

Il diritto alla salute nella Costituzione italiana: l'adempimento di una promessa difficile

Health Rights in the Italian Constitution: Keeping a Promise

Cinzia PICIOCCHI¹

Resumen: Il diritto alla salute previsto all'art. 32 della Costituzione italiana del 1948 si compone di diversi aspetti —dal diritto alle prestazioni sanitarie, alla libertà delle scelte che riguardano la propria salute— coinvolgendo un numero crescente di ambiti che vanno dal lavoro, alla sicurezza alimentare, alla tutela ambientale: è difficile trovare un ambito della società in cui la salute non sia presente. Unico diritto ad essere espressamente definito come “fondamentale” nella Costituzione, la salute è stata interpretata dalla Corte costituzionale attraverso alcune tappe nodali, che ne hanno definito il contenuto e l'efficacia. In particolare, si delineano entrambe le dimensioni del diritto alla salute che, come recita l'art. 32, è «diritto dell'individuo e interesse della collettività». Il contributo delinea l'evoluzione del diritto alla salute, a partire dal dibattito nell'Assemblea costituente, quindi attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale. In particolare, si considera l'effettività del diritto, sulla quale i e le costituenti focalizzarono l'attenzione: una tematica importante che riemerge periodicamente.

Palabras clave: Diritto alla salute, Assemblea costituente italiana, Art. 32 Costituzione italiana, Libertà di cura, Scelte di fine vita

Abstract: Art. 32 of the Italian Constitution (1948) provides for health rights, including both healthcare rights and freedom of choice concerning health decisions. It involves many different fields, ranging from health rights at workplace, to food safety, or environmental protection: health affects almost every aspect of life. Health is the only right, which the Constitution explicitly defines as being “fundamental” and the constitutional Court's case law has construed it as a «right of the individual and as a collective interest», as said by article 32. This paper analyses the evolution of the constitutional protection of health rights, taking as a starting point the debate of the constituent Assembly and considering the constitutional Courts' decision. It will focus on the effectiveness of this right: an issue, which constantly comes up.

¹ Professoressa associata di Diritto costituzionale comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Trento. Correo electrónico: cinzia.picocchi@unitn.it

Keywords: Health rights, constituent Assembly, Art. 32 of the Constitution, Health freedom, end of life decisions

1. Introduzione

Il diritto alla salute permea gli ambiti in cui si svolge la nostra vita: ne parliamo naturalmente quando ci occupiamo di malattia e cure ma, al di là di questa dimensione scontata e basilare, è difficile trovare un settore che non s'intersechi con questo diritto². La sicurezza sul lavoro, nei trasporti, nelle scuole, o il benessere di chi frequenta questi ambiti si legano alla salute; inclusa la possibilità di poter fruire di tempo libero, da passare con i propri affetti, svolgendo attività ricreative. La salubrità dell'ambiente che ci circonda e del cibo che mangiamo riguarda la salute e l'elenco potrebbe continuare a lungo, specie se si adotti come punto di partenza la definizione fornita dall'OMS che, notoriamente, fa riferimento ad «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale» del quale l'assenza di malattia è solo un aspetto limitato³. Naturalmente, in molti di questi ambiti rileva non solo il diritto interno, poiché la tutela della salute è prevista e tutelata anche in atti di natura internazionale, ratificati dallo Stato italiano, unitamente all'appartenenza all'Unione europea che, in alcuni di questi settori (ad esempio l'ambiente) ha competenza⁴.

Anche limitandosi a considerare la salute nella sola prospettiva del diritto costituzionale italiano, l'argomento rimane vasto, come dimostrato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, su questo tema, è copiosa.

In questo contributo, darò conto delle tappe principali dell'evoluzione del diritto alla salute, a partire dai dibattiti in Assemblea costituente, seguendo poi l'interpretazione di questo diritto fondamentale, attraverso alcuni profili principali che contribuiscono a definirlo. In particolare, saranno considerate alcune questioni paradigmatiche, che hanno evidenziato i principali “nodi” del diritto alla salute.

² La bibliografia in tema di salute è sterminata e non può essere richiamata in modo esaustivo. A titolo meramente esemplificativo ricorderemo le principali voci enciclopediche Montuschi (1976); Vincenzi (1976); Caravita (1990); Luciani (1991); Ferrara (1997); D'arrigo, (2001); Balduzzi (2006); Mezzetti (2006), Simoncini, Longo (2006) oltre ad alcune opere monografiche di carattere generale sul diritto alla salute in Italia, ad es. Cocconi (1998), Morana (2021) ed i volumi del Trattato Biodiritto diretto da Rodotà-Zatti.

³ La definizione è presa dalla Costituzione dell'OMS (adottata dall'International Health Conference di New York nel 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948), il cui preambolo afferma: «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity» si può leggere all'indirizzo [Disponibile en: <https://bit.ly/3rLIVxV>].

⁴ In argomento cfr. ad es. Tronconi (2016).

Se si guarda al dibattito dell'Assemblea costituente, quindi in sede di approvazione di quello che sarà poi il testo costituzionale, sono già presenti le principali tematiche che emergeranno poi nel tempo: è possibile infatti individuare alcuni *fil rouge*, che attraverseranno la discussione degli articoli costituzionali ed in seguito la loro applicazione, in particolare nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁵. Si darà conto di alcuni di questi passaggi in cui si rispecchia sovente una delle principali preoccupazioni che emergono leggendo i resoconti stenografici degli interventi alla Costituente: che l'affermazione del diritto alla salute nella Costituzione non sia destinata a rimanere una promessa incompiuta. Ci si interroga, in altre parole, se ciò che si sta prevedendo nel testo che verrà alla luce di lì a breve potrà essere portato ad efficacia o se, all'opposto, via sia il rischio di confezionare quella che avrebbe potuto rappresentare una promessa mancata.

Si tratta di riflessioni comprensibili, specie alla luce del contesto storico nel quale l'Assemblea costituente si trovò a discutere: l'immediato dopoguerra, con un Paese in macerie in cui tutto andava ricostruito. Tuttavia, questa stessa preoccupazione attraverserà anche in seguito i dibattiti relativi alla portata dell'art. 32 della Costituzione, che prevede e tutela il diritto alla salute, ed emergerà a più riprese anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Come tutti i diritti sociali, la salute richiede l'impiego di risorse, sia economiche sia, in senso più ampio, organizzative: strutture e servizi adeguati sono necessari per riempirla di contenuto. La sfida, da questo punto di vista, non è terminata poiché la continua evoluzione del diritto alla salute determina l'emersione di profili nuovi e diversi, per i quali la questione dell'effettività di garanzia si ripropone. In questa prospettiva, può essere utile prendere le mosse dal dibattito in Assemblea costituente, per poi analizzare l'interpretazione dell'art. 32, nelle diverse accezioni della salute come diritto e come libertà, in esso contenute.

2. Il diritto alla salute nel dibattito dell'Assemblea costituente

C'è un unico diritto che la Costituzione italiana definisce espressamente come "fondamentale": è collocato all'art. 32 ed è il diritto alla salute. L'articolo, come tutto il testo della Costituzione, si caratterizza per un linguaggio che mira ad essere chiaro ed accessibile⁶. Nel testo

⁵ La Costituzione italiana fu promulgata il 27 dicembre 1947 ed entrò in vigore il 1° gennaio 1948. L'Assemblea costituente italiana fu eletta il 2 giugno 1946 ed al suo interno una commissione di 75 membri fu incaricata di redigere il progetto della Costituzione (i lavori possono essere consultati sia al sito istituzionale [Disponibile en: <https://bit.ly/3GNEfNa>]).

