

## **Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute\***

di **Gladio Gemma** – già *Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Modena e Reggio Emilia*

**ABSTRACT:** The paper deals with the influence of popular mood swings on constitutional rights, and in particular on the right to health. The Author argues that both the legislator and the judges can infringe upon constitutional rights by enforcing irrational concerns spread among the population without verifying their soundness on scientific grounds. To further explain his point, the Author mentions two examples: the issue of compulsoriness of vaccinations in Italy and the Stamina case. The Author concludes by arguing that both judges and academics, as well as the legislator, should not accept these irrational concerns, in order to not disqualify the law on social and cultural grounds.

**1. Partiamo da un assunto di fondo, senza poterlo argomentare più diffusamente.**

Nella riflessione dottrinale e nello sviluppo giurisprudenziale il costituzionalismo – italiano, ma non solo – è venuto ad assumere una portata estensiva (anche) nei confronti dei fattori da contrastare. Se in prima battuta (storica) il nemico contro cui esso predispose la difesa fu il potere politico (statuale), poi si è aggiunto, quale entità da contrastare, il potere privato (*in primis* quello imprenditoriale). Infine la tutela costituzionale si è estesa oltre la frontiera dell'arbitrio – del potere pubblico o privato – ed ha investito la sfera delle (gravi) disfunzioni, anche se non intenzionali, cioè della perdita di controllo razionale delle azioni compiute. Senza citare le ipotesi di responsabilità professionale (per colpa grave), si possono richiamare, in diritto pubblico, dapprima la configurazione del vizio di eccesso di potere degli atti amministrativi, poi il vizio di ragionevolezza degli atti legislativi (se ad essi non si ritenga estensibile il detto eccesso di potere). Questa dilatazione della portata della tutela di interessi (costituzionali) è avvenuta nella convinzione secondo cui tale estensione è ben compatibile con la discrezionalità amministrativa o legislativa, posto che il vincolo della logica, della ragionevolezza, lascia ampio spazio alle scelte amministrative o legislative.

---

\* Lo scritto riproduce il contenuto dell'intervento dell'Autore nel convegno dell'A.I.C., tenutosi il 6-7 novembre del 2015 a Roma sul tema "La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali".

Se si condivide tale indirizzo (e chi scrive lo condivide), anche gli atti di diritto pubblico, che siano l'esito di sollecitazioni, di pulsioni, emozionali senza una seria giustificazione razionale, risultano illegittimi e debbono essere censurati e sanzionati. Alcune recenti vicende attinenti alla medicina ed al diritto alla salute sono state il frutto di deteriori fattori emozionali ed irrazionali e perciò hanno determinato una violazione di valori costituzionali.

**2. La prima vicenda è costituita dalla previsione della facoltatività di certe vaccinazioni.**

Come è noto, in Italia, analogamente ad altri Paesi, è stata prevista l'obbligatorietà delle vaccinazioni contro certe malattie contagiose: antipolio, antiepatite B, ecc. Che si possa discutere se convenga, o meno, una determinata vaccinazione, cioè se sussista o no un grave pericolo di diffusione di malattie contagiose, è lecito e può ben avvenire che la convinzione sull'avvenuta scomparsa di una certa malattia possa indurre a dismettere la vaccinazione, posto che il rischio (pur basso) della medesima potrebbe essere maggiore del pericolo provocato dalla sua mancanza (in realtà ciò è avvenuto circa la vaccinazione antivaaiolosa). Si tratta di una valutazione della scienza medica e, in caso di conforto di un parere di questa (o di settori importanti della stessa), un legislatore ben può abolire l'obbligatorietà della vaccinazione (e nemmeno incoraggiarla, se resa facoltativa). Ma ben diverso è il discorso se permanga la convinzione circa la pericolosità di una malattia contagiosa e l'utilità di una vaccinazione contro la medesima.

In verità si potrebbe avanzare l'ipotesi che l'obbligatorietà di un trattamento sanitario desse luogo ad un'evasione dall'obbligo tale da essere superiore a quanto si verificherebbe nel caso di mera facoltatività di detto trattamento. Trattasi di ipotesi, che, anche a non volerla ritenere assurda (si farebbe molta fatica a non considerarla tale), sarebbe quanto mai improbabile e richiederebbe prove assai consistenti per renderla credibile. Con una *boutade*, un'ipotesi del genere sarebbe simile alla supposizione secondo cui nel caso in cui fosse reso facoltativo, e non più obbligatorio, il pagamento delle imposte, si potesse verificare una minor evasione fiscale!

