

GIACOMO D'AMICO^{*}

**Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse
in materia di biodiritto:
U.S. Supreme Court e Corte costituzionale a confronto[•]**

«MONACELLO: Ma non credete che la verità
– se verità è – si farà strada anche senza di noi?
GALILEO: No, no, no! La verità riesce ad imporsi
solo nella misura in cui noi la imponiamo;
la vittoria della ragione non può essere
che la vittoria di coloro che ragionano»
B. BRECHT, *Vita di Galileo* (1955-1956),
a cura di G. Oneto, trad. di E. Castellani,
Einaudi, Torino, 1994, p. 149.

SOMMARIO: 1. Sulla necessità di muovere da un'analisi dei casi giurisprudenziali e sui rischi insiti in questa prospettiva d'indagine, ovvero il "paradosso del caso". – 2. Le questioni scientifiche controverse, la difficile scelta dell'approccio metodologico da parte dei giudici e il rischio della *crystal ball inquiry*. – 3. I vantaggi ed i limiti della prospettiva del diritto costituzionale comparato. – 4. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti. – 4.1. Considerazioni preliminari. – 4.2. Libertà dell'individuo v. autorità della scienza. – 4.3. Ruolo del giudice, competenze mediche e libertà della donna in materia di aborto. – 4.4. La problematica individuazione dei presupposti della vita "degn". – 4.5. Il caso *Daubert*. – 5. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. – 5.1. Considerazioni preliminari. – 5.2. L'individuazione del fondamento scientifico della normativa censurata al fine di decidere nel merito la questione di legittimità costituzionale. – 6. Conclusioni.

1. Sulla necessità di muovere da un'analisi dei casi giurisprudenziali e sui rischi insiti in questa prospettiva d'indagine, ovvero il "paradosso del caso"

Poche questioni oggi turbano e dividono i tribunali costituzionali degli Stati liberal-democratici come quelle attinenti al c.d. biodiritto. Le pressioni dei contrapposti schieramenti politici, l'interesse dell'opinione pubblica, le attenzioni dei mezzi di comunicazione ed i conflitti di coscienza sono soltanto i più importanti fra i diversi fattori che determinano siffatto turbamento; se a ciò si aggiunge il peso delle *lobbies* che, in vario modo, possono condizionare l'attività del singolo giudice, il quadro che viene fuori è tale da giustificare l'estrema difficoltà che contraddistingue il procedimento di formazione delle decisioni in materia. Anzi, è proprio con riferimento alle questioni attinenti al biodiritto che lo strumentario predisposto dai singoli ordinamenti per garantire l'indipendenza dei giudici costituzionali viene messo alla prova e talvolta mostra tutti i suoi limiti.

Per queste ragioni, risultano particolarmente preoccupanti le affermazioni di quanti (si pensi al giudice della Corte Suprema americana Alito durante la sua audizione al Senato degli Stati Uniti)

^{*} Ricercatore di diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Messina e assistente di studio presso la Corte costituzionale.

[•] Intervento al *Forum di BioDiritto*, Trento 28-29 maggio 2008.

pretendono di affermare la propria indipendenza di giudizio richiamandosi alla necessità di una mera applicazione delle norme costituzionali. Le esperienze dei tribunali costituzionali di maggiori tradizioni storiche dimostrano come sia ingenuo o, a seconda delle circostanze, troppo furbo, invocare la mera applicazione delle norme costituzionali per pretendere di affermare la propria equidistanza da contrapposti schieramenti¹.

Ed allora che fare? Ridursi a prendere atto dell'insindacabilità del giudizio reso dalle Corti supreme equivarrebbe a riconoscere a queste ultime un potere di influenza che esse non solo non hanno ma non devono avere in un ordinamento liberal-democratico. Compito degli operatori del diritto è piuttosto quello di stimolare, attraverso critiche puntuali, l'elaborazione di modelli argomentativi che consentano ai tribunali costituzionali di tentare di mantenere una coerenza di indirizzo, pur nella inevitabile diversità dei casi che possono essere prospettati.

Proprio i casi e l'indiscussa peculiarità che li contraddistingue rendono assai complicato il compito di chi tenti di individuare il fatidico filo rosso in grado di dare un'intrinseca coerenza alla giurisprudenza di un tribunale costituzionale. Ma il caso è solo esso, per la sua innegabile capacità di fotografare un momento della realtà applicativa di una data norma, consente allo studioso di cogliere quest'ultima nel suo operare. Ancora di recente, a proposito del sindacato di costituzionalità svolto dal nostro giudice delle leggi, è stato sottolineato che «il "caso" venuto all'attenzione della Corte ha un'origine concreta nella vita sociale di relazione, si innalza al livello della verifica della norma che lo regola alla luce della Costituzione e nuovamente si immerge nella concretezza della vita sociale sia per gli effetti della pronuncia nel giudizio *a quo*, sia per gli effetti generali su tutto il sistema normativo»².

Innegabile pare, dunque, la necessità di muovere dal basso, dalla concretezza dei casi; necessità, questa, ribadita ancora di recente dalla dottrina costituzionalistica proprio con riferimento alle tematiche del c.d. biodiritto³.

Ma a rendere necessaria l'adozione di un metodo d'analisi che muova dai singoli casi posti all'attenzione dell'autorità giurisdizionale, sono anche considerazioni desumibili dall'esperienza storica. È significativo al riguardo che Guido Calabresi, qualche anno fa, abbia ritenuto utile esemplificare i rapporti tra scienza e diritto menzionando, come caso paradigmatico di innovazioni scientifiche che arrivano a cambiare il significato di una particolare legge o di tutto un sistema di leggi, quello derivante dall'invenzione del *barbwire* (filo uncinato), che, in effetti, ha trasformato una regola preesistente posta a favore dei *rangers* in una diversa favorevole ai coltivatori della terra⁴. Dunque, la soluzione adottata per risolvere un caso concreto produce, talvolta, delle

¹ In proposito, C. MEZZANOTTE, *Tecniche argomentative e diritti fondamentali*, in AA.VV., *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la Luiss «Guido Carli» dal 2003 al 2005*, a cura di S. Panunzio, Cedam, Padova, 2007, p. 660, rileva che «mai in una Costituzione è in discussione esclusivamente la sua pura applicazione, poiché bisognerà ammettere che il processo di applicazione di quel testo è parte integrante della creazione costituzionale ad opera dell'interprete. Pertanto, le polemiche che in passato hanno riguardato la creatività del giudice costituzionale – ma anche di quello comune – non hanno oggi più ragione di esistere».

² G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, Relazione al Seminario svoltosi il 15 maggio 2008 presso l'Università degli studi di Milano Bicocca, p. 9 del *paper*.

³ Cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim* e part. pp. 48 ss. e 287 ss. Nell'esperienza statunitense, la prospettiva di indagine che muove dai casi sembra addirittura essere fine a se stessa, in quanto connaturata alle stesse caratteristiche di un ordinamento di *common law*; al riguardo, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università degli studi di Trento, Trento, 2006, p. 8, evidenzia che «mentre la bioetica cerca – per la maggior parte invano – criteri generali e condivisi attraverso cui ordinare logicamente quella vasta e multiforme esperienza, il diritto (anche costituzionale) statunitense pare arrestarsi all'analisi, alla risoluzione ed al commento del singolo caso o di categorie di essi».

⁴ G. CALABRESI, *Scienza e diritto: alcune annotazioni preliminari*, in AA.VV., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Atti del Convegno tenutosi a Pisa il 22-24 maggio 2003, a cura di G. Comandè e G. Ponzanelli, Giappichelli, Torino, 2004, p. 4 s. Lo stesso Calabresi ricorda, inoltre, come il Giudice della Corte Suprema Frankfurter

conseguenze che vanno ben oltre la specificità dello stesso, determinando una sorta di “effetto farfalla”⁵, in grado di determinare profondi mutamenti in seno all’ordinamento giuridico preso in esame⁶.

Al tempo stesso, però, il caso è infido, potrebbe fuorviare l’operatore inducendolo a confondere una parte per il tutto; la sua concreta configurazione dipende, infatti, da un insieme di elementi e soprattutto dai contesti in cui si colloca. Per queste ragioni, è particolarmente importante il momento in cui il caso viene “fotografato”, come altrettanto fondamentale è il contesto in cui esso viene esaminato. Tutto ciò, com’è evidente, rende oltremodo difficile il tentativo di ricavare dalle singole pronunzie precisi schemi argomentativi adattabili in ogni circostanza e suscettibili, pertanto, di essere generalizzati. Per queste ragioni non può non condividersi l’assunto secondo cui «le sistematizzazioni sono sempre utili, a condizione di avere sempre la vigile consapevolezza che si tratta di schematizzazioni *a posteriori* di pronunce giurisprudenziali ciascuna ispirata dall’esigenza di risolvere al meglio *quel* caso alla luce dei principi costituzionali»⁷.

Da quanto detto deriva quello che potremmo definire il “paradosso del caso”, nel senso che un’analisi giurisprudenziale che si rispetti non può non partire dall’esame dei casi giurisprudenziali ma al tempo stesso questi mal si prestano ad automatiche generalizzazioni. Al riguardo, è curioso rilevare come il “caso”, inteso però nell’accezione di destino o fortuna, fosse incarnato nella mitologia greca da un dio o demone particolarmente piccolo e sfuggente: *Kairós*. Questi era il figlio minore di Zeus e si distingueva dagli altri per la particolare capigliatura; aveva infatti la nuca rasata e per cogliere l’istante fortunato era necessario afferrarlo davanti, dal ciuffo⁸.

Nel presente lavoro, non sarà necessario tentare di cogliere l’istante fortunato provando ad afferrare il ciuffo di *Kairós* ma si proverà a capire se dietro la contingenza dei casi si nasconde una coerenza di approccio alle questioni poste ed una uniformità di indirizzo nella decisione delle stesse. In particolare, saranno prese in esame solo alcune fra le più significative decisioni della Corte Suprema americana e della Corte costituzionale italiana, fondate su presupposti scientifici controversi e attinenti a problematiche relative al biodiritto.

2. Le questioni scientifiche controverse, la difficile scelta dell’approccio metodologico da parte dei giudici e il rischio della crystal ball inquiry

In generale, la dottrina statunitense distingue due diversi profili della c.d. politica della scienza (*science policy*): il primo, definito come *science in policy*, «riguarda la consistente presenza di sapere scientifico all’interno di materie di competenza normativa»; il secondo, invece, indicato come *policy for science*, attiene al «carattere indeterminato o incerto di molte conoscenze

fosse solito dire ai suoi assistenti che «il più importante avvenimento *legale*» (corsivo non testuale) tra la fine del XVIII secolo e l’inizio del XIX era stato l’invenzione del motore a vapore.

⁵ Di “effetto farfalla” parlava il famoso meteorologo inglese Edward Lorenz, il quale provocatoriamente asseriva che una farfalla in Brasile potesse provocare un tornado in Texas, come a dire che talvolta minuscoli cambiamenti portano a conseguenze dirompenti.

⁶ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, a cura di M. Tallacchini, trad. di M. Graziadei, Giuffrè, Milano, 2001, p. 45, si sofferma, già all’inizio del suo libro, sull’importanza di esaminare le c.d. «decisioni minori, riguardanti particolari settori controversi, quali ad esempio l’ingegneria genetica e le norme in materia di responsabilità del produttore», al fine di poter ricostruire i rapporti tra scienza e diritto.

⁷ G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, cit., p. 11 del *paper*. Questo Autore conclude sul punto osservando che «la teoria del diritto costituzionale appare, per parafrasare Hegel, come la nottola di Minerva, che si leva in volo al calar della sera».

⁸ Su *Kairós* ed, in generale, sulle “difficoltà di formalizzare il caso” particolarmente interessante si rivela l’intervento di H.M. ENZENSBERGER, *La matematica e il caso*, svolto in occasione del Festival della Matematica, Roma 13 marzo 2008, in *la Repubblica*, 14 marzo 2008, pp. 1 e 51.

scientifiche, le quali esigono spesso di essere integrate da specifiche valutazioni normative»⁹. Com'è evidente, si tratta di due facce della stessa medaglia o, per meglio dire, il primo aspetto non può essere esaminato separatamente dal secondo e viceversa.

Più precisamente, il profilo della *science in policy* costituisce una conseguenza della essenza stessa del diritto, che, in quanto scienza sociale pratica¹⁰, non può non riflettere all'interno delle proposizioni normative il crescente peso che il sapere scientifico ha assunto nell'ultimo secolo. Dall'altra parte, proprio quest'ultima considerazione ed, in particolare, l'incertezza che circonda le acquisizioni scientifiche non possono non obbligare il giurista, nella soluzione dei casi concreti, a colmare gli spazi lasciati vuoti dalla scienza con giudizi di valore. In quest'ultima considerazione sta probabilmente il senso della *policy for science*.

Fatte queste premesse, sembra possibile definire il significato dell'espressione "questioni scientifiche controverse". In proposito, un'attenta dottrina, facendo riferimento alla letteratura nordamericana sulle *science policy issues*, ha chiarito come questa formula alluda a «quelle questioni sulla cui soluzione vigono nella comunità scientifica incertezze o divergenze di opinioni, a motivo delle quali l'autorità amministrativa e i giudici si vedono costretti a prendere le loro decisioni fondandosi solo in parte su considerazioni di natura scientifica inerenti allo stato dei fatti e dando invece la prevalenza a considerazioni di natura politica nel senso ampio del termine, cioè a vere e proprie scelte di valore»¹¹.

