

Barbara Pezzini

Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo

Siamo continuamente sollecitati a comprendere perché, e come, le questioni di scienza della vita animano le aule giudiziarie: e mi pare di poter rispondere che ciò avviene essenzialmente in quanto incrociano bisogni riconosciuti dai singoli come diritti, che chiedono tutela. Nei tribunali trovano espressione le pretese soggettive, in particolare quelle che riguardano un diritto tanto ampio, quanto ampiamente tutelato in costituzione come il diritto alla salute; il fatto che i singoli si rivolgano sempre più numerosi ai giudici ci rivela che la mediazione politico-legislativa è carente, ma anche quanto sia ormai acquisita nella coscienza sociale una nozione di *diritti inviolabili costituzionalmente tutelati* che inverte la forza precettiva della costituzione.

Una vicenda che interroga direttamente l'oggi è il caso *Stamina*, un inseguirsi caotico di azioni e reazioni in ordine alla sperimentazione clinica di un metodo terapeutico: azioni che riguardano direttamente la medicina come scienza della vita (riconoscimento e validazione della sperimentazione e dei suoi risultati); interventi di regolamentazione legislativa (innovazioni *ad hoc* nella definizione dei protocolli di validazione e nella qualificazione del metodo -come trapianto, cura finalizzata o terapia compassionevole); pronunce giudiziarie sui diversi aspetti della vicenda.

E ancora una volta -come già nel precedente *leading case* Di Bella, per molti versi analogo- dalle aule giudiziarie emerge una *babele giurisprudenziale*: che mette in questione sia la definizione dei protocolli di scientificità, sia l'allargamento della platea degli aventi diritto al trattamento (in base alla revisione della ragionevolezza delle classificazioni legislative o per-

sino creando titoli autonomi, ricorrendo alla "dignità della persona" o ad un "diritto alla speranza" integrativo o addirittura sostitutivo del diritto alla salute).

La giurisprudenza costituzionale sul precedente Di Bella fornisce due elementi di orientamento (sent. 185/ 1998 e 121/1999): la *garanzia dell'autonomia della sfera tecnico-scientifica* (integrabile con le linee della giurisprudenza successiva nel contesto dei rapporti stato-regioni), nonché il *criterio* di distinzione delle valutazioni tecnico scientifiche dall'attività del giudice.

La prima impone un *principio di rilevanza* delle valutazioni tecnico-scientifiche, che definiscono il limite (relativo) per il legislatore, nonché per la stessa Corte costituzionale e per ogni giudice: senza giungere a fondare una vera e propria *riserva*, tali valutazioni non possono essere ignorate e da esse non è consentito prescindere. Il secondo impedisce al giudice un esercizio, che diventerebbe *abnorme*, della sua funzione, che estenda la revisione dell'indagine tecnica oltre i limiti soggettivi (pazienti ricorrenti) ed oggettivi (tipi di patologie) rilevanti nel giudizio: il limite naturale della funzione giudiziale risiede nel rapporto di congruenza fra gli accertamenti peritali e i casi concreti rimessi alla cognizione del giudice.

Ma quel precedente insegna anche che la discrezionalità del legislatore è in grado di circoscrivere e ridefinire l'ambito della discrezionalità tecnico-scientifica, creando posizioni soggettive che entrano nelle operazioni di definizione della ragionevolezza e/o di bilanciamento affidate ai giudici: il legislatore che, avvalendosi ampiamente della discrezionalità politica che gli compete, aveva avviato una forma di sperimentazione speciale e in deroga, ha creato un "fatto legislativo" dotato di una sua propria oggettività, che interseca, senza sostituirlo, il giudizio

sull'efficacia terapeutica della terapia (e che, come dice la Corte costituzionale, si differenzia "*da qualsiasi mero fatto sociale spontaneo*").

Quando la legge qualifica, per scelta politica, l'ambito della sperimentazione secondo criteri di specialità, qualifica anche posizioni soggettive da tutelare indipendentemente e al di fuori degli ambiti normalmente definiti secondo le procedure della sperimentazione ordinaria (in base all'esercizio della discrezionalità tecnica). Un fatto "legislativo" (come dice la sentenza 185/1998) o "politicamente qualificato" (come mi sembra preferibile, per marcare la natura e la forza dell'esercizio della potestà di scelta politica che si esprime nella materia attraverso la legge) diviene così capace di incidere sul *contenuto* del diritto alla salute, riconducendo al *nucleo essenziale* del diritto fondamentale garantito dall'art. 32 cost. le *aspettative soggettive* indotte dal legislatore stesso e, di conseguenza, rendendo necessario al giudice apprezzarle nei termini dell'art. 3 cost.

Da qui l'intreccio delle contraddizioni: le aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute (e che spetta al giudice tutelare) nascono dalla disciplina legislativa della sperimentazione, non già nella sfera tecnico-scientifica (dal momento che mancano le condizioni per l'avvio di una sperimentazione clinica *ordinaria*, la possibilità terapeutica è solo virtuale ed ipotetica). Il giudice, quindi, si trova a giudicare sulla ragionevolezza e sui limiti dell'attività legislativa, prima e più che intervenire in questioni relative alla scienza della vita. Ed è alla luce di queste coordinate che, mi sembra, si potrebbe riordinare anche il quadro della giurisprudenza Stamina.

Distinguendo, cioè, i casi in cui – più o meno persuasivamente – il giudice interviene sulla base delle qualificazioni e/o omissioni del legislatore (integrando la ragionevolezza del sistema

laddove un'interpretazione costituzionalmente conforme lo consente, ovvero investendo la Corte costituzionale laddove fosse necessaria la declaratoria di incostituzionalità), dai casi in cui un *esercizio abnorme della funzione* invade il campo e contraddice il *principio della rilevanza* (che presidia l'autonomia della scienza). Ma per far ciò non può bastare il breve spazio di questa risposta.