



I diritti fondamentali tra garanzia costituzionale e condizionalità legislativa.

Ripensando all'obiezione di coscienza nella legge sul biotestamento.

di

Vincenzo Baldini*

SOMMARIO: 1. Premessa. Concretizzazione legislativa versus natura costituzionale del diritto. 2. L'immediata pretensibilità dei diritti fondamentali. Aspetti problematici. segue: la portata politica dell'assenza di disciplina attuativa: ricadute sull'ermeneutica giurisprudenziale. 3. Il diritto all'obiezione di coscienza e la recente legge sul biotestamento. 4. Conclusioni. Quale soluzione possibile? Sia fatta la volontà del ...giudice.

1. Premessa. Concretizzazione legislativa versus natura costituzionale del diritto.

E' molto recente la notizia relativa all'approvazione da parte delle Assemblee parlamentari della legge sul biotestamento, che ha vissuto una lunga incubazione nutrita peraltro da un dibattito vivace (non solo a livello politico) tra fautori e contrari a tale legge. La definitiva approvazione, tuttavia, non mette la sordina alle tante polemiche che hanno accompagnato l'iter di formazione della legge, anzi, sembra riaccenderla su punti-chiave quale la mancata espressa previsione di un diritto all'obiezione di coscienza¹ surrogata, peraltro, da una formula dai contenuti poco perspicui². Su questo punto nello specifico si intende qui svolgere qualche sintetica

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

¹ Sul significato dell'obiezione di coscienza, cfr. tra gli altri F. Viola, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 9/2009, p. 169 ss.

² L'art. 1, comma 6 della legge approvata così recita: "Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali (corsivo mio:n.d.r.).

riflessione, in particolare relativamente all'interrogativo circa l'astratta possibilità di esercizio di tale diritto in carenza di un'espressa previsione normativa che lo contempli, come nel caso di specie.

Per provare ad argomentare al riguardo appare utile, in primo luogo, concentrare il fuoco dell'attenzione, oltre che sul significato e sulla portata funzionale dei diritti fondamentali sanciti in Costituzione ³, sull'attività mirata alla loro "concretizzazione" ⁴. Quest'ultimo concetto evoca essenzialmente due distinti profili funzionali, tuttavia connessi anche dal punto di vista dogmatico, il primo, riguardante le scelte discrezionali del legislatore mirate a dare attuazione ad un diritto fondamentale. Il secondo profilo attiene propriamente all'effettività della garanzia in sede giurisdizionale, dunque, alla fase di applicazione dei diritti in questione.

Con specifico riferimento al primo versante, la concretizzazione investe essenzialmente la peculiare relazione tra l'efficacia della norma costituzionale che prevede il singolo diritto ed il ruolo della legge ordinaria recante la disciplina attuativa del diritto in questione. Quando la norma costituzionale assume ad oggetto della tutela Beni primari quali la vita, la dignità umana, la salute etc., sembra postularne la consistenza materiale, pur senza precisarla espressamente. Ma, trattandosi questi ultimi di Beni materiali, non soltanto giuridici, ne consegue che per la loro determinazione occorra fare rinvio, implicitamente, all'una o all'altra delle scienze e/o sistemi sociali, che concorrono alla identificazione di tali Beni. Ad es., con riguardo alla vita il rinvio può essere operato alle scienze medico-biologiche -che espongono un determinato concetto di vita- ma potrebbe del pari tenersi conto delle acquisizioni di ordine filosofico e/o religioso, che concorrono a precisare il "senso" o l'identità della vita. Lo stesso può dirsi anche per la dignità umana, da alcune posizioni della dottrina sociologica commisurata alla capacità di prestazione dell'individuo (N. Luhmann); da altre posizioni, di ordine filosofico-religioso, inquadrata essenzialmente come requisito

³ Sul significato e la portata dei diritti fondamentali, sia consentito il rinvio a V. Baldini, *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico-dogmatica all'esperienza*, in V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale* (Atti del Convegno Annuale del Gruppo di Pisa, Cassino 10-11 giugno 2016), Napoli 2017, p. 3 ss.; nonché G. D'Amico, *La "fondamentalità" dei diritti tra giudici e legislatori*, *ivi*, p. 481 ss.

⁴ In tema, anche per un più ampio riferimento alla letteratura si rinvia a V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, 2016.

intrinseco dell'uomo quale *imago dei* (G. Dürig) o quale più importante elemento della Natura (G. Pico della Mirandola).

Di fronte al pluralismo delle declinazioni possibili relativamente alla consistenza materiale di concetti e Beni giuridici comunque spuri, emerge l'interrogativo se tale consistenza rappresenti una qualità intrinseca del Bene costituzionale, pertanto evincibile già dalla prescrizione normativa del diritto fondamentale (diritto alla vita; dignità umana, etc.); oppure la norma costituzionale, in quanto suscettibile di differenti interpretazioni circa la portata materiale della garanzia ed il momento dal quale quest'ultima possa operare, abbia bisogno, per acquisire efficacia, di una decisione politica successiva, che si manifesti attraverso una regolamentazione attuativa riservata al legislatore democratico.

Secondo una giurisprudenza tedesca riflessa nella posizione del giudice *Böhmer*, che *Erhard Denninger* richiama⁵, l'esistenza della disciplina procedurale è condizione per l'effettività di un diritto fondamentale. Sul piano interno, la Corte costituzionale, con riferimento ad un diritto sociale (il diritto all'istruzione del disabile: art. 38 Cost.) ha sottolineato la necessità di una legislazione attuativa, mirata a riempire "di contenuto concreto e reale" tale diritto per evitare che quest'ultimo possa tradursi in una "mera previsione programmatica" (sent. n. 275/2016).

Tali prospettazioni parrebbero accreditare l'ipotesi che solo in presenza di una regolamentazione attuativa, anche di ordine procedurale, sia possibile assicurare l'immediatezza della garanzia connessa al singolo diritto. Ma a siffatta conclusione fanno da contrappunto obiezioni non prive di congruenza, a cominciare da quella che farebbe ritenere incompatibile l'efficacia mediata dei diritti fondamentali con la loro funzione mirata, precipuamente, alla tutela delle minoranze⁶. La sostanziale dipendenza della garanzia posta da tali diritti dalla volontà politica del legislatore, *id est* delle maggioranze parlamentari contingenti, finirebbe infatti per porsi in contraddizione con la suddetta natura, finendo per consegnare allo stesso legislatore la decisione ultima di rendere effettiva o meno la garanzia disposta in Costituzione. Ciò

⁵ E. Denninger, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX 3. Aufl., Heidelberg, 2011, Rdn. 36, p. 639 ss.

⁶ Al riguardo cfr. per tutti M. Kutscha, *Grundrechte als Minderheitenschutz*, Jus, 1998, p. 673 ss.

andrebbe a realizzare, in ultima analisi, una derubricazione della portata costituzionale di tali diritti e, per ciò stesso, della loro consistenza di diritti fondamentali.

Da tale impostazione deriverebbe, peraltro, l'esigenza di tenere dogmaticamente separata l'attività di concretizzazione legislativa da quella inerente la funzione giurisdizionale, subordinandosi quest'ultima alla previa realizzazione della prima. Infatti, l'esclusività del potere di attuazione dei diritti fondamentali in capo al legislatore democratico deriverebbe dalla natura politica di tale potere, come tale strutturalmente esterno ed estraneo all'attività di giudizio.

Un'altra conseguenza attiene alla limitata capacità di direzione della prescrizione relativa al diritto fondamentale che, pertanto, risulterebbe suscettibile di controllo essenzialmente sotto il profilo della non arbitrarietà e della coerenza intrinseca, oltre che del bilanciamento con altri diritti ed interessi costituzionali concorrenti. In ogni caso, la disciplina attuativa figurerebbe come medio normativo necessario per assicurare l'effettività del diritto in sede giurisdizionale, ciò che pertanto comporta anche che si dia risposta negativa all'interrogativo circa l'immediata concretizzazione giurisdizionale di un diritto fondamentale quando quest'ultimo sia privo di una specifica legislazione attuativa.

Questa impostazione appare collidere con quell'impostazione teoretico-dogmatica⁷ che riconduce direttamente alla prescrizione del diritto fondamentale la determinazione della sua sfera materiale di garanzia, in questo senso vincolando l'azione del legislatore quando meno nella specificazione di quest'ultima.

2. L'immediata pretensibilità dei diritti fondamentali. Aspetti problematici.

Una diversa prospettiva, relativa al riconoscimento di efficacia immediata della pretesa giuridica soggettiva derivante da un diritto fondamentale, almeno quando la loro effettività non si mostri strettamente dipendente dall'esistenza di una disciplina di natura procedurale (es., diritto di difesa: art. 24 c. 2 Cost.; diritto al giusto processo: art. 111 Cost.; diritto al giudice: artt. 24 e 113 Cost.). In quest'ordine di idee, dunque, la

⁷ Al riguardo, cfr. per tutti G. Manssen, *Grundrechte*, München, 200, part. p. 11 ss. (ma v. anche p. 27 ss.); J. Ipsen, *Staatsrecht*, II, 10. Aufl., Köln, 2007, p. 17 ss.; I. v. Münch, *Staatsrecht*, II, 5. Neu bearbeitete Aufl., Stuttgart, 2002, p. 108 ss.

precisazione dei contenuti materiali ricadenti sotto la garanzia costituzionale configura un'attività di (mera) esegesi costituzionale, che ogni giudice è competente ad intraprendere, anzi, come ha ritenuto lo stesso giudice costituzionale⁸ ha l'obbligo di tentare prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Quest'ultimo approccio ermeneutico non porta senz'altro ad escludere l'esigenza di una previa disciplina di attuazione di un diritto fondamentale, soprattutto poi quando trattasi di diritti di natura sociale, come la Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire (v. *supra*) o di portata neutra (es. libertà dell'arte) o, in fine, che postulano necessariamente una regolamentazione di natura procedurale⁹. In ogni caso, un tale approccio concorre ad attuare la portata condizionante di tale disciplina ai fini dell'effettività dei diritti fondamentali di libertà (negativa), con riferimento alla sostanza della garanzia costituzionale. Esso, pertanto, postula che, almeno per tali diritti, la determinazione della portata materiale di siffatta garanzia consegua all'esercizio di un'attività esegetica avente ad oggetto la Costituzione, nello specifico della disposizione recante il diritto e nel complesso dei principi e (altri) diritti ivi sanciti.

Tuttavia, anche imputandosi direttamente alla Costituzione il senso e la portata dei diritti fondamentali, occorre chiedersi se un tanto basti a legittimare un'applicazione diretta della garanzia correlativa, soprattutto allorquando risulti, con riguardo ad una determinata fattispecie, l'esistenza di una pluralità di interessi e diritti concorrenti, il cui bilanciamento spetterebbe al legislatore di previamente compiere.

segue: la portata politica dell'assenza di disciplina attuativa: ricadute sull'ermeneutica giurisprudenziale.

Alla luce delle prospettazioni differenti sopra richiamate deve inquadrarsi l'ulteriore questione relativa al significato ed alla portata, anche in chiave giuridico-positiva, della mancanza di una legislazione attuativa del diritto fondamentale.

In premessa vale sottolineare come la natura politica dell'atto legislativo implica che, tanto l'adozione di una regolamentazione attuativa quanto, anche,

⁸ Tra le altre, v. Corte cost., sentt. nn. 456/89 e 356/96.

⁹ V. ancora e più diffusamente E. Denninger, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, cit., p. 639 ss.; V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit..

L'assenza della stessa finiscono in via di principio per rivestirsi di significato politico. Se quest'ultimo, in presenza di tale regolamentazione, viene a tradursi sul piano giuridico-positivo nella *ratio* della legge, oltre che nel complesso delle sue disposizioni, meno univoca e certa appare la portata politica della supposta decisione negativa, a cui far risalire la carenza di disciplina legislativa. Se è stato efficacemente sottolineato in dottrina come l'abrogazione non equivale ad un "non disporre" ma integra, invece, un "disporre diversamente"¹⁰, così da non pregiudicare la completezza dell'ordinamento giuridico dello Stato e giustificare l'impiego dei rituali canoni ermeneutici per la ricerca della norma del caso, residua l'interrogativo se un canone siffatto possa applicarsi anche al "non disporre" in assoluto.

