

ROBERTO BIN

LIBERTÀ DELLA RICERCA SCIENTIFICA
IN CAMPO GENETICO



giuffrè editore - 2011

Estratto dal volume:

**ALLE FRONTIERE DEL DIRITTO
COSTITUZIONALE**

Scritti in onore di
VALERIO ONIDA

ROBERTO BIN

LIBERTÀ DELLA RICERCA SCIENTIFICA IN CAMPO GENETICO (*)

SOMMARIO: 1. La tutela costituzionale e i suoi limiti. — 2. Ricerca e sperimentazione. — 3. Limiti alla sperimentazione e controllo di legittimità. — 4. La “neutralità” dell’intervento pubblico. — 5. Ricerca, finanziamenti, neutralità. — 6. Il “diritto alla ricerca” ha uno statuto costituzionale?

1. *La tutela costituzionale e i suoi limiti.*

Come tutte le costituzioni moderne, anche quella italiana contiene disposizioni specifiche che tutelano la libertà della ricerca scientifica. Da un lato essa è inserita tra i “valori culturali” della Repubblica (“*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica*”, proclama l’art. 9 Cost.), promettendo e prescrivendo un comportamento promozionale dei pubblici poteri a sostegno della ricerca; dall’altro la libertà della scienza viene costruita come libertà “negativa”, tutelata da ogni tentazione di *kommandierte Wissenschaft*, di nazista memoria, o di *verbotene Wissenschaft*, di censura che colpisce i contenuti della ricerca.

L’art. 33 (“*L’arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento*”) si inserisce significativamente tra due diritti costruiti come un complesso di strumenti “negativi” e “positivi”: la tutela del diritto alla salute, che l’art. 32 riconosce sia come diritto alle prestazioni sanitarie (“*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*”), sia come tutela della dignità dell’individuo, libero di rifiutare trattamenti non voluti (“*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”); e la tutela del diritto all’istruzione, anch’esso costruito come “libertà negativa” di insegnamento e come “diritto positivo” alle prestazioni delle istituzioni scolastiche pubbliche.

(*) Una versione in inglese di questo saggio è in corso di pubblicazione in *Biotech Innovations and Fundamental Rights* (Atti della Conferenza di Ferrara, 21-21 gennaio 2011), a cura di R. Bin, S. Lorenzon, N. Lucchi, Springer Verlag.

Nonostante la vasta protezione che la ricerca scientifica riceve dalla Costituzione, il nostro ordinamento si trova di fronte agli stessi problemi che gravano sulla libertà di ricerca nei sistemi che, come quello statunitense, non contemplano specifiche norme costituzionali a proposito, ma tutelano la scienza inserendola nell'ambito di altri diritti, come la libertà di espressione, il *due process*, l'*equal protection* ecc.⁽¹⁾ Anzi, come poi vedremo, quei problemi possono essere efficacemente affrontati nel diritto italiano ricorrendo proprio agli strumenti interpretativi e alle strategie argomentative mutuata dall'esperienza giurisprudenziale nordamericana.

Due sono gli aspetti problematici su cui merita soffermarsi. Il primo riguarda i rapporti tra libertà della scienza e limiti alla sperimentazione scientifica, l'altro tra la libertà e il diritto ai finanziamenti della ricerca. I due problemi, come vedremo, partono da punti apparentemente lontani, ma poi convergono inaspettatamente nello stesso nodo.

2. Ricerca e sperimentazione.

Tutti i diritti costituzionali predispongono una copertura "ad ombrello"⁽²⁾. Vi è un nucleo duro del diritto che si trova al centro della tutela, al punto di massima protezione, che però si attenua man mano ci si allontani da esso. La libertà personale, per esempio, riceve una tutela gelosa quando si tratti dell'arresto della persona o del suo assoggettamento ad una perquisizione corporale, ma non è altrettanto ferrea di fronte al prelievo delle impronte digitali o alla perquisizione della borsa lasciata su una panchina a qualche metro di distanza. Altre esigenze premono e comprimono la tutela accordata al "corpo" quanto più ci si allontani dal nucleo di maggior protezione e ci si sposti verso i margini dell'"ombrello".

Altrettanto accade alla libertà di ricerca scientifica quando essa si svolge tramite sperimentazioni. "*Libera è la scienza e libero ne è l'insegnamento*" è un principio che tutela senza sconti il mondo delle idee e la loro comunicazione, quelle "libertà accademiche"⁽³⁾ che ci consentono di vivere e operare in ambienti dominati da un pluralismo assoluto; ma la sperimen-

(1) Cfr. riassuntivamente R. DELGADO, D.R. MILLEN, *God, Galileo, and Government: Toward Constitutional Protection for Scientific Inquiry*, in 53 *Wash. L. Rev.* (1977-1978), 392 ss.; J.A. ROBERTSON, *The Scientist's Rights to Research: A Constitutional Analysis*, in 51 *S. Cal. L. Rev.* (1977-1978), 1203 ss.

(2) Ho sviluppato questa metafora in *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli 2005, I, 345 ss., e in precedenza in *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 15 ss.

