla definizione legislativa di embrione, come avveniva nella versione originaria della legge britannica in materia di procreazione medicalmente assistita e ricerca con embrioni umani (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990). Quest'ultima conteneva infatti un rinvio testuale al processo di fecondazione dell'ovulo come criterio distintivo della possibilità di qualificare come embrione una determinata entità biologica. Le caratteristiche complessive della disciplina britannica in materia hanno però consentito all'organismo tecnico indipendente istituito dall'*Act* con funzioni di autorizzazione e controllo – la *Human Fertilisation and Embryology Authority*⁵⁸ – di sussumere nella definizione anche ipotesi formalmente non contenute nella legge, come avvenuto nel caso di embrioni prodotti tramite la tecnica del trasferimento nucleare, in assenza quindi di un processo di fertilizzazione del gamete femminile. Relativamente al profilo della legittimità di tale impostazione, le corti britanniche hanno sostanzialmente aderito all'interpretazione proposta dall'*Authority*, riconoscendone la coerenza con la volontà legislativa di consentire un'applicazione estensiva del concetto di embrione, mediante l'utilizzo di termini in grado di adattarsi alla futura evoluzione delle conoscenze medico-scientifiche⁵⁹. Secondo le corti adite, ciò risponde

⁵⁶ Più ampie riflessioni in S. Penasa, *La legge della scienza*, cit. In tema di recezione di norme tecniche, F. Salmoni, *Il rapporto tra tecnica e diritto attraverso l'analisi della normativa tecnica consensuale*, in M. Cecchetti, S. Grassi (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006, 130 ss.

⁵⁷ L. Buffoni, M. Cecchetti, *Le fonti nazionali del biodiritto*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto, vol. I, Ambito e Fonti del Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 791.

⁵⁸ T. Prosser, *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁵⁹ *Quintavalle & Anor, R (on the application of) v. Human Fertilisation & Embryology Authority*

all'esigenza di «*move on with the development of science and (...) allows for amending regulations to be made to reflect developments when they occur within the intention of the Act*»⁶⁰, consentendo un'attuazione della legge «*in the light of the new scientific knowledge*»⁶¹. Pertanto, secondo i giudici «*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*»⁶². Il riferimento testuale al criterio della fecondazione, quindi, deve essere inteso in termini meramente esemplificativi e connessi esclusivamente allo stato delle conoscenze in materia esistenti al momento dell'entrata in vigore della legge e, alla luce della ratio complessiva della disciplina, non può essere considerato come parte costitutiva del contenuto normativo della definizione di embrione.

Altro esempio di rinvio fisso è rappresentato dalla versione originaria dell'art. 14, secondo comma, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui prevedeva il limite massimo di tre embrioni producibili per ciclo di fecondazione e l'obbligo di unico e contemporaneo impianto. A differenza del caso britannico appena citato, la natura rigida del rinvio non è in questo caso superabile attraverso un'interpretazione sistematica e scientificamente evolutiva, in quanto l'impianto complessivo della legge non prevede altre forme di rinvio alla dimensione scientifica in grado di superare la rigidità del testo. Come noto, la Corte costituzionale ha dichiarato la disposizione parzialmente illegittima, trasformando l'originario rinvio fisso in un rinvio mobile, in base al quale al medico è consentito di valutare il numero più adeguato di embrioni da produrre e quindi da trasferire anche alla luce della condizione personale della donna sottoposta al trattamento⁶³. L'intervento operato dalla Corte costituzionale ha riconfigurato la disposizione oggetto di scrutinio, in modo tale che esprima una clausola generale a contenuto medico-scientifico, la cui determinazione in concreto è necessariamente delegata al medico responsabile del trattamento. Anche in questo caso, la tecnica utilizzata risulta decisiva non solo in termini di qualità della legislazione ma anche al fine di orientare il giudizio relativo alla legittimità delle scelte compiute.

Al contrario, un rinvio mobile alla scienza si ha quando esso prevede l'utilizzo di concetti indeterminati, il cui contenuto deve essere di volta in volta concretizzato dalla persona responsabile dell'attività disciplinata o da organismi tecnici, o attraverso clausole generali a contenuto scientifico, riconoscendo in tale secondo caso un margine tendenzialmente ampio di valutazione ai soggetti coinvolti. Questa tecnica consente una maggiore adattabilità dello schema regolativo, pur scontando dei limiti a livello di certezza applicativa, che peraltro –

(HFEA) [2008] EWHC 3395 (Admin) (09 December 2008).

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *R v. Secretary of State for Health ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance)* [2003] UKHL 13.

⁶² *House of Lords*, § 14.

