

La grammatica della legge scientifica nel caso ‘Stamina’*

di Laura Buffoni**
(3 ottobre 2015)

Sommario: 1. Il caso: la ‘legge’ scientifica e la ‘cura’ del corpo; 2. I *dislivelli* dell’ordine del discorso nel testo *commentato*; 3. Il primo livello di lettura. La *decisione* della scienza; 3.1 La scienza certa, la sicurezza del corpo della comunità e l’illibertà del corpo del singolo; 4. Il secondo livello di lettura. La *validità* della *legge* scientifica; 4.1 Il giudice e il legislatore: la scienza come questione di diritto; 4.2 La libertà *impropria* della scienza e del corpo.

1. Il caso: la ‘legge’ scientifica e la ‘cura’ del corpo

I casi decisi dalla Cassazione penale, Sez. VI, il 5 giugno 2015 con le sentenze nn. 24242, 24243 e 24244 sono *casi* per più ragioni. Sono casi nel linguaggio della grammatica: contengono la *declinazione* del linguaggio della scienza, ma per la intrinseca giuridicità del linguaggio implicano il diritto (che a propria volta è linguaggio) della scienza¹. Ma sono un caso anche nel significato ontologico: articolano una dottrina della relazione tra il caso, la necessità e la libertà nella scienza. Infine, sono un caso in una terza accezione, ancorata all’etimo del composto *occàssum*: sono l’occasione, l’occidente, il tramonto della retorica della libertà di ricerca scientifica.

*Ritagliamo*² le proposizioni che ne fanno un caso.

Per le decisioni nn. 24242 e 24244³ le ordinanze con cui il Tribunale del riesame confermava il decreto di sequestro preventivo di medicinali depositati presso il laboratorio cellule staminali dell’Azienda Ospedaliera “Spedali civili di Brescia” sono legittime perché, «sulla base delle risultanze acquisite» nel giudizio, le ‘infusioni’ somministrate con il metodo ‘Stamina’ «sono, da un lato, contra legem e, dall’altro, pericolose o comunque non sicure per la salute umana».

Sotto il primo profilo, violano le norme sulla fabbricazione dei medicinali per terapie avanzate, perché non è stata rilasciata dall’Aifa la prescritta autorizzazione e perché, in ogni caso, non risultano rispettate «le buone prassi di fabbricazione». Violano, in particolare, le norme sulla qualità, tracciabilità e farmacovigilanza dei prodotti: il luogo dove il materiale biologico è preparato e manipolato è inadeguato; non vi è alcun ‘protocollo’ o resoconto di lavorazione del materiale biologico somministrato; non si evince «l’immediata necessità e opportunità di un trattamento con cellule staminali, per alcune patologie trattate». Ne deriva che l’ordinanza impugnata non viola (il d.m. 5.12.2006 e) il d.l. 25 marzo 2013, n. 24, conv. nella l. 23 maggio 2013, n. 57, che ha autorizzato la prosecuzione delle cure già avviate o da avviarsi su ordine dell’autorità giudiziaria nel caso di medicinali per terapie avanzate a base di cellule staminali mesenchimali, trattati «secondo procedure idonee alla lavorazione e alla conservazione di cellule e tessuti, come già stabilito nel D.M.

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Il doppio legame lingua/linguaggio e diritto può qui solo essere sfiorato, non senza timore.

² Sulla tecnica del ritaglio come metodo di lettura di un testo R. BARTHES, S/Z. *Una lettura di «Serrasine» di Balzac*, Torino, 1970, pp. 18-9.

³ La sentenza n. 24243 contiene proposizioni meno significanti da ritagliare, leggere e interrogare.

Turco-Fazio (norme di buona fabbricazione), secondo le procedure di qualità autorizzate dall'AIFA». Ne segue, invece, l'integrazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 443 c.p. per l'*imperfezione* del medicinale somministrato, correlata «alla difformità dalle prescrizioni scientifiche e dai principi della scienza medica o farmacologica e alla mancanza delle condizioni necessarie per evitare ogni pericolo nell'uso del farmaco e per renderlo idoneo al suo scopo», in una «alla mancata rispondenza del farmaco alle *leges artis*».

Sotto il secondo profilo, ancora più significativo perché la Corte lo mette in gioco sebbene «la doglianza inerente all'insussistenza di una potenziale pericolosità o anche soltanto inutilità del cosiddetto "metodo Stamina" esula dall'area della deducibilità nel giudizio di cassazione», il giudice di legittimità attribuisce rilevanza *decisiva* alle consulenze tecniche, disposte dal pubblico ministero, dalle quali emergono rischi, attuali e futuri, possibili o finanche solo «difficilmente prevedibili», per la salute «legati alle attività di estrazione e re-inoculazione delle cellule staminali poste in essere senza le dovute precauzioni e al di fuori delle procedure richieste dalla legge». Costata empiricamente, sulla base dei riscontri dei 'tecnici', che «numerosi pazienti hanno riscontrato il peggioramento delle condizioni di salute», che «dai dati analizzati non emergono elementi significativi in ordine ai presunti effetti benefici del cosiddetto metodo Stamina» e che, in ogni caso, anche laddove sono stati accertati dai medici o dichiarati dai pazienti miglioramenti, manca la prova dell'*'imputabilità'* di effetti benefici alla terapia. D'altronde, per l'integrazione del *fumus* dell'art. 443 c.p. «l'inefficacia terapeutica è sufficiente senza che occorra l'effettiva nocività o pericolosità per la salute pubblica [...], trattandosi di un reato di pericolo presunto». Né il vizio invalidante la 'cura' ed integrante la fattispecie penale può essere scriminato ex art. 50 c.p. dal consenso del paziente.

Su questi due argomenti (il secondo non si dà senza il primo) la Cassazione costruisce – e questa è la *questione* messa in *causa* e che ne fa un *caso* – una dottrina giuridica (perché dottrina *del* e *per* il diritto) della validità della scienza che si fa avanti mascherata. Sminuisce, infatti, l'importanza di ciò che sta per dire al suo uditorio con un *cleuasma* tipico dell'arte retorica⁴: dopo una professione di umiltà, perché «esula dall'area della presente disamina la questione inerente all'individuazione dei criteri di scientificità di una teoria o, comunque, di un contributo cognitivo: questione inerente all'ambito tematico delle discipline scientifiche ed epistemologiche», *di-segna*⁵, con un micidiale «ci si limiterà», le condizioni di «validità» della «legge scientifica». Per il diritto è scientifica la legge «soltanto dopo essere stata sottoposta a ripetuti, superati tentativi di falsificazione e dopo avere avuto reiterate conferme, donde, appunto, l'alto grado di "conferma", che la contraddistingue, e donde la "fiducia" che non può non esserle riservata. La certezza che essa esprime viene connotata con le formule "alto grado di probabilità", "alto grado di credibilità razionale", "alto grado di conferma", proprio perché non è un valore assoluto, non è un'acquisizione irreversibile, poiché è certezza allo stato ma - va aggiunto - allo stato è certezza e non probabilità». Nella scrittura del dover-essere della legge scientifica del giudice penale «la diffusa accettazione in seno

⁴ Sulla figura retorica del *cleuasma*, con cui si professa la propria umiltà per accattivare l'uditorio, O. REBOUL, *Introduzione alla retorica*, Bologna, 1996; R. BARTHES, *La retorica antica*, Milano, 1972, pp. 74-5.

⁵ Nel senso che tesse una trama di rimandi, *di-segni*, una tessitura, una testualità: G. DALMASSO (a cura di), *Di-segno. La giustizia nel discorso*, Milano, 1984, p. VII.

alla comunità scientifica internazionale» è il discrimine fra «validità e mancanza di validità scientifica della legge, della teoria o del metodo». Con la meccanica conseguenza che «la mancanza di accettazione da parte della generalità della comunità scientifica della validazione di un'ipotesi significa incertezza scientifica».

Questa dottrina – che potremmo per ora definire della scienza libera perché autonoma dal diritto, dal 'politico' – si completa con l'autonomia della validità della scienza rispetto al 'giudiziario'. L'invalidità e, quindi, nel processo penale, l'illiceità del metodo Stamina non può, infatti, ritenersi scriminata, secondo l'art. 51 c.p., dall'adempimento delle ordinanze con cui i giudici civili hanno accolto ricorsi d'urgenza, ex art. 700 c.p.c. e hanno consentito di eseguire o proseguire il trattamento Stamina presso strutture del servizio sanitario nazionale.

Dalla violazione dei parametri del giudizio di validità deriva l'invalidità della legge scientifica applicata dal metodo Stamina e la decisione del caso concreto: l'unico protocollo presentato da *Stamina Foundation* non è supportato da dati scientifici; è privo di riferimenti a procedure scientifiche «validate» o a pubblicazioni scientifiche; le metodiche non sono dettagliate; è inefficace.

2. I dislivelli dell'ordine del discorso nel testo commentato

In queste pagine ci si propone di dimostrare che sono possibili differenti livelli di lettura dell'ordine discorsivo dei testi in *commento* ovvero che si danno differenti livelli di ordini in cui si articola il discorso del giudice penale. Una certa gerarchizzazione dei livelli del discorso consentirà di distinguere il *fenomeno-testo* dal *genio-testo*, una strategia discorsiva di superficie da una struttura profonda⁶.

