



*Direttore*

Giuseppe Cricenti

Tribunale Ordinario di Roma

*Comitato scientifico*

Guido Alpa

“Sapienza” Università di Roma

Giovanni Arcudi

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Patrizia Borsellino

Università degli studi di Milano

Adolfo Di Majo

Università degli Studi Roma Tre

Enrico Del Prato

Università degli Studi Roma Tre

Donato Carusi

Università degli Studi di Genova

Paolo Cendon

Università degli Studi di Trieste

Carla Faralli

“Alma Mater Studiorum”

Università di Bologna

Aurelio Gentili

Università degli Studi Roma Tre

Giovanni Guzzetta

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Nicolò Lipari

“Sapienza” Università di Roma

Salvatore Mazzamuto

Università degli Studi Roma Tre

Cosimo Mazzoni

Università degli Studi di Siena

Salvatore Patti

“Sapienza” Università di Roma

Pietro Rescigno

Accademia Nazionale dei Lincei

Giorgio Resta

Università degli Studi di Bari

Michele Tamponi

Libera Università Internazionale degli

Studi Sociali “Guido Carli” di Roma

Paolo Zatti

Università degli Studi di Padova

## QUADERNI DI BIODIRITTO

La collana “Quaderni di Biodiritto” affianca la pubblicazione della Rivista di Biodiritto non come semplice approfondimento monografico dei temi di questa. L’aumento delle norme su questioni bioetiche rischia di imporre loro una dimensione eminentemente politica, e così di assecondare la battuta di H.L.A. Hart secondo la quale il diritto è una cosa troppo importante per essere lasciata ai giuristi. Lo scopo è allora quello di riunire intorno a temi di bioetica giuristi convinti della possibilità di trovare un consenso tra le grandi opzioni relative alla nascita, la morte, la procreazione etc., e, perché no?, della possibilità di fondare un diritto della bioetica.



Roberto Conti

## **I giudici e il biodiritto**

Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo  
del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee



Copyright © MMXIV  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133/A-B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-6807-6

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2014

# Indice

15 *Prefazione*

Parte I  
**La dignità umana**  
**Concetto plurale ma insostituibile**

21 Capitolo I  
*Una doverosa premessa*

23 Capitolo II  
*Quale peso ha (e cos'è?) la dignità umana nella concreta decisione delle controversie eticamente sensibili*

Parte II  
**I giudici nel biodiritto**

37 Capitolo I  
*Re giudice o re legislatore?*

1.1. Il ruolo del giudice nel labirinto, tra fatto, scienza e valori, 43.

53 Capitolo II  
*La giurisprudenza come “fonte del diritto”*

### Parte III Giudice di merito e biodiritto

#### 63      Capitolo I

##### *Il tentativo di dare qualche risposta alle domande*

1.1. Un progetto, in nuce, di protocollo operativo per il giudice delle questioni biogiuridiche, 63 – 1.2. La rilevanza del *fatto* nelle controversie in tema di biodiritto, 65 – 1.3. Il ruolo del consenso nella dimensione giudiziale, 70 – 1.4. Consenso, autoderminazione e ascolto di minori e disabili, 78 – 1.5. Dal consenso all’ascolto, 87 – 1.6. Il giudice di merito nel labirinto, alla ricerca dei valori, 92 – 1.7. Il giudice di merito fra *soft law* e *hard law*, 99 – 1.8. Il giudice non è legislatore ma *decisore* del caso concreto, 103 – 1.9. Il giudice ed i limiti degli atti *contra legem*, 115 – 1.10. Qualche punto fermo sul ruolo del giudice di merito e sull’esigenza di specializzazione in funzione della dignità umana, 117 – 1.11. Sull’affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso. Le decisioni di due giudici di merito — G.T. Parma, 3 luglio 2013 e Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013, 120.