⁶³ Corte cost., sent. n. 151 del 2009. Su tale sentenza, M. D'Amico, I. Pellizzone, *I diritti delle coppie infertili*, FrancoAngeli, Milano, 2010; P. Veronesi, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 591-618; L. D'Avack, *La Consulta orienta la legge sulla PMA verso la tutela dei diritti della madre*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 1021-1033.

tenuto conto degli effetti in termini di legittimità costituzionale dell'utilizzo da parte del legislatore italiano del rinvio fisso – sembrano essere in certa misura fisiologici, tenuto conto della natura dell'oggetto di regolazione. Il legislatore, nel bilanciare esigenze di certezza e di flessibilità dello strumento regolativo, è chiamato ad esercitare la propria discrezionalità politica attraverso la scelta del tipo di rinvio più adeguato alla dimensione scientifica. La distinzione non è comunque rigida, in quanto le due tecniche possono convivere nel medesimo testo, risultando in tal caso decisivo il modello normativo nel suo complesso⁶⁴. Anche un rinvio fisso al dato scientifico, infatti, può essere il risultato di una indagine precedentemente svolta dal legislatore, che individua il parametro scientifico in grado di esprimere il maggior livello (attuale) di affidabilità e adeguatezza e lo incorpora all'interno del testo legislativo.

In tale caso, ci si dovrà premurare prevenendo meccanismi procedurali che consentano il costante adeguamento all'evoluzione delle conoscenze dei criteri formalizzati a livello legislativo mediante rinvio a fonti secondarie o ad organismi tecnici indipendenti dotati di poteri regolatori⁶⁵. In alternativa, il legislatore dovrà essere pronto a modificare il quadro legislativo, in modo da garantirne l'adeguatezza scientifica nel tempo. Ciò è accaduto ad esempio nell'ordinamento spagnolo, nel quale la disciplina relativa al numero di embrioni producibili e trasferibili è progressivamente mutata da un originario rinvio mobile paragonabile a una sostanziale delega in bianco⁶⁶ al medico responsabile⁶⁷ fino a un sistema misto, che prevede la coesistenza di un rinvio mobile, per quanto riguarda il numero di embrioni che possono essere prodotti in ogni ciclo di fecondazione, e di un rinvio fisso, relativamente al numero massimo di embrioni trasferibile⁶⁸. A ulteriore conferma della opportunità che il sistema normativo nel suo complesso sia fondato sulla apertura alla scienza, oltre alle specifiche scelte legislative operate

⁶⁴ Si è proposta altrove la distinzione tra «modello procedurale a tendenza pluralista» e «modello chiuso a tendenza monopolista» (S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., 432 ss.).

⁶⁵ Come nel caso ancora una volta dell'*Authority* britannica.

⁶⁶ Occorre ricordare come il Tribunale costituzionale spagnolo abbia riconosciuto la legittimità di tale approccio, ritenendo che «*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, lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes*» (sent. 116/1999, § 11). Sottolinea questo aspetto S. Agosta, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio vita*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2012, 142.

⁶⁷ «*se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo*» (art. 4, *Ley 35/1988*). Valuta in modo positivo questa scelta M. Iacometti, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. Casonato, T. E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006, 61, in quanto «la legge, (...), non ha individuato, in modo aprioristico, quanti “pre-embrioni” debbano essere creati e trasferiti, ma ha consentito di adattare il loro numero alle caratteristiche della donna che si sottopone alla procreazione assistita, ammettendo dunque che il medico possa valutarne l'età, la conformazione fisica, i particolari problemi di sterilità da cui sia eventualmente afflitta».

⁶⁸ Nel numero di tre, secondo la versione attuale dell'art. 3, secondo comma, della *Ley 1/2006*, che dispone che «*en el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo*».

nei diversi ambiti concreti di intervento, l'evoluzione appena richiamata si è fondata sul decisivo⁶⁹ supporto consultivo e conoscitivo della Commissione Nazionale di Riproduzione Umana Assistita, appositamente istituita dalla legge di settore.

3.3. I destinatari del rinvio: soggetti (medici responsabili del trattamento, organismi tecnici indipendenti) e formanti (deontologia, linee guida, best practices)

Un'ulteriore possibile distinzione riguarda il tipo di *destinatario* del rinvio alla scienza operato a livello legislativo, attraverso il quale ci si può riferire a singoli operatori responsabili del trattamento o a organismi tecnici istituiti ad hoc con funzioni attuative della disciplina legislativa.

Gli esempi ricavabili dalla giurisprudenza comparata sono molteplici e risultano utili a dimostrare la stretta connessione tra coinvolgimento della expertise in fase attuativa e rafforzamento della legittimità delle scelte discrezionali operate a livello legislativo, oltre a evidenziare i limiti che tale apertura è chiamata a rispettare.