La medesima dottrina ha anche elaborato una classificazione delle *science policy issues*, a seconda che si tratti di questioni «a cui la scienza non è in grado – né lo sarà in futuro – di dare una risposta», o «che implicano una decisione prima che la scienza abbia fornito dati definitivi sullo stato dei fatti», o in relazione alle quali «gli scienziati non concordano sul modo di interpretare certi fatti o sulle conseguenze che se ne possono trarre», o, infine, che chiamano il giudice o il legislatore «a decidere sui futuri sviluppi di una determinata situazione»¹².

Un comune denominatore pare potersi ricavare dalle quattro categorie sommariamente descritte: l'esistenza di uno stato di incertezza, provvisorio o presumibilmente definitivo, sulla situazione di fatto che sta alla base della questione di diritto. Se questo è il quadro complessivo, il compito del giudice è facilmente individuabile: decidere entro un tempo prestabilito.

La consapevolezza dell'incertezza sullo stato dei fatti e l'esigenza di decidere possono spingere il giudice ad optare per diverse soluzioni alternative, con l'unico limite della c.d. *crystall ball inquiry*, ovvero di una decisione che non sia «adeguatamente sostenuta da motivazioni razionalmente giustificabili»¹³. Analogamente da escludere è poi il ricorso a forme di decisione, dietro le quali, in realtà, si nascondono delle «non decisioni» sul merito della questione; al riguardo, il riferimento è, innanzitutto, a quelle pronunzie della Corte costituzionale italiana, con le quali è sembrato che il giudice delle leggi, attraverso una sopravvalutazione di possibili cause di inammissibilità, abbia voluto evitare di assumere una chiara posizione sul merito di una controversa questione di legittimità costituzionale¹⁴.

⁹ M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, in S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., p. XIV.

¹⁰ Secondo l'insegnamento di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano 1978, p. 101 ss.

¹¹ L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 13.

¹² L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, cit., p. 14 ss.

¹³ Anche su questo punto si rinvia a L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, cit., 17.

¹⁴ Il riferimento è in particolare all'ordinanza n. 369 del 2006, in tema di diagnosi preimpianto per la donna che si sottopone alle procedure di procreazione medicalmente assistita. Al riguardo, non convince affatto l'argomentazione sviluppata dalla Corte secondo cui sarebbe evidente la contraddizione in cui incorre il Tribunale rimettente nel sollevare una questione di legittimità costituzionale di una norma che, secondo l'impostazione della stessa ordinanza di rimessione, sarebbe desumibile «anche da altri articoli della stessa legge». Non si comprende, infatti, quale ostacolo si

Ristretto, nei termini sopra indicati, lo spettro di soluzioni cui possono attingere le Corti, può risultare utile tentare di immaginare i possibili approcci metodologici seguiti. In presenza di una norma fondata su presupposti scientifici controversi, l'atteggiamento dei giudici costituzionali può andare da un acritico riconoscimento della discrezionalità del legislatore fino ad una totale messa in discussione del fondamento scientifico della normativa impugnata.

Tanti possono essere i fattori in grado di condizionare il giudizio delle Corti, con la conseguenza che, solo con molte difficoltà e di conseguenza con molte cautele, è possibile cogliere fra le righe delle pronunzie dei tribunali costituzionali, una sorta di "macrocriterio" di giudizio. In generale, ci si può limitare a dire che il giudice dovrebbe evitare di seguire una prospettiva di indagine ispirata alla netta contrapposizione tra scienza e diritto; egli, piuttosto, dovrebbe chiedersi cosa o quanto la scienza possa dare al diritto e cosa il diritto (nella specie, il diritto costituzionale) possa dare alla scienza.

Il primo interrogativo obbliga il giudice, innanzitutto, a distinguere la "buona scienza" dalla "junk science"¹⁵, successivamente, a discernere nell'ambito della "buona scienza" quella che pare maggiormente credibile al giudice stesso in base a criteri di giudizio che inevitabilmente risentono della sua formazione, della sua cultura, della sua ideologia, in una sola parola, della sua coscienza. Infine, il giudice deve sottoporre a verifica la coerenza dell'assunto normativo esaminato rispetto alle risultanze scientifiche individuate¹⁶.

La seconda domanda, invece, consente di far emergere il ruolo che il diritto costituzionale deve assumere nella definizione di questioni di legittimità costituzionale fondate su presupposti scientifici controversi; il tribunale costituzionale, infatti, là dove le conoscenze scientifiche acquisite non dovessero fugare del tutto i suoi dubbi, sarà inevitabilmente costretto a decidere e ciò avverrà attraverso un esame e un conseguente bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

In questa prospettiva, dunque, il diritto costituzionale ed in particolare i principi fondamentali che sono tutelati nelle Carte fondamentali assumono, nella seconda fase del procedimento sopra delineato, un ruolo sussidiario. Il bilanciamento tra valori costituzionali diventa, cioè, l'unico strumento in grado di far uscire il giudice delle leggi dall'empasse in cui inevitabilmente si viene a trovare in presenza di assunti normativi fondati su presupposti scientifici controversi.

3. I vantaggi ed i limiti della prospettiva del diritto costituzionale comparato

Non sembra che si possa mettere in discussione l'indubbio vantaggio che l'indagine di natura comparata presenta nello studio delle tematiche connesse al biodiritto¹⁷ e più in generale alle questioni scientifiche controverse. Infatti, pur nella diversità degli ordinamenti giuridici presi in esami, alcune questioni si presentano (e si sono fin qui presentate) in termini straordinariamente simili al punto da far ritenere che le problematiche del biodiritto oltrepassino gli angusti confini del

frapponga ad una dichiarazione di illegittimità consequenziale delle altre norme, non espressamente impugunate, ma comunque espressive della medesima *ratio*. Per ulteriori approfondimenti su questo punto si veda A. MORELLI, *Limiti della questione di costituzionalità e mancato ricorso all'illegittimità consequenziale (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁵ Sulla *junk science* il riferimento è soprattutto agli scritti di P. HUBER, ed in particolare, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, New York, 1991, *passim*.

¹⁶ Con riferimento all'attività dei giudici delle giurisdizioni inferiori, S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., p. 43, scrive: «Un primo compito importante delle Corti è la decostruzione dell'autorità degli esperti. I processi, infatti, sono uno strumento particolarmente potente per portare alla luce i valori, i pregiudizi e gli assunti di natura sociale che si celano dietro molte affermazioni e esperti in merito a fenomeni fisici e naturali. In un sistema giudiziario, rendere palesi questi preconcetti soggettivi ed occulti è altrettanto importante che "accertare correttamente i fatti"».

¹⁷ Sul punto, in particolare, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., *passim* ma spec. 1 ss.

singolo ordinamento costituzionale contribuendo a formare una sorta di diritto comune transnazionale.

Probabilmente, la ragione principale di questa capacità del biodiritto di superare gli steccati statali risiede nella sua intrinseca essenza; a ben vedere, infatti, le problematiche connesse al biodiritto incidono direttamente sul cuore pulsante del diritto costituzionale, che, in quanto tale, si presenta in termini molto simili in tutti gli ordinamenti costituzionali liberal-democratici. Le questioni di biodiritto sono, cioè, «casi propriamente costituzionali», per riprendere la terminologia utilizzata da Zagrebelsky¹⁸. In altre parole, la diversità di tradizioni storiche, di contesti sociali, economici e politici, di formule linguistiche utilizzate e di strumenti di tutela apprestati non può far venir meno quel nucleo essenziale di principi e di diritti fondamentali che da soli valgono a caratterizzare un ordinamento come Stato costituzionale¹⁹.

È significativo, al riguardo, quanto rilevato dalla dottrina²⁰, secondo cui gli stessi quattro principi base della bioetica (autonomia, beneficienza, non maleficenza e giustizia) trovano diretta corrispondenza in alcuni principi fondamentali della nostra Carta costituzionale (principio personalista, tendenziale divieto di trattamenti sanitari obbligatori, diritto alla salute, inviolabilità della libertà personale ed, infine, principio di eguaglianza, non discriminazione e ragionevolezza).

La sola considerazione delle suddette affinità è di per sé sufficiente a dimostrare non solo la possibilità della comparazione, in materia di biodiritto, di modelli ordinamentali diversi ma anche l'utilità. Quest'ultima emerge ancor più chiaramente se ci si ferma a riflettere sulla forza dirompente che le decisioni in tema di biodiritto possono avere sia in seno al collegio giudicante, sia nell'opinione pubblica, specializzata e non. L'autorevole avallo di un precedente giurisprudenziale di un tribunale costituzionale straniero può diventare, nel procedimento di formazione della decisione, l'elemento in grado di determinare il risultato finale. Senza dimenticare, poi, che la necessità di uno sforzo argomentativo, solitamente superiore a quello necessario per motivare altre decisioni, obbliga il giudice chiamato a predisporre la motivazione, alla ricerca di argomentazioni adeguate a giustificare tali decisioni; anche in questa prospettiva può rivelarsi decisivo il ricorso al metodo della comparazione²¹.

Ma l'adozione di questo metodo di indagine può anche rivelarsi fuorviante se non si tiene conto delle inevitabili differenze esistenti tra ordinamenti giuridici diversi. Oltre alla ovvia considerazione che, nel caso di specie, si tratta di porre a confronto la giurisprudenza di due Corti Supreme aventi tradizioni storiche, composizione e regole di funzionamento diverse e, soprattutto,

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in AA.VV., *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno dell'A.I.C., Milano, 11-12 ottobre 2002, Cedam, Padova, 2004, p. 71.

¹⁹ In proposito si rinvia, per tutti, a P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, trad. it. di F. Politi e S. Rossi, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2005, e fra gli scritti più recenti ad E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

²⁰ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 2.

²¹ L'utilità del riferimento alla giurisprudenza straniera nelle Corti americane è un tema molto dibattuto negli Stati Uniti, in relazione al quale si confrontano due tesi che, con qualche semplificazione, possono essere ricondotte alle posizioni di due dei più autorevoli giudici della Corte Suprema, Breyer e Scalia. Il primo, in proposito, ritiene: «naturalmente il diritto straniero non ci vincola [sulle questioni] costituzionali. Naturalmente no. Ma questi stranieri sono degli uomini, chiamati giudici, che hanno problemi che sempre più sono simili ai nostri. Affrontano alcuni argomenti ... che sempre maggiormente sono volti alla protezione di diritti umani fondamentali. Se io ho un uomo che viene chiamato giudice in un altro stato che affronta un problema simile al mio perché non leggere la sua opinione se la questione è analoga? Forse posso imparare qualcosa». Scalia, invece, si chiede: «Cosa conta l'opinione di un bravo giudice dello Zimbabwe o di un bravo membro del *Law Committee* della Camera dei Lord ... nell'ambito di ciò cui gli americani credono, a meno che voi non crediate che è stata data a voi VOI la facoltà di dare questo giudizio morale, un giudizio morale molto difficile? ... Non capisco come possa essere in alcun modo rilevante». Le affermazioni citate sono state formulate in occasione di una discussione pubblica tra i due giudici svoltasi nel 2005 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Washington e sono ora riportate da P.G. THOMPSON, *L'uso di giurisprudenza straniera nelle Corti americane. Una discussione recente*, in AA.VV., *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, a cura di A. Mariani Marini e D. Cerri, Edizioni Plus, Pisa, 2007, pp. 97 e 104.

operanti in ordinamenti appartenenti a “famiglie” differenti, esistono altri elementi che contribuiscono, in maniera significativa, a condizionare taluni esiti giurisprudenziali.

Si pensi, ad esempio, all’influente presenza in seno all’ordinamento statunitense delle agenzie federali investite di competenze normative in settori scientifico-tecnologici ed al ruolo svolto, al loro interno, dagli esperti²². Più in generale, l’evoluzione legislativa e giurisprudenziale americana è strettamente legata a fattori connessi al contesto sociale, economico e politico; significativo è al riguardo il potere di influenza svolto dall’Associazione dei Medici nel corso dei decenni.

Un altro elemento di indubbia rilevanza è dato dalle ampie competenze legislative di cui sono titolari i singoli Stati, con la conseguenza che sui temi connessi al biodiritto (si pensi in particolare alle problematiche relative all’aborto) esiste una variegata serie di normative sulle quali spesso la Corte Suprema è stata chiamata a giudicare.

Ancora, meritano di essere menzionate (pur non potendosi andare oltre un semplice richiamo) le differenti modalità di accesso al giudice costituzionale previste nei due ordinamenti qui presi in esame. La ormai indiscussa prevalenza del *writ of certiorari*²³ fra i modi di accesso alla Corte e le caratteristiche proprie di questo tipo di giudizio rendono assolutamente peculiare il sindacato svolto dal tribunale costituzionale statunitense rispetto a quello che ha luogo dinanzi alla Corte costituzionale.

Il giudizio svolto da quest’ultima è, in primo luogo, condizionato dalle particolari caratteristiche del modello di giustizia costituzionale previsto nel nostro ordinamento, le quali incidono, in misura non indifferente, nel determinare la “quantità” oltre che “qualità” delle questioni che giungono all’esame della Consulta. Si allude, in particolare, alla necessaria “pregiudizialità” della questione di legittimità costituzionale rispetto al giudizio principale, al fine di poter investire la Corte costituzionale di una questione. La mancata previsione di un ricorso diretto priva il singolo individuo della possibilità di formulare una domanda di giustizia costituzionale in relazione alle tematiche in esame. La decisione di investire la Corte è, pertanto, rimessa ai giudici *a quibus*; al riguardo, è significativo che le pronunzie più recenti della Consulta, in tema di questioni fondate su presupposti scientifici controversi, siano giunte solo a seguito di un giudizio promosso in via principale dal Governo nei confronti di leggi regionali o di Regioni nei confronti di leggi statali.