Ad un primo livello potrebbe sembrare che nelle sentenze la scienza, di cui si predica la certezza, catturi il diritto, che sia la comunità scientifica a stabilire cosa è scienza per il diritto e, dunque, quale è la giusta 'cura' del corpo a cui quella scienza possa/debba applicarsi. In tale auto-fondazione risiederebbe la possibilità di libertà della scienza. Il paradigma sembra essere quello della separatezza immunitativa tra discorso scientifico e discorso giuridico-politico e della prevalenza del primo sul secondo, della verità del primo sull'autorità del secondo, in ambiente costituzionale pluralista.

A chiudere il cerchio, la *forza* (o il *valore*, perché la Corte discorre di *validità*) della legge scientifica certa, comunitariamente fondata, si impone sulla libertà del singolo: se la cura è scientificamente incerta, di una incertezza certa secondo la teoria della validità della scienza elaborata dalla Cassazione, il pericolo, possibile o anche non facilmente prevedibile, per la salute (individuale e «pubblica») limita la volontà del singolo. Anzi, non è una cura che può costituire l'oggetto del diritto di salute. Nessun rilievo in ordine all'efficacia terapeutica di un metodo può essere riconosciuta ai miglioramenti «soltanto dichiarati dai pazienti». Alla fine, la scienza (e le sue regole) ipoteca(no) il diritto alla salute. La dimensione comunitaria prevale su quella individuale dei due diritti di libertà in gioco.

Se, però, si smette di *commentare* le sentenze ripetendole, se si apre alla reale possibilità del commento e si comincia a guardare all'(costruire

⁶ Si prendono a prestito, scusandoci per l'uso approssimativo, le categorie semiologiche elaborate da J. KRISTEVA, *Pour une sémiologie des programmes*, in *Tel Quel*, 1967, n. 29, p. 53 ss.; ID., *Semanalisi*, in *Nuova corrente*, 1971, n. 59, p. 250 ss.

l')«ordine del discorso»⁷, ai dislivelli, alle plurivalenze ed alle aperture che affiorano dai passi del testo ritagliati, dalle 'zone di lettura' in ombra, dalle *citazioni* nascoste⁸ e dai segni che trapelano dal linguaggio, quelle decisioni – che discorrono di 'validità' della legge scientifica, di 'prescrizioni', di 'diffusa accettazione in seno alla comunità scientifica' e di 'imputabilità' degli effetti – dicono altro, si aprono a differenti significazioni. Custodiscono al loro interno la possibilità di invertire il *sensu* del rapporto tra scienza e diritto e, con essa, di ridisegnare i rapporti tra le due libertà (della scienza e del corpo).

Con ciò non si intende tanto attribuire al testo scritto un significato preterintenzionale o svelarne il senso nascosto pre-esistente, quanto cogliere il non scritto dal medesimo implicato che possa dire il non ancora detto o, più coraggiosamente, l'*impensato*⁹: così Barthes «ed è anche un vuoto di parola che costituisce la scrittura» ovvero «il lavoro di lettura che vi è connesso è quello di sospendere il linguaggio, non di provocarlo»¹⁰.

Vorrei provare a dimostrare come il detto di queste decisioni implichi questioni, eluse, non dette. Se si interroga il testo, scavando sotto la superficie, quelle questioni *fondamentali* – e con esse ciò che presuppongono e che suppongono – affiorano e conducono, attraverso passaggi intermedi da scoprire, a risposte diverse, fino a vere contro-tesi rispetto a quelle che emergono dal *fenomeno*-testo.

3. Il primo livello di lettura. La decisione della scienza

Sulla questione della relazione scienza/diritto la risposta di primo livello del giudice penale è quella della *barratura*, dell'autonomia del paradigma scientifico rispetto a quello politico-giuridico.

Nelle decisioni della Corte le infusioni somministrate con il metodo Stamina sono illegittime ('*imperfette*') perché violano i protocolli diffusamente accettati, e quindi certi, nella generalità della comunità scientifica di riferimento.

Tutto sembra semplice e coerente con il noto discorso del giudice costituzionale, che fissa nelle acquisizioni scientifiche e sperimentali il limite alla discrezionalità del 'giuridico'¹¹.

La libertà di ricerca scientifica è libertà *dal* politico e dai processi di giuridicizzazione. Il discorso scientifico riempie di contenuto quello giuridico, ma resta ad esso esterno. La teoria presupposta è forse quella dell'ontologia dualista tra scienze della natura e scienze dello spirito, tra comprendere e spiegare. Ciò spiega la *soluzione* nella *de-cisione* del giudice penale del rapporto tra normatività giuridica e normatività scientifica: nei fatti di scienza in ambiente pluralista non si può dare né nomoteta-scienziato né giudice-scienziato. La decisione sovrana sulla 'nuda vita'¹² appartiene alla scienza

⁷ Sul commento come produzione di nuovo senso a partire da un discorso detto M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso e altri interventi*, Torino, 2004, p. 13 ss.

⁸ Su questa pratica di lettura dei testi evidente il *segno* (giocando con le parole) della semiologia di Roland Barthes.

⁹ A la L. ALTHUSSER, *L'impensato di J.-J. Rousseau*, Milano, 2003.

¹⁰ R. BARTHES, *L'impero dei segni*, Torino, 2004, pp. 8 e 84.

¹¹ Dalla sent. n. 185 del 1998 alla sent. n. 274 del 2014, passando attraverso le sentt. nn. 282 del 2002, 307 del 2003, 338 del 2003, 166 del 2004, 116 del 2006 e 151 del 2009: vedi ora il lavoro monografico di S. PENASA, *La legge della scienza: Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015.

¹² Per W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, 2014, p. 26, la 'nuda vita' rappresenta il nesso tra la vita vivente e la violenza giuridica, ove il dominio del diritto sul vivente è coestensivo alla nuda vita e cessa con questa.

medica: del resto, l'orizzonte biopolitico che caratterizza la modernità ci ha da tempo abituati, nell'applicazione delle leggi biopolitiche¹³, al potere dei medici, dipinti a partire dal positivismo *comtiano* come sacerdoti della nuova umanità liberata dalla scienza.

Il discorso del giudice penale mette, dunque, ordine nei rapporti tra politica/legge e scienza nella storia giuridica della ricerca scientifica, disorientata dalle pretese del politico (e del suo diritto) di farsi scienza: il decisore politico non deve attribuire lo statuto di scientificità a teorie e metodi controversi nella comunità scientifica.

E lo fa in un caso, quello della ricerca sulle cellule staminali, dove la politica ha ripetutamente *delirato*.

Con l'art. 2, commi 2, 2-*bis* e 3, del d.l. n. 24 del 2013, come mod. dalla l. n. 57 del 2013, il Governo ha deciso la prosecuzione presso le strutture pubbliche dei trattamenti già avviati a base di cellule staminali mesenchimali, ivi inclusi i trattamenti per i quali è stato praticato il prelievo dal paziente o da donatore di cellule destinate all'uso terapeutico e quelli che sono stati già ordinati dall'autorità giudiziaria. Il potere politico ha, da fuori, legittimato il metodo 'Stamina', fino al punto di promuoverne la sperimentazione clinica «anche in deroga alla normativa vigente», vale a dire superando tutta la fase d'indagine pre-clinica¹⁴. La Cassazione ha, invece, confermato la legittimità delle ordinanze impugnate valorizzando gli spazi (pochi) riconosciuti alla legge scientifica dai commi 2 e 2-*bis*, così come modificati in sede di conversione: i medicinali ammessi dall'atto avente forza di legge sono, infatti, a ben vedere, solo quelli trattati «secondo procedure idonee alla lavorazione e alla conservazione di cellule e tessuti, come già stabilito nel D.M. Turco-Fazio (norme di buona fabbricazione), secondo le procedure di qualità autorizzate dall'AIFA»¹⁵ e, in ogni caso, «senza nulla statuire in ordine alle caratteristiche intrinseche del cd. trattamento o protocollo terapeutico Stamina, la cui conformità alle vigenti disposizioni in tema di qualità, tracciabilità e farmacovigilanza viene, invece, per la prima volta esaminata in maniera approfondita nell'ambito del presente procedimento»¹⁶.

Le sentenze del giudice penale sono, poi, ancora più dense di senso ove si consideri che nella ricerca sulle staminali l'immedesimazione tra politica e scienza è addirittura avvenuta con atti amministrativi. Per un verso, le linee di ricerca sulle cellule staminali sono state disciplinate in D.p.c.m. o, addirittura, in ordinanze ministeriali¹⁷. Qui la decisione politica sulla nuda vita ha trovato estrinsecazione nel ricorso al potere contingibile ed urgente del Governo: sono ordinanze di natura "paranormativa" (secondo la nota classificazione di L. Von Stein, sono «ordinanze amministrative quando la legge manchi»). In tali fattispecie il potere contingibile si atteggia a potere *extra-ordinem*. Ciò su cui interrogarsi è non solo lo sconfinamento del 'politico', ma anche la tenuta del

¹³ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, pp. 157-9 e 177.

¹⁴ Critiche alla legge che si fa scienza e non si apre alla scienza nel caso Stamina sono ormai radicate nel dibattito costituzionalistico: P. VERONESI, *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *Forum Quad. cost.*, 2015; G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del "metodo Stamina"*, in *Quad. cost.*, 2013, n. 2, p. 422 ss.; G. FONTANA, *I limiti alla ricerca scientifica: il "caso Stamina"*, in A. IANNUZZI (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli, 2015, p. 173 ss.; G. SERENO, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio costituzionale Aic*, 2015.

¹⁵ Cfr. sentt. nn. 24242 e 24244.

¹⁶ Cfr. sent. n. 24243.