Rispetto alla funzione di rafforzamento della legittimità del quadro legislativo nel quale tale tipo di rinvio risulta inserito, è possibile richiamare l'ordinamento francese relativamente alla disciplina delle decisioni di sospensione e interruzione dei trattamenti sanitari nel fine vita, nella quale si prevede un rinvio a soggetti dotati di specifiche competenze e sensibilità che può essere qualificato come "misto": da un lato, al medico responsabile del trattamento, che è chiamato – nel caso in cui la persona non sia in grado di decidere per sé e non abbia preventivamente manifestato volontà in tal senso – ad assumere la decisione esercitando la propria autonomia e responsabilità sulla base delle caratteristiche del caso e delle evidenze medico-scientifiche; dall'altro, si prevede l'attivazione di una procedura collegiale, nella quale le valutazioni del medico sono integrate da quelle di un collegio multidisciplinare e indipendente di esperti, chiamati a verificare che le condizioni giuridiche e mediche previste per la sospensione dei trattamenti risultino soddisfatte in ogni singolo caso concreto⁷⁰. Nella prospettiva del rafforzamento della legittimità della legge, risulta rilevante sottolineare che i giudici costituzionali francesi, nel dichiarare la costituzionalità della legge che ha previsto tale disciplina, hanno attribuito particolare rilievo proprio al fatto che il legislatore abbia istituito una siffatta procedura, la cui attivazione rappresenta un elemento necessario del bilanciamento operato dal legislatore, in termini di ragionevolezza, contribuendo a garantire il rispetto della dignità umana e della libertà personale dell'individuo coinvolto⁷¹.

Anche l'esempio dell'ordinamento britannico relativamente alla disciplina legislativa in materia di PMA e ricerca con embrioni risulta paradigmatico in tal

⁶⁹ La *Comisión* ha determinato «*las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación y que esta Ley incorpora*», secondo quanto affermato nella *Exposición de Motivos* della *Ley* del 2006.

⁷⁰ C. Casonato, *Un diritto difficile. Il caso Lambert tra opportunità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2015, 489-501.

⁷¹ Dec. no. 2017-632 QPC, 2 giugno 2017.

senso. Valorizzando un approccio legislativo *science-based* già evocato in precedenza, le corti britanniche hanno riconosciuto in modo sistematico la legittimità delle valutazioni – anche di natura etico-deontologica – svolte dalla citata autorità indipendente, quando queste risultino fondate su una interpretazione scientificamente orientata del quadro normativo di riferimento. A giudizio delle corti interpellate, l'elemento decisivo, anche quando entrino in gioco questioni eticamente sensibili⁷², risulta essere proprio il fatto che il legislatore, esercitando liberamente la propria discrezionalità politica, abbia deciso di delegare questo tipo di valutazioni ad un organismo indipendente dotato di specifiche competenze extra-giuridiche, legittimandolo ad adottare interpretazioni evolutive della legge basate sull'osservazione del progredire della realtà fenomenologica oggetto delle valutazioni svolte⁷³.

L'attribuzione di funzioni normative ad una autorità tecnica indipendente viene assunta dal Parlamento britannico quale strumento sussidiario di regolazione in ambiti non solo scientificamente ma anche eticamente complessi. Ciò viene metabolizzato dalle corti britanniche nel momento in cui sono chiamate a verificare la legittimità di decisioni emanate dal citato organismo, in particolare quando, sulla base di una interpretazione delle disposizioni legislative che consente l'adeguamento del contenuto delle medesime allo stato delle conoscenze e delle applicazioni tecnologiche esistenti nel momento della loro concreta applicazione, l'*Authority* autorizzi pratiche di PMA o progetti di ricerca con embrioni umani che non siano formalmente disciplinati dal testo della legge. Ciò è stato reso concretamente possibile – come anticipato – dall'utilizzo nel testo del *1990 HFE Act* di concetti scientifici (embrione) o comunque a contenuto giuridico indeterminato, la cui concretizzazione richiede necessariamente l'interposizione dell'organismo tecnico indipendente⁷⁴.

Il caso britannico sembra dimostrare come i diversi tipi di rinvio, che in tale sede si sono distinti per tipo di strumento, natura, destinatari e contenuto, possono e devono convivere, al fine di rafforzare effettività e adeguatezza, legittimità e ragionevolezza della disciplina⁷⁵.

⁷² Come avvenuto ad esempio nel caso della autorizzazione della tecnica del *tissue typing* finalizzata a selezionare embrioni non portatori di malattie genetiche e isto-compatibili con figli già nati affetti da patologie genetiche.

⁷³ V. English, *Autonomy versus protection – who benefits from the regulation of IVF?*, in *Human Reproduction*, 21, 12, 2006, 3048, conferma che «*the HFEA's role in facilitating scientific progress also stems from the way the legislation is drafted. By giving the HFEA responsibility for overseeing practice within the broad framework established by Parliament, the legislation allows sufficient flexibility to respond to new developments*».

⁷⁴ Evidentemente, questo approccio non è privo di criticità, come evidenziato da parte della dottrina inglese. Ad esempio, R. Brownsword, *Reproductive Opportunities and Regulatory Challenges*, in *Modern Law Review*, 2004, 320, ritiene che la scelta di delegare all'*Authority* questa funzione è criticabile in quanto questo organismo pone un problema di *accountability* e inoltre perché, decidendo secondo un approccio *case by case*, si produrrebbe un *vulnus* alla certezza giuridica.