⁶ La chiarezza del testo fu argomento di discussione esplicito in Assemblea costituente, cfr. ad es. l'intervento dell'on. Togliatti alla seduta del 9 settembre 1946, che evidenzia «(...) l'esigenza di creare una Costituzione accessibile a tutti, una Costituzione che possa

definitivo della Costituzione, che sarà poi approvata il primo gennaio del 1949, la salute appare nel titolo II, dedicato ai rapporti etico-sociali ed in particolare ai principi relativi alla famiglia, ai figli, alla libertà di arte e scienza, scuola e istruzione: diritti che comunemente rientrano nella definizione di “diritti sociali”.

L'articolo consta di due commi e, nella sua formulazione definitiva, reciterà: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»⁷.

Si può affermare, in prima approssimazione, come il primo comma focalizzi la salute come diritto, mentre il secondo si occupi di una dimensione che potremmo definire genericamente di libertà. Le due dimensioni sono strettamente correlate, come conferma il dibattito all'Assemblea costituente in cui le considerazioni relative alla salute come diritto s'intersecano sovente con quelle relative alla salute come libertà.

Il termine “libertà” emerge a più riprese, ma si può notare sin d'ora come la libertà individuale, pur posta al centro, debba confrontarsi con la salute riferita alla collettività. Entrambe le dimensioni —individuale («fondamentale diritto dell'individuo») e collettiva («interesse della collettività») — saranno menzionate nel testo definitivo dell'articolo 32, che porrà in evidenza come il diritto alla salute strutturalmente coinvolga il singolo e la collettività. Si accenna, in lontananza, un aspetto che assumerà contorni più definiti con il trascorrere del tempo in particolare, come si vedrà in seguito, con l'affermazione del principio del consenso informato: le scelte individuali in merito alla salute sono una delle espressioni più profonde dell'identità delle persone. D'altro canto, vi sono ambiti in cui esse s'intersecano con una dimensione collettiva ineludibile, in cui la salute di tutti dipende dalla sommatoria delle scelte individuali. Il caso dei vaccini, di particolare attualità, rende chiaro questo concetto: in questi casi le scelte singole si sommano in una collettività, che può ricadere sulla salute altrui. Una copertura vaccinale inadeguata, infatti, può incidere negativamente sulle persone più fragili, ad esempio su chi non possa vaccinarsi per motivi di natura medica. Emerge quindi come, nella salute, libertà e responsabilità s'intersechino necessariamente ed il legame tra queste

essere compresa dal professore di diritto e in pari tempo dal pastore sardo, dall'operaio, dall'impiegato d'ordine, dalla donna di casa» (ivi).

⁷ Il testo della Costituzione italiana può essere consultato al sito <https://www.quirinale.it/page/costituzione>.

dimensioni, al contempo individuale ed in parte necessariamente plurisoggettiva, connota profondamente questo diritto.

Va notato come, nella sua prima formulazione, l'articolo facesse riferimento alla dignità come limite al legislatore, nel momento in cui avesse previsto la possibilità di rendere obbligatori alcuni trattamenti sanitari⁸. La consapevolezza in merito all'ampiezza ed alla possibile "scivolosità" di questo termine, la dignità, la cui definizione è particolarmente complessa, condurrà i costituenti a preferire il riferimento alla "persona umana", come limite generale al legislatore stesso.

Come già accennato nell'introduzione, il dibattito nell'Assemblea costituente riflette il drammatico momento storico del dopoguerra; più volte si menziona la «miseria» diffusa: le città più povere —si dice— si sono "nazionalizzate", nel senso che la loro situazione dopo guerra e bombardamenti è diventata quella di tutta il Paese. Si ricordano statistiche di mortalità «che fanno orrore» e si menzionano a più riprese la diffusione di patologie —tubercolosi e malaria ad esempio—, unitamente alla carenza di posti ospedalieri ed il difficile accesso a strutture sanitarie ed all'assistenza farmaceutica⁹.

È chiara la preoccupazione in merito ai condizionamenti —anche economici— che potranno incidere negativamente sul diritto alla salute ed altrettanto chiara è la diffusa consapevolezza in merito all'importanza di dare effettività a questo diritto, per poter poi dare contenuto anche al principio di libertà. Sussiste, in altre parole il timore che la «miseria» possa rendere vani i diritti sociali, che ci si accinge a proclamare nella Costituzione; simili preoccupazioni riguarderanno anche altri diritti, come ad esempio l'istruzione.

Tuttavia, se da un lato non si vuole promettere ciò che si teme di non poter garantire, d'altro lato emerge anche l'auspicio che si possa guardare ad un futuro in cui la garanzia del diritto alla salute potrà essere effettiva. Si riesce a gettare uno sguardo verso il futuro con speranza nella ricostruzione, come emerge anche dagli ambiti in cui si immagina che la salute potrà essere garantita. Molti di questi si caratterizzano per una modernità che, se da un alto risulta

⁸ Il testo originale era così formulato: «Nessun trattamento sanitario può essere obbligatorio se non per legge. Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana» (cfr. la discussione nella riunione del 28 gennaio 1947, reperibile all'indirizzo supra a nota 5).

⁹ Le sedute relative alla discussione dell'art. 32 possono essere consultate a quest'indirizzo. [Disponibile en: <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/032/index.htm>].

sorprendente, d'altro lato lascia intendere come effettivamente si riesca ad avere fiducia in una realtà che si può cominciare ad immaginare.

Si discute dell'importanza di non dimenticare le persone anziane per le quali, si ricorda, la tutela della salute si lega alla necessità di farsi carico della loro solitudine; si menziona la garanzia della sicurezza alimentare, ad esempio nelle mense e sui posti di lavoro; si rammenta l'opportunità dell'insegnamento ai più giovani delle problematiche relative alle malattie a trasmissione sessuale. Si afferma la necessità di predisporre strumenti di sicurezza sociale, ad esempio per i lavoratori che si trovino nella condizione di non poter svolgere la propria attività per infermità; più in generale, si ricorda la necessità che l'assistenza sanitaria si fondi sulla solidarietà.

Appare la consapevolezza che la garanzia del diritto alla salute, nella sua piena effettività, deriverà dalla costruzione di un contesto che favorisca quella che viene definita come la medicina più efficace: la fiducia del paziente nei confronti del medico. A tal fine, però, dovrà essere riconosciuta la dignità di questa categoria professionale, che viene richiamata a più riprese, specie da parte dai medici che presero parte all'Assemblea costituente.

Tutti questi elementi tracciano le principali tematiche che saranno oggetto del percorso interpretativo che, negli anni, definirà la valenza costituzionale del diritto alla salute nell'ordinamento giuridico italiano.

3. Il diritto alla salute nell'art. 32 della Costituzione

Le due dimensioni della salute come "diritto a" (in particolare alle prestazioni sanitarie) e "libertà da", come già evidenziato, si sovrappongono in diversi ambiti; con questa premessa, può comunque essere utile proporre un'analisi separata dei due commi dell'art. 32.

La giurisprudenza in tema di diritto alla salute è vastissima: le sentenze in argomento, sia della Corte costituzionale, sia della Corte di Cassazione ed anche nella giurisprudenza di merito evidenziano un percorso, in cui si delineano le tappe principali dell'affermazione della salute come diritto fondamentale.

