

ALCUNE RIFLESSIONI FINALI, MA NON CONCLUSIVE, SU SCIENZA, BIOETICA, GIUSTIZIA E POLITICA*.

di Andrea Patroni Griffi**

1. Il tema del rapporto tra scienza e diritto si declina in molteplici, possibili profili, come emerso nella ricca pluralità delle relazioni.

Cercherò di mettere sul tavolo, in quelle che non possono essere delle “conclusioni” per l’ampiezza e la natura del tema, alcuni “nodi” in particolare nella prospettiva delle questioni della bioetica e delle relative regole “tra legislatore e giudici” (si rinvia al mio *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, anche per gli approfondimenti bibliografici). Si tratta di un osservatorio che presenta un doppio rischio di patologia sia sul versante di un legislatore inadeguato o assente sia sul piano di un diritto giurisprudenziale, che talora tende a sfociare negli eccessi di un “giudice legislatore” o, peggio ancora dato il carattere scientifico delle questioni, di un “giudice scienziato”. Si potrebbero richiamare, a tale ultimo riguardo, alcune decisioni di giudici di merito, ad esempio, sul caso Stamina o sui vaccini e l’ipotizzata esperibilità di azioni di risarcimento. Ma vi sono anche casi di virtuosità nelle relazioni tra le diverse scienze sottostanti ai processi cognitivi dinanzi alla giurisprudenza, così come richiamati anche nelle relazioni.

Dalla prospettiva del Costituzionalista occorre distinguere i campi rimessi alla discrezionalità del legislatore dalle scelte incostituzionali perché irragionevoli. E tali scelte possono essere irragionevoli e, quindi, incostituzionali perché contrarie ad ogni evidenza scientifica. Allo stesso modo ogni sentenza di un qualsiasi giudice può essere illegittima e, prim’ancora, ingiusta e inaccettabile perché contraria a qualsiasi “ragione”, argomentazione, evidenza conosciuta dalle altre scienze che venissero immotivatamente disattese da quel giudice nella propria decisione.

* Sottoposto a referaggio.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

2. La legge n. 40/2004 in tema di fecondazione assistita rappresenta il prototipo di una legge, su temi di rilevanza scientifica, contenente una disciplina dettagliata, ma fatta di scelte scientificamente irragionevoli, come nel caso del limite dei tre embrioni, del divieto generale di analisi genetica preimpianto o di fecondazione eterologa. Ed è anche osservatorio la legge n. 40/2004 di questioni dal punto di vista etico, scientifico e giuridico assai controverse, come quella sulla sorte degli embrioni sovranumerari o sulla maternità surrogata e la gestazione per altri nelle innumerevoli varianti.

I bilanciamenti nell'inizio vita presupposti dall'accesso alle tecniche della fecondazione assistita e alla conseguente produzione di embrioni devono assicurare adeguata, ragionevole tutela dei *plurimi* diritti e interessi coinvolti. Il fatto è che i termini e in parte gli stessi esiti di tali bilanciamenti sono dati spesso dalle altre scienze, diverse da quella giuridica, ma in dialogo necessario con la stessa.

Nell'inizio vita, nell'accesso alla fecondazione assistita, rileva, come la Corte sempre ribadisce, l'interesse alla tutela dell'embrione. Pur nella sua natura di "incerto umano", esso è degno di rilievo costituzionale e può condurre a individuare limiti ragionevoli all'esercizio della discrezionalità legislativa, che però non compromettano, nel ragionevole bilanciamento, diritti e libertà di chi è già persona, in particolare quando inerenti alla salute o anche altri diritti e libertà.

La giurisprudenza della Corte deve riuscire a non negare spazi di scelta all'apprezzamento discrezionale del legislatore, ma al contempo sapere fissare paletti per un ragionevole esercizio di tale discrezionalità.

Tali paletti sono nella Costituzione, come evidente. Ma i diritti e principi che fungono da parametri nei giudizi sono riempiti di significati dalle scienze e dalle evidenze scientifiche raggiunte nei vari campi.

