

La salute nella Costituzione italiana: un diritto di ciascuno, un interesse di tutti.*

*Giovanni Maria Flick***

Sommario: **1.** La professione medica, oggi. – **2.** Il diritto alla salute, nella giurisprudenza costituzionale. – **3.** Il diritto all'integrità psico-fisica e alla cura. – **4.** L'alleanza e la pratica terapeutiche; – **5.** (*segue*) autonomia e responsabilità del medico. – **6.** Il diritto al consenso informato; – **7.** (*segue*) consenso informato e deontologia.

1. Per affrontare il tema della responsabilità medica è necessario muovere dai cambiamenti che hanno segnato, nel secolo scorso, sia il quadro in cui la professione sanitaria si svolge, sia le sue caratteristiche, sia la realtà operativa ed i principi di essa: pur restando inalterata la sua essenza di solidarietà, di relazione umana, di rapporto tra chi soffre e chi sa e può aiutarlo nell'affrontare la sofferenza.

Sono cambiamenti sociali, normativi e istituzionali, che hanno profondamente modificato il contesto in cui si esercita la professione medica ed il rapporto fra la sua dimensione pubblicistica e quella privatistica; hanno segnato il passaggio da un sistema per un verso assistenziale e per un altro verso di polizia, ad uno mutualistico e poi a uno di solidarietà, di eguaglianza, e di servizio sanitario nazionale, esteso a tutti; sino, da ultimo, alla tentazione di ritornare al privato, al mercato ed alla riduzione dei costi, perché “la salute non ha prezzo, ma la sanità ha un costo” (per di più assai elevato).

In effetti, una questione fortemente dibattuta negli ultimi anni – che incide sul tema della responsabilità – è rappresentata dalla relazione tra la malattia, la medicina, la tutela della salute e l'economia, perché le scelte di politica sanitaria devono essere orientate, da un lato, a garantire adeguata tutela ai cittadini e, dall'altro, ad assicurare il contenimento della spesa pubblica. L'aspetto preoccupante è rappresentato allora dal rischio che il medico possa orientare il proprio operare alla massimizzazione economica, piuttosto che alla cura del paziente.

* *Relazione introduttiva alla XXVI Conferenza dell'Osservatorio “Giordano Dell'Amore”, su La responsabilità medica – Milano, 20 novembre 2012.*

** *Presidente emerito della Corte Costituzionale.*

Non sempre le regole deontologiche riescono a controllare quel rischio. E' legato alla tendenza e all'attenzione degli ultimi anni per il contenimento della spesa sanitaria; una tendenza che quasi sembra prevalere sulla esigenza di garantire adeguate prestazioni sanitarie, alla quale si contrappone, in certo senso, la tendenza di segno opposto della c.d. medicina difensiva.

D'altronde, tra salute e contesto economico vi è una relazione causale a doppia direzione. Da un lato, lo sviluppo economico favorisce la scomparsa di alcune malattie; dall'altro, un buono stato di salute è un importante fattore di crescita dell'economia nazionale. Allo stesso tempo però, la domanda di salute cambia in relazione alle trasformazioni economiche del Paese. Gli studi sulle disuguaglianze di salute hanno evidenziato come la situazione economica sia determinante per la presenza della malattia nel contesto sociale; non a caso, infatti, le persone più esposte al rischio di malattia sono quelle che occupano posizioni mediobasse nella scala sociale.

Ancora, si pensi ai cambiamenti, anch'essi epocali, nel rapporto fra il medico e l'utente: dal paternalismo illuminato della professione liberale classica, con una delega all'onnipotenza del medico – tuttalpiù e solo in parte temperata dal confronto con i familiari del malato, e con il rinvio alla legge e soprattutto alla deontologia – al riconoscimento della identità, libertà e autodeterminazione di quest'ultimo. Sino a giungere all'alleanza terapeutica fra medico e utente non più soltanto "paziente", come si evince dal codice deontologico; così da rendere evidente, da un lato, che il medico non ha più come interlocutore solo un malato; e, dall'altro lato, che all'utente va riconosciuta quella dignità in cui si riassumono i diritti fondamentali.