(3) Cfr. T.I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, New York 1970, 593 ss. Sulla difficile definizione di libertà accademica si veda ora E. BARENDT, *Academic Freedom and the Law (a Comparative Study)*, Oxford and Portland, Or., 2010.

tazione porta fuori dal mondo delle idee, le trasforma in “cose”⁽⁴⁾, in attività prive di per sé di contenuto espressivo o comunicativo⁽⁵⁾. Il parallelo con la libertà di esprimere il proprio pensiero è immediato, perché in riferimento ad essa assistiamo allo stesso fenomeno. Tutte le Corti del mondo impiegano le stesse argomentazioni: la libertà di espressione, considerata da sempre come la pre-condizione della democrazia, subisce limitazioni quando si scontri con altri interessi rilevanti (non posso scrivere la mia opinione sui monumenti artistici, né gridarla di notte per le strade; posso criticare duramente, ma non offendere la dignità degli altri), quando cessa d’essere puro pensiero e diventi un principio di azione (non posso istigare qualcuno a suicidarsi o a compiere reati), quando si scontra con la limitazione dei mezzi di propagazione delle idee (i giornali, la televisione, gli spazi per la propaganda elettorale). Così la mia assoluta libertà di fare ricerca non si può tradurre in un’altrettanto assoluta libertà di sperimentare le mie ipotesi: vi si possono opporre motivi di sicurezza delle persone o dell’ambiente, ragionevoli “precauzioni” nei confronti delle conseguenze ancora ignote degli esperimenti, la tutela della salute dei pazienti, la dignità degli animali, la limitazione degli strumenti e delle risorse.

L’ampia giurisprudenza che si è formata in tutti gli ordinamenti costituzionali sui limiti della libertà di espressione fornisce tracce interessanti per ricostruire i criteri di giudizio con cui valutare le limitazioni opposte alla libertà della ricerca. Così, anche nei paesi in cui la Costituzione riserva apposite norme alla tutela della scienza, è alla tradizionale impostazione dei limiti alla *freedom of speech* che si finisce inevitabilmente con guardare. Quali regole generali ne possiamo trarre?

3. *Limiti alla sperimentazione e controllo di legittimità.*

La prima regola è che le limitazioni poste dal diritto alla sperimentazione scientifica non possono essere fissate se non con formule generali assai elastiche, che rimandano a valutazioni da svolgersi in relazione al caso concreto. In via generale si possono indicare quali diritti o quali interessi debbano essere tenuti presenti nel valutare la ammissibilità di una determi-

(4) Cfr. G.L. FRANCIONE, *Experimentation and the Marketplace Theory of the First Amendment*, in 136 *U. Pa. L. Rev.* (1987), 417 ss. “La sperimentazione rappresenta quella sequenza del fenomeno scientifico in cui il ragionamento umano lascia il posto ad un’azione materiale diretta a verificare concretamente la serietà della ipotesi ... precedentemente elaborata, ma solo in astratto, dal ricercatore”: L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli 1993, 181.

(5) Cfr. B.P. McDONALD, *Government regulation or other “abridgements” of scientific research: the proper scope of judicial review under the first amendment*, in 54 *Emory L.J.* (2005), 979 ss.

nata sperimentazione, e con quali procedure si possa decidere se vi siano metodologie o tipologie di sperimentazione che possono essere vietate o limitate, quale intensità possa avere il limite introdotto (dal divieto assoluto assistito da una sanzione, alla semplice autorizzazione o alla verifica dei requisiti del laboratorio), quali controlli possano essere istituiti, ecc.

Questi limiti non possono essere posti se non per legge, poiché costituiscono eccezioni ad una libertà costituzionale. Ma il legislatore non è libero di imporre qualsiasi limite e con qualsiasi intensità, se no verrebbe meno la garanzia costituzionale. Quindi le leggi che introducono limiti alla ricerca sono sottoposte a uno *strict scrutiny* che si svolge secondo lo schema di un giudizio di ragionevolezza “aggravato”. Bisogna anzitutto valutare se il fine, gli interessi che si contrappongono e in nome dei quali si intende limitare la ricerca siano apprezzabili; poi è necessario verificarne la *congruità*, ossia se la disposizione introdotta si ponga come uno strumento efficiente per raggiungere quel fine; ed infine considerare se lo strumento sia *proporzionato* allo scopo o non comporti invece un sacrificio eccessivo per la libertà incisa.

Se questo è uno schema generale che ben riassume in termini astratti il giudizio di ragionevolezza, quando lo si applichi alle limitazioni della libertà di ricerca esso si arricchisce di ulteriori aspetti, che lo rendono ancora più stringente. Il dato fondamentale è che il potere politico, cioè il legislatore, incontra severi limiti di intervento, poiché la libertà della ricerca scientifica non si riflette soltanto sulla libertà individuale del singolo ricercatore, ma anche su un elevato grado di autonomia della comunità scientifica nel suo insieme. Al legislatore è vietato di intervenire nelle questioni relative alla ricerca scientifica senza basarsi su dati accertati e accettati dalla stessa comunità scientifica ⁽⁶⁾.

La Corte costituzionale ha affermato questo principio con grande chiarezza in relazione alla scienza medica, con specifico riferimento alle scelte relative alla sperimentazione dei farmaci e ai protocolli terapeutici:

“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 ... o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica” ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ “These restrictions are not externally imposed to protect legal interests, but rather are conceptually implicit in science and serve as an expression of scientific autonomy”: C. STARCK, *Freedom of Scientific Research and Its Restrictions in German Constitutional Law*, in 39 *Israel L. Rev.* (2006) 113.

⁽⁷⁾ Corte costituzionale, sent. 282/2002.

Lo ha ribadito anche di recente, in termini più generali, in relazione alla legge sulla procreazione medicalmente assistita:

“va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l’accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l’arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali”⁽⁸⁾.

Anche fuori del campo medico, la giurisprudenza costituzionale è ferma nel difendere l’autonomia della comunità scientifica da incursioni legislative che non rispettino il giusto equilibrio tra essa ed altri possibili interessi⁽⁹⁾:

“Questa Corte non intende certo escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi, vuoi per manifesta irragionevolezza vuoi sulla base di altri parametri desumibili dalla Costituzione, possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire”⁽¹⁰⁾.