### Parte IV Giudice di legittimità e biodiritto

#### 137      Capitolo I

##### *Il ruolo della Corte di Cassazione*

1.1. La distinzione fra diritto giurisprudenziale e diritto scritto scolpita dalla Corte costituzionale — sent.n. 230/12, 143 – 1.2. La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, 151 – 1.3. La Cassazione e la rilevanza della comparazione, 163 – 1.4. L’equilibrio fra giudice e legislatore. Il valore della motivazione come elemento di recupero della certezza del diritto (giurisprudenziale e non), 166.

#### 169      Capitolo II

##### *Qualche riflessione sul ruolo del giudice rispetto ai “confini” interni ed esterni del suo agire*

2.1. Il giudice ed i confini, 169 – 2.2. Il giudice fra le Carte dei diritti, 170.



- 183 Capitolo III  
*Le inquietudini del Giudice: alla ricerca dei confini, dell'etica repubblicana e di quella giudiziaria*
- 3.1. L'obbligo di fedeltà del giudice e del legislatore ai valori costituzionali, 183.

## Parte V

### Due esempi di buona legislazione in tema di biodiritto

- 193 Capitolo I  
*Quando legislatore e giudici vanno d'accordo*
- 1.1. L'amministrazione di sostegno e la figura del Giudice tutelare come garante della persona che ha bisogno di "cure". Un *pugno di indicazioni essenziali* al giudice del caso concreto, 193 – 1.2. Giudice tutelare e specializzazione, 204 – 1.3. Segue. La legge sui trapianti di rene, 206.

## Parte VI

### La Corte europea dei diritti dell'uomo e il biodiritto

- 213 Capitolo I  
*Il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle questioni eticamente sensibili*
- 1.1. Scomposizione dei problemi: a) Il ruolo della c.d. dottrina del consenso, 214 – 1.2. Corte EDU, Camera, 1 aprile 2010, *S. H. e altri c. Austria* e Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S. H. e altri c. Austria*, in tema di PMA — fecondazione eterologa, 217 – 1.3. La c.d. diagnosi preimpianto — Corte EDU 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, 224 – 1.4. Corte EDU, 24 giugno 2010, *S. e K. c. Austria* in tema di matrimonio fra persone dello stesso sesso, 226 – 1.5. L'adozione da parte di persone dello stesso sesso — Corte EDU, GC, 19 gennaio 2013, *X e altri c. Austria*, 228 – 1.6. A proposito della giurisprudenza della CEDU in tema di fine vita — Corte EDU 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, 233 – 1.7. Corte EDU 28 maggio 2013, *Parrillo c. Italia*, in tema di diritto alla donazione di embrioni criocongelati, 234 – 1.8. Il diritto a conoscere le proprie origini. Da Corte EDU, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, a Corte cost. n. 278/2013., 237 – 1.9. La Corte dei diritti umani e le unioni civili "negate" alle coppie omosessuali — Corte EDU, Grande Camera 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, 239 – 1.9.1. *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto ai soggetti vittoriosi a Strasburgo*, 242 – 1.10. Tirando le somme sulla c.d. dottrina del consenso, 245.

Parte VII  
**Autodeterminazione fra tutela convenzionale e esigenze di  
bilanciamento**

- 253    Capitolo I  
      *L'esigenza di bilanciare come regola di base del giudice in tema di  
      bioetica, anche se in gioco vi è l'autodeterminazione*
- i.i. Spigolature sui diritti, di matrice convenzionale, alla vita e all'autode-  
      terminazione; ricadute sul sistema di protezione interno, 253 – i.i.i. *Il  
      diritto all'autodeterminazione nella giurisprudenza della Corte europea, 258.*

Parte VIII  
**Effetti delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento  
interno**

- 275    Capitolo I  
      *L'effetto — diretto e indiretto — delle sentenze della Corte europea  
      dei diritti dell'uomo sulle vicende eticamente sensibili affrontate dal  
      giudice domestico e il margine di apprezzamento dopo il Protocollo  
      n. 15 annesso alla CEDU*

Parte IX  
**Conclusioni**

- 283    Capitolo I  
      *A mo' di conclusione*
- 287    *Bibliografia*

*A mio padre*



D'altronde, va anche rammentato che, a giustificazione di talune decisioni, di taluni indirizzi "sorprendenti" o comunque tali da suscitare perplessità, stanno dei motivi alla cui ricorrenza è del tutto estraneo il magistrato, venendo essi in essere in un momento precedente a quello in cui egli è chiamato a svolgere la sua funzione.

