

Simona Cacace

---

**A PROPOSITO DI SCIENZA E  
DIRITTO: IL « CASO STAMINA »  
(MA NON SOLO). LIBERA SCELTA  
DELLA CURA E TUTELA DELLA  
SALUTE: LÀ DOVE IL DOVERE DEL  
MEDICO S'ARRESTA**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## **A PROPOSITO DI SCIENZA E DIRITTO: IL « CASO STAMINA » (MA NON SOLO). LIBERA SCELTA DELLA CURA E TUTELA DELLA SALUTE: LÀ DOVE IL DOVERE DEL MEDICO S'ARRESTA**

*ABOUT SCIENCE AND LAW: THE «CASE STAMINA» (BUT NOT ONLY). FREE  
CHOICE OF CARE AND PROTECTION OF HEALTH: WHERE THE DOCTOR'S  
DUTY STOPS*

**Simona Cacace \***

### **RIASSUNTO**

*È noto come il consenso del paziente debba essere preceduto, perché possa costituire veritiera espressione dell'autodeterminazione individuale, da un'informazione adeguata, prima di tutto vertente sui benefici ipotizzabili ed i rischi prevedibili del trattamento proposto. Orbene, nell'ambito della « vicenda Stamina », non sembra che il requisito del consenso informato possa ritenersi rispettato: perché il metodo Stamina è segreto e neppure i medici addetti alle infusioni erano a conoscenza di cosa, esattamente, si stava inoculando agli ammalati, ai quali erano fornite informazioni perlomeno distorte quanto all'efficacia della cura, alle eventuali conseguenze pregiudizievoli o agli ignoti effetti collaterali. Peraltro, se il medico deve rispettare la volontà dell'ammalato, il processo informativo a ciò funzionale può altresì culminare con il diniego del paziente, parimenti manifestazione della sua libertà di autodeterminazione, nonché espressione dell'esercizio del suo diritto alla salute. Oltretutto, il rispetto di una volontà negativa del paziente si pone in termini ancor più dirompenti laddove tale ossequio implichi una condotta attiva del medico. In particolare, la difficoltà risiede nell'affermare allo stesso tempo che una personale concezione della salute possa, da una parte, determinare il distacco di un sondino o lo spegnimento di un macchinario, cagionando più o meno direttamente il decesso del paziente, ma non sia sufficiente e non serva, dall'altra, ad ottenere una terapia fortemente voluta, addirittura agognata, in casi in cui, del resto, una cura propriamente detta neppure esiste – casi in cui soltanto esiste, invece, la certezza dell'exitus finale. La linea di demarcazione per superare tale impasse è segnata dal sapere, dalla diligenza professionali, che sempre devono supportare l'auto-*

\* Professore Aggregato di Biodiritto e Ricamatore di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, via San Faustino, 41 - 25122 Brescia. E-mail: simona.cacace@unibs.it.

*determinazione dell'ammalato: il paziente acconsente al trattamento propostogli, o lo rifiuta, o ne richiede l'interruzione; non può, invece, imporre al personale sanitario l'esecuzione di una terapia che la scienza medica, per converso, non condivide. Il dovere dell'operatore sanitario di provvedere ad un determinato trattamento non risiede nel semplice fatto che sia l'ammalato a richiederlo; la posizione di garanzia retrocede dinanzi alla volontà negativa del paziente, ma non si trasforma e deforma sulla base di una volontà positiva che contraddica le leggi dell'arte. D'altronde, a fronte di un sistema sanitario dotato di risorse sempre più limitate, la richiesta di accedere a trattamenti in fase di sperimentazione o affatto sperimentati – sui quali, peraltro, sia possibile sollevare più d'un dubbio di validità scientifica – non solo riguarda l'ammissibilità di un'ingerenza delle personali istanze individuali (ma anche delle episodiche valutazioni d'opportunità giudiziarie o politiche) nell'ambito della medicina e delle sue acquisizioni, ma pure presenta un problema di copertura da parte del nostro Servizio Sanitario Nazionale (ammesso che sia il pubblico, e non il privato, a dover sostenere questi esborsi) e di scelte di politica sanitaria « tragiche » e difficili da giustificare.*

## ABSTRACT

*It is known that the consent of the patient should be preceded, to be a true expression of individual self-determination, by an adequate information, first of all concerning the foreseeable benefits and risks of the proposed treatment. In the context of the « Stamina case », it doesn't seem that the informed consent can be deemed to be respected. First of all because the Stamina method is secret, and even the physicians assigned to the infusions were not aware of what exactly they were inoculating into the patients' bodies. And also because to the patients were given at least distorted information about the effectiveness, the possible harmful consequences and the unknown side effects of the treatment. Moreover, if the physician must respect the patient's will, the information process may also culminate with the denial of the patient. And this is equally a manifestation of his freedom of self-determination and also an expression of the exercise of his right to health. Furthermore, the respect of the will of the patient is even more problematic if such compliance involves an active conduct of the physician. More in detail, the difficulty lies in asserting at the same time that a personal conception of the health can cause, on one hand the detachment of a tube or the shutdown of a machine causing more or less directly the death of the patient, but on the other hand that it is not sufficient to obtain a strongly desired therapy. Moreover, in cases where a therapy in the strictest sense of the word does not even exist – cases where, however, exists the certainty of the final exitus. The dividing line to overcome this impasse is provided by the professional knowledge and the diligence that always have to support the patient's self-determination. The patient can agree to the treatment, can reject it, can stop it: however*

*he can never oblige the medical staff to perform a therapy that medical science does not share. The duty of a health operator to provide a certain treatment does not lie in the simple fact that it is the patient to request it. The position of guarantee recedes before the negative will of the patient, but it is not transformed and deformed on the basis of a positive will in contrast with the laws of art. On the other hand, in a healthcare system with increasingly limited resources, the request by the patient to obtain a treatment that is being tested or that is not tested at all – on which, moreover, it is possible to lift more than a doubt of scientific validity – raises many problems: not only the possibility of an interference of personal instances (or judicial and political episodic assessments) in the sphere of medicine, but also the problem of coverage by our National Health Service (providing that it is the public service and not the private one, that have to bear these costs) and the problem of taking « tragic » and difficult to justify choices in health policy.*

**Parole chiave:** Stamina, consenso informato, rifiuto del trattamento sanitario, auto-determinazione, pretesa del trattamento sanitario, Servizio Sanitario Nazionale, dovere del medico.

*Keywords:* Stamina, informed consent, refusal of medical treatment, self-determination, claim of medical treatment, National Health Service, doctor's duty.

### **SOMMARIO:**

1. Del diritto del paziente a prestare consenso (essendo stato informato); 2. Del diritto del paziente (anche) ad opporre rifiuto; 3. Del diritto del paziente a pretendere; 4. Del diritto del paziente a pretendere *gratis*; 5. Il triangolo no? La scienza, il giudice, il legislatore.

## **1. Del diritto del paziente a prestare consenso (essendo stato informato).**

Ai sensi del D.M. 5 dicembre 2006, *Utilizzazione di medicinali per terapia genica e per terapia cellulare somatica al di fuori di sperimentazioni cliniche e norme transitorie per la produzione di detti medicinali* <sup>1)</sup>, è sì possibile attuare tali trattamenti (art. 1, comma quarto) « su singoli pazienti in mancanza di valida alternativa terapeutica, nei casi di

1) Si tratta del punto di riferimento normativo dell'intera « vicenda Stamina », infine abrogato con D.M. 16 gennaio 2015, *Disposizioni in materia di medicinali per terapie avanzate preparati su base non ripetitiva*, in *GU* 9 marzo 2015, n. 56.

urgenza ed emergenza che pongono il paziente in pericolo di vita o di grave danno alla salute nonché nei casi di grave patologia a rapida progressione, sotto la responsabilità del medico prescrittore e, per quanto concerne la qualità del medicinale, sotto la responsabilità del direttore del laboratorio di produzione di tali medicinali », ma all'imprescindibile condizione che « sia stato acquisito il consenso informato del paziente ». Di conseguenza, una volta accertata la disponibilità di « dati scientifici, che ne giustifichino l'uso, pubblicati su accreditate riviste internazionali », la legittimità di tali terapie è condizionata alla volontà del diretto interessato, al quale saranno stati previamente comunicati « i benefici ipotizzabili ed i rischi prevedibili del trattamento proposto », la valutazione e comparazione dei quali – considerate le specifiche condizioni del paziente – sono altresì funzionali al parere favorevole che il Comitato etico <sup>2)</sup> deve comunque prestare. L'ambito è peculiare, ma i principi applicati sono più che noti, seppur non sempre pacifici: non è possibile eseguire un trattamento sanitario a prescindere dal volere dell'ammalato o con questi in contraddizione né esiste un dovere giuridico di curarsi, fatte salve le eccezioni giustificate da un necessario contemperamento fra il diritto alla salute del singolo, quello di ciascun altro individuo e la salute dell'intera collettività. Peraltro, siffatte eventuali eccezioni al generale principio di volontaria sottoposizione ai trattamenti sanitari devono altresì rispettare determinate condizioni, formali (riserva di legge) e sostanziali (rispetto della persona umana), di cui al secondo comma dell'art. 32 della nostra Carta fondamentale. In questo medesimo senso, la salute non coincide più con uno mero stato di assenza della malattia, bensì diviene – secondo la stessa Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità – una condizione dinamica e relazionale, « uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale », rispetto al quale non ci si può semplicemente limitare alla preservazione di una supposta integrità fisica. È una salute *soggettiva*, questa <sup>3)</sup>: è il paziente che decide (che *specifica*) a cosa può corrispondere, per lui, simile, generica nozione <sup>4)</sup>.

Si tratta, in altri termini, del ruolo effettivamente svolto dal paziente rispetto alle decisioni diagnostiche e terapeutiche che lo riguardano, nell'ambito dell'annosa contrapposizione paternalismo del medico/autonomia dell'ammalato, ove l'interpretazione del famigerato « miglior interesse » di quest'ultimo può essere alternativamente riposta nelle mani del professionista o nella testa del diretto interessato. Del resto, è pur vero che il consenso – la manifestazione della volontà – dev'essere preceduto, perché possa costi-

2) Ex art. 6 d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, *Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico*.

3) S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso d'ogni equivoco*, in questa *Rivista*, 2014, p. 547.

4) Trattasi, invero, di punto non privo di contrasti: *ex pluribus*, v. V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 225; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo Statuto giuridico delle informazioni*, Atti del Convegno di Milano, Università Bicocca, 24 maggio 2010, Giuffrè, Milano, 2012, p. 33; F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 153 ss.; A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 275, e C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1037.

tuire veritiera espressione dell'autodeterminazione individuale, da un'informazione quantomeno *adeguata* (sotto aspetti svariati e con svariati *puncta dolentia*: la forma, le modalità, i contenuti) <sup>5)</sup>: *in primis*, certo, vertente sui « benefici ipotizzabili ed i rischi prevedibili » di cui sopra.

Orbene, l'*affaire* Stamina interessa in questa sede (offrendo altresì spunto per tentare riflessioni ulteriori e di sistema) proprio per il *volontarismo*, se così può definirsi, che con veemenza l'ha connotata, nonostante il requisito del consenso informato del paziente non possa ritenersi, nell'ambito di tale vicenda, integrato e rispettato – in maniera paradossale quanto eclatante. Non basta, infatti, rilevare come l'infusione di cellule staminali mesenchimali sia stata a gran voce reclamata e addirittura pretesa, da parte dei diretti interessati (dei pazienti, dei loro rappresentanti legali), al cospetto dei diversi giudici del lavoro. Ciò basta per affermare la presenza di un consenso sì, ma non certo *informato*: perché il metodo Stamina è segreto e si è persino accertato che neanche i medici addetti alle infusioni fossero a conoscenza di cosa, esattamente, si stava inoculando al paziente. In tal senso, dalle indagini che hanno interessato la vicenda è altresì emerso come, almeno in taluni casi, mentre si ribadiva ai pazienti che sarebbero state loro iniettate cellule staminali, è risultato, invece, che quanto utilizzato non poteva affatto qualificarsi tale né appariva in grado di generare cellule neuronali <sup>6)</sup>. Di conseguenza, gli ammalati non venivano edotti né circa le caratteristiche della terapia prescelta né a proposito del concreto, del reale rapporto rischi/benefici – laddove, anzi, le informazioni fornite erano perlomeno distorte quanto all'efficacia della cura, alle eventuali conseguenze pregiudizievoli o agli ignoti effetti collaterali <sup>7)</sup>. Peraltro, dinanzi ad « un'inadeguata descrizione del metodo » e ad un'« insufficiente definizione del prodotto » (secondo la bocciatura del Comitato scientifico nominato dal Ministero della Salute <sup>8)</sup>), si assiste ad un'oggettiva

5) Cfr. il Codice deontologico dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, 18 maggio 2014, art. 33, *Informazione e comunicazione con la persona assistita*: « Il medico garantisce alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esaustiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura. Il medico adegua la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale, corrispondendo a ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza ». È il primo articolo del Titolo IV, eloquentemente denominato *Informazione e comunicazione. Consenso e dissenso*.

6) P. VERONESI, *Al crocevia del « Caso Stamina » e dei suoi « problemi costituzionali »*, in *Riv. BioDiritto*, 2015, p. 91 ss. Cfr. l'*Avviso di conclusione indagini preliminari della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino*, 22 aprile 2014, reperibile al sito [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), nonché l'*Indagine conoscitiva su origine e sviluppi del cosiddetto caso Stamina*, 12esima Commissione permanente (Igiene e Sanità), Senato della Repubblica, XVII Legislatura, documento approvato il 18 febbraio 2015 e comunicato alla Presidenza il 2 marzo 2015. V. anche G. D'AMICO, « Funzionale Non vi basta? ». *A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina*, in *Riv. BioDiritto*, 2016, p. 297.

7) Cfr. M. FERRARI, *Il diritto alla speranza del paziente legittima la disapplicazione della legge? Principi e responsabilità a confronto in tema di « cure compassionevoli »*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1019 ss.

8) Il parere negativo formulato all'unanimità dal primo Comitato scientifico è del settembre 2013; poco più di un anno dopo, anche il secondo Comitato scientifico boccia il « metodo Stamina »: cfr. S. TORSSELLA, M. D'ABRAMO, *Il caso Stamina. Le ragioni del diritto. Le ragioni della speranza*, Cacucci, Bari, 2014; M. CAPOCCI, G. CORBELLINI (a cura di), *Le cellule della speranza. Il caso Stamina tra inganno e scienza*, Codice Edizioni, Torino, 2014; D. LENZI, P.B. MANCA,

impossibilità di comunicare le caratteristiche della cura al suo destinatario, senza contare che, laddove si tratti di terapia innovativa neppure sperimentata, l'informazione dovrebbe invece essere, in qualche modo, *aggravata*: ancora più attenta, specifica, dettagliata <sup>9)</sup>.

Alla *débâcle* di Stamina, pertanto, consegue la sconfitta di numerosi altri « combattenti »: prima fra tutti, la volontà dei pazienti, laddove un consenso effettivamente informato costituisce – è noto – la sintesi di due diritti fondamentali della persona umana, quali la sua salute e la sua autodeterminazione, mentre alla libertà di scelta, dipendente dalla qualità e quantità delle informazioni ricevute, è irrimediabilmente connessa la stessa libertà personale di colui che vuole essere curato <sup>10)</sup>.

## 2. Del diritto del paziente (anche) ad opporre rifiuto.

Il medico deve rispettare la volontà dell'ammalato, dunque: a tal fine, è ugualmente tenuto a far sì che quest'ultimo si esprima con piena cognizione di causa. D'altro canto, il processo informativo può altresì culminare con il diniego del paziente, parimenti manifestazione della sua libertà di autodeterminazione, nonché espressione dell'esercizio del suo diritto alla salute. È questa la conseguenza principe, peraltro, dell'inesistenza (fatte salve circoscritte eccezioni) di un obbligo di curarsi *ex art.* 32 Cost., secondo comma: la libertà di *dire* anche *di no*. Infatti, dal momento che il diritto alla cura non può tramutarsi in imposizione autoritativo-coattiva, esso comporta la facoltà di scegliere non solo fra i differenti trattamenti prospettati dal medico, ma anche fra tutte le terapie possibili, da una parte, e nessuna di queste, dall'altra. Si tratta di questione che qui interessa, invero, solo incidentalmente, perché strumentale allo scioglimento di altro, se possibile ancor più stretto, nodo: l'inesistenza, in capo al medico, di un obbligo giuridico di curare ad onta della volontà del suo assistito è il primo passo per definire, infatti, quale comportamento il professionista debba adottare quando il rispetto del diniego dell'ammalato richiederebbe addirittura un *facere* del sanitario – chiamato, insomma, ad un comportamento attivo e non solo omissivo.

Orbene, il busillis è annoso: i presupposti di uno stato di necessità immediata o a breve termine fronteggiano il rifiuto opposto dal paziente e chiamano in causa, *ex art.* 40 c.p., la stessa posizione di garanzia del medico, laddove alla sua omissione potrebbe diretta-

Stamina. *Una storia italiana*, Editori Int. Riuniti, Urbino, 2014; P. BINETTI, F. LOZITO, *Il caso Stamina e la prova dei fatti. Riflessioni sull'etica di cura e di ascolto*, Magi, Roma, 2014, e A. GAINO, *Falsi di stampa. Eternit, Telekom Serbia, Stamina*, GruppoAbele, Torino, 2014.

9) *Ex pluribus*, cfr. L. CANAVACCI, *I confini del consenso: un'indagine sui limiti e l'efficacia del consenso informato*, Edizioni Medico-Scientifiche, Torino, 1999.

10) Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328, con nota di richiami, e Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2889, con nota di richiami. Cfr. R. BALDUZZI - D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4953; L. CORAGGIO, *Il Consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, *ivi*, p. 4981, e D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il « consenso informato » ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 4970.

mente conseguire persino il decesso dell'ammalato. D'altro canto, il professionista *garantisce* per la salute del suo assistito esclusivamente nell'ambito di un rapporto di cura che è comunque frutto di un accordo fra volontà, in virtù del quale il singolo trasferisce ad altri la tutela di beni giuridici di sua spettanza – che egli, da solo, non è in grado di preservare, non è in grado di *curare*. All'interno di questo rapporto, tuttavia, il paziente rimane *dominus* esclusivo ed indiscusso di tali beni ed individua egli stesso i limiti entro i quali richiedere l'intervento del terzo, investendolo di suddetto obbligo di protezione. Ed è solo entro questi limiti, per finire, che il sanitario assume la veste di garante, anche dinanzi al sistema penale: la responsabilità ultima della scelta circa l'opportunità o meno di sottoporsi ad un determinato trattamento, quindi, continua a riguardare esclusivamente il malato, unico vero arbitro della propria vita e salute. In questo senso, la cura rifiutata non esiste più – semplicemente – e viene cancellata dal ventaglio di terapie scientificamente disponibili.