Il quadro sembra piuttosto chiaro: il legislatore deve fondare su dati che provengono dal mondo scientifico le prognosi relative ai possibili effetti negativi di determinate sperimentazioni e verificare sulla base di essi la necessità di intervenire con norme restrittive e l’efficacia delle misure predisposte. Sono i dati forniti dalla scienza e l’opinione prevalente della comunità scientifica a costituire il tracciato entro il quale il legislatore deve muoversi. Ma non basta, perché anche nella scelta delle finalità da perseguire, degli interessi da proteggere, il legislatore non è del tutto libero di agire.

4. *La “neutralità” dell’intervento pubblico.*

Al centro dell’“ombrello” costituzionale che protegge la ricerca scientifica c’è l’assoluta libertà del ricercatore di scegliere il tema dei suoi studi e le tesi che vuole sostenere. Perciò le leggi che reprimono il c.d. negazionismo e ogni altra forma di *hate speech* incontrano severe obiezioni in merito alla loro compatibilità con le libertà costituzionali nel momento stesso in

⁽⁸⁾ Corte costituzionale, sent. 151/2009.

⁽⁹⁾ Indicativa, sotto questo profilo, è la sent. 166/2004, che ha dichiarato l’illegittimità della legge regionale che vietava la sperimentazione scientifica sugli animali.

⁽¹⁰⁾ Sent. 114/1998.

cui non si limitano a reprimere comportamenti che siano concretamente capaci di offendere la sensibilità e i sentimenti delle persone ma incidano in via generale con restrizioni dell'attività di ricerca. Ancora una volta, infatti, non sono le idee a costituire un problema per il diritto, ma la sperimentazione eventualmente conseguente: sul cannibalismo vi sono opere scientifiche di grande livello e generale apprezzamento, ma certo non sarebbe altrettanto apprezzabile una sperimentazione diretta a meglio studiare gli effetti di questa pratica alimentare. Qui si oppongono questioni etiche, di cui il diritto si fa portatore. Si possono introdurre divieti che siano motivati unicamente dal disvalore etico delle finalità che la sperimentazione si propone?

Questo è il quesito più difficile. Perché, se si può lasciare libera la comunità scientifica di valutare l'*utilità* di una certa sperimentazione per la conoscenza, la attendibilità dei risultati prodotti o l'efficacia terapeutica di un determinato protocollo, la si può lasciare libera anche di valutare il *valore o disvalore etico* delle sue attività? La risposta è rinviata alle complesse riflessioni della bioetica, in cui preferisco non addentrarmi. Anche in questo caso, comunque, è evidente che il legislatore tende a fare un passo indietro, lasciando il compito di una valutazione da condursi caso per caso ad organismi che si presume esser dotati di particolari competenze in campo, appunto, bioetico⁽¹¹⁾. Il legislatore si trattiene solo il compito di codificare i risultati di queste valutazioni una volta consolidati, esattamente come — lo dice bene la già ricordata sent. 282/2002 della Corte costituzionale — mantiene il compito di consolidare in legge i risultati acquisiti dalla comunità scientifica in merito all'*utilità* e "scientificità" di un determinato trattamento medico⁽¹²⁾.

In altre parole, al legislatore è riconosciuta la competenza di fissare i punti di equilibrio nel complesso bilanciamento tra la libertà di sperimentazione scientifica, condotta sotto la supervisione della comunità scientifica, e gli altri interessi di rilievo costituzionale, specie quelli sussumibili sotto l'impalpabile nozione di "dignità umana"⁽¹³⁾. Una nozione impalpabile, la cui *estensione* è indeterminabile⁽¹⁴⁾, così come incerta è la sua *intensione*: le

⁽¹¹⁾ Le competenze affidate a questi organismi non sono però immuni da censure, perché possono tradursi in forme di censura incompatibili con le libertà costituzionali: in questo senso, a proposito degli *Institutional Review Boards* previsti dalla legislazione federale americana, si veda P. HAMBURGER, *The New Censorship: Institutional Review Boards*, in *Sup. Ct. Rev.*, 2004, 271 ss.

⁽¹²⁾ Anche il riconoscimento della "scientificità" di una determinata opera dipende dall'individuazione degli indici di 'scientificità' da parte della comunità scientifica: cfr. il *Jugendgefährdende Schriften Urteil* (BVerGE, 90, 1, 13).

⁽¹³⁾ Cfr. ancora C. STARCK, *op. cit.*, 115 ss.

⁽¹⁴⁾ Come ha affermato il *Bundesverfassungsgericht*, quale sia il contenuto della clausola costituzionale della dignità umana, di cui all'art. 1.1. del GG, "offenbar läßt sich

fattispecie di “degradazione della dignità umana” sono accumulate da una debole “somialianza di famiglia” in cui è impossibile individuare una precisa “essenza” comune. La “dignità umana” sembra rappresentare un argomento residuale che si può invocare quando non vi siano altri interessi o diritti “nominati” — ossia muniti di un’apposita disciplina costituzionale — da contrapporre alla libertà di ricerca (o alle altre libertà che siano collocate sull’altro piatto della bilancia). Però il nome usato per designare questo argomento è così carico di implicazioni assiologiche da farne la casa preferita in cui far risiedere i valori “non negoziabili” professati da chi se ne fa paladino, quasi che la dignità umana, al contrario di ogni altro principio, diritto o “valore” costituzionale, fosse di per sé sottratta a qualsiasi forma di bilanciamento⁽¹⁵⁾. Pesa così tanto la dignità umana da far saltare la bilancia: o così si vorrebbe.