La legge n. 40/2004 è emblematica sia della necessità della presenza di una qualche disciplina in tema di fecondazione assistita – e lo stesso si potrebbe sostenere per diversi altri ambiti etico-scientifici – sia però anche di "guasti" e incongruenze, provocati da una legge, in cui l'impostazione ideologica, in contrasto con il corretto metodo del normare soprattutto in bioetica, finisce per prevalere sulla ragionevolezza delle scelte e dei bilanciamenti operati.

Così la Corte costituzionale, già in una delle prime sentenze sul tema (sent. n.151/2009), censura due limiti irragionevoli, in quanto intimamente *contra scientiam*, contenuti nella

legge n. 40, quali il divieto di creare più di tre embrioni e il divieto di congelare quelli non impiantati.

Queste attività in realtà costituiscono scelte di naturale appannaggio di valutazione medica al fine di garantire in modo adeguato il diritto alla salute della donna. Occorre ovverosia riconoscere, in tali casi, ambiti di prudente, flessibile apprezzamento medico-scientifico. Tutto ciò, sottolinea la Corte costituzionale, “si pone, in definitiva, in contrasto con l’articolo 3 della Costituzione, riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l’articolo 32 della Costituzione, per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso”.

Si tratta di scelte che il legislatore non avrebbe dovuto direttamente fissare in modo generale e assoluto. Sono valutazioni che attengono, invece, all’apprezzamento del medico, a garanzia del diritto alla salute della donna, che accede alla fecondazione in condizioni personali, di salute, di età anche molto diverse, e che non possono essere regolate per legge in modo uniforme, se non secondo un canone quasi diremmo di ragionevolezza scientifica. La Corte poi fa cadere il divieto generale di analisi genetica preimpianto, contenuto sempre nella legge n. 40, da parte di coppie fertili, ma affette da malattia genetica. Anche qui si tratta di una scelta irragionevole sul piano scientifico. E la sentenza n. 96/2015 coerentemente richiama la stessa legge n. 194/1978. Il criterio di grave pericolo “per la salute fisica o psichica della donna” diviene, infatti, “presupposto per l’interruzione tardiva di gravidanza”, utilizzato “come *tertium comparationis* che enuncia i presupposti necessari per accedere alla diagnosi preimpianto”. La sentenza dichiara l’illegittimità del divieto di diagnosi genetica preimpianto contenuto nella legge 40 nella parte in cui tali norme “non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di *gravità* di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche”.

Sulla sorte degli embrioni sovrannumerari nella sentenza n. 84/2016 della Consulta invece la Corte non si spinge a tanto.

La Consulta considera infatti la rimozione del divieto di sperimentazione o di altro impiego

degli embrioni una scelta che rientra nell'esercizio della discrezionalità del legislatore e non contraria di per sé a scelte che evidenze scientifiche sottraggano al legislatore.

Senonché non si comprende la ratio e l'effettività della "tutela" di un embrione destinato a un' indefinita crioconservazione, laddove poi non sarà più in grado di essere impiantato.

La Consulta sottolinea come spetti comunque al legislatore la disciplina sulla sorte degli embrioni sovranumerari, che andrebbe adottata sulla scorta dei dati scientifici, distinguendo i diversi stadi di sviluppo anche "pre-embrionale" e semmai rimettendo opportunamente le determinazioni sulla sorte di tali embrioni alla decisione di organismi etico-scientifici.

3. Questi rapidi esempi ci conducono dritti al cuore della questione relativa all'elaborazione della norma in bioetica, laddove rileva il dato scientifico, nella definizione dello spazio delle scelte politiche e del ruolo del diritto giurisprudenziale.

In realtà, la stessa contrapposizione in materia tra "principilismo" e "casistica" acquista una valenza descrittiva nel biodiritto, laddove emerge il necessario superamento di ogni prospettiva di schematica contrapposizione.

Il biodiritto è un processo al contempo deduttivo, che parte dai principi per risolvere i casi concreti, e induttivo, che muove dallo studio delle esperienze e dalla casistica per arrivare a una definizione generale a livello di principi. E' stato rilevato un "rincorrersi continuo", anzi "il reciproco completamento tra dimensione legislativa e dimensione giudiziaria", o meglio potremmo dire con espressione di Calamandrei tra formulazione legislativa e "formulazione giudiziaria" del diritto.