Orbene, alcune Regioni, ora con legge ora con atto amministrativo, hanno reso facoltative vaccinazioni che sono tuttora obbligatorie secondo la legislazione nazionale. Attenzione! La previsione della facoltatività non si fonda assolutamente sul disconoscimento dell'utilità, anzi della necessità di dette vaccinazioni, come dimostrano due dati di fatto: la legge veneta n. 7 del 2007 dispone, in caso di particolari eventi epidemiologici o di eccessivo abbassamento del tasso di copertura vaccinale, il "ripristino dell'obbligo vaccinale" (per usare le parole del titolo dell'art. 4 di tale legge). Quindi è rimasta la convinzione circa l'indispensabilità di determinate vaccinazioni, ma ci si rimette alla buona volontà dei genitori (o dei tutori) dei minori. Né è stata neanche lontanamente dimostrata la maggior efficacia, in questa opera di prevenzione, del regime della facoltatività. Questa modifica della disciplina normativa troverebbe fondamento nel (preteso ed assurdo) diritto di genitori (o tutori) a sottrarsi all'esecuzione di misure, che hanno salvato e possono salvare migliaia e migliaia di vite umane, per evitare il (bassissimo, seppur esistente) rischio di conseguenze sfavorevoli ai danni dei propri figli (o pupilli)! Addirittura risulta che, stando alla confessione (in privato) di una persona, partecipante nel processo di adozione della decisione della Regione toscana, tale decisione sarebbe stata anche "un tentativo di rispondere

velocemente a inchieste giornalistiche” (le parole sono tratte da F. ZUOLO, *L’obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum Biodiritto*, 2008, Padova, 2009, 551, nota 35). Siamo dinanzi ad un’illogicità manifesta con netta violazione del diritto costituzionale alla salute dei cittadini.

3. Una seconda vicenda è costituita dal cosiddetto “metodo Stamina”. Si tratta di una fra le più colossali truffe che si registrino nella storia della medicina, cioè del tentativo di fare una sperimentazione, in modo illecito, con somministrazione di un farmaco, che avrebbe dovuto avere un’efficacia terapeutica nei confronti di decine di malattie incurabili. La vicenda si è conclusa con esito penale sfavorevole per i promotori della sperimentazione di questa terapia ingannevole. Il profilo sia etico sia penalistico non interessa ovviamente in questa sede. È rilevante, purtroppo, il profilo costituzionale, in quanto una volgare e vergognosa truffa è stata oggetto di attenzione e di *favor* da parte dei classici poteri dello Stato. Infatti un Ministro della salute, persona (anche da me) stimata e meritevole di stima sul piano intellettuale e morale (detto con piena sincerità), ha incredibilmente convinto un Governo composto da tecnici a far proseguire la sperimentazione del farmaco “miracoloso” (contro il parere negativo dei più autorevoli scienziati italiani ed internazionali) con l’adozione di un decreto legge, poi convertito in legge, con previsione di una spesa da 3 milioni di euro (pur subordinata al rispetto di certe procedure scientifiche); inoltre una parte del potere giudiziario (per fortuna altra parte si è comportata correttamente) ha espresso il suo *favor* per la sperimentazione in oggetto, imponendo a medici e strutture sanitarie la somministrazione a pazienti del farmaco ingannevole. Che si tratti di una vicenda poco edificante (per usare un eufemismo, perché sarebbe più opportuno definirla indecente) non c’è bisogno di dimostrarlo in questa sede: si rinvia agli scritti documentati e sdegnati degli scienziati che hanno commentato il comportamento delle istituzioni in questo frangente. Qui si vuole mettere in rilievo un profilo specifico della questione anche al fine di dare un modesto contributo critico contro una futura, e ben possibile (purtroppo!), ripetizione di una simile vicenda. Più esattamente, la condotta summenzionata delle istituzioni ha rappresentato una grave violazione dello statuto costituzionale della scienza medica. Vediamo per quale motivo.