Nella giurisprudenza in tema di libertà di espressione del pensiero le Corti hanno introdotto un criterio molto utile cui sottoporre le leggi che introducono limitazioni alle modalità del suo esercizio. Esso guarda all’incidenza che le limitazioni degli strumenti o delle attività connesse all’espressione del pensiero esercitano sui *contenuti* del pensiero stesso: possono essere consentite le limitazioni che risultano “neutre” rispetto ai contenuti del pensiero, sono viceversa guardate con molto sospetto quelle che discriminano proprio in base al contenuto⁽¹⁶⁾. Queste ultime devono essere sottoposte ad uno scrutinio particolarmente stretto che verrà superato solo se il contenuto vietato costituisca effettivamente un pericolo serio per interessi costituzionali universalmente condivisi⁽¹⁷⁾.

Come tutti i criteri giurisprudenziali anche questo non opera con la precisione di un algoritmo, tuttavia può essere utilmente impiegato anche per valutare i limiti posti dal legislatore alla ricerca scientifica. Con delle conseguenze che potrebbero risultare interessanti.

Innanzitutto appare subito evidente che non sono accettabili limitazioni poste a protezione dei valori propri di una visione ideologica o fidei-

das nicht generell sagen, sondern immer nur in Ansehung des konkreten Falles” (BVerfGE, 30, 1, 25).

⁽¹⁵⁾ “...denn die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig”: BVerfGE, 93, 266 (293) e negli stessi termini BVerfGE 107, 275 (284). Cfr., criticamente, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali* in *Scritti in onore di L. Carlassare*, III, Napoli 2009, 155 ss., 1060 ss.

⁽¹⁶⁾ Sul tema cfr. G.R. STONE, *Content-Neutral Restrictions*, in 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987), 46 ss. e, con specifico riferimento ai limiti della ricerca scientifica, J.A. ROBERTSON, *op. cit.*, 1247 ss.

⁽¹⁷⁾ Sul tema cfr. ora, con un’analisi accurata della giurisprudenza della Corte suprema sulle limitazioni “per contenuto” della protezione della libertà di espressione, D.M. O’BRIEN, *Congress shall make no law*, Lanham MD, 2010.

stica della “dignità umana”⁽¹⁸⁾. Nulla sarebbe più contrario all’idea di un limite “neutro nei contenuti”. Per chiarire il punto si possono mettere a confronto due leggi italiane che limitano la sperimentazione scientifica⁽¹⁹⁾.

La prima, è la disciplina legislativa “*di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici*”⁽²⁰⁾, che introduce un limite alle *finalità* per cui gli animali possono essere utilizzati nella ricerca scientifica (l’obiettivo è di impedire sperimentazioni rivolte ad obiettivi futili)⁽²¹⁾, una restrizione relativa alle specie animali utilizzabili (per preservare l’equilibrio biologico), un regime di autorizzazione delle strutture, che implica un’attività di controllo su di esse⁽²²⁾. Indubbiamente sono limitazioni che incidono sulla libertà di ricerca, ma non in modo tale da impedirli o renderla estremamente difficile. Si tratta comunque di limitazioni “neutrali” rispetto al *contenuto* della ricerca: benché vengano enumerate le finalità per le quali la sperimentazione sugli animali è consentita, esse sono definite in modo talmente ampio da togliere ogni sospetto che il legislatore sia mosso dall’intento di colpire determinati filoni di ricerca ed abbia prevenzioni od obiettivi ideologici. Restano escluse solo le ricerche *low value* o quelle fortemente orientate allo sfruttamento economico (si pensi a quelle connesse all’industria cosmetica), rispetto alle quali le sofferenze inferte agli animali sembrerebbero ingiustificabili. La Corte costituzionale infatti ha ritenuto corretto il bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti (“*lo sviluppo della ricerca*” e “*la massima tutela degli animali che possono essere coinvolti nelle sperimentazioni*”) tracciato dalla legge, che ha individuato un “*punto di equilibrio della sperimentazione*” che “*bilancia attentamente il doveroso rispetto verso gli animali sottoposti a sperimentazione e l’interesse collettivo alle attività di sperimentazione su di essi che sono ritenute indispensa-*

(18) Sull’incompatibilità di restrizioni della libertà di ricerca che trovino fondamento “*in religiöser oder weltanschaulicher Hinsicht*” si veda il noto *Hessisches Universitätsgesetz* (BVerfGE 47, 327, 385).

(19) Ho già sviluppato questo confronto in *La Corte e la scienza, in Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D’Aloia, Torino, 2006.

(20) D.lgs. 116/1992.

(21) Art. 3: “*1. L’utilizzazione degli animali negli esperimenti... è consentito solo per uno o più dei seguenti fini: a) lo sviluppo, la produzione e le prove di qualità, di efficacia e di innocuità dei preparati farmaceutici, degli alimenti e di quelle altre sostanze o prodotti che servono: 1) per la profilassi, la diagnosi o la cura di malattie, di cattivi stati di salute o di altre anomalie o dei loro effetti sull’uomo, sugli animali o sulle piante; 2) per la valutazione, la rilevazione, il controllo o le modificazioni delle condizioni fisiologiche nell’uomo, negli animali o nelle piante; b) la protezione dell’ambiente naturale nell’interesse della salute e del benessere dell’uomo e degli animali*”.

(22) Con una legge successiva (l. 413/1993) il legislatore è poi intervenuto per tutelare un altro interesse, il diritto all’obiezione di coscienza di quanti si trovino coinvolti in pratiche di sperimentazione animale.

bili, sulla base delle attuali conoscenze di tipo scientifico, sia dall'ordinamento nazionale che dall'ordinamento comunitario" (23).