In secondo luogo, non è da sottovalutare il ruolo che l’inerzia del legislatore assume nella prospettiva del sindacato di costituzionalità operato dal giudice delle leggi italiano. In altre parole, l’assenza di una normativa di rango primario su molteplici tematiche incidenti su questioni scientifiche controverse ed in particolare su quelle relative al biodiritto, finisce sostanzialmente con l’escludere alla radice la possibilità di un intervento della Consulta in queste materie. Quanto detto determina la creazione di una sorta di “zona d’ombra” della giustizia costituzionale, con la conseguenza che alcuni settori, in cui si contrappongono diritti fondamentali sicuramente meritevoli di tutela da parte del giudice delle leggi, non sempre possono essere adeguatamente “illuminati” dall’organo di giurisdizione costituzionale.

4. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti

²² Sul ruolo svolto dalle *agencies* in relazione ai problemi scientifici di difficile soluzione si rinvia a L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, cit., p. 21 ss., ed alla bibliografia ivi citata.

²³ In particolare, sulla selezione discrezionale dei casi e sul ruolo del giudice costituzionale si veda V. BARSOTTI, *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 61 ss. e 287 ss.; F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 327 ss.; P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in AA.VV., *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther-R. Romboli-R. Tarchi, tomo I, Giappichelli, Torino, 2000, p. 35 ss.

4.1. Considerazioni preliminari

Prima di prendere in esame alcune significative pronunzie della Corte Suprema americana, occorre svolgere qualche considerazione preliminare che aiuti a comprendere i criteri di cui ci si è avvalsi per la selezione²⁴. Le decisioni prese in considerazione saranno esaminate sia in relazione all'argomento trattato, sia sulla base della loro sequenza temporale, allo scopo di evidenziare eventuali linee di continuità tra pronunce attinenti a problematiche differenti. Questo approccio è sembrato preferibile a chi scrive, in quanto consente di rilevare se e quanto abbiano inciso sul mutamento degli orientamenti giurisprudenziali alcuni recenti sviluppi della filosofia della scienza. Il riferimento è, in particolare, alle impostazioni riconducibili alla c.d. epistemologia post-positivistica; espressione, questa, con la quale si allude in realtà ad approcci anche sensibilmente diversi gli uni dagli altri (si pensi alle differenze esistenti tra i tre maggiori esponenti: Kuhn, Lakatos e Feyerabend), ma tutti legati dalla critica al neopositivismo ed, in parte, all'epistemologia popperiana.

Un'ulteriore considerazione preliminare riguarda direttamente il "materiale giurisprudenziale" preso in esame. Sebbene, l'intenzione del presente lavoro sia quella di comparare le tecniche argomentative utilizzate dalle Corti Supreme di due ordinamenti differenti, in qualche caso è sembrato necessario fare riferimento a pronunzie delle giurisdizioni federali e statali esistenti nell'ordinamento statunitense; in particolare, ciò si è reso necessario là dove alcune prese di posizione della Corte Suprema sarebbero risultate incomprensibili se non fosse stato indicato l'orientamento giurisprudenziale esistente nelle Corti inferiori.

Anche questo profilo, com'è evidente, risulta fortemente condizionato dalla struttura dell'ordinamento statunitense in cui la Corte Suprema è posta al vertice dell'apparato giudiziario ed i singoli Stati sono considerati «as independent "laboratories of jurisprudence" in which varying experiments in law-making may be attempted and compared so long as they do not drop below certain minimum standards of fairness imposed by the Constitution»²⁵.

4.2. Libertà dell'individuo v. autorità della scienza

La giurisprudenza della Corte Suprema, in materia di questioni scientifiche controverse attinenti al biodiritto, risente fortemente dell'influenza che la dottrina del *due process of law* ed in particolare del *substantive due process* ha avuto non solo sull'evoluzione storica dell'ordinamento giuridico statunitense, ma, in generale, sulla vita sociale ed economica del Paese.

Non è questa la sede per soffermarsi su tali profili, deve essere però adeguatamente evidenziato che le previsioni contenute nel V Emendamento, secondo cui nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà *without due process of law*, e nel XIV Emendamento (approvato nel 1868), secondo cui nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà *without due process of law*, né rifiuterà ad alcuno, nei limiti della sua giurisdizione, *the equal protection of the laws*, costituiscono i due pilastri su cui si fonda l'intera giurisprudenza costituzionale in tema di biodiritto.

²⁴ Sulla giurisprudenza della Corte Suprema in tema di scienza e diritto si veda D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-year struggle to integrate science and the law*, Times books, New York, 2004.

²⁵ C.H. BARON, *Bioethics and Constitutional Law: an American Perspective*, Five lectures presented at the University of Aix-Marseille III in the spring of 1995, p. 5 del *paper* (trad. franc. p. 13). Lo scritto appena citato non risulta pubblicato in lingua inglese, esiste invece una traduzione in francese dal seguente titolo: *Droit constitutionnel et bioéthique. L'expérience américaine*, trad. J. Pini, Ed. Economica, Paris, 1997. Per assicurare una maggiore fedeltà al pensiero esposto dall'Autore, chi scrive ritiene opportuno citare il testo in lingua inglese indicando fra parentesi la pagina in cui il passo citato è riportato nella traduzione francese.

Le due norme appena menzionate, a loro volta, riflettono l'*habitus* mentale proprio dei Padri costituenti e più in generale del popolo americano di quei tempi. A tal proposito, Baron²⁶ ricorda una felice descrizione di Tocqueville, secondo cui «l'abitante degli Stati Uniti impara fin dall'infanzia che deve lottare con le sole sue forze contro i mali e gli ostacoli della vita; egli getta sull'autorità sociale uno sguardo diffidente e inquieto e si appella al suo potere solo quando non ne può fare a meno»²⁷.

Alla luce di quanto detto non c'è da stupirsi che nel 1891 la Corte Suprema (*Union Pacific Railway v. Botsford*²⁸) dichiari che tra i più importanti diritti vi è il possesso ed il controllo della propria persona, libero dalle limitazioni e dalle interferenze degli altri, a meno che non si tratti della chiara e indiscutibile autorità della legge. Altrettanto significativa è l'affermazione del giudice Cardozo della Corte d'Appello di New York (*Schloendorff v. Society of New York Hospital*²⁹), il quale, nel 1914 dice a chiare lettere che «Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages»³⁰.

Quanto appena detto non esclude che vi siano delle eccezioni non solo per i minori e per coloro che non sono capaci di intendere e di volere, ma anche, ad esempio, nel caso in cui sia a rischio la salute degli altri individui. Di conseguenza, la Corte Suprema esclude che violi il XIV Emendamento la legge di uno Stato che prevede la vaccinazione obbligatoria contro il vaiolo o contro altre malattie contagiose³¹.

In questo contesto si inserisce la vicenda legislativa e giudiziaria legata all'aborto, che, com'è noto, ha prodotto notevoli effetti sull'intera giurisprudenza della Corte in materia di tutela dei diritti fondamentali. Infatti, dall'originario atteggiamento antiproibizionistico (specie nei confronti dell'aborto praticato «before quickening») ed anzi dalle normative della prima metà dell'800 che miravano esclusivamente a salvaguardare la salute della donna, si passa, nel volgere di pochi anni, ad un crescente rifiuto della legittimità dell'aborto, a meno che non sia in pericolo la vita della madre. Non è facile individuare le ragioni di questa evoluzione, che probabilmente risiedono in un insieme di fattori, non ultima la campagna intrapresa dall'Associazione medica americana per porre fine all'aborto legale³², di certo, però, alla fine dell'Ottocento nella maggior parte degli Stati americani esistono normative anti-aborto e in molti casi l'aborto è consentito «only when necessary in the opinion of a physician to preserve the life of the woman»³³.

Secondo un'autorevole dottrina, è proprio questo il punto di svolta, nel senso che la scelta di praticare l'aborto si trasforma da questione rimessa alla piena libertà della donna a problema che vede coinvolto il ruolo del medico, le sue conoscenze e la sua professionalità³⁴. Come afferma Tribe, «The regular physicians succeeded in their movement to obtain control of the practice of abortion; the social metamorphosis of the abortion question into a matter of "medical judgement" had taken hold»³⁵.

²⁶ C.H. BARON, *Bioethics and Constitutional Law*, cit., p. 10 del *paper* (trad. franc. p. 20).

²⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1835-1840), ed. a cura di G. Candeloro, Rizzoli, Milano, 1999, p. 201.

²⁸ 141 U.S. 250 (1891).

²⁹ 105 N.E. 92 (N.Y. 1914).

³⁰ Il brano riportato nel testo è citato da C.H. BARON, *Bioethics and Constitutional Law*, cit., p. 40 del *paper* (trad. franc. p. 55).

³¹ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

³² Sull'evoluzione storica del dibattito in materia si rinvia a L.H. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, Norton & Company, New York, 1992, spec. p. 28 ss.

³³ C.H. BARON, *Bioethics and Constitutional Law*, cit., p. 11 del *paper* (trad. franc. p. 21).

³⁴ C.H. BARON, *op. et loc. ult. cit.*

³⁵ L.H. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, cit., p. 34, citato da C.H. BARON, *op. et loc. ult. cit.*

Sebbene possa apparire una forzatura trarre dalle vicende, sopra sinteticamente riportate, conseguenze di più ampio respiro, pare indubbio che le problematiche connesse al biodiritto emergano, per la prima volta, in relazione alla pratica dell'aborto. È questo infatti il primo banco di prova su cui legislatori, giudici e scienziati sono chiamati a confrontarsi; gli esiti di questo confronto sembrano abbastanza chiari: il legislatore, sulla spinta di molteplici fattori, riconosce al medico un ruolo preminente nella scelta di abortire, così assecondando la pressione che a partire dalla metà dell'Ottocento è venuta dalla stessa professione medica, i giudici, dal canto loro, non si oppongono a questa configurazione dei rapporti tra libertà dell'individuo e autorità della scienza. Quest'ultima, infine, è vista come un insieme monolitico di conoscenze che possono solo fugare i dubbi e le incertezze del legislatore e del giudice, i quali quindi preferiscono rimettere le decisioni più delicate, dal punto di vista scientifico, alla discrezionalità del medico.

D'altra parte, il quadro che si è tentato, pur con molta approssimazione, di delineare, trova una sponda nelle impostazioni dominanti a quel tempo in seno alla filosofia della scienza. Il neopositivismo non ammette, da questo punto di vista, soluzioni alternative e, come afferma Carnap, la scienza è una sola, nonostante la diversità dei contenuti che formano i campi specifici delle diverse scienze, e uno solo è il linguaggio della scienza. Scrive Carnap: «mentre la metafisica pretende di occuparsi dei “fondamenti ultimi”, della “vera essenza” delle cose, la logica della scienza si tiene lontana dalle cose. Tutto quello che delle cose e dei fenomeni può essere detto spetterà alle singole scienze formularlo, e nulla potrà essere detto di “più elevato”. La scienza è un insieme ben ordinato di enunciati, ed è questo insieme che rappresenta l'oggetto della logica della scienza»³⁶.

Se, dunque, questo è il contesto filosofico e legislativo di quel tempo, non c'è da stupirsi che nel 1923 la Corte d'Appello del Distretto della Columbia (*Frye v. United States*³⁷) affermi: «Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs. We think the systolic blood pressure deception test has not yet gained such standing and scientific recognition among physiological and psychological authorities as would justify the courts in admitting expert testimony deduced from the discovery, development, and experiments thus far made».

In altre parole, la indiscussa fiducia nelle acquisizioni scientifiche porta a riconoscere nel criterio della «*general acceptance*» l'unico strumento in grado di distinguere “la scienza utilizzabile nei giudizi” da quella che invece non lo è. Questo approccio, che ha dato vita alla c.d. regola *Frye*, presuppone, per le cose anzidette, la possibilità di rinvenire un consenso generale in seno alla comunità scientifica; ma, com'è facile immaginare, non è poi così semplice stabilire quando il consenso raggiunga il livello di generalità richiesto. Resta, infatti, da capire se il consenso generale debba intendersi raggiunto quando la maggioranza degli studiosi sia concorde o, addirittura, quando ad essere d'accordo sia una percentuale ancora più elevata degli scienziati che si occupano di determinate tematiche.

La *ratio* che sta alla base di questo (almeno all'apparenza) tranquillizzante criterio deve fare i conti, a partire dalla metà del Novecento, con l'esplosione di nuovi casi giudiziari in cui non sempre è facile rinvenire un rapporto di causa ed effetto, “generalmente accettato”. Il caso del

³⁶ R. CARNAP, *Die Aufgabe der Wissenschaftslogik*, Gerold, Wien, 1934, ora parzialmente tradotto in AA.Vv., *Filosofia della scienza*, a cura di C. Sinigaglia, Raffaello Cortina, Milano, 2002, p. 220.

³⁷ 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

talidomide in Europa (e solo in minima parte anche negli Stati Uniti d'America³⁸) costituisce forse la vicenda più significativa e al tempo stesso dolorosa di questa fase storica.