Lo statuto costituzionale della scienza medica (intesa in senso lato, comprendente cioè ricerca ed applicazione) contiene un canone fondamentale: l’autonomia del medico, sia quale ricercatore, sia quale terapeuta. Si tratta di un canone, che non si deduce da un’interpretazione meramente letterale delle disposizioni costituzionali, che possono riguardare la materia in oggetto, vale a dire gli artt. 9, 32, 33 della Carta fondamentale, bensì dall’integrazione del dettato delle citate disposizioni con regole extragiuridiche, che sono riconosciute ed applicate secondo una *communis opinio*. Per intenderci, si può affermare che i risultati migliori nella costruzione di un edificio si otterranno se si lasci autonomia all’ingegnere di fare i calcoli in cemento armato, di utilizzare certi materiali o certe tecniche dell’edilizia, così come sarà il medico l’esperto più idoneo per fare diagnosi o disporre terapie (di ordine medico o chirurgico). Ove si debbano applicare canoni scientifici o tecnici si deve lasciare campo libero agli esperti, senza che soggetti inesperti possano sostituirsi a questi ultimi.

L'assunzione di detto canone fondamentale (anche) della scienza medica non significa, è quasi banale precisarlo, che nessun soggetto, all'infuori dei tecnici, possa intervenire. Più esattamente, con riferimento alla materia in oggetto, i titolari del potere politico, amministrativo o giudiziario possono porre regole o vincoli. La possibilità o, in certi casi, la doverosità di interventi di titolari di istituzioni politiche o giudiziarie non sono mai state messe in discussione e sono pacificamente riconosciute (anche) dalla dottrina giuridica nonché dalla giurisprudenza costituzionale e comune (*in primis* della Cassazione), a tacere di organi giurisdizionali di altri ordinamenti. Ma tutto ciò con razionali e rigorosi limiti.

Infatti l'apposizione di limiti all'autonomia di medici (ricercatori o terapeuti) può avere legittimazione solo se volta a tutelare diritti di natura extra-scientifica – come ad esempio il divieto di praticare trattamenti senza, o contro, il consenso dei pazienti – oppure a prefigurare regole atte ad assicurare il più corretto svolgimento della ricerca medica o dell'attività terapeutica sulla base (e solo su questa) delle più accreditate acquisizioni della scienza medica. Per dirla con le parole di una famosa sentenza *leading* della Corte costituzionale in materia, interventi legislativi (ma, si può aggiungere, anche giudiziari), possono porre norme per “garantire ... l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie”, ma ogni disciplina legale deve fondarsi sullo “stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici»” (v. sentenza n. 282 del 2002, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 2025). Per concludere, sempre con parole sintetiche, i limiti dell'attività medica sono legittimi se posti per tutelare diritti di natura extramedica, oppure per precauzione, cioè assicurare le migliori prestazioni per i pazienti, ma solo, in tali ipotesi, se supportati dall'opinione dominante della più accreditata cultura scientifica e mai debbono essere prefigurati in contrasto con quest'ultima. Pertanto l'autonomia dei medici (ricercatori e terapeuti), nei limiti prima delineati, costituisce l'unico modo per la corretta realizzazione del diritto alla salute sancito dall'art. 32 della Costituzione.

L'avviata e, per fortuna, non continuata sperimentazione del “metodo Stamina” rappresenta un caso da manuale di ricerca condotta con la violazione di tutti i canoni che presiedono ad una corretta sperimentazione medica (se si voglia avere un quadro preciso della totale irregolarità della procedura seguita nell'occasione, si leggano due saggi: F. BUZZI, G. TASSI, *La “supremazia dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della governance amministrativa in materia di trattamenti sanitari propriamente qualificati come “compassionevoli”*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto sanitario*, 2014, 415 ss.; G. NUCCI, D. PIERGIOVANNI, M. GABRIELLI, M. BENVENUTI, *Il cosiddetto “metodo Stamina”: cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali*, *ivi*, 431 ss.). Ma perché è avvenuto ciò? C'è un motivo di fondo. Dinanzi alle irrazionali pretese di parenti di malati inguaribili (pretese che, senza essere giustificate, possono peraltro essere comprensibili perché la disperazione può ottundere le facoltà intellettuali ed alimentare speranze illusorie e miracolistiche) sia uomini politici (ministri o parlamentari) sia magistrati hanno avuto il timore di apparire, nel caso di rigetto della richiesta di detti parenti (supportata talora da irresponsabili giornalisti), insensibili al dolore e crudeli complici della morte