La risposta positiva si connette al riconoscimento, al silenzio del legislatore, della natura di una decisione politica omissiva. In tal caso, con riguardo ai diritti di libertà essa rifletterebbe una volontà che nei suoi effetti sul piano giuridico-positivo legittima un esercizio immediato dei singoli diritti in questione, emancipato dall'osservanza di ogni limite che non sia espressamente od implicitamente riferito alla stessa Costituzione (e non, dunque, alla legge), fatto salvo in ogni caso la possibilità di controllo da parte del giudice costituzionale. Tale declinazione, peraltro, parrebbe in sintonia con i connotati ontologici della *Wesentlichkeitstheorie*¹¹ per la quale la previsione di una disciplina di legge in materia deve definire i limiti all'esercizio del diritto fondamentale.

Per il giudice di merito, una siffatta impostazione implicherebbe l'impossibilità dell'impiego di canoni interpretativi, come il ricorso all'analogia, per estendere alla fattispecie in questione limiti previsti dal legislatore anche per situazioni ritenute simili. In carenza di una specifica legislazione attuativa, pertanto, il giudice di merito dovrebbe operare piuttosto in conformità ad un principio di ottimizzazione dei diritti (*Optimierungsgebot*)¹² ed eventualmente procedere ad un bilanciamento con diritti ed interessi concorrenti alla stregua dei differenti canoni della proporzionalità

¹⁰ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. I. Le fonti*, Padova 1993, p. 114 ss., part. p. 116.

¹¹ Riguardo alla *Wesentlichkeitstheorie*, cfr. in particolare K. Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, 2. Aufl., Heidelberg, 2000, Rdn. 84, p. 94; nonché, ivi, M. Kriele, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum*, Rdn. 57, p. 129.

¹² R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1994, part. p. 75 ss.

(necessarietà, adeguatezza, coerenza). Tanto non vale *ex sé* a comporre entro standard certi ed obiettivi l'esegesi giurisprudenziale ma riduce gli spazi di inevitabile discrezionalità di cui il giudice dispone tanto nell'impiego dei metodi esegetici quanto nella determinazione degli esiti a cui si perviene, seppur costretti nella forma dell'argomentazione razionale¹³.

Quanto detto riflette, in ultima analisi, l'importanza della questione sulla portata e consistenza funzionale della prescrizione costituzionale relativa a singoli diritti fondamentali giacché gli orientamenti che sostengono, rispettivamente, la forza immediata della tutela costituzionale o, viceversa, la necessità sempre e comunque della previa esistenza di una legislazione attuativa quale condizione per l'efficacia della garanzia costituzionale mostrano di sortire effetti non marginali di ricaduta sull'ermeneutica giurisprudenziale (*analogia legis, analogia iuris, argumentum a contrario*, etc.).

3. Il diritto all'obiezione di coscienza e la recente legge sul biotestamento.

Quanto finora detto vale anche ad offrire alcuni canoni per un orientamento di tipo ermeneutico nella vicenda relativa all'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza in materia di biotestamento, considerato anche il silenzio che la nuova legge mantiene sul punto. Ciò solleva diversi interrogativi, a partire dalla liceità dell'eventuale ricorso, in materia, all'analogia, per finire alla possibilità di un'esegesi costituzionalmente orientata da parte del giudice di merito.

In proposito, non sembra inopportuno prendere le mosse da alcune consapevolezze di base, come quella relativa alla natura di diritto fondamentale che il giudice costituzionale ha più volte riconosciuto all'obiezione di coscienza¹⁴. Essa, infatti, oltre ad avere cittadinanza in Costituzione (artt. 2, 19 e 21 Cost..) è sancita in diverse Carte internazionali dei diritti, come la Dichiarazione universale dei diritti

¹³ Sulla rilevanza della precomprensione ai fini dell'interpretazione (e decisione) del giudice, cfr. R. Wank, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Berlin, 1978, p. 22 ss.; sulla logica giuridica come teoria dell'argomentazione, più in generale, v. C. Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, Freiburg/Muenchen, 1979, *passim*, ma part. p. 105 ss. (sull'importanza della sicurezza giuridica quale profilo funzionale dell'interpretazione)

¹⁴ V., tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 43/97; 141/06.

dell'uomo e la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, oltre a trovare espressione nella Convenzione EDU (art.9) e, da ultimo, nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art.10). A livello comparato, è interessante notare, ad es., come anche il giudice costituzionale tedesco ha avuto modo di precisare che quello all'obiezione di coscienza non deve essere inteso come un (mero) principio, la cui effettività, dunque, viene a dipendere dal previo realizzarsi di una concretizzazione legislativa¹⁵.

