

## PRINCIPI FONDAMENTALI

Art. 1.

L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Art. 2.

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 3.

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 4.

La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

Art. 5.

La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

Art. 6.

La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche.

Art. 7.

Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

Art. 8.

Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastano con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

Arianna Carminati

Libertà di cura e autonomia del medico

Art. 9.

La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.

Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

Art. 10.

L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici.

Art. 11.

L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

Art. 12.

La bandiera della Repubblica è il tricolore italiano: verde, bianco e rosso, a tre bande verticali di eguali dimensioni.

## Studi di diritto pubblico

Collana diretta da Francesco Gabriele

ARIANNA CARMINATI

# LIBERTÀ DI CURA E AUTONOMIA DEL MEDICO

Profili costituzionali



€ 21,00



CACUCCI EDITORE



BARI



## *Studi di diritto pubblico*

Collana diretta da Francesco Gabriele

**Comitato Scientifico:** Francesco Gabriele, Vincenzo Baldini, Francisco Balaguer Callejón, Roberto Caranta, Agostino Carrino, Pietro Ciarlo, Lorenzo Chieffi, Antonio Colavecchio, Antonio D'Andrea, Michele Della Morte, Giuseppe Di Gaspare, Massimo Luciani, Roberto Miccù, Anna Maria Nico, Raffaele Guido Rodio, Antonio Ruggeri, Giovanni Serges, Dian Schefold, Massimo Siclari, Vincenzo Tondi della Mura.

**Comitato Editoriale:** Gaetano Bucci, Luca Grimaldi, Cosimo Pietro Guarini, Giovanni Luchena, Vittorio Teotonico.

*Le monografie pubblicate nella collana sono sottoposte ad una procedura di valutazione secondo il sistema di peer review a doppio cieco anche esterno.*

*Stessa procedura è adottata per ogni singolo contributo dei volumi collettanei.*

*Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso il Direttore.*

ARIANNA CARMINATI

LIBERTÀ DI CURA  
E  
AUTONOMIA DEL MEDICO

Profili costituzionali

CACUCCI  EDITORE  
BARI

Il volume è stato realizzato grazie al contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia e della Fondazione Ente Universitario Lombardia Orientale (EULO).

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2018 Cacucci Editore – Bari  
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220  
<http://www.cacuccieditore.it> – e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)  
Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

*Studi di Diritto pubblico diretti dal prof. Francesco GABRIELE*

1. **Antonio Colavecchio**, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, 2000.
2. **Anna Maria Nico**, *Omogeneità e peculiarità nei processi di privatizzazione*, 2001.
3. **Francesco Gabriele, Gaetano Bucci, Cosimo Pietro Guarini** (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, 2002.
4. **Michele Buquicchio** (a cura di), *Studi sui rapporti internazionali e comunitari delle Regioni*, 2004.
5. **Cosimo Pietro Guarini**, *Contributo allo studio della regolazione 'indipendente' del mercato*, 2005.
6. **Francesco Gabriele, Anna Maria Nico** (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, 2005.
7. **Francesco Gabriele** (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, 2005.
8. **Giovanni Luchena**, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, 2006.
9. **Luca Grimaldi**, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, 2006.
10. **Francesco Gabriele**, *Europa: la "Costituzione" abbandonata*, 2008.
11. **Michele Buquicchio** (a cura di), *Politiche di inclusione sociale e ordinamento regionale. Riferimenti alla normazione pugliese*, 2010.
12. **Giovanni Luchena**, *Gli enti della intercomunalità: le Unioni di comuni*, 2012.
13. **Giovanni Luchena**, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, 2012.
14. **Anna Maria Nico**, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, 2012.
15. **Francisco Balaguer Callejón**, *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*. (Traduzione di Anna Maria Nico), 2012.

## *Studi di diritto pubblico - Nuova serie*

Collana diretta da Francesco Gabriele

1. **Luca Grimaldi**, *Potestà legislativa concorrente ed autonomia regionale nel processo di "trasformazione" del regionalismo italiano*, 2016.
2. **Giovanni Luchena**, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica*, 2017.
3. **Mario Gorlani**, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, 2017.
4. **Matteo Frau**, *La sfiducia costruttiva*, 2017.
5. **Vittorio Teotonico**, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, 2018.
6. **Arianna Carminati**, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, 2018.

### Sezione didattica

1. **Antonio D'Andrea**, *La Costituzione che abbiamo. Il rigetto popolare della "grande riforma" deliberata dalle Camere nella XVII legislatura*, 2017.

*A Celestino, nonno di Lorenzo, di Enea e di Ettore*



## *Ringraziamenti*

Desidero ringraziare i miei colleghi delle cattedre di diritto costituzionale e di diritto pubblico dell'Ateneo di Brescia per non avermi fatto mancare, anche in questa occasione, il loro prezioso aiuto e supporto. Nutro specialmente un profondo senso di gratitudine nei confronti del mio Maestro, il Professor Antonio D'Andrea, il quale con saggezza e con pazienza ha costantemente seguito il mio percorso di studiosa e col Suo esempio quotidianamente mi ricorda il privilegio di potermi dedicare agli studi costituzionalistici e il dovere di farlo sempre con passione.

Un ringraziamento particolare va ai miei genitori per avermi aiutata in un momento complicato e per averlo fatto con grande generosità.

A Giuseppe e ai nostri bambini dedico l'amore più grande.

*Arianna Carminati*



«Se non fai errori, stai lavorando su problemi che non sono abbastanza difficili. E questo è un grosso errore»

*Frank Wilczek*



## *Sommario*

Introduzione	1
--------------	---

### CAPITOLO I

#### **Diritto alla salute e autonomia professionale**

1. L'emersione del principio del consenso informato del paziente come presupposto costituzionalmente necessario dell'intervento medico	19
2. L'appropriatezza clinica dell'intervento deciso unilateralmente dal medico come alternativa al consenso informato del paziente nella giurisprudenza dei giudici comuni	35
3. (segue) L'impropria lettura dell'art. 32 Cost. alla base delle limitazioni alla sanzionabilità dell'atto medico unilaterale	47
4. L'autonomia terapeutica del medico e l'autodeterminazione del paziente nella scelta del metodo di cura	58

### CAPITOLO II

#### **I vincoli costituzionali all'intervento legislativo in materia di pratica medica**

1. L'autonomia del medico e l'imposizione di standard normativi: dalla legge Balduzzi alla legge Gelli-Bianco in tema di responsabilità medica	73
2. La rilettura del giudice costituzionale dei controlli ministeriali sull'appropriatezza prescrittiva finalizzati al contenimento della spesa sanitaria	86
3. I vincoli legislativi all'autonomia del medico a fini precauzionali: il caso della terapia elettroconvulsivante	90
4. I limiti procedurali alla sperimentazione di nuove cure	97
5. La diversa valutazione da parte della Corte costituzionale dei divieti fissati dal legislatore per ragioni etiche all'uso di embrioni nella sperimentazione e nella pratica medica	107

CAPITOLO III  
**Una lettura costituzionalistica dei casi  
“Di Bella” e “Stamina”**