Ci si intende riferire: *a)* in primo luogo a leggi che di per sé sono chiaramente alteratrici di un equilibrio nella posizione delle controparti rispetto all'organo giudiziario [...] Che tali scelte siano giuste od ingiuste è problema che in questa sede non rileva: ciò che preme è il sottolineare che molto spesso si fa carico ai magistrati di "scelte di campo" alle quali egli si trova vincolato proprio per quell'ossequio alla legge che da lui si pretende; *b)* in secondo luogo alle difficoltà interpretative del linguaggio oscuro delle norme che il patrio legislatore oggi emana nella materia con notevole fecondità [...]

Rosario LIVATINO

*Il ruolo del giudice nella società che cambia*, 1984

Quando si affronta una domanda sulla vita umana, che riguarda l'origine e il destino dell'uomo, non è possibile separare in modo netto i dati scientifici da un più ampio sapere di fondo che conferisce loro significato. La vita non è riducibile a un oggetto biologico costruito dalle scienze, ma è piuttosto l'esperienza di un senso donato, che dischiude alla coscienza una promessa che la interpella, sollecitandola all'impegno e alla decisione di sé nella relazione con l'altro.

Carlo Maria MARTINI

in C.M. MARTINI, I. MARINO, *Credere e conoscere*, 5

La visione dell'uomo abituato a ragionare in termini scientifici è inevitabilmente parziale e legata al tempo in cui vive e al livello delle conoscenze in quel determinato momento storico. Esistono dei principi etici che hanno un carattere universale e sono riconosciuti in qualunque luogo, tempo e cultura, per esempio non uccidere, non commettere atti di violenza o, ancora, non sfruttare per scopo di mercimonio altri esseri umani. Ma ne esistono altri che possono modificarsi in base all'evoluzione della coscienza scientifica. La scienza in questo senso non va messa in contrapposizione all'etica ma va piuttosto ammesso che entrambe possono influenzarsi a vicenda.

Ignazio MARINO

in C.M. MARTINI, I. MARINO, *Credere e conoscere*, 6



## Prefazione

Se oggi, in Italia, la speculazione accademica, da una parte, e l'applicazione concreta nelle Aule dei Tribunali, dall'altra, delle questioni relative ai rapporti tra ordinamento sovranazionale ed ordinamento interno sono sempre meno distanti rispetto ad un tempo, ed è sempre più visibile un ponte che collega le due sponde consentendo (per dirla con Antonio Ruggeri, che della speculazione accademica in tema è oggi l'esponente forse più autorevole) l'attivazione, tra le stesse, di un circuito virtuoso di mutua alimentazione<sup>1</sup>, ebbene ciò si deve in gran parte, almeno per quanto riguarda la seconda sponda, quella che, per fortuna, van ben oltre lo *ius-dicere*, a Roberto Conti.

È da decenni che l'Autore, oggi Consigliere della Corte di Cassazione, lavora, con impegno ed entusiasmo fuori dal comune, alla costruzione prima ed alla manutenzione dopo di questo ponte. E, con la sua nuova monografia *I giudici ed il biodiritto. Un esame "concreto" dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Conti aggiunge un altro, prezioso, mattone alla piattaforma di collegamento tra riflessione scientifica ed esercizio della funzione giurisdizionale all'incrocio tra diritto nazionale e diritto europeo.