Gli ambiti in cui il diritto alla salute opera, come già evidenziato, sono innumerevoli: la salute si declina sia in relazione ai diversi aspetti che ne vengono tutelati (quindi si parla ad esempio

di salute mentale, riproduttiva, ecc.), sia in relazione al contesto in cui essa è considerata. L'ambito lavorativo, la filiera alimentare, la scuola, sono tutti settori in cui la salute è considerata secondo prospettive sempre più dettagliate. Le tappe di questo percorso, poi, vanno lette in relazione agli interventi legislativi che costruiranno l'edificio complesso che oggi è rappresentato dalla salute, a partire dalla legge n. 833 del 1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale. Il primo articolo di questa legge riprende le parole del primo comma dell'art. 32, prevedendo poi gli strumenti destinati a garantirne l'effettività: si predispongono, in altre parole, gli "ingranaggi e meccanismi", che rispondono alle preoccupazioni espresse in Assemblea costituente, al fine di non lasciare che il diritto alla salute rimanga una promessa inadempita¹⁰.

L'anno successivo all'approvazione di questa legge, la Corte costituzionale si inserirà nel medesimo solco, con una pronuncia che, con un termine "importato" anche nel diritto costituzionale italiano, può essere definito come un *leading case*. La sentenza rappresenta infatti una delle tappe nella definizione della connotazione del diritto alla salute come "fondamentale". In questa pronuncia, la Corte afferma l'autonomia della lesione del diritto alla salute, indipendentemente dalla considerazione delle eventuali conseguenze di carattere patrimoniale¹¹. In altre parole, si asserisce la pienezza del diritto alla salute, nelle diverse direzioni in cui esso si può indirizzare: non solo nei confronti dello Stato come pretesa all'assistenza sanitaria, ma anche nei confronti dei terzi, rispetto ai quali risulta intangibile.

Si afferma così chiaramente l'effettività dell'art. 32, aprendo un percorso che troverà poi conferma anche nella giurisprudenza successiva, non solo costituzionale. La natura immediatamente applicabile dell'art. 32 e la sua portata a 360 gradi possono fornire così una risposta ideale ai timori sulle promesse mancate: si conferma la pienezza del diritto alla salute, nei confronti dello Stato e dei terzi, non soggetto ad affievolimento neppure da parte dell'esercizio della discrezionalità legislativa, né da parte della pubblica amministrazione.

Nelle parole della Corte costituzionale, la salute come diritto fondamentale dell'individuo: «si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate

¹⁰ Legge del 23 dicembre 1978, n. 833, Istituzione del servizio sanitario nazionale, in Gazzetta Ufficiale n. 360 del 28 dicembre 1978.

¹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 88 del 1979 (tutte le pronunce della Corte costituzionale citate possono essere reperite all'indirizzo www.cortecostituzionale.it). Questo principio sarà confermato in seguito sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Corte di cassazione cfr. la bibliografia cit. supra a nota 2.

dalla Costituzione e non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso»¹².

La dottrina ha evidenziato, come il carattere fondamentale del diritto alla salute vada interpretato anche in una prospettiva dinamica, che si rapporta costantemente con due elementi. Da un lato, l'avanzamento scientifico, che apre continuamente nuove prospettive ed ambiti di scelta per gli individui: la medicina dei trapianti o la procreazione medicalmente assistita sono due esempi. D'altro lato si pone l'evoluzione del contesto sociale, che può incidere sulla concezione della salute e su ciò che serve per tutelare questo diritto fondamentale, oltre a risultare determinante nella costruzione di nuovi spazi di libertà che si possono creare in virtù del primo elemento menzionato: l'avanzamento scientifico. Dall'interazione continua, non priva di contrasti, tra questi elementi deriva un costante cambiamento in cui può diventare "fondamentale" ciò che prima era sprovvisto di tutela, con il conseguente innalzamento di ciò che può essere oggetto di pretese nei confronti dello Stato¹³.

Naturalmente la salute, come ogni diritto sociale, non può prescindere dal confronto con le risorse disponibili. L'art. 32 affronta il tema del versante prestazionale della salute, affermando come siano garantite cure «agli indigenti»: la dottrina ha evidenziato il concetto di indigenza non sia da riferire ad una povertà oggettiva, ma in riferimento ai casi concreti, quindi al tipo di patologia, alla cura di cui si necessita, alla sua reperibilità ecc. A questo proposito si è suggerito che l'indigenza di cui all'art. 32 possa essere riempita di contenuto attraverso il concetto di «medicalmente bisognoso»¹⁴.

Al di là di quest'aspetto specifico, la garanzia del diritto alla salute è strettamente correlata al tema delle risorse, con le quali anche un diritto qualificato come «fondamentale» deve confrontarsi. Anche in quest'ambito riemerge il tema della garanzia dell'effettività del diritto alla salute, quando si ponga la necessità di un bilanciamento con le risorse disponibili e con i criteri che presidiano la loro allocazione, al fine di garantire la realizzazione di ciò che rende possibile

¹² Ivi; la sentenza prosegue in questi termini: «Da tale qualificazione deriva che la indennizzabilità non può essere limitata alle conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito ma deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza. Ciò deriva dalla protezione primaria accordata dalla Costituzione al diritto alla salute come a tutte le altre posizioni soggettive a contenuto essenzialmente non patrimoniale, direttamente tutelate».

¹³ Parla del «valore dinamico» della salute D'Arrigo (2001): «La salute (...) appare valore dinamico: ha contenuto relativo, variabile in funzione della concreta condizione del singolo soggetto ma anche del grado di sviluppo della società è quindi in continua trasformazione e può costituire oggetto di una tutela non solo protettiva, ma anche promozionale ed accrescitiva».

¹⁴ D'Arrigo (2001). Sul tema del diritto alle prestazioni sanitarie cfr. anche Busatta (2018).

la tutela concreta della salute: dalle singole prestazioni alla predisposizione di strutture e servizi, sia a livello nazionale, sia a livello territoriale.

Tuttavia, anche i diritti fondamentali possono subire compressioni, secondo modalità che sono diverse a seconda delle situazioni e dei diritti in gioco, ma che presentano al contempo alcuni elementi ricorrenti. Ad un nucleo centrale intangibile del diritto, che quindi non tollera compressioni, infatti, si affiancano aspetti tutelati ma assoggettabili ad un bilanciamento: come cerchi concentrici che, man mano che si allontanano dal nucleo, appaiono via via meno assoluti.

Un esempio in cui questo “meccanismo” applicato al diritto alla salute si può trovare in un altro *leading case*: la sentenza n. 455 del 1990, in cui la Corte costituzionale, in una vicenda che vede al centro il diritto ad alcune prestazioni sanitarie in relazione agli anziani non autosufficienti, ricoverati in case di cura. La vicenda specifica coinvolgeva anche altri parametri costituzionali, come ad esempio il principio di eguaglianza. In merito all’art. 32, la Corte costituzionale assume a fondamento la definizione del diritto alla salute come «diritto primario e fondamentale che (...) impone piena ed esaustiva tutela», già consolidata nella sua giurisprudenza pregressa¹⁵. La Corte specifica tuttavia come la salute si componga di situazioni giuridiche soggettive differenti: la tutela contro le lesioni del diritto da parte di terzi che è assoluta e vale, come detto, nei confronti di chiunque (*erga omnes*). Tuttavia, sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, anche la salute è soggetta, nelle parole della Corte, alla «determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione della relativa tutela da parte del legislatore ordinario»¹⁶. Il diritto alle prestazioni sanitarie è quindi condizionato dall’attuazione da parte del legislatore, che è inevitabilmente tenuto a considerare anche i limiti che derivano dalle risorse disponibili.