In questo senso, si pensi all'evoluzione dai primi codici deontologici, permeati di quel paternalismo in chiave di scienza e coscienza, ai più recenti che – condividendo e concretizzando i principi costituzionali – guardano con una particolare attenzione all'informazione e al consenso dell'utente; alla non discriminazione; ai rapporti con i colleghi; all'interesse della collettività e alla salute dei terzi; alla salvaguardia dell'ambiente; a un uso appropriato delle risorse; al

contributo e alla responsabilità del professionista per l'adeguatezza dell'organizzazione sanitaria.

Il discorso sui cambiamenti è coinvolgente sotto molti altri aspetti. V'è il passaggio dalla cultura della salute intesa in senso solo negativo, come assenza di malattie, a quella della salute intesa in senso positivo, come "benessere" con molteplici e ampie accezioni. V'è, correlativamente, la mutazione e la svolta epidemiologica nelle malattie, per la diminuzione di quelle infettive e la crescita di quelle metabolico-degenerative; nonché, il mutamento nei fattori di rischio dei condizionamenti ambientali e dei modi di vivere: tutti fattori che – come quelli genetici e biologici – influiscono certamente sul quadro della sanità e delle malattie.

Infine – per limitarsi ad un cenno – si pensi all'irrompere della telemedicina, della biotecnologia, dell'ingegneria medica e di quella genetica, della medicina molecolare, della nuova farmacologia; alla conseguente crescita esponenziale dei problemi e dei conflitti etici, nonché della speranza di salute e di vita nell'operato del medico. Correlativamente, si pensi all'affermazione dei nuovi diritti, riconosciuti e affermati soprattutto per via giurisprudenziale, in materia di identità, di benessere e di salute della persona, che si traducono anch'essi in attese nei confronti dell'opera del medico.

L'aggiornamento dei codici pone in risalto il rapporto – di correlazione e non più di contrapposizione – fra deontologia e bioetica, e quello fra la prima e il diritto. Quanto al primo rapporto, non v'è dubbio che i contributi della bioetica animano la deontologia medica; quanto al secondo, è ormai acquisito il carattere giuridico della normativa deontologica, come è stato affermato esplicitamente dalla Corte Costituzionale (nella sentenza 438 del 2008).

Questi cambiamenti epocali, nella medicina e nella sanità, non incidono sulla sostanza della professione: il rapporto umano tra medico e utente; l'espressione della solidarietà; il coinvolgimento pieno e totale della scienza, esperienza e coscienza del medico nella sua relazione con l'uomo, al di là del rapporto professionale e delle

responsabilità che ne derivano sul piano normativo, deontologico e prima ancora della coscienza.

L'autonomia del medico, con il suo corredo di formazione e di esperienza, ne esprime la libertà e la responsabilità; ma si traduce in un impegno sociale e di solidarietà che connota di venature pubblicistiche e funzionali l'esercizio della professione.

La dimensione pubblicistica non può mai diventare burocratizzazione e spersonalizzazione. Occorre porre attenzione al rischio che le esigenze di organizzazione ed il processo di aziendalizzazione della sanità modifichino il rapporto fra medico e l'utente: per un verso, relegando il primo a gestire contatti soltanto tecnici e distaccati; per un altro verso, accentuando la tendenza al "razionamento" dell'assistenza sanitaria, attraverso il rifiuto – per ragioni economiche – di prestazioni che potrebbero essere utili all'utente. E' appena il caso di ricordare – a questo proposito – il fondamentale principio di eguaglianza nel fruire dell'assistenza e delle prestazioni sanitarie, di cui il medico è garante e responsabile nell'ambito delle proprie competenze.

Infine, fra i cambiamenti epocali, a partire dal secondo dopoguerra, la medicina è stata segnata da rilevanti progressi tecnici e organizzativi, che hanno contribuito al prolungarsi della vita media e alla sconfitta di malattie. Fino ad arrivare all'ultima metà del secolo scorso, in cui si è assistito ad un lento processo di "medicalizzazione", che ha determinato l'aumento delle aspettative sanitarie, di pari passo con l'avvento della tecnologia in campo sanitario. Tuttavia, l'ausilio delle nuove tecnologie e la crescita inevitabile della specializzazione non potranno mai eliminare la relazione interpersonale – indispensabile – tra medico e utente. L'equilibrio tra il rispetto dell'autodeterminazione di quest'ultimo e quello della autonomia e responsabilità del medico è e sarà sempre un coefficiente essenziale della prestazione professionale medica, in qualunque contesto essa si voglia o possa collocare (pubblico, privato, operativo, organizzativo e così via).