Certo, il dilemma circa il rispetto di una volontà negativa del paziente si pone, se possibile, in termini ancor più dirompenti laddove tale ossequio implichi, come si accennava, una condotta attiva del medico. È il caso di Piergiorgio Welby: il distacco del paziente (che ciò richieda) dal macchinario (il ventilatore automatico) che gli consente di sopravvivere rappresenta l'adempimento di un dovere <sup>11)</sup> gravante, ai sensi del secondo comma dell'art. 32 Cost., sul medico soltanto (ad esclusione di qualsivoglia altro soggetto), nonché circoscritto al mero ambito – appunto – di un rapporto di cura. Trattasi, pertanto, di condotta scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p., in risposta all'esercizio del diritto costituzionale del paziente ad opporsi alla continuazione, sulla sua persona, di un trattamento sanitario <sup>12)</sup>, laddove la tutela della vita e dell'integrità psico-fisica non possono costituire oggetto di un comando eteronomo né prescrivere una valutazione giudiziaria specifica e preventiva di ogni manifestazione di rifiuto alle cure. È la negazione, in altri termini, di una « visione assolutizzante, autoritativa, della "cura", in termini

11) Trib. Roma, 23 luglio - 17 ottobre 2007, n. 2049, in *Corr. mer.*, 2010, p. 237, con nota di G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*; in *Ind. pen.*, 2009, p. 227, con commento di G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 68, con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*; in *Cass. pen.*, 2008, p. 1807, con commento di C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 73, con nota di M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 463, con commento di A. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*; in *Studium iuris*, 2008, p. 502, con nota di A. GUAZZAROTTI, *Rifiuto trattamenti sanitari salvavita*; in *Foro it.*, 2008, II, c. 105, con commento di G. CASABURI, *Diritto di morire e omicidio del consenziente scriminato*; *ivi*, I, c. 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario « life-sustaining »*, e in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 676, con nota di R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*. Infine, cfr. D. CARUSI (a cura di), *Davanti allo specchio. La persona, il diritto, la fine della vita*, Giappichelli, Torino, 2013; P. BECCHI, *La giustizia tra la vita e la morte. Welby, Englaro e il testamento biologico*, Giappichelli, Torino, 2012; C. SARTEA (a cura di), *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 111 ss., e P. FUNGHI (a cura di), *Curare e prendersi cura. Temi di bioetica e di biodiritto*, FrancoAngeli, Milano, 2009, p. 189 ss.

12) *Contra*, cfr. l'intervento fortemente critico di F. D'AGOSTINO, *Il caso umano e politico di Piergiorgio Welby: "pietà e chiarezza"*, in *Iustitia*, 2007, p. 75.

di necessario beneficio del paziente »<sup>13)</sup>, che illegittimamente anela a sostituirsi ai desideri e alle aspettative del diretto interessato: nel medesimo senso, di conseguenza, una volta giudizialmente accertata la volontà di Eluana Englaro e l'irreversibilità dello stato vegetativo permanente in cui versa, il distacco del sondino naso-gastrico di alimentazione ed idratazione artificiale corrisponde all'insindacabile scelta – quale assoluto diritto di libertà<sup>14)</sup> – dell'ammalata di assecondare il decorso naturale della sua malattia sino alla morte. Non esiste, in conclusione, una Cura che dall'alto giunge a segnare il destino del singolo; esiste, invece, uno « specifico bisogno di cura »<sup>15)</sup>, coerente con il principio personalistico che informa il nostro ordinamento e s'impone a qualsivoglia soggetto, pubblico o privato. Rimane, certo, la questione dell'obiezione di coscienza (e della sua disciplina in termini normativi e/o deontologici)<sup>16)</sup>, tanto più problematica quando, appunto, si richieda eventualmente al medico di *agire* in contraddizione con profonde sue convinzioni etiche: certo è che, per quanto in questa sede interessa, non è comunque possibile che il diritto del paziente ne tragga nocumento. In altri termini e più chiaramente, la struttura sanitaria deve in ogni caso garantire che l'autodeterminazione terapeutica venga onorata<sup>17)</sup>, a prescindere dalla possibilità – o meno – del singolo professionista di appellarsi ad una supposta clausola di coscienza.

Ebbene, la difficoltà risiede nell'affermare allo stesso tempo che una personale concezione della salute possa, da una parte, determinare il distacco di un sondino o lo spegnimento di un macchinario, cagionando più o meno direttamente il decesso del paziente, ma non sia sufficiente e non serva, dall'altra, ad ottenere una terapia fortemente voluta, addirittura agognata, in casi in cui, del resto, una cura propriamente detta

13) Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 04460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 20, con commento di P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello « ius quo utimur » in materia di relazione di cura*; *ivi*, p. 13, con nota di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*; *ivi*, p. 9, con commento di R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, e *ivi*, p. 3, con nota di P. BENCIOLETTI, « *Obiezione di coscienza?* ».

14) Cfr. Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.: « Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire ».

15) Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.

16) Cfr. A. VALLINI, *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in questa *Rivista*, 2014, p. 495; P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. BORSELLINO - L. FORNI - S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, 2011, XXVII, 101, pp. 36-54; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 173; V. ABU ANWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in questa *Rivista*, 2012, p. 403, e M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014. Cfr. altresì il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica *Obiezione di coscienza e bioetica*, 30 luglio 2012, in [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html).

17) Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.: « L'interruzione del trattamento sanitario non è quindi e soltanto, nell'ambito di un rapporto obbligatorio, preciso adempimento di un obbligo giuridico, quello di interrompere cure non volute in presenza di un espresso rifiuto del paziente, ma anche preciso adempimento di un più generale dovere solidaristico, che impone all'Amministrazione sanitaria di far cessare tale trattamento, senza cagionare sofferenza aggiuntiva al paziente, laddove egli non voglia più accettarlo, ma non sia tecnicamente in grado di farlo da sé ».

neppure esiste – casi in cui soltanto esiste, invece, la certezza dell'*exitus* finale. È questa la dialettica tra il diritto di rifiutare un trattamento sanitario e il diritto, per converso, di pretendere la somministrazione, per esempio, di una determinata terapia, laddove « una concezione soggettiva e dinamica » della salute – effettivamente corrispondente « all'idea che di sé e della propria dignità, attraverso il perseguimento del proprio benessere, ha il singolo paziente » per realizzare appieno la sua personalità e identità – non può mai degenerare nel « soggettivismo curativo » o nel « relativismo terapeutico », « nel quale è “cura” tutto ciò che il singolo malato vuole o crede »<sup>18)</sup>. Pertanto, la linea di demarcazione per superare l'*impasse* dell'interprete è segnata dal sapere, dalla diligenza professionali, che sempre devono supportare l'autodeterminazione dell'ammalato: il paziente acconsente al trattamento propostogli, o lo rifiuta, o ne richiede l'interruzione; non può, invece, imporre al personale sanitario l'esecuzione di una terapia che la scienza medica, per converso, non condivide. È lo specialista, in altri termini, a « selezionare ed attuare le opzioni scientificamente valide e necessarie al caso », secondo un ruolo « insostituibile »<sup>19)</sup>, certo non cedibile a colui che la cura è destinato a riceverla.

### 3. Del diritto del paziente a pretendere.

Il rispetto della volontà dell'ammalato non può tramutarsi, del resto, in mero e sistematico asservimento<sup>20)</sup>. Al riguardo, attentono entrambe a lesioni conseguenti ad anestesia due fattispecie (l'una italiana, l'altra francese), nelle quali, a fronte del rifiuto opposto dal paziente al tipo di anestesia consigliatagli, il medico finisce per ottemperare alle richieste dell'interessato. Nel primo caso<sup>21)</sup>, in particolare, il malato acconsente ad un intervento chirurgico di artroscopia per blocco iperalgico meniscale, da attuarsi in anestesia subdurale. Nel corso dell'atto, tuttavia, spaventato dalle modalità d'esecuzione di tale anestesia, richiede egli di essere sottoposto ad anestesia generale, a séguito della quale decede per insufficienza respiratoria e collasso cardiocircolatorio addebitabile al farmaco anestetico. Così, se la Corte d'appello attribuisce l'evento-morte al medico anestesista per non aver saputo vincere, con ogni mezzo (compreso il ricorso a sostanze ipnoanalgesiche, ovvero all'annullamento coatto della capacità d'intendere e di volere mediante somministrazione di appositi sedativi), la resistenza opposta dal paziente ad un'anestesia periferica (in quanto preferibile, nel caso concreto), i giudici di legittimità tacciano la motivazione della corte territoriale di « istigazione a commettere un reato »,

18) Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.

19) Cons. Stato, 2 settembre 2014, cit.