La Corte costituzionale ribadirà questo stesso principio a più riprese, anche in ulteriori pronunce, ricordando però la piena l’effettività dell’art. 32, che non viene per questo svuotato di significato. La Corte specifica infatti che la necessità di bilanciamento non degrada il diritto alla salute, che rimane un diritto costituzionalmente garantito e non un’indicazione meramente programmatica indirizzata solo al legislatore. In altre parole, Lo Stato deve garantire la tutela della salute anche sotto il profilo delle prestazioni sanitarie, secondo valutazioni che tengano ragionevolmente conto sia delle risorse disponibili, sia di altri principi di natura costituzionale. La natura costituzionale del diritto alla salute, inoltre, legittima lo scrutinio della Corte

¹⁵ La Corte stessa cita numerose pronunce, tra queste cfr. in particolare le sentenze n. 992 del 1988, e 307 del 1990.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 455 del 1990.

costituzionale alla quale, da un lato è vietata qualsiasi valutazione sulla discrezionalità politica del Parlamento, d'altro lato non è preclusa la valutazione della ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore¹⁷. Queste valutazioni rappresenteranno nel tempo un punto di riferimento importante ogni qual volta si tornerà a dibattere della portata del diritto alle prestazioni sanitarie, che rappresenta uno degli aspetti centrali della salute. Si può immaginare che anche queste considerazioni si leghino idealmente al tema dell'effettività del diritto alla salute così come sollevato in Assemblea costituente. Per non essere una promessa mancata, anch'esso deve confrontarsi con la realtà in cui le risorse non sono illimitate e l'essenza stessa del diritto dipende dalla capacità di stabilire una scala di priorità, volta a garantire la sostenibilità delle scelte compiute.

Va poi sottolineato come anche quelli che abbiamo definito come i cerchi concentrici più lontani dal nucleo essenziale del diritto non perdano attinenza, con la dimensione costituzionale della salute stessa. Ad esempio, se è possibile immaginare che i costi di un intervento chirurgico volta a migliorare puramente l'aspetto estetico della persona non gravino economicamente sul servizio sanitario nazionale, non per questo se ne esclude l'attinenza alla dimensione costituzionale della salute, piena ed esaustiva nei confronti di qualsiasi lesione.

Questi stessi principi saranno evocati anche in sentenze di segno opposto, in cui la Corte, diversamente dal caso menzionato, riterrà invece di essere in presenza di situazioni attinenti al nucleo essenziale della salute. Proprio in relazione a questa dimensione intangibile riemergerà il concetto di dignità che, se si è scelto di non inserirlo nel testo definitivo del secondo comma dell'art. 32, contribuirà però a definire l'essenza stessa del diritto alla salute. Nella pronuncia n. 252 del 2001, ad esempio, la Corte costituzionale affermerà che «il diritto ai trattamenti sanitari

¹⁷ Ancora, nelle parole della Corte costituzionale nella sentenza n. 455 del 1990: «(...) al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (...). Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa (...)». Come è stato osservato, si pone l'accento non tanto sull'«esigibilità della prestazione, ma l'individuazione degli argini che il legislatore non può oltrepassare nel configurare concretamente i mezzi per fornire tale prestazione». Simoncini y Longo (2006).

necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto”». Emerge in tal modo la portata del nucleo intangibile che, quando è in gioco, è destinato a valere per tutti, indipendentemente dalla cittadinanza e dalla regolarità della presenza sul territorio italiano, all’infuori di qualsiasi valutazione in merito alle risorse disponibili. Ritorna così il riferimento alla dignità, che contribuisce a definire l’essenza del diritto alla salute, il suo contenuto essenziale che s’impone alla tutela dello Stato in nome del rispetto stesso della persona umana¹⁸.

3.1. ...E L’IMPORTANZA DEL PARADIGMA SCIENTIFICO

Un altro elemento incide sul tema delle prestazioni sanitarie e si lega strettamente alla ragionevolezza delle scelte legislative: la scienza, un aspetto cruciale nel tracciare i confini del diritto alla salute tutelato dalla Costituzione italiana.

Il riferimento alla scienza emerge anche nell’Assemblea costituente, in cui si immagina ciò che essa potrà rendere possibile e si discute della necessità di non porre limiti insormontabili al suo avanzamento¹⁹. Anche su quest’argomento la Corte costituzionale è stata chiamata a più riprese, poiché periodicamente appaiono richieste di accesso a terapie non scientificamente non validate, spesso indicate come “cure alternative” anche se si tratta di una definizione sulla quale non si registra un accordo²⁰. Le richieste relative a questo tipo di “terapie” possono essere di vario tipo: sia nella prospettiva dei curanti che desiderino utilizzarle nella cura dei propri pazienti, o da parte di persone che desiderino poterle praticare, pur non avendo una preparazione riconosciuta dallo Stato. Naturalmente, anche i pazienti possono invocare la

¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 252 del 2001, nella quale la Corte prosegue: «Questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso. (...) La legge prevede quindi un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, quindi anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute garantito dall’art. 32 Cost; stante la lettera e la ratio delle disposizioni sopra riportate, a tali soggetti sono dunque erogati non solo gli interventi di assoluta urgenza e quelli indicati dall’art. 35, comma 3, secondo periodo, ma tutte le cure necessarie, siano esse ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio».

¹⁹ Le considerazioni relative al ruolo della scienza emergono a più riprese nel dibattito alla Costituente, specie in occasione dei dibattiti in merito all’opportunità di utilizzare il termine «dignità» nel testo definitivo dell’art. 32 (che, come detto, sarà poi sostituito dal riferimento alla «persona umana»). Particolarmente significative, a questo riguardo, le parole dell’On. Giua, nella seduta del 17 aprile 1947, che afferma: «Qui si tratta di applicazione dei trovati scientifici. I razzisti usavano della scienza e della tecnica, dopo che esse erano state prostitute. Si tratta di applicare, per lo sviluppo della civiltà, i principi della scienza e della tecnica, che devono essere applicati, perché progresso significa applicazione e sviluppo di questi principi. Qualsiasi divieto si faccia per l’applicazione delle scienze è un divieto che si pone al progresso; è un arresto alla civiltà» (reperibile all’indirizzo supra a nota 9).

²⁰ In argomento Santosuosso (1998), Picocchi (2006).

possibilità di utilizzare cure non riconosciute nel circuito sanitario ufficiale, direttamente o da parte di rappresentanti, ad esempio nel caso dei minori. Le situazioni patologiche dalle quali originano queste richieste possono essere di vario tipo; tuttavia, casi che hanno sollevato i dibattiti più accesi e la maggioranza di quelli oggetto di vicende giudiziarie, giunte talvolta sino alla Corte costituzionale, hanno riguardato patologie senza speranza di cura.