La seconda legge è la ben nota disciplina della fecondazione medicalmente assistita (24). Per quanto riguarda il particolare aspetto della limitazione dell'attività di ricerca scientifica, la legge introduce un divieto generalizzato (e penalmente sanzionato) di "*qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano*", con la sola eccezione delle "*finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ... volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative*"; e pone inoltre una serie di divieti rafforzati (anche nella sanzione) per le ipotesi di produzione di embrioni umani per fini di ricerca e di sperimentazioni che abbiano scopi eugenetici, praticino la clonazione degli embrioni o producano ibridi e chimere. Il divieto colpisce non soltanto la ricerca sugli embrioni prodotti nell'ambito dei tentativi di procreazione assistita, ma anche quella sugli embrioni già esistenti, soprannumerari o importati da altri paesi. Come intitola il capo VI della legge, la disciplina mira alla "tutela dell'embrione" in sé per sé, vietando ogni tipo di sperimentazione che lo assuma come oggetto, qualsiasi sia lo scopo della ricerca, anche se attinente ai più elevati tra gli interessi protetti dalla Costituzione. Vi è un'unica eccezione: la ricerca è ammessa, anzi è sostenuta, solo se riguarda la crioconservazione degli embrioni "orfani" o "in stato di abbandono" (25), diretta a prolungarne una condizione indefinibile, sospesa tra la vita, mai raggiunta, e la morte, che senza vita non può essere (26).

Un divieto così rigido e generale potrebbe essere giustificato soltanto se la sperimentazione colpita fosse sicuramente pregiudizievole per interessi sociali altamente apprezzabili e largamente condivisi, e non risultasse essenziale alla ricerca scientifica; oppure servisse un tipo di ricerca di così "basso livello" da non reggere il confronto con l'importanza degli interessi minacciati.

Se proviamo a verificare queste condizioni, ci accorgiamo che nessuna di esse si verifica. Gli interessi tutelati dalla norma sono quelli dell'"embrione", genericamente individuato. La premessa da cui si prendono le

(23) Così nella sent. 166/2004, con la quale ha dichiarato illegittima la legge della Regione Emilia-Romagna che aveva rotto questo equilibrio introducendo una serie di divieti rigidi e assoluti rivolti contro la pratica della vivisezione.

(24) L. 40/2004.

(25) Secondo la pittoresca e antropomorfica terminologia usata dal decreto ministeriale 4 agosto 2004.

(26) Perché, come è stato correttamente osservato, il dilemma sullo statuto morale dell'embrione si risolve in questa alternativa: "death by being discarded or death by means that salvages the value for future discovery and the potential for providing medical benefit": P. BERG, *Brilliant Science, Dark Politics, Uncertain Law*, in 46 *Jurimetrics* (2005-2006), 383.

mosse è che ciò che genericamente viene chiamato “embrione”, ma che tecnicamente è una blastocisti, sia “vita”, sia — come ripeteva uno degli slogan più noti — “uno di noi”. Ma questa premessa che statuto ha? Vi è in essa qualche prova oggettiva, qualche dimostrazione comunemente accettata, qualche elemento di verità incontrovertibile e universalmente condivisa? Certamente no: i “misteri” della vita e della morte ricadono fuori delle conoscenze scientifiche e delle certezze umane, gravitano nel dominio del “principio di ignoranza”⁽²⁷⁾. In questo dominio la legge impiega gli strumenti punitivi dello Stato per proteggere una visione della vita e della sua morale che è accolta solo da una parte limitata della società. Non importa se si tratta di una parte minoritaria o maggioritaria, non è questo che conta: in uno Stato costituzionale e pluralista nessuno, per quanto numericamente “pesante”, ha il diritto di imporre le proprie opzioni etico-religiose agli altri⁽²⁸⁾. Nessuno può costringere altri ad abortire o a sottoporsi a tecniche di procreazione medicalmente assistita: ma nessuno può neppure impedire agli altri di farlo, se non in nome di interessi fondamentali che siano ampiamente condivisi e perciò — si deve supporre — scritti nella Costituzione. Ed invece la legge sposa una concezione discussa e discutibile di “vita” e di “persona”: quando ci sia vita e quando si formi la persona non è oggetto di accertamenti scientifici né di convinzioni condivise. Sono eventi che sfuggono alla nostra percezione diretta, ma che la legge italiana pretende di fissare autoritariamente apprestando un “regime giuridico” che ha un impatto duro e inflessibile.

Il divieto di svolgere ricerca sugli embrioni umani non è affatto *content neutral*, ma vuole colpire proprio il “contenuto” della ricerca, imponendole un limite dettato esclusivamente da un preconcetto ideologico — “*self-elevating mystical conceptions of the beginnings of new human life*”, come è stato polemicamente affermato, in altro ma non dissimile contesto legislativo⁽²⁹⁾. Benché talvolta lo si affermi, un divieto del genere non serve neppure a proteggerci da un “grave pericolo” che la ricerca sugli embrioni potrebbe comportare per la sicurezza della società: i divieti speciali (la produzione *ad hoc* di embrioni umani, la clonazione, la generazione di ibridi e

(27) “*These are the kinds of issues for which the law, especially in its more intrusive modes, is unsuited — issues of intense moral controversy, involving almost infinite factual variability and constantly changing scientific facts*”: R.B. DWORKIN, *Limits. The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, Bloomington-Indianapolis 1996, 146.

(28) È l’argomento usato dalla Corte suprema americana per dichiarare incostituzionale la legge texana che criminalizzava l’omosessualità: per un uso di questo precedente contro la legittimità di una legge repressiva della ricerca sugli embrioni cfr. S. GOLDBERG, *Cloning Matters: How Lawrence v. Texas Protects Therapeutic Research*, in 4 *Yale J. Health Pol’y L. & Ethics* (2004), 305 ss., 315.