20) Cfr. T.L. HAFEMEISTER - R.M. GULBRANDSEN, *The Fiduciary Obligation of Physicians to “Just Say No” if an “Informed” Patient Demands Services that are not Medically Indicated*, in *Seton Hall L. Rev.*, 2009, 39, p. 335.

21) Cass. pen., 10 ottobre 2001, n. 36519, *Cicarelli*, in *Studium iuris*, 2002, p. 401; in *Riv. pen.*, 2002, p. 364; in *Cass. pen.*, 2002, p. 1346, e in questa *Rivista*, 2002, p. 573, con commento di R. DE MATTEIS, *Responsabilità professionale medica: finalità terapeutica e consenso del paziente*.

escludendo la possibilità di manomettere la sfera d'integrità psicofisica individuale al ricorrere di un dissenso espresso <sup>22)</sup>.

Il malato francese <sup>23)</sup>, per converso, rifiuta l'anestesia generale a favore di una solo locale, dalla quale deriva, però, la rottura del globo oculare e la conseguente perdita dell'occhio. Peraltro, se per la *Cour de cassation* è escluso che il medico sia tenuto a convincere <sup>24)</sup> il proprio paziente del pericolo insito nel trattamento da questi insistentemente richiesto, il sanitario è comunque tenuto a rifiutarsi di procedere con il tipo (per esempio) di anestesia dal malato preteso, laddove ciò risulti eccessivamente rischioso.

Certo, ferma restando la difficoltà (talvolta) di esattamente individuare e quantificare i differenti pericoli connessi a due trattamenti alternativi, al medico non è comunque consentita l'esecuzione di operazioni dai rischi oltremodo elevati – e ciò con il mero pretesto che il paziente è stato, in proposito, esaurientemente informato. Di conseguenza, il sanitario deve non solo rispettare la volontà espressa (ovvero desistere dal trattamento rifiutato), ma altresì compiutamente informare il malato degli effetti derivanti da tali *desiderata*, nonché, infine, *astenersi* dalla prestazione delle cure richieste o prescelte dall'interessato, nell'ipotesi di sproporzione fra rischi e benefici attesi <sup>25)</sup>. Si tratta, in

22) Similmente, v. Cass. pen., 21 ottobre 2005, n. 38852, *Da Re*, in *Dir.gius.*, 2005, 41, p. 38, con commento di V. PEZZELLA, *Colpa professionale, un punto ai medici*; in *Studium iuris*, 2006, p. 1322, con nota di A. PALMA, *Colpa medica*; in questa *Rivista*, 2006, p. 399, con commento di M. BARNI, *Posizione di garanzia del medico, dissenso (scritto) del paziente: crisi di due capisaldi della medicina difensiva*, e App. Venezia, 16 settembre 2004, in *Giur.mer.*, 2005, p. 361. Cfr. altresì M. BARNI, *Sul dissenso attuale e anticipato ad un trattamento medico. Dal rispetto dell'autonomia all'amministrazione di sostegno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1002, e C. BRUSCO, *La colpa nella responsabilità penale del medico*, in *Danno resp.*, 2006, p. 831.

23) Cass.civ., 18 janvier 2000, n. 97-17716, in *JCP G*, 2001, p. 371, con commento di R. DORSNER-DOLIVET, *Un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande*.

24) *Contra*, v. Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 24 juin 2008, in *Gaz.Pal.*, 2009, p. 27, con commento di J. CAYOL, *Le droit au refus de soins et le devoir d'information du médecin*, ove viene interdetto per tre anni dall'esercizio della professione il medico che prescrive iniezioni con estratti di vischio, dopo che la paziente oncologica ha rifiutato qualsivoglia trattamento radioterapico e chemioterapico. Nella fattispecie, infatti, il sanitario ha sì correttamente informato, ma non ha comunque dimostrato d'aver « tous mis en oeuvre » al fine d'indurre l'ammalata (poi deceduta) ad accettare le cure indispensabili per la sua sopravvivenza, così privandola di « une chance sinon de guérison, du moins de survie ».

25) Trattasi della possibilità di recedere dal contratto stipulato con il proprio paziente: cfr. App. Trento, 18 gennaio 1995, menzionata da U. IZZO, G. PASCUZZI (a cura di), *La responsabilità medica nella Provincia autonoma di Trento. Il fenomeno, i problemi, le possibili soluzioni*, Giunta della Provincia Autonoma di Trento, Trento, 2003, p. 109, a proposito della mancata devitalizzazione di un dente, quale intervento necessario e prodromico alla successiva installazione di una protesi. Ciò in ragione del dissenso, opposto dalla cliente, all'effettuazione della (temuta) anestesia e, conseguentemente, della stessa devitalizzazione. D'altra parte, i giudici di seconde cure rilevano la colpa dell'odontoiatra proprio sotto il profilo del consenso informato, poiché il professionista non solo avrebbe dovuto rendere edotta la paziente circa l'assoluta necessità della devitalizzazione, ma anche porre costei dinanzi all'alternativa di un suo recesso dal contratto, laddove tale rifiuto fosse persistito. Peraltro, mentre l'art. 2237 cod.civ., secondo comma, concede al prestatore d'opera la (mera) possibilità di recedere dal contratto per giusta causa, la sentenza della Corte d'appello di Trento si esprime, correttamente, in termini di « dovere ». Similmente, v. App. Milano 17 febbraio 1961, in *Temi*, 1962, p. 606. Inoltre, cfr. App. Genova, 3 aprile 2007, inedita, ove si ravvisa la responsabilità professionale dell'odontoiatra per la mancata esecuzione di cure canalari valide prima dell'esecuzione degli impianti – a nulla valendo sostenere « che, su insistenza del paziente, che doveva sposarsi e partire per il viaggio di nozze, era stato eseguito un impianto provvisorio, e che, nonostante le sue raccomandazioni di riprendere subito le cure al rientro, il paziente le aveva interrotte ». A tal proposito, infatti, « la difesa non ha pregio non potendosi il medico esimere dalla responsabilità di cure non adeguate adducendo le insistenze del paziente, rientrando nei suoi doveri professionali il rifiuto degli interventi lesivi della salute anche se richiesti ».

definitiva, del dovere d'agire sempre e comunque *legibus artis*: se, però, la volontà dell'ammalato non lo consente, allora l'alleanza terapeutica è spezzata. Ricorre, altrimenti, una condotta anche penalmente illecita, sia nell'ipotesi di violazione del dissenso opposto sia laddove il sanitario agisca sì, ma conformemente alle richieste del paziente e contrariamente ai dettami della scienza medica<sup>26)</sup> – certo non sussistendo una causa di esonero della responsabilità derivante dall'insistenza del malato rispetto a cure dal medico reputate inutili, inadeguate, dannose.

Si torni a Stamina, dunque: il medico può non aver ingannato il paziente che pretenda un trattamento inutile, forse rischioso, forse nocivo: il consenso informato è salvo (l'ammalato presenta assoluta cognizione di causa), ma il terapeuta, ottemperando a tali richieste, agisce comunque in contraddizione con i precetti della sua scienza. D'altro canto, lo stesso medico può, invece, aver ingannato il proprio paziente, sottoponendolo a cure inutili, seppur non dannose (rispetto alle specifiche condizioni cliniche del suo assistito; ma sulla non nocività di Stamina vi sarebbe ancora margine di discussione): ne consegue, allora, una duplice responsabilità professionale, sia per violazione del principio del consenso informato sia per negligenza nella materiale esecuzione della prestazione. Così, il tribunale capitolino<sup>27)</sup> condanna al risarcimento del danno lo specialista che ha accordato speranza là dove non ve ne sarebbe stata: la somministrazione di bicarbonato di sodio è assolutamente inidonea a determinare qualsivoglia miglioramento nel paziente con epatocarcinoma allo stadio terminale; non è stato cagionato peggioramento alcuno, certo, né altri trattamenti erano possibili, ma l'affidamento ingenerato è del tutto privo di fondamento e la condotta professionale gravemente contraria alle più elementari regole di diligenza e perizia medica.

Portata all'estremo (e quasi al paradosso, laddove il problema è stato sin qui quello del

26) Peralto, ai sensi dell'art. 21 del Codice deontologico dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri: « (...) Il medico può prescrivere farmaci non ancora registrati o non autorizzati al commercio oppure per indicazioni o a dosaggi non previsti dalla scheda tecnica, se la loro tollerabilità ed efficacia è scientificamente fondata e i rischi sono proporzionati ai benefici attesi; in tali casi motiva l'attività, acquisisce il consenso informato scritto del paziente e valuta nel tempo gli effetti. Il medico può prescrivere, sotto la sua diretta responsabilità e per singoli casi, farmaci che abbiano superato esclusivamente le fasi di sperimentazione relative alla sicurezza e alla tollerabilità, nel rigoroso rispetto dell'ordinamento. Il medico non acconsente alla richiesta di una prescrizione da parte dell'assistito al solo scopo di compiacerlo. Il medico non adotta né diffonde pratiche diagnostiche o terapeutiche delle quali non è resa disponibile idonea documentazione scientifica e clinica valutabile dalla comunità professionale e dall'Autorità competente. Il medico non deve adottare né diffondere terapie segrete ». Per quanto concerne, poi, la pratica delle mutilazioni genitali, cfr. M.C. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, cit., p. 657 ss.; A. GENTILOMO - A. PIGA - A. KUSTERMANN, *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, in questa *Rivista*, 2008, p. 13; G. CASSANO - F. PATRINO, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Fam.dir.*, 2007, p. 179, e P. BORSellino, *La medicina tra rispetto per le culture e rispetto per gli individui*, in *Materiali storia cult. giur.*, 2004, p. 501. Cfr. altresì Trib. Padova, 9 novembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 2590, con commento di V. PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione rituale maschile, esercizio abusivo della professione e lesioni*.