2. Per comprendere il significato nuovo e sempre antico della professione medica, e per inquadrare la portata epocale dei cambiamenti che essa comporta rispetto al tema della responsabilità medica, mi sembra giusto muovere dall'articolo 32 della Costituzione. La salute come un diritto per ciascuno e un interesse per tutti è un'affermazione di valore importante sia in sé, sia nel contesto degli altri valori fondanti la nostra convivenza: i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà, come dice l'art. 2 Cost.; la libertà personale e l'autodeterminazione, garantite dall'articolo 13 Cost.; la pari dignità sociale, proposta dall'art. 3 Cost. come snodo indispensabile tra l'eguaglianza formale, il diritto alla propria identità e alla diversità, la parità sostanziale.

Perciò, è importante il contributo specifico che la Corte Costituzionale ha offerto nell'interpretazione dell'articolo 32, che cercherò di riassumere sinteticamente, alla luce della mia esperienza istituzionale e culturale. E' un contributo ampio, reiterato ed incisivo; ha influito, concretamente, sulla definizione e sulla portata del diritto di ciascuno e dell'interesse di tutti noi alla salute, nonché sul bilanciamento e l'equilibrio fra essa e gli altri principi e valori costituzionali.

La giurisprudenza costituzionale ha da tempo messo in luce la circostanza che il bene della salute è tutelato dall'art. 32, primo comma, «*non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo*» (sentenza n. 356 del 1991). Un diritto che impone piena ed esaustiva tutela (sentenze n. 307 e 455 del 1990), in quanto «*diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati*» (sentenze n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979).

Come diritto strettamente inerente alla persona umana, il «*nucleo irriducibile*» del diritto alla salute deve essere riconosciuto non solo ai cittadini italiani, ma anche agli stranieri «*qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato*», potendo il legislatore prevedere solo diverse modalità di esercizio dello stesso (sentenze n. 252 del 2001 e n. 432 del 2005).

Il diritto alla salute ricomprende una pluralità di situazioni soggettive, costituzionalmente garantite: pretese attive e passive dell'individuo, ma anche una generale pretesa della collettività a non veder compromessa o posta a rischio la integrità dei suoi membri, *«in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri»* (sentenza n. 218 del 1994).

Il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività – espresso nel primo comma dell'art. 32 – giustifica, ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, l'imposizione per legge di trattamenti sanitari obbligatori, fatti salvi i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Tuttavia, la Corte ha chiarito (sentenza n. 307 del 1990) che *«un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»*. Invece, con riferimento all'ipotesi di *«ulteriore danno»* alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio, *«il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria»*.

Tale rilievo esige infatti che, *«in nome di quell'interesse, e quindi della solidarietà verso gli altri... ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri»*. Ne deriva che un *«corretto bilanciamento»* fra la dimensione individuale e quella collettiva del *«valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività, che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento»*. Finirebbe, in particolare, *«con l'essere sacrificato il contenuto minimale del diritto alla salute a lui garantito,*

se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

Su questa base la Corte ha quindi riconosciuto l'esistenza di un diritto costituzionale all'indennizzo, in caso di danno alla salute patito in conseguenza della sottoposizione a vaccinazioni obbligatorie (fondamentali, sul tema delle vaccinazioni obbligatorie, anche le successive sentenze n. 118 del 1996, n. 27 del 1998).

Il riconoscimento dell'indennizzo è stato poi progressivamente esteso – anche al di là del trattamento obbligatorio – alle situazioni di infezioni da HIV e di epatite conseguenti a somministrazione di sangue o di emoderivati (cfr. da ultimo, per un richiamo delle pronunzie succedutesi sul tema, sentenza 28 del 2009, che richiama fra le altre la sentenza 476 del 2002). Trattasi, ad avviso della Corte, di *«una misura di sostegno economico fondata sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini, alla stregua degli articoli 2 e 38 della Costituzione... Essa trova il proprio fondamento nelle “insufficienze dei controlli sanitari fino ad allora predisposti” in questo specifico settore»*. Tale misura si fonda altresì sulla assimilazione fra il trattamento sanitario in adempimento di un obbligo legale e quello *«che pur non essendo giuridicamente obbligatorio, sia tuttavia, in base ad una legge, promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare nella società»* (così, recentemente, sentenza 293 del 2011, a proposito dell'indennizzo in favore dei soggetti affetti da sindrome da talidomide; nonché, da ultimo, sