

Rivista N°: 2/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 15/05/2016

AUTORE: Carlo Casonato *

LA SCIENZA COME PARAMETRO INTERPOSTO DI COSTITUZIONALITÀ**

Sommario: 1. Introduzione, delimitazione e scopo del lavoro; 2. Diritto e scienza: cenni su due impostazioni contrapposte; 2.1. Un diritto opposto alla scienza; 2.2. Una scienza opposta al diritto; 3. Una terza via; 3.1. "Riserva di scienza" e "sussidiarietà scientifica"; 3.2. La scienza come parametro interposto di costituzionalità; 4. Una teoria forte o debole? Alcuni spunti problematici.

1. Introduzione, delimitazione e scopo del lavoro

Le vicende anche giuridiche che coinvolgono i temi della vita e della salute dell'essere umano presentano una fortissima e sempre crescente presenza di componenti tecnico-scientifiche. Tutti i settori della medicina contemporanea e dei relativi studi (dalla procreazione assistita all'inizio della vita ai trattamenti di sostegno vitale al suo termine, dalle cure delle malattie neurodegenerative e oncologiche alla ricerca in ambito genetico, biologico o neuroscientifico, solo per fare qualche esempio) sono così segnati da altissimi livelli di conoscenza specialistica e di utilizzo di tecnologie avanzate. Tale fenomeno permette un costante innalzamento delle capacità interventistiche della medicina, la quale consente e sempre più consentirà di soddisfare un numero anch'esso crescente di aspirazioni, interessi, facoltà e diritti delle persone.

Al costante ampliamento delle potenzialità della biomedicina, in una società segnata anche da una velocissima circolazione delle informazioni, corrisponde così una parallela espansione del numero e delle tipologie di istanze che ad essa si indirizzano; espansione cui il diritto deve far fronte indicando criteri di riconoscimento e di selezione costituzionalmente orientati e complessivamente sostenibili. Nella oggettiva impossibilità di soddisfare tutte le

* Ordinario di diritto costituzionale comparato nell'Università di Trento – carlo.casonato@unitn.it

** Relazione destinata agli atti, in corso di pubblicazione a cura di L. Chieffi, del convegno sul tema *La medicina nei tribunali*, Napoli, 6 febbraio 2015.

possibili richieste, si presenta infatti il cruciale problema di ridefinire e precisare i confini entro cui riconoscere il fondamentale diritto alla salute (ex art. 32 Cost.).

La fase normativa attuale, per una serie di motivi di natura sia fisiologica che patologica, è segnata da una particolare difficoltà da parte del legislatore di modellare in via generale il bene salute secondo forme e contenuti che traggano il massimo beneficio dalle più recenti scoperte e innovazioni senza per questo indulgere nel riconoscimento di aspettative miracolistiche¹. E a motivo dei ritardi, talvolta della latitanza, della legislazione si apre uno spazio crescente, ricostruibile anch'esso in termini alternativamente fisiologici o patologici, per interventi sia dei giudici delle leggi che dei giudici ordinari, chiamati a dare una soluzione ai contenziosi proposti.

Fra i molti aspetti che caratterizzano e complicano il rapporto fra scienza e giurisdizione, se ne vuole in questa sede affrontare uno specifico, che si ricollega al tema centrale affrontato dal progetto *Jurisdiction and Pluralisms* all'interno del quale questo contributo si colloca². Tale contributo, su queste basi e collocandosi all'interno del più ampio contesto degli studi dedicati al rapporto fra scienza (medicina) e diritto, propone alcune riflessioni dedicate alla dimensione scientifica quale criterio, non esclusivo ma per alcuni profili decisivo, in grado di contribuire all'adozione di scelte diffusamente riconosciute, efficaci e legittime.

Si richiamerà l'attenzione sul ruolo svolto dalla scienza medica, che ai fini di questo scritto si considererà alla stregua della pratica e della più accreditata e autorevole letteratura scientifica in ambito medico, quale vero e proprio indice della costituzionalità delle leggi intervenute in materia. La scienza, in presenza di determinati requisiti e con ben precisi limiti, potrà così essere indicata come una delle dimensioni che, oltre a contribuire all'efficacia e alla legittimazione complessiva delle normative di settore, ne condiziona la stessa legittimità costituzionale³. L'ambito scientifico, insomma, si presenta come una delle componenti che permette, e talvolta impone, di fissare la direzione della disciplina generale e della risoluzione concreta dei casi che agitano il biodiritto contemporaneo: la scienza, appunto, come parametro interposto di legittimità costituzionale.

2. Diritto e scienza: cenni su due impostazioni contrapposte

Senza poter ripercorrere in questa sede i molteplici, multiformi e intricati rapporti fra diritto e scienza⁴, se ne possono invece indicare sinteticamente due direzioni.

¹ Le note vicende legate alla multiterapia di Bella, ieri, come al sedicente protocollo Stamina, oggi, stanno ad indicare una costante tentazione di scambiare illusioni, finanche frodi, con ritrovati rivoluzionari. Ripercorre ed aggiorna costantemente la vicenda Stamina il sito www.biodiritto.org.

² Il sito del progetto, in cui informazioni e materiali, è <http://www.jupls.eu>.

³ A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione, I - Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, 123 ss.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.

⁴ La letteratura è amplissima; fra gli altri, si vedano: L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993; C.M. MAZZONI, (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001; A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Parma, 2004; G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di) *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non*

2.1. Un diritto opposto alla scienza

Un primo orientamento, vede il diritto tentare di imporsi unilateralmente nei confronti della ricerca e della pratica scientifica, ignorandone la natura e le caratteristiche e pregiudicandone le stesse potenzialità. A fronte di fasi storiche in cui fenomeno giuridico e sapere scientifico hanno intrapreso percorsi comuni e si sono reciprocamente arricchiti⁵, non sono mancate occasioni in cui il diritto, anche in combinazione con la dimensione religiosa, è giunto ad ostacolare ed impedire il progresso delle scienze, con metodi e risultati tanto crudeli quanto tragici. Dalla cacciata da Oxford fino a Campo dei Fiori, Giordano Bruno è uno dei casi più citati a testimonianza del contrasto verso il libero pensiero. Mentre qualche decina di anni più tardi, sarebbe spettato a Galileo Galilei dover abiurare «ciò che sta scritto a chiare lettere nel gran libro della natura, ciò che si impone a chiunque abbia occhi per vedere e orecchie per sentire»⁶.

«E pur si muove», tuttavia, è logica che si applica non solo al moto di rivoluzione della terra. Di lì a un secolo, Diderot e d'Alembert avrebbero introdotto la loro famosa *Encyclopédie* scrivendo: «Il faut tout examiner, tout remuer sans exception et sans ménagement (...). Il faut fouler aux pieds toutes ces vieilles puérités; renverser les barrières que la raison n'aura point posées; rendre aux sciences et aux arts une liberté qui leur est si précieuse»⁷.

Mutando prospettiva e giungendo d'un balzo ai giorni nostri, sono considerazioni di carattere costituzionale quelle che impediscono che la scienza sia asservita a logiche politiche e giuridiche ciecamente proibitive. Un regime fondato su una base di libertà scientifica e di relativo sostegno, anche in termini di necessario pluralismo delle impostazioni e delle linee di studio, costituisce il preciso disposto del testo del 1948, secondo cui l'arte e la scienza «sono libere» (art. 33) ed anzi spetta alla Repubblica «promuove[re] lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica» (art. 9).

2.2. Una scienza opposta al diritto

Tale impostazione, tuttavia, non può giustificare un secondo orientamento, pure ciclicamente emerso, secondo cui dovrebbe essere la scienza ad imporsi unilateralmente al diritto, senza lasciare ad esso alcun margine di intervento anche di segno limitativo. Senza poter in questa sede scendere nei dettagli della distinzione fra manifestazione del pensiero, scienza, tecnologia e relative applicazioni⁸, va registrato come una ricerca biomedica, ad esem-

diritto, Milano, 2006; S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, 2010, XLIII; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Milano, 2011.

⁵ Si permetta il rinvio a C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Biodiritto in dialogo*, Padova 2006 ed in particolare all'*Intervento conclusivo* di D. QUAGLIONI (105).

⁶ Da A. FROVA, M. MARENZANA. *Parola di Galileo. Attualità del grande scienziato in una scelta commentata dei suoi scritti*, Milano, 1998, 36. In generale, cfr. F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001.

⁷ D. DIDEROT, J. LE ROND D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, 1751-1772.

⁸ Per un inquadramento costituzionale, fra gli altri, R. BIN, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D'AMICO E B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 215.

pio, che rifiuti qualsiasi limite esterno rischi di trasformarsi in un potere incontrollato, alla stregua di quelli per la cui limitazione il costituzionalismo ha trovato la sua stessa ragione di nascere e di espandersi. Anche tenendo conto dei forti interessi economici coinvolti, così, pare necessario prevedere anche nei confronti del potere scientifico e biomedico quelle forme di *checks and balances* su cui si sono fondate ed esercitate l'idea e la pratica di tante Costituzioni.

Evitando fuorvianti generalizzazioni, è pure utile ricordare come siano stati proprio alcuni aberranti casi di sperimentazione sugli esseri umani a far riflettere sulla necessità di regolamentare la ricerca scientifica. In risposta agli esperimenti condotti nel blocco 10 di Auschwitz e a Birkenau, così, si è formulato il cd. Codice di Norimberga (1947); e a fronte delle ricerche di Tuskegee è stato scritto il Belmont report (1978)⁹.

Altre più recenti vicende possono essere ricordate al fine di confermare la necessità di una disciplina, di origine eteronoma, che ponga alcuni limiti (ragionevoli) all'interno dei quali ricondurre le logiche e la concreta realizzazione della ricerca clinica. Fra queste, *Novartis AG v. Union of India and Others* (deciso dalla Corte Suprema indiana nell'aprile 2013 con la condanna della casa farmaceutica per illecita condotta di *evergreening*), il caso italiano relativo alle prescrizioni per l'utilizzo del farmaco Lucentis anziché dell'assai meno costoso Avastin (con la condanna, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana, di La Roche e Novartis al pagamento di circa 180 milioni di euro) e la vicenda che ha condotto l'Istituto Mario Negri a rinunciare alla partecipazione ad un finanziamento europeo a motivo della pretesa da parte di GlaxoSmithKline di controllare la pubblicazione dei risultati della ricerca¹⁰.

Oltre ai pericoli di abuso di potere da parte (anche) del mondo della ricerca scientifica, vi è un'ulteriore ragione che conduce a ritenere l'impossibilità pratica – oltre che di sistema, potremmo dire – di intendere una scienza che non riconosca alcuna disciplina esterna ad essa. Le scienze della vita insistono su un oggetto che di per sé evoca e interroga concezioni delicate e divisive in termini antropologici, filosofici, bioetici e giuridici. A fronte delle novità in tema di sperimentazione con l'uomo e sull'animale, di studio e di applicazione di nuove tecniche neuroscientifiche, di estrazione di cellule staminali embrionali, di selezione di blastocisti o di intervento sulla linea germinale, pare ormai unanimemente condiviso il principio secondo cui non tutto ciò che è tecnicamente possibile è per questo anche moralmente e giuridicamente lecito. L'applicazione della tecnica del CISPR per la manipolazione del genoma di embrioni umani (genome editing), realizzata e resa pubblica da parte di un gruppo di ricercatori cinesi nell'aprile del 2015, ha per esempio suscitato un forte allarme in molte parti

⁹ In generale, per un inquadramento tuttora utile, L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993.