Le prestazioni esigibili per la tutela della salute, infatti, sono improntate al paradigma scientifico: le “cure” fondate su presupposti non scientifici possono rientrare nella libertà della persona, intesa come libertà negativa, di rivolgersi anche a trattamenti inefficaci o dannosi (vd. infra il par. 4 sulla salute come libertà). Tuttavia, nei casi di patologie a prognosi infausta, in cui la medicina non offra speranze di cura, emerge periodicamente la questione dell’ampiamiento del diritto alle prestazioni sanitarie prescindendo da un paradigma, quello scientifico, che non offre speranze. In quest’ipotesi, sono sorte numerose controversie, in cui è emersa la questione della definizione del nucleo essenziale alla salute, quando non vi sia speranza di cura.

Alcune vicende fanno ormai parte della memoria collettiva e portano i nomi delle “terapie alternative” ciclicamente proposte nella cura di patologie a prognosi infausta: i casi sui “metodi alternativi” della “cura Di Bella” o “Stamina”, ad esempio, hanno rappresentato vicende complesse, che hanno coinvolto non solo l’ambito giudiziario, essendo state oggetto di numerose sentenze, ma anche l’ambito sociale e politico, avendo suscitato ampi dibattiti da parte dell’opinione pubblica²¹. In alcuni casi si è assistito anche all’intervento del legislatore, che ha ritenuto di avviare la “sperimentazione” di questi metodi, spesso più come strumento di pacificazione sociale, volta a chiudere una vicenda spesso divenuta ingestibile, che come reale valutazione di trattamento, esclusa sin dall’inizio dalla scienza. Casi simili emergono periodicamente nei diversi Paesi, secondo dinamiche non dissimili: intrecci complessi di vicende in cui società politica, scienza e diritto interagiscono secondo dinamiche di non semplice interpretazione²².

Nella prospettiva che qui interessa, questa tematica consente di delineare il ruolo della scienza nella determinazione delle prestazioni che si possono esigere dallo Stato, stabilendo in particolare se l’accesso a terapie non scientificamente validate attenga al nucleo essenziale della

²¹ Le numerose sentenze di merito sulla “multiterapia Di Bella” si trovano in Foro italiano dell’anno 1998; le pronunce relative al “caso Stamina” sono reperibili nel “Dossier Stamina” del sito biodiritto [Disponibile en: <https://bit.ly/3KwV69n>]. Cfr. inoltre il documento conclusivo adottato a seguito dell’indagine svolta dalla 12a Commissione permanente del Senato (igiene e sanità), Indagine conoscitiva su origine e sviluppi del cosiddetto caso Stamina, indagine conoscitiva n. 41, 2017, XVII legislatura (2017, Roma).

²² Cfr. i diversi contributi raccolti in Chieffi (2016).

salute, quando la scienza non offra nessuna prospettiva di cura. La giurisprudenza di merito si è spesso divisa su questa questione, specie alla fine degli anni '90 in relazione alla "terapia Di Bella": a fronte della richiesta di sostegno economico di una terapia scientificamente non validata, l'assenza di speranza terapeutica ha condotto alcuni giudici a ritenere che fosse in gioco il nucleo essenziale alla salute. D'altro canto, un altro filone giurisprudenziale aveva escluso che lo Stato fosse tenuto a sostenere economicamente scelte terapeutiche non riconosciute dalla comunità scientifica: una posizione che è stata confermata dalla Corte, che nel 1998 fu chiamata a giudicare dell'esclusione di alcuni pazienti dalla "sperimentazione" di questa terapia. L'esclusione fu giudicata incostituzionale sulla base del principio di eguaglianza, ma solo a seguito dei provvedimenti legislativi adottati e in assenza di alcuna prospettiva terapeutica. La Consulta, con la sentenza n. 185 del 1998, chiarì però non si trattava di un'apertura generalizzata:

(n)egli altri casi —quando cioè esista la possibilità di un trattamento già sperimentato e validato— la pretesa che lo Stato debba essere comunque tenuto a fornire gratuitamente altre prestazioni mediche, anche solo ipoteticamente efficaci, non sarebbe ragionevole. Non possono ricadere, infatti, sul servizio sanitario nazionale le conseguenze di libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito, anche perché ciò disconoscerebbe il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnico-scientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica (...)²³.

In questo senso, appare chiaro il ruolo della scienza nel determinare ciò che può essere oggetto di pretesa nei confronti dello Stato, diversamente da ciò che può semplicemente essere oggetto di libera scelta da parte dell'individuo. Come si vedrà nel prossimo paragrafo, infatti, non sussiste il dovere di curarsi con terapie scientificamente validate, per cui ognuno può compiere le scelte terapeutiche che crede, secondo il significato che intenda dare alla propria salute e, in ultima analisi, di ciò che meglio possa servire alla cura di sé.

Questo principio sarà ripreso in numerose sentenze successive, in cui sarà necessario definire dove si collochino i confini dell'attività legislativa in ambito scientifico, incluso quello sanitario. La scienza rappresenta un territorio autonomo nel senso proprio del termine, che richiama il potere di dotarsi di regole. Al legislatore sono precluse ingerenze all'interno del territorio della scienza: non può ad esempio essere vietata una pratica terapeutica in base a valutazioni di carattere di mera discrezionalità politica. La Corte costituzionale ha affermato chiaramente questo principio in alcune pronunce dei primi anni duemila, relative a leggi con cui alcune

²³ Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 1998.

regioni avevano vietato determinate pratiche terapeutiche sul territorio²⁴. La Corte esclude che questi divieti rientrassero nella competenza legislativa delle Regioni, che possono occuparsi di tematiche attinenti alla salute nel rispetto della ripartizione di competenze stabilita dalla Costituzione²⁵. Tuttavia, la Consulta chiarisce come, in ogni caso, vi siano ambiti comunque preclusi a valutazioni che non siano di carattere tecnico-scientifico. Nelle parole della Corte:

Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione²⁶.

Considerazioni simili porteranno la Corte a dichiarare successivamente l'incostituzionalità di altre norme ritenute "invasive" dell'ambito scientifico. Nel 2009, ad esempio, la Consulta dichiarerà l'incostituzionalità dell'art. 14 della legge n. 40 del 2004 —quindi in questo caso una legge statale e non regionale— in tema di procreazione medicalmente assistita. Il legislatore aveva previsto un numero massimo di embrioni (tre), che poteva essere creato ed aveva stabilito che tutti gli embrioni creati dovessero comunque essere destinati ad un unico e contemporaneo impianto. Lo scopo della legge era chiaro: tutelare gli embrioni, evitando che potessero residuare e rischiare quindi di non essere impiantati. Questa norma sarà ritenuta contrastante con la salute della donna (art. 32) e con il principio di eguaglianza (art. 3), operando allo stesso modo nei confronti delle diverse situazioni che ognuna può presentare (ad es. presenza di patologie, età, ecc.) Tuttavia, la Corte richiamerà anche il principio dello "sconfinamento" del legislatore nel territorio della scienza medica, affermando che «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»²⁷.

²⁴ Si tratta in particolare della sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002, relativa alla legge della Regione Marche del 13 novembre 2001 n. 26, relativa alla Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia e della sentenza della Corte costituzionale n. 338 del 2003, relativa alla legge della Regione Piemonte del 3 giugno 2002, n. 14 relativa alla Regolamentazione sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia.

²⁵ In argomento Balduzzi y Carpani (2013).

²⁶ Corte costituzionale della sentenza n. 282 del 2002, che prosegue: «(...) un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (...); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».

²⁷ Ivi. In argomento Penasa (2015) e, sul ruolo del paradigma scientifico, Tomasi (2019).

