

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## TRA DIMENSIONE FATTUALE E SUGGERZIONI SOPRANAZIONALI: IL GIUDICE AL COSPETTO DEL BIODIRITTO (SPUNTI DI RIFLESSIONE A MARGINE DI UN RECENTE LIBRO)

Posted on 20 Marzo 2014 by [Stefano Agosta](#)

Sommario: 1. Un *rinnovato* sguardo su orizzonti *antichi*: la (dis)parità delle armi *iurisdictio* e *legislatio*.- 2. (*Segue*): i dubbi circa l'effettiva *adeguatezza* del giudice al cospetto delle drammatiche vicende che non di rado il biodiritto brutalmente impone (... e la scomposta reazione della politica). - 3. Dall'*asimmetria* alla *simmetria*: per un'immagine non deformata e veritiera della moderna dialettica Parlamento/giudici nell'agone biogiuridico. - 4. Lineamenti di un possibile statuto del giudizio di merito nel biodiritto: nella sua componente *soggettiva* della neutralità e professionalità del magistrato. - 5. (*Segue*): ed in quella *oggettiva* della duplice connotazione, conoscitiva e partecipativa, del processo. - 6. La diversa, ma non meno sfaccettata e complessa, posizione della giurisdizione di legittimità nel biodiritto: per una *metamorfosi* della funzione nomofilattica alla luce degli esiti sopranazionali.

### **1. Un rinnovato sguardo su orizzonti antichi: la (dis)parità delle armi tra *iurisdictio* e *legislatio***

Tema assai seducente – seppur ancora sdrucchiolevole ed infido – quello con cui ha così audacemente deciso di cimentarsi Roberto Conti nel suo ultimo contributo monografico dall'evocativo titolo *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee* (Roma 2013). Sin dalle sue prime battute, del resto, non difficile per il lettore è apprezzare lo sforzo ricostruttivo dell'Autore, magistrato di grande sensibilità ed esperienza, il quale – a proposito dei cosiddetti «casi difficili» di cui si discorre, appunto, già nel sottotitolo dell'opera – prende non per caso le mosse della propria riflessione dalla tradizionale e mai sopita questione dei tormentati rapporti tra legislatore e giudici alla ricerca di una legittimazione (*recte*, ri-legittimazione) dell'opera di sutura svolta dai secondi innanzi alle aspre critiche mosse dal primo sulla materia *de qua*.

Una volta finemente argomentata la risposta circa l'*an* di tale intervento, ecco che Roberto Conti passa senza sforzo apparente al *quomodo* ed ai variabili modi con cui esso comunemente si impianta, tenendo nondimeno distinte le esperienze, rispettivamente, della giurisdizione di merito e di quella di legittimità. Scelta di metodo, quest'ultima, doppiamente felice: innanzitutto perché consente a chi legge di toccare agevolmente con mano le notevoli differenze nell'indagine svolta dall'una, e dall'altra, delle magistrature considerate rispetto all'ineludibile "dimensione fattuale" del caso; in secondo luogo, poiché permette altresì all'Autore di esibire con lucida chiarezza la propria conoscenza di giudice di merito, prima, e di legittimità, dopo, come raramente capita di assistere negli scritti della dottrina. Grazie alle sue non comuni doti ricostruttive – ed anticipando, almeno in parte, le conclusioni del presente contributo – Conti riesce, insomma, laddove larga parte degli studiosi non di rado dimostra di fallire: nella non facile opera, cioè, di *reductio ad unum* di esperienze pure assai diverse tra di loro, grazie al costante riferimento alla giurisprudenza EDU ed eurounitaria, che fanno da onnipresente *pendant* della riflessione per pressoché tutto lo svolgimento dell'opera e delle quali si dimostra esperto conoscitore ed indagatore.

Una ricognizione, seppur succinta, delle principali questioni in tema di biodiritto innanzi al giudice – come sin dal principio lascia chiaramente

intendere l'Autore del libro adesso in commento – non può innanzitutto prescindere dalla centralità che la persona umana è andata mano mano ritagliandosi con la convergenza di tutte le Carte dei diritti (siano esse sopranazionali che statali) e delle corrispondenti Corti. Con la Dichiarazione Universale del 1948, in particolare, si segna per la prima volta con fermezza la discontinuità rispetto al passato nonché la più limpida riaffermazione della libertà e dignità dell'uomo quale reazione alle atrocità dei *Lager* nazisti: è da quel momento in avanti, d'altro canto, che è possibile assistere alla progressiva denazionalizzazione dei diritti fondamentali della persona ed alla corrispondente opera di omogeneizzazione degli ordinamenti occidentali ai principi sopranazionali in materia di bioetica. La dottrina dei diritti umani si riprendeva così quanto le era stato tragicamente sottratto: e, cioè, quel fondamento *pre- e sovra-statale* dei diritti che pareva andato irrimediabilmente disperso già un secolo addietro. Per l'innata connotazione nell'uomo – e la loro precipua universalizzabilità – i diritti fondamentali non abbisognavano, del resto, di alcun riconoscimento da parte degli ordinamenti statali che non fosse di tipo meramente dichiarativo.

Non diversamente si atteggia, pure, la successiva Convenzione di Oviedo ed il relativo Protocollo addizionale stipulato a Parigi il 12 gennaio 1998 nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata nel 2000, in tema, rispettivamente, di consenso libero e informato della persona interessata, di divieto di pratiche eugenetiche ovvero di clonazione riproduttiva degli esseri umani – tutte giustamente richiamate da Conti – non casualmente evocate dalla stessa Corte costituzionale allorché rilevava la pressante esigenza di mediare tra una «pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicur un livello minimo di tutela legislativa». Per non dire, infine, di quel ventaglio di disposizioni della Costituzione le quali – lungi dall'accontentarsi di una meramente *indiretta* – sembrano piuttosto contenere una tutela quantomeno *implicita* dell'esistenza umana, tendenzialmente desumibile da almeno un pugno di norme come, per un verso, quelle relative alla protezione della dignità umana (artt. 3, 4, 36, 38 Cost., ecc.) e, per un altro, l'art. 2 Cost..

Dimensione *astratta* dei documenti appena menzionati a parte, è ovviamente al piano del caso concreto che la dignità dell'uomo mette più duramente alla prova l'intero arsenale a disposizione dell'interprete, in generale, e del magistrato, nel particolare, non solo quale principio da tutelare *ex se*, ma come omnicomprensivo canone interpretativo di tutti i diritti fondamentali dell'uomo. La stessa giurisprudenza costituzionale, del resto, sembra sfoggiare almeno due ben distinguibili *trends* d'impiego dell'espressione «dignità», seppure, non di rado, indugi su un uso tendenzialmente promiscuo di essa (es. dignità del soggetto, della persona, della figura umana, dell'essere umano, dell'uomo, umana *tout court*, ecc.): dell'individuo, potrebbe dirsi, "in astratto" (vale a dire in quanto "persona") ovvero "in concreto", quale invece titolare di uno *status* specifico. Mentre la prima ricostruzione si restringe invero a pochi risicatissimi casi – per esempio, della dignità quale limite "generale" all'iniziativa economica privata, come condizione necessaria "particolare" del lavoratore e della sua famiglia, quale elemento "rafforzativo" di altro contiguo valore costituzionale –, non egualmente potrebbe dirsi a proposito della seconda, ricomprendente invece una folta schiera di ipotesi: a testimonianza, evidentemente, dell'«atteggiamento mantenuto dalla Corte costituzionale che» – a parere dell'Autore – «non si è fin qui impegnata in una definizione del concetto di dignità, utilizzandola talvolta come limite di diritti costituzionalmente tutelati, come argine alla discrezionalità del legislatore e criterio di bilanciamento fra i diritti, come rafforzativo o esplicativo di altri diritti fondamentali, come diritto autonomo o fonte di nuovi diritti, o come divieto di trattamenti inumani e degradanti, dal quale deriva il diritto a condizioni di vita dignitose per il detenuto».