4.3. *Ruolo del giudice, competenze mediche e libertà della donna in materia di aborto*

Come la dottrina statunitense ha evidenziato³⁹, le terribili conseguenze derivanti dall'utilizzo del talidomide e dall'epidemia di rosolia negli anni '60 portano ad un ripensamento delle posizioni assunte solo qualche decennio prima dai medici americani in tema di aborto. A ciò si aggiunga il mutamento della coscienza sociale che determina, sia in Europa, sia negli Stati Uniti, la nascita del movimento femminista e il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione della donna in materia di aborto.

È dunque in un mutato contesto sociale, economico, politico e scientifico che maturano le condizioni che consentono alla Corte Suprema nel 1973 (*Roe v. Wade*⁴⁰) di dichiarare incostituzionale una legge del Texas che considerava reato il comportamento di chi procurava l'aborto. Non si vuole qui tentare di fornire l'ennesimo commento della decisione in parola; ciò che invece può tornare utile a fini del presente lavoro è l'utilizzo che viene fatto dai giudici americani delle conoscenze scientifiche in relazione alla fase di inizio della vita.

Già qualche anno prima, la Corte Suprema (*Griswold v. Connecticut*⁴¹), pur non occupandosi direttamente di questioni scientifiche controverse, aveva avuto modo di sottolineare, a proposito dell'uso di mezzi anticoncezionali, che «We do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions. This law, however, operates directly on an intimate relation of husband and wife and their physician's role in one aspect of that relation». In altre parole, la Corte aveva precisato che la necessità del suo intervento derivava sia dal tentativo, operato dalla legge del Connecticut, di varcare «the sacred precincts of marital bedrooms», sia dal ruolo che veniva assegnato al medico all'interno del rapporto matrimoniale.

In *Roe v. Wade*, la Corte Suprema non si nasconde dietro lo schermo dell'incertezza scientifica circa il momento in cui la vita ha inizio ed anzi sottolinea che, se ad essere incerti sono gli stessi scienziati, a maggior ragione lo sono i giudici, i quali, allo stato attuale delle conoscenze, non sono in grado di risolvere questi dubbi⁴². Dopo aver ricostruito l'evoluzione storica della disciplina dell'aborto (partendo addirittura dall'Impero Persiano), la Corte sottolinea che, rispetto agli anni '40 del Novecento, «Modern medical techniques have altered this situation. Appellants and various amici refer to medical data indicating that abortion in early pregnancy, that is, prior to the end of the first trimester, although not without its risk, is now relatively safe. Mortality rates for women undergoing early abortions, where the procedure is legal, appear to be as low as or lower than the rates for normal childbirth».

³⁸ Sebbene negli Stati Uniti il farmaco non fosse in commercio, le conseguenze derivanti dal suo utilizzo si produssero egualmente (sia pure in numero assai ridotto di casi) a causa del consumo di talidomide fatto da donne americane che avevano soggiornato in Europa. Sul punto si veda ancora L.H. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, cit., p. 37.

³⁹ L.H. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, cit., p. 37 ss.; C.H. BARON, *Bioethics and Constitutional Law*, cit., p. 11 ss. del *paper* (trad. franc. p. 21 ss.).

⁴⁰ 410 U.S. 113 (1973).

⁴¹ 381 U.S. 479, 482 (1965).

⁴² Così testualmente [410 U.S. 113, 159 (1973)]: «Texas urges that, apart from the Fourteenth Amendment, life begins at conception and is present throughout pregnancy, and that, therefore, the State has a compelling interest in protecting that life from and after conception. We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer. It should be sufficient to note briefly the wide divergence of thinking on this most sensitive and difficult question».

Quest'ultima considerazione, unitamente all'incertezza circa il momento in cui la vita ha inizio, spinge i giudici americani ad abbandonare il riferimento al momento c.d. di «quickening» ed a preoccuparsi di identificare l'istante in cui il feto diventa «viable», cioè, «potentially able to live outside the mother's womb, albeit with artificial aid».

La Corte individua il momento di «viability» intorno alla 28^a settimana di gravidanza, rilevando però come esso possa collocarsi anche prima, verso la 24^a settimana⁴³. Da queste considerazioni che, in tutta evidenza, fanno leva sulle acquisizioni scientifiche disponibili in quel momento, i giudici costituzionali traggono una distinzione delle diverse fasi del periodo di gravidanza cui è ricondotto un differente bilanciamento degli interessi in gioco.

Ciò emerge chiaramente dalla motivazione della decisione in cui si legge: «With respect to the State's important and legitimate interest in the health of the mother, the "compelling" point, in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester. This is so because of the now-established medical fact, (...), that, until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in normal childbirth. It follows that, from and after this point, a State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health».

Pertanto, aggiunge la Corte, «for the period of pregnancy prior to this "compelling" point, the attending physician, in consultation with his patient, is free to determine, without regulation by the State, that, in his medical judgment, the patient's pregnancy should be terminated. If that decision is reached, the judgment may be effectuated by an abortion free of interference by the State».

La scelta di fissare un punto di equilibrio fra i diversi valori in gioco, non stabile ma variabile a seconda del trimestre in cui si colloca la decisione della donna di abortire⁴⁴, non è dunque frutto del mero arbitrio dei giudici costituzionali, ma trova un espresso fondamento in considerazioni di natura scientifica. La Corte è ovviamente consapevole di ciò e ne sottolinea l'importanza, affermando che «With respect to the State's important and legitimate interest in potential life, the "compelling" point is at viability. This is so because the fetus then presumably has

⁴³ Pur sforzandosi di individuare il momento in cui il feto diventa «viable», i giudici non mancano di rilevare che «Substantial problems for precise definition of this view are posed, however, by new embryological data that purport to indicate that conception is a "process" over time, rather than an event, and by new medical techniques such as menstrual extraction, the "morning-after" pill, implantation of embryos, artificial insemination, and even artificial wombs».

⁴⁴ La Corte riassume così il punto cruciale della sua decisione: «To summarize and to repeat:

1. A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.

(a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician.

(b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health.

(c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother».

Infine, la Corte conclude sottolineando che «This holding, we feel, is consistent with the relative weights of the respective interests involved, *with the lessons and examples of medical and legal history*, with the lenity of the common law, and with the demands of the profound problems of the present day. The decision leaves the State free to place increasing restrictions on abortion as the period of pregnancy lengthens, so long as those restrictions are tailored to the recognized state interests. The decision vindicates the right of the physician to administer medical treatment according to his professional judgment up to the points where important state interests provide compelling justifications for intervention. Up to those points, *the abortion decision in all its aspects is inherently, and primarily, a medical decision*, and basic responsibility for it must rest with the physician. If an individual practitioner abuses the privilege of exercising proper medical judgment, the usual remedies, judicial and intra-professional, are available» (corsivi non testuali).

the capability of meaningful life outside the mother's womb. State regulation protective of fetal life after viability thus *has both logical and biological justifications*. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother» (corsivi non testuali).

L'individuazione del momento in cui il feto diventa «vitale» costituisce, dunque, il punto centrale della ricostruzione operata dalla Corte Suprema nel caso *Roe*, ma anche nelle numerose pronunzie successive. In questa sede ci si soffermerà soltanto su alcune di esse, che sembrano, a chi scrive, particolarmente interessanti ai fini del presente lavoro.

Solo pochi anni dopo *Roe*, la Corte (*Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*⁴⁵) precisa ulteriormente il riferimento alla «viability», affermando: «we recognized in *Roe* that viability was a matter of medical judgment, skill, and technical ability, and we preserved the flexibility of the term. (...) We agree with the District Court that it is not the proper function of the legislature or the courts to place viability, which essentially is a medical concept, at a specific point in the gestation period. The time when viability is achieved may vary with each pregnancy, and the determination of whether a particular fetus is viable is, and must be, a matter for the judgment of the responsible attending physician. (...) We thus do not accept appellants' contention that a specified number of weeks in pregnancy must be fixed by statute as the point of viability».

Si tratta di un passaggio di estrema importanza, perchè la Corte opportunamente evita di restare intrappolata nel meccanismo rigido che lei stessa ha creato, assicurando la necessaria flessibilità al concetto di «viability». Questa flessibilità si traduce, poi, nella possibilità di impiegare il criterio in parola anche in presenza di mutate conoscenze scientifiche.

Ancor più interessante è un passaggio ulteriore della medesima decisione, in cui la Corte è chiamata a giudicare sulla costituzionalità di una norma del Missouri che vieta l'uso del «saline amniocentesis» come tecnica per abortire dopo le prime dodici settimane di gravidanza. La norma in questione muove dal presupposto che siffatta tecnica sia pericolosa per la salute della madre. I giudici americani si preoccupano di verificare se effettivamente sussista l'asserita pericolosità e, dopo aver esaminato le risultanze di alcune statistiche relative all'uso del «saline amniocentesis», pervengono alla conclusione che «The State (...) would prohibit the use of a method which the record shows is the one most commonly used nationally by physicians after the first trimester, and which is safer, with respect to maternal mortality, than even continuation of the pregnancy until normal childbirth. Moreover, as a practical matter, it forces a woman and her physician to terminate her pregnancy by methods more dangerous to her health than the method outlawed».

La decisione della Corte pare, dunque, determinata dalla diretta comparazione dei dati scientifici relativi agli effetti collaterali delle tecniche abortive impiegate dopo le prime dodici settimane, al punto che i giudici concludono rilevando la maggiore pericolosità per la salute della madre delle tecniche alternative a quella vietata dalla legge del Missouri.

Sempre sulla controversa questione relativa alla «viability» si concentra la decisione *Colautti v. Franklin*⁴⁶, nella quale la Corte ribadisce la necessità di un'analisi caso per caso del problema in esame, ad opera del medico, ricordando che «this Court has stressed viability, has declared its determination to be *a matter for medical judgment*, and has recognized that differing legal consequences ensue upon the near and far sides of that point in the human gestation period. We reaffirm these principles. Viability is reached when, *in the judgment of the attending physician on the particular facts of the case before him*, there is a *reasonable likelihood* of the fetus' sustained survival outside the womb, with or without artificial support. Because this point may differ with each pregnancy, neither the legislature nor the courts may proclaim one of the elements entering into the ascertainment of viability - be it weeks of gestation or fetal weight or any other single factor - as the determinant of when the State has a compelling interest in the life or health of

⁴⁵ 428 U.S. 52 (1976).

⁴⁶ 439 U.S. 379 (1979).

the fetus. Viability is the critical point. And we have recognized no attempt to stretch the point of viability one way or the other» (corsivi non testuali).

Il sistema dei trimestri, delineato in *Roe* è, poi, confermato in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*⁴⁷, sulla base di alcuni documenti elaborati dall'American College of Obstetricians and Gynecologists ed indicati nella nota 11 della decisione in parola⁴⁸. Pertanto, «The *Roe* trimester standard (...) continues to provide a reasonable legal framework for limiting a State's authority to regulate abortions. Where the State adopts a health regulation governing the performance of abortions during the second trimester, the determinative question should be whether there is a reasonable medical basis for the regulation».

In una successiva pronunzia (*Webster v. Reproductive Health Services*⁴⁹) la Corte, facendo riferimento a *Colautti v. Franklin*, svolge alcune riflessioni di portata generale che riguardano la distinzione stessa posta alla base di *Roe v. Wade*: «We think that the doubt cast upon the Missouri statute by these cases is not so much a flaw in the statute as it is a reflection of the fact that the rigid trimester analysis of the course of a pregnancy enunciated in *Roe* has resulted in subsequent cases like *Colautti* and *Akron* making constitutional law in this area a virtual Procrustean bed».

Com'è evidente, il lento processo di demolizione di *Roe* è iniziato e la Corte non esita a dire che «the rigid *Roe* framework is hardly consistent with the notion of a Constitution cast in general terms, as ours is, and usually speaking in general principles, as ours does. The key elements of the *Roe* framework – trimesters and viability – are not found in the text of the Constitution, or in any place else one would expect to find a constitutional principle. Since the bounds of the inquiry are essentially indeterminate, the result has been a web of legal rules that have become increasingly intricate, resembling a code of regulations rather than a body of constitutional doctrine. As Justice White has put it, the trimester framework has left this Court to serve as the country's "ex officio medical board with powers to approve or disapprove medical and operative practices and standards throughout the United States"».

Di particolare interesse è, inoltre, la decisione adottata dalla Corte Suprema in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁵⁰; ancora una volta, il problema fondamentale è quello relativo alla c.d. «viability», ma non mancano considerazioni di ampio respiro che vanno oltre la soluzione del caso concreto. Innanzitutto, si sottolinea già nelle prime pagine quella che sembra essere la chiave di lettura dell'intera pronunzia: «At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State».

In merito ai profili che interessano in questa sede, la Corte, pur evidenziando il parziale superamento dei presupposti di fatto di *Roe*, ribadisce la perdurante validità del suo punto centrale,

⁴⁷ 462 U.S. 416 (1983).

⁴⁸ In proposito, la Corte dichiara: «We think it prudent, however, to retain *Roe*'s identification of the beginning of the second trimester as the approximate time at which the State's interest in maternal health becomes sufficiently compelling to justify significant regulation of abortion. We note that the medical evidence suggests that, until approximately the end of the first trimester, the State's interest in maternal health would not be served by regulations that restrict the manner in which abortions are performed by a licensed physician. See, e.g., American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG), Standards for Obstetric-Gynecologic Services 54 (5th ed.1982) (hereinafter ACOG Standards) (uncomplicated abortions generally may be performed in a physician's office or an outpatient clinic up to 14 weeks from the first day of the last menstrual period); ACOG Technical Bulletin No. 56, Methods of Mid-Trimester Abortion 4 (Dec.1979) ("Regardless of advances in abortion technology, midtrimester terminations will likely remain more hazardous, expensive, and emotionally disturbing for women than earlier abortions")».