4. La salute come libertà

Le ultime considerazioni svolte conducono ad esplorare il secondo comma dell'art. 32, che fa riferimento alla possibilità di sottoposizione a trattamenti sanitari obbligatori. *L'incipit* («nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario») rende chiaro come la libertà rappresenti il principio generale ed il seguito vada invece inteso come eccezione, come del resto evidenziato dalle intense garanzie preposte dal medesimo comma. Come in molti altri articoli della Costituzione, si prevede una riserva di legge, quindi solo questa fonte potrà imporre un trattamento sanitario, con una garanzia ulteriore, che tecnicamente viene definita “riserva rinforzata”²⁸. Quest'istituto prevede che alla garanzia dell'intervento della fonte di rango legislativo in una certa materia, si associ un'indicazione ulteriore, in questo caso il «rispetto della persona umana», che neppure tale fonte può travalicare.

La salute come libertà è un principio fondamentale, che informa ad esempio le leggi che inaugureranno una stagione di riforme: la già menzionata legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, che all'art. 1 stabilisce che «(l) a tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana»²⁹. Va ricordato come nello stesso anno, alcuni mesi prima, fosse stata approvata un'altra legge “storica”, la legge n. 180, i cui principi verranno poi accolti nella norma istitutiva del servizio sanitario nazionale. Anche l'art. 1 di questa norma prevede come principio generale che «gli accertamenti e i trattamenti sanitari» siano volontari, stabilendo poi procedure e garanzie nel caso in cui sessi siano imposti obbligatoriamente, ribadendo che anche in questo caso le procedure attuate debbano avvenire nel «rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura»³⁰.

Il significato della legge n. 180 non è solo giuridico, ma anche sociale e politico poiché rappresenta un punto di passaggio importante nella considerazione e valorizzazione delle persone affette da patologie psichiatriche e delle strutture di cura preposte: la legge chiude infatti i “manicomi” rappresentando un punto di svolta rispetto alla malattia psichiatrica, vista come condizione patologica, da curare, e non come condizione esistenziale da “allontanare” dalla società.

²⁸ Tecnicamente, questo meccanismo è denominato “riserva rinforzata per contenuto”, per tutti vd. Bin, Pitruzzella (2020).

²⁹ Legge del 23 dicembre 1978, n. 833, supra a nota 10.

³⁰ Legge n. 180 del 13 maggio 1978, relativa agli Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori, in Gazzetta Ufficiale, serie generale, n.133 del 16 maggio 1978.

Non esiste un dovere alla salute: la persona non è tenuta né a curarsi né a mantenersi in salute, essendo libera di rifiutare i trattamenti sanitari, anche nel caso in cui questi risultino necessari per salvare la vita stessa. Naturalmente queste considerazioni devono essere più articolate nel caso di persone non capaci di assumere decisioni autonome o dei minorenni, ma al di là di questi casi specifici, non c'è un obbligo di curarsi.

Questo principio è stato sottoposto a diverse sollecitazioni, specie in merito alle scelte di fine vita, che hanno sollevato numerosi dibattiti con riguardo in particolare alla possibilità di rifiutare trattamenti senza i quali la persona è destinata a morire. Come già visto nel caso delle vicende alle "terapie alternative", anche le principali tappe nell'ambito della fine della vita si legano a nomi specifici, che in questo caso non riguardano terapie ma persone, le cui vicende personali hanno assunto una dimensione pubblica, rappresentando richieste di libertà sulle quali il dibattito (non solo giuridico) si è acceso. Nomi come Eluana Englaro, Piergiorgio Welby o Fabiano Antoniani, potrebbero non essere noti a chi non abbia seguito la cronaca italiana in tema di fine vita degli ultimi decenni. Tuttavia, c'è un filo ideale che lega queste vicende ad altre, simili, accadute in altri Paesi in cui percorsi personali hanno assunto un ruolo paradigmatico, in merito ai confini di libertà che trovano le scelte delle persone al termine della vita³¹.

Il significato dell'art. 32, in particolare del secondo comma, è stato scandagliato in occasione di queste vicende, che hanno coinvolto la società, la politica e naturalmente anche l'ambito giudiziario, sfociando in percorsi complessi, ai quali in questa sede possiamo solo accennare. Va evidenziato come ogni vicenda presenti aspetti peculiari, che dipendono dalle condizioni specifiche, quali ad esempio la capacità della persona: la sig.ra Eluana Englaro, ad esempio, versava in stato vegetativo persistente, per cui la richiesta di sospensione dei trattamenti è stata avanzata dal padre, che ha rappresentato la donna in un percorso giudiziario particolarmente lungo e articolato, sfociato nella sentenza della Corte di cassazione n. 21748 del 2007, con la quale si è autorizzata la sospensione dei trattamenti che la tenevano in vita³². Anche la qualificazione di questi ultimi è stata discussa, poiché nel caso specifico si trattava di

³¹ Sui casi di fine vita in prospettiva costituzionale comparata Casonato (2012), passim.

³² Corte di cassazione, Sezione prima civile, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007, che subordina a due condizioni la possibilità di sospendere i trattamenti nel caso di specie: « (...) la decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione soltanto (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona» la sentenza si può leggere all'indirizzo [Disponibile en: <https://bit.ly/3nS0s57>].

alimentazione ed idratazione artificiali che, secondo alcuni, non avrebbero potute rientrare nella nozione di “trattamenti sanitari” che possono essere rifiutati in base la secondo comma dell’art. 32. Va specificato come questa interpretazione non sia prevalsa, come attesta la legge che interverrà a disciplinare il principio del consenso informato e la possibilità di redigere le dichiarazioni anticipate di trattamento. Tale legge interverrà alcuni anni dopo la vicenda di Eluana Englaro, nel 2017, ed affermerà espressamente come anche idratazione a nutrizione artificiale rientrino nella definizione di trattamenti sanitari e possano quindi essere oggetto di rifiuto³³.

L’importanza della legge n. 219 del 2017 emerge anche in una prospettiva più generale, poiché essa rappresenta una tappa fondamentale nella definizione degli aspetti di libertà della salute. Come molte Costituzioni del dopoguerra, anche la Carta fondamentale italiana non contempla espressamente una serie di principi e diritti, che sono apparsi nelle “generazioni” di Costituzioni approvate successivamente nel tempo. Tra questi, il principio del consenso informato, che rappresenta un elemento di fondamentale importanza in relazione al rapporto tra libertà e salute. La Corte costituzionale aveva riconosciuto la valenza costituzionale del principio del consenso informato, intervenendo già prima dell’approvazione della legge n. 219, in una pronuncia del 2008. Non potendo fare riferimento ad una norma espressamente dedicata a tale principio, la Corte costituzionale lo aveva ricondotto ad alcune norme costituzionali di cui esso rappresenta la «sintesi». In particolare, la valenza costituzionale del consenso informato si evince dagli artt. 2 (diritti inviolabili), 13 (libertà personale e, in senso più esteso, autodeterminazione) e 32 (come già detto, salute). Nelle parole della Corte:

(L)a circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione³⁴.

³³ Legge n. 219, del 22 dicembre 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, in Gazzetta Ufficiale n.12 del 16 gennaio 2018, art. 1, comma 5: «Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. (...) Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

³⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 438 del 2008.

La legge del 2017 si occuperà anche della possibilità di proiettare il principio del consenso informato nel tempo, disciplinando per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto delle dichiarazioni anticipate di trattamento (quelle che Louis Kutner nel suo noto articolo del 1969 aveva denominato come *living will*³⁵).