## **2. (Segue): i dubbi circa l'effettiva adeguatezza del giudice al cospetto delle drammatiche vicende che non di rado il biodiritto brutalmente impone (... e la scomposta reazione della politica)**

Con suddette premesse, Roberto Conti non intende certo sottrarsi a taluni, più pressanti, interrogativi circa l'adeguatezza della stessa persona del

giudice ogni qualvolta venga dal biodiritto messo innanzi a taluni, drammatici, casi: così in particolare se, in relazione al grado di cultura che possiede, costui sia davvero in grado di fornire una risposta idonea ad essere comunemente accettata senza che le sia attribuita una connotazione ideologica; ovvero se il magistrato riveli quella «competenza» ed «autorevolezza» che, nel campo aperto dei diritti fondamentali, ne fa un operatore assai lontano dal mero «burocrate del diritto».

Recenti ed altamente drammatici avvenimenti interni stanno d'altronde a testimoniare la non più procrastinabile risposta a domande di tal fatta: si pensi, per tutti, all'emblematica vicenda *Stamina* in tema di impiego di medicinali per terapie avanzate a base di cellule staminali mesenchimali: fatta prima segno di numerose pronunzie giurisprudenziali tra di loro, non poco né di rado divergenti; poi oggetto di attenzione da parte di Governo (D.L. n. 27/2013, *Disposizioni urgenti in materia sanitaria*) e Parlamento (l. n. 57/2013, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 marzo 2013, n. 24, recante disposizioni urgenti in materia sanitaria*); finita, da ultimo, sulla scrivania del TAR Lazio che, su ricorso presentato da *Stamina foundation*, ha sospeso il decreto ministeriale di nomina del Comitato di esperti cui spettava il precipuo onere di sovrintendere alla sperimentazione della tanto controversa metodica (con la conseguente individuazione, qualche settimana addietro di un nuovo Comitato scientifico chiamato a rivalutare il protocollo *Stamina* ai fini di un'eventuale sperimentazione).

L'esperienza degli anni più recenti ha evidenziato – tanto in Italia che oltre i confini nostrani – come in maniera esponenziale sia cresciuta (e continui parossisticamente a farlo...) la domanda di giustizia in ambito biogiuridico. Molteplici, e non tutte di agevole decifrazione da parte dello studioso, appaiono d'altronde le con-cause di questo ormai radicato ed effusivo fenomeno: a partire dal progressivo imbarbarimento dei costumi politici che proietta inevitabilmente la propria immagine sul *drafting* legislativo – a tal proposito l'Autore giustamente discorrendo, e senza neanche troppi giri di parole, di vera e propria «decomposizione della politica» – per giungere, rispettivamente, alla non meno dilagante crisi della legge e, più

ampiamente, alla progressiva de-nazionalizzazione del diritto conseguente all'avvento delle Costituzioni del secondo dopoguerra su questo precipuo ambito di esperienza; la prima, in particolare, testimoniata sia dalla *quantità* (elefantiaca) di leggi che dalla loro *qualità* (con il florilegio di «testi non chiari, imprecisi ed equivoci»); la seconda, in ragione della quale, forse, «occorre rassegnarsi a considerare la certezza del diritto (legislativo) come una verità perduta nel passaggio dalla dimensione monocentrica dell'universo giuridico ottocentesco alla dimensione policentrica di quella che viene definita l'età della decodificazione».

Con tali, assai problematiche e compromesse, condizioni, allora, è ineluttabile che quello al giudice diventi l'unico approdo sicuro «per l'individuo smarrito, isolato, sradicato, che ricerca nel confronto con la legge l'ultimo punto di riferimento»: alla quale, talora disperata, richiesta di giustizia il giudice non potrebbe certo opporre un (non consentito) *non liquet*, dovendosi casomai fare carico di un onere che sarebbe invece dovuto gravare su un legislatore spesso grigio ed afasico. Insomma – si dice, con franca schiettezza, Conti – «è ormai al giudice che si richiede la salvezza. I giudici sono rimasti gli ultimi a svolgere una funzione d'autorità – clericale, addirittura parentale – non più svolta dagli antichi titolari»: cos'altro potrebbe d'altro canto rimanere di fare al cittadino assetato di giustizia innanzi ad istituzioni che – dopo ben quarantanove logoranti sedute (com'è accaduto per l'esame del ddl Calabrò in tema di testamento biologico) – non approdano a nulla se non di rivolgersi direttamente alla magistratura (la quale, in soli nove passaggi giudiziari, risponde invece ad una domanda di giustizia tanto dolorosamente avanzata)? L'unico tentativo costituzionalmente (e *ragionevolmente*...) consentito al giudice – in mancanza di regole legislative (ma non di principi generali) – resta, dunque, quello di colmare simile voragine mediante l'applicazione diretta di diritti costituzionali e norme di sistema al caso concreto (a partire dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. per arrivare alla Convenzione di Oviedo, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla legge sul Servizio sanitario nazionale del 1978, alle disposizioni del Codice di deontologia medica, nonché alla giurisprudenza costituzionale e quella dello stesso giudice di

legittimità). Nulla di più e nulla di meno, insomma, di quanto fisiologicamente è accaduto – e, attualmente, continua ad accadere – in altre democrazie del mondo, dagli Stati Uniti alla Gran Bretagna ed alla Germania.

«Lungi dall'essere frutto di *arbitrio giudiziario*», a parere dell'Autore tale opera di ricostruzione ermeneutica risponde, difatti, a taluni, inequivocabili, tratti come «a) la disapplicazione – senza mediazione alcuna con la Corte costituzionale – della legge interna contrastante con il diritto eurounitario; b) l'interpretazione *costituzionalmente, eurounitariamente, e convenzionalmente conforme* – essa stessa originata dalla giurisprudenza costituzionale, ormai capace di forgiare la figura del *giudice (comune) dei tre cappelli*, come a me piace dire –; c) la possibilità di attivare il sindacato costituzionale ipotizzando la non manifesta infondatezza del contrasto con la Costituzione o con le norme convenzionali internazionali». Al netto di simili precauzionali condizioni, il libro in commento non si nasconde comunque il micidiale attentato alla propria legittimazione che il potere giudiziario rischia perennemente di correre ogni qualvolta – addossandosi un'altrui responsabilità – intraprenda un'attività ultra-statale di tale complessità ed ampiezza, emancipandosi dalla legge positiva nazionale (ove vi sia) ovvero provando a colmarne l'assenza (quando ancora non vi sia): allorquando cioè, in tale ultimo caso, alle *regolarità* della politica è ben più utile una *regola* che non c'è piuttosto che una che c'è. D'altro canto, «ai fanatici (e agli opportunisti)» fa certo «più comodo che il problema resti irrisolto, che il contrasto tra valori rimanga senza mediazione, che i 'principi' non scendano ad alcun negoziato, così si può continuare ad alimentare il clima da crociata».