¹⁰ Sia consentito, per ulteriori dettagli su questi ed altri casi, rinviare a C. CASONATO, M. TOMASI, *Genetics and constitutional rights: perspectives and criticalities*, in D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. Yenisey (eds.), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padua University Press, 2014, 93.

della comunità scientifica; allarme che già era stato fatto risuonare a metà marzo sulle riviste scientifiche più accreditate¹¹.

Su queste basi, risulta evidente come, se la scienza può descrivere in maniera oggettiva un processo ed talvolta intervenire su di esso seguendo procedure standard e verificate, essa non abbia al proprio interno criteri altrettanto “scientifici” per definire lo stesso oggetto della sua attività, né per porne i limiti. Non sono criteri scientifici, obiettivi e neutrali quelli che possono definire quando inizi la vita o la gravidanza, cosa sia un embrione umano (l’ovulo non appena fecondato o quello impiantato in utero o in cui sia comparsa la stria primitiva), entro quali limiti poterne considerare l’utilizzo (a soli fini riproduttivi o anche di ricerca, ad esempio) e in che termini fissarne la tutela (nulla, pari a quella del feto nel primo trimestre o di una persona già nata). Né sono universalmente riconosciuti, a fronte di una pur sempre maggiore precisione nelle tecniche di indagine neuroscientifiche, i parametri sulla base dei quali definire ed accertare la morte di una persona¹².

Tale incapacità è dovuta al fatto che la definizione degli oggetti all’attenzione delle scienze della vita, ancor prima del regime di tutela da accordare ad essi, non si trova “in natura”, per così dire, ma dipende da logiche complessive di carattere culturale e sociale, variabili da paese a paese e da periodo a periodo.

Se quindi il diritto non può unilateralmente imporsi alla scienza, nemmeno questa può essere esercitata, in forma responsabile e sostenibile, in completa autonomia. Per rendere favorevole e proficuo il rapporto fra le due dimensioni, anche in termini di rispetto e di promozione dei principi costituzionali, è quindi necessario trovare una terza via a cui ognuna di esse, seguendo logiche sovrapponibili a quelle che muovono il principio di sussidiarietà, partecipi secondo le proprie caratteristiche e peculiarità, nella consapevolezza dei propri limiti e delle proprie potenzialità¹³.

¹¹ Si vedano i numeri di *Nature*, del 19 marzo 2015 e di *Science* del 20 marzo 2015. La tecnica prevede l’impiego di “forbici molecolari” al fine di ingegnerizzare il genoma sostituendo tratti precisi dell’elica del dna.

¹² «Nel momento in cui la biologia studia la fecondazione, così, potrà descrivere il processo che dall’incontro fra lo spermatozoo e l’ovulo conduce alla fusione dei due pronuclei e poi prosegue con la moltiplicazione di cellule staminali prima totipotenti e poi pluripotenti e multipotenti, fino all’impianto o all’annidamento dell’ovulo fecondato in utero (a circa una settimana dalla fecondazione) e la formazione della stria primitiva, primo abbozzo del futuro sistema nervoso centrale (dopo circa un’altra settimana). Tale descrizione, indispensabile per fornire le basi conoscitive per ogni decisione in materia, non può però indicare il momento iniziale della gravidanza, ad esempio, né definire cosa sia l’embrione e di quale tutela debba godere. Allo stesso modo, una risonanza magnetica funzionale potrà registrare la risposta emodinamica e l’attività neuronale di soggetti sani come di persone in minima coscienza o in stato vegetativo, ma non potrà indicare di per sé i criteri in base ai quali definire tali stati o precisare il concetto di morte»: C. CASONATO, *Diritto e scienze della vita: complessità, tentazioni, resilienza*, in DPCE, 2015, II, 277.

¹³ Cfr. L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1452; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 86, 481. In generale, fra gli altri, L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell’uomo*, Torino, 2000, XI; R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014. II ed.