1. Premessa: l'autorizzazione legislativa all'uso di terapie innovative	121
2. Il “caso di Bella”: dall'autonomia del medico di prescrivere una terapia <i>off label</i> alla sperimentazione generalizzata per decisione politica	125
3. L'accesso al metodo Di Bella come espressione del diritto sociale alla salute e come esercizio della libertà terapeutica	129
4. Alle origini del “caso Stamina”: i comportamenti ambigui delle istituzioni sanitarie e del legislatore e i loro riflessi nella giurisprudenza comune	133
5. L'inversione dell' “onere della prova scientifica”: la necessità di dimostrare l'invalidità del metodo Stamina per fermare le prescrizioni “compassionevoli”	147
6. Alcune considerazioni sulla libertà terapeutica alla luce del confronto tra le due vicende: la perdurante prescrivibilità della cura di Bella e il divieto penale di somministrazione della terapia Stamina	160
Brevi riflessioni finali	167
Bibliografia	173

## *Introduzione*

L'incontro della volontà dei due protagonisti dell'atto terapeutico, il paziente e il medico, è il momento nel quale si saldano, in concreto, due principi fra loro strettamente interconnessi e che, non a caso, la Costituzione contempla in disposizioni poste una di seguito all'altra: la tutela della salute che l'art. 32 Cost. riconosce quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e la libertà dell'arte e della scienza che l'art. 33 Cost. pone a garanzia dell'indipendenza e del pluralismo della comunità scientifica. La Costituzione italiana contiene, inoltre, all'art. 9, fra i suoi principi fondamentali, una disposizione che pone lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica fra gli impegni che la Repubblica deve assumere, in positivo, per la piena realizzazione della garanzia di libertà espressa dall'art. 33 Cost.

In campo biomedico tale libertà copre tutti gli interventi sulla persona a scopo terapeutico, a partire dall'esercizio dell'arte medica nell'ordinaria pratica terapeutica – riverberandosi nell'autonomia del medico di curare secondo il proprio convincimento – fino ad arrivare alla più ampia libertà di ricerca che si sostanzia nella sperimentazione clinica. L'elemento che accomuna queste attività riconducibili sotto l'ombrello dell'art. 33 Cost.<sup>1</sup>, e che le mette in relazione con l'art. 32 Cost., consiste nella circostanza che esse sono, nel loro insieme, tutte rivolte alla tutela della salute: per il soggetto che esercita la professione sanitaria, infatti, la salute individuale costituisce il fine esclusivo dell'attività terapeutica, mentre per il ricercatore la tutela della salute fonda la liceità giuridica della sperimentazione condotta sull'uomo, che si giustifica solo in quanto abbia come obiettivo il progresso della conoscenza e della scienza medica per migliorare le condizioni di salute della collettività<sup>2</sup>. La prima conseguenza che discende dalla stretta interdipendenza tra scienza e salute consiste nella circostanza che lo spazio

---

<sup>1</sup> Sulla necessità di riferire la libertà dell'arte proclamata, insieme a quella della scienza, dall'art. 33 Cost. innanzi tutto alle arti «c.d. meccaniche, in quanto utili», le quali rappresentano «il nuovo oggetto di promozione e tutela da parte del nascente costituzionalismo», e fra queste, in primo luogo, l'«arte medica», come viene indicata dalla stessa Corte costituzionale a significare la «tecnica e pratica terapeutica fondata su acquisizioni scientifiche e sperimentali», cfr. E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2015, p. 9.

<sup>2</sup> E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretta da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 644.

di libertà riservato alla prima si riflette sulla seconda, e dunque i limiti normativamente imposti alla libertà della scienza in campo biomedico, nelle sue diverse manifestazioni, inevitabilmente gravano anche sulla tutela della salute. Da questo punto di vista i principi sanciti dagli artt. 33 e 9 Cost., da un lato, e dall'art. 32 Cost., dall'altro lato, si sorreggono reciprocamente, perché, come è stato osservato, la «precisa estensione della libertà di ricerca (che la Costituzione italiana garantisce negli artt. 9 e 33)», potendo «essere ritenuta per certi aspetti strumentale al diritto alla salute», contemplato all'art. 32 della Costituzione, risulta, perciò, «rinforzata dalla tutela costituzionale di entrambi i diritti»<sup>3</sup>.

Allo stesso tempo, però, ogni intervento sul corpo dell'uomo a fini di cura comporta sempre un certo grado di rischio per la salute di chi vi si sottopone, che sarà più o meno esteso a seconda del grado di incertezza scientifica in presenza del quale esso viene praticato<sup>4</sup>. Questo aspetto complica notevolmente la relazione tra i due principi costituzionali, che risultano convergenti e conflittuali ad un tempo, e richiede di apprestare alcune garanzie che si interpongono fra la domanda di cura individuale e la concreta risposta che gli esponenti della scienza medica possono dare. Il compito di sorvegliare su questo rapporto è essenzialmente affidato alla comunità scientifica con la quale il medico e il ricercatore sono sempre chiamati a

<sup>3</sup> M. OLIVETTI, *Appunti per una mappa concettuale sul diritto alla salute nel sistema costituzionale italiano*, in *Metodologia didattica e innovazione clinica*, 2004, p. 3 s. La stretta connessione fra i due articoli è sottolineata da L. BUFFONI, *La "validità" della legge scientifica nel caso Stamina*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1555. Osserva C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016, p. 33: «una legge che non tenga conto o, peggio contraddica i risultati medici più accreditati [...] risulterebbe incostituzionale non perché (direttamente) in contrasto con la scienza ma perché tale contrasto svelerebbe (indirettamente) una violazione, questa sì incostituzionale, del diritto alla salute. Ecco che la scienza, alle condizioni accennate [...] oltre che assumere la funzione di indicatore della ragionevolezza scientifica di una legge, giungerà a svolgere un ruolo, appunto di parametro interposto di costituzionalità». La circostanza che la libertà dell'arte e della scienza sia inserita tra «due diritti costruiti come un complesso di strumenti "negativi" e "positivi"» individuati nel diritto alla salute e nel diritto all'istruzione è sottolineata anche da R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA. Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 215.

<sup>4</sup> Infatti «è notorio come la medicina si muova, quasi sempre, nel campo del possibile o del probabile, secondo schemi che posseggono una valenza solo statistica e che sono contrassegnati da immanente incertezza circa i risultati perseguibili» (G. IADECOLA, *Ambiti dell'autonomia del medico nell'esercizio professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 312). Nel medesimo senso, G. MARSICO, *La sperimentazione umana. Diritti violati/diritti condivisi*, Milano, 2010, p. 63 secondo la quale: «la medicina è una disciplina sperimentale, in cui le diverse conoscenze devono essere continuamente ri-verificate e migliorate; poche sono le certezze, diverse le strade possibili».

confrontarsi, ricorrendo ad una terapia già positivamente sperimentata e giudicata efficace per la malattia diagnosticata oppure, quando la scienza non offra una soluzione altrettanto affidabile, seguendo regole di cautela condivise dalla comunità scientifica per applicare terapie sperimentali al caso singolo o per avviare una nuova sperimentazione su gruppi di pazienti.

Questo lavoro si concentra, in particolare, sulla figura del medico e si interroga sul significato e i contenuti dell'autonomia professionale che gli è garantita nell'esercizio dell'attività di cura. Tale autonomia trova protezione costituzionale, come si è detto, nei principi di libertà dell'arte e della scienza<sup>5</sup> ma è intrisa anche di significati ulteriori, che discendono dal suo essere strumento per la tutela della salute individuale e collettiva. In relazione all'art. 32 Cost., infatti, il medico è considerato nel diritto vivente, insieme, esponente dell'apparato organizzativo che persegue la tutela della salute come bene collettivo – *longa manus* dell'amministrazione sanitaria presso la quale presta servizio, o comunque esercente un servizio di pubblica necessità<sup>6</sup> quando eserciti la professione in forma privata – e interlocutore necessario del singolo paziente nel perseguimento del diritto fondamentale alla salute, diritto

---

<sup>5</sup> Il principio della libertà terapeutica del medico «è principio costituzionale, che la dottrina trae dall'art. 33 I co. Cost., per il quale la scienza è libera e l'art. 9 I co. Cost., per il quale la Repubblica promuove la ricerca scientifica» (P. PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari nella responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2013). Ugualmente, F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 667 s., che inquadra la libertà terapeutica del medico come «aspetto del più generale principio di libertà della scienza». In senso analogo F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, p. 324, per il quale la professione medica, come tutte le arti e le scienze, è costituzionalmente garantita nella sua "libera" esplicitazione dall'art. 33 Cost. ma, avverte, tale libertà «non può confondersi con la ammissibilità di qualsiasi comportamento specifico che, incidendo nella sfera di altri soggetti, sia riconducibile alla decisione del solo sanitario». Cfr. anche V. MARCENÒ, *Consenso informato e sperimentazione nel diritto costituzionale*, in *Bioetica*, 2015, p. 292, la quale afferma: «I principi costituzionali coinvolti quando si parla di consenso informato e sperimentazione sono: il principio di autodeterminazione del singolo paziente, del medico e dello sperimentatore; e la libertà di ricerca scientifica. Dunque, gli articoli 32 e 33 della Costituzione». Analogamente, G. MARSICO, *La sperimentazione umana*, cit., p. 64, sottolinea che «la ricerca/sperimentazione non è un momento eccezionale della pratica medica». Sulla libertà di cura del medico come specificazione della sua libertà di scienza cfr. anche F. PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2983.

<sup>6</sup> Cfr. art. 359, comma 1, punto 1) c.p.: «Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità: 1) i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi».

che al suo interno si articola, a sua volta, nel principio della libertà di cura e nel diritto sociale all'erogazione di prestazioni sanitarie.

La struttura oltremodo complessa del diritto alla salute<sup>7</sup> si riverbera perciò sullo “statuto costituzionale” del medico e sul suo sviluppo legislativo, condizionandone la discrezionalità.

In qualità di membro appartenente alla comunità scientifica che si riconosce nella medicina occidentale – alla quale fa riferimento il nostro sistema sanitario nel perseguimento della salute collettiva<sup>8</sup> – il medico agisce nel rispetto dei presupposti tecnici e dei valori comuni alla professione. Questi parametri limitano dall'esterno la sua azione senza però compromettere mai totalmente l'autonomia del terapeuta quanto alla definizione in concreto dei contenuti e dei modi di ogni singola prestazione professionale, che resta costituzionalmente esercitata in regime di libertà.

Al di qua dei limiti segnati dalla scienza medica, la libertà di chi presta le cure si deve inoltre coordinare con la libertà di chi le riceve, in qualità di soggetto e di “oggetto” della relazione terapeutica<sup>9</sup>.

La *ratio* del nucleo incompressibile di autonomia garantita al medico è dunque duplice: essa è strumento per la salvaguardia del principio *personalista* che ispira l'intero impianto costituzionale<sup>10</sup> e che assume spessore particolare nel rapporto di cura, dove l'esigenza di tutela della persona nella sua specifica individualità è al suo massimo ovvero, per usare le parole della Costituzione, è fondamentale<sup>11</sup>; tale autonomia è

<sup>7</sup> In argomento cfr. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, p. 1 e nt. 1, e la bibliografia ivi citata, la quale sottolinea come a fronte del generale riconoscimento della natura composita del diritto alla salute non corrisponda una altrettanto condivisa qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive che compongono il diritto stesso.

<sup>8</sup> «La “medicina ufficiale” risponde al paradigma al quale è improntato l'intero sistema sanitario che, ad esempio, per la maggioranza dei sistemi occidentali, si fonda sulla biomedicina» (C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006, p. 109).

<sup>9</sup> Lo sottolinea E. CASTORINA, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto alla salute. La sperimentazione terapeutica dei farmaci e il rispetto della dignità della persona umana*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2539. Questa coincidenza «deriva dalla peculiarità delle norme (anche quelle costituzionali) biogiuridiche, in cui il corpo è ambito materiale della norma ed, al contempo, soggetto titolare dei doveri e diritti dalla medesima posti» (L. BUFFONI, *La “validità” della legge scientifica nel caso Stamina*, cit., p. 1555).

<sup>10</sup> Sulla centralità della persona nel disegno costituzionale cfr., per tutti, V. ONIDA, voce *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, IV, p. 329 s.

<sup>11</sup> Sulla circostanza che solo per il diritto alla salute si parli di diritto fondamentale v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 257.

inoltre espressione del *pluralismo* scientifico declinato per i singoli casi pratici<sup>12</sup>.

Quanto al principio personalista, l'autonomia riconosciuta al medico persegue la realizzazione di un bene, la salute, che trascende il medico stesso, appartenendo invece in primo luogo al paziente<sup>13</sup>. In particolare, il diritto alla salute dell'individuo inteso come libertà si presenta in termini assoluti e *negativi* quando consista nel rifiuto di sottoporsi alle cure, mentre ha un contenuto meno netto quando si declini in *positivo*, e consista nella volontà di accedere ad un determinato trattamento sanitario<sup>14</sup>. La libertà positiva di scelta della cura del paziente (indicata in letteratura anche come «libertà di ricezione della cura»<sup>15</sup> o «libertà di salute»<sup>16</sup>) e la libertà di prestazione della cura, che è propria invece del medico, contribuiscono insieme a definire la libertà terapeutica entro i confini segnati dall'ordinamento in un certo momento storico, rispetto ad una realtà peraltro soggetta a rapidi cambiamenti spesso anche profondi. Come è stato osservato, la libertà di cura è la «risultante del rapporto tra scelte individuali (del paziente e del terapeuta) e scelte di sistema»<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> In argomento cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, p. 30 s.

<sup>13</sup> In questo senso, è stato osservato, la libertà di prescrizione del medico «non è tanto un diritto fondamentale quanto invece lo strumento essenziale per assolvere gli obblighi, contrattuali o meno, che egli ha assunto verso l'assistito o, in altri termini, lo strumento attraverso il quale l'assistito realizza il proprio interesse» (M. BARNI, *La prescrizione dei farmaci: libertà terapeutica e responsabilità del medico*, in *Riv.it. med leg.*, 1994, p. 556. L'A. sul punto cita, a sua volta, l'intervento di M. FALLANI, *La facoltà di curare. Atti 25° Congresso SIMLA*, Bergamo, 1981).

<sup>14</sup> Sulla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto negativo e positivo cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»*, in *Foro it.*, 1991, p.15 s., il quale sottolinea: «I due aspetti sono tra loro strettamente connessi, come due facce della stessa medaglia e concorrono in egual misura e congiuntamente a costituire l'oggetto della libertà in questione, pur mantenendo una certa autonomia logica e concettuale, nel senso che la libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto attivo sta a significare il diritto del singolo di decidere liberamente e volontariamente in ordine ad attività che coinvolgono in qualche misura il suo corpo, mentre l'aspetto passivo della stessa libertà concerne il diritto del soggetto a non subire, contro la sua volontà, atti o interventi sul proprio corpo ad opera di terzi e di opporsi quindi a che altri decidano circa l'effettuazione di interventi o di trattamenti sul proprio corpo». In generale, sul tema delle libertà negative e positive, e sulla diversa dicotomia che oppone diritti di libertà e diritti di autonomia cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Bari, 2001, p. 288 s.

<sup>15</sup> Utilizza questa espressione C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, cit., p. 143 s.

<sup>16</sup> D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., p. 109 s.

<sup>17</sup> C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, cit., p. 7.

Il punto d'incontro tra la posizione del paziente e quella del medico è definito dal consenso informato, che viene trattato nel primo capitolo di questo lavoro (v. § 1). Pur sapendo che, in un'indagine sulla libertà terapeutica, «la posizione del terapeuta e del ricevente la cura sono spesso difficili da distinguere»<sup>18</sup>, questo studio si concentra anzi tutto sui possibili conflitti concernenti il contenuto della prestazione sanitaria che vedano medico e paziente non “alleati”, ma contrapposti. Ciò accade quando il paziente non abbia dato il suo specifico assenso alla cura che risulta arbitrariamente decisa dal medico (v. cap. I, § 2 e 3) o quando, al contrario, sia il medico a sottrarsi alla richiesta di cura del paziente (v. cap. II, § 4). L'intento è quello di mettere a fuoco quale bilanciamento sia richiesto fra le due “anime” dell'art. 32 Cost. (la salute pubblica e quella individuale) in relazione all'art. 33 Cost., per la soluzione di tali conflitti: in tutti questi casi, infatti, si contrappone una concezione oggettiva e medica di salute, che risponde all'interesse della collettività ed è perseguita dal medico attraverso le migliori tecniche (nelle condizioni date) elaborate dalla comunità scientifica, e la concezione soggettiva e personale di salute propria del paziente, che propone una selezione diversa delle regole della scienza.

L'altro principio al quale risponde l'autonomia del medico, ossia il principio pluralista, fa capo direttamente al medico «ultimo, ma decisivo snodo della decisione in bioetica»<sup>19</sup>: in nome del pluralismo scientifico si giustifica la quota di libertà del singolo operatore nei confronti della comunità degli esperti<sup>20</sup>, che colma “l'insufficienza strutturale” della scienza medica, e occorre valutare attentamente le modalità con le quali il legislatore può

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 113.

<sup>19</sup> C. CASONATO, *Introduzione*, in C. CASONATO – C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, p. 30

<sup>20</sup> Partendo dal presupposto che la scienza e l'arte aspirano alla conoscenza della verità, che non è preordinabile, legge l'art. 33 Cost. come principio che garantisce «l'indipendenza e l'autonomia del singolo scienziato, del singolo ricercatore, di “ognuno” che voglia esercitare la propria attività in campo scientifico» e che si manifesta anche come «libertà delle istituzioni nelle quali lo scienziato stesso lavora», D. NOCILLA, *La libertà della scienza nell'art. 33 della Costituzione*, in *La Capitanata. Rassegna di vita e di studi della Provincia di Foggia*, Foggia, 2005, p. 183. Ritiene, invece, che l'art. 33 Cost. non sia primariamente diretto a garanzia degli individui (la cui libertà di fare ricerca e arte è tutelata piuttosto dall'art. 21 della Costituzione), ma «a riconoscere il valore, nel loro complesso, delle attività scientifiche e tecniche unitariamente intese e integranti un vero e proprio “ordine” di conoscenze sistematizzate, alle quali la disposizione direttamente si rivolge, siano esse meramente speculative ovvero consistenti nella creazione di artefatti al servizio dei bisogni dell'uomo», E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., p. 6. Per uno studio sugli aspetti organizzativi della ricerca scientifica cfr. F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990.

eventualmente inserirsi fra questi due “poli” della medicina e fra i diversi «livelli in senso lato *culturali* del biodiritto»<sup>21</sup> che essi racchiudono.

Gli studiosi che si occupano di biodiritto si pongono in effetti una domanda preliminare circa la stessa opportunità che, al di là delle enunciazioni costituzionali dei diritti di libertà, l'ordinamento intervenga anche a stabilire regole più dettagliate per disciplinare il rapporto tra la scienza e la salute degli individui. Ci si chiede se questo non sia piuttosto un terreno da lasciare sgombro da ogni prescrizione proveniente dal circuito politico, e da affidare, in via generale, all'autoregolamentazione prodotta dalla “magistratura degli scienziati”<sup>22</sup>, nonché, sul piano concreto, al libero incontro delle singole volontà di chi presta la cura e chi la riceve, ed alle decisioni caso per caso provenienti dalla “magistratura dei giudici” per la soluzione di eventuali situazioni conflittuali<sup>23</sup>. Nel merito, poi, gli interventi rego-

---

<sup>21</sup> C. CASONATO, *Introduzione*, cit., p. 29.

<sup>22</sup> G. ARMOCIDA – G.S. RIGO, *La scienza di fronte ai giudici. Lezioni remote della legge (scientifica) che sbagliava*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 49, che osservano: «Le parole che la biomedicina pronuncia hanno la forza di convincere ed offrono certezze in vesti attraenti che impressionano il sentimento comune ed influenzano le scelte, anche politiche, imponendo regole che agiscono inevitabilmente sulle libertà dell'uomo. Non suggerisce solo le condotte opportune. Forte delle sue sicurezze, giunge a determinare le leggi di convivenza, il lecito e l'illecito. In questo ruolo si può dire che una “magistratura” della scienza oggi ci governa, superando per autorevolezza e prestigio ogni altra magistratura democraticamente eletta. Certe libertà di scelta dell'uomo sono fortemente limitate dalle imposizioni di questa “magistratura scientifica” che mostra due volti, quello protettivo e quello dispotico». A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. 574, osserva che tra il livello della *potestas* democratica esercitata dagli organi di indirizzo politico e quello della *auctoritas* costituzionale esercitata dagli organi di garanzia si è inserito un terzo livello, «un' “altra” forma di *auctoritas*, quella scientifica», fonte anch'essa di legittimazione per le decisioni pubbliche.

<sup>23</sup> «È il giudice adito, coadiuvato da periti esperti della materia, sicuramente più vicino e consapevole dei vari interessi in discussione – taluni dei quali appartenenti alla sfera privata dell'individuo –, il soggetto che meglio si presta a risolvere caso per caso, le questioni emerse da un settore in continuo divenire per adottare, a seconda delle circostanze, la soluzione ritenuta come la più adeguata e conveniente» (L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, p. 133). Si leggano però le considerazioni critiche di Casonato, per il quale «il vuoto normativo che nel nostro ordinamento ha caratterizzato alcune tematiche bioetiche risponde però ad una “versione patologica del modello astensionista”, poiché “l'assenza o la misura estremamente limitata dell'intervento legislativo non rende opportunamente flessibile ed aperto il sistema, ma pone seri rischi per la tenuta dei principi democratico e garantista su cui pure il sistema sostiene di fondarsi” poiché non amplia effettivamente le possibilità di intervento degli operatori sanitari ma, in un clima di incertezza, li induce a comportamenti di “medicina difensiva”» (C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, p. 96). Sul ruolo del giudice nelle questioni di biodiritto v. S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*,

lativi devono essere distinti a seconda che pongano *limiti* – procedurali e/o di contenuto – al compimento di determinate attività mediche, o che le *facoltizzino*, o che, infine, le *prescrivano*, onde rintracciare gli specifici presupposti alla base di tali approcci e di verificarne la compatibilità con la Costituzione<sup>24</sup>.

Questo tema sarà affrontato, in particolare, nel secondo capitolo di questo lavoro.

Il terzo capitolo, infine, è dedicato all'analisi di due casi concreti – il “caso Di Bella” e il “caso Stamina” – che, a distanza di anni l'uno dall'altro, hanno fatto emergere il problema della libertà terapeutica in situazioni estreme di malattia ed in assenza di valide risposte da parte della medicina ufficiale, obbligando le istituzioni democratiche e la giurisprudenza comune e costituzionale a riflettere sui fondamenti stessi del diritto alla salute e della scienza medica, e sui loro rapporti. La lettura qui proposta cerca di valutare i problemi costituzionali sollevati dalle due vicende nuovamente interrogandosi, in particolare, sul ruolo del medico e sullo spazio di autonomia che gli compete.

Si tratta di un punto di vista per certi versi singolare per gli studi costituzionalistici. La posizione del paziente è, infatti, senz'altro più indagata. Se ci si pone dalla parte del ricevente la cura, del resto, il tema della libertà terapeutica si salda con il problema dell'effettiva possibilità di compiere scelte terapeutiche davvero libere, e quindi con la questione della loro erogabilità da parte del Servizio sanitario e a spese (almeno in parte) della collettività. Il discorso viene perciò generalmente dirottato sulla questione del diritto alle cure e si confonde col tema del diritto sociale alla salute, che lo contiene e lo completa in termini di effettività. Nella cornice (tendenzialmente) programmatica<sup>25</sup> del diritto alle prestazioni sanitarie, la rivendicazione della

---

Milano, 2001; R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014; S. PENASA, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, cit., p. 69 s.

<sup>24</sup> Come osserva A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. XVII, approcciare questi temi dal punto di vista della giustizia costituzionale «mira a cogliere i valori costituzionali nella loro proiezione dinamica, nell'intreccio con le concretizzazioni legislative, le interpretazioni dei giudici, gli svolgimenti della cultura giuridica di fronte alle esigenze sociali in continua rideterminazione, il modificarsi del quadro delle cognizioni scientifiche e delle possibilità tecnologiche».

<sup>25</sup> Sui diritti sociali come diritti condizionati, «giacché solo quando sono state poste in essere le condizioni di fatto necessarie al loro godimento, questi danno luogo a pretese giuridicamente azionabili» cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2005, p. 402. Sulla giustiziabilità delle scelte del legislatore circa i tempi e i modi di

libertà di cura da parte del paziente smarrisce però, inevitabilmente, molta della forza che possiede quando la si consideri da sola, come pura manifestazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione individuale in ordine al proprio corpo. Questo aspetto verrà in luce nel confronto tra il "caso Di Bella" e il "caso Stamina" (cap. III, spec. § 6).

L'altra "faccia", meno indagata, della libertà terapeutica è quella, appunto, che spetta al sanitario nel prestare la cura<sup>26</sup>. Eppure quella del medico è una figura centrale, come è stato riconosciuto a più riprese anche dalla Corte costituzionale<sup>27</sup>. Già qualche anno fa il Comitato nazionale di Bioetica ammoniva: «La posizione del medico nella società è da considerarsi da sempre collocata in un'area di ambiguità che non solo non si è dissipata nel corso dei secoli ma sta accentuandosi alla fine di questo secolo prospettando scenari futuri forse ancora più difficili»<sup>28</sup>.

La figura del professionista appare essere "stretta" tra diversi fuochi: le regole tecniche dell'autorità scientifica e quelle deontologiche dell'ordine professionale; i vincoli imposti dall'ordinamento giuridico e dall'organizzazione sanitaria; l'affidamento e le rivendicazioni di pazienti sempre meno supini e sempre più esigenti e che sono nelle condizioni di informarsi attraverso propri canali.

Il punto di sintesi fra queste istanze si traduce nel concetto di appropriatezza, declinabile secondo diverse accezioni<sup>29</sup>. In primo luogo, l'appropriatezza *clinica*, già presente nel giuramento ippocratico – «prescriverò agli infermi la cura più appropriata per quanto mi sarà permesso dalle mie cognizioni» – come impegno a perseguire il bene del paziente con l'impie-

attuazione della disciplina costituzionale in materia di diritti sociali attraverso il controllo di ragionevolezza cfr. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, p. 89 s.

<sup>26</sup> «La libertà di prestazione della cura [...] è parte altrettanto fondamentale, per quanto spesso negletta, della scelta terapeutica» (C. PICIOCCI, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, cit., p. 5).

<sup>27</sup> Cfr. sentenze nn. 185 del 1998, 282 del 2002, 338 del 2003, 151 del 2009.

<sup>28</sup> Comitato nazionale di Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, parere del 14 dicembre 2001, p. 36.

<sup>29</sup> In argomento v. M. BARNI, *L'appropriatezza della decisione medica*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., p. 31 s.; M. ADVERSI – R.M. MELOTTI, *Il principio di appropriatezza clinica quale criterio di erogazione della prestazione medica*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2014, p. 357 s.; R. BALDUZZI, *L'appropriatezza in sanità: il quadro di riferimento legislativo*, in N. FALCITELLI – M. TRABUCCHI – F.VANARA (a cura di), *Rapporto Sanità 2004. L'appropriatezza in sanità: uno strumento per migliorare la pratica clinica*, Bologna, 2004, p. 73 s.

go di tecniche aggiornate e scientificamente fondate. Il beneficio clinico è a sua volta la risultante della comparazione tra i vantaggi attesi, gli effetti dannosi e i probabili rischi, che devono essere proporzionati così da renderli eticamente accettabili e giuridicamente leciti. In secondo luogo, l'appropriatezza va misurata in relazione alle aspirazioni e ai desideri di *una specifica persona*, che deve condividere e acconsentire alla proposta terapeutica che la riguarda, in base al proprio, soggettivo bilanciamento dei costi e dei benefici che l'azione medica comporta<sup>30</sup>. Infine, l'appropriatezza *economica* che fa riferimento all'erogazione della prestazione medica in un contesto organizzato rispetto al quale il medico – soprattutto per ragioni di equità, legate alla limitatezza delle risorse e alla necessità di non sprecarle – deve porsi il problema dell'efficienza del servizio e della ragionevolezza della spesa, anche a prescindere da chi la debba sopportare (se il paziente con le sue risorse ovvero un sistema assicurativo, privato o pubblico<sup>31</sup>). Tanto più, ovviamente, tale ultimo discorso vale con riferimento al medico del Servizio sanitario che coi suoi atti impegni fondi pubblici<sup>32</sup>. Quando sia lo Stato a farsi carico delle prestazioni sanitarie, la valutazione dell'appropriatezza scientifica delle pratiche mediche alle quali siano destinate le risorse pubbliche si fa inevitabilmente rigorosa, escludendo quelle che non soddisfano requisiti oggettivi di validità e «ferma restando, poi, la necessità di operare,

---

<sup>30</sup> V.A. SHARPE – A.I. FADEN, *Appropriateness in patient care: a new conceptual framework*, Milbank Q, 1996, p. 119, osservano: «It is generally accepted that the appropriateness or necessity of an intervention is to be understood in terms of potential benefits and harms that it offers to the patient. Given this, the notion of appropriateness or necessity must take into account not only the *clinical* benefits and harms – understood both narrowly in terms of morbidity and mortality and more broadly in terms of overall quality of life of the “average” patient – but also the relevance of clinical and “nonclinical” benefits and harms for the *individual patient* in the context of medical decision-making. This includes individual quality-of-life decisions and individual assessments of acceptable risk and cost. Of course, as outcomes measures become more patient centred, the notion of a “clinical” benefit will be correspondingly enlarged».

<sup>31</sup> Infatti «Il sistema assicurativo, pubblico o privato, risponde a una logica di tipo economico che ne determina il costo per gli utenti: nelle grandi linee, il sistema privato risponde a una logica strettamente legata al rischio assicurato e al tipo di prestazione prevista (rapporto che determina il premio da pagare, fatto salvo il margine di profitto), mentre quello pubblico risponde a una logica più ampia e in parte diversa, che deve tenere conto, mitigandole, delle disegualianze economiche e della necessità di garantire i diritti fondamentali (appunto il diritto alla salute)» (A. SANTOSUOSSO, *Un altro caso Di Bella?*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 252).

<sup>32</sup> Il sistema pubblico non può prescindere da valutazioni economiche perché «tutto a tutti non può essere garantito e, quindi, alcune scelte sono inevitabili. L'importante è che rispondano a criteri di giustizia sociale» (*ibidem*).

all'interno delle tecnologie appropriate in rapporto agli obiettivi per cui sono utilizzate, ulteriori scelte, inevitabilmente basate sulla valutazione di fini, scopi, valori ritenuti meritevoli di essere realizzati tanto a livello individuale, quanto a livello sociale»<sup>33</sup>.

Nell'economia di questo lavoro il problema dell'autonomia del medico in relazione al contesto organizzativo ed economico nel quale si trova ad operare non viene però approfondito. Si tratta di una scelta tesa a depurare il discorso sulla libertà terapeutica costituzionalmente garantita dalla necessità di "fare i conti", letteralmente, con le concrete possibilità materiali che normalmente ridimensionano l'area della libertà di cura, limitandola di fatto (nei termini di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.). Inevitabilmente, la trattazione peccherà per certi versi di astrattezza, ipotizzando di calare le decisioni del medico in un contesto nel quale la sua autonomia si confronti solo con le questioni scientifiche e con la volontà del paziente (il quale, a sua volta, si assume pienamente capace di autodeterminarsi).

Si è del resto ben consci della circostanza che «l'organizzazione non è solo servente, o per dirla più chiaramente, non entr[a] in gioco solo nel momento in cui, una volta risolto il conflitto etico, occorre realizzare la prestazione che, a quel punto, appare come dovuta»<sup>34</sup>; essa invece condiziona la decisione medica nel suo farsi, rappresentando un vincolo notevole all'autonomia professionale<sup>35</sup>.

Sempre più, anzi, la questione dell'appropriatezza economica delle prescrizioni mediche si pone in termini problematici rispetto al tema della libertà terapeutica. Infatti, le politiche di contenimento dei costi della spesa sanitaria hanno fortemente delimitato l'autonomia operativa del medico, nella misura in cui essa è subordinata anche alla disponibilità dei mezzi per curare, fino a profilarsi un vero e proprio «capovolgimento del rapporto mezzi/fini: non sono più i fini decisi autonomamente dal medico a decidere le cure, ma sono i mezzi assegnategli dal gestore»<sup>36</sup> a fare da discriminare.

---

<sup>33</sup> P. BORSELLINO, *La medicina tra rispetto per le culture e rispetto per gli individui*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, p. 509.

<sup>34</sup> A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 424.

<sup>35</sup> «A monte della scelta terapeutica compiuta dal malato e dal medico stanno infatti le decisioni pubbliche che delimitano e condizionano tale scelta nella misura in cui quest'ultima trova un necessario viatico nella disponibilità effettiva dei mezzi necessari alla cura, il che implica il problema dei costi delle cure così come quello della presenza di strutture di erogazione delle prestazioni sanitarie» (S. ROSSI, *Spigolature sulla legge "Gelli" tra testo e contesto*, in *Riv. BioDiritto*, 2017, p. 167).

<sup>36</sup> I. CAVICCHI, *La questione medica. Come uscire dalla palude*, Roma, 2015, p. 15.

Si è parlato, in dottrina, di «medicina amministrata»<sup>37</sup> o di «medicina c.d. procedurale (o assiomatica)»<sup>38</sup>, che è indotta da un uso meramente economicistico dei protocolli e che finisce per ingessare pericolosamente la prassi professionale. Di questo fenomeno si parlerà nel secondo capitolo (in particolare ai § 1 e 2), ma solo in relazione al possibile sconfinamento delle misure organizzative nel merito delle scelte di cura spettanti al medico, e ai problemi di costituzionalità che ne conseguono.

D'altro canto, la delimitazione del campo di questa indagine riflette la constatazione che medicina e sanità non sono realtà sovrapponibili ma, semmai, «mondi distinti con forti implicazioni complementari»<sup>39</sup>. Diverso, per estensione e contenuti, è anche lo spazio giuridico che l'ordinamento riconosce ai due ambiti.

L'area più vasta è stata indicata in dottrina, con espressione felice, come «circuito sanitario ufficiale»<sup>40</sup>: è l'area del lecito che sposa una specifica concezione terapeutica (quella della medicina ufficiale, appunto) in base alla quale vengono selezionati sia «i metodi che integrano il concetto di cura sia chi può rientrare nella definizione professionale degli operatori sanitari»<sup>41</sup>. Il circuito sanitario ufficiale, perciò, «includendo e escludendo, incide sulla fisionomia della libertà terapeutica nell'ordinamento giuridico italiano»<sup>42</sup>.

Il Sistema sanitario nazionale copre invece un'area più circoscritta, interna al circuito sanitario ufficiale<sup>43</sup>, identificando il complesso delle funzioni, delle attività e dei servizi assistenziali gestiti ed erogati dalle strutture sanitarie pubbliche o dalle strutture private in regime di convenzione.

Nella sfera individuale del paziente, questa separatezza si traduce, come è già stato osservato, nella distinzione tra la libertà positiva di cura – come astratta accessibilità, nel segno dell'autodeterminazione del paziente, a prestazioni sanitarie praticabili dai medici – e il diritto alle cure: così, i diritti

<sup>37</sup> I. CAVICCHI, *La questione medica*, cit., p. 27.

<sup>38</sup> F. CEMBRANI, *La legge Balduzzi e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 799.

<sup>39</sup> I. CAVICCHI, *La questione medica*, cit., p. 18.

<sup>40</sup> C. PICIOCCHI, *Libertà terapeutica e "medicine non convenzionali". Definizione e confini*, in L. LENTI-E. PALERMO-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., p. 299.

<sup>41</sup> C. PICIOCCHI, *Libertà terapeutica e "medicine non convenzionali"*, cit., p. 293.

<sup>42</sup> C. PICIOCCHI, *Ibidem*.

<sup>43</sup> OSSERVA V. MARCENÒ, *Consenso informato e sperimentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. «La razionale allocazione delle risorse è la *ratio* – una delle principali, sebbene non esclusiva – della delimitazione del circuito sanitario ufficiale [*rectius*, al suo interno, del sistema sanitario nazionale], e rappresenta non un fine in sé e per sé, ma la garanzia della eguale possibilità di accesso di tutti alle cure».

invocati dal singolo «possono avere ad oggetto sia la possibilità di ricorrere al metodo escluso *tout court*, consistente nella possibilità stessa di reperirlo, sia la richiesta di sostegno economico di tale scelta, che doti quindi tale diritto di effettività»<sup>44</sup>. Nel primo senso, la tutela della libertà di scelta è rimessa al «principio del consenso informato, in cui si contemperano l'autonomia e la responsabilità del medico con l'autodeterminazione della persona»<sup>45</sup>. Nel secondo senso, invece, la tutela è di livello sub-costituzionale e passa per le scelte del legislatore sindacabili solo per il profilo dell'irragionevolezza<sup>46</sup>. Infatti, «rispetto ai rapporti fra singolo e servizio sanitario nazionale, il legislatore può limitare la libertà di scelta del medico e del luogo di cura in ragione di esigenze di «efficienza» del servizio o dei limiti *oggettivi* delle risorse disponibili, in relazione alle tipologie di prestazioni sanitarie che *possono* essere erogate allo stato delle conoscenze, tecnologie, risorse organizzative che *possono* essere destinate al servizio sanitario nazionale»<sup>47</sup>.

Occorre ancora precisare, in via introduttiva, che la figura professionale alla quale fa riferimento questo studio è quella del medico abilitato il quale, in possesso del diploma di laurea in medicina e chirurgia, abbia superato il relativo esame di Stato<sup>48</sup> e sia iscritto all'ordine professionale<sup>49</sup>. Si tratta infatti di una professione “protetta” il cui esercizio è sottoposto a precise condizioni in considerazione della rilevanza sociale dell'attività prestata che legittima la deroga, letta dal punto di vista degli aspiranti medici, al principio di libertà delle attività lavorative, anche intellettuali (art. 4 Cost.<sup>50</sup>), e

---

<sup>44</sup> C. PICIOCCHI, *Ibidem*.

<sup>45</sup> E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., p. 98.

<sup>46</sup> E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., p. 89. Sulla legittimità delle scelte legislative che appongono limiti e condizioni alla libera scelta del luogo di cura da parte dell'assistito, «in quanto permane [...] il principio essenziale che l'erogazione delle prestazioni, soggette a scelta (da parte dell'utente-assistito) della struttura o dei professionisti eroganti, è “subordinata all'apposita prescrizione, proposta o richiesta compilata su modulario del servizio sanitario nazionale dal medico di fiducia dell'interessato”» cfr. Corte cost., sent. 416 del 1995.

<sup>47</sup> E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., p. 98.

<sup>48</sup> V. ad esempio l'ordinanza ministeriale n. 135 del 8 marzo 2017 che indice le sessioni d'esame per l'anno 2017.

<sup>49</sup> Per una ricostruzione in chiave storica della costituzione degli ordini dei medici cfr. M. MALATESTA, *Il riconoscimento pubblico della professione: la costituzione e la ricostituzione degli Ordini dei medici*, in *FNOMCeO, 1946/1996. Per una storia degli Ordini dei Medici*, Roma, 1996.

<sup>50</sup> Sul diritto al lavoro come libertà e come diritto sociale cfr. A. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del diritto al lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005.

delle libertà economiche<sup>51</sup>. Tale riserva è garantita dalla tutela penale di cui all'art. 348 c.p. che punisce «chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione di Stato»<sup>52</sup>, e presidia i confini del circuito sanitario ufficiale, includendovi solo i professionisti la cui formazione sia improntata alla «concezione terapeutica prevalente»<sup>53</sup> e che ispirano la propria attività ai medesimi principi scientifici. Infatti, l'appartenenza all'ordine professionale obbliga il sanitario al rispetto delle regole di deontologia autonomamente elaborate in seno alla categoria, ma la cui vincolatività è rafforzata proprio dalla circostanza che la responsabilità disciplinare può ripercuotersi sulla stessa possibilità giuridica di esercitare la professione, quando la sanzione irrogata consista nella sospensione o nella radiazione dall'albo. La Corte costituzionale ha richiamato i poteri di vigilanza attribuiti agli organi della professione medica, affiancandoli agli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento e tesi ad indirizzare il terapeuta verso la scelta di cure efficaci e scientificamente radicate nelle consolidate e aggiornate conoscenze proprie dell'arte medica<sup>54</sup>. L'autonomia del medico dunque direttamente soggiace anche alle regole deontologiche; la recente riforma del Codice di deontologia medica (d'ora in avanti CDM) ha attratto critiche significative proprio per aver mancato l'obiettivo di promuovere l'indipendenza dell'attività professionale e l'autonomia del paziente e per il fatto che, al contrario, nella riformulazione delle disposizioni contenenti i principi fondamentali della professione si sia dato eccessivo rilievo alle questioni economiche<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Sulla rilettura del vincolo dell'appartenenza all'ordine professionale come deroga, oltre che al diritto al lavoro, alla libertà di iniziativa economica privata e alla libertà di impresa, nell'interpretazione comunitariamente orientata cfr. E. GIANFRANCESCO – G. RIVOCCHI, *La disciplina delle professioni tra Costituzione italiana ed ordinamento europeo*, in C. PINELLI – T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, p. 277 s.

<sup>52</sup> Sul concetto di professione medica ai fini dell'applicazione dell'art. 348 c.p. cfr. P. CIPOLLA, «Scientificità» della pratica terapeutica come *proprium* dell'attività medica tutelata *sub art. 348 c.p.*, e implicazioni in tema di «medicine alternative», in *Cass. pen.*, 2006, p. 3628 s.

<sup>53</sup> C. PICOCCHI, *Libertà terapeutica e “medicine non convenzionali”*, cit., p. 299.

<sup>54</sup> Corte costituzionale, sent. 282 del 2002 (sulla quale v. *infra*, capitolo II § 3), che al punto 4 del Considerato in diritto rinvia ai «poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione» a garanzia della correttezza della pratica terapeutica.

<sup>55</sup> Cfr. i diversi interventi pubblicati nel *Forum. Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Riv. BioDiritto*, 2015, p. 7 s. Particolarmente significativa, in questo senso, è la riformulazione dell'art. 6 del Codice – rubricato «Qualità professionale e gestionale» – che, nella versione del 2006, prevedeva: «Il medico agisce secondo il principio di efficacia delle cure nel rispetto dell'autonomia della persona tenendo conto dell'uso appropriato delle risorse. Il

Il sistema “chiuso” della professione medica ha lo scopo di «garantire la pubblica salute impedendo che persone non qualificate (e delle quali non sia stata controllata ed attestata la preparazione tecnica) ne assumano la cura»<sup>56</sup>. Ha lo scopo, inoltre, di assicurare il singolo paziente riguardo le capacità e le competenze del personale sanitario col quale entra in relazione<sup>57</sup>. Il medico è “servitore di due padroni”, garante sia della salute pubblica, sia della salute individuale, beni entrambi di rilievo costituzionale che tuttavia nella pratica clinica non necessariamente corrispondono e che pongono il sanitario in uno stato di contraddizione perenne e, per certi versi, unico nel panorama delle professioni liberali.

Tale contraddizione si “scarica” sul versante della responsabilità, quando il medico è chiamato a rispondere del modo col quale ha esercitato la propria autonomia sul piano penale, civile e deontologico, oltre che, per certe figure professionali, sul piano amministrativo.

Il rilievo pubblicistico del corpo delle persone che è oggetto dell’azione del terapeuta, in particolare, implica che il medico sia esposto alla possibilità di essere perseguito penalmente per i danni dolosamente o colposamente arrecati all’integrità fisica del paziente e che vengono misurati alla luce del concetto collettivo di salute (e di malattia). Per i medesimi fatti il medico risponde – ovviamente – anche sul piano civilistico, dovendo risarcire il paziente danneggiato nelle ipotesi di *medical malpractice*.