E così, difatti, è puntualmente accaduto in materia, essendosi non di rado assistito ad

un diritto *vivente* giurisprudenziale affannosamente impegnato ad ovviare a quanto avrebbe dovuto piuttosto fare quello *vigente* legislativo. Che, poi, quest'ultimo si sia dimostrato tutt'altro che riconoscente innanzi a tale, obbligata, tessitura interpretativa di supplenza è tutt'altro paio di maniche: la scomposta reazione della politica innescata dai doverosi

interventi della magistratura rappresentando, anzi, un ulteriore punto d'intersezione tra le contigue questioni di inizio e fine-vita e sulle dinamiche tra poteri dello Stato ad esse sottese. Si pensi, meglio di tutti, all'emblematico *leading case* della vicenda Englaro, allorché la sent. n. 21748/2007 della Corte di Cassazione è stata violentemente stigmatizzata quale macroscopico caso di disinvoltato superamento degli argini imposti ai giudici di applicare e non creare la legge col multiforme puntello dell'interpretazione costituzionalmente orientata: la valorizzazione ermeneutica del canone della dignità umana, secondo talune maliziose voci che si sono destate a sfavore della pronunzia, indurrebbe insomma la magistratura ad accreditare costantemente interpretazioni chiaramente esterne al perimetro dei significati astrattamente riconducibili alla lettera delle previsioni normative».

### **3. Dall'asimmetria alla simmetria: per un'immagine non deformata e veritiera della moderna dialettica Parlamento/giudici nell'agone biogiuridico**

Più che ad un inedito ingresso dell'*equity* di matrice anglosassone anche nel nostro ordinamento, l'uso della dignità umana censurato dai detrattori di taluni esiti giurisprudenziali, in pratica, assomiglierebbe sempre più ad una testa d'ariete sonoramente scagliata contro la "formalità giuridica", ai limiti del suo "aggiramento". La qual cosa non vi è dubbio che possa accadere, e invero sia già accaduta, se sol si riporti ad esempio alla memoria l'ordinanza 13 gennaio 2010, Trib. Salerno, sez. I civile (g.u. Scarpa) che del travagliato lavoro giurisprudenziale volto ad una progressiva, per dir così, "costituzionalizzazione" della vituperatissima legge italiana sulla P.M.A. ha a lungo rappresentato probabilmente il fronte più avanzato (e, soprattutto, discusso): ma arrivare addirittura a tacciare di antidemocraticità la graduale estensione dell'attività di *normazione concreta* dei giudici a motivo del fatto che avrebbe sostanzialmente rovesciato i capisaldi stessi della democrazia, pare obiettivamente *troppo* (quando non assai *strumentale*) persino per quanti rimarchino l'indebita forzatura dei principi mediante una,



corrispondentemente indebita, lettura “aperta” della Carta fondamentale e di quelle sopranazionali.

Ad esempio in tema di fine-vita, vera è la tendenza delle magistrature di *common e civil law* di «adottare soluzioni di favore per soggetti che, per motivi compassionevoli, avevano dato luogo a condotte d'interruzione dell'esistenza di propri cari in nome di un'esigenza, più o meno espressa, di *equità* – e, dunque, di *bio equity* – o, comunque, di riconduzione a razionalità complessiva del sistema», ma accuse al giudice di legittimità italiano come quelle d'«indebito uso» del metodo comparatistico tramite il rinvio a legislazioni e precedenti di paesi stranieri (asseritamente privi di efficacia giuridica) non possono che indurre, come sapientemente fa Conti, ad un ripensamento evolutivo dello stesso vincolo di soggezione alla legge incombente sul magistrato *ex art. 101 Cost.*: almeno in un contesto, come l'attuale, profondamente segnato dal progressivo oscuramento della legge a tutto vantaggio della Costituzione e dei documenti che, con essa, sono pur sempre chiamati a fare sistema.

Pur inevitabilmente condizionata, rispettivamente, dal patrimonio giuridico del diritto, da quello culturale personale ovvero dalla propria coscienza, la decisione del giudice, nondimeno, non fluttua certo come un aquilone al vento: essa al, contrario, non può che andare incontro ad una serie di “contrappesi” idonei (se non definitivamente a placare quantomeno) a smorzare le critiche più aspre e passionali a proposito del persistente rischio di arbitrio giudiziale. Così, in particolare, è alla salda e robusta rete protettiva rappresentata dal sistema delle impugnazioni, dalla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, dall'integrazione tra Costituzione e sistema normativo assicurata dalla Corte costituzionale, dallo *screening* di dottrina ed opinione pubblica nonché, *in limine*, dalla stessa giustizia disciplinare che è affidato il compito di mantenere quel *minimum* di contesto affinché l'intreccio di scienza e coscienza del giudice non si converta nel suo speculare opposto del mero arbitrio individuale. Anziché *espropriato*, insomma, il tradizionale ruolo della *legislatio* uscirebbe invece ragionevolmente *esaltato* dalla mancanza del vincolo del precedente nel nostro ordinamento.

Abbandonata ormai al suo segnato destino la vetusta idea di

un'*asimmetria* dei rapporti tra diritto vigente e vivente in materia (nella quale, cioè, il primo continui a giocare la parte del leone, relegando il secondo nell'angolo di un ruolo grigio ed ancillare), solo quella simmetrica restituirebbe insomma – se non si è interpretato male il pensiero dell'Autore – un'immagine non deformata e veritiera della moderna dialettica Parlamento/giudici relativamente ai "casi difficili". Simmetrica collocazione del diritto vivente, certo, eppure fisiologicamente *condizionata* da almeno due, reciprocamente convergenti, ordini di limiti, rispettivamente, esogeni ovvero endogeni alla giurisprudenza stessa: a seconda, cioè, che una disciplina legislativa in materia già ci sia ovvero si faccia ancora attendere (e non è detto che ci sarà in futuro). Con riferimento ai primi, il libro in esame cita giustamente quali esempi di "buona legislazione" le ll., rispettivamente, nn. 6/2004, in tema di amministrazione di sostegno, e 458/1967, in materia di trapianto di rene tra i viventi, pur ricadenti su ambiti tra di loro assai diversi entrambe le discipline richiamate essendo espressive dello stesso corredo genetico: e cioè – tra i due estremi di una totale assenza di normativa, da un lato, e di una penetrante regolamentazione giuridica, dall'altro – della possibilità di battere sempre una "terza strada", una sorta di via di mezzo lontana dai difetti dell'una e dagli eccessi dell'altra delle opzioni adesso prospettate. Che si tratti, infatti, della cura di persone che non sono in condizioni di provvedere autonomamente ai propri interessi oppure di trapianti, in entrambi i casi l'estrema delicatezza delle materie ha suggerito al Parlamento una ben precisa impostazione di metodo, più ispirata al principio di precauzione e di massima cautela che ad esasperate mire repressive: ad una legge "pesante", si è piuttosto preferita una disciplina "leggera", di garanzia, ad imitazione di quanto già accaduto agli inizi degli anni '70 con la legislazione sul divorzio, sull'aborto e sul diritto di famiglia in generale.

E ciò per cogliere, almeno, un triplice obiettivo: anzitutto, assicurare l'assenza di discriminazioni, la trasparenza delle procedure, la competenza tecnico-professionale, la dignità ed i diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti; in secondo luogo, consegnare alla dinamica sociale la spontanea ridefinizione dei vecchi modelli di rapporti (e la

ricomposizione dei nuovi); lasciare, infine, che siano i singoli a dirimere eventuali conflitti di natura etica ed al giudizio equitativo del giudice solo i casi in cui l'intervento del diritto appaia inevitabile. Peraltro, la soluzione in tali frangenti patrocinata ha nel tempo dispensato taluni, innegabili, vantaggi: dal punto di vista pratico, per cominciare, essa si è mostrata maggiormente avvertita dei limiti oggettivi di cui sempre risente il diritto nella regolamentazione di queste particolari materie. Prima fra tutte, l'esperienza dell'aborto ha già insegnato come – a prescindere da qualsivoglia orientamento filosofico o morale – in tali campi l'intervento legislativo sconti un alto tasso di ineffettività, con la conseguenza che vigorosi “giri di vite” non solo dimostrano una scarsa lungimiranza del legislatore – che, talora, non sembra (o non vuole... ) accettare il fatto che il limite tecnico ha da tempo oltrepassato i limiti etici – ma sembrano altresì destinati, nella migliore delle ipotesi, a cadere nell'indifferente giuridico.