27) Trib. Roma, XIII sez. civ., 28 aprile 2011, in questa *Rivista*, 2011, p. 693, con commento di E. SERANI, *Le cure "inutili" e la responsabilità del medico: quando la speranza è fonte di danno*: « Se è vero che il medico non deve garantire la guarigione, è anche vero che deve assicurare di porre in essere tutto ciò che serve a perseguirla, secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico, astenendosi dal perpetrare trattamenti inutili, seppur non dannosi, anche qualora sia lo stesso paziente a richiederli ».

paziente che, invece, dal trattamento sanitario vuole *liberarsi*), la questione dell'*insistenza* dell'ammalato riguarda altresì colui il quale pretenda di essere mantenuto in vita ad ogni costo, anche quando lo stadio avanzato della sua patologia non gli consenta più di avere contatto alcuno con il mondo esterno. In particolare, secondo la *Court of Appeal* londinese<sup>28)</sup>, la libera espressione dell'autodeterminazione individuale legittima sì il rifiuto del paziente, ma non, invece, un corrispondente e contrario diritto ad ottenere la somministrazione di un trattamento – nel caso di specie, l'idratazione e la nutrizione artificiali, in attesa di una morte « per cause naturali ». In quest'ultima ipotesi, infatti, il *best interest* – nei termini di un'oggettiva appropriatezza clinica – dell'ammalato può non coincidere con i suoi desideri: sarà la valutazione medica, però, a prevalere sulla personale concezione di *dignity* o di *intolerability*. In altri termini, il paziente può rifiutare le cure *life-saving*, anche contro qualsivoglia parere o valutazione di natura sanitaria; non può, invece, specularmente richiedere il protrarsi di una terapia che il medico, *in scienza e coscienza*, interromperebbe. Il dovere dell'operatore sanitario di provvedere ad un determinato trattamento non risiede nel semplice fatto che sia l'ammalato a richiederlo; la posizione di garanzia retrocede dinanzi alla volontà *negativa* del paziente, ma non si trasforma e deforma sulla base di una volontà *positiva* che contraddica le leggi dell'arte<sup>29)</sup>.

#### 4. Del diritto del paziente a pretendere *gratis*.

Stamina è l'olio di serpente del XXI secolo<sup>30)</sup>: la panacea per tutti i mali non è più a base di estratti di animali esotici, ma di cellule staminali; la singolarità di questa vicenda, peraltro, è che il commercio di speranza è avvenuto all'interno di strutture pubbliche, a spese dell'intera collettività e nel materno grembo, quindi, del Servizio Sanitario Nazionale. In questo senso, peraltro, i criteri di selezione delle cure offerte dallo Stato agli ammalati divengono proprio il diritto *a continuare a sperare*<sup>31)</sup> e il beneficio soggettivo

28) *R (Burke) v General Medical Council (Official Solicitor and Others intervening)* [2004] EWHC 1879 (Admin), [2004] 3 FCR 579; [2005] EWCA Civ 1003, [2005] 2 FLR 1223. V. M. TOMASI, *Il caso L.B.: una prospettiva atipica in merito al fine vita*, in [www.jus.univr.it/biodiritto/home.html](http://www.jus.univr.it/biodiritto/home.html), e P. DE CRUZ, *The Burke Case: The Terminally Ill Patient and the Right to Life*, in *The Modern Law Review*, 2007, 70, p. 306 ss.

29) All'interno del Codice deontologico italiano, cfr. gli artt. 4, *Libertà e indipendenza della professione. Autonomia e responsabilità del medico*, 6, *Qualità professionale e gestionale*, e 22, *Rifiuto di prestazione professionale*, ai sensi del quale, in particolare, « Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione ». V. G. MONTANARI VERGALLO - F. P. BUSARDO - E. MARINELLI - S. CONTI - P. FRATI, *La solitudine del medico di fronte al suo "nuovo" Codice di deontologia*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 2096.

30) S. BENCIVELLI, *Il caso Stamina*, in *Le Scienze*, 2013, 542, p. 56.

31) Cfr. Trib. Taranto, sez. lav., 24 settembre 2013 (ordinanza), in *Rass. dir. farm.*, 2014, p. 798. Cfr. D. PARIS, *I rischi di una giurisprudenza "compassionevole". Riflessioni sull'operato della magistratura ordinaria nel caso Stamina*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/paris.pdf>, 31 luglio 2015; E. FALLETTI, *Riflessioni sulle possibili cause del cortocircuito giuridico-istituzionale provocato dalla vicenda Stamina*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 20 luglio 2015; IDEM, *La giurisprudenza sul "caso Stamina"*, in *Fam. Dir.*, 2014, p. 609; T. PACE, *Diritto*

atteso, che ben potrebbero giustificare – l'obiezione è nota <sup>32)</sup> – altresì la somministrazione agli ammalati di ostriche e *champagne* o il rimborso delle spese sostenute per vacanze in luoghi ameni – tutti trattamenti, questi, suscettibili di migliorare quantomeno il morale e l'umore del paziente.

D'altronde, a fronte di un sistema sanitario dotato di risorse sempre più limitate (*in primis* per l'effettuazione di terapie dall'efficacia scientifica provata), la richiesta di accedere a trattamenti in fase di sperimentazione o affatto sperimentati – sui quali, peraltro, sia possibile sollevare più d'un dubbio di validità scientifica – non solo riguarda l'ammissibilità di un'ingerenza delle personali istanze individuali (ma anche delle episodiche valutazioni d'opportunità giudiziarie o politiche) nell'ambito della medicina e delle sue acquisizioni, ma pure presenta un problema di copertura da parte del nostro Servizio Sanitario Nazionale (ammesso che sia il pubblico, e non il privato, a dover sostenere questi esborsi) e di scelte di politica sanitaria « tragiche » <sup>33)</sup> e difficili da giustificare.

Un problema di soldi, quindi, all'interno di un più ampio problema di sicurezza del paziente: perché, se anche tali cure – inutili, oscure, inadeguate, forse dannose: comunque non validate – fossero a spese di colui che le pretende, tutta ancora da risolvere rimarrebbe la questione della diligenza e della responsabilità del medico che a queste richieste acconsente, nonché, per converso, dell'indipendenza e dell'autonomia di giudizio e d'azione degli stessi operatori sanitari. Il rischio è che, dopo paternalismo ed autonomia, ad essere inaugurata sia una stagione di medicina addirittura *pretensiva*, all'insegna di una « concezione esasperatamente soggettiva del diritto alla salute » <sup>34)</sup>, ove unico decisore è il paziente – mentre il medico rimane mero soggetto passivo dell'obbligazione di eseguire qualsivoglia trattamento gli venga richiesto e così « commissionato » <sup>35)</sup>. È la medicina dei desideri, è il protocollo della disperazione: il professionista

*alla salute o diritto alla speranza? L'accesso al 'metodo Stamina' per i pazienti affetti da patologie incurabili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 133, e M. BENVENUTI - M. GABRIELLI - G. NUCCI - D. PIERGIOVANNI, *Il cosiddetto "metodo Stamina": cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 431.

32) Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Un altro caso Di Bella?*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 249; IDEM, *Giudici mattoidi quadrano cerchi*, nell'inserto domenicale de *Il Sole 24ore*, 7 aprile 2013, p. 26, e C. D'AMICO, *Che cosa significa "diritto alle cure"*, in *Corriere della Sera*, 31 marzo 2013, intervista ad A. SANTOSUOSSO. V. anche Corte Cost., 5 dicembre 2014, n. 274, in *Foro it.*, 2015, I, c. 748, con note di richiami, e in *Giur. cost.*, 2014, p. 4670, con commento di R. MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*: « la promozione di una sperimentazione clinica per testare l'efficacia, ed escludere effetti collaterali nocivi, di un nuovo farmaco non consente, di regola, di porre anticipatamente a carico di strutture pubbliche la somministrazione del farmaco medesimo: e ciò per evidenti motivi di tutela della salute, oltre che per esigenze di corretta utilizzazione e destinazione dei fondi e delle risorse a disposizione del Servizio Sanitario Nazionale ».

33) G. CALABRESI - P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006. Cfr. M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014.

34) A. SCALERA, *Brevi note a margine del "caso Stamina"*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 939.

35) Cfr. G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del « metodo Stamina »*, in *Quad.cost.*, 2013, p. 420; G.C. TURRI, *Il trattamento sanitario di una bambina con cellule staminali*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 373; P. CENDON, *Cellule staminali somministrate ai bambini sofferenti di gravi malattie neurologiche. Parere pro veritate*, in *Biodiritto*, 2012, 2, p. 73; M. BASILICO, *L'autorizzazione giudiziale all'impianto di cellule staminali in pazienti affetti da patologie degenerative*, in *Quest. Giust.*, 2014, p. 137; C.A. REDI, *Il trattamento sanitario di una bambina con cellule staminali. L'autorizzazione del giudice alla terapia e un punto di vista scientifico sullo stato dell'arte*, in *Minori-*

esegue non il trattamento che ritiene più indicato sulla base delle sue conoscenze e competenze, ma quello che il malato pensa lo faccia stare meglio – ancorché privo di efficacia terapeutica alcuna e financo pericoloso, fosse anche l'ultima cura degli sciamani del Benin.