¹⁷ Cfr. ordd. minn. 11.01.2002 o 04.05.2007.

principio di legalità, nella forma della riserva di legge, ove si consideri che le materie involgono diritti fondamentali ed il legislatore, con la l. n. 219 del 2005, non ha affatto limitato la discrezionalità tecnica (e scientifica) del potere esecutivo. Per l'altro, con un bando (regionale) si è esclusa la ricerca sulle cellule staminali embrionali di origine umana dal finanziamento della ricerca sulle cellule staminali nel cui genere, però, quelle sono ricomprese¹⁸: l'autorità politico-amministrativa ha imposto agli scienziati l'oggetto della propria scienza, dibattuto e dibattibile solamente in chiave tecnico-scientifica. Appare evidente l'eccedenza della questione della proficuità scientifica della ricerca cellule staminali embrionali umane dall'organizzazione amministrativa del finanziamento della ricerca sanitaria. Ciononostante, il giudice amministrativo di prime cure ha rigettato la domanda di sospensione cautelare degli effetti del bando «tenuto conto del quadro normativo di riferimento desumibile dalla legge n. 40/2004, che pone specifici limiti alla sperimentazione sugli embrioni umani»¹⁹. Ma qui non entrano in gioco i divieti di cui all'art. 13, l. n. 40 del 2004: non si altera il patrimonio genetico di alcun embrione o gamete, non si effettua alcun tipo di clonazione e non si producono ibridi o chimere. L'impiego, a fini di ricerca, di cellule staminali embrionali di origine umana non implica, infatti, in alcun modo manipolazione o sperimentazione su embrioni, ma è rigorosamente circoscritto all'utilizzo di "linee cellulari" già derivate e legalmente disponibili presso le strutture di ricerca (ad esempio embrioni soprannumerari). Quello di secondo grado ha confermato l'ordinanza di primo grado, sulla base della differente motivazione che «la circostanza che la legge consenta la ricerca su embrioni umani a fini terapeutici e diagnostici non vincola l'amministrazione a concedere finanziamenti pubblici per tale tipo di ricerca, rientrando nella discrezionalità del bando la scelta dei tipi di ricerca finanziabili»²⁰. La questione costituzionale che il giudice amministrativo pone è ancora più fondamentale e decisiva per la tenuta della libertà di scienza: la promozione di una attività di ricerca piuttosto che un'altra, per giunta decisa dall'amministrazione e non dalla legge, confligge con il diritto alla libertà di ricerca? La posta in gioco è la coerenza interna del testo costituzionale, che include sia l'art. 9 che l'art. 33, comma 1: il primo rinvia al paradigma della libertà positiva, sociale; il secondo ha la struttura nomologica tipica della libertà negativa, polemica²¹. Emarginando la dicotomia libertà positiva *versus* negativa, che vacilla in forza della comune struttura triadica delle libertà²², il punto è fino a che punto sia ammissibile la ricerca orientata di cui all'art. 9 senza elidere la libertà di cui all'art. 33 ovvero quale è il limite che, nell'adempimento del primo, va rispettato per non incorrere nella violazione del secondo (e, si può aggiungere, il limite che nell'adempimento del secondo va rispettato per non incorrere nello svuotamento del primo)²³.

¹⁸ Il riferimento è al noto caso Cattaneo.

¹⁹ T.a.r. Lazio, Sez. Terza *Quater*, ord. sosp. n. 3477/2009.

²⁰ C.d.s., Sez. Sesta, ord. n. 5973/2009.

²¹ V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Art. 9*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 51.

²² Secondo lo schema logico triadico della libertà *da* per avere libertà *di* elaborato da G. C. MACCALLUM JR, *Negative and Positive Freedom* (1967), trad. it. *Libertà negativa e positiva*, in I. CARTER, M. RICCIARDI (a cura di), *L'idea di libertà*, Milano, 1996, p. 19 ss.

²³ Individua nel principio pluralista il punto di equilibrio tra attività di promozione della ricerca e garanzia della libertà della scienza M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 229-30.

Lontano da questi esiti illiberali, il giudice penale sottrae la scienza a interventi politici e, più in generale, autoritativi. Nelle decisioni, infatti, la scienza non solo non è governata dal potere politico, ma neppure dal potere giudiziario. E ciò per due ragioni.

Primo, la Cassazione esclude dalla propria giurisdizione «l'individuazione dei criteri di scientificità di una teoria o, comunque, di un contributo cognitivo».

Secondo, il giudice penale svaluta la rilevanza dei giudizi civili d'urgenza nei quali il giudice ha orientato la ricerca scientifica ed ha deciso cosa fosse scienza, ordinando l'avvio o la prosecuzione del protocollo Stamina anche ai casi non originariamente previsti dal d.l. n. 24 del 2013²⁴. Ebbene, per il giudice penale quelle ordinanze, ove ritenute ordini legittimi, possono al più scriminare ex art. 51 c.p. la rilevanza penale delle condotte dei sanitari che, in adempimento del dovere di dare esecuzione ad atti giurisdizionali, abbiano praticato terapie rivelatesi pregiudizievoli per la salute del paziente, ma nulla dicono sulla validità della terapia e, quindi, sulla legittimità dell'intervento ablatorio disposto.

La *soluzione* della normatività scientifica da quella politico-giudiziaria parrebbe coerente, in termini biopolitici, con il tipo normativo che, nell'ordinamento pluralista, può orientare il biodiritto a divenire politica *della* vita e non politica *sulla* vita²⁵. La legittimazione della scienza è separata dalla legittimazione del diritto: tra il diritto di decidere ciò che è vero e quello di decidere ciò che è giusto non vi è permeabilità o bilanciabilità. Sono grandezze incommensurabili. È nell'immedesimazione tra politica e scienza che la biopolitica si converte in tanatopolitica. «Quando vita e politica, divisi in origine attraverso la terra di nessuno dello stato di eccezione, in cui abita la nuda vita, tendono a identificarsi, allora la via tutta diventa sacra e tutta la politica diventa eccezione»²⁶. Insomma, la separazione tra l'una e l'altra garantisce che non vi siano più *homines sacri*, uccidibili senza commettere omicidio, di fronte al sovrano.

3.1 *La scienza certa, la sicurezza del corpo della comunità e l'illibertà del corpo del singolo*

Il punto di passaggio, che nel testo scritto delle sentenze consente di 'passare' alla relazione tra libertà di scienza e diritto di salute, è il criterio di scientificità elaborato dal giudice penale.

Dai passi ritagliati emerge che ciò che costituisce la scienza sono le conferme, l'accettazione nella comunità, la razionale credibilità e l'alta probabilità, che generano fiducia. In una, la certezza, che proviene dalla 'generalità' dei consensi interni al dibattito scientifico. Sembra non esservi posto per l'incertezza scientifica.

²⁴ Cfr., tra le molte, Tribunale di Venezia, ord. 30 agosto 2012; Tribunale di Crotone, ord. 31 gennaio 2013 e 14 febbraio 2013; Tribunale di Trento, sez. lav., ord. 29 marzo 2013; Trib. Taranto, Sez. lav., ord. 23-4 settembre 2013. *Contra*, però, Trib. di Torino, ord. 7 marzo 2013 e, soprattutto, di Asti, ord. 12 novembre 2013. Per una ricostruzione sistematica delle 519 pronunce cfr. l'indagine conoscitiva, *Origine e sviluppo del cosiddetto caso Stamina*, svolta dalla XII Commissione permanente del Senato ("Igiene e sanità"), disponibile in www.senato.it.

²⁵ Secondo gli esiti del progetto di biopolitica 'affermativa' di R. ESPOSITO, *Bios, Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004; ID., *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*, Milano, 2008.

²⁶ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 162 ss.

Da tale statuto la scienza trae la forza della «presa in carico» del corpo del singolo e del corpo della comunità²⁷. Nell'argomentare del giudice di legittimità la dimensione *comunitaria* della scienza certa si lega, infatti, alla tutela della salute *pubblica* e, quindi, del corpo comunitario, in cui si diluisce la libertà di cure del corpo del singolo: questa non si dà se pregiudica quelle.

Se della scienza è predicabile la certezza, pubblico-politica perché comunitariamente fondata, significa che è possibile stabilire «l'immediata necessità e opportunità» di una cura e, di contro, l'imperfezione dei medicinali. Per la Cassazione ne deriva, a cascata, che il diritto del singolo non resiste ove non si raggiunga la prova, empirica, certa, dell'«imputabilità» alla cura di effetti benefici e, dunque, anche laddove non si possano escludere rischi, anche solo possibili o «difficilmente prevedibili».

Nel caso di scienza incerta non sussiste diritto alla cura (inefficace): la cura del corpo non è rimessa alla libertà-volontà individuale ovvero il consenso della comunità supera il consenso dell'individuo. Potrebbe dirsi che per la Corte di Cassazione *volenti non fit iniura* non funziona né nella ricerca scientifica pura né in quella applicata al corpo, tanto che il consenso del paziente non scrimina l'antigiuridicità obiettiva delle fattispecie penali.

Questo forse significa che la «medicalizzazione indefinita» di cui discorreva Foucault²⁸ ha celebrato la sovranità del corpo della comunità su quello individuale. Il sostrato biopolitico delle decisioni emerge già dal linguaggio del giudice penale. La dimensione pubblica della salute, garantita dal codice penale all'art. 443 c.p. e richiamata nelle decisioni, costituisce il nesso, tipico della governamentalità liberale, tra la salute ed il *dispositivo* biopolitico della sicurezza. L'elemento pubblico-politico sussume la «sanità», la salute del corpo, nel dispositivo di potere che ha per oggetto la popolazione. La salute diviene un oggetto di «polizia», cioè di quel «disciplinamento» della vita che si impone come correlato indispensabile della governamentalità liberale. Il controllo della salute pubblica assicura il governo degli uomini, il governo della popolazione come tecnologia politica²⁹.