---

medico è tenuto a collaborare alla eliminazione di ogni forma di discriminazione in campo sanitario, al fine di garantire a tutti i cittadini stesse opportunità di accesso, disponibilità, utilizzazione e qualità delle cure», mentre nella versione attuale dispone: «Il medico fonda l’esercizio delle proprie competenze tecnico-professionali sui principi di efficacia e di appropriatezza, aggiornandoli alle conoscenze scientifiche disponibili e mediante una costante verifica e revisione dei propri atti. Il medico, in ogni ambito operativo, persegue l’uso ottimale delle risorse pubbliche e private salvaguardando l’efficacia, la sicurezza e l’umanizzazione dei servizi sanitari, contrastando ogni forma di discriminazione nell’accesso alle cure». Come si vede, è eliminato ogni riferimento all’autonomia del paziente, mentre è enfatizzata l’appropriatezza organizzativa ed economica dell’attività medica come fine autonomamente rilevante (per l’uso ottimale delle risorse pubbliche e private) e non più soltanto come mezzo per garantire l’equità dei servizi sanitari. Su questi aspetti v. anche G. CORBELLINI, *Nuovo codice di deontologia medica: “Sulla pelle dei pazienti”*, in *Il Sole 24 ore*, 16 giugno 2014.

<sup>56</sup> F. INTRONA, *Tutela della salute: medicine alternative, esercizio abusivo di professione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p.596.

<sup>57</sup> Il divieto penalmente sanzionato di esercitare l’attività medica senza la necessaria abilitazione offre, a giudizio di F. GIUNTA, *Il caso Di Bella*, cit., p. 667, una tutela solo indiretta dei beni della vita e della salute del paziente, poiché «si propone semplicemente di evitare che il libero esercizio dell’attività professionale possa immettere nel mercato soggetti sprovvisti delle qualità morali e delle capacità tecniche ritenute necessarie».

Vi è poi un secondo filone di responsabilità penale<sup>58</sup> e civile (nonché deontologica) che investe il medico – a prescindere da ogni addebito di colpa professionale – per la mancata acquisizione del consenso informato del paziente: qui il parametro di riferimento per misurare la liceità e la legittimità dell'attività terapeutica si soggettivizza e si confronta con la concezione personale di salute propria del paziente.

Gli intrecci di questi piani e di questi filoni della responsabilità medica possono dar luogo a situazioni paradossali. Così, a fronte di una condotta tecnicamente ineccepibile a livello esecutivo, il professionista potrebbe essere imputato su iniziativa della pubblica accusa per aver compromesso la salute dell'individuo, avendo optato per una proposta terapeutica non consueta, ancorché richiesta o comunque liberamente consentita dal paziente informato; tant'è che la persona curata in questi casi normalmente non agisce per il risarcimento dei danni subiti e semmai ritiene lesa la sua stessa libertà di cura in conseguenza dell'azione penale che colpisce il medico, inibendone l'attività<sup>59</sup>. Ovvero, nell'ipotesi inversa, può accadere che il medico sia chiamato a rispondere per iniziativa del paziente il quale, facendo ricorso in sede civile e/o avanzando una denuncia penale, lamenta la violazione del principio del consenso informato – e della sua personale concezione di salute che il rispetto di tale principio avrebbe dovuto far emergere – mentre sul piano pubblicistico e risarcitorio non si ravvisa un corrispondente danno alla salute come bene collettivo.

Analogamente, la contraddizione che accompagna il medico fa sì che l'ordinamento gli affidi un ruolo di garanzia di matrice penalistica<sup>60</sup>, che

<sup>58</sup> Sulla distinzione tra i due profili di responsabilità penale per *medical malpractice* e per mancata acquisizione del consenso informato cfr. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corriere del merito*, 2006, p. 961.

<sup>59</sup> È quanto accaduto, ad esempio, nel “caso Stamina” (v. spec. cap. III § 6).

<sup>60</sup> Sulla posizione di garanzia del medico in relazione all'art. 40, secondo comma, c.p. che attribuisce al medico l'obbligo di *attivarsi* a presidio della salute altrui, cfr. S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico bioetico e deontologico*, Milano, 2013 e G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, p.120 s. A sua volta, concorda la giurisprudenza, il fondamento dell'art. 40, secondo comma, c.p., nel caso del medico, sarebbe da ricercare nei principi solidaristici riconducibili all'art. 2 Cost. in combinato con l'art. 32 Cost. (v., ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 9739/2005: «gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici, sono tutti “ex lege” portatori di una posizione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex articolo 2 e 32 della Costituzione nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità; e l'obbligo di protezione perdura per l'intero tempo del turno di lavoro». Nella prospettiva civilistica, l'idea della preesistenza di un obbligo di attivarsi del sanitario, costituzionalmente fondato, rispetto all'instaurazione del rapporto medico-paziente si traduce nella figura dell'obbliga-

lo accompagna quotidianamente nell'esercizio della sua professione e che è fonte di «responsabilità per omissione nell'adempimento di regole doverose di condotta finalizzate, per l'appunto, alla protezione dei beni affidati al personale sanitario»<sup>61</sup>. Allo stesso tempo, però, la volontà contraria del paziente segna senz'altro «il *limite* della stessa posizione di garanzia che incombe sul medico nei confronti del malato»<sup>62</sup>, ma senza che sia del tutto chiaro se l'omissione a quel punto "dovuta" da parte del medico consista nella totale astensione da ogni attività alternativa, ovvero se egli possa o persino debba (in qualità pur sempre di garante) prestare la propria opera in altro modo, richiesto o consentito dal paziente.

Alla luce della peculiare convergenza di interessi pubblici e privati che si concentrano sull'attività del medico, il punto da mettere a fuoco, mi pare, non è perciò se il paziente possa validamente disporre di sé, trattandosi di un quesito che riceve una risposta nella disposizione – di natura civilistica e di origine fascista – dell'art. 5 c.c. non più compatibile con l'avvento della Costituzione<sup>63</sup>, e trattandosi, forse, di un quesito totalmente superato dall'affermazione del diverso principio costituzionale di autodeterminazione. Semmai, occorre domandarsi a quali profili del comportamento del medico è utile e corretto continuare ad attribuire rilievo giuspubblicistico a

---

zione da contatto sociale come fonte idonea a fondare la responsabilità contrattuale del medico. Sul superamento di tale inquadramento per effetto della legge c.d. Gelli-Bianco (v. oltre, cap. II § 1) cfr. G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 816 s. e R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, p. 161 s.

<sup>61</sup> 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*, *Dir. fam.*, 2010, p. 1391. Sulla difficoltà di conciliare la posizione di garanzia del medico con il principio del consenso informato del paziente cfr. però le considerazioni di L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 759 s., il quale osserva: «l'obbligo di cura che grava sul medico ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., oltre a trovarsi in contrasto con la posizione di privilegio e di preminenza assunto dal paziente nei confronti del medico, sconta la difficoltà di individuare una fonte normativa che sancisca il dovere di intervento del sanitario. L'obbligo giuridico del medico di cui all'articolo in questione non è quello di impedire la morte [né, si deve aggiungere, di assicurare comunque la salute del paziente], ma quello di impedire che il paziente rimanga privo della corretta offerta dei trattamenti possibili e dell'attuazione di quelli che accetta».

<sup>62</sup> Così F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 966.

<sup>63</sup> In argomento v. R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: Art. 5 c.c.*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1988, p. 225 s.

tutela del *corpo* della persona, accanto alla primaria e indispensabile salvaguardia della volontà del paziente in ordine alla sua integrità fisica.

Si tratta di nodi che ovviamente spetta alla dottrina specialistica, nei rispettivi campi, affrontare e dipanare, ma ai quali la riflessione costituzionalistica può forse offrire un contributo di chiarificazione.