A volte ritornano – è proprio il caso di scrivere: così, il Tribunale di Foggia <sup>36)</sup>, trascorsi quasi vent'anni dalla bocciatura della sperimentazione ministeriale, riconosce – non molti mesi orsono – la copertura del Servizio Sanitario Nazionale per il « metodo Di Bella », potendosi, nel caso di specie, ritenere soddisfatti i criteri dell'efficacia terapeutica, dell'economicità e dell'insostituibilità, a fronte del fallimento delle prescrizioni terapeutiche offerte dalla medicina tradizionale. Similmente, poiché le perizie dei CTU rilevano una stabilizzazione o regressione della patologia oncologica, i tribunali di Lecce, Lucca o Brindisi <sup>37)</sup> prendono ad ordinare alle diverse ASL di competenza di pagare le cure (passate e future) a favore dei malati/attori.

giustizia, 2013, p. 259; A. SCALERA, *Il caso Stamina tra diritto e scienza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 75; R. EMMOLO, *Stamina: la scienza e le istituzioni*, in [www.questeistituzioni.it](http://www.questeistituzioni.it), 18 febbraio 2014, e A. PORRACCIOLLO, *Metodo Stamina: giudici divisi sul protocollo e "spunta" anche il provvedimento d'urgenza*, in *Guida dir.*, 2013, 16, p. 12. Cfr. altresì C. PICCOCCHI, *Libertà terapeutica e "medicine non convenzionali": definizione e confini*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., p. 289 ss.

36) Trib. Foggia, sez. lav., 27 dicembre 2014, in [http://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo\\_id=25097](http://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo_id=25097): « (...) per dimostrare l'insostituibilità occorre provare l'effettivo miglioramento della malattia sotto il profilo curativo e non soltanto palliativo. La cura Di Bella risponde al principio dell'economicità poiché i farmaci di questa terapia hanno un costo inferiore rispetto a quelli del circuito oncologico ufficiale ». Cfr. G. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1° febbraio 2015. *Ex pluribus*, v. M. PROTTO, *Nihil magis aegris prodest quam ab eo curari, a quo volunt: il giudice amministrativo e il caso Di Bella*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1059; A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul « caso Di Bella »*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1528; C. GUGLIELMELLO, *L'irragionevolezza della disciplina del "metodo Di Bella"*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 1741; D. MICHELETTI, *La speciale disciplina del multitrattamento Di Bella*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 694; C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitrattamento Di Bella"*, in *Giur. it.*, 1999, p. 160; M. BERTOLISSI, *La Corte costituzionale chiude il "caso Di Bella"?*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 962; C. ANNECCHIARICO - G. FRANCE, *Il caso Di Bella dinanzi alla Consulta: profili giuridici, economici e di efficacia clinica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 1037; M. BONA - A. CASTELNUOVO, *Il « caso Di Bella » e le nuove frontiere del diritto costituzionale alla salute: quali limiti al c.d. « diritto alla libertà terapeutica »?*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1148; F. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1891; M. GIANNUZZI, *Il "multitrattamento Di Bella" tra sperimentazione ufficiale e tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2000, p. 306; S. GLINIANSKI, *Il diritto alla libertà terapeutica negli orientamenti delle magistrature civile, amministrativa e costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 132, e F. PATRUNO, *Una strada dalla quale non si torna indietro...sugli sviluppi giurisprudenziali in merito alla cura Di Bella e oltre*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 34.

37) V. <http://www.lastampa.it/2014/09/20/italia/cronache/tumori-torna-la-cura-di-bella-dal-figlio-migliaia-di-pazienti-YdotgoelLcbLV8XYLe1QIj/pagina.html>. Senza pretesa alcuna d'eshaustività, v. B. GUIDI - L. NOCCO, *The debate concerning the off-label prescriptions of drugs: a comparison between Italian and U.S. law*, in *Op.J.*, 2011, 1, n. 1; G.M. CAVO, *Impiego di farmaci off-label e razionalizzazione della spesa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 1071; A. SCALERA, *La libertà di cura dopo oltre un decennio dal "caso Di Bella". Riflessioni a margine di alcuni interventi giurisprudenziali sulle terapie non convenzionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 437; V. LAMONACA, *Il diritto ad un'assistenza sanitaria adeguata: il caso della « Riabilitazione motoria intensa e continuativa », ovvero "metodica Dikul"*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1092; A. COMANDONE - N. CORRADI - B. MAGLIONI, *Patologia neoplastica e libertà di cura: aspetti medico legali della prescrizione "off label" in oncologia*, in questa *Rivista*, 2012, p. 493; A. BERNARDO - C. CASTELNUOVO - M.V. DIANA - M. FORMICOLA - V. GIORDANO - A. GRANATA - P. MAUTONE - M. TRIASSI, *Dall'evidenza normativo-giuridica e scientifica in materia di "off-label drugs", alla definizione di un modello gestionale efficace ed efficiente in ottica multidisciplinare*, in *San. pubbl. priv.*, 2011, p. 5; M. DI PAOLO - B. GUIDI - L. NOCCO, *La prescrizione off-label: dentro o fuori la norma?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2165; P. MINGHETTI - I. PALMIERI - F. SELMIN, *La terapia farmacologica in assenza di medicinali registrati per la patologia diagnosticata*, in questa *Rivista*, 2007, p. 993; C. PANZERA, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla*

Peraltro, se è vero che il paziente (ai sensi dell'art. 27 del Codice deontologico medico e dell'art. 33, secondo comma, della l. n. 833/1978) può scegliere il professionista cui rivolgersi e il luogo nel quale farsi curare, non è parimenti contemplato che egli possa altresì determinare in assoluta libertà la metodica terapeutica cui sottoporsi. In gioco è la dimensione al contempo pubblicistica e privatistica della salute, laddove la libertà terapeutica del paziente incontra limiti finanziari (s'è detto), ma anche argini tracciati da un superiore interesse statale alla tutela dell'integrità psico-fisica degli ammalati, secondo modalità e procedure – per esempio, in tema di sperimentazione – normativamente predeterminate. Lungi dal voler giustificare una medicina *di Stato*, i casi Di Bella e Stamina (per citare quelli più noti), con la straordinaria mobilitazione popolare e mediatica che in entrambe le circostanze ne è conseguita, pongono un problema di coerenza dell'ordinamento, di eguaglianza e parità di trattamento degli ammalati (nell'erogazione – e nell'erogazione gratuita – di determinate terapie), nonché in termini di possibilità e opportunità di riconoscere e tutelare, previo un bilancio costi-benefici, una sorta di diritto *a non perdere mai la speranza* – il diritto di non desistere <sup>38)</sup>.

## 5. Il triangolo no? La scienza, il giudice e il legislatore.

Tre ultime chiose siano consentite, onde pervenire a conclusione.

La prima: la concezione « volontaristica » della salute *ex art.* 32 della nostra Carta fondamentale – e il grimaldello costituzionale è stato lo strumento prediletto dai giudici del lavoro <sup>39)</sup> interessati dalla vicenda Stamina – non è un *passpartout* per tutte le porte né può prevalere su qualsivoglia esigenza di controllo, di sicurezza, di economicità. L'opzione Far West è una strada senza ritorno: non può valere solo per alcuni; se si accetta

*salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in *Dir. soc.*, 2004, p. 309; F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 206 ss.; E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici. Riflessioni in margine al caso Di Bella*, Giuffrè, Milano, 2003; F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1135, e A. LANOTTE, *Decreto Bindi: multiterapia e polemiche*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2589.

38) Cfr. altresì L. PASCUCCI, *L'erogazione della prestazione medica tra autodeterminazione del paziente (capace) e autonomia professionale del medico: quali i confini della libertà di scelta terapeutica del malato?*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2013, p. 219; A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim.dir.pubbl.*, 2011, p. 127; F. PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2978, e P. CATTORINI, *La professione medica oggi. Dilemmi etici*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1205.