3. Una terza via

Il percorso che si intende proporre nel ricostruire un modello virtuoso di rapporti fra ambito giuridico e ambito scientifico in cui, secondo dinamiche riconducibili alla sussidiarietà, ognuno possa “dare il meglio di sé” segue una direzione costituzionalmente orientata in cui la scienza si interpone fra Costituzione italiana e legge, riempiendo di significato il bene salute contenuto nella prima (art. 32) e condizionando così la legittimità della seconda.

Per questo motivo, si privilegerà un esame della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, la quale si presenta in termini particolarmente significativi anche rispetto ad un più ampio spettro di analisi di natura comparata.

3.1. “Riserva di scienza” e “sussidiarietà scientifica”

La decisione da cui prendere le mosse nel ricostruire il ruolo della scienza in rapporto con il diritto, costituzionale in particolare, è la n. 282 del 2002. In essa, per quanto qui interessa, la Consulta dichiarò incostituzionale una legge della Regione Marche in quanto, nel sospendere la terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale, e altri simili interventi di psicoturgia in attesa di una definizione ministeriale della rispettiva efficacia, non aveva basato la propria scelta su alcun «autonomo accertamento, effettuato o recepito dal legislatore regionale, circa gli effetti delle pratiche terapeutiche considerate». Atteso che la letteratura medica non escludeva che in alcuni casi le terapie vietate potessero essere di beneficio per taluni malati, la Corte accolse la questione di legittimità in riferimento alla potenziale lesione del bene salute, utilizzando come parametro l'art. 32 Cost¹⁴.

In particolare, la Corte sostenne che «[s]alvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle *acquisizioni scientifiche e sperimentali*, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali *basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione*». In linea generale, infatti, «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello *stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali* acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”» (corsivi tutti aggiunti).

Per quanto riguarda la linea qui proposta, va considerato come la Corte ritagli una sorta di “riserva di scienza” per quanto riguarda l'indicazione degli effetti terapeutici dei trat-

¹⁴ Fra i molti, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2009, 295; A. D'ALOIA, A., *Biodiritto*, in U. POMARICI, (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, 2012, 37.

tamenti medici; riserva che attribuisce una specifica competenza alla scienza medica, delimitando di conseguenza la discrezionalità del legislatore, statale o regionale che sia¹⁵.

Tale logica è confermata da più recente giurisprudenza intervenuta in materia di procreazione medicalmente assistita.

Come noto, la legge n. 40 del 2004 poneva una disciplina particolarmente restrittiva e rigida; disciplina che la Corte costituzionale ha reso, grazie (finora) a tre interventi di accoglimento, maggiormente in linea con il dato costituzionale e attenta al dato scientifico.

Nella sentenza n. 151 del 2009, così, il divieto legislativo di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» è stato dichiarato illegittimo proprio perché tale proibizione, anche in combinato disposto con l'obbligo di impiantare contestualmente tutti gli embrioni prodotti, avrebbe obbligato il medico ad effettuare interventi che la letteratura medica è concorde nel considerare potenzialmente dannosi per la salute della donna (e anche del feto). Attesi, anche in questo caso, i «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le *acquisizioni scientifiche e sperimentali*, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica», infatti, tale divieto finiva «per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina[va], in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime» (corsivo aggiunto)¹⁶.

In riferimento a quanto abbiamo proposto in termini di “riserva di scienza”, inoltre, la sent. 162 del 2014, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale il divieto assoluto di fecondazione cd. eterologa originariamente contenuto nella legge n. 40, si esprime in termini particolarmente significativi. Se la decisione su tematiche così delicate deve essere il frutto di un attento bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti, «la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle *valutazioni riservate alla scienza medica*, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango» (corsivo aggiunto).

Al fine di non incorrere nei rischi evidenziati trattando dell'orientamento sopra criticato che vorrebbe subordinare in termini complessivi e unilaterali il diritto alla scienza (sub 2.2), va subito precisato come dalla giurisprudenza della Corte costituzionale non si possa deriva-

¹⁵ Particolarmente significativa al riguardo la sent. n. 188 del 2000 in cui la Corte costituzionale, in materia di formazione dell'elenco delle patologie tumorali ammesse alla fornitura gratuita dei farmaci, riconosce «competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità».

¹⁶ L'impianto originale della legge 40, quindi, violava la Costituzione da più angolature: la «previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., 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'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso».

re un principio di assoluta prevalenza della scienza. Come chiariremo subito, infatti, fra le cautele indicate sta quella secondo cui la letteratura medica costituisce un immancabile punto di partenza solo nei settori che ad essa competono e che necessitano di un inquadramento scientifico: si tratta di definire i caratteri della patologia, di indicare la rispettiva incidenza sulla salute, di precisare prove di efficacia, o meno, dei trattamenti proposti. Far dipendere dalla letteratura medica altri profili della decisione, come l'esito complessivo del bilanciamento di interessi, significherebbe andare oltre l'ambito ad essa "riservato", tradendo così un principio che potremmo definire di "sussidiarietà scientifica" in cui – come anticipato – ad ogni sapere spetta dare indicazioni all'interno del "territorio" che ad esso compete ed in cui può esprimersi con maggior efficacia e idoneità.

3.2. La scienza come parametro interposto di costituzionalità

Sulla base di quanto fin qui ricostruito, ed in particolare dei principi desumibili dalla giurisprudenza citata, deve sostenersi come una legge che vieti una procedura che possa dimostrarsi di beneficio per taluni malati sia da considerare incostituzionale (sent. 282 del 2002); come incostituzionale sia da ritenere ogni legge che, in assenza di interessi prevalenti, imponga un trattamento da cui discenda un rischio per la salute individuale (sent. 151 del 2009)¹⁷. Ma visto che è la scienza – qui intesa, ricordiamo, come letteratura medico-scientifica condivisa – a definire ciò che favorisce o che nuoce al nostro benessere, riempiendo di contenuto concreto, per così dire, la formula dell'art. 32 Cost, il necessario rispetto del diritto fondamentale alla salute si traduce in un necessario rispetto delle risultanze scientifiche in campo medico.

Per questo, una legge che non tenga conto o, peggio, contraddica i risultati medici più accreditati (imponendo un trattamento nocivo o vietandone uno efficace) risulterebbe incostituzionale non perché (direttamente) in contrasto con la scienza ma perché tale contrasto svelerebbe (indirettamente) una violazione, questa sì incostituzionale, del diritto alla salute. Ecco che la scienza, alle condizioni accennate e su cui meglio infra, oltre che assumere la funzione di indicatore della «ragionevolezza scientifica» di una legge¹⁸, giungerà ad svolgere un ruolo, appunto, di parametro interposto di costituzionalità.

4. Una teoria forte o debole? Alcuni spunti problematici

Far dipendere dai risultati della più accreditata letteratura scientifica la legittimazione di una disciplina legislativa, in materie per di più generalmente assai delicate e divisive come

¹⁷ L'eccezione più evidente al principio è rappresentata dall'imposizione dell'obbligo vaccinale, in cui le esigenze di salute collettiva, oltre che quelle riconducibile alla salute della singola persona che si vaccina, assumono un rilievo prevalente. Si veda la giurisprudenza costituzionale riconducibile alle sentenze n. 307 del 1990, n. 258 del 1994, n. 118 del 1996 e n. 27 del 1998.

¹⁸ In tema, il riferimento va a S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 4, 817.

quelle coltivate dal biodiritto, significa certamente riconoscere alla prima un ruolo molto incisivo.

La contaminazione scientifica del processo normativo è ormai ovunque riconosciuta come un valore aggiunto di una disciplina legislativa, in termini sia di maggior efficacia sia di più ampia e sicura legittimazione. Meno indagato e condiviso è invece il rapporto diretto fra il recepimento dei risultati della letteratura scientifica e la stessa legittimità costituzionale della legge “di risulta”¹⁹.