Sul piano della legislazione nazionale, poi, il diritto all'obiezione di coscienza ha trovato espresso riconoscimento, oltre che nella disciplina relativa al servizio militare (l. n. 772/1972) ed in tema di sperimentazione animale (l. n. 413 del 1993), nella l. n. 194 del 1978, (art. 9) in tema di interruzione volontaria di gravidanza; e nella disciplina in materia di fecondazione medicalmente assistita (art. 16 l. n. 40/2004).

Invece, con riferimento a diritti fondamentali come è stato, fino a ieri, il caso dell'autodeterminazione del paziente in materia di fine-vita¹⁶, in relazione al quale risultava assente una specifica disciplina di attuazione, la giurisprudenza di merito è parsa oscillante tra l'ammissione di ineffettività della garanzia costituzionale (es. caso Welby) e la ricomposizione, attraverso l'esegesi normativa, di una disciplina in grado di assicurare l'immediata effettività della relativa pretesa giuridica soggettiva all'interruzione dei trattamenti che tenevano in vita il paziente (caso Englaro). Tale oscillazione, peraltro, traluce anche da quelle visioni dottrinali che riconducendo il diritto all'obiezione di coscienza ad un'istanza di libertà, ne escludono la natura di diritto di prestazione dello Stato nei confronti dell'obiettore, avente ad oggetto il riconoscimento di una condizione di eccezione o di una prestazione particolare. Quale pretesa di libertà esso è inquadrato come diritto fondamentale "ordinario" ("*Regel-Grundrecht*")¹⁷, pertanto garantito a tutti, cittadini e stranieri.

Le premesse finora poste, ad ogni modo, non valgono ancora a chiarire gli aspetti controversi connessi alla materia del biotestamento, in particolare non

¹⁵ BVerfGE, 12, 45.

¹⁶ Sul punto, per un'analisi più articolata sia consentito il rinvio a V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, 2016, part. p. 105 ss.; p. 205 ss.

¹⁷ E. Denninger, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX 3. Aufl., Heidelberg, 2011, Rdn. 36, p. 639 ss.

sembrano in grado di giustificare il ricorso senz'altro all'obiezione in mancanza di espressa previsione legislativa. Tale carenza, in particolare, assume il significato di una scelta discrezionale del legislatore ordinario nella direzione di non riconoscere, nella fattispecie in questione, l'esercizio di tale diritto. Di fronte a tale ammissione, a quale canone ermeneutico può fare riferimento il giudice di merito ?

Problematico appare, a chi scrive, innanzitutto il ricorso all'analogia che porti ad estendere alla materia del biotestamento, ad es., la disciplina prevista per la fattispecie dell'interruzione volontaria di gravidanza. Ciò, non perché l'obiezione di coscienza possa configurarsi come un "*Ausnahme-Grundrecht*" con funzione di norma derogatoria od eccezionale rispetto all'esercizio del diritto all'autodeterminazione. A prevalere, invece, è l'idea che l'omissione stessa integri, come si è appena detto, una precisa espressione di volontà legislativa, rispetto a cui al giudice di merito non resterebbe che sollevare una questione di costituzionalità nel caso in cui si rendesse impossibile un'esegesi costituzionalmente conforme della disciplina incriminata.

La diversa impostazione dovrebbe fondarsi, per risultare praticabile, sul presupposto di una rilevanza dell'*argumentum a contrario* nel quadro di un'interpretazione costituzionalmente orientata, per il quale se il legislatore non ha espressamente escluso in materia l'esercizio di tale diritto significa che ha inteso ammetterlo comunque. Pertanto, in ragione dell'efficacia immediata della normativa costituzionale a cui tale diritto si fa risalire, anche in assenza di previsione attuativa quest'ultimo si renderebbe immediatamente pretendibile ed il ricorso all'analogia potrebbe valere a favorirne la diretta -senza la mediazione specifica del legislatore, dunque- concretizzazione giurisprudenziale.