Questo di certo, però, *significa* per il diritto costituzionale.

È, innanzitutto, il segno di *un* rapporto tra scienza e diritto alla salute. Due sono le rappresentazioni prefigurabili dell'incontro tra i contigui articoli 32 e 33 della Costituzione.

Può guardarsi al secondo come limite al primo: la dimensione sociale, superindividuale, della scienza si lega alla dimensione collettiva del diritto alla salute e limita la libertà di scelta delle cure perché il diritto ad essere curati presuppone che si tratti, appunto, di «cure»³⁰. Il corpo, di cui la Costituzione

²⁷ Per la «presa in carico» della vita dell'individuo e della nazione (popolazione) da parte del potere, nella declinazione della biologicizzazione del potere o della medicalizzazione indefinita, il riferimento è a M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Milano, 1998, p. 206; ID., *Biopotere, guerra e razzismo* (1976), in V. SORRENTINO (a cura di), *Antologia. L'impazienza della libertà*, Milano, 2005, p. 97 ss.

²⁸ M. FOUCAULT, *La medicalizzazione indefinita*, in V. SORRENTINO (a cura di), *ult. cit.*, p. 148 ss.

²⁹ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, 2005, p. 32 ss., p. 49 ss. e p. 225 ss.

³⁰ Privilegia la dimensione collettiva del diritto alla salute, che si abbina alla sfera pubblica della scienza, nel caso Stamina Corte cost., sent. n. 274 del 2014 e Corte EDU, 6 maggio 2014, Durisotto c. Italia. In dottrina, immedesimano il diritto alla salute con il diritto alla prestazione di cure scientificamente testate D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, p. 141 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario*, cit., p. 658; G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista Aic*, 2013, n. 4, p. 4; P. VERONESI, *cit.*

tutela, nella sua lettura originalista, l'integrità psico-fisica e, nella lettura evolutiva, la libera determinazione³¹, deve – se del caso – essere protetto contro sé stesso. Il corpo è, così, al contempo, soggetto e oggetto: e forse questo deriva dalla peculiarità delle norme (anche quelle costituzionali) biogiuridiche, in cui il corpo è ambito materiale della norma ed, al contempo, soggetto titolare dei doveri e diritti dalla medesima posti. O forse questo accade perché il soggetto, anche ove lo si intenda legato alla propria identità dalla coscienza o conoscenza di sé, è sempre *assoggettato*, soggiogato da pratiche di potere (mediche, politiche, economiche, etc.)³². In ogni caso, è difficilmente revocabile in dubbio che questa declinazione risolva il rapporto tra scienza e diritto alle cure in una simbiosi e contenga lo spazio di autonomia del *soggetto* e, di certo, la libertà implicata dal diritto alla salute³³.

Può, però, guardarsi al diritto alla salute come volano per la libertà di ricerca scientifica: non può escludersi nel testo costituzionale un nesso strumentale tra libertà di ricerca scientifica e diritto alla salute³⁴ ovvero intravedersi un diritto, sempre limitato dalla coesistente tutela della salute pubblica, del malato a godere dei risultati della ricerca scientifica³⁵. Non è il rovescio della prima rappresentazione, perché la libertà di ricerca resta illimitata, secondo la tutela rinforzata, rigida ed assoluta del testo costituzionale³⁶: è, però, orientata ad ampliare la possibilità di cure, con aumento del momento volontaristico del singolo.

Sono possibili entrambe le interpretazioni delle disposizioni costituzionali: la scelta tra l'una e l'altra dipende dalla fattispecie concreta, che sola può dire quale è il punto in cui i due diritti di libertà convivono senza elidersi, quale la linea di confine oltre la quale la forza della scienza annichisce la libertà di cura, il suo 'contenuto essenziale' ovvero la seconda trasforma la scienza in 'stregoneria'.

Il nostro caso appartiene decisamente alla prima: per il giudice di legittimità la scienza costituisce il diritto alle cure. Il diritto alla salute è diritto a cure comunitariamente efficaci e non già egoistico 'diritto alla speranza'³⁷: è

³¹ Di cui discorreva V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 557 ss.

³² M. FOUCAULT, *Perché studiare il potere: La questione del soggetto*, in *Id.*, *Poteri e strategie*, Milano, 2014, pp. 108-9.

³³ Sulla salute come (diritto e) libertà cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 53 ss.; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, p. 1101 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, p. 522.

³⁴ Così Corte cost., sentt. nn. 20 del 1978, 201 del 1995, 569 del 2000 e 282 del 2002.

³⁵ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 185 del 1998: riconosce nel caso 'Di Bella' la pretesa del malato a godere dei risultati della ricerca scientifica, sebbene non nella forma di un diritto soggettivo fondato in Costituzione, R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 228; accentua, invece, anche in questa decisione il legame tra diritto alla salute e autenticità della cura M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERRONI e M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, p. 21.

³⁶ A partire da Corte cost., sent. n. 9 del 1965. In dottrina, per tutti, P. CARETTI, *op. cit.*, p. 440.

³⁷ Per una critica alla prevalenza accordata, nella giurisprudenza civile, alle cure compassionevoli, fondate sull'assolutizzazione del diritto individuale alla salute, sulla «struttura comunitaria della scienza» cfr. M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2013, n. 1, p. 63 ss. e spec. p. 83; G. D'AMICO, *ult. cit.*, p. 422; E. FALLETTI, *La giurisprudenza sul "caso Stamina"*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 610 ss.; P. VERONESI, *ult. cit.*, p. 8.; D. PARIS, *I rischi di una giurisprudenza "compassionevole". Riflessioni sull'operato della magistratura ordinaria nel caso Stamina*, in *Forum Quad. cost.*, 2015.

diritto del noi e non dell'lo-soggetto. Nel conflitto con la libera scienza, non si dà libertà di disporre del corpo, per lo meno non nella forma della libertà di scelta della cura e, di certo, non nel senso 'positivo' della parola libertà come «desiderio dell'individuo di essere padrone di sé stesso. Voglio che la mia vita e le mie decisioni dipendano da me stesso e non da forze esterne, di nessun tipo. Voglio essere lo strumento dei miei atti di volontà e non di quelli altrui. Voglio essere un soggetto, non un oggetto [...] Voglio essere qualcuno, non nessuno»³⁸. L'ideale dell'autopoieticità radicale, ossia l'aspirazione a diventare ciò che si vuole, quella che potremmo definire l'«impazienza» della libertà³⁹, può condurre all'annullamento dell'autodeterminazione individuale, sulla scia del disvelamento praticato dalle teoriche del paradosso della libertà⁴⁰.

Ebbene, questo stesso paradosso potrebbe, però, valere anche per la libertà della scienza e cortocircuitare il ragionamento delle decisioni commentate. Una scienza autofondantesi, norma suprema, senza limiti e senza regole eteronome, di cui è predicabile la certezza che si fonda sul potere della 'generalità' (degli scienziati), come *dice* la teoria della legge scientifica elaborata dal giudice penale, corre il rischio di convertirsi in necessità, determinismo e meccanicismo. Le citazioni che si scoprono, nascoste, nelle sentenze rinviano letteralmente alla conversione della libertà in determinismo, che riconosce l'universalità del principio causale⁴¹. La giurisprudenza citata per sostenere la teoria della validità della legge scientifica è, infatti, quella sul «rapporto di causalità» tra condotta (omissiva) ed evento nelle fattispecie di responsabilità medica: lì la «legge universale causale scientifica» è quella che non lascia «alcuno spazio all'incertezza, al dubbio»⁴².

L'innesto di quel precedente giudiziario nel nuovo testo trasforma il senso della citazione e, al contempo, produce un senso diverso nel testo concatenato, ri-scritto⁴³: la legge scientifica, perché causale, necessitata, nega la propria libertà⁴⁴ e aggrava l'amputazione della dimensione individuale del diritto alla salute.

Ma proprio la possibilità del *commento*, del doppio livello di lettura dei testi, consente di far 'funzionare' le sentenze della Cassazione in coerenza con la Costituzione: in uno, di salvare nel caso deciso i diritti di libertà e, al

³⁸ I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, in ID., *Libertà*, Milano, 2005, p. 181.

³⁹ Forse, in modo non del tutto fedele all'uso dell'espressione in M. FOUCAULT, *Che cos'è l'illuminismo?*, in «Archivio Foucault 3», 1978-1985. *Estetica dell'esistenza, etica, politica*, Milano, 1998, pp. 228-32.

⁴⁰ Sul paradosso della libertà, a partire dalla riflessione di Popper e Von Hayek, M. BARBERIS, *Autorità*, Bologna, 1999, p. 15.

⁴¹ Il problema si pone in questi termini solo se si distingue tra mondo della libertà e mondo della necessità e si lega il secondo al nesso di causalità: sulle strategie di difesa della libertà *versus* il determinismo ed il pensare per cause della scienza vedi, per toccare solo tangenzialmente il tema, M. MORI, *Libertà, necessità, determinismo*, Bologna, 2001. Nella scienza giuridica critica l'antinomia tra determinismo ed indeterminismo, tra la necessità causale del primo e la libertà del secondo, esente dal principio causale, H. KELSEN, *Causalità ed imputabilità*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 2000, p. 221 ss.