⁷⁵ Sull'intreccio tra evoluzione della definizione legislativa e ruolo dell'*Authority*, si rinvia al paragrafo 4.2.

Lo schema legislativo appena richiamato esprime in modo paradigmatico l'idea di sistema integrato di fonti e sedi di disciplina di ambiti scientificamente connotati, all'interno del quale il legislatore mantiene la responsabilità di selezionare l'approccio che ritiene più adeguato all'insieme dei valori giuridici di riferimento, eventualmente anche attraverso l'attivazione dello strumento penale, riconoscendo al contempo l'opportunità di lasciare a soggetti diversi la loro composizione in ogni singolo caso concreto, sulla base di valutazioni di natura tanto etica quanto scientifica⁷⁶.

Evidentemente, l'apertura della legge alla *expertise* medico-scientifica non può risultare in una sostanziale sostituzione dell'organo democraticamente legittimato – il Parlamento – da parte di istanze tecnocratiche nell'esercizio della funzione legislativa, proprio in ambiti rispetto ai quali più forte è l'esigenza di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti⁷⁷. È pertanto necessario che il rinvio operato dal legislatore, configurabile secondo lo schema della delega normativa, sia connotato da sufficienti elementi – principi e criteri direttivi, mutuando il lessico utilizzato dall'art. 76 Cost. in materia di delega legislativa – in grado di orientare l'esercizio discrezionale delle funzioni attribuite a soggetti tecnici. Apprendo ancora una volta la prospettiva alla dimensione comparata, un caso relativo alla disciplina della maternità surrogata deciso dalla Corte costituzionale portoghese risulta particolarmente rilevante in tal senso.

Superando il divieto assoluto previsto dalla legge in materia di PMA, nel 2016⁷⁸ il legislatore portoghese ha previsto la liceità di tale pratica, esclusivamente a titolo eccezionale e altruistico, in forma gratuita e volontaria, previa autorizzazione da parte di un organismo indipendente (Consiglio nazionale di Riproduzione Umana Assistita). Tale ultimo elemento – l'attribuzione di poteri autorizzativi delle singole richieste di accesso alla surrogazione di maternità a un organismo tecnico indipendente – è stato oggetto di specifica censura da parte del Tribunale costituzionale portoghese nella sentenza n. 225 del 2018, nella quale è

⁷⁶ Cfr. la giurisprudenza citata, nella quale si è riconosciuto che il legislatore ha deciso di «*confine itself to a few prohibitions which could be clearly defined but otherwise to leave the authority to decide what should be acceptable*» (*Quintavalle (Comment on Reproductive Ethics) v HFEA (House of Lords, 2005)*); e che «*the authority was specifically created to make ethical distinctions and, if Parliament should consider it to be failing in that task, it has in reserve its regulatory powers under section 3(3)(c)*», tenuto conto del fatto 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*» (*Re v. HFE Authority, ex parte Assisted Reproduction and Gynaecology Centre & H (2002, Court of Appeal)*).

⁷⁷ L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, ESI, Napoli, 1999, 292, sottolinea che, a fronte dell'indubbio vantaggio rappresentato «dall'opportunità di un rapido e progressivo adeguamento della legge, in grado di assecondare il dinamismo della scienza», individua anche il rischio di «uno svuotamento dei poteri dell'organo di rappresentanza popolare in misura corrispondente all'ampliamento delle competenze conferite al potere esecutivo e ad organi amministrativi».

⁷⁸ *Lei n. ° 25/2016, de 22 de agosto Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n. ° 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)*. Per un'analisi della legge e delle successive modifiche, V. L. Raposo, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 339-353.

stato chiamato a verificare la legittimità della disciplina⁷⁹. I giudici costituzionali non hanno censurato la scelta legislativa di delegare tale funzione ad un organismo tecnico, ma hanno ritenuto eccessivamente ampio e non sufficientemente qualificato l'ambito di discrezionalità riconosciuto a quest'ultimo. La legge, infatti, non ha predisposto un insieme di parametri sufficientemente determinati e verificabili da parte del Consiglio nell'esercizio della funzione di controllo e autorizzazione preventiva dei contratti di surrogazione di maternità⁸⁰. Fissando uno *standard* la cui rilevanza assume portata generale, oltre il caso e l'ordinamento richiamati, secondo la Corte costituzionale portoghese le condizioni delle quali gli organismi tecnici sono chiamati a verificare la sussistenza, devono obbligatoriamente essere determinate a livello legislativo, configurandosi in caso contrario un *vulnus* in termini di prevedibilità della legge e sicurezza giuridica⁸¹, che finisce con l'incidere indebitamente sui diritti costituzionalmente protetti delle persone coinvolte.