Attenzione: il titolo, avvincente, promette molto meno di quello che troverete nel Volume. Lungi dall'essere "esclusivamente" una disamina della giurisprudenza rilevante ed, in particolare, dei casi più difficili in tema di biodiritto che si sono presentati di fronte ai giudici di Strasburgo, di Lussemburgo e ai giudici italiani di merito e di legittimità, vi è molto di più nella monografia di Conti.

La straordinaria conoscenza da parte dell'Autore della giurisprudenza "multilivello" (anche) in tema di questioni eticamente sensibili

1. È almeno da dieci anni che ANTONIO RUGGERI fa riferimento al concetto di mutua alimentazione per descrivere il potenziale circuito di interazione virtuosa tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali. Tra i numerosi scritti sul tema si segnala A. Ruggeri, *Tradizioni costituzionali comuni* e "controlimiti", *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, 102 ss.

è solo, infatti, il punto di partenza da cui muove la riflessione, sul piano, in primo luogo, della teoria dell'argomentazione e della teoria dell'interpretazione, in merito alle differenti componenti di ordine morale, sociale e scientifico che caratterizzano il grande dilemma del Giudice quando si trova di fronte a *hard choices*<sup>2</sup>, a volte tragiche, come direbbe, seppure in contesto (parzialmente) diverso, Guido Calabresi. Dilemma che spesso ha a che fare con la necessità di bilanciare, e quindi, in un certo senso, di scegliere, tra valori in astratto parimenti meritevoli di tutela.

Riflessione quella di Conti che non è però mai distaccata od asettica. Tutt'altro. È appassionata e consapevole come soltanto può esserlo l'analisi di chi ha vissuto sulla propria pelle l'esperienza di trovarsi a dover fare scelte così delicate, allorché, in particolare, l'Autore ha ricoperto il ruolo di giudice tutelare per circa tre anni presso il Tribunale di Palermo.

Quale la possibile via d'uscita che Conti sembra indicare al Giudice, nazionale ed europeo, in dilemmi interpretativi di questo tipo, quando la scelta è da fare tremare i polsi ed in cui etica, scienza e valori costituzionali costituiscono i parametri interpretativi indefettibili di un triangolo (ermeneutico) delle Bermuda?

Non poteva che trattarsi di una via d'uscita complessa così come lo è l'articolazione del labirinto, utilizzando la bella immagine dell'Autore, in cui si trova il Giudice alle prese con gli *hard cases* in tema di biodiritto.

Quattro sono le componenti che, combinate insieme, possono, mi pare, nell'indagine di Conti, costituire una rotta affidabile.

La prima componente è di natura sostanziale–assiologica: se si tratta di conflitto tra valori in gioco che hanno spesso una equivalente rilevanza costituzionale, unica stella cometa per il Giudice deve essere l'obiettivo di realizzare la maggiore protezione possibile, nel caso di specie, al meta–valore di livello super–costituzionale la cui tutela è presupposto indefettibile per il godimento di tutti i diritti fondamentali. E questo meta valore non può non essere la dignità dell'uomo la cui protezione viene identificata da Conti quale Alfa e Omega di qualsiasi operazione di bilanciamento nei casi più difficili tra scienza, etica e diritto.

2. G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices*, New York, 1978.



La seconda componente è una valorizzazione del momento creativo nell'attività del giudice. Mai come in questi casi il giudice non può limitarsi ad essere *bouche* di una *loi* che spesso, peraltro, si cercherebbe invano, ma è "eticamente", prima ancora che giuridicamente, tenuto a "creare" la soluzione più adeguata al caso di specie. Siamo in presenza di uno snaturamento del ruolo del giudice che, passando dallo *ius-dicere* allo *ius-facere*, usurpa un ruolo non suo? Conti, giustamente, risponde negativamente a questa domanda. E per fortuna è in buona compagnia. Già, molti anni prima, rispettivamente nel 1899 e nel 1984, François Jeny<sup>3</sup> e Mauro Cappelletti<sup>4</sup>, in un sistema giuridico assai meno complesso e ad irrilevante (nel primo caso) ed ad assai meno accentuata (nel secondo) trazione giurisprudenziale ed interordinamentale, si erano dati la stessa risposta.