Dall'angolo visuale più strettamente giuridico, poi, è noto come la norma giuridica, per sua natura generale ed astratta, non riesca adeguatamente a riprodurre, e prevenire, le peculiarità irripetibili dei casi più drammatici: nelle ipotesi maggiormente controverse, allora, una disciplina *soft* consente fisiologicamente al legislatore – come da tempo rilevato, ormai, dalla dottrina – una delega di bilanciamento *in concreto* al giudice dei valori in conflitto (alla stregua di quanto già accaduto in tema di adozione, |

a quale ha non di rado rappresentato in materia il modello culturale di riferimento). Tale ultimo compito dei giudici statali, peraltro, la più recente giurisprudenza convenzionale non solo certo non stigmatizza ma, persino, tende sempre più ad incoraggiare in materia: si pensi, sopra tutte, alle c.d. sentenze-pilota della CEDU, ora espressamente menzionate pure dall'art. 61, reg. Corte EDU, ed alla loro inevitabile incidenza sulle pratiche giudiziarie di diritto interno (così, ad esempio, CEDU sez. II, sent. 8 gennaio 2013, caso *Torreggiani ed altri c. Italia*, in tema di sovraffollamento carcerario e condizione dei detenuti).

Il diritto, d'altro canto, non sceglie, tra più morali, una morale: la Costituzione, al contrario, pare disseminata di scelte non effettuate, di

valori lasciati incompiuti che attendono solo che sia la mano del giudice, nella sua quotidiana attività di interpretazione, a dar loro forma e contenuto concreti. Nessuna gerarchia tra valori costituzionali può, del resto, darsi – com'è stato da tempo rilevato dalla più avvertita dottrina – “in astratto” ma piuttosto un ordine variabile da rimodulare, volta per volta, “in concreto” favorendo in tal modo una maggiore responsabilizzazione del magistrato nella decisione del caso in esame.

Quando a mancare fosse invece un adeguato *background* giuridico di “contenimento” delle pronunzie del giudice, ecco che allora che si ergerebbe in tutta la sua estensione lo steccato dei limiti che, per semplificare molto, si sono ribattezzati esogeni alla giurisprudenza: allorquando cioè il magistrato – anziché cercare soluzioni *ab extra*, come tali dipendenti dalla piena discrezionalità di costui – è *ab intra* del sistema positivo «che potrà – dovrà – trovare gli strumenti per, eventualmente, porre in discussione la validità delle disposizioni precettive ritenute contrarie ai principi generali individuati nel sistema stesso». Per chiudere, quindi, su un punto che meriterebbe ben maggiori approfondimenti di quanto non sia in questa ristretta sede consentito, sarebbe proprio l'assoluta peculiarità della materia biogiuridica ad imporre al potere legislativo ed a quello giudiziario il rispetto dell'obbligo di fedeltà alla Repubblica sancito dall'art. 54 Cost.: da Conti ritenuto insomma l'unico, solido e reale, terreno condiviso sul quale solo Parlamento e giudici possono sperare di piantare saldamente i piedi e ritrovare una feconda convergenza.

#### **4. Lineamenti di un possibile statuto del giudizio di merito nel biodiritto: nella sua componente soggettiva della neutralità e professionalità del magistrato**

È solo dopo aver preliminarmente dato conto della galassia, in perenne espansione e fermento, degli oscillanti tormentati rapporti tra *legislatio* e *giurisdictio* che l'Autore può, quindi, dedicarsi a quella che, per comodità espositiva, potrebbe dirsi la seconda fase del suo denso ragionamento intorno al delicato ruolo del giudice nel biodiritto. La qual cosa l'opera in

esame senz'altro affronta prendendo condivisibilmente le mosse dai due fattori che, più di altri, sono ritenuti maggiormente condizionanti le scelte del magistrato: quello contenutistico, innanzitutto, assai diverso apparendo il ruolo giudiziario a seconda che la domanda riguardi: «la rimozione di un limite che il richiedente stesso individua rispetto alla realizzazione di un atto che ritiene rientrare all'interno del proprio patrimonio personale (...) e che rimane circoscritto (...) all'interno della sfera giuridica del soggetto agente»; «la rimozione – almeno *de jure condito* profilabile – di tale richiesta *nell'interesse del medesimo soggetto* che si trova, però, nell'impossibilità di esternare coscientemente la propria volontà»; ovvero «la realizzazione di un diritto personalissimo che collide, totalmente o solo in parte, con altri diritti parimenti vitali, non tutti sempre espressamente dotati di soggettività manifesta, ovvero di entità che possono adeguatamente tutelarli, comprimendoli o espandendoli».

Piano del contenuto della richiesta a parte, nondimeno, è sotto il profilo più squisitamente funzionale che si fa meglio apprezzare il differente approccio della giurisdizione di merito e di quella di legittimità, rispetto alle quali Conti attinge evidentemente a piene mani da anni di esperienza maturata, come usa dirsi, sul campo. *Cuore* autenticamente *pulsante* dell'intero novero dei diritti fondamentali per la naturale vocazione a conoscere i fatti che lo contraddistinguono, il giudice di merito pare evidentemente quello maggiormente «legato da un *filo rosso d'acciaio*» alla Corte EDU: non è che desti, quindi, più di tanto meraviglia se la materia in questione abbia sempre più spesso visto convergere – sino del tutto a sovrapporsi – parametro *giuridico* e parametro *tecnico* (rappresentato da una più o meno stringente tessitura di regole tecniche, *standards* valutativi e linee-guida) nella diretta influenza sui processi decisionali del potere pubblico.

Il quale ultimo incrocio, in effetti, né la dottrina maggioritaria né, tanto meno, la stessa giurisprudenza costituzionale si sono mai sentite in effetti di scoraggiare, anzi. Ciò, in particolare, in ragione della trama tendenzialmente “mista” esibita dal parametro nel processo costituzionale quale precipitato di elementi variamente normativi e fattuali: così, per esempio, ogni qualvolta il parametro si apra a norme costituzionali

espressive di concetti indeterminati (quali il «buon costume» o l'«utilità generale») ovvero si faccia impressionare dalle acquisizioni scientifico-tecnologiche. È la stessa struttura nomologica del linguaggio costituzionale, d'altro canto, che plasticamente si piega innanzi (ma pure intorno) al “fatto”, deliberatamente lasciandosi da esso “contaminare”.