Così, può apparire eccessivo far dipendere la discrezionalità politica del Parlamento, organo democratico-rappresentativo per eccellenza attraverso cui il popolo esercita nientemeno che la propria sovranità, da quanto riportato in riviste pure prestigiose quali *Science*, *the Lancet* o *Nature*.

Tali perplessità possono essere rafforzato da quanto ripreso, da ultimo, da un recente report del *Nuffield Council on Bioethics*, organo britannico indipendente ed autorevole incaricato di esprimere pareri su temi scientifici delicati. In *The Culture of Scientific Research in the UK*, il comitato, avvalendosi del contributo di quasi un migliaio di scienziati di diverse discipline, ha esaminato il quadro di salute della ricerca scientifica, arrivando a conclusioni non certo ottimistiche. La necessità, in termini di carriera, di pubblicare solo su *High Impact Factor Journals*, una competizione talvolta esasperata, alcune debolezze del sistema di *peer review*, talune logiche di finanziamento e di valutazione – si conclude – rappresentano negatività diffuse, le quali hanno innescato circoli viziosi, come l'esagerazione dei risultati ottenuti e delle relative potenzialità applicative, che hanno reso il mondo della ricerca contemporanea complessivamente fragile, in termini di minor incentivi alla collaborazione, di diminuzione del tasso di creatività e di innovazione e, in definitiva, di una inferiore qualità degli studi e di una minacciata *research integrity*²⁰.

Anche sulla base di questi dati, quindi, intendere la letteratura scientifica come parametro di legittimità costituzionale sarebbe avventato, e potrebbe apparire un vulnus troppo forte nei confronti dei principi alla base dello stato costituzionale di diritto, primi fra tutti quello democratico-rappresentativo e della separazione dei poteri. Se inoltre le conoscenze scientifiche e sperimentali vanno acquisite tramite «istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”» (secondo quanto disposto dalla sent. 282 del 2002 e già dalla n. 185 del 1998) come scongiurare sempre latenti conflitti di interesse?

¹⁹ In termini complessivi e comparati, cfr. ora S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit.

²⁰ I maggiori elementi di criticità sono stati riassunti in cinque voci: Competition, Funding of research, Assessment of research, Research integrity, Career progression and workload. Cfr. Nuffield Council on Bioethics, *The Culture of Scientific Research in the UK*, London, December 2014 scaricabile al sito <http://nuffieldbioethics.org/project/research-culture/>.

A fronte della fondatezza di tali perplessità, va ricordato come la linea di pensiero qui proposta non voglia in alcun modo sostituire la discrezionalità politica con i dati scientifici, il Parlamento con gli editorial boards delle riviste che si occupano delle scienze della vita.

Proporre la scienza come parametro interposto di costituzionalità è linea di pensiero che – come detto fin da principio – percorre una terza via, intermedia, in quanto tale, e sottoposta ad una serie di condizioni e di requisiti necessari.

Un primo limite dipende dall'ambito della sua applicazione. Come visto, l'illegittimità derivante dalla disattenzione verso il dato scientifico non opera in via diretta ma solo mediata. Si tratta di una logica di interposizione, in cui l'incostituzionalità si fa derivare da una sorta di "gioco di carambola", in cui la sponda è costituita dall'art. 32 della Costituzione.

Per questo, l'identificazione della scienza come parametro interposto di legittimità costituzionale non si potrà applicare a tutte le discipline scientifiche, ma solo a quelle che hanno a che fare con la salute e il benessere delle persone. Se la "ragionevolezza scientifica" è quindi principio che può trovare una applicazione tendenzialmente più estesa, la teoria qui indicata del "parametro scientifico interposto" si potrà utilizzare solo nella verifica della costituzionalità delle leggi che incidono sul contenuto riconducibile al diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost.