Naturalmente, queste tappe —le sentenze e le leggi adottate in materia— non esauriscono le problematiche ed il dibattito sulle scelte di fine vita che, nel tempo, si sono riproposte in relazione ad ulteriori vicende, complesse e delicate.

Pur essendo in linea di principio riconosciuta dall'art. 32 secondo comma, la libertà di rifiutare i trattamenti sanitari si è affermata con difficoltà, nel caso in cui essi mantenessero in vita la persona. Un caso noto, anche se ormai risalente, ha riguardato nel 2006 la richiesta di una persona affetta da una grave malattia degenerativa (distrofia fascio-scapolo-omeroale), Pierigorgio Welby, di consentire ad un medico di sospendere la ventilazione artificiale che lo teneva in vita, unitamente alla somministrazione di una sedazione profonda, al fine di non provare sofferenza. La richiesta non fu accolta dal Tribunale di Roma, che dichiarò il ricorso inammissibile ritenendo il diritto al rifiuto dei trattamenti tutelato in astratto, ma sostanzialmente inattuabile nel caso concreto, in assenza di un intervento del legislatore.³⁶ Un medico accettò di mettere comunque in pratica la richiesta del paziente, senza poi subire conseguenze né dal punto di vista deontologico (l'ordine dei medici non ritenne di procedere a livello disciplinare³⁷), né dal punto di vista penale (poiché nei suoi confronti fu dichiarato il non luogo a procedere)³⁸.

Oggi, nel 2021, si discute ancora della portata dell'art. 32, in un panorama che è molto mutato, specie anche a seguito dell'intervento della Corte costituzionale che, nel 2019, ha introdotto la possibilità di accedere al suicidio assistito in presenza di condizioni specifiche. Il caso che ha dato origine a questa vicenda nasceva dall'incriminazione di un attivista politico (Marco Cappato), che aveva accompagnato in Svizzera una persona tetraplegica e non vedente a seguito di un incidente stradale (Fabiano Antoniani), per consentirgli di accedere al suicidio assistito, consentito in base alle norme elvetiche. Tornato in Italia, il sig. Cappato, che aveva pubblicamente annunciato le proprie azioni, era stato incriminato per omicidio del

³⁵ Kutner (1969).

³⁶ Tribunale di Roma Sezione I civile Ordinanza 16 dicembre 2006 [Disponibile en: www.biodiritto.it].

³⁷ Ordine provinciale dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Cremona, commissione disciplinare, Provvedimento di archiviazione dell'1 febbraio 2007 (inedito). In generale sull'intera vicenda cfr. Veronesi (2007).

³⁸ Giudice dell'Udienza Preliminare presso il Tribunale di Roma, sentenza n. 2049 del 23 luglio 2007 (Disponibile en: www.biodiritto.it).

consenziente, in base all'art. 579 del codice penale (essendo poi assolto la termine della vicenda processuale)³⁹. La questione giungeva alla Corte costituzionale che, ritenendo necessario un intervento legislativo in materia, adottava quella che è tecnicamente definita come una "sentenza monito", che consiste in un invito al Parlamento ad intervenire in un ambito in cui è necessario dettare una disciplina, senza la quale sono lesi diritti di natura costituzionale. In questo caso, per la prima volta nella storia repubblicana, la Corte lanciava un "monito a tempo", individuando un termine temporale entro il quale il Parlamento avrebbe dovuto intervenire. La Consulta indicava un'ulteriore udienza a distanza di un anno, durante la quale se il Parlamento non fosse intervenuto avrebbe riesaminato la questione. Così è avvenuto: il Parlamento nell'anno a sua disposizione non ha adottato nessuna legge in materia ed il suicidio assistito è stato quindi introdotto nell'ordinamento giuridico italiano da una sentenza della Corte costituzionale, che ha ritagliato le ipotesi in cui esso può avere luogo. Tali ipotesi si legano strettamente al caso di specie dal quale la sentenza della Corte ha avuto origine, quindi alle caratteristiche specifiche che non coprono però tutti i casi di richiesta di suicidio assistito. Altri casi sono infatti emersi in seguito era all'attenzione dei giudici, così come sono probabili ulteriori pronunce della Corte costituzionale, in assenza di interventi del Parlamento⁴⁰.

Nei giorni in cui è redatto questo scritto, sono state raccolte le firme per richiedere un referendum che introdurrebbe, nelle intenzioni dei proponenti, la possibilità di richiedere l'eutanasia. La Costituzione italiana prevede che le richieste di referendum abrogativo siano oggetto di un vaglio di ammissibilità da parte della Corte costituzionale, sarà quindi necessario attendere questa valutazione per capire se i cittadini saranno chiamati a votare⁴¹.

Va infine ricordato come l'attuale fase storica abbia evocato a più riprese il rapporto tra libertà individuale e salute collettiva: la pandemia da Covid-19 ha obbligato ad una riflessione, in merito a queste due dimensioni del diritto alla salute. Nonostante la maggioranza dei cittadini italiani si sia sottoposta al vaccino contro questa patologia, alcuni soggetti manifestano la propria contrarietà e contestano l'introduzione del documento denominato "*green pass*",

³⁹ Il sig. Cappato era stato incriminato in base all'art. 580 del codice penale, che recita: «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio». La documentazione relativa all'intera vicenda è reperibile all'indirizzo [Disponibile en: <https://bit.ly/3GLQgm1>].

⁴⁰ Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019.

⁴¹ Il referendum interverrebbe abrogando alcune parti dell'art. 579 del codice penale relativo all'omicidio del consenziente ed è illustrato nel sito dei promotori [Disponibile en: <https://bit.ly/3qSIS3U>].

richiesto per accedere a numerosi servizi (es. trasporti, istruzione, teatri, cinema, ecc.) ed in molti ambiti lavorativi pubblici e privati⁴².

Si tratta in realtà di un dibattito dal cuore antico, che non riguarda solo la salute, ma il concetto stesso di libertà, così come enunciato all'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789: «La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti (...)».

La libertà nasce limitata, nel rispetto degli «altri membri della società»: un principio che emerge in modo particolarmente efficace quando ci si occupa di salute ed in misura ancora maggiore nell'ambito di una pandemia. Va tuttavia evidenziato come il dibattito sulle vaccinazioni in Italia sia ricorrente e non abbia riguardato solo il Covid-19: alcuni anni fa, infatti, il calo dell'adesione alle vaccinazioni infantili ha indotto il governo ad adottare una serie di norme, per ristabilire percentuali di sicurezza. A tal fine il requisito delle vaccinazioni è stato previsto come condizione d'accesso per asilo nido e scuole d'infanzia, imponendo invece il pagamento di una sanzione amministrativa nel caso delle scuole dell'obbligo (dalla scuola primaria in poi)⁴³.

La Corte costituzionale a più riprese ha ricordato come anche nell'ambito della salute valga un principio equiparabile a quello sopra menzionato dell'art. 4 della Dichiarazione francese. Entrambi gli aspetti della salute individuale e collettivo emergono nelle parole della Corte, che ha ribadito la legittimità costituzionale dell'imposizione di trattamenti sanitari, poiché

l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività (...), nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (...)⁴⁴.