⁴⁹ 492 U.S. 490 (1989).

⁵⁰ 505 U.S. 833 (1992).

«that viability marks the earliest point at which the State's interest in fetal life is constitutionally adequate to justify a legislative ban on nontherapeutic abortions»⁵¹.

Dalla lettura della decisione emerge la costante preoccupazione dei giudici di non riconoscere come superato il nucleo essenziale di *Roe*; in questa prospettiva appare estremamente interessante l'ampia riflessione svolta dalla Corte in merito alla sua legittimazione ed alla necessità di limitare i mutamenti di giurisprudenza proprio al fine di non minare le basi della legittimazione stessa⁵².

Ancora una volta, però, il passaggio cruciale è quello relativo alla «viability»; la Corte, infatti, ribadisce l'utilità di fare riferimento ad essa con le seguenti argomentazioni: «We conclude the line should be drawn at viability, so that, before that time, the woman has a right to choose to terminate her pregnancy. We adhere to this principle for two reasons. First, as we have said, is the doctrine of *stare decisis*. Any judicial act of line-drawing may seem somewhat arbitrary, but *Roe* was a reasoned statement, elaborated with great care. We have twice reaffirmed it in the face of great opposition. (...) Although we must overrule those parts of *Thornburgh* and *Akron I* which, in our view, are inconsistent with *Roe's* statement that the State has a legitimate interest in promoting the life or potential life of the unborn, (...), the central premise of those cases represents an unbroken commitment by this Court to the essential holding of *Roe*. It is that premise which we reaffirm today.

The second reason is that the concept of viability, as we noted in *Roe*, is the time at which there is a realistic possibility of maintaining and nourishing a life outside the womb, so that the independent existence of the second life can, in reason and all fairness, be the object of state protection that now overrides the rights of the woman. (...) Consistent with other constitutional norms, *legislatures may draw lines which appear arbitrary without the necessity of offering a justification. But courts may not. We must justify the lines we draw.* And there is no line other than viability which is more workable. To be sure, as we have said, there may be some medical developments that affect the precise point of viability, (...), but this is an imprecision within tolerable limits, given that the medical community and all those who must apply its discoveries will continue to explore the matter. The viability line also has, as a practical matter, an element of fairness. In some broad sense, it might be said that a woman who fails to act before viability has consented to the State's intervention on behalf of the developing child» (corsivi non testuali).

Si tratta, in tutta evidenza, di un passaggio di esemplare chiarezza, in cui la Corte non manca di distinguere il proprio ruolo da quello del legislatore, facendo leva sulla necessità di una «justification» che può invece mancare negli atti legislativi. L'importanza di questa affermazione balza subito agli occhi del lettore specie se si sottolinea lo stretto legame esistente tra essa e quanto

⁵¹ In proposito la Corte aggiunge: «The soundness or unsoundness of that constitutional judgment in no sense turns on whether viability occurs at approximately 28 weeks, as was usual at the time of *Roe*, at 23 to 24 weeks, as it sometimes does today, or at some moment even slightly earlier in pregnancy, as it may if fetal respiratory capacity can somehow be enhanced in the future. Whenever it may occur, the attainment of viability may continue to serve as the critical fact, just as it has done since *Roe* was decided; which is to say that no change in *Roe's* factual underpinning has left its central holding obsolete, and none supports an argument for overruling it.

The sum of the precedential inquiry to this point shows *Roe's* underpinnings unweakened in any way affecting its central holding. While it has engendered disapproval, it has not been unworkable. An entire generation has come of age free to assume *Roe's* concept of liberty in defining the capacity of women to act in society, and to make reproductive decisions; no erosion of principle going to liberty or personal autonomy has left *Roe's* central holding a doctrinal remnant; *Roe* portends no developments at odds with other precedent for the analysis of personal liberty; and *no changes of fact have rendered viability more or less appropriate as the point at which the balance of interests tips*» (gli ultimi corsivi non sono testuali).

⁵² Sul punto così conclude la Corte: «A decision to overrule *Roe's* essential holding under the existing circumstances would address error, if error there was, at the cost of both profound and unnecessary damage to the Court's legitimacy, and to the Nation's commitment to the rule of law. It is therefore imperative to adhere to the essence of *Roe's* original decision, and we do so today».

in precedenza riportato a proposito della legittimazione dello stesso giudice costituzionale. Quest'ultima infatti non è *in re ipsa*, né deriva da una specifica investitura popolare, come avviene per gli organi rappresentativi, ma trova il suo fondamento nella «justification»; da quanto appena detto discende il dovere di motivare con argomentazioni razionali la decisione, anche quando questa incida su profili di grande incertezza scientifica.

La Corte conclude smantellando l'impostazione dei trimestri elaborata in *Roe*, pur senza ammettere il superamento della *ratio* di fondo⁵³, al punto che il Presidente Rehnquist, nella dissenting opinion scritta in quell'occasione, dichiara apertamente che «*Roe* continues to exist, but only in the way that a storefront on a western movie set exists: a mere facade to give the illusion of reality»⁵⁴.

Di recente, la Corte Suprema americana si è occupata delle problematiche connesse all'aborto in relazione alle specifiche tecniche abortive consistenti in un «partial-birth abortion». In questi casi, il feto viene fatto morire dopo che è stato, in tutto o parzialmente, partorito vivo. Com'è facile intuire, si tratta di una pratica sulla cui opportunità nutrono seri dubbi anche i sostenitori del diritto all'aborto. È significativo in tal senso che la Corte, nel 2000 (*Stenberg v. Carhart*⁵⁵), con una decisione scritta dal giudice Breyer, di idee democratiche e progressiste, ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge del Nebraska che vietava questa pratica, solo perché non escludeva dal divieto il caso in cui fosse in pericolo la salute della madre e perché imponeva a quest'ultima un «undue burden»⁵⁶.

La pronunzia appena citata si segnala ai fini del presente lavoro in quanto la Corte fonda la sua decisione su un'attenta comparazione delle tecniche abortive in uso nella pratica medica, evidenziandone le differenze, la frequenza del ricorso, i possibili rischi e la fase della gravidanza nella quale possono essere effettuate. Ancora una volta la Corte non si nasconde dietro lo schermo dell'assenza delle necessarie conoscenze scientifiche, attingendo pienamente alle informazioni acquisite dalle corti inferiori ed a quanto riferito dalle parti.

L'esigenza di un approfondimento tecnico è motivata, anche in questo caso, facendo riferimento alla necessità di poter informare i lettori della decisione, del percorso argomentativo seguito e, quindi indirettamente, di poterli convincere della razionalità della decisione assunta. A chi scrive, ciò sembra emergere dal seguente passo della pronunzia: «Because Nebraska law seeks to ban one method of aborting a pregnancy, we must describe and then discuss several different abortion procedures. Considering the fact that those procedures seek to terminate a potential human life, our discussion may seem clinically cold or callous to some, perhaps horrifying to others. There is no alternative way, however, to acquaint the reader with the technical distinctions among different abortion methods and related factual matters, upon which the outcome of this case depends. For that reason, drawing upon the findings of the trial court, underlying testimony, and related medical texts, we shall describe the relevant methods of performing abortions in technical detail».

⁵³ «We reject the trimester framework, which we do not consider to be part of the essential holding of *Roe*. (...) Measures aimed at ensuring that a woman's choice contemplates the consequences for the fetus do not necessarily interfere with the right recognized in *Roe*, although those measures have been found to be inconsistent with the rigid trimester framework announced in that case. A logical reading of the central holding in *Roe* itself, and a necessary reconciliation of the liberty of the woman and the interest of the State in promoting prenatal life, require, in our view, that we abandon the trimester framework as a rigid prohibition on all pre-viability regulation aimed at the protection of fetal life. The trimester framework suffers from these basic flaws: in its formulation, it misconceives the nature of the pregnant woman's interest; and in practice, it undervalues the State's interest in potential life, as recognized in *Roe*».

⁵⁴ Sul punto si rinvia a C.H. BARON, *Bioethics and Constitutional Law*, cit., p. 35 del *paper* (trad. franc. p. 50).

⁵⁵ 530 U.S. 914 (2000).

⁵⁶ Secondo la Corte, l'esistenza di un «undue burden» nei confronti del diritto della donna ad abortire deriva dal fatto che «All those who perform abortion procedures using that method must fear prosecution, conviction, and imprisonment».

Questa premessa non è contraddetta dalle conclusioni cui la Corte perviene; infatti, la decisione di dichiarare incostituzionale la legge del Nebraska, in quanto non prevede un'eccezione al divieto del «partial-birth abortion», è fondata su alcune considerazioni di natura scientifica ed in particolare su quelle svolte dall'American College of Obstetricians and Gynecologists, nella veste di *amicus curiae*. Secondo questa associazione la pratica vietata dalla legge può rivelarsi la migliore tecnica abortiva per determinate donne in presenza di specifiche circostanze.

Nel 2003, cioè dopo pochi anni dalla decisione nel caso *Stenberg*, il Congresso approva il Partial-Brith Abortion Ban Act⁵⁷, che viene esaminato dalla Corte Suprema nel 2007 (*Gonzales v. Carhart*). Questa volta l'esito è opposto a quello di *Stenberg*; infatti, la Corte respinge le censure di costituzionalità mosse alla legge del 2003, sottolineando, innanzitutto, che quest'ultima si basa su accertamenti della situazione di fatto diversi da quelli su cui si è fondato *Stenberg*, ed, in secondo luogo, che lo stesso tenore letterale è differente rispetto a quello della legge del Nebraska.

Dalla differenza esistente nel contenuto delle norme esaminate e nei presupposti di fatto su cui si basano le stesse, la Corte deduce che «the Act is not void for vagueness, does not impose an undue burden from any overbreadth, and is not invalid on its face».

Si condivida o no la ricostruzione delle asserite differenze operata dalla Corte, resta il fatto che, ancora una volta, i giudici ritengono necessario giustificare la loro decisione in apparente contrasto con il precedente *Stenberg*, facendo leva su una diversa ricostruzione dei presupposti scientifico-medici della normativa esaminata. In particolare, i giudici concludono rilevando che non è dimostrato che la legge, approvata per vietare la pratica abortiva in esame, costituisca «an undue burden on a woman's right to abortion».

4.4. La problematica individuazione dei presupposti della vita “degn”

Un altro settore in cui le progressive conquiste della scienza medica hanno obbligato i giudici statunitensi a complesse valutazioni degli interessi in gioco è quello relativo al mantenimento in vita di coloro che si trovano in uno stato vegetativo permanente. In questo ambito, però, le conoscenze scientifiche non incidono direttamente sulla soluzione del caso concreto, ma anzi determinano, esse stesse, il caso; infatti, l'individuazione di procedure idonee a mantenere in vita, sia pure in uno stato solo vegetativo, il cervello di una persona che ha subito gravissime ed irreversibili lesioni, ha obbligato i giudici ad operare problematici bilanciamenti tra il diritto ad una vita degna di essere vissuta e il diritto alla vita in qualunque condizione. Ciò che rende più difficile siffatta valutazione è, poi, l'impossibilità di ottenere il consenso della persona interessata alla definitiva interruzione del meccanismo artificiale di mantenimento in vita.

Per le ragioni anzidette, le decisioni che verranno esaminate, pur muovendo dalla necessaria constatazione dell'irreversibilità dello stato vegetativo in cui si trova il paziente, si segnalano perché, a seconda del caso esaminato ed, ovviamente, delle opzioni ideologiche dei giudici, il bilanciamento tra i valori in gioco porta ad esiti differenti.

Il punto di riferimento in questa materia resta ancora oggi la decisione emessa nel 1976 dalla Corte Suprema del New Jersey *In re Quinlan*⁵⁸. Nel caso di specie, i giudici, dopo aver preso atto della documentazione medica dalla quale risultava l'irreversibilità dello stato vegetativo della sfortunata Karen Ann Quinlan, hanno riconosciuto prevalente, rispetto all'interesse dello Stato, il diritto del singolo individuo (o, in alternativa, del suo tutore) a decidere i trattamenti sanitari cui sottoporsi.

⁵⁷ Al riguardo, vale la pena di notare che già nel 1996 e nel 1997 il Congresso aveva approvato provvedimenti analoghi sui quali però il Presidente Clinton aveva posto il veto. Nel 2003 il tentativo riesce anche perché nel frattempo è subentrato il Presidente George W. Bush.

⁵⁸ 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976), cert. denied, 429 U.S. 922 (1976).

Com'è evidente, l'aspetto rivoluzionario di questo pronunzia risiede nell'aver riconosciuto al padre della giovane Quinlan il diritto di concorrere alla formazione della decisione di interrompere il meccanismo che teneva in vita la figlia, sia pure in presenza di determinate condizioni. Ai fini del presente scritto è da sottolineare l'iter logico attraverso il quale la Corte perviene a questa conclusione. In particolare, i giudici, consapevoli della scarsità di indicazioni legislative e giurisprudenziali in materia, ritengono necessario fare affidamento sulle considerazioni espresse al riguardo dai medici, secondo cui, in alcuni casi, il prolungamento artificiale della vita di una persona non reca alcun beneficio alla stessa né aumenta le probabilità di un suo ritorno ad una vita normale. È su queste basi che la Corte Suprema del New Jersey opera il bilanciamento tra i valori in gioco, pur sottolineandone la grande difficoltà «in the context of the development by advanced technology of sophisticated and artificial life-sustaining devices».