dei poveri malati non guaribili con i trattamenti medici ordinari. Ancora una volta – sono severo, ma debbo esserlo – si è verificata una sudditanza agli umori popolari (in verità di una piccola frazione del popolo), nonché la manifestazione di un deteriore buonismo, che altro non è stato (come, di regola, non è) se non una complicità con chi delinque e quindi un grave male (sotto le mentite spoglie di un'intenzione di realizzare il bene). Il sonno della ragione genera mostri anche in campo costituzionale.

#### 4. Concludo con brevi notazioni ricollegandomi a quanto detto all'inizio.

Le vicende ricordate poc'anzi – a tacere di altre che si potrebbero aggiungere (ad esempio rilievi critici si dovrebbero muovere anche contro la tendenza a contrastare in modo pesante la sperimentazione sugli animali a detrimento della ricerca medica) – hanno mostrato i pericoli o i danni che il predominio dell'irrazionalità e dell'emotività sulla razionalità e sulla ragione scientifica può provocare alla salute umana e quindi all'interesse, nonché diritto, costituzionale da questa costituito. La soggezione alle pulsioni emotive di settori (più o meno ampi) della popolazione comprova che la violazione di interessi costituzionali può verificarsi non solo per deteriori ragioni di ricerca del consenso, di (presunta) convenienza elettorale, e quindi di potere, ma anche per un malinteso (e dannoso) umanitarismo, foriero di sofferenze umane e non di benefici (come può registrarsi nell'atteggiamento di certi magistrati nel caso del “metodo Stamina”). La violazione di valori costituzionali può quindi verificarsi sia in ipotesi di sudditanza dei cittadini nei confronti del potere politico o legale, sia in ipotesi, di segno opposto, di sudditanza del primo nei confronti dei secondi. Il *vulnus* arrecato allo statuto costituzionale della medicina è una prova evidente che la Costituzione può subire lesioni ora da chi sta in alto, ora da chi sta in basso, e da ciò consegue che la frontiera del costituzionalismo dev'essere costituita anche nei confronti dell'irrazionalità e delle indebite pretese popolari.

Quale ulteriore, ed ultima, conseguenza di tale discorso è l'auspicio che la dottrina giuridica in generale, e quella costituzionalistica in particolare, si muova in questa prospettiva e non si debbano più registrare, come invece si è purtroppo registrato in uno scritto di un peraltro (giustamente) apprezzato giurista, nonché amico, delle affermazioni assolutamente fallaci, sul piano scientifico, quali sono state avanzate in una relazione di un importante convegno dedicato al tema “Biotecnologie e valori costituzionali”, svoltosi a Parma oltre un decennio fa. Ci si riferisce allo scritto di M. AINIS, “*Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*”, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, nel quale si afferma, senza citare alcuna fonte scientifica (e non a caso!), che “almeno 1500 bambini ... in seguito alle vaccinazioni obbligatorie hanno riportato danni permanenti, dalla paralisi all'autismo” (*ivi*, 27). Si tratta di un'impostura scientifica storica, poiché indagini commissionate da enti internazionali come l'O.M.S. e sottoposte a valutazioni di esperti autorevoli hanno concluso che non c'è alcuna prova di un'insorgenza dell'autismo a causa di vaccini; inoltre l'Autore dello studio allarmistico, che ha sostenuto la relazione vaccino-autismo, è stato radiato dall'ordine dei medici per falsificazione di dati clinici (su tutto ciò, cfr. F. BUZZI, G. TASSI, *La “supremazia...”*, cit., 426 ss.).

Si spera, pertanto, che nella cultura giuridica, rappresentata sia dall'accademia che dalla magistratura, non si rinverano più affermazioni assolutamente fallaci sul piano scientifico e tali da porre il diritto in conflitto con la scienza con il rischio di una squalifica culturale e sociale del primo.