Una ricostruzione che – nella, neanche poi troppo velata, intenzione dell'Autore – delinei quantomeno uno statuto minimo comune a tutti i giudici di merito nel campo del biodiritto non può che ovviamente prendere le mosse dalla indispensabile, presupposta, “neutralità” di essi innanzi a questioni che pure involgono, facendole intensamente vibrare, le corde più intime dell'animo umano (prima che quelle dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato). Sebbene, difatti, la Costituzione (ovviamente intesa, nel senso “alto”, di *higher law*) non rappresenti certo un programma “neutrale” in tema di diritti – né, come talora si viene ancora stancamente predicando, una sorta di “schermo bianco” su cui, indiscriminatamente, ciascuna forza politica e istituzionale (segnatamente, Parlamento e magistratura) proietti *ad libitum* la propria opzione ideologica – al giudice, che non può (né deve) essere confessionale, ateo o agnostico, musulmano oppure cristiano, cattolico ovvero buddista o anglicano, è richiesto, semplicemente, di essere tale: non certo «neutro» ma, quanto meno, «neutrale». Dalla condivisibile prospettiva del contributo in esame, insomma, il magistrato può essere assolto «dall'accusa di essere – o potere essere – *ex ante* ideologicamente orientato verso decisioni *pro choice* o *pro life* e, ancora, di volere assumere le vesti del legislatore, dovendosi piuttosto ritenere che questi, volta per volta, dovrà orientarsi a dare il massimo rilievo alla persona umana e al patrimonio irripetibile che ciascuna conserva, avvalendosi di tutte le regole che il processo e il diritto sostanziale gli offre».

Ma, com'è ovvio, quella della neutralità è solo la premessa logico-cronologica del discorso che si viene mano mano svolgendo intorno alla persona del giudice di merito: lungi dall'immiserire il proprio compito appiattendosi su quello del mero «burocrate e rogante», questi dovrà naturalmente dare fondo, invece, alla più rigorosa ricerca ed acquisizione degli elementi di fatto che il processo allo stato gli consente per rendere

più *effettive* ed *efficaci* le, pur molteplici, istanze di regola in tale campo di esperienza coinvolte. Affinché nondimeno quest'auspicabile "metamorfosi" del proprio ruolo in materia biogiuridica non resti malinconicamente impressa solo sulla carta, il magistrato non potrà accontentarsi di una preparazione, per così dire, *standard*, dovendo casomai aspirare a compiere un diverso salto di qualità nella propria competenza professionale: intanto, difatti, sarà utilmente possibile discorrere di una riscoperta del ruolo della giurisdizione di merito nel biodiritto in quanto essa non risulti slegata da (e, anzi, vada di pari passo con) un'altrettanta specializzazione delle figure professionali chiamate a svolgere funzioni proprio su questo peculiare ambito. Alle sirene di siffatta rinnovata esigenza, invero, non pare insensibile nemmeno l'Europa se sol si pensi, ad esempio, alle recenti *guide-lines* adottate il 17 Novembre 2010 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a proposito di una giustizia a misura di minore nella parte in cui dispongono (p. 51) che nelle cause in materia di diritto di famiglia (per esempio, filiazione, affidamento, sottrazione di minore da parte di un genitore), i giudici dovrebbero dimostrare una diligenza eccezionale al fine di evitare il rischio di conseguenze dannose sui rapporti familiari.

##### **5. (Segue): ed in quella oggettiva della duplice connotazione, conoscitiva e partecipativa, del processo**

Senza il felice connubio di matrice conoscitiva ovvero partecipativa nella selezione dei fatti rilevanti ad opera del magistrato, nondimeno, a ben poco gioverebbero le prescritte, e reciprocamente interferenti ed intrecciate, condizioni della neutralità ovvero della professionalità di esso di cui, *supra*, si discorreva. Variabilmente inteso come ascolto, consultazione di tecnici, acquisizione di relazioni e di opinioni da parte di *amici curiae*, difatti, non vi è dubbio che quello conoscitivo rappresenti uno degli snodi di passaggio fondamentali nella materia biogiuridica per approdare ad una decisione che possa dirsi la più "corretta" possibile.

Ai fini conoscitivi di un processo dall'oggetto talmente delicato, ad esempio, l'esclusivo affidamento all'impulso di parte si dimostrerebbe

assai limitato se non adeguatamente completato dall'attivazione *ex officio* da parte del giudice: sarebbero, del resto, le stesse condizioni di fisiologica debolezza e vulnerabilità dei soggetti coinvolti ad imporre un intervento officioso «che non può mai andare 'contro' l'interesse dei soggetti, piuttosto dirigendosi sempre e comunque 'a loro favore'». Si pensi, in particolare, a quelle "scelte" della persona umana che andrebbero riconosciute a tutti e, ciononostante, l'effettiva esplicazione di esse da parte di talune categorie di soggetti risulti spesso preclusa o, comunque, fortemente limitata. Così, sopra tutte, le decisioni di quella minoranza di individui le quali risultano ineluttabilmente dipendenti dal *subsidium* offerto dal progresso medico-scientifico, anziché liberamente ed autonomamente condizionate esclusivamente dalla coscienza e volontà della persona cui ineriscono: in tal senso, non si pensi solo alla drammatica scelta di proseguire, ovvero interrompere, un determinato trattamento sanitario (specie, come usualmente si dice, se di *life-sustain*) ma, pure, alla sua opposta di riprodursi, almeno per tutte quelle coppie affette da sterilità e/o infertilità ovvero fertili ma affette da patologie geneticamente trasmissibili alla prole (nel caso in cui essa dovesse venire alla luce in un modo non artificialmente guidato).

Com'è giusto che sia, larga parte del diverso (ma non meno rilevante e complesso) momento partecipativo Conti la dedica, poi, alla più ampia tematica del consenso informato, con speciale riferimento alle delicate posizioni, rispettivamente, dei disabili ovvero dei minori: dimostrando così di non tralasciare certo come l'originario seme di tale principio fosse drammaticamente germinato, se così si può dire, già a partire dalle macerie di quel terreno straziato e desolato che il secondo conflitto mondiale aveva tragicamente lasciato dietro di sé.

A squarciare drammaticamente il velo sull'uso distorto (e, talora, mostruoso...) della ricerca scientifica furono, del resto, le terribili rivelazioni emerse dagli atti del processo di Norimberga: allorquando, cioè, l'opinione pubblica mondiale con orrore scopriva finalmente gli indicibili crimini perpetrati dalla politica del terzo *Reich*: proprio il crescente fremito emotivo suscitato dalle pratiche dei medici nazisti sulle vittime dei campi di concentramento tedeschi - ritardati mentali o



menomati fisici, fossero essi indistintamente adulti o neonati, ritenuti *non degni di vivere* – spinse nel 1947 l'Associazione Medica Mondiale ad approvare la prima codificazione internazionale di regole sui diritti umani nell'ambito della sperimentazione che andò sotto il nome di "Codice di Norimberga"; del quale ultimo, la Dichiarazione di Helsinki del 1964 (*Raccomandazioni a guida dei medici nella ricerca clinica*) rappresenta senz'altro il più celebre erede, avendo successivamente provveduto ad arricchire ed integrare quella originaria normativa (a pura valenza deontologica) riguardante il divieto espresso di qualunque esperimento sull'uomo senza la sua volontà. Fu, insomma, l'iniziale, vigorosa, crescita di sensibilità etica nella medicina del secondo dopoguerra il fertile *humus* nel quale sarebbe attecchito – sino a rapidamente germogliare – quello che sarebbe ben presto diventato uno dei tradizionali cavalli di battaglia del biodiritto e cioè, appunto, il tema del consenso informato.