⁴² Il funzionamento del green pass è spiegato nel dettaglio nel sito del Governo della Repubblica italiana (<https://www.dgc.gov.it/web/>), in cui si possono anche reperire anche le norme relative, da ultimo il Dpcm del 12 ottobre 2021 [Disponibile en: <https://bit.ly/3tSCcns>]. Il rilascio del green pass è subordinato ad alcune condizioni: «l'avvenuta vaccinazione, la guarigione dall'infezione o l'esito negativo di un test molecolare effettuato nelle 72 ore antecedenti o antigenico rapido effettuato nelle 48 ore antecedenti hanno analoga validità». Per ognuno di questi tre criteri sono stabiliti anche requisiti temporali (ivi).

⁴³ Cfr. il decreto-legge n. 73, del 7 giugno 2017, n. 73 (Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale) modificato dalla legge di conversione n. 119, del 31 luglio 2017, n. 119 ed il sito del Ministero della salute [Disponibile en: <https://bit.ly/3Iqbvdx>].

⁴⁴ Le parole citate nel testo sono tratta da Corte costituzionale, sentenza n. 5 del 2018. Cfr. inoltre Corte costituzionale, sentenza n. 268 del 2017 e sentenza n. 307 del 1990, in cui si afferma: «(...) la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale».

Va però evidenziato come l'attuale pandemia, pur nascendo da una questione innegabilmente attinente alla salute, non abbia coinvolto solo l'art. 32, ma una serie di libertà costituzionali ulteriori. In particolare, viene in rilievo l'art. 16, che prevede la libertà di circolazione, limitata in occasione dei diversi *lockdown* adottati in Italia a partire dal mese di marzo 2020, per limitare la diffusione del virus. Ancora una volta volgiamo lo sguardo all'Assemblea costituente per ricordare come, nella previsione di questa libertà, si ritenne opportuno menzionare esplicitamente la «sanità» (oltre alla «sicurezza») come legittima motivazione per le leggi di limitazione della stessa⁴⁵. Naturalmente le misure adottate per contenere la pandemia hanno poi riguardato libertà ulteriori, come ad esempio quelle connesse alle attività economiche, o la libertà di culto, vista l'impossibilità di celebrare funzioni religiose. L'argomento è quindi molto più vasto e coinvolge essenzialmente la tematica del rapporto tra diritto ed emergenza.

In relazione ad entrambi gli aspetti dell'art. 32, come diritto e come libertà, emerge il legame stretto tra la salute e la società, che si influenzano a vicenda sotto il profilo delle esigenze contingenti alle quali rispondere, dei reciproci mutamenti e delle evoluzioni che il diritto può accogliere, promuovere o respingere. Si tratta, a ben vedere, di un aspetto che riguarda più in generale i valori e principi costituzionali, che contribuiscono a disegnare i contesti sociali in continua evoluzione, anche "spingendo" i mutamenti di lì a venire.

Un aspetto che riguarda anche la salute, pur non limitandosi ad esso.

Bibliografía citada

Balduzzi, Renato (2006): "Salute (diritto alla)", in Cassese, Sabino, Dizionario di diritto pubblico (Giuffrè, Milano) pp. 5393 ss.

Balduzzi, Renato; Carpani, Guido (2013): *Manuale di diritto sanitario* (Il Mulino, Bologna).

Bin, Roberto; Pitruzzella, Giovanni (2020): *Diritto costituzionale* (Giappichelli, Torino) p. 357.

Busatta, Lucia (2018): "La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie" (Giappichelli, Torino).

⁴⁵ Cfr. l'art. 16 della Costituzione italiana: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche. Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge».

- Caravita, Beniamino (1990): “Art. 32”, en Crisafulli, Vincenzo; Paladin, Livio, *Commentario breve alla Costituzione* (Cedam, Padova) pp. 215 ss.
- Casonato, Carlo (2012): *Introduzione al biodiritto* (Giappichelli, Torino).
- Chieffi, Lorenzo (2016): *La medicina nei tribunali* (Cacucci, Bari), passim.
- Cocconi, Monica (1998): *Il diritto alla tutela della salute* (Cedam, Padova).
- D’Arrigo, Cosimo M. (2001): “Salute (diritto alla), agg.”, in *Enciclopedia del diritto* (Giuffrè, Milano) pp. 1009 ss.
- Ferrara, Rosario (1997): “Salute (diritto alla)”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche* (Utet, Torino) pp. 513 ss.
- Kutner, Luis (1969): “Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal”, in *Indiana Law Journal* (Vol.44/2, N°. 4) pp. 539–554.
- Luciani, Massimo (1991): “Salute (diritto costituzionale)”, en *Enciclopedia giuridica*, (Treccani, Roma) p. 1.
- Mezzetti, Luca; Zama, Antonio (1999): “Trattamenti sanitari obbligatori”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, (Utet, Torino) pp. 337 ss.
- Montuschi, Luigi (1976): “Art. 32, 1° comma”, in Branca, Giuseppe, *Commentario alla Costituzione* (Zanichelli, Bologna) pp. 146 ss.
- Morana, Donatella (2021): *La salute come diritto costituzionale. Lezioni* (Giappichelli, Torino), p. 91.
- Penasa, Simone (2015): *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* (Editoriale Scientifica, Napoli).
- Rodotà, Stefano; Zatti, Paolo (2011): “Trattato di Biodiritto” (Volumi: Ambito e fonti del Biodiritto (2010), Salute e sanità (2010), I diritti in medicina (2011), Il governo del corpo (2011), La responsabilità in medicina (2011)).

Santosuosso, Amedeo (1998): “Libertà di cura e libertà di terapia” (Il pensiero scientifico, Roma).

Simoncini, Andrea; Longo, Erik (2006): “Art. 32 (commento a)”, in Bifulco, Raffaele; Celotto, Alfonso; Olivetti, Marco, *Commentario alla Costituzione* (Utet, Torino) p. 664.

Piocchi, Cinzia (2006): *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato* (Cedam, Padova).

Tomasi, Marta (2019): *Genetica e costituzione* (Editoriale Scientifica, Napoli).

Tronconi, Livio Pietro (2016): *Unione Europea e diritto alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate* (Maggioli, Sant’arcangelo di Romagna).

Veronesi, Paolo (2007): *Il corpo e la Costituzione* (Giuffrè, Milano).

Vincenzi Amato, Diana (1976): “Art. 32, 2° comma”, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Zanichelli-II Foro italiano (Bologna Roma) pp. 167 ss.

Jurisprudencia citada

Corte costituzionale: sentenza n. 88 del 1979.

Corte costituzionale: sentenza n. 992 del 1988.

Corte costituzionale: sentenza n. 307 del 1990.

Corte costituzionale: sentenza n. 455 del 1990.

Corte costituzionale: sentenza n. 185 del 1998.

Corte costituzionale: sentenza n. 252 del 2001.

Corte costituzionale: sentenza n. 282 del 2002.

Corte costituzionale: sentenza n. 338 del 2003.

Corte costituzionale: sentenza n. 438 del 2008.

Corte costituzionale: sentenza n. 268 del 2017.

Corte costituzionale: sentenza n. 5 del 2018.

Corte costituzionale: ordinanza n. 207 del 2018.

Corte costituzionale: sentenza n. 242 del 2019.

Tribunale di Roma Sezione I civile: Ordinanza 16 dicembre 2006.

Giudice dell'Udienza Preliminare presso il Tribunale di Roma: sentenza n. 2049 del 23 luglio 2007.

Corte di cassazione: *Sezione prima civile*, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007.