⁴² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 19777 del 25.5.2005 (ud. 24.11.2004), richiamata nelle decisioni in commento.

⁴³ Invita ad uno studio della pratica della giurisprudenza come testualità che funziona, più che a partire dall'interpretazione, secondo la citazione, la ripetizione, l'intertestualità, T. GAZZOLO, *Interpretazione e (ri)scrittura*, in *D&Q*, 2014, n. 14, p. 477 ss.

⁴⁴ Sul rapporto libertà/causalità non può che volgarmente alludersi alla critica rivolta da Heidegger alla libertà come «particolare specie di causalità» in Kant, che nasconderebbe il rovescio, appunto che la libertà non è una specie di causalità e che non si dà subordinazione categoriale della libertà allo *schema* della causalità: J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, Torino, 2000, pp. 17-9.

contempo, proteggere il corpo anche contro l'lo-soggetto, attraverso, però, *contro*-argomenti rispetto a quelli che ha suggerito il primo livello di lettura.

4. Il secondo livello di lettura. La validità della legge scientifica

La seconda lettura si insinua nel linguaggio, nelle apparenti ridondanze di parole, nelle incoerenze sintagmatiche presenti nelle decisioni, che aprono ad un *altro* discorso. Questo livello si sovrappone al primo e dà origine ad uno scarto, che può fondare un altro senso del rapporto tra scienza e diritto e che può liberare la scienza (e con essa la salute) dalla necessità.

Si tratta forse di una produzione di senso inintenzionale per gli autori, i 'firmatari', ma i testi vivono anche di vita propria, separata dal loro autore⁴⁵. Ad ogni lessema il linguaggio conferisce una seconda vita: la semiologia, prima (o meglio contro) la teoria dell'interpretazione (giuridica), ha scoperto la produzione di senso della scrittura, al di là e contro l'opera⁴⁶. Quel senso si produce con la scoperta dei codici nascosti dietro a l'*écriture* della sentenza, del *geno*-testo che surdetermina il testo concreto e che è luogo di collegamento, di cerniera, tra la scrittura di superficie e la struttura profonda. Si moltiplica la linea scritta⁴⁷.

Quali sono i *segni* e quali i codici nascosti nel discorso del giudice penale che possono tessere una diversa relazione tra diritto e scienza? Nella prima lettura sono rimaste in ombra alcune zone.

Il Giudice penale scrive di «validità» della «legge» scientifica. Individua quali parametri del giudizio di validità le «prescrizioni» scientifiche e i principi della scienza medica o farmacologica, le 'leges artis'. Fonda quella validità sulle «reiterate conferme» e «la diffusa accettazione in seno alla comunità scientifica internazionale», alla sua «generalità». Trasfigura poco dopo la validità in «validazione» o in «ripetuti [...] tentativi di falsificazione». In forza di questa teoria della validità della scienza, ne deriva che solo la prova dell'«imputabilità» al metodo Stamina di effetti benefici potrebbe salvarlo.

Se utilizziamo il testo come strumento di 'falsificazione' della lettura di primo livello, questa si rivela chiaramente incompatibile con le sue *pieghe*.

Il discorso scientifico del giudice penale è, infatti, già giuridico. Nel momento stesso in cui separa il primo dal secondo, quello è già catturato da questo attraverso un gioco di reciproche corrispondenze. Discorre di 'validità' e non già di verità della scienza: nel linguaggio giuridico la validità è propria di ciò che prescrive e non già di ciò che conosce⁴⁸. Discorre di 'leggi' e, soprattutto, di

⁴⁵ Senza arrivare alla conclusione strutturalista di Roland Barthes che già nel 1968 decretava *La mort de l'auteur*, l'autore si trasfigura in *funzione* (dell'autore), che perde la propria individualità e intenzionalità nel discorso, in M. FOUCAULT, *Che cos'è un autore?*, in *Scritti letterari*, Milano, 1971, pp. 1-21. E la sentenza è un testo. Nel *discorso* costituzionale la scissione tra autore e testo costituzionale apre alla pensabilità della *Costituzione vivente* e, quindi, allo scarto tra questa ed il testo, riscritto nella bella immagine della 'vita del testo' da O. Chessa, *Che cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 1, p. 41 ss.

⁴⁶ J. KRISTEVA, *Pour une sémiologie*, cit.

⁴⁷ R. BARTHES, *L'impero dei segni*, cit., p. 61.

⁴⁸ È noto che H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1975, pp. 87-90, oppone le *Rechts-Normen* (le norme giuridiche), prodotte dall'autorità giuridica, che sono valide oppure no, alle *Rechtssätze* (le proposizioni della scienza giuridica), che costituiscono l'esito teorico della descrizione compiuta dalla scienza giuridica delle norme giuridiche e che possono essere vere o false. La distinzione kelseniana tra discorso sulla validità (produzione) e discorso sulla verità (conoscenza) potrebbe traslitterarsi, in un certo senso, nelle categorie crisafulliane, rispettivamente, della disposizione e della norma: da questa sovrapposizione nascono le congiunzioni disposizione-validità e norma-verità in P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, Torino, 2015, p. 16 ss.

'prescrizioni' scientifiche, non già di descrizioni: ma le leggi scientifiche (naturali), secondo il paradigma dualista, sono proposizioni descrittive, esplicative, la cui validità consiste nella loro verità, mentre le leggi giuridiche sono norme prescrittive, che possono essere valide o invalide⁴⁹. Cioché il giudizio sulla scienza è, come nella struttura della regola giuridica, giudizio di valore, perché giudizio di conformità del metodo (scientifico) alle prescrizioni presupposte, che sono il valore⁵⁰.

Insomma, nel testo delle sentenze il diritto, il suo linguaggio, è già costitutivo della scienza. La Corte, affermandolo, nega il paradigma della separatezza tra scienza e diritto e, negandolo, lo afferma: potrebbe dirsi che identifica la scienza differenziandola dal diritto e la differenzia identificandola.

Se così è, però, è illusoria l'autonomia della scienza dal diritto: non si potrà mai dare quell'autonomia finché il linguaggio è quello del diritto, non si dà autonomia senza pensare «i limiti stessi della lingua con cui (rapporto strumentale) noi pretendiamo di contestarla: è come voler distruggere il lupo introducendosi comodamente nelle sue fauci»⁵¹.

Piuttosto, il discorso sulla scienza, come forse ogni discorso, è prigioniero del (e ipotecato dal) diritto⁵².

Potrebbe obiettarsi che la validità, intesa come astratta conformità ad un parametro, e la legge, intesa come iterabilità⁵³, sono categorie del pensiero moderno, della logica, prima che del diritto. L'obiezione non coglierebbe, però, nel segno. La Cassazione lega, infatti, la validità della scienza alla sua generale accettazione sociale, comunitaria, risolvendo la validità nell'effettività. Insomma elabora una certa teoria giuridica della validità della legge scientifica, fondata su una norma consuetudinaria di riconoscimento. Cosa è scienza, dunque, non è un fatto che si dà di per sé ma è una questione di diritto: si tratta di decidere lo statuto di scientificità di una teoria, la sua legittimazione come sapere scientifico secondo la pratica sociale di riconoscimento. Ma anche ove la validità della scienza di cui discorre la Cassazione la si intendesse in senso kelseniano (quindi, logico) come conformità a prescrizioni presupposte, il fondamento della sua validità sarebbe – come per le norme giuridiche – l'autorità: ciò significherebbe che anche le leggi scientifiche dovrebbero essere osservate perché poste da una determinata autorità ritenuta suprema⁵⁴. In ogni caso, con Kelsen, la validità «c'è solo per la conoscenza giuridica che, non dovendo né potendo spiegare un essere naturale, ignora qualsivoglia causa e qualsiasi effetto»⁵⁵.

Ancora, la Corte discorre alla lettera di prova di 'imputabilità' di effetti benefici al metodo Stamina, sebbene innesti l'argomento *citando* un precedente giudiziario che – come già rilevato – elaborava il 'nesso di causalità' per

⁴⁹ L'antitesi netta, già, appunto, kelseniana, torna in N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, pp. 109-110.

⁵⁰ Secondo la struttura logica del giudizio di valore in H. KELSEN, *Causalità e imputazione*, cit., p. 209.

⁵¹ R. BARTHES, *op. ult. cit.*, p. 13.

⁵² Pur nell'adesione al paradigma della separatezza, sulla condivisione delle 'parole' tra diritto e medicina, spunti in G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, cit., p. 1.

⁵³ Seppure impossibile e paradossale per l'anti-nomicità della realtà: M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, 2002.

⁵⁴ Potrebbe così semplificarsi la dottrina kelseniana della validità, della *Soll-Geltung* e la domanda, sempre interna alla dottrina pura del diritto, sul perché una norma dell'ordinamento posto deve essere osservata.

⁵⁵ H. KELSEN, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, Roma, 1989, p. 49.

l'accertamento del reato omissivo in materia di responsabilità medica⁵⁶. E ciò a riprova che la citazione, la ripetizione, è alterazione⁵⁷. Il principio di 'imputazione', infatti, nella dottrina pura del diritto, è complementare alla validità quale criterio distintivo della legge giuridica rispetto a quella naturale, fondata sulla necessità del principio di causalità: nella scienza giuridica non si dà, naturalmente, il collegamento tra A e B, ma si decide normativamente di legare A e B con la copula 'deve essere'⁵⁸. Il principio di imputazione è performativo, quello di causalità è esplicativo di un effetto necessitato. Il primo non è altro che il dover-essere, il secondo è l'essere. Ma la causalità non ricorre nella scrittura della legge scientifica nelle sentenze che, invece, attingendo alla «forma grammaticale» dell'imputazione⁵⁹, aprono alla normatività e, quindi, alla libertà: per Kelsen, infatti, l'imputazione è ciò che rende possibile la libertà contro il principio di causalità che regge il sistema della natura, perché «l'uomo è il punto finale dell'imputazione»⁶⁰. Contro la lettura di primo livello, il legame tra una condotta, in certe condizioni ed una conseguenza condizionata non si converte in determinismo, perché appunto l'uomo, kantianamente, è 'fine'. Sono, però, la discorsività giuridica, la prescrittività e la normatività che costituiscono il discorso scientifico e lo 'liberano'.