Ma la valutazione degli interessi in gioco non si conclude con il riconoscimento della netta prevalenza di uno rispetto agli altri; al contrario, la Corte costruisce un vero e proprio procedimento, in cui, nell'impossibilità di acquisire il consenso della povera Karen Quinlan, trovano spazio le opinioni del suo tutore e della sua famiglia, dei medici curanti e del Comitato etico dell'ospedale⁵⁹. È questo il cuore della c.d. dottrina del *substituted judgement*, di quel giudizio cioè che prende il posto del consenso del malato, che non solo non può essere espresso in alcun modo, ma non può neanche essere desunto dalle testimonianze rese dagli amici della paziente in relazione alle opinioni manifestate da quest'ultima quando era pienamente cosciente.

Ancora una volta, però, l'imprevedibile combinazione degli elementi che compongono il "caso" mette in crisi ogni tentativo della giurisprudenza di razionalizzare un determinato percorso argomentativo. Infatti, solo qualche anno dopo, la Corte Suprema del Massachusetts (*Superintendent of Belchertown State School v. Joseph Saikewicz*⁶⁰) si trova nell'impossibilità di fare applicazione del criterio di giudizio elaborato in *Quinlan*. Questa volta la Corte è chiamata a stabilire quale debba essere il comportamento del medico in presenza di un paziente di 67 anni, mentalmente ritardato (con un bassissimo quoziente intellettivo e con un'età mentale di un bambino di 2 anni e 8 mesi) e soprattutto affetto da una forma molto pericolosa di leucemia (mielodisplastica acuta), per la cui cura è necessario il ricorso a cicli massicci di chemioterapia che potrebbero provocare numerosi effetti collaterali. Nel caso di specie, il malato è internato presso la Belchertown State School sin da quando era bambino, ed ha soltanto due sorelle, le quali hanno espressamente chiesto di non essere coinvolte nella scelta.

Com'è evidente, l'alternativa di fronte alla quale sono posti i giudici è quella fra una morte pressoché certa in poco tempo ma senza il patimento di forti dolori ed una morte rinviata forse di qualche anno ma con il probabile rischio di gravi sofferenze. Ciò emerge chiaramente dal testo della decisione: «The interest of the State in prolonging a life must be reconciled with the interest of an individual to reject the traumatic cost of that prolongation. There is a substantial distinction in the State's insistence that human life be saved where the affliction is curable, as opposed to the State interest where, as here, the issue is not whether, but when, for how long, and at what cost to the individual that life may be briefly extended».

L'esatta individuazione dei valori in gioco o, per meglio dire, la precisa definizione dei termini della questione di cui si è appena detto, viene effettuata dalla Corte sulla base delle

⁵⁹ Così si esprime la Corte Suprema del New Jersey: «Upon the concurrence of the guardian and family of Karen, should the responsible attending physicians conclude that there is no reasonable possibility of Karen's ever emerging from her present comatose condition to a cognitive, sapient state and that the life-support apparatus now being administered to Karen should be discontinued, they shall consult with the hospital "Ethics Committee" or like body of the institution in which Karen is then hospitalized. If that consultative body agrees that there is no reasonable possibility of Karen's ever emerging from her present comatose condition to a cognitive, sapient state, the present life-support system may be withdrawn and said action shall be without any civil or criminal liability therefore on the part of any participant, whether guardian, physicians, hospital or others».

⁶⁰ 7 Mass. 78, 370 N.E.d. 417 (1977).

risultanze scientifiche ed in particolare delle statistiche relative agli effetti benefici ed ai possibili rischi della chemioterapia. Ma la Corte valuta anche la frequenza con la quale i pazienti, pienamente coscienti ed informati delle possibili conseguenze del trattamento, decidono di sottoporsi alla chemioterapia.

Alla luce di queste considerazioni e nell'impossibilità di un coinvolgimento dei familiari del paziente, la Corte Suprema conclude rimettendo ai giudici delle giurisdizioni inferiori il compito di assumere la decisione che prende il posto della volontà del malato. A questa conclusione si perviene sottolineando l'impossibilità di estendere a *Saikewicz* quanto affermato *In re Quinlan*; al riguardo, è da notare come la scelta di somministrare la chemioterapia nel caso di specie, veda come protagoniste assolute le Corti inferiori, le quali dovranno, pur sempre, tenere conto delle risultanze mediche ma saranno tenute ad esprimere l'ultima parola. Sul punto così conclude la Corte Suprema del Massachusetts: «We do not view the judicial resolution of this most difficult and awesome question – whether potentially life-prolonging treatment should be withheld from a person incapable of making his own decision – as constituting a “gratuitous encroachment” on the domain of medical expertise. Rather, such questions of life and death seem to us to require *the process of detached but passionate investigation and decision that forms the ideal on which the judicial branch of government was created*. Achieving this ideal is our responsibility and that of the lower court, and is not to be entrusted to any other group purporting to represent the “morality and conscience of our society”, no matter how highly motivated or impressively constituted» (corsivi non testuali).

Le decisioni sopra riportate sono state seguite da altre, di secondaria importanza, che non possono essere qui esaminate per ragioni di spazio⁶¹. In particolare si segnala la pronunzia della Corte d'Appello di New York (*In re Eichner*⁶²) relativa ad un paziente di 83 anni che aveva subito danni cerebrali tali da indurlo in uno stato vegetativo permanente. Nel caso di specie, però, il malato, prima di trovarsi nello stato di incoscienza, aveva espresso la volontà di non essere mantenuto in vita da un respiratore meccanico.

La prima pronunzia della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia è, com'è noto, *Cruzan by Cruzan v. Director Missouri Dept. of Public Health*⁶³; con essa viene superata l'impostazione seguita dalle Corti Supreme del New Jersey e del Massachusetts, rispettivamente *In re Quinlan* e *Saikewicz*. In particolare, *Cruzan* costituisce il punto di svolta nell'interpretazione della dottrina del *substituted judgement*, la cui applicazione, in assenza di uno specifico fondamento nella *Due Process Clause*, può essere limitata dai singoli Stati ai soli casi in cui vi sia la chiara e convincente prova che la volontà espressa dai familiari rifletta quella del malato che si trova in stato di incoscienza.

Nel caso di specie, la Corte Suprema non nega la legittimità delle normative statali che ammettono un *substituted judgement* da parte dei parenti del malato, ma al tempo stesso, non riconoscendo un fondamento costituzionale a siffatto diritto dei parenti, ritiene che la Costituzione degli Stati Uniti non impedisca ad uno Stato di richiedere la «clear and convincing evidence of the patient's wishes»⁶⁴. In assenza di questa prova, la volontà dei parenti non può sostituirsi a quella del paziente.

⁶¹ In proposito si segnalano alcune interessanti pronunzie della Corte Suprema del New Jersey, commentate da G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 292 ss.

⁶² 438 N.Y.S.2d at 274, 420 N.E.2d at 72.

⁶³ 497 U.S. 261 (1990).

⁶⁴ Così la Corte nel passaggio conclusivo della decisione: «No doubt is engendered by anything in this record but that Nancy Cruzan's mother and father are loving and caring parents. If the State were required by the United States Constitution to repose a right of “substituted judgment” with anyone, the Cruzans would surely qualify. But we do not think the Due Process Clause requires the State to repose judgment on these matters with anyone but the patient herself. Close family members may have a strong feeling – a feeling not at all ignoble or unworthy, but not entirely disinterested, either – that they do not wish to witness the continuation of the life of a loved one which they regard as

Il giudizio della Corte, dunque, prescinde da qualsiasi tipo di valutazione scientifico-medica; non ci si sofferma, in modo particolare, sull'irreversibilità dello stato in cui si trova Nancy Cruzan, né viene esaminata la situazione attuale della paziente, soggetta ad un lento ma progressivo deterioramento delle condizioni di salute. In altre parole, l'operazione di bilanciamento della Corte avviene sulla base di considerazioni che sembrano muovere da una prospettiva in cui l'unico punto di riferimento è il consenso del paziente; là dove siffatto consenso non può essere acquisito, difficilmente potrà essere sostituito dalle valutazioni compiute da altri, anche quando questi sono i genitori del malato.

La «prova chiara e convincente» che la medesima decisione sarebbe stata adottata dal paziente se fosse stato in grado di intendere e di volere, è prevista da una legge della Florida, in virtù della quale il marito di Terri Schiavo ha chiesto e ottenuto da una Corte statale l'interruzione dello stato vegetativo della moglie. Com'è noto, la vicenda di Terri Schiavo è assai complessa ed ha visto l'intervento, a più riprese, dei giudici statali, oltre che del legislatore della Florida, dello stesso Governatore di questo Stato e da ultimo del Congresso e dei giudici federali. In questa sede, non è importante ricostruire l'intera vicenda giudiziaria, che, come si accennava, è stata caratterizzata anche dalla pesante interferenza del legislatore e dell'esecutivo statale⁶⁵. Ciò che invece rileva è il fatto che la prima decisione adottata da una Circuit Court della Florida e basata sull'esistenza della «clear and convincing evidence of the patient's wishes» è sempre stata confermata dai giudici statali che, in momenti successivi, si sono occupati della questione, confermando, per questo verso, la validità dell'impostazione che circoscrive la possibilità di un *substituted judgement* ai soli casi in cui sia pienamente dimostrata quale sarebbe stata la volontà del malato se avesse potuto esprimere la sua volontà.

4.5. Il caso Daubert

Un discorso a parte merita la decisione adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*⁶⁶. Per le ragioni che si diranno a breve, la pronuncia in esame si colloca quale punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale statunitense in tema di questioni scientifiche controverse; pertanto, si è preferito esaminarla separatamente allo scopo di evidenziare le peculiarità dell'approccio seguito dalla Corte Suprema per la soluzione del caso⁶⁷.

La vicenda ruota intorno all'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra l'assunzione, da parte di donne in stato di gravidanza, del farmaco antinausea Bendectin e la nascita di bambini con gravi malformazioni. Dinanzi ad una Corte dello Stato della California le parti in causa si confrontano, sul piano strettamente scientifico, presentando, gli uni (i convenuti), una dichiarazione giurata di un noto scienziato che, sulla base della letteratura scientifica in materia (sono citate più di 30 pubblicazioni), esclude l'esistenza del nesso di causalità, gli altri (gli attori) la testimonianza di otto esperti molto qualificati che, in seguito ad indagini effettuate *in vitro* ed *in vivo* su animali, deducono l'esistenza di un rapporto di causa ed effetto.

hopeless, meaningless, and even degrading. But there is no automatic assurance that the view of close family members will necessarily be the same as the patient's would have been had she been confronted with the prospect of her situation while competent. All of the reasons previously discussed for allowing Missouri to require clear and convincing evidence of the patient's wishes lead us to conclude that the State may choose to defer only to those wishes, rather than confide the decision to close family members».

⁶⁵ L'intera vicenda giudiziaria è ricostruita da C. BOLOGNA, *Il caso di Terri Schiavo*, in *Quad. cost.*, 2/2007, p. 404 ss.

⁶⁶ 509 U.S. 579 (1993).

⁶⁷ Su questa pronunzia, G. PONZANELLI, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 184 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, spec. p. 232 ss.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 261 ss.

I giudici statali escludono che possa essere ammessa come prova l'opinione di esperti non fondata su test epidemiologici; inoltre, ritengono di non dover ammettere neppure la rielaborazione dei dati già pubblicati, in quanto tale rielaborazione non è stata ancora pubblicata e sottoposta a valutazione all'interno della comunità scientifica. La Corte d'Appello conferma questa decisione, sottolineandone la coerenza con il criterio della «general acceptance» di cui al *Frye* test del 1923⁶⁸.

La Corte Suprema è, pertanto, chiamata a verificare la perdurante validità del *Frye* test, specie alla luce delle nuove *Federal Rules of Evidence* del 1975: «In the 70 years since its formulation in the *Frye* case, the “general acceptance” test has been the dominant standard for determining the admissibility of novel scientific evidence at trial. (...) Although under increasing attack of late, the rule continues to be followed by a majority of courts, including the Ninth Circuit».

In particolare, la norma di riferimento è la *Federal Rule of Evidence* 702, secondo cui «If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise».

La Corte Suprema parte proprio da questa norma per smontare, pezzo dopo pezzo, il c.d. *Frye* test, rilevando come in essa non si faccia alcun riferimento ad un criterio di «general acceptance» come prerequisito assoluto per l'ammissibilità di una testimonianza; anzi l'eventuale accoglimento di questo criterio sarebbe in contrasto con «the “liberal thrust” of the Federal Rules and their “general approach of relaxing the traditional barriers to ‘opinion’ testimony”».

L'avvenuto superamento del *Frye* test ad opera delle *Federal Rules of Evidence* del 1975 non comporta, però, l'assenza di qualsiasi limite all'ammissibilità delle prove scientifiche allegate dalle parti, né determina la mancanza, da parte del giudice, del potere di valutare e selezionare questo tipo di prove.