Per il magistrato rimane, nondimeno, la motivazione c.d. in fatto il *topos* privilegiato per fornire – con un analitico dissezionamento dei fatti rilevanti ai fini della decisione tra quelli oggetto d'esame – adeguato riscontro dell'ampiezza e completezza del quadro di conoscenze sul quale il vero e proprio *decisum* dovrà comunque impiantarsi: inutile, a questo punto, nascondersi troppo la tremenda solitudine nella quale è inevitabilmente condannato a versare costui in materia, pressantemente richiesto di una prontezza di decisione che mal si presta ad essere posta in *stand by* eppure, non di rado, impossibilitato a ricorrere ad un potere legislativo endemicamente in crisi. Del giudice – e soltanto suo – insomma il fardello e l'esclusivo compito di appellarsi ai *dicta* della CEDU, spesso portati ad attuazione in maniera non poco frammentata e contraddittoria: si pensi, ad esempio, ai diversissimi esiti, nel metodo e nel merito, cui sono pervenuti, pur richiamandosi alla medesima giurisprudenza convenzionale, rispettivamente, il Tribunale di Roma (nella vicenda *Costa e Pavan c. Italia* in tema di diagnosi preimpianto) e quello per i minorenni di Trieste (nella causa *Godelli c. Italia*, relativa al diritto alla conoscenza delle proprie origini da parte di soggetto maggiorenne adottato); in maniera non dissimile, quando il magistrato debba districarsi nel tortuoso dedalo di competenze tra diritto interno, dell'Unione europea ed EDU Così, *ex*

*plurimis*, si ponga mente all'insanabile contrasto venutosi a creare tra CGUE, sent. 18 Ottobre 2011, caso *Brüstle c. Greenpeace e V*, e CEDU, caso *Costa e Pavan c. Italia* intorno all'esatta individuazione del *dies a quo* a partire dal quale sarebbe possibile discorrere di embrione umano, per citare il caso più eclatante degli ultimi tempi): nella consapevolezza, che invero si fa sempre più palmare e concreta, dell'esigenza di edificare, *case by case*, un sistema decentrato e policentrico nel quale il compito dell'ordine giudiziario rappresenta l'ultimo, flebile, baluardo di certezza del diritto in luogo di improbabili ingranaggi che consentano, con matematica certezza, di assegnare la prevalenza, l'equivalenza ovvero la subordinazione a questa, o quella, diversa Carta dei diritti.

Sapere, quindi, che ci sarà sempre un giudice che possa offrire composizione agli interessi in conflitto non può che essere di conforto: non solo per il singolo, in attesa di una risposta che plachi la sua sete di giustizia ma, pure, per l'intero sistema democratico, specie in un sistema di *hard law* sul tema *de quo* contaminato (o, diciamo pure, quasi interamente soppiantato) da una fitta tessitura di *soft law* rappresentato da codici di deontologia e linee-guida elaborate nell'ambito della professione medica e delle società scientifiche di riferimento.

Tutto questo, in breve, affinché il giudice possa infine pervenire alla scelta *giusta* (perlomeno secondo il combinato disposto degli artt. 111 Cost. e 6 e 8 CEDU), con tale espressione intendendosi quella risoluzione raggiunta sulla base dell'acquisizione del maggior numero di elementi raccolti mediante l'approfondita disamina di tutti gli accadimenti posti al suo cospetto e l'impiego di tutti i meccanismi processuali a disposizione del decisore. È, d'altro canto, la nuda aderenza ai fatti di causa a costituire, in primo luogo, la legittimazione del magistrato "a parlare": pur al crocevia dell'animato dialogo tra le Carte ovvero le Corti, difatti, questi non è tenuto a (e, non raramente, non è neppure in grado di) formulare principi di diritto destinati ad operare *oltre* la fattispecie, nell'impossibilità di un'ardua *reductio ad unum* di questi ultimi dovendosi più prosaicamente accontentare di trovare la regola che meglio si attagli al caso concreto. L'Autore ritiene, anzi, che vada fortemente ridimensionata la pretesa universalizzabilità del precedente di merito, come tale geneticamente

recando in sé impressa solo la regola del caso concreto per come emerso dalle risultanze processuali.

Una conclusione, in sintesi, che disvela il magistrato (non già, come taluni ancora stigmatizzano, nella sua *onnipotenza* quanto, al contrario) in tutta la propria, antropica e terrena, condizione di *impotenza* «rispetto ai *rivoli infiniti delle vicende umane* ai quali deve accostarsi, per funzione e non per scelta, senza perderne di vista nemmeno uno. Ché proprio la sottovalutazione o omessa ponderazione di anche solo un dato di fatto rischia di produrre soluzioni violative dei diritti fondamentali in gioco»: del quale fisiologico stato, peraltro, proprio la motivazione di cui si discorreva rappresenta la più consistente e concreta manifestazione, al fuoco di sbarramento dei pur legittimi timori di arbitrio opponendo la chiarezza del processo logico-cronologico che ha condotto il giudice ad assumere come “giusta” la decisione emanata. Esclusivamente a queste condizioni – non solo agli occhi degli addetti ai lavori ma, soprattutto, dell’opinione pubblica – il magistrato può sperare di affrancarsi definitivamente dall’onnipotenza e, casomai, accostarsi a quell’ideale di servitore *fedele* dello Stato ed ai valori repubblicani.

#### ***6. La diversa, ma non meno sfaccettata e complessa, posizione della giurisdizione di legittimità nel biodiritto: per una metamorfosi della funzione nomofilattica alla luce degli esiti sopranazionali***

Non meno sfaccettata e complessa di quella della giurisdizione di merito sin qui osservata appare, infine, la posizione della magistratura di legittimità, il punto di vista della quale, in tema di biodiritto, appare senz’altro privilegiato rispetto alla prima a motivo di almeno tre suoi peculiari compiti e, cioè, nello specifico: portare ad emersione i principi fondamentali visibili in controluce nella Costituzione e nelle altre Carte fondamentali dei diritti; costantemente dialogare con le giurisdizioni sopranazionali grazie al doppio binario di dialogo offerto, rispettivamente, dall’obbligatorio rinvio pregiudiziale alle CGUE ex art. 267 TFUE e dal facoltativo parere da rivolgere alla CEDU ai sensi del nuovo protocollo n. 16 annesso alla Convenzione europea; servirsi – e, attraverso, la predetta

interlocuzione inter-giurisprudenziale provare a valorizzare – la tradizionale funzione nomofilattica ad essa fisiologicamente riservata. A proposito di tale ultima in particolare, l'opera in esame non può che registrare l'obsolescenza di una formula ormai anacronistica come quella di cui all'art. 65, R.D. 30 Gennaio 1941, n. 12, – che attribuisce alla suprema Corte di Cassazione il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» ovvero di regolare «i conflitti di competenza e di attribuzioni», nonché di adempiere «gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge» – la quale rischia miseramente di sgretolarsi nell'impatto con la normativa eurounitaria, la CEDU e, più in generale, col complesso dei Trattati internazionali, ex art. 117, comma 1, Cost., in tema di diritti. Rischio formidabile, quest'ultimo cui è esposta la nomofilachia classicamente intesa, eppure grandemente riducibile (fino ad essere scansato del tutto...) solo a condizione che quell'anacronistica «unità del diritto oggettivo nazionale» ex art. 65, cit., venga fatta oggetto di un'interpretazione radicalmente evolutiva che porti, quantomeno, ad emersione il cambio di passo della funzione nomofilattica svolta dalla Cassazione, giuridicamente obbligata a garantire l'uniforme interpretazione del diritto interno, sì, ma solo se reinterpretato alla luce della CEDU, dei trattati internazionali e del diritto eurounitario. In tale ultimo senso, ad un complessivo rinnovamento (*melius*, svecchiamento) delle competenze del giudice non potrebbe quindi che fare da *pendant*, secondo Conti, un'opportuna "linea di galleggiamento" dello stesso – specie quando magistrato di ultima istanza – magari rappresentata da altri giudici di merito che possano affiancarsi al primo quali assistenti di studio, solamente a considerare che «proprio la dimensione internazionale del diritto ormai innescatasi» pretende che il ruolo giudiziario sia «svolto coniugando all'evidente professionalità anche tempi di studio e di sedimentazione adeguati». Che questa ineludibile metamorfosi della nomofilachia debba, poi, voler pure necessariamente significare una pretesa universalizzazione delle pronunzie del giudice di legittimità però – avverte l'Autore – è tutt'altro paio di maniche, una lettura in chiave moderna del ruolo della Cassazione