39) Cfr., per tutti, Trib. Marsala, 14 aprile 2014, il cui testo integrale si legge in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), *Dossier Stamina*: « il ritardo e la subordinazione dell'invocato trattamento sanitario a tardive, controverse, quanto imper-scrutabili valutazioni economiche, industriali, lobbystiche, eticistiche e burocratiche, rischierebbe di frustrare in maniera definitiva ed irreparabile gli interessi di rango costituzionale, assolutamente poziori e dominanti nel sistema dei valori giuridici universali, di cui sono portatori i ricorrenti, così da imporsi senza dilazione alcuna l'attuazione del seguente dispositivo (...) ». V. G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Riv. AIC*, 6 dicembre 2013, n. 4; G. SERENO, *Diritto alla salute e sperimentazione clinica: il « caso Stamina »*, in *Neldiritto*, 2014, p. 1009; 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, p. 63, e N. VETTORI, *Sistema normativo "aperto", rigore del metodo scientifico e diritto alla salute: il difficile ruolo di mediazione delle istituzioni pubbliche (a proposito del "caso Stamina")*, in *Riv. BioD.*, 2015, p. 61.

per certi malati, diviene possibile per tutti. Pertanto, l'appellarsi all'art. 32 Cost. è giudizialmente corretto ed opportuno al ricorrere di due, interconnesse condizioni <sup>40)</sup>: che un rigoroso accertamento tecnico abbia qualificato le cure di cui si controverte come « indispensabili » (a tal fine non bastando le semplici affermazioni del diretto interessato o le mere « impressioni » del medico curante della singola fattispecie concreta); che per tali terapie, inoltre, esistano evidenze scientifiche o, almeno, serie e documentate ipotesi scientifiche, ancora prive di un pieno accertamento sperimentale solo perché realmente nuove o perché « orfane », in assenza di sufficienti interessi economici e/o di ricerca.

Certo, laddove l'alternativa sicura è un imminente decesso, ragionare in termini « precauzionali » rispetto ad eventuali eventi avversi potrebbe apparire poco meno di una beffa: d'altro canto, è il Comitato Nazionale per la Bioetica a subordinare – in ogni caso – il « diritto alle cure compassionevoli » ad un « livello minimo necessario di evidenze scientifiche » (pena l'irragionevolezza e l'inaccettabilità del trattamento medesimo), con riferimento alla tipologia e qualità delle informazioni offerte da una letteratura scientifica a diffusione internazionale, i cui articoli siano altresì sottoposti a valutazione mediante revisione di esperti di pari competenze <sup>41)</sup>. Coerentemente, non solo dovrebbero essere disponibili « evidenze robuste e abbondanti di funzionamento da sperimentazioni condotte su animali », ma anche essere « esclusi con certezza conflitti di interesse da parte di chi si assume la responsabilità della prescrizione, che non dovrebbe essere un singolo medico, ma piuttosto un *panel* di esperti indicato dalle autorità del SSN che, in tempi brevi e comunque compatibili con la situazione del paziente che ne fa esplicita richiesta, sia in grado di esprimere il proprio parere a proposito » <sup>42)</sup>.

La seconda: se il paziente non può imporsi al medico, ovvero tale imposizione agisce entro limiti e parametri scientificamente pre-determinabili, è da chiedersi – con una certa urgenza ed impellenza – se ciò sia, invece, consentito all'autorità giudiziaria – e fino a che punto. Si tratta – come è stata suggestivamente definita – della « medicina dell'obbedienza giurisprudenziale » <sup>43)</sup>, figlia, o sorella, della medicina difensiva, poiché allo specialista spesso *conviene sequire* gli autocratici dettami delle sentenze, piuttosto che le

40) Così A. SANTOSUOSSO, *Giudici mattoidi quadrano cerchi*, cit.

41) Così il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Cura del caso singolo e trattamenti non validati (c.d. "uso compassionevole")*, parere del 27 febbraio 2015, p. 13 ss., in [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html).

42) *Ibidem*, p. 14.

43) A. FIORI, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 925. Cfr. altresì A. ROIATI, *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato e imputazione colposa dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2382; C. BUCCELLI, *La « koinè » medico-legale tra medicina e diritto: cinque pericoli per reciproche incomprensioni*, in questa *Rivista*, 2009, p. 263; G. LA MONACA - C. SARTEA - S. ANZILOTTI, *Tra autonomia professionale e autonomia del paziente: discrezionalità nelle scelte terapeutiche e posizioni di garanzia. Limiti e doveri del medico alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir.fam.*, 2010, p. 1391; G. LA MONACA - C. SARTEA, *Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche*, in *Dir.fam.*, 2011, p. 974; A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in questa *Rivista*, 2011, p. 1125; M. BARNI - S. FUCCI - E. TURILLAZZI, *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener ambo le chiavi del cor' della Suprema Corte*, in questa *Rivista*, 2011, p. 262, e F. BUZZI, *Il medico tra Scilla (la « perdita di chances ») e Cariddi (gli « interventi compassionevoli »)*, con l'incombente naufragio dell'accertamento medico-legale del nesso di

acquisizioni e le raccomandazioni della comunità scientifica, al solo fine di mettersi al riparo da eventuali denunce o contestazioni. In questo senso, le terapie di Vannoni sono state letteralmente « approvate per sentenza »; le prescrizioni mediche hanno seguito la via giudiziaria e non le statuizioni della comunità scientifica o degli enti regolatori *ad hoc* costituiti, dinanzi ad una vera e propria coercizione del personale sanitario e in assoluto spregio della sua scienza e coscienza. La libertà di ricezione della cura, pertanto, ha totalmente sopraffatto la libertà di prestazione della cura medesima <sup>44</sup>).

La terza: la vicenda legata a Stamina rappresenta l'ennesimo conflitto all'interno del già litigioso matrimonio fra scienza e diritto. Parimenti, non priva di contraddizione appare la presa di posizione in merito ad una postulata correlazione causale fra somministrazione del vaccino trivalente MPR (contro morbillo, rosolia e parotite) ed autismo: così, il Tribunale riminese <sup>45</sup>) condanna il Ministero della Salute ad indennizzare il minore, a dispetto della totale ed assodata (*in primis*, per l'Organizzazione Mondiale della Sanità) assenza di evidenze scientifiche al riguardo. Nel caso di specie, peraltro, è il CTU a rinvenire « la ragionevole probabilità » di un nesso eziologico, essenzialmente supportata da un criterio di esclusione di cause diverse: non essendo possibile individuare altre cagioni, l'unica possibile è il vaccino. Uno dei punti nodali in quest'ambito, peraltro, è proprio la figura del consulente tecnico, rispetto alla quale è la stessa indagine conoscitiva del Senato <sup>46</sup>) a ritenere opportuno e a suggerire l'introduzione (in particolare, con la settima delle dieci proposte conclusive), all'interno del nostro ordinamento, di parametri specifici, individuabili sulla falsariga del cosiddetto « standard Daubert » che, nato nelle

*causalità e della valorizzazione delle linee guida*, in questa *Rivista*, 2011, p. 563. V., infine, R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Aracne, Roma, 2014.

44) È marzo 2014 quando l'Ordine dei medici di Brescia invia (fra gli altri) al Ministro della Salute il seguente documento: « La libertà e l'indipendenza della professione costituiscono le basi essenziali dell'agire medico. Un principio, dettato dal Codice deontologico, che assicura ad ogni medico la possibilità di decidere secondo scienza e coscienza il percorso di cura più indicato per ogni paziente, e che il caso Stamina ha messo pesantemente in dubbio, sull'onda di pronunce della magistratura. Il principio di autonomia e di libera scelta deve prevalere sempre e comunque. Quest'ordine pone con forza il problema del diritto di ogni medico di rifiutare la prestazione professionale laddove confligga con i propri convincimenti tecnico-scientifici e riferimenti deontologici ». Cfr. [http://archiviostorico.corriere.it/2014/marzo/11/Stamina\\_medici\\_contro\\_giudici\\_Basta\\_co\\_0\\_20140311\\_a7044ee2-a8e5-11e3-8213-46624dc592e9.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2014/marzo/11/Stamina_medici_contro_giudici_Basta_co_0_20140311_a7044ee2-a8e5-11e3-8213-46624dc592e9.shtml)

45) Trib. Rimini, sez.lav., 15 marzo 2012, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1893, con commento di L. LOCATELLI, *Danno « no fault » da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all'indennizzo*, e in questa *Rivista*, 2014, p. 415, con nota di F. BUZZI - G. TASSI, *La "supremazia" dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della "governante" amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come "compassionevoli"*. V. altresì G. PONZANELLI, *L'indennizzo « ex lege » 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2012, p. 1069; E. FALLETTI, *Può la controversia sulla sussistenza del nesso di causalità tra vaccino MPR e autismo risolversi nelle aule dei tribunali?*, in *Quotidiano Giuridico*, 4 maggio 2012; A. FEDERICI, *L'indennizzo delle conseguenze irreversibili da vaccinazioni non obbligatorie*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2012, II, p. 605, e L. NOCCO, *A proposito di una recente sentenza su vaccinazioni e autismo e dell'ambiguità di fondo del sistema*, in questa *Rivista*, 2014, p. 1123. La decisione del Tribunale di Rimini viene, poi, riformata in grado d'appello (ai fini dell'affermazione del nesso eziologico, il mero criterio della successione temporale non pare sufficiente): v. App. Bologna, 13 febbraio 2015, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

46) Cfr. *L'indagine conoscitiva su origine e sviluppi del cosiddetto caso Stamina*, cit., p. 151.

aule statunitensi <sup>47)</sup>, impone al giudice – autentico *peritus peritorum* – di accertare l’attendibilità scientifica del metodo usato dall’esperto ammesso al dibattimento. Deve trattarsi, in questo senso, di teoria o tecnica « controllabile, falsificabile, (...) visibile, (...) pubblicata su riviste con sistema di referaggio dei pari », con un « tasso di errore » « definito », « generalmente accettata dalla comunità scientifica di riferimento », nonché provvista, infine, di « standard e controlli costantemente aggiornati ».