A questo punto, la Corte Suprema, facendo leva anche sulle indicazioni provenienti da alcuni *amici curiae*, elabora una sorta di percorso logico-argomentativo che il giudice è tenuto a seguire ogni qualvolta dovrà fare applicazione della *Rule* 702. Questo percorso si articola in quattro fasi, l'ultima delle quali è costituita dalla verifica dell'esistenza di una «general acceptance»:

1) «Ordinarily, a key question to be answered in determining whether a theory or technique is scientific knowledge that will assist the trier of fact will be whether it can be (and has been) tested. “Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed, this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry”»;

2) «Another pertinent consideration is whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication. Publication (which is but one element of peer review) is not a *sine qua non* of admissibility; it does not necessarily correlate with reliability, (...) and in some instances well grounded but innovative theories will not have been published (...). Some propositions, moreover, are too particular, too new, or of too limited interest to be published. But submission to the scrutiny of the scientific community is a component of “good science”, in part because it increases the likelihood that substantive flaws in methodology will be detected»;

3) «Additionally, in the case of a particular scientific technique, the court ordinarily should consider the known or potential rate of error, (...) and the existence and maintenance of standards controlling the technique's operation».

⁶⁸ Riferisce la Corte Suprema degli Stati Uniti: «The court emphasized that other Courts of Appeals considering the risks of Bendectin had refused to admit reanalyses of epidemiological studies that had been neither published nor subjected to peer review. (...) Those courts had found unpublished reanalyses “particularly problematic in light of the massive weight of the original published studies supporting [respondent's] position, all of which had undergone full scrutiny from the scientific community”».

4) «Finally, “general acceptance” can yet have a bearing on the inquiry. A “reliability assessment does not require, although it does permit, explicit identification of a relevant scientific community and an express determination of a particular degree of acceptance within that community”. (...) Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and “a known technique that has been able to attract only minimal support within the community”, (...) may properly be viewed with scepticism».

Chiamato ad effettuare le verifiche sopra descritte è, ovviamente, il giudice, sul quale ricade il peso delle complesse valutazioni indicate in *Daubert*. Per questa ragione la Corte Suprema si preoccupa di fugare i dubbi nutriti, a tal proposito, da alcuni *amici curiae*, secondo cui «recognition of a screening role for the judge that allows for the exclusion of “invalid” evidence will sanction a stifling and repressive scientific orthodoxy and will be inimical to the search for truth».

Al riguardo, la Corte sottolinea che, sebbene l’aperta contrapposizione delle idee costituisca una parte essenziale sia della ricerca scientifica, sia di quella giuridica, esistono rilevanti differenze fra le modalità di ricerca della verità in un’aula di giustizia ed in un laboratorio. Infatti, «Scientific conclusions are subject to perpetual revision. Law, on the other hand, must resolve disputes finally and quickly». Da questo punto di vista – continua la Corte – le congetture probabilmente errate si rivelerebbero di scarsa utilità al fine di una definizione rapida e conclusiva di una controversia giudiziale.

Nondimeno, la Corte riconosce che lo svolgimento da parte del giudice di una funzione di guardiano («a gatekeeping role») avrà inevitabilmente l’effetto tendenziale di impedire alla giuria di giungere ad un’approfondita conoscenza di alcune innovazioni. Questo è, però, il prezzo che occorre pagare se si vuole pervenire ad una soluzione rapida e, al tempo stesso, non superficiale del caso concreto sottoposto all’esame del giudice, come sottolinea in conclusione la stessa Corte Suprema: «That, nevertheless, is the balance that is struck by Rules of Evidence designed not for the exhaustive search for cosmic understanding but for the particularized resolution of legal disputes».

È nota l’importanza che questa pronuncia ha avuto nella giurisprudenza statunitense; si è evidenziato al riguardo come la Corte Suprema abbia fatto proprio l’approccio popperiano alle questioni scientifiche, sottolineando l’importanza di un giudizio di falsificazione. Invero, a chi scrive, i quattro criteri di giudizio elaborati in *Daubert* sembrano tentare di conciliare approcci filosofici diversi, fino quasi a ricomprendere anche quelle impostazioni che tendono a sottolineare l’assoluta anarchia che caratterizza l’attività degli scienziati e l’assenza di un metodo⁶⁹. A ben vedere, infatti, non solo il criterio della «general acceptance» non può costituire l’unico riferimento per il giudice, ma la stessa cosa è da dirsi anche per la verifica della falsificabilità di una data teoria, oltre alla quale il giudice dovrà valutare la percentuale di errore noto o potenziale ed il mantenimento di uno standard di controllo sulle verifiche tecniche. Proprio questi ultimi riferimenti danno l’impressione a chi scrive che la Corte abbia voluto spingersi al di là del falsificazionismo popperiano per tentare di formulare un criterio di giudizio valido anche in circostanze in cui la falsificazione non è possibile.

Di certo, nel caso di specie la Corte non si è tirata indietro, preoccupandosi piuttosto di fissare dettagliatamente le tappe dell’iter che deve essere seguito dal singolo giudice; non è un caso che il Presidente Rehnquist, nella sua opinione in parte concorrente e in parte dissenziente, abbia espresso seri dubbi sull’opportunità di un intervento della Corte di così ampio respiro.

Il rischio che il giudice si trasformi in uno scienziato dilettante è dietro l’angolo, come precisa lo stesso Rehnquist, ma questa considerazione non può essere estremizzata fino al punto da inibirgli qualsiasi indagine sui profili scientifici di una data questione; anche in questo caso, cioè, si

⁶⁹ Il riferimento è evidentemente a P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza* (1975), trad. it. di L. Sosio, Feltrinelli, Milano, 2002.

tratta di trovare il giusto punto di equilibrio fra l'esigenza di un'analisi non superficiale del contesto scientifico e quella, altrettanto pressante, di fornire una soluzione in tempi rapidi al caso concreto.

5. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana

5.1. Considerazioni preliminari

Il primo dato che balza agli occhi esaminando la giurisprudenza della Corte costituzionale è l'esiguità del numero dei casi in cui il giudice delle leggi è stato chiamato ad occuparsi di tematiche attinenti al biodiritto; per questa ragione pare opportuno fare riferimento, nella disamina della giurisprudenza costituzionale, anche a pronunzie che, pur non incidendo direttamente sulle problematiche in parola, riguardano, in generale, questioni scientifiche controverse e forniscono indicazioni utili a ricostruire l'atteggiamento complessivo della Corte in materia⁷⁰.

La Consulta, infatti, non solo non è mai stata investita di determinate questioni (come ad es. quelle attinenti al diritto a morire), ma anche quando è stata chiamata a decidere sulla costituzionalità di norme comunque relative al biodiritto, quasi mai si è preoccupata di affrontare i nodi problematici delle questioni scientifiche controverse, preferendo attestarsi su una posizione di assoluta difesa della discrezionalità del legislatore statale nella individuazione della normativa maggiormente in linea con le acquisizioni della scienza e della tecnica.

Pertanto, si è assistito, a numerose pronunzie in cui, pur essendo stato rilevato il contrasto di una data norma con i dati scientifici in materia, la Corte non è giunta ad esaminare il merito della questione. Questa considerazione non deve però indurre ad un'acritica censura dell'operato del giudice delle leggi, il quale in molti casi è, per così dire, "agevolato" in questo tipo di decisione dai vizi presenti nell'atto introduttivo.

Non mancano, poi, i casi in cui la stessa Consulta ha sottolineato il progresso della scienza in determinati settori solo per rafforzare ulteriormente una decisione già di per sé fondata su argomentazioni diverse. In altre parole, il riferimento all'evoluzione della scienza ha talvolta costituito solo un argomento retorico, come tale, privo di una reale portata dirimente della controversia in esame⁷¹.

In altre ipotesi il *self-restraint* della Corte dinanzi alla prospettazione di un fatto scientifico che sarebbe stato in grado di determinare l'invalidità della norma impugnata, si è fondato sulla considerazione che esso non si presentava, ancora, tale da «togliere [...] quella base di ragionevolezza, su cui resta fondata la norma» (sent. n. 21 del 1964, cons. in dir.). In altre parole, il progresso della scienza e della tecnica che, pure, sembrava rendere "superata" la norma *de qua*, non è stato reputato sufficientemente "maturo" o "consolidato". In questi casi, la Consulta ha fatto derivare dalla constatazione della "immaturità" del fatto scientifico e tecnologico, un rinvio al legislatore affinché questi, eventualmente, provveda a sanare la potenziale "incoerenza" della norma impugnata con il contesto scientifico⁷².

⁷⁰ Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di questioni scientifiche controverse si rinvia a R. BIN, *La Corte e la scienza*, M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, e, se si vuole, G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, tutti pubblicati in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Giappichelli, Torino, 2005, risp. p. 1 ss., 23 ss. e 237 ss.

⁷¹ Limitandosi solo ad alcuni esempi, è sufficiente ricordare le sentt. nn. 231 del 1985, 472 del 1988 e 111 del 1995.

⁷² Un'altra ipotesi di utilizzo del progresso della scienza e della tecnologia secondo le modalità sopra descritte è riscontrabile nella sent. n. 248 del 1986. Anche in questa circostanza, le considerazioni sulla "immaturità" del fatto scientifico e tecnologico sono andate di pari passo con l'individuazione del soggetto che, più della stessa Corte, è tenuto

Ma la consapevolezza dell’“immaturità” del fatto scientifico ha, talvolta, indotto la Consulta ad invitare il giudice remittente ad un’interpretazione della norma impugnata “conforme” al dato della scienza e della tecnologia. Ciò è avvenuto, ad esempio, nella sentenza n. 114 del 1998, in cui la Corte costituzionale, pur avendo preso atto dell’assenza di una base scientifica sicura della disciplina legislativa impugnata, non è pervenuta ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, ma ha ritenuto che la normativa impugnata non presentasse «il carattere di palese irragionevolezza ipotizzato dal giudice rimettente» (punto 5 del cons. in dir.), riallacciandosi così al “criterio generale” posto nel precedente punto 4 del cons. in dir.

La Consulta, infatti, appena poche righe prima, pur non negando la sua competenza a sindacare la costituzionalità di leggi in contrasto con «sicuri riferimenti scientifici», aveva affermato che, «tuttavia, perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erranei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice» (punto 4 del cons. in dir.).

Evidentemente, nel giudizio qui preso in esame, i giudici costituzionali non hanno reputato «incontrovertibilmente erranei» (*rectius*: “ancora incontrovertibilmente erranei”) i fondamenti scientifici della legge impugnata, indicando, pertanto, al giudice la via da seguire per poter dare ad essa un’interpretazione conforme a Costituzione, anzi, alla Costituzione letta alla luce delle acquisizioni della scienza medica.

Come si accennava in apertura di questo paragrafo, numerosi sono i casi in cui la Corte costituzionale ha evitato di valutare il fondamento scientifico della norma impugnata, “nascondendosi” dietro lo scudo rappresentato dalla discrezionalità del legislatore. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali il giudice delle leggi, espressamente o implicitamente, ha ritenuto che i dati scientifici su cui poggiava la norma impugnata non fossero «incontrovertibilmente erranei», rinviando, pertanto, ogni ulteriore valutazione agli organi legislativi⁷³. Tutto ciò consolida la configurazione del ricorso alla Corte come ultima istanza per far valere le eventuali incongruità legislative determinate dal progresso della scienza e della tecnologia.

5.2. *L’individuazione del fondamento scientifico della normativa censurata al fine di decidere nel merito la questione di legittimità costituzionale*

Il settore principale in cui la Corte costituzionale ha fatto valere le ragioni della scienza e della tecnologia per realizzare significative correzioni della disciplina legislativa è, senza dubbio, quello delle telecomunicazioni, che però non può essere qui preso in esame in quanto non attinente al tema di questo Forum.

Passando ad ambiti diversi rispetto a quello della diffusione radiotelevisiva, è, in gran parte, alle più recenti acquisizioni della scienza medica⁷⁴ che la Corte si è appellata per annullare le norme

a tradurre in modifiche normative i mutamenti della scienza e della tecnologia. È, infatti, affidato al legislatore il compito di adottare le scelte necessarie per evitare l’incostituzionalità futura delle norme impuginate.

⁷³ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 432 ss., individua nell’«impossibile raggiungimento della certezza» la causa della estrema elasticità dei criteri in base ai quali sia la Corte costituzionale che i giudici comuni auto-limitano la propria competenza. In particolare, secondo questo A., «la valutazione della Corte sull’uso della discrezionalità legislativa è sempre frutto di un’integrazione inscindibile di acquisizioni della scienza e giudizi di valore ispirati a principi costituzionali» (433).

⁷⁴ Cfr. G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in AA.Vv., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 31 ss.

oggetto del giudizio⁷⁵. Solo raramente, l'illegittimità costituzionale di queste è stata determinata dal progresso della scienza e della tecnica in settori diversi da quello medico⁷⁶.

In alcuni casi, poi, il giudice delle leggi ha fatto riferimento agli esiti di scoperte della scienza medica note anche ai non specialisti. Per questo motivo, non è raro che la Corte unisca il riferimento alle acquisizioni scientifiche all'evoluzione che queste hanno indotto nella coscienza sociale, quasi a voler rafforzare il complessivo effetto innovativo⁷⁷.

I giudici costituzionali, dunque, hanno dovuto far fronte all'esigenza di adeguare la legislazione vigente alle più scottanti problematiche poste dal galoppante progresso della scienza medica. È evidente, infatti, che la scoperta di nuove patologie ha reso necessario assicurare una più efficace tutela al diritto alla salute, in attesa di adeguati interventi legislativi. L'analisi giurisprudenziale offre, al riguardo, alcuni significativi esempi: si pensi all'infezione da HIV⁷⁸, alla presunta nocività della terapia dell'elettrochoc⁷⁹ e ai rischi derivanti dalla sottoposizione ad inquinamento elettromagnetico⁸⁰. Si tratta di casi in cui la Corte costituzionale è intervenuta pronunciando l'illegittimità costituzionale di alcune delle norme impugnate, talvolta a conclusione di un'oscillante evoluzione giurisprudenziale.