Anche perché in bioetica la norma deve essere necessariamente flessibile, elastica, che lasci al contempo spazio all'autodeterminazione della persona, alla pratica medica e all'applicazione giudiziaria.

Tali norme non possono non tenere conto dei risultati dell'evidenza scientifica e anche dal cambiamento degli stessi per la falsificabilità del metodo. In tal senso non è errato ragionare in termini di parametro di "ragionevolezza scientifica".

La scienza, in qualche modo, talora, è al contempo il presupposto per l'esercizio tanto della valutazione politica, alla base dell'esercizio del potere legislativo, tanto dell'attività ermeneutica, con cui il giudice ricava la norma da applicare al caso concreto.

Le frontiere della bioetica sono in continua evoluzione ed è impossibile prevederne i limiti, anche in ragione del progresso scientifico, se non attraverso una disciplina giuridica duttile e flessibile, elastica e leggera.

La disciplina legislativa dovrebbe senza dubbio svolgere una scelta, la più largamente condivisa su alcune opzioni di fondo, che si traducano, per quanto possibile, in norme che lascino adeguati spazi di modulazione tanto alle prassi e alle decisioni mediche tanto all'opera dei giudici, i quali saranno chiamati, nelle diverse sedi, ad applicare la norma alla fattispecie concreta.

In bioetica la legge deve intervenire. Nel farlo non può tutto prevedere. Lo spazio rimesso al giudice nell'applicare il diritto al caso concreto riveste un ruolo decisivo. La regola in bioetica non può tradursi in disciplina di dettaglio, fatta da meri ordini, divieti e limiti stringenti, come emblematicamente quello, caduto sotto la scure della Corte, del numero massimo di produzione di tre embrioni.

Buone leggi in campo bioetico e scientifico non sono frutto di mera regola di maggioranza. Dove le forze prevalenti in una legislatura si fanno la "loro" legge, che semmai è irragionevole come nel caso della legge n. 40/2004, riscritta dalla Consulta, o verrà comunque cancellata e sostituita da altra di segno opposto dalla successiva maggioranza parlamentare.

La legge in questi campi deve essere frutto di confronto e sintesi democratica e plurale nel Parlamento.

Come magistralmente rilevato, "la mancanza di valori condivisi non può essere sostituita da «un'etica dei più», imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie" (S. Rodotà).

E' la costruzione a livello politico di un consenso ampio, sul piano dei valori di riferimento, la prospettiva migliore del legiferare in bioetica. Senza un tale modo di procedere, ponderare nel legiferare, ridurre a sintesi ragionevole i contrapposti diritti e interessi costituzionali, non si fa altro che rimettere il tutto ai giudici nel momento dell'applicazione al concreto fatto della vita di un "diritto", che diviene davvero poi "incalcolabile", ad utilizzare la preoccupata espressione di Natalino Irti.

Occorre invece porre limite all'incalcolabilità del diritto, ancor più del biodiritto, e questo non è un ritorno ad un anacronistico giudice *bouche de la loi* o allo stretto sillogismo, ma è un inno, un manifesto ad andare oltre le due culture con un costante, sapiente dialogo tra

diritto e altre scienze funzionali sia al momento della cognizione del giudice sia, ancor prima, alla stessa elaborazione della regolazione normativa.

4. In conclusione e allargando lo scenario alle nuove scoperte scientifiche e agli effetti delle stesse nel mondo del diritto, oggi possiamo solo immaginare i cambiamenti che le applicazioni dell'intelligenza artificiale, degli algoritmi possono produrre nei diversi campi sociali e professionali del loro possibile impiego. Un potenziale stravolgimento della società e, dunque, anche del diritto, se resta vero che *ubi societas, ibi ius* come insegnato dagli antichi.

Le scienze legate alla società degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale mostrano capacità di impattare nel mondo del diritto sotto un triplice angolo prospettico.

Il primo è quello del ruolo del giudice, a cui è rimesso l'incontro del fatto concreto con la norma generale ed astratta. E' il giudice a fare questo con la sua capacità di svolgere quel processo logico, con cui ricava la norma dalla disposizione, e di applicare poi quella norma individuata al fatto concreto, il quale anch'esso andrà interpretato.