Peraltro, ancor più delicata appare, se possibile, l’eventualità in cui sia il legislatore a pronunciarsi in merito a questioni medico-scientifiche, anche solo per la portata generale di tale intervento – non limitata alla specifica fattispecie affrontata, invece, da un determinato tribunale. Si pensi, per esempio, alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* <sup>48)</sup>, laddove questa vieta la produzione di più di tre embrioni e ne prevede ed impone, ad ogni buon conto, l’unico e contemporaneo impianto. Orbene, nel momento in cui la Consulta <sup>49)</sup> taccia d’illegittimità costituzionale il secondo comma dell’art. 14 (che tali restrizioni contiene), lo fa allo scopo di reintegrare il medico nella piena responsabilità dell’atto terapeutico di procreazione artificiale, riconoscendogli l’autonoma possibilità di valutare il singolo caso clinico (per esempio, le condizioni soggettive della donna, variabili in funzione di parametri quali l’età o lo stato di salute) alla luce delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche. È lo specialista, in altri termini, l’unico a poter valutare ed individuare il numero « strettamente necessario », poiché l’intervento normativo non può, comunque, mai investire « il merito dell’appropriatezza delle scelte terapeutiche ». D’altro canto, se è il medico il depositario del sapere del caso concreto e la sua discrezionalità deve incontrare i meri limiti impostigli da scienza, coscienza e consenso informato, al legislatore non è certo preclusa, però, qualsivoglia possibilità d’intervenire in campo sanitario, regolamentando secondo le proprie scelte la materia, per esempio grazie alla prescrizione di « procedure particolari per l’impiego di mezzi terapeutici “a rischio”, onde meglio garantire – anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti – l’adeguatezza delle

47) *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 593 (1993). *Ex pluribus*, cfr. M. TARUFFO, *Scienza e processo*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/scienza-e-processo\\_%28XXI\\_Secolo%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/scienza-e-processo_%28XXI_Secolo%29/), e O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005.

48) In GU 24 febbraio 2004, n. 45.

49) Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur.cost.*, 2009, p. 1688, con commento di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*; *ivi*, p. 1696, con commento di C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena di difendere”*; in *Riv. it. proc. pen.*, 2009, p. 950, con nota di E. DOLCINI, *Embrioni nel numero “strettamente necessario”: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1021, con nota di L. D’AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla procreazione medicalmente assistita verso la tutela dei diritti della madre*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 521, con nota di G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*; in *Fam. dir.*, 2009, p. 761, con commento di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, e in *Corr. giur.*, 2009, p. 1216, con commento di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*. V. S. CACACE, *Identità e statuto dell’embrione umano*, in questa *Rivista*, 2013, p. 1735.

scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie »<sup>50)</sup>. In altri termini, non è contemplato che l'intervento normativo in merito all'appropriatezza, o meno, di determinate scelte terapeutiche, sia mosso da « valutazioni di pura discrezionalità politica », bensì deve « costituire il risultato di una verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati »<sup>51)</sup>. *Ça va sans dire*: così come il legislatore marchigiano non poteva vietare la terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale o transorbitale, ma solo eventualmente prevedere *ad hoc* garanzie e procedure particolari, il salvacondotto di cui al D.L. 25 marzo 2013, n. 24, *Disposizioni in materia sanitaria*<sup>52)</sup>, è giustificato solo – secondo il nostro giudice delle leggi – dalla « particolare situazione fattuale », da un contesto quantomeno « anomalo » e dall'esigenza, infine e soprattutto, di privilegiare « principi di continuità terapeutica ed esigenze di non interferenza con provvedimenti dell'autorità giudiziaria »<sup>53)</sup>. Restano, nondimeno, l'infelicità e l'inopportunità della scelta legislativa<sup>54)</sup> che avvia una sperimentazione e autorizza (per numerosi pazienti) le dibattute terapie a fronte di una metodica fortemente controversa e avversata: le garanzie già esistevano (il D.M. 5 dicembre 2006); smantellate ne escono autonomia e responsabilità del personale sanitario, nonché trascurata la benché minima esigenza di credibilità scientifica.

Quando i temi sono eticamente sensibili (dinanzi ai quali, come pure è stato scritto, il diritto è « dolorosamente perplesso »<sup>55)</sup>), il conflitto fra poteri è all'ordine del giorno, alla ricerca di un regime giuridico per fattispecie dubbiose<sup>56)</sup>: è successo con Eluana

50) Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur.cost.*, 2002, p. 2034, con commento di D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*; *ivi*, p. 3282, con nota di E. CAVASINO, *I « vincoli » alla potestà legislativa regionale in materia di « tutela della salute » tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*; *ivi*, p. 2027, con nota di A. D'ATENA, *La Consulta parla...e la riforma del titolo V entra in vigore*; in *Foro amm.* - CDS, 2002, p. 2787, con commento di C.E. GALLO, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali e i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*; in *Foro it.*, 2003, I, c. 406, con nota di A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e Regioni*; *ivi*, c. 398, con nota di V. MOLASCHI, « Livelli essenziali delle prestazioni » e Corte costituzionale: prime osservazioni; *ivi*, c. 396, con nota di A. PENSOVECCIO LI BASSI, *Sul controllo delle leggi regionali*; in *Le Regioni*, 2002, con commento di L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico scientifica*, e in *Giur.it.*, 2002, p. 2006, con commento di F. COVINO, *In tema di violazione della competenza statale sulla definizione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente ex art. 117, 3° comma, Cost.*

51) Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, cit.

52) In *GU* 26 marzo 2013, n. 72, successivamente convertito nella legge 23 maggio 2013, n. 57, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 marzo 2013, n. 24, recante disposizioni urgenti in materia sanitaria*, in *GU* 25 maggio 2013, n. 121.

53) Corte Cost., 05 dicembre 2014, n. 274, cit. Cfr. A. PORRACCIOLLO, *Caso Stamina, le ragioni dello stop della Consulta*, in *Guida dir.*, 12 febbraio 2015. V. anche CEDU, sez. II, 6 maggio 2014, n. 62804/13, *Durisotto c. Italia*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 981, con commento di A. SCALERA, *Il "caso Stamina" all'attenzione della Corte di Strasburgo*.

54) Così anche G. SERENO, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Riv. AIC*, gennaio 2015, p. 8.

55) L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, CEDAM, Padova, 2002, p. 107.

56) A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle « fattispecie dubbiose »*, in *Giur.it.*, 1999, I, p. 166. V. altresì M. PICCINI, *Tutela della salute versus libertà di cura? Il "caso Stamina" nella lente deformante dell'urgenza*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 607; IDEM, *Dalle controversie biomediche alle controversie giuridiche sul "caso Stamina". Tutela della salute*

Englaro, è successo, in Francia, in tema di nascita indesiderata, con l'*affaire Perruche*, negli Stati Uniti per decidere della vita e della morte di Theresa Schiavo. E anche con Stamina: il giudice ordinario, il giudice amministrativo<sup>57)</sup>, la Corte costituzionale, il legislatore (Governo e Parlamento), la comunità scientifica, l'AIFA. E i pazienti, i genitori e i familiari dei pazienti; le associazioni dei malati, dei disabili.

Con Stamina, neppure si è ritenuto, alla fine, di poter avviare una sperimentazione (i protocolli proposti non soddisfano i requisiti di base per una sperimentazione clinica: così conclude, fra l'altro, l'ultimo Comitato scientifico); ecco: il luogo d'incontro fra scienza e diritto, il minimo comune denominatore non può che essere l'evidenza scientifica e il metodo scientifico – laddove il preteso diritto di essere curati secondo la propria personale percezione di efficacia dei trattamenti<sup>58)</sup> non è mai in grado, comunque, di trasformare un quadrato in un cerchio *aequat quadrata rotundis*<sup>59)</sup>. Certo, il rapporto fra diritto e scienza neppure si risolve con la semplice soggezione di una componente nei confronti dell'altra, bensì si configura in termini di reciproca permeabilità: la ricerca scientifica e la pratica clinica procedono all'interno di un quadro di regole chiare e precise (che definiscono confini, procedure, modalità d'intervento), mentre il fenomeno giuridico, dal suo canto, fonda limitazioni e valutazioni di efficacia sui dati forniti dalla scienza stessa, nonché sulla prevalente opinione della comunità scientifica, che permettono, appunto, di costituire il tracciato entro il quale il legislatore – e il giudice! – deve necessariamente muoversi.

---

'*versus* libertà di cura?', in *Riv.giur. sarda*, 2014, p. 487; C. NARDOCCI, *Caso Stamina: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 160, e G. COMANDÉ - G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004. Cfr., infine, S. PENASA, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *Riv. BioDiritto*, 2016, p. 39, e M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, *ivi*, p. 81

57) Cfr. TAR Brescia, 5 settembre 2012, n. 414 (ord.), in [http://www.lemalattierare.info/wp-content/uploads/2012/10/ordinanza\\_TAR\\_BRESCIA\\_staminali.pdf](http://www.lemalattierare.info/wp-content/uploads/2012/10/ordinanza_TAR_BRESCIA_staminali.pdf), e TAR Lazio, 4 dicembre 2013 (ord.), in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

58) M. FIORENTINI, *Le cure staminali tra sperimentazione e compassione*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

59) A. SANTOSUOSSO, *Giudici mattoidi*, *cit.*