L'apertura della legge alla scienza può riguardare non solo soggetti – persone fisiche o organismi istituzionali – appartenenti all'ordine medico-scientifico, ma anche fonti *extra-ordinem*, quali la deontologia⁸², enti esponenziali delle professioni coinvolte (in particolare, gli ordini professionali), o parametri di natura tecnica, come avviene nel caso di richiami alle «buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida»⁸³. Anche tale forma di rinvio trova una esplicita copertura costituzionale. La giurisprudenza costituzionale italiana ha infatti riconosciuto una specifica funzione normativa alle regole di deontologia professionale, medica in particolare, e ai poteri di vigilanza attribuiti in tale ambito agli organi della professione⁸⁴. Questi ultimi sono qualificati quali soggetti volti a garantire l'osservanza in concreto di due diritti fondamentali della persona malata: il diritto a essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e il diritto a essere rispettato come persona, in particolare nella propria integrità fisica e psichica *ex art. 32*, secondo comma, Cost.⁸⁵. Un siffatto riconoscimento a livello costituzionale consente di poter concludere che la deontologia medica ha acquisito «rilevanza giuridica come fonte di regolamentazione dell'attività medica e, più in generale, come fonte del biodiritto» e che, di conseguenza, una legge che abbia ad oggetto l'esercizio della

⁷⁹ Tribunale Costituzionale portoghese, sentenza n. 225/2018, 8 maggio 2018, con commento di T. Violante, *(Not) Striking Down Surrogate Motherhood in Portugal*, in *VerfBlog*, 28 aprile 2018.

⁸⁰ «*medida jurídica com densidade suficiente*», *ivi*, § 52.

⁸¹ In tema, da ultimo R. Bin, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, 17, 2018, 1-16.

⁸² Come si approfondirà nel prossimo paragrafo, ciò assume un rilievo centrale all'interno della legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento.

⁸³ Legge n. 24 del 2017, facendo però «salve le specificità del caso concreto». Per un'analisi approfondita, C. Ingenito, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 871-887.

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 282 del 2002.

⁸⁵ E. Pulice, *La deontologia medica come "motore" della Costituzione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, Special Issue, 326.

pratica medica deve essere strutturata in modo da rispettare lo spazio normativo riservato alla dimensione deontologica e professionale.

In tal senso, occorre richiamare il rinvio operato dal legislatore in materia di responsabilità medica, attraverso l'affermazione del dovere per il medico di attenersi alle «buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida», pur specificando opportunamente che tale obbligo è destinato a cedere nel caso in cui «le specificità del caso concreto» richiedano di procedere diversamente⁸⁶. Il richiamo della relazione regola-eccezione in materia di responsabilità medica, che da un lato rinvia alla formalizzazione di *standard* operata da enti esponenziali della professione medica e dall'altro riserva uno spazio di esercizio alla valutazione autonoma dei singoli operatori responsabili del trattamento, consente di ribadire che i diversi rinvii alla dimensione medico-scientifica che il legislatore è chiamato ad operare non si pongono l'un l'altro come strumenti alternativi o reciprocamente escludenti ma al contrario come risorse normative sussidiarie e mutuamente integrabili.

4. L'oggetto del rinvio: la disciplina delle fasi finali della vita come paradigma della sovrapposizione tra complessità scientifica ed etica

3328

Infine, un'ultima distinzione può essere svolta sulla base dell'*oggetto* del rinvio. Quest'ultimo può avere infatti natura esclusivamente tecnico-scientifica, quando la legge utilizza o si riferisce a concetti che esprimono tale contenuto, ma può anche esprimere una dimensione etico-valoriale. Ipotesi di integrazione tra valutazioni di tipo tecnico-scientifico ed etico-valoriale si possono configurare ad esempio quando la legge si riferisca alla adeguatezza dei trattamenti, concetto che va interpretato non solo in relazione alla appropriatezza clinica ma anche alla valutazione che di tale criterio fornisca la persona interessata esercitando la propria autodeterminazione in ambito terapeutico. O, in modo più evidente, quando entrino in gioco criteri quali «capacità di discernimento» riferito ai minori⁸⁷, «sofferenza intollerabile» nel caso dell'assistenza al suicidio⁸⁸ o «ostinazione irragionevole», nell'ambito del rifiuto o della interruzione dei trattamenti sanitari⁸⁹. In tutti questi casi, ai giudizi di fatto finalizzati a individuare il contenuto tecnico del concetto utilizzato si sommano veri e propri giudizi di valore, i quali si danno anche nel caso in cui vi sia incertezza relativamente al significato «scientifico» del concetto.

Come dimostrano i riferimenti normativi appena svolti, l'ambito del fine vita rende in modo paradigmatico la complessità di tale operazione, in quanto in tale contesto l'intreccio tra dimensione scientifica e dimensione valoriale diviene particolarmente complesso, fino a risultare inestricabile. Si può parlare in tal senso

⁸⁶ Ivi, 340.

⁸⁷ *Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs*, su cui *infra*.

⁸⁸ Concetto utilizzato dalla già citata legge canadese in materia di assistenza al suicidio.