La terza componente è una fondamentale sottolineatura dell'importanza che il Giudice sia disponibile ed attento ad integrare il parametro normativo rilevante, tanto a livello nazionale quanto a quello europeo, con riferimento all'elemento fattuale che caratterizza il singolo caso. Mai come in questi casi, infatti, emerge chiarissimamente come la specificità della dimensione del "fatto" possa illuminare le operazioni di bilanciamento tra valori in gioco.

Evidentemente, a questo proposito, struttura, ruolo ed attitudine dei diversi giudici che, a vari livelli, sono coinvolti in tali operazioni giocano un ruolo cruciale nella differente graduazione di tale disponibilità ad una integrazione, dal "basso", del parametro normativo. Da una parte, il giudice di merito, dall'altra giudice di Strasburgo, per antonomasia giudice del caso singolo, sembrano essere meglio equipaggiati, almeno in partenza, per valutare le specificità fattuali rispetto al giudice di legittimità.

Ma è davvero così? Conti ci dimostra come l'intreccio interordinamentale sia assai più complesso di quanto potrebbe apparire *prima facie*, e sarebbe assai rischioso provare a semplificarlo con applicazione *ex ante* di schemi concettuali che mal si attagliano alla fluidità delle dinamiche di interazione tra sistemi giuridici (e organi giurisdizionali) sì autonomi, ma ormai coinvolti in un processo irreversibile di

3. F. JENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Parigi, 1899.

4. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

crescente interconnessione.

La quarta componente è una chiamata ad una riscoperta prima, e ad un'alimentazione dopo, in merito a questioni così eticamente sensibili a cavallo tra scienza e diritto, di uno spirito cooperativo tra giudice comune e giudice europeo. E qui Conti esplora ambiti che fino ad oggi erano stati forse trascurati nel dibattito accademico, e i cui spunti di originalità non potevano che provenire da un Operatore "pratico" del diritto. Si fa in particolare riferimento alla nuova luce che, nell'analisi di Conti, acquisiscono forme e limiti del dialogo tra Corte di Strasburgo e giudice nazionale.

Si è parlato a lungo, da Federico Mancini<sup>5</sup> in poi, di cooperazione e complicità tra il giudice nazionale e la Corte di Lussemburgo attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, ma non altrettanta attenzione è stata data alle modalità della cooperazione (e, specialmente a come si potrebbe arrivare ad altrettanta complicità) tra lo stesso giudice e la Corte di Strasburgo, in assenza, com'è noto, di tale strumento istituzionale di dialogo (ma in attesa di capire se e come il potenziale esplosivo previsto dal Protocollo 16, esaminato con grande attenzione da Conti, produrrà frutti concreti).

Ecco, l'Autore, in questo Volume, mi sembra di poter dire ponga finalmente riparo a questa asimmetria, con attenzione specifica ai temi del biodiritto, ma con un respiro teorico che consente di generalizzare gli esiti dell'indagine, all'interno, peraltro, di una prospettiva di analisi assai originale in cui non emerge nessun contrasto tra l'accentuazione dell'impatto interordinamentale delle decisioni della corte di Strasburgo e la valorizzazione del ruolo del giudice comune.

Dopo il giudice nazionale quale giudice decentrato di diritto euro-unitario ecco apparire un nuovo, stimolante ruolo per lo stesso: giudice periferico, ma non per questo meno utile, del diritto CEDU.

Non resta che aspettare, trepidando. Non credo ci sia nulla di meglio da fare per ingannare l'attesa della lettura di questo prezioso Volume.

Oreste POLLICINO

5. G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for a Europe*, 26 Common Market L. REV. 613 (1989).