facendo casomai propendere anche per le decisioni da essa rese, sebbene espressive di un principio di diritto, in favore di un'implicita clausola *rebus sic stantibus*: con l'affatto secondaria conseguenza che, intanto la sentenza del giudice supremo potrà assumere il vincolo di precedente per tutte le decisioni successivamente emanate, in quanto esse vengano esclusivamente pronunziate sopra casi dalle caratteristiche assolutamente identiche. La qual cosa, nondimeno, pare obiettivamente assai difficile a verificarsi in una materia talmente fluida e cangiante nel modo, appunto, di quella *de qua*: così starebbe del resto a testimoniare la sent. CEDU del 16 dicembre 2008 (causa *Ada Rossi e altri c. Italia*) originata dal ricorso di taluni tutori legali (nell'interesse di altrettanti pazienti in stato vegetativo) nonché di talaltre associazioni *onlus* avverso le decisioni – rispettivamente, della Corte d'Appello di Milano (25 giugno 2008) e di quella di Cassazione (11 novembre 2008) – che autorizzavano l'interruzione della nutrizione/idratazione artificiali ad Eluana Englaro, cittadina italiana in S.V. da più di sedici anni a causa di un incidente stradale, in quanto ritenute rispettivamente lesive degli artt. 2 (*Diritto alla vita*), 3 (*Proibizione della tortura*) e 6 (*Diritto a un equo processo*) CEDU.

Accertata l'irricevibilità della suddetta impugnazione per carenza d'interesse a ricorrere in capo agli attori – fossero essi persone fisiche ovvero giuridiche – a proposito del caso in esame i giudici di Strasburgo non mancarono, difatti, di rilevare come l'impugnata pronunzia italiana d'appello, lungi dall'ordinare qualsivoglia sospensione dei c.d. *life-sustains*, si fosse semplicemente limitata a dichiarare non illegittima l'autorizzazione concessa al padre della giovane, in definitiva confermando «il carattere 'casistico' della giurisdizione già messo in evidenza da Corte cost. n. 334/2008, ma anche il valore della pronunzia giurisdizionale, *l'unicum* che ad essa è sotteso, senza tuttavia perderne i principi che pure essa riconosce». Il vero nodo problematico risiederebbe piuttosto altrove, al fine di verificare l'eventuale contrasto della disposizione interna con la Convenzione europea spettando com'è noto al giudice comune di riferirsi alle norme della CEDU per come interpretate dalla Corte di Strasburgo «specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione»: ciò perché il contenuto della Convenzione

(e degli obblighi da essa discendenti) non può che essenzialmente essere quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato; seppure tale diritto vivente convenzionale debba esser osservato nella «sostanza» («con un margine di apprezzamento e di adeguamento», cioè, «che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»).

Peccato solo che, a differenza di quello eurounitario – che espressamente contempla il rinvio pregiudiziale *ex art. 267, cit.*, come privilegiato strumento di “dialogo” tra giudici interni e CGUE – l'ordinamento EDU non prevedesse analogo istituto di raccordo con i giudici di Strasburgo: con la conseguenza di mantenere un'ambigua asimmetria (e, diciamo pure, disparità) dell'autorità giurisdizionale nazionale rispetto ai considerati giudici sopranazionali. A tale endemico stato di cose, nondimeno, si è cercato da ultimo di ovviare con la recentissima annessione alla CEDU del Protocollo n. 16, di cui *supra* si ricordava, col quale, di fatto e per la prima volta, si introduce una procedura in tutto e per tutto speculare a quella pregiudiziale: con la facoltà, cioè, per i giudici di ultima istanza nazionali di rivolgersi dirett

amente alla Corte EDU per ottenerne – prima di pronunciarsi definitivamente sul caso ad essi sottoposto – un'opinione “non vincolante” in ordine all'interpretazione della Convenzione europea. Natura preventiva dell'attivazione e non vincolatività del parere eventualmente reso – anziché eliderle in ossequio ad un rapporto di tipo gerarchico-verticale con la CEDU – non fanno che valorizzare dunque le prerogative del giudice nazionale, tanto nella fase di facoltativo promovimento del ricorso al giudice di Strasburgo che in quella successiva di recepimento del parere: quest'ultimo essendo invero l'unica autorità, non solo ad avere piena contezza dei fatti del processo ma pure, nelle più adatte condizioni per valutare la necessità di una pronuncia interlocutoria rispetto al procedimento innanzi a sé pendente.

Alla stregua, per dir così, del suo più noto “fratello maggiore”, quindi, la neonata procedura di parere consultivo alla CEDU di cui al Prot. cit. nasce evidentemente dallo sforzo di soddisfare (e, nei limiti del possibile, di

mediare tra) esigenze assai diverse tra di loro: come quella dell'effettiva ed uniforme applicazione del diritto convenzionale negli Stati aderenti, per un verso, e quella del controllo di compatibilità delle norme EDU da parte del giudice statale chiamato ad applicarle, dall'altro. Nel segno della sussidiarietà – intesa nella sua più genuina e saliente accezione di dialettica paritaria-orizzontale – ci si è sforzati insomma di evitare di convertire la Corte europea dei diritti dell'uomo in giudice di mera revisione, ovvero di cassazione, gerarchicamente sovraordinato a quelli dei singoli Stati membri, da una parte; d'introdurre un riparto di competenze fondato su un rapporto di *cooperazione tecnica* tra autorità giurisdizionale convenzionale e nazionale, dall'altra. Quanto siffatta nuova forma di interlocuzione potrà far germogliare nuovi e più succosi frutti sull'albero del dialogo intergiurisdizionale ovviamente è ancora presto per dirlo e solo il tempo potrà confermarne, o smentirne, gli esiti: certo non mancano di già quanti, di poco a ridosso dell'approvazione del suddetto Protocollo, ne abbiano segnalato i possibili corto-circuiti in tema di applicazione interna e compatibilità col diritto eurounitario.

A parte i profili, come gli ultimi ora considerati, di là da venire, ad oggi resta comunque il fatto che – in chiusura delle sparse notazioni da esso così generosamente suggerite – rappresenta senz'altro un appuntamento da non perdere quest'ultimo contributo monografico di Roberto Conti: almeno per quanti sono ancora ansiosi di guardare alle "difficili" questioni biogiuridiche da una prospettiva *ex parte iudicis* di rara sapienza e sensibilità, nelle premesse, e di non poca lucidità ed equilibrio, nelle conclusioni prospettate.

---

... a partire dalla stessa – tutt'ora non poco controversa – espressione «biodiritto», a parere di taluni (*ex plurimis*, M. Cuyas, *Responsabilità e biodiritto*, in *Civ. catt.*, 1994, 148; M. Casini, *I diritti dell'uomo, la bioetica e l'embrione umano*, in *Med. e morale*, 2003, spec. 69) precipuamente coniata allo scopo di attirare l'attenzione dei partecipanti al Congresso organizzato dall'Università Nazionale "Andrés Bello" di Santiago del Cile sulle conseguenze giuridiche del progresso biotecnologico nell'ottobre del 1993.

... alla quale opera – in mancanza di diversa indicazione – debbono intendersi tutti i riferimenti di seguito riportati.