⁸⁹ Il riferimento in questo caso è alla disciplina francese in materia di interruzione dei trattamenti sanitari.

di una specificità dell'utilizzo di tali tecniche nel fine vita, in quanto la dimensione valoriale sembra assumere generalmente priorità rispetto a quella della determinazione del contenuto tecnico-scientifico dei concetti utilizzati a livello legislativo. Questa caratteristica lo distingue da altri ambiti, come quello dell'inizio vita, rispetto al quale i rinvii alla scienza assumono tendenzialmente la natura di giudizi di fatto, scientificamente connotati, pur se aventi spesso ad oggetto questioni rispetto alle quali esiste una pluralità di valutazioni diverse all'interno della comunità epistemologica di riferimento.

Nel fine vita, l'esigenza di una apertura alla scienza del lessico giuridico non è quindi motivata generalmente dalla situazione di incertezza o complessità tecnico-scientifica che caratterizza tale ambito. In questo caso, l'ambito medico coinvolto rappresenta il contesto all'interno del quale trova espressione la complessità etico-morale suscitata dalle scelte relative al fine vita, piuttosto che l'oggetto o un potenziale strumento delle valutazioni politiche svolte a livello legislativo, come invece accade in tutti gli altri esempi proposti in precedenza. La questione risulta essere pertanto quella di evitare, da parte del decisore politico, un utilizzo distorto o comunque scientificamente inappropriato delle acquisizioni consolidate in ambito medico, come ad esempio la qualificazione come trattamento sanitario della alimentazione e idratazione artificiale⁹⁰; o di assumere all'interno del testo legislativo riferimenti a pratiche o procedure la cui attuazione concreta, nonché le relative modalità di realizzazione, devono essere lasciate a ciò che la Corte costituzionale ha da tempo definito come «regola di fondo della pratica medica»⁹¹, rappresentata dall'incontro tra autonomia e responsabilità del medico e consenso del paziente, come avvenuto nella legge n. 219 del 2017 in materia di sedazione profonda e di modalità della comunicazione tra medico e paziente; infine, di rinviare in funzione integrativa dell'ambito normativo di riferimento a formanti tecnico-scientifici, quali la deontologia professionale, le linee guida o le buone pratiche cliniche.

Come dimostra la legge n. 219 del 2017, anche quando vi sia una sovrapposizione tra valutazioni scientifiche ed assiologiche l'utilizzo dei rinvii analizzati nei paragrafi precedenti risulta comunque opportuno. Si pensi, rispetto all'utilizzo di concetti indeterminati o di clausole generali che possono avere contenuto anche solo parzialmente tecnico-scientifico, al richiamo della «relazione di cura e fiducia» che deve caratterizzare il rapporto medico-paziente, al concetto di «ostinazione irragionevole» e di «trattamenti inutili o sproporzionati» nell'ambito delle scelte da operare nelle fasi finali della vita del paziente; o, infine, al richiamo ai «mezzi appropriati allo stato del paziente» finalizzati

⁹⁰ Cfr. quanto proposto dal disegno di legge Calabrò in materia di rifiuto dei trattamenti sanitari. Sottolinea la discontinuità di approccio in tal senso contenuto nella legge n. 219 del 2017 S. Canestrari, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art. 1)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 22. Per una analisi critica del d.d.l. Calabrò, C. Casonato, *Lo schema di testo unificato "Calabrò" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 febbraio 2009.

⁹¹ A partire dalla già citata sentenza n. 282 del 2002.

all'alleviamento delle sofferenze del paziente anche nel caso di rifiuto delle terapie, coniugato al richiamo alla terapia del dolore⁹². Come sottolineato in dottrina, «in questo contesto, non solo si giustifica, ma anzi può essere valutato in modo positivo l'ampio ricorso ai principi (ed in particolare a quelli enunciati all'art. 1, comma 1°, che valgono in tutti i contesti in cui la relazione di cura si realizza) ed alle clausole generali»⁹³.

In altra prospettiva, appare particolarmente opportuna la definizione di specifici trattamenti sanitari, in quanto ciò contribuisce a un riallineamento tra qualificazione unanimemente condivisa all'interno della comunità scientifica e attribuzione di valore giuridico operata dal legislatore. Ciò è accaduto anche nella legge 219 del 2017, nella quale la nutrizione e l'idratazione artificiale sono definiti «trattamenti sanitari (...) in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici»⁹⁴; e la previsione di un rinvio a fonti *extra-ordinem*, quali la deontologia professionale e le buone pratiche clinico-assistenziali, il rispetto delle quali contribuisce a determinare il perimetro entro il quale il paziente può lecitamente manifestare la propria volontà in riferimento al consenso o al rifiuto di trattamenti sanitari⁹⁵.