Come appare evidente, il diritto positivo non è in grado *ex sé* di fornire una chiara indicazione a favore, rispettivamente, dell'una o dell'altra delle suddette prospettazioni e, in questo senso, dovrà essere la giurisprudenza lo snodo istituzionale decisivo. Se è certo incontestabile, per quanto fin qui si è detto, che quello all'obiezione di coscienza si configuri come un diritto fondamentale è del pari indubitabile che anche nella fattispecie del biotestamento, come peraltro in tutta gli ambiti materiali riconducibili alla tutela della salute (si pensi, ad es., alla potenziale tensione tra diritto alla genitorialità ed obiezione di coscienza nell'ipotesi del ricorso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita) l'esercizio di tale diritto deve essere

contemperato con l'interesse primario all'autodeterminazione contemplato dalla legge. Tale contemperamento, ad ogni modo, oltre a variare anche sensibilmente in ragione della fattispecie materiale oggetto di disciplina, spetta primariamente al legislatore di compiere in quanto esercizio di volontà politica, quantunque vincolato al rispetto del canone di stretta ragionevolezza/proporzionalità.

Solo muovendosi dal presupposto di una congruenza funzionale della scelta omissiva del legislatore in tema di obiezione di coscienza viene a tracciarsi, del resto, una linea di discrimine tra la legittimità della condotta dissenziente e la disobbedienza al comando legislativo quale espressione di condotta illecita¹⁸.

La disciplina procedurale ai fini dell'attuazione del diritto all'obiezione di coscienza pur non risultando funzionale, dunque, all'esistenza stessa del diritto costituzionale, sembra comunque condizionarne il riconoscimento e la pienezza di esercizio. Tale disciplina infatti rappresenta la forma giuridico-positiva attraverso cui lo Stato pone in un quadro di ragionevole bilanciamento l'interesse costituzionale assunto come preminente (nello specifico, la possibilità del biotestamento) e la tutela della libertà di coscienza individuale che, al riguardo, viene senz'altro in rilievo¹⁹.

4. Conclusioni. Quale soluzione possibile? Sia fatta la volontà del ...giudice.

Appare arduo, in conclusione, sostenere l'ammissibilità senz'altro dell'esercizio legittimo del diritto all'obiezione di coscienza, alla luce di quanto espressamente disposto dalla nuova legge sul biotestamento. Più plausibile, sul piano dell'argomentazione giuridica, appare oggi la possibilità del ricorso al giudice costituzionale, allo scopo di provocare, sussistendone le condizioni, una censura dell'omissione legislativa. Fino a quel momento, tuttavia, il rifiuto del personale medico all'assecondamento delle decisioni di autodeterminazione del paziente parrebbe doversi rappresentare come una forma di condotta illecita suscettibile di conseguenze sul piano giuridico-positivo. Tanto, peraltro, sul presupposto che il diritto all'obiezione non possa essere ricondotto alla formula anodina dell'art. 1, c. 6., della

¹⁸ Cfr. al riguardo in particolare, J. Habermas *Zivile Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat* (1983), ora anche in Id., *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am Main, 1985, p. 79 ss.

¹⁹ Idem.

legge in questione, il quale si limita a prevedere l'inesistenza di obblighi sanitari in capo al medico di fronte alla pretesa del paziente di esigere trattamenti sanitari contrari alla legge, alle norme deontologiche ed alle "buone pratiche clinico-assistenziali" (art. 1 c. 6).

Il quadro problematico complessivo che fin qui si è cercato di prospettare, a cui nemmeno offre soluzioni o suggestioni di rilievo il richiamo all'idea di Giustizia o all'istanza personalista posta a fondamento di tale idea, costituisce tuttavia un banco di prova per l'approccio sostanziale che inquadra la Costituzione come un complesso di valori. Ciò si risolve, in buona sostanza, nell'attribuzione al giudice della decisione ultima sul destino del diritto all'obiezione di coscienza, decisione che beneficia ad ogni modo di uno spazio non marginale di apprezzamento da parte di quest'ultimo, sindacabile in buona sostanza unicamente sul piano della coerenza e congruità astratta dell'argomentazione esposta in sentenza.

Ma in un contesto nel quale il diritto costituzionale sembra sempre di più sottomettersi alla volontà del giudice (anche costituzionale)²⁰, non può farsi a meno di richiamare l'antico interrogativo: *Quis custodiet custodes?*

²⁰ V. anche M. Jaestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in AA.VV., *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011, p. 77 ss.