Non è difficile immaginare che l'intelligenza artificiale costituirà uno degli ausiliari del giudice, accanto, o al posto, del cancelliere, ad esempio, sia per ciò che concerne la ricerca della norma e dei precedenti sia per ciò che riguarda la ricostruzione del materiale probatorio.

E' noto, poi che sono in atto sperimentazioni per sostituire il giudice, specialmente per gli *small claims*, controversie di modesta entità, o per determinate fasi del giudizio, non prive in realtà di assoluto rilievo, come ad esempio, nella determinazione della pena o dell'ammontare del risarcimento.

Notevoli sono gli investimenti, pubblici e privati, sulla giustizia predittiva, volta a formulare una previsione statistica circa l'esito di una possibile controversia.

Il secondo profilo è quello dell'intelligenza artificiale come *oggetto* del diritto in alcuni ambiti, come la responsabilità dei veicoli a guida automatica, quello lavoristico, nella discriminazione nell'accesso al lavoro o nell'organizzazione del lavoro sia quello stesso penale. E sono emersi profili in cui emerge la delicatezza delle questioni.

Infine, le scienze rilevano poi dal punto di vista del legislatore e della politica, a cui è rimessa la produzione della legge e delle altre fonti del diritto. Anche il processo politico

di elaborazione delle scelte normative riguardanti l'intelligenza artificiale si deve rapportare sempre più con il dato scientifico, come sopra visto per la bioetica e le questioni di inizio vita. E il dato scientifico segna sempre più i confini di ragionevolezza e quindi di legittimità delle scelte operabili dal legislatore.

La stessa attività di produzione normativa, intrinsecamente collegata alla (perduta) centralità del Parlamento, può essere oggetto di problematica elaborazione da parte dell'intelligenza artificiale e non può escludersi che in futuro rientri tra gli stessi strumenti degli uffici parlamentari.

Oggi peraltro tutto ciò avviene in un quadro in cui tra politica e giustizia, tra Corti e legislatore, gli steccati non sembrano sempre così rigidamente fissati e lo *ius dicere* non sempre segue, ma talora precede la *legis latio*.

Le scienze cognitive, in conclusione, segnano una forte ascesa della dimensione fattuale del diritto a danno della sua dimensione strettamente normativista e sembrano segnare il superamento del libero convincimento del giudice e dello stesso brocardo dello *iudex peritus peritorum*.

Certo, oggi il giudice non può accostarsi alle altre scienze senza l'ausilio delle consulenze tecniche. Ma le stesse offrono esiti che non riducono necessariamente il ruolo del giudice e che non possono tradursi in una sorta di alibi a suo favore.

Il diritto stesso è una scienza con le sue regole, anche nel necessario dialogo con le altre scienze, che sempre di più svolgono funzione di supporto e sostegno alla decisione giudiziaria, ma non si sostituiscono alla stessa. Anche nello scenario che appare ancora futuro, ma sempre meno futuribile, dell'applicazione dell'intelligenza artificiale al diritto e alle decisioni giudiziarie il ruolo del giudice e del giurista è destinato a cambiare ma non a scomparire.

Il calcolo statistico, matematico, il *deep learning* e i *big data*, quali rispettivamente motore e combustibile dell'intelligenza artificiale, non possono prescindere dall'applicazione delle categorie giuridiche, così come di quelle mediche in sanità e così via.

Occorre chiedersi, però, se in futuro l'intelligenza artificiale fornirà il suo contributo anche a modellare tali categorie, se non a formarne di nuove. A chi apparterrà, in tale caso, il compito di istruirla e sorvegliarla? Nella consapevolezza che queste sedi di istruzione e sorveglianza dell'intelligenza artificiale saranno, se non lo sono già, le sedi di nuovi, forti poteri, su cui il Diritto costituzionale non deve mai cessare di svolgere la sua primaria

funzione di limite al potere a garanzia democratica dei diritti fondamentali, qualunque sia la derivazione di tale potere: politico, economico o anche scientifico e tecnologico.