Questi brevi cenni dimostrano come in riferimento alla disciplina delle fasi finali della vita appare prevalente l'utilizzo di concetti nei quali si esprime una particolare pregnanza assiologica, che richiamano una pluralità di interpretazioni diverse e che non si fondano esclusivamente su competenze o conoscenze di natura medico-scientifica. Negli esempi richiamati, ai quali si può aggiungere il riferimento compiuto dalla Corte costituzionale ai criteri della «patologia irreversibile» che provoca «sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili»⁹⁶ nell'ambito della apertura a ipotesi di assistenza al suicidio, l'attribuzione di senso empirico e quindi di significato normativo viene delegata al personale medico-sanitario, con l'eventuale mediazione di organismi terzi⁹⁷ e sempre nel rispetto della autodeterminazione del paziente. L'adozione di un siffatto schema legislativo rappresenta, come è emerso dall'analisi precedente in termini generali, una condizione necessaria di legittimità costituzionale delle scelte politiche svolte in sede parlamentare, anche quando l'esigenza di garantire l'adeguatezza scientifica

⁹² Legge n. 219 del 2017, art. 2, primo comma. Sul punto, C. Viafora, *La sedazione in fase terminale, parte integrante delle cure palliative. Un commento all'art. 2 della Legge 219, 22 dicembre 2017*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 39.

⁹³ M. Piccinni, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, cit., 141.

⁹⁴ Cfr. nota 90.

⁹⁵ «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla *deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali*» (art. 1).

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 242 del 2019. Si rinvia alle osservazioni svolte in riferimento alla precedente ordinanza n. 207 del 2018, da G. Battistella, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2020, 17, secondo cui «L'irreversibilità della patologia deve parametrarsi allo *stato attuale delle pratiche mediche* normalmente impiegate (...)».

⁹⁷ Cfr. i comitati etici per la sperimentazione richiamati sempre nella sentenza n. 242 del 2019 della Corte cost.

di queste ultime sembra assumere un rilievo residuale rispetto alla loro portata assiologica? Se si adotta, come avvenuto nei paragrafi precedenti, la prospettiva della giurisprudenza costituzionale comparata, la risposta pare essere anche in questo caso affermativa, trovando conferma il dato secondo cui l'inserimento di rinvii alla scienza contribuisce a rafforzare la legittimità del merito delle scelte operate, anche quando queste ultime esprimano una carica assiologica prevalente su quella tecnico-scientifica.

Chiamato a valutare la costituzionalità della legge che ha esteso la possibilità di effettuare pratiche eutanasiche anche sui minori, la *Cour Constitutionnelle* belga ha riconosciuto che il criterio della «capacità di discernimento», che configura un caso tipico di utilizzo di concetti indeterminati a contenuto medico-scientifico, risulta compatibile con il rispetto del diritto alla vita garantito dalla Costituzione⁹⁸. La legge belga attribuisce al medico al quale sia sottoposta la richiesta di eutanasia il compito di valutare la sussistenza della capacità di discernimento nel minore⁹⁹, dopo avere svolto un apprezzamento caso per caso e avere tenuto conto di tutte le circostanze che qualificano la situazione del minore concretamente coinvolto¹⁰⁰. Lo schema richiamato configura un caso tipico di delega di bilanciamento in concreto, che viene ulteriormente qualificata – e garantita – dalla previsione di un obbligo per il medico di consultare uno specialista in psichiatria o psicologia infantile, al quale spetta la funzione di verificare in concreto la sussistenza del requisito richiamato. In modo analogo a quanto visto in riferimento alla giurisprudenza costituzionale francese, anche secondo i giudici belgi tale consulenza costituisce una garanzia ulteriore per la corretta applicazione della legge, risultando in tal senso necessario che il parere dello specialista consultato, che deve agire in condizioni di indipendenza tanto dal medico quanto dal paziente e suoi familiari o rappresentanti legali, risulti vincolante per il medico responsabile. Tale onere procedurale viene interpretato dalla Corte belga come «garanzia supplementare per la corretta applicazione della legge», ponendosi quindi come condizione necessaria al fine di assicurare la ragionevolezza e adeguatezza del bilanciamento effettuato dal legislatore¹⁰¹.

Infine, il quadro normativo in materia di assistenza al suicidio definito dalla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 242 del 2019¹⁰² risulta basato sulla

⁹⁸ *Cour Constitutionnelle*, sent. n. 153 del 2015, 23 ottobre.

⁹⁹ Ivi, § B.24.6.

¹⁰⁰ La Corte si riferisce in particolare a criteri quali la condizione giuridica, l'età e la maturità (Ivi, § B.24.5).

¹⁰¹ Ivi, B.24.8.1.

¹⁰² L'art. 580 c.p., oggetto della questione, può essere considerato come un esempio di anacronismo legislativo, nei limiti specificati dalla Corte costituzionale, la quale ha infatti affermato che quella oggetto di giudizio rappresenta una di quelle «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali». Su tale aspetto, C. Casonato, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, cit., 307-310; A. Ciervo, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 4, 2019, 592.

estensione a tale ambito della «procedura medicalizzata» prevista dall'art. 1 della legge n. 219 del 2017 in materia di rinuncia a trattamenti sanitari, attraverso la quale il medico è chiamato ad accertare la capacità di autodeterminazione del paziente e il carattere libero e informato della scelta espressa, nell'ambito di una relazione di cura e fiducia tra medico e paziente. Coerentemente con la giurisprudenza comparata richiamata nel corso del contributo, anche la Corte costituzionale ha previsto l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze e sensibilità¹⁰³, il quale possa garantire la tutela di situazioni di particolare vulnerabilità¹⁰⁴. Anche in tal caso, la normativa di risulta è caratterizzata dal sistematico utilizzo di meccanismi di rinvio alla dimensione medico-scientifica, che di volta in volta è espressa dall'autonomia e responsabilità del medico al quale la richiesta di assistenza viene portata, dalla funzione di controllo e garanzie delle strutture sanitarie pubbliche nelle quali la procedura viene eseguita e da quella consultiva del comitato etico che deve emanare un parere obbligatorio¹⁰⁵.