Per tale, originale, espressione cfr. part. A. Ruggeri, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 24/2009 e, più di recente, Id., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (2 Luglio 2010).

Ben consapevole di ciò, peraltro, R. Conti lo accerta sin da subito (spec. cap. II, 23).

Sui profili che seguono, volendo, S. Agosta, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio-vita*, I, Milano, 2012, 27.

Cfr. part. F. D'Agostino, *Il problema bioetica in una società pluralistica*, Roma, 1987, 31.

Così, sent. n. 45/2005 (punto 6 *cons. dir.*) sulla richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della l. n. 40/2004 recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, su cui, *ex plurimis*, A. Ruggeri, *Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*; E. Lamarque, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*; A. Pugiotto, *Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte*; S. Penasa, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, tutti in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (rispettivamente, 23 Marzo 2005 e 19 Aprile 2005) nonché A. Di Blasi, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 3/2004 e V. Satta, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it) (senza data).

Sarebbero, poi, da ricondurre al più ampio *genus* "diritto fondamentale" almeno tre distinte *species* di diritti quali: i diritti di libertà espressamente



previsti (ex artt. 13 ss. Cost.); i diritti fondamentali derivanti dai diritti di libertà costituzionalmente protetti; le facoltà di cui l'individuo dispone istintivamente ogni giorno (in seno alle quali un'accorta dottrina distingue, poi, tra diritti fondamentali "inespressi" e talune, non completamente precisate, situazioni giuridiche soggettive attive) (in tal senso, A. Spadaro, *Il problema del "fondamento" dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1991, 466).

Sul punto, per esempio, G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (senza data).

... dalla casalinga in quanto lavoratrice al militare, dalla persona sottoposta a perizia a tutti i partecipanti, a vario titolo, al processo giurisdizionale, dal magistrato al lavoratore, qualunque sia la funzione da quest'ultimo svolta: così, se si vuole, S. Agosta, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di fine-vita*, II, cit., 116.

Così, R. Conti, 32.

Cfr., R. Conti, 34.

In tal senso, R. Conti, 37.

Così, R. Conti, 48.

Cfr., R. Conti, 39.

Così, R. Conti, 37.

Per i rilievi che seguono, sia consentito rinviare a S. Agosta, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruentes ed almeno una proposta costruens)*, in *Dir. soc.*, 2009, part. 20 s.

Cfr., R. Conti, 185 s.

Una lotta senza esclusione di colpi e senza quartiere quella, dunque, tra *regole* della Costituzione e *regolarità* della politica della quale ha in particolare reso conto A. Ruggeri Perché se poi «i giudici, trovandosi costretti loro malgrado ad esercitare la funzione ad essi affidata, cercano di trovare nel sistema normativo le *rationes* sulla cui base decidere, si

cerca di bloccarli ricorrendo alla Corte»: così R. Bin, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (7 Ottobre 2008).

Così, volendo, S. Agosta, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (9 Maggio 2011), spec. 3 s.

Come si rammenterà, il caso era nello specifico quello di due coniugi – entrambi portatori di una mutazione del gene SMA1, all'origine dell'atrofia muscolare spinale di tipo 1 (idonea nel 25% dei casi a trasmettersi in sede di concepimento della prole) – i quali avevano già sostenuto ben quattro gravidanze: rivoltasi ad un centro salernitano di fecondazione assistita per intraprenderne una nuova, la coppia si sentiva tuttavia negare siffatta richiesta, reputando il suddetto centro di non poter procedere alla diagnosi preimpianto degli embrioni da prodursi e di non poter pertanto esaudire l'aspettativa dei coniugi di accettare il trasferimento di soli embrioni non affetti dalla patologia in oggetto. Autorizzando, invece, a ricorrere alla PMA (debitamente preceduta da DPI con tecniche combinate di citogenetica e di genetica molecolare per mettere al mondo un figlio che potesse sopravvivere) una coppia fertile, la suddetta pronunzia disinvoltamente superava, con un'interpretazione adeguatrice degli artt. 1, comma 2, e 4, comma 2, un divieto altrimenti alla lettera invalicabile per le coppie non sterili, né tanto meno infertili, di accedere liberamente all'inseminazione artificiale (ancora sul punto, se si vuole, S. Agosta, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale*, cit.).

Così, R. Conti, 117.

In oggetto, dello stesso R. Conti, cfr. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, nonché, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio-R. Foglia, Milano, 2013, 253 ss. (nella prospettiva comparatistica, ad es., E. Ceccherini, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2013, 467 ss.).

In oggetto, *ex plurimis*, M. Fyrnys, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1231 ss.; B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012 123 ss.; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012 105 ss.; V. Manes, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2012, 864; F. Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 1/2013.

Tendenza EDU, questa ora accennata, avallata pure dalla stessa Corte costituzionale, ad es. con decc. nn. 210-235/2013 (sulle quali, F. Viganò, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU*, Id., *Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, e G. Romeo, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, tutti in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), rispettivamente, 19 e 26 Luglio 2013, 1 Ottobre 2013).

Per queste considerazioni, sia consentito rinviare a S. Agosta, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 25 s.

Così, R. Conti, 116.

In oggetto, per esempio, cfr. i contributi di AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-E. Grosso-J. Luther, Torino, 2007; E. Grosso, *I doveri costituzionali*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, a cura dell'AIC, Napoli, 2010, 229 ss.; B. De Maria, *Le garanzie dei doveri costituzionali*, Napoli, 2012; nonché da ultimo, e più ampiamente, A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, part. 169 ss.

Così, R. Conti, 64.

Cfr., R. Conti, 112.

Per i rilievi che seguono, volendo, S. Agosta, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto*

all'epoca della rivoluzione biologica, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n.1/2014, 3 s.

In tal senso, già A. Ruggeri, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le «metamorfosi» dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994, 143 ss.

In oggetto, tra i tanti, G. D'Amico, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, Torino, 2002, 431 ss.; Id., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, part. 31 ss.

Così, R. Conti, 117.

Cfr., R. Conti, 92.

Così, R. Conti, 91.

Sul punto, M. Gensabella Furnari, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Soveria Mannelli (Cz), 2008, *passim*.

Cfr., R. Conti, 98.

... sulla quale – a volte non poco sfilacciata – trama, se si vuole, S. Agosta, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito*, cit., *passim*.

Così, R. Conti, 108.

Cfr., R. Conti, 187.

Così, R. Conti, 143: a commento di Corte cost., ord. n. 334/2008, cfr., ad esempio, R. Bin, *Se non sale in cielo*, cit., e S. Spinelli, *Re giudice o re legislatore?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (senza data), nonché R. Romboli, ***Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità***, in *Foro it.*, 2009, 1, 46 ss.

Sui profili che seguono sia consentito rinviare a S. Agosta, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (23 Luglio 2012).

In questo senso, *ex plurimis*, Corte cost. sent. n. 236/2011 richiamando le storiche sentt. gemelle del 2007, nn. 348-349.

Così, per esempio, Corte cost. sent. n. 78/2012 (punto 13, *cons. dir.*).

Sul punto, Corte cost. sent. n. 311/2009, a proposito della quale v. A. Ruggeri, [Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU](#), in [www.forumcostituzionale.it](#) (senza data) e R. Dickmann, [La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?](#), in [www.federalismi.it](#), n. 24/2009.

Così, nuovamente, sentt. nn. 236, cit., punto 9 *cons. dir.*, e 317, cit.

Cfr. decisione del Consiglio dei Ministri del 10 Luglio 2013.

Tra i primi, A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in [www.rivistaaic.it](#), n. 1/2014.