(29) D.W. JORDAAN, *Science versus Anti-Science: The Law on Pre-Embryo Experimentation*, in 124 *S. African L.J.* (2007), 618.

chimere) sono già di per sé sufficienti a proteggere gli interessi e i “valori” che si possono ritenere minacciati da una ricerca sperimentale che “sfugga di mano”. Per assicurare il rispetto di questi divieti basterebbe l'introduzione di un regime di autorizzazione e di controllo sui centri di ricerca, come si fa negli altri paesi; sicché un divieto generalizzato, penalmente sanzionato, risulta sproporzionato rispetto all'obiettivo dichiarato, dimostrando *ad abundantiam* che l'obiettivo vero è quello intimamente legato alla affermazione di una visione ideologica.

Alle stesse conclusioni sembra arrivare anche la giurisprudenza costituzionale, che infatti ha già avuto modo di colpire con dichiarazione di illegittimità alcune disposizioni in cui la legge rivela il suo volto rigido e ideologico. Sebbene la Corte si sia occupata sinora solo degli aspetti connessi all'attività medica, ha però ribadito, ponendolo al centro delle sue argomentazioni, che vi sono “*limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali*”, poiché sono queste, e non le opzioni politiche del legislatore, che devono guidare le scelte terapeutiche del medico⁽³⁰⁾. Altre eccezioni di incostituzionalità solo state sollevate e arriveranno presto al giudizio della Corte.

5. *Ricerca, finanziamenti, neutralità.*

Il principio del *content-neutral approach* deve ispirare le istituzioni pubbliche anche quando dispongono i finanziamenti per la ricerca scientifica. Negare il sostegno finanziario ad una determinata ricerca equivale a impedire di svolgerla, e questo lede tanto la libertà di scienza, quanto l'eguaglianza tra i ricercatori e, in terzo luogo, l'interesse della collettività a godere dei prodotti della ricerca. È quanto ha affermato la stessa Corte costituzionale in una lontana, ma notissima sentenza con cui ha dichiarato illegittimo il divieto di brevettare i farmaci, prosciugando così un fondamentale canale di finanziamento delle “ingenti spese” richieste dalla ricerca in quel settore⁽³¹⁾.

Quali sono le conseguenze di questo principio? Certo da esso non deriva un diritto del singolo ricercatore a ottenere adeguati finanziamenti pubblici; anche se tagli eccessivi agli investimenti pubblici o limiti significativi, diretti o indiretti che siano (per esempio, attraverso la tassazione), agli investimenti privati potrebbero essere giudicati dalla Corte costituzionale contrari all'obbligo che la Costituzione impone di promuovere la ricerca

⁽³⁰⁾ Così la sent. 151/2009, con cui è stata dichiarata illegittima la norma che fissava un numero massimo di embrioni da impiantare in un unico intervento, vietando al medico la crioconservazione degli altri embrioni in vista di un successivo impianto.

⁽³¹⁾ Sent. 20/1978.

e lesivi del “nucleo duro” della stessa libertà di scienza, il cui svolgimento potrebbe subire una compressione tale da renderlo sostanzialmente impossibile.

A parte questa ipotesi limite, un aspetto rilevante che la sentenza sulla brevettabilità dei farmaci mette bene in rilievo è che il *principio di eguaglianza* impedisce al legislatore (e a qualsiasi autorità pubblica) di discriminare questo o quel settore della ricerca senza che vi sia un interesse pubblico, costituzionalmente rilevante, a giustificarlo. Né può trattarsi di un interesse pubblico qualsiasi, perché anche in questo caso valgono i criteri esaminati in precedenza, ossia deve trattarsi di un’esigenza oggettiva, ricollegabile a principi di rango costituzionale, corroborata dalle considerazioni provenienti dalla comunità scientifica, neutrale rispetto ai contenuti e perseguita nel rispetto del principio di proporzionalità: «*The government may not deny a public benefit “for the purpose of creating an incentive enabling it to achieve what it may not command directly”*»⁽³²⁾. È evidente che non può essere impedito alle autorità pubbliche di privilegiare determinati programmi di ricerca o fissare priorità nei finanziamenti: ma questa non potrà mai essere una scelta tutta politica, cioè priva del supporto della comunità scientifica, né tantomeno potrà essere dettata da opzioni ideologiche⁽³³⁾.

Per queste ragioni appare del tutto inaccettabile quanto è accaduto con il bando ministeriale per l’attività di ricerca sulle cellule staminali, nell’ambito del *Programma per la Ricerca Sanitaria 2008*⁽³⁴⁾. Le indicazioni relative ai progetti che possono partecipare al bando si concludono dichiarando che “*saranno esclusi i progetti che prevedono l’utilizzo di cellule staminali embrionali di origine umana*”. Questa pesante esclusione non è stata inserita perché proposta dagli organismi tecnico-scientifici, né è motivata in nome di particolari esigenze: essa è stata proposta da alcune Regioni in sede di Conferenza Stato-Regioni e subito accolta dal rappresentante del governo. Che competenza hanno le Regioni in materia? Il problema non si pone in relazione all’art. 117 Cost., cioè alle regole di riparto della potestà legislativa, ma in relazione alla competenza di qualsiasi autorità politica, statale o regionale che sia, in materia che attiene alla libertà di ricerca scientifica.

⁽³²⁾ Così J.A. ROBERTSON, *op. cit.*, 1276, citando la Corte Suprema in *Elrod v. Bums*, 427 U.S. 347, 361 (1976).