In altri casi, poi, l'individuazione del fondamento scientifico di una data normativa ha portato all'infondatezza della relativa questione di legittimità costituzionale. Anche per queste pronunzie valgono alcune delle considerazioni anzidette; ad esempio, nel maggior numero dei casi, è stata l'evoluzione della scienza medica ad incidere sulla decisione del giudice delle leggi. Ciò ha riguardato i più diversi settori della legislazione: dalle norme in tema di revisione della rendita di inabilità permanente⁸¹ a quelle in materia di rettificazione e di attribuzione di sesso⁸², fino alla normativa che prevede sussidi a favore degli affetti dal morbo di Hansen (lebbra) e dei loro familiari⁸³. Numerose sono, inoltre, le pronunzie della Corte costituzionale in materia di telecomunicazioni, in cui l'esame del contesto scientifico e tecnico ha consentito di escludere l'illegittimità delle norme impugnate.

Oltre ai casi sopra menzionati residuano tante altre pronunzie che, di certo, non sono meno importanti ma che, probabilmente, hanno avuto una minore eco nell'opinione pubblica e che non sono riconducibili ad ambiti materiali organici. In tutte queste ipotesi ulteriori vale quanto detto sopra; anche qui, cioè, l'analisi del contesto scientifico e tecnico ha consentito di affermare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale⁸⁴.

Un cenno a parte merita, infine, la sentenza n. 185 del 1998 sulla c.d. multiterapia Di Bella; in questa circostanza il giudice costituzionale, dovendosi confrontare con una normativa dalle basi scientifiche, a dir poco, fragili, ha tramutato il giudizio prognostico sul fatto, sotteso al controllo di costituzionalità ed impossibile da svolgersi allo stato attuale delle conoscenze, in un giudizio di valore. Ha ritenuto, cioè, che il bene da tutelare fosse meritevole di tale attenzione da consentire che

⁷⁵ Significativa è la vicenda relativa al reato di plagio, dichiarato costituzionalmente illegittimo per l'impossibilità, alla luce delle più recenti acquisizioni della scienza medica, di «graduare ed accertare in modo concreto sino a qual punto l'attività psichica del soggetto esternante idee e concetti [potesse] impedire ad altri il libero esercizio della propria volontà» (sent. n. 96 del 1981, punto 13 del cons. in dir.). La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma impugnata si fonda sui progressi della scienza medica anche nelle sentt. nn. 139 del 1982, 249 del 1983, 179 del 1988, 307 del 1990, 3 del 1994, 118 del 1996, 324 del 1998, 170 e 284 del 1999 e 253 del 2003.

⁷⁶ Si pensi, al riguardo, alle sentt. nn. 127 e 132 del 1985, 137 del 1986 e 198 del 1996.

⁷⁷ V. le sentt. nn. 173 del 1983, 215 del 1987 e 270 del 1999.

⁷⁸ V., part., sentt. nn. 218 del 1994, 438 e 439 del 1995.

⁷⁹ Sentt. nn. 282 del 2002 e 338 del 2003.

⁸⁰ Sent. n. 307 del 2003.

⁸¹ Sentt. nn. 80 del 1971, 160 del 1977 e 228 del 1987.

⁸² Sent. n. 161 del 1985.

⁸³ Sent. n. 963 del 1988.

⁸⁴ Possono essere ricondotte a questa categoria le sentt. nn. 81 del 1969, 99 del 1979, 188 del 1982, 2 del 1986, 192 del 1990, 217 del 1993, 255 del 1994, 270 del 1995, 259 e 419 del 1996, 342 del 1999 e l'ord. n. 306 del 2001.

venisse corso il rischio derivante da una terapia farmaceutica inefficace o addirittura pericolosa per la salute umana.

In altre parole, la Corte ha inteso configurare la sua dichiarazione di illegittimità costituzionale come un intervento volto a far fronte ad «esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune tipologie tumorali», in grado di mettere a repentaglio il fondamentale diritto alla salute; sottolineando, appunto, di non essere competente a «pronunciarsi, in alcun modo, circa gli effetti e l'efficacia terapeutica di detto trattamento», né di poter «sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi» (punto 8 del cons. in dir.)⁸⁵.

In generale, volendo individuare il criterio che ha guidato l'operato della Corte costituzionale in tema di questioni scientificamente controverse, pare di sicuro interesse l'affermazione contenuta nella sentenza n. 114 del 1998 in cui si dice che «questa Corte non intende certo escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi (...) possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire. (...) E tuttavia, perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice» (punto 4 del cons. in dir.)⁸⁶.

Il criterio individuato dalla Corte costituzionale nella pronunzia sopra indicata presuppone, chiaramente, una concezione che vede la dichiarazione di illegittimità costituzionale come l'*extrema ratio*, cui il giudice delle leggi può ricorrere solo in presenza di una incontrovertibile erroneità dei dati scientifici o di «un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice».

Questa impostazione, che pure, per molti versi, può risultare apprezzabile, sembra però non tenere conto della difficoltà di rinvenire norme che si fondino su presupposti “incontrovertibilmente erronei”; al contrario, di frequente, il giudice è chiamato a sindacare norme i cui presupposti scientifici sono controversi e non palesemente erronei.

Il *modus operandi* sopra descritto trova conferma nelle più recenti decisioni della Corte in questa materia; si pensi, per tutte, alla sentenza n. 282 del 2002, in cui il giudice delle leggi afferma: «Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. (...) Tutto ciò non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire. (...) Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e

⁸⁵ Un caso analogo è stato definito dalla Consulta con la sentenza n. 188 del 2000.

⁸⁶ Il caso deciso con questa sentenza era del tutto particolare; infatti, il giudice rimettente rilevava l'esistenza di un contrasto tra la normativa impugnata e le valutazioni scientifiche, con la conseguenza che, a rigore, ciò avrebbe dovuto portare all'illegittimità della norma in questione. La Corte ha fatto, invece, salva la normativa in oggetto contrapponendo alla logica scientifica una «logica di sistema, che guarda alla “ratio” dell'intera costruzione normativa» [L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, 979 (corsivi testuali)]. Così facendo, la Consulta lascerebbe trasparire «una concezione della scienza come *ancilla iuris*, essendo la giurisprudenza colei che dice la parola decisiva sul caso sottoponendo al suo sapere il sapere scientifico di cui pure si serve» (*op. ult. cit.*, 980).

delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l’“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»⁸⁷.

Questa impostazione è stata ripresa anche dalle pronunzie successive ed in particolare dalla sentenza n. 116 del 2006 in cui si legge che «l’imposizione di limiti all’esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell’interesse dell’ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di “indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l’essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici” (sentenza n. 282 del 2002). Inoltre, l’elaborazione di tali indirizzi non può che spettare alla legge dello Stato, chiamata ad individuare il “punto di equilibrio fra esigenze contrapposte” (sentenza n. 307 del 2003), che si imponga, in termini non derogabili da parte della legislazione regionale, uniformemente sull’intero territorio nazionale (sentenza n. 338 del 2003)».

L’idea che viene fuori dalla lettura di queste decisioni è quella di una scienza, intesa come complesso monolitico di conoscenze, di cui può disporre il solo legislatore statale. In questo quadro, il giudice delle leggi svolge un compito quasi marginale, essendo chiamato a dichiarare l’incostituzionalità delle sole norme che si pongano in palese ed indiscusso contrasto con determinati presupposti scientifici. Questa configurazione del proprio ruolo evita alla Corte di lasciarsi travolgere dalle controversie scientifiche, limitandosi ad intervenire solo in caso di assoluta carenza o di aperto contrasto della normativa censurata con gli assunti scientifici di fondo.

6. Conclusioni

L’esame fin qui condotto consente di svolgere qualche considerazione sull’utilità della comparazione delle giurisprudenze della Corte Suprema americana e della Corte costituzionale italiana. Le due Corti utilizzano, in tutta evidenza, modelli argomentativi differenti, anzi, a dire il vero, sembrano muovere da un’idea differente del proprio ruolo nel sistema. L’una, la Corte Suprema, dà spesso l’impressione di “scavare” fra le pieghe delle conoscenze scientifiche per evidenziare i profili che maggiormente possono rivelarsi utili ai fini della decisione. L’altra, la Corte costituzionale, invece, rimette questo compito al legislatore, preoccupandosi solo di “eliminare” quelle leggi in aperto contrasto con determinati presupposti scientifici.

Apparentemente, dunque, non vi sono elementi in comune fra le due giurisprudenze; se però, si riflette sul significato di questi due atteggiamenti, ci si rende conto che, in realtà, la finalità perseguita è la stessa. Entrambe le Corti, infatti, sanno bene che dal confronto con le questioni scientifiche controverse la loro legittimazione nel sistema può risultare gravemente compromessa; sanno cioè che una decisione che si ponga in contrasto con le più recenti acquisizioni della scienza rischia di danneggiare la loro immagine di garanti della Costituzione e, al tempo stesso, di primi “revisori” di quest’ultima. Le Corti, infatti, attraverso la loro giurisprudenza contribuiscono costantemente al rinnovamento di senso degli enunciati costituzionali attraverso l’adattamento di questi ultimi ai mutati contesti sociali, economici e, per quello che qui interessa, scientifici⁸⁸. Per le ragioni anzidette pare inopportuno codificare nella Costituzione i nuovi diritti derivanti dallo

⁸⁷ Sentenza n. 282 del 2002, punti 4 e 5 del cons. dir.

⁸⁸ Non è un caso che una parte della dottrina statunitense parli, con riferimento ad alcune decisioni della Corte Suprema, di una *new unwritten Constitution* (J. RUBENFELD, *The new unwritten Constitution*, in *Duke Law Journal*, vol. 51, 2001, p. 289 ss.).

sviluppo scientifico e tecnologico⁸⁹; al contrario, le formule elastiche delle Costituzione, come ad esempio quelle del V e del XIV Emendamento della Carta fondamentale degli Stati Uniti, bene si prestano ad essere adeguate ai mutati contesti in cui trovano applicazione.

Pertanto, se la preoccupazione principale delle Corti è il mantenimento della propria legittimazione nell'ordinamento costituzionale, è da chiedersi quale dei due approcci alle questioni scientificamente controverse riesca a perseguire al meglio questo obiettivo. È evidente come sia più "rischioso" il tentativo di mettere in discussione gli assunti scientifici allo scopo di evidenziarne i limiti ed i margini di errore, rispetto alla presa d'atto dell'esistenza o dell'inesistenza di dati incontrovertibilmente erranei. È però altrettanto evidente che il giudice non deve trasformarsi in uno scienziato dilettante, se così fosse il rischio sarebbe ancora maggiore. Egli, infatti, si troverebbe coinvolto in una lotta impari con lo scienziato su un piano che non è quello di sua competenza. D'altra parte, come il giudice, in generale, è chiamato solo a risolvere il caso concreto che è sottoposto al suo esame, quello costituzionale, in particolare, è chiamato a fornire una risposta di giustizia costituzionale in relazione ad un caso concreto (quantomeno nel giudizio in via incidentale). Dunque, è in relazione alla concreta vicenda processuale ed alle sue indubbie peculiarità che il tribunale costituzionale è tenuto a svolgere una argomentazione razionale tale da persuadere i destinatari della pronuncia.

È proprio in relazione alla razionalità delle argomentazioni sviluppate ed alla capacità di persuasione delle decisioni che l'approccio di diritto comparato si rivela particolarmente utile. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (e in parte anche quella delle Corti Supreme dei singoli Stati) dimostra, infatti, come un tribunale costituzionale "possa andare oltre" la mera presa d'atto dell'indubbia competenza del legislatore in materia di questioni scientifiche controverse e di biodiritto. Addirittura, i più recenti approdi della giurisprudenza statunitense sembrano recepire alcune innovative impostazioni della filosofia della scienza, nella misura in cui non si arrestano al consenso generale della comunità scientifica, né alla possibilità di falsificare una data teoria scientifica ma si spingono sino ad individuare i margini di errore e gli standard di controllo della perdurante validità di una teoria.

Da questo punto di vista, dunque, l'approccio prevalente nella giurisprudenza costituzionale statunitense⁹⁰ sembra andare nella direzione tracciata, ormai molti decenni fa, da Cardozo, il quale, nella frase di seguito riportata, riesce a racchiudere la fedeltà ai principi fondamentali della Costituzione e, allo stesso tempo, lo spirito critico che permea la giurisprudenza americana: «Le regole e i principi esistenti possono indicarci la nostra situazione presente, i nostri punti di orientamento, la nostra latitudine e longitudine. La locanda ove troviamo rifugio per la notte non è la fine del viaggio. Il diritto, come il viaggiatore, dev'essere pronto per il domani. Deve avere in sé il principio di evoluzione»⁹¹.

⁸⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Revisione costituzionale e aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali*, Relazione al Convegno *Nel sessantesimo della Costituzione italiana e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Bologna 9 giugno 2008, p. 20 ss. del *paper*.

⁹⁰ Sulle possibili evoluzioni della giurisprudenza della Corte Suprema in materia di questioni scientifiche controverse si rinvia a D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice*, cit., p. 342 ss.

⁹¹ B.N. CARDOZO, *Il giudice e il diritto* (1947), trad. di V. Gueli, La Nuova Italia, Firenze, 1961, p. 98.