Un secondo elemento che condiziona l'applicazione dell'idea qui illustrata dipende dal grado di condivisione che i dati scientifici hanno all'interno della comunità epistemica di riferimento. Nei casi in cui vi sia una forte coesione nell'indicare l'utilità terapeutica o il potenziale danno di un determinato trattamento, la legge che rispettivamente ne vieti o prescriva l'utilizzo sarà pacificamente da considerare incostituzionale. La medicina, tuttavia, è pratica che non si basa su elementi certi, fissi ed immutabili e, nonostante la formula "*evidence based medicine*" sia troppo spesso tradotta con "medicina che si basa sull'evidenza", contempla poco o nulla che sia auto-evidente²¹. Un trattamento che si credeva efficace, così può rivelarsi assai meno vantaggioso con il passare del tempo e con il ripetersi del suo utilizzo. Su molte cure avanzate la stessa comunità scientifica pare divisa sul potenziale di efficacia, sui margini di azione, sui possibili effetti collaterali, e così via; e una sperimentazione clinica che aveva dato esiti positivi può essere smentita da un successivo studio²².

Su queste basi, tornando ai limiti di applicabilità della proposta qui presentata, pare opportuno indicare un rapporto di proporzionalità inversa fra latitudine della discrezionalità politica del Parlamento e grado di condivisione sugli effetti di un particolare trattamento da parte della comunità scientifica di riferimento. Nel momento in cui non vi siano dati verificati e tendenzialmente certi in riferimento alle conseguenze di una determinata pratica, quindi, la dimensione politica riacquisterà ampi margini di decisione.

²¹ In questo senso, il termine inglese "evidence" sta a significare propriamente prova, risultato di una sperimentazione e non certo ciò è di per se stesso evidente. Che il gergo specialistico italiano continui a trattare della medicina in termini di "evidenze" è quindi fenomeno che non deve illudere su una presunta verità o certezza assoluta della pratica medica.

²² Una dura critica al sistema dell'industria farmaceutica, oltre ai fisiologici equivoci, in B. GOLDACRE, *Bad Pharma: How Drug Companies Mislead Doctors and Harm Patients*, New York, 2012.

Un terzo ed ultimo limite nell'applicazione della scienza come parametro interposto riguarda la cautela, che la Corte costituzionale ha costantemente richiamato nella sua giurisprudenza in materia, riferibile al necessario contemperamento dei dati scientifici con gli altri diritti, interessi e principi rilevanti. errore

«Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali» è la formula adottata nella citata sentenza n. 282 del 2002 che viene ripresa dall'equivalente espressione «ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango» inserita nella richiamata decisione n. 162 del 2014. Su queste basi, è proprio la struttura della linea qui proposta, che si basa sulla tecnica dell'interposizione, a evitare che la dimensione scientifica possa considerarsi sempre e comunque prevalente su altri dati di natura costituzionale. Se l'aggancio con l'art. 32, anche in riferimento alla qualifica "fondamentale" del diritto previsto, permette una forte presunzione di superiorità dei dati riferibili alla salute sugli altri diritti interessati, ogni decisione sul caso singolo non potrà prescindere da un bilanciamento di interessi e da un conseguente contemperamento fra tutti i beni giuridici coinvolti. Anche in questo settore del diritto costituzionale, quindi, non emerge nulla che possa essere inteso come una automatica, neutrale ed oggettiva tecnica decisoria; si confermano piuttosto linee di tendenza e percorsi evolutivi, tipici in materia di ragionevolezza, in cui le parti in gioco devono selezionare gli argomenti migliori per contribuire alla soluzione ritenuta maggiormente in linea con la Costituzione e con la sua espansione²³.

Prendendo a prestito una formula tipica di altri territori, si potrebbe dire che la Corte costituzionale ha mantenuto nelle sue mani l'esito finale della decisione, ponendo i termini di una sorta di teoria dei controlimiti nei confronti di una possibile prepotenza della dimensione scientifica.

²³ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992.