⁽³³⁾ “The most basic question is whether the government has merely made an expenditure for a benefit defined by condition or has, in reality, used the condition to create a substitute for the constraining force of law. In less abstract terms, the issue is whether the government’s conditional spending amounts to a purchase or a regulation”: P. HAMBURGER, *op. cit.*, 319.

⁽³⁴⁾ Che si può leggere in www.salute.gov.it/bandi/documenti/Bando_cellule_staminali.pdf.

Alcuni ricercatori hanno cercato di impugnare il bando, ma il loro ricorso è stato dichiarato inammissibile sia in primo che in secondo grado⁽³⁵⁾. La motivazione è in parte formalistica, in parte in aperta contraddizione con tutto quanto si è qui sostenuto. Anzitutto il Consiglio di Stato nega la legittimazione al ricorso “in difetto di formazione e presentazione di un progetto di ricerca e della domanda di partecipazione (ancorché destinata all’esclusione)” — dove nell’inciso posto tra parentesi sta la prova del formalismo del motivo adottato fuor di parentesi. Ma poi aggiunge 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”. Davvero la discrezionalità amministrativa consente all’autorità di governo di scegliere liberamente quali ricerche finanziarie e quali no? A me sembra che le poche righe che il giudice amministrativo concede al problema rinneghino, non so quanto consapevolmente, tutto ciò che la Corte costituzionale ha detto in tema di libertà e autonomia della scienza.

6. *Il “diritto alla ricerca” ha uno statuto costituzionale?*

I ricercatori, a dar retta al Consiglio di Stato, non hanno un interesse giuridicamente rilevante ad ottenere il finanziamento della propria ricerca (o meglio, a non vedersi esclusi senza motivazione dal finanziamento a causa dell’oggetto della loro progetto): ma la collettività ce l’ha? Esiste, in capo ai singoli o alla collettività, un diritto alla scienza, un “*diritto che si faccia scienza*”⁽³⁶⁾?

La Corte costituzionale ha talvolta riconosciuto che esiste un apprezzabile “interesse, costituzionalmente rilevante, della ricerca scientifica”⁽³⁷⁾, di solito collegandolo con uno stretto nesso strumentale al diritto alla salute⁽³⁸⁾. È un collegamento interessante, su cui merita riflettere.

⁽³⁵⁾ I ricorso e le ordinanze dei giudici amministrativi si possono leggere in www.unipv-lawtech.eu/il_non_finanziamento_della_ricerca_che_utilizzi_ce.html.

⁽³⁶⁾ In questo senso già A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Barile)*, Padova, 1990, 89 ss., 98.

⁽³⁷⁾ Sent. 201/1995. Altrove la Corte ha inserito la ricerca tra gli “essenziali beni comuni” (sent. 500/1993) e come un “valore costituzionalmente protetto come la ricerca scientifica” (sent. 423/2004, ripresa da numerose altre decisioni sul riparto di competenze tra Stato e Regioni).

⁽³⁸⁾ Così già nella ricordata sent. 20/1978, ma anche, per es., nella sent. 569/2000 (in cui si rigettano le censure mosse ad un atto della Regione Liguria si riferisce alla promozione, da parte del Dipartimento regionale di genetica, di attività di ricerca e di sperimentazione).

Sinché la libertà di ricerca viene costruita come settore particolare e (secondo alcuni⁽³⁹⁾) “privilegiato” della libertà di espressione del pensiero, in ciò accostandosi alla libertà di insegnamento (e, per altri profili, alla libertà di culto), essa si sviluppa nell’alveo delle tradizionali libertà “negative”, che lo stereotipo corrente vorrebbe sostanzialmente incentrate su una pretesa che lo Stato e i suoi apparati si astengano da porvi limiti o ostacoli se non per tutelare altri interessi costituzionalmente rilevanti. Anche se si allarga la prospettiva al finanziamento della ricerca — cioè al regime delle risorse indispensabili al concreto esercizio della libertà — il “diritto costituzionale” che viene riconosciuto e tutelato fa capo al singolo ricercatore, o alla struttura in cui egli opera. Resta ancora del tutto eccentrica la prospettiva di una tutela dell’interesse collettivo alla ricerca scientifica o dell’interesse che ognuno potrebbe rivendicare di giovare dei frutti della ricerca stessa. Proprio la saldatura tra la libertà di ricerca e il diritto alla salute sembra poter saldare le due prospettive.

Il diritto alla salute, infatti, è contemporaneamente un interesse della collettività e un diritto dei singoli, l’una e gli altri titolati a rivendicare delle prestazioni da parte delle istituzioni pubbliche. Si tratta di “un diritto soggettivo primario e assoluto, valido *erga omnes*, e perfetto, ossia direttamente azionabile davanti all’autorità giudiziaria senza la necessità dell’intervento del legislatore, essendo tutelato da norma costituzionale immediatamente precettiva”⁽⁴⁰⁾.

Questo diritto può estendersi sino a legittimare la pretesa del malato a godere dei risultati della ricerca scientifica? La Corte sembra propendere per una risposta positiva nel noto “caso Di Bella”. Certo si trattava di un caso estremo⁽⁴¹⁾, ma le considerazioni portate dalla Corte sono di gran rilievo. Posto che non spetta né al legislatore né ai giudici o alla Corte costi-

tazione clinica, citando la propria «costante giurisprudenza... secondo cui l’attività di diagnosi e cura ospedaliera degli ammalati non solo non è incompatibile, ma anzi è suscettibile di ottimale collegamento, se non addirittura di “compenetrazione”, con l’attività di ricerca scientifica»).

⁽³⁹⁾ Sulla teoria delle forme “privilegiate” di libertà d’espressione cfr. criticamente A. PACE, M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna Roma 2006, 54 s.

⁽⁴⁰⁾ C. TRIPODINA, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 322.