Ma non solo. È vero che nelle decisioni è scienza valida quella certa, salvo poi trasfigurare la validità in 'validazione', che implica uno scarto semantico – l'empiria – rispetto alla prima. Soprattutto, però, la linea scritta si rimoltiplica perché nelle sentenze lo statuto della scienza certa viene costruito ricorrendo, aporeticamente, al principio popperiano di falsificabilità⁶¹: ma questo implica che le ricerche continuino, è teoria dell'incertezza e non della certezza, oppone il fallibilismo della scienza al paradigma meccanicistico⁶², perché la scienza (a differenza della metafisica) è appunto ciò che è falsificabile, ma se è tale non è certa....

Insomma, adopera categorie e metodo giuridici che condizionano, se non producono, l'oggetto (la scienza). Non si dà un diritto *alla* scienza al di fuori del (e contro il) diritto *della* scienza, che a propria volta non può fare a meno della scienza del diritto. Il paradigma della separatezza si rivela impossibile già in quello che la Corte ha *detto e scritto*, perché prende a prestito il linguaggio giuridico per costruire una teoria della autonomia del discorso scientifico da quello giuridico.

Il punto, qui, però, non è tanto la originarietà, primarietà o condizionalità del diritto rispetto alla scienza⁶³, quanto – a ben vedere – l'impossibilità dell'opposizione/separazione tra discorso scientifico e giuridico e, generalizzando, tra descrizione e prescrizione, tra verità e validità.

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 19777/2005, cit.

⁵⁷ J. DERRIDA, *Margini – della filosofia*, Torino, 1997, pp. 403-4. Ma, sul punto, più ampiamente T. GAZZOLO, cit.

⁵⁸ H. KELSEN, *Causalità e imputazione*, cit., p. 210 ss. e spec. p. 214 ss. Sull'aporia interna, però, della norma fondamentale kelseniana, che potrebbe non essere in grado di distinguere tra validità ed effettività dell'ordinamento e, dunque, non sarebbe descrivibile secondo il principio di imputazione proprio delle proposizioni normative, vedi O. CHESSA, *La validità delle costituzioni scritte*, in AA. VV., *Interpretazione e applicazione del diritto*, Palermo, 2011, pp. 67-70.

⁵⁹ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 226.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 220.

⁶¹ K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972, p. 68 ss.

⁶² E. MORIN, *La conoscenza della conoscenza*, Milano, 1986.

⁶³ Secondo gli esiti del postpositivismo giuridico analitico, ma anche del dualismo dei continentali, a partire dalla Scuola critica di Francoforte, su cui sia consentito rinviare al nostro *La filosofia della scienza e lo studio delle fonti del diritto: appunti per una critica del "fisicalismo" giuridico*, in *D&Q*, 2014, n. 14, p. 391 ss.

Questo dualismo era già indeciso nella dottrina pura del diritto. Come è stato notato⁶⁴, validità e verità si incontrano nel discorso kelseniano, fino a metterne in crisi la purezza. La produzione giuridica presuppone la conoscenza della norma che autorizza la produzione del diritto e, quindi, la validità della norma giuridica deriva in una certa misura dalla verità della proposizione normativa circa la regola della sua produzione. Peraltro, a mettere in questione la rappresentazione della conoscenza e della produzione, della descrizione e della prescrizione, come universi paralleli sono le premesse neokantiane del discorso kelseniano. E lo stesso Kelsen formula l'obiezione gnoseologica neokantiana: se si segue la teoria neokantiana, «la scienza del diritto, intesa come conoscenza del diritto, come tutte le conoscenze ha carattere costitutivo e quindi “produce” il proprio oggetto nella misura in cui lo concepisce come un tutto intellegibile», superandola con l'argomento che questa «produzione ha carattere, però, meramente conoscitivo [...]»⁶⁵. Ma tale argomento vacilla, perché Kelsen più avanti sostiene che «così come il caos delle percezioni sensoriali diviene cosmo [...] grazie alla conoscenza scientifica che vi introduce l'ordine, così la massa delle norme giuridiche generali e individuali, statuite dagli organi giuridici, cioè il materiale offerto alla norma giuridica, diventa un sistema unitario e coerente, cioè un ordinamento giuridico, grazie all'attività conoscitiva della scienza giuridica»⁶⁶. Queste osservazioni non sono di certo sufficienti per declinare la concezione della conoscenza giuridica di Kelsen in termini costruttivisti perché per Kelsen, la verità è l'obiettivo fondamentale cui devono tendere le descrizioni giuridiche⁶⁷. Ma queste osservazioni acquistano forza, ai nostri fini, unitamente alla critica che il giurista praghese rivolge ad una concezione di rigida separatezza tra legge naturale e regola giuridica, tra causalità ed imputazione: invero, la originaria necessità della prima deriva dalla primitiva giuridicità delle leggi di natura, poste dalla volontà di un'autorità assoluta⁶⁸ e l'imputazione è sì un principio diverso per ambito materiale di azione da quello di causalità, ma ad esso «analogo»⁶⁹. In uno, provano come già nella più pura discorsività giuridica il dualismo tra essere e dovere essere, tra descrizione e prescrizione, ha mostrato cedimenti.

La critica dell'ontologia dualista si è rafforzata fuori dalla scienza giuridica. Il paradigma eliminativista (del dualismo) di Feyerabend ha messo in questione il dogma della avalutatività, oggettività e neutralità della scienza naturale, che si rivela, al pari delle scienze sociali, fallibilista e retorica. Lyotard ha notato che lo sviluppo postmoderno della pratica scientifica esige regole, che sono enunciati prescrittivi e non descrittivi⁷⁰. È così che dal diritto possono desumersi elementi per costruire un modello analogico da sovrapporre alle scienze naturali. Nel diritto, come nelle scienze naturali, non esistono questioni di fatto pure, perché i fatti rilevanti per la decisione (o per l'esperimento)

⁶⁴ P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, cit., pp. 22, 24 e 30.

⁶⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., pp. 88-9.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 89. Potrebbe però contro-obiettarsi che, in ogni caso, Kelsen non afferma che la scienza giuridica, con le sue *Rechtssätze*, crea il proprio oggetto, ma che significa il proprio «materiale» come diritto (e non come fatto).

⁶⁷ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁸ H. KELSEN, *Causalità e imputazione*, cit., p. 214.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 223. In Kelsen la separazione tra l'imputazione, pura relazione del dover-essere, nesso proprio della teoria del diritto tra la fattispecie condizionante e la fattispecie condizionata e il principio di causalità, relazione dell'essere, è più netta nella *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013, p. 131.

⁷⁰ In *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 2006, p. 118.

dipendono dalla selezione e rappresentazione dell'osservatore e si trasfigurano in *fattispecie*.

L'esito è il rovesciamento teorico del paradigma della separatezza tra discorsività scientifica e giuridica e la *crisi* dell'originaria incongruenza tra le fonti di legittimazione del sapere scientifico e del sapere narrativo. Non si nega che la dimensione giuridico-politica si fondi sulla ricerca del consenso e che quest'ultimo non sia idoneo a validare il discorso scientifico. E ciò perché il sapere scientifico, per un verso, si fonda su regole di verifica ovvero di falsificazione, laddove il consenso non è necessariamente indice di verità, per l'altro, tende all'instabilità, all'ignoto, alla ricerca della 'paralogia'⁷¹, laddove la dimensione giuridica tende alla stabilità ed alla condivisione. Piuttosto, ciò che può dirsi è che fra il gioco linguistico della scienza e quello del diritto, fra enunciati denotativi e cognitivi e enunciati performativi e prescrittivi, non vi è più quella radicale incommensurabilità da cui si è preso le mosse⁷² e che, anzi, la questione della legittimazione della scienza è, in fondo, indissolubilmente legata a quella della legittimazione del diritto: in questa prospettiva il diritto di decidere ciò che è (giusto e) valido non è indipendente dal diritto di decidere ciò che è vero⁷³ e viceversa.

4.1 *Il giudice ed il legislatore: la scienza come questione di diritto*

Il *problème* per il diritto costituzionale, «ciò che davvero ci riguarda, inaggrabile»⁷⁴, è chi (e come si) deve legare diritto e scienza nell'ordinamento costituzionale pluralista.

Se il diritto non retrocede dinnanzi alla (inesistente) verità della scienza, ma determina le condizioni di validità della scienza incerta, la prima questione in gioco è: a chi spetta (deve spettare) la decisione su che cosa sia scienza per il diritto costituzionale di libertà?

La domanda, per certi versi metafisica in quanto domanda sull'essere della scienza, è, a ben vedere, una domanda sul dover-essere della scienza dal punto di vista del diritto⁷⁵.

Nelle decisioni in commento il legame lo stabilisce il giudice penale.

È vero che questi elabora una dottrina della autonomia epistemologica della scienza (medica) dal diritto. Ma questa auto-limitazione non regge, né teoricamente né alla prova del caso concreto.

Già dal punto vista teorico, questa limitazione auto-riferita apre ad una cortocircuitazione del discorso, per il paradosso logico proprio di tutti gli enunciati autoreferenziali o autoriferimenti *à la Borges*⁷⁶. Il giudice è, qui, soggetto e oggetto della storia, è scrittore e protagonista: nel momento stesso in cui un giudice sottrae al giudiziario la questione di cosa è scienza e la rimette alle discipline scientifiche ed epistemologiche, confuta, con una inversione logica, in realtà la propria limitazione, perché *decide* la questione.

Ma, soprattutto, nel caso deciso è il giudice che *dice* quale pratica terapeutica ha base scientifica. Per la Cassazione le ordinanze del Tribunale

⁷¹ Neologismo coniato da J.F. LYOTARD, *op. cit.*, p. 7.

⁷² *Ibidem*, p. 61 e 116 ss.

⁷³ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁴ M. CACCIARI, *op. cit.*, p. 304.

⁷⁵ Il che non significa che perda per ciò carattere metafisico.

⁷⁶ Sul paradosso logico degli 'autoriferimenti' che Borges individua nel saggio *Magie parziali del «Don Chisciotte»*, in ID., *Tutte le opere*, Milano, 2001, vol. I, pp. 949-952, vedi P. ODIFREDDI, *Un matematico legge Borges*, in *Le Scienze*, 1999, n. 372, pp. 3-4. Nel diritto costituzionale *paradossale* sarebbe l'art. 138 se *auto-riferito*.

del riesame sono legittime perché scientificamente e tecnicamente fondate, in quanto adottate «sulla base delle risultanze acquisite» nel processo: le consulenze tecniche svolte ed il giudizio della 'generalità' della comunità scientifica hanno acclarato che il metodo Stamina è invalido perché non ha titolo e legittimazione scientifica⁷⁷.

L'argomento conferma che, sotto il *fero-testo*, il giudice abdica concretamente, oltre che teoricamente, al paradigma della separatezza tra discorso scientifico e giuridico. Non recepisce la scienza come dato esterno, ma costituisce ciò che è scienza.

La giurisdizione può *dire* ciò che è vero o falso scientificamente: quando il giudice decide su un caso che implica la soluzione di una questione scientificamente controversa, deve sempre giudicare un fatto, di cui la scienza è elemento costitutivo e, sulla base della propria scienza, dire ciò che è vero e ciò che è falso⁷⁸. Ma solo apparentemente per il giudice la scienza si dà in quanto fatto. Il 'materiale' su cui il giudice lavora, se inteso in senso kelseniano, è piuttosto la scienza in quanto fatto qualificato giuridicamente, cioè *fattispecie*. Il fatto scientifico è, infatti, già costituito, attraversato, dal diritto: la soluzione della questione scientifica dipende dalle domande che il giudice pone al fatto (le domande che formula – o omette di formulare – al consulente).

Se così è, il ragionamento della Cassazione è, però, ultroneo: non ha bisogno di fare professione di limitatezza dei propri compiti, perché è esercizio di giurisdizione e, quindi, può stabilire ciò che è vero o falso (anche scientificamente) nel giudizio.

Ma, soprattutto, è improprio. Ciò che pone problema è, infatti, da un lato, questa dottrina della validità della legge scientifica, che attribuisce statuto di scienza a ciò che è accettato dalla 'generalità' della comunità di riferimento, dall'altro, la legittimazione di un giudice – rispetto al legislatore – ad elaborare *una* dottrina giuridica della scienza oltre il caso concreto.

Sotto il primo profilo, stabilire cosa significhi 'generalità' nella comunità scientifica è un rompicapo alla stregua di capire cosa sia la volontà generale, che non è né l'unanimità, se intesa quale somma di volontà particolari, né men che meno la maggioranza. Esclusa la prima ipotesi, perché in tal caso non ci sarebbe *questione* scientifica, ed a voler impropriamente identificare la generalità con la maggioranza, può revocarsi in dubbio che nella comunità scientifica si 'deliberi' a maggioranza. E ciò per due ragioni. Innanzitutto, non si delibera, perché nella scienza non si vuole ma si conosce: si scopre ciò che è vero. Ma, soprattutto, nella scienza non ci sono atti di autorità. Ciò che pensa la maggioranza (ma lo stesso potrebbe dirsi per la totalità) non è di per sé indice di verità. Deve mettersi in questione che è scienza ciò che è comunemente accettato. I mutamenti di paradigma non avvengono per effetto della maggioranza: la teoria della relatività o del flogisto non si decide a maggioranza. Piuttosto la scienza progredisce per effetto della collisione e del conflitto di idee⁷⁹. Se il potere è della maggioranza (sia essa la maggioranza della comunità politica sia essa quella della comunità scientifica), la libertà di

⁷⁷ È soprattutto la decisione n. 24243, al punto 4 del *Considerato in diritto*, che valorizza l'istruttoria tecnico-scientifica compiuta in quel processo, a discapito del pre-giudizio contenuto nel d.l. n. 24 del 2013 e nei processi civili d'urgenza.

⁷⁸ Di questa osservazione si è debitori dei rilievi che il Prof. Pietro Pinna ha svolto al lavoro in corso di stesura.

⁷⁹ T. FERRIS, *The Science of Liberty. Democracy, reason and the laws of nature*, New York, 2010.

scienza è *finita* perché si postula che la ricerca possa finire. Al contrario, il dibattito scientifico non deve essere mai deciso, perché non è mai definitivo.

Per dire questo non occorre scomodare la diffusa retorica liberal-democratica sul rapporto tra scienza e democrazia: tra scienza e democrazia vi è conflitto solo ove la seconda la si intenda come deliberazione della maggioranza. Ma se la seconda si declina come democrazia costituzionale, che tempera la regola della maggioranza in nome di istanze (di verità e giustizia) contro-maggioritarie, l'una e l'altra si alimentano a vicenda⁸⁰.

Basta tornare ad un interrogativo che già Carl Schmitt⁸¹ pose: in che consiste la libertà scientifica e quale ne è il presupposto fondamentale? La risposta la prende a prestito dal sociologo Mannheim: presupposto della libertà scientifica è «una fondamentale curiosità che voglia comprendere ogni altro gruppo e ogni altra persona nel loro essere diversi». Commenta Schmitt «senza il presupposto di una fondamentale curiosità nel senso di un interrogare ininterrotto e mai definitivo [...] non si dà libertà della scienza [...] Per sua natura lo spirito è libero e reca con sé la propria libertà. Dinanzi al foro dello spirito il nostro lavoro scientifico nulla ha da temere, nulla da nascondere e nulla di cui pentirsi. La discussione dei suoi errori sarà quanto mai stimolante». Ammette però Schmitt che «Noi ci ralleghiamo nel pensare che verranno quella curiosità fondamentale [...] e una dimensione pubblica libera. Non possiamo però nemmeno rinunciare alle acquisizioni di un duro periodo di cimento, né dimenticheremo quel che abbiamo vissuto nel periodo di quei dodici anni: la differenza tra autentica e falsa dimensione pubblica, e la forza opposta del tacere e del silenzio»⁸².

Potrebbe apparire impertinente o provocatorio ricorrere al *Kronjurist* Carl Schmitt per delineare lo statuto costituzionale della libertà di ricerca scientifica, se non altro perché la domanda sui limiti alla libertà di ricerca scientifica e tecnica è divenuta assillante dopo la dottrina nazionalsocialista della scienza. Ma la *firma* di Schmitt, la sua storia, persino il suo tradimento della libertà di ricerca (e con lui quello degli altri *chierici*), consentono di apprezzare il rapporto simbiotico tra scienza (libera) e ordinamento democratico pluralista oltre la retorica a cui la contemporaneità ci ha abituati.

E, in ogni caso, il legame tra curiosità e scienza è ormai slegato da Schmitt. Nancy ha definito la curiosità: è l'essere interessati inteso nel senso di essere intrigati dall'alterità sempre rinnovata dell'origine e di cacciarci nei pasticci con essa. L'ha definita in opposizione ad Heidegger che, sminuendo la curiosità rispetto alla contemplazione, ha per Nancy sminuito e disconosciuto un bel pezzo del mondo moderno: la scienza e la tecnica, appunto⁸³.

Ma se è scienza solo ciò che è accettato dalla generalità, finisce la curiosità e l'interrogare ininterrotto.

Sotto il secondo profilo, il legame tra il diritto di decidere ciò che è vero e ciò che è valido dovrebbe essere tessuto dal legislatore in luogo della decisione giudiziaria. A favore del primo gioca l'argomento che l'anomia non è tanto proporzionale agli spazi di libertà, che non esistono se non in simbiosi con

⁸⁰ G. CORBELLINI, *Scienza, quindi democrazia*, Torino, 2011.

⁸¹ In *Ex captivitate salus. Esperienze degli anni 1945-47* (1950), Milano, 2005, p. 15 ss.

⁸² *Ibidem*, p. 25.

⁸³ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Torino, 2001, p. 30. Sul ruolo della curiosità nella modernità cfr. H. BLUMENBERG, *Der Prozess der theoretischen Neugierde*, Frankfurt am Main, 1966.

l'autorità, quanto all'esercizio di libertà senza responsabilità e di diritti insolenti⁸⁴.

Quale deve essere la norma giuridica che regola la scienza in un ordinamento pluralista?

La legge non è giurisdizione; quindi, non può *dire* che questo è scientificamente vero o falso. La libertà di scienza impone che il legislatore non dica ciò che è vero, ma che assuma come vero ciò che risulta tale dal dibattito scientifico: questa è l'unica libertà costituzionalmente possibile, l'unica che coniuga gli artt. 9 e 33 Cost.

La legge deve, però, porre le condizioni di validità-verità di quel dibattito, che è un foro pubblico, politico: ci si deve chiedere come la legge debba stabilire, in un ordinamento pluralista, ciò che è vero nel dibattito scientifico.

Il pluralismo⁸⁵ richiede la legge-*protocollo*, dispensatrice di regole e procedure per accedere ai protocolli scientifici e per governare, nei casi concreti, l'applicazione del sapere scientifico-tecnologico alla vita, fino a progettare per il diritto del corpo nomodotti limitati alla sola posizione di metanorme, vale a dire alla regolazione della produzione bio-giuridica ed alla creazione di regole procedurali⁸⁶. La norma biogiuridica in ambiente pluralista deve, dunque, aprire alla scienza, ma non già al solo paradigma scientifico di maggioranza, bensì al sistema 'aperto' della scienza à la Lyotard. Rifugge, invece, dalla legge-*manifesto*, che diviene essa stessa protocollo scientifico e terapeutico. Il d.l. n. 24 del 2013 è legge-protocollo ove impone il rispetto delle 'leges artis'; è legge-*manifesto* ove decide direttamente l'applicazione del metodo Stamina.

4.2 La libertà impropria della scienza e del corpo

Il disvelamento dell'impossibilità del dualismo e dell'alterità tra legge giuridica e legge scientifica, legate dal giudice penale nel sincretismo della 'validità della legge scientifica', consente, infine, di ridelineare il rapporto tra i diritti di libertà implicati dal caso concreto. Segnatamente, consente di ripensare la relazione tra diritto di libertà della scienza e diritto alla salute in coerenza con il testo aperto della Costituzione.

Se la scienza è certa, dura, la dimensione comunitaria (della scienza e) del diritto alla salute sopravanza sempre il diritto individuale: si prefigura la sovranità della comunità e non già la convivenza tra comunità e individuo scritta nell'art. 32 della Costituzione. La sola interpretazione possibile del testo costituzionale è quella della scienza e della salute pubbliche come limite alla libertà di scelta dell'individuo.

⁸⁴ Le espressioni sono mutuare da G ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 42. All'orizzonte concettuale dell'immanenza tra libertà e regole sono riconducibili già le riflessioni di G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 47 ss. Sulla rivalizzazione della dimensione politica e, con essa, del ruolo della regolazione giuridica nei 'fatti' di scienza, per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Nigro*, vol. I, Milano, 1991, p. 465.

⁸⁵ Come si è cercato altrove di dimostrare, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria giuridica della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2010, n. 2.

⁸⁶ Per certi versi, tale opzione incontra, sul terreno del biodiritto, i più recenti approdi della teoria generale delle fonti, secondo cui la legge parlamentare potrebbe recuperare terreno divenendo fonte di norme sulla produzione normativa e non già fonte di regole prescrittive di condotta: sul ruolo della legge come "normazione sulla normazione" cfr. la riflessione di F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2009, n. 3.

Se, invece, come emerge dal secondo livello di lettura delle sentenze commentate, lo statuto del sapere scientifico non è, in fondo, differente da quello giuridico, se anche del primo è predicabile l'incertezza e la verisimiglianza e la questione è stabilirne le condizioni di validità (che si sovrappone alla verità), diventa più mite ed *indecisa* la relazione tra ricerca scientifica e diritto alla salute. Si aprono allora tutte le possibili declinazioni del rapporto tra diritto alla salute e libertà di ricerca scientifica, che la Costituzione non ha escluso e che la giurisprudenza costituzionale ha già conosciuto: a seconda del caso concreto, la (valida) scienza può essere limite alle cure ovvero la salute, intesa come integrità del corpo, limite alla ricerca scientifica applicata⁸⁷ ovvero, ancora, la possibilità di nuove cure può essere volano per la ricerca. Nei molteplici incastri tra gli artt. 32 e 33 Cost., si aprono, insomma, spazi affinché la scienza possa ampliare e non limitare la possibilità di cure, con riequilibrio tra interesse collettivo e diritto individuale⁸⁸.

Il che non significa che misure terapeutiche prive di basi scientifiche possano essere somministrate a detrimento della salute. Significa che l'incertezza, rivelatasi propria anche della scienza, elimina il rischio dei tribunali della scienza e normalizza il dubbio: cura resta solo ciò che ragionevolmente non nuoce alla salute.

Né significa limitare la libertà di ricerca, che non tollera limiti autoritativi se non quelli che, in forza del rapporto simbiotico tra libertà ed autorità, consentono il godimento della libertà di ciascuno rispetto all'altro da sé⁸⁹. Significa piuttosto orientare la scienza alla continua ricerca di cure, senza interrompere la curiosità e l'interrogare, che della libertà scientifica sono il fondamento.

In ogni caso, la moltiplicazione, la pluridirezionalità e finanche la *confusione* dei rapporti tra diritto alla salute e ricerca scientifica, tra dimensione individuale e interesse collettivo, non è un problema da risolvere, quanto piuttosto un legame da alimentare. Quel legame pluriverso trova spiegazione e, con essa, pacificazione (almeno teorica) se nei diritti costituzionali di libertà si abbandona la valenza immunitativa della libertà ovvero la dicotomia tra concezione negativa e positiva di libertà. Questa opposizione si è posta perché nella storia dei concetti di libertà è stato eliso il carattere 'sociale' implicito nell'antico etimo di libertà. Questa opposizione, che rende indecidibile ed ambiguo l'art. 32 della Costituzione, la sua relazione con l'art. 33 e, infine, la coerenza tra quest'ultimo e l'art. 9, è però superabile. La libertà è, infatti, originariamente comunitaria, sociale, *impropria*: non è mai autonoma, non può essere che comune, di tutti e di ciascuno perché non è propria di nessuno, non

⁸⁷ Nel dibattito costituzionalistico è R. BIN, *op. cit.*, pp. 216-7, a sottolineare che la cura del corpo dell'individuo limita la scienza ove la seconda, uscita dal mondo delle idee ed entrata nel mondo delle cose, diviene principio di azione, sperimentazione. Anche nella biopolitica si guarda all'indisponibilità dei corpi a una manipolazione assoluta come limite alle pratiche di potere: P. DALLA VIGNA, *L'elemento sfuggente*, in M. FOUCAULT, *Poteri e strategie*, cit., p. 9.

⁸⁸ Nella lettura dell'art. 33 orienta la ricerca scientifica al miglioramento delle condizioni di salute, intesa quale integrità del corpo, G. FONTANA, *Art. 33*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario*, cit., p. 680.

⁸⁹ Una sola paura può destare l'assolutizzazione della libertà di ricerca scientifica (genetica): che nel divenire sperimentazione, azione, tecnica, diventi *Ge-stell*, impianto, dispositivo, macchinazione ovvero *instrumentum*. Dinnanzi al *Ge-stell*, infatti, gli uomini immaginano di esserne soggetti, di governare la macchina. In realtà, proprio perché soggetti, quindi presi nella logica della soggezione e dell'assoggettamento, ne sono governati, gestiti, orientati, *incantati*. Ma questo pericolo, che è poi l'essenza dell'"impianto" in Heidegger, pare ancora lontano. Sul punto si rinvia alla riflessione di R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, 2013, p. 18 ss.

si dà senza l'altro⁹⁰. Ma se si recupera la libertà *nel* rapporto, la libertà *come* rapporto, e si abbandona la tendenza a rinchiudere la libertà nei confini della volontà soggettiva e dell'autodeterminazione di un soggetto padrone di sé, non si può porre, neppure teoricamente, il conflitto, la scelta, tra comunità e libertà, perché la prima è già implicata dalla seconda. Non si dà opposizione tra sicurezza/salute (pubblica) e cura del corpo del singolo nel testo costituzionale perché la comunità è il modo di essere in comune di singolarità fra loro irriducibili: saranno, quindi, ammissibili solo quelle declinazioni del rapporto tra l'uno e l'altro che non sacrificano né la singolarità né la comunità.

Lo svolgimento del rapporto *di norma* spetta al legislatore, momento ordinario e necessario di implementazione del discorso costituzionale. Al giudice costituzionale spetta lo stretto scrutinio di ragionevolezza.

Forse questa nota, questo *commento*, è una riscrittura dell'ordine del discorso interno alle decisioni, che potrebbe proseguire all'infinito. Oppure, per nobilitarla, è una *critica*: non giudizio, quanto «compimento» dell'opera⁹¹.

** Ricercatore di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Sassari.

⁹⁰ Secondo la nota indagine etimologica di Benveniste, che traccia il legame tra la radice indeoeuropea, greca e latina di libertà e la catena semantica dell'affetto e dell'amicizia: sul punto ora R. ESPOSITO, *Libertà in comune*, in J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, cit., p. XIII ss. e spec. p. XXVIII. Nella dottrina costituzionalistica, riprende il concetto comunitario di libertà, in cui l'individuo si trasfigura nell'uomo sociale che cerca la propria autonomia morale o etica «insieme con gli altri», G. VOLPE, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo-specie, i diritti umani*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, pp. 338, nota 13 e 340.

⁹¹ W. BENJAMIN, *Il concetto di critica nel romanticismo tedesco*, in ID., *Il concetto di critica nel romanticismo tedesco. Scritti (1919-1922)*, Torino, 1982, p. 64.