3332

5. La identificazione di un lessico comune tra diritto e scienza come preconditione della sostenibilità costituzionale di un sistema integrato di fonti di produzione normativa nel biodiritto

Una volta riconosciute, nell'ambito del biodiritto, l'ineluttabilità *de facto* e la sostenibilità *de iure* di una integrazione – endo ed eso legislativa – del diritto politico da parte in particolare delle scienze della vita, pur con le condizioni e i limiti individuati nei primi paragrafi, è stata proposta l'ipotesi secondo cui la tecnica legislativa rappresenta uno strumento decisivo al fine di garantire che tale inte(g)razione avvenga in modo da salvaguardare, e anzi rafforzare reciprocamente, le rispettive identità e funzioni.

L'utilizzo sistematico delle tecniche legislative di cui si è proposta una classificazione può favorire un processo di integrazione tra ordini epistemologici e metodologici diversi – quello giuridico e quello scientifico – che risulti fondata sull'idea di co-produzione tra diritto e scienza. Quest'ultima non si riferisce tanto alla qualificazione della scienza come fonte diretta di produzione del diritto, ma piuttosto richiama l'esistenza di ambiti nei quali «scienza e diritto esercitano l'uno sull'altro un reciproco gioco di definizione, sistematizzazione, sedimentazione e

¹⁰³ Sottolineano l'analogia con la già citata procedura collegiale francese, C. Di Costanzo, A. Simoncini, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, cit., 238.

¹⁰⁴ Individuato nelle more dell'intervento legislativo nei comitati etici territorialmente competenti. Critica sulla previsione di tale ulteriore fase procedurale M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2020, 295 ss.

¹⁰⁵ Sintetizza in modo efficace tale aspetto G. Battistella, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 339, secondo cui «Lo specifico ambito nel quale viene svolto questo tipo di accertamento conferisce alla procedura una connotazione intrinsecamente medica, divenendo il sapere medico-scientifico un elemento indispensabile, da cui dipendono sia il diritto a ricevere aiuto a morire, sia l'esimente penale per i professionisti sanitari che abbiano preso parte alla procedura».

stratificazione di significati tecnico-giuridici»¹⁰⁶, tanto che sarebbe a volte arduo «(...), in questo modello relazionale ‘bilaterale’, dividere ciò che è regolazione giuridica della scienza da ciò che è regolazione (o forse produzione) scientifica del diritto»¹⁰⁷. Una co-produzione, quindi, che non ha come obiettivo l’attività di selezione e bilanciamento dei diritti, principi e valori in gioco, che devono restare nella responsabilità esclusiva del Parlamento, quanto piuttosto quello di contribuire alla formazione e successiva attuazione dei contenuti normativi funzionali a garantire la ragionevolezza anche scientifica¹⁰⁸ di tale attività.

In tale prospettiva, la costruzione di un lessico comune tra diritto e scienza, che non significa ibridazione volta a confonderne le rispettive identità epistemologiche e metodologiche ma piuttosto reciproca metabolizzazione finalizzata a potenziarne funzioni e responsabilità, assume un valore non solo culturale ma pienamente normativo, come reso evidente dalla analisi comparata della giurisprudenza costituzionale. L’individuazione di un lessico comune tra diritto e scienza viene quindi a porsi quale preconditione della sostenibilità costituzionale di un sistema integrato di fonti di produzione normativa nel biodiritto, in quanto rafforza l’adeguatezza scientifica delle scelte politiche effettuate in tale ambito.

Simone Penasa
D.pto Scienze Giuridiche
Università di Trento
simone.penasa@unitn.it

¹⁰⁶ M. Tallacchini, *Evidenza scientifica e normazione ambientale: la “co-produzione” di scienza e diritto*, in S. Grassi, M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell’ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2006, 9, la quale precisa che «per quanto riguarda i problemi a contenuto tecnico-scientifico, la scienza sarà autorizzata a dire una parola particolarmente autorevole, ma non avrà il potere di pronunciare la parola esclusiva o definitiva, che spetta invece alla società», e quindi alle istituzioni rappresentative di quest’ultima.

¹⁰⁷ A. D’Aloia, *Biodiritto*, voce, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2012, 53.

¹⁰⁸ Si è utilizzato questa espressione in S. Penasa, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 817-842.