⁽⁴¹⁾ La questione affrontata dalla Corte nella sent. 185/1998 riguardava la legittimità di un atto legislativo che limitava l’accesso alla sperimentazione gratuita di un complesso di sostanze rientranti in un “multitratamento” delle malattie tumorali. La Corte lo dichiara illegittimo “nella parte in cui non prevede l’erogazione a carico del servizio sanitario nazionale dei medicinali impiegati nella cura delle patologie tumorali, per le quali è disposta la sperimentazione ... a favore di coloro che versino in condizioni di insufficienti disponibilità economiche, secondo i criteri stabiliti dal legislatore, nei limiti oggettivi, soggettivi e temporali di cui in motivazione”, cioè nel caso di malati in fase terminale.

tuzionale stessa pronunciarsi in merito alla validità di un trattamento terapeutico, la Corte però parte dal “fatto legislativo” che la legge ha avviato una sperimentazione gratuita di questo trattamento, riservandola ad un numero limitato di pazienti: la Corte si limita a contestare la legittimità di questa delimitazione, che esclude dalla sperimentazione gratuita altri pazienti che si trovano anch’essi di fronte a “esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative”. La Corte giunge a questa conclusione ragionando sulla base del principio di eguaglianza, ma riconosce che l’indebita discriminazione tra pazienti ricorre nel concreto godimento un “diritto fondamentale”, “considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente *aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute*”.

Possono ricavarsi considerazioni più generali da questo precedente, ormai lontano? Indubbiamente è consigliabile molta prudenza. La specificità del “caso Di Bella”, sotto un profilo strettamente giuridico, è che ci si trovava di fronte ad una specifica norma di legge che limitava l’accesso ad un certo regime giuridico (la gratuità della sperimentazione), al quale altri soggetti avrebbero voluto accedere: quindi la domanda riguardava l’accesso ad una sperimentazione scientifica, dei cui risultati si sperava di poter beneficiare, accesso ristretto dal legislatore. Ma la Corte costituzionale non rifiuta di qualificare come “diritto fondamentale” le aspettative rivolte ai risultati della ricerca sperimentale, collocandole nel contenuto essenziale del diritto alla salute. E questo ragionamento sembra poter portare un po’ più lontano.

La storia dell’evoluzione che la protezione dei diritti fondamentali ha tracciato nella giurisprudenza costituzionale mostra che in diverse circostanze la tutela della libertà “negativa” del cittadino privato si è progressivamente estesa sino alla protezione degli interessi della collettività che dell’esercizio di quel diritto avrebbe potuto beneficiare, e che gli interessi della collettività ben possono concretarsi alla fine nel diritto di ogni suo membro. Il diritto “negativo” costituito dalla libertà di insegnamento si è saldato così con un interesse generale all’istruzione e questo poi si è tradotto in un vero e proprio diritto di ognuno ad accedere all’insegnamento e di godere dell’istruzione⁽⁴²⁾. Anche la libertà di espressione si è tradotta in un interesse generale all’informazione e questo, a sua volta, in un vero e proprio “diritto all’informazione” che richiede l’intervento positivo delle istituzioni pubbliche, quantomeno per garantire il pluralismo informativo⁽⁴³⁾.

(42) Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXIII (1973), 96 ss.

(43) Sulla predicabilità di un diritto soggettivo all’informazione cfr. A. PACE, M. MANNETTI, *op. cit.*, 346 s. che ammettono la sussistenza di un diritto soggettivo (pienamente giustiziabile) del singolo ad ottenere le informazioni di suo interesse solo in determinate materie e “nella sola misura in cui venga colpevolmente pregiudicato, nei suoi specifici ri-

È chiaro che sarebbe assai arduo cercare di fondare in costituzione il riconoscimento diretto di un diritto soggettivo, direttamente azionabile, alla ricerca scientifica e al godimento dei suoi risultati. Ma non è in questi termini che intendo impostare il tema. La questione è se il soggetto, affetto da una malattia che può essere curata esclusivamente attraverso trattamenti basati sulla genetica, possa agire a tutela del suo *diritto alla salute* invocando la rimozione di quelle limitazioni alla ricerca e alla sperimentazione scientifica che gli tolgono quelle “*aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute*” a cui fa accenno la Corte nel “caso Di Bella”. La risposta non può che essere: dipende dai casi, perché potrà sempre verificarsi quella inattesa circostanza concreta in cui il soggetto privato si troverà direttamente danneggiato dal divieto di svolgere una ricerca sperimentale o dalla restrizione posta dalle autorità pubbliche all’ammissibilità di determinati progetti di ricerca e la sua reazione potrà ottenere riconoscimento davanti al giudice e alla Corte costituzionale. Nel frattempo però non mancano altre vie più immediate e meno ipotetiche, perché l’ampia legittimazione processuale ormai riconosciuta alle organizzazioni dei consumatori e alle associazioni che difendono i diritti dei malati ben potrebbero agire chiedendo che finalmente sulla bilancia degli interessi che il legislatore manovra pesi anche l’interesse collettivo alla libertà e allo sviluppo della ricerca scientifica.

guardi, il normale flusso informativo”. In altre parole, specialmente in un ordinamento come il nostro in cui la libertà di espressione non è “funzionalizzata” alla formazione di una pubblica opinione libera, non si può configurare un diritto soggettivo all’informazione direttamente derivabile dall’art. 21 Cost., ma solo come riflesso di un’apposita disciplina legislativa (come quella televisiva, per es.).

Sulle connessioni tra libertà di informazione e diritto ad essere informati cfr., in chiave comparata, E. BARENDT, *Freedom of Speech*, 2nd ed., Oxford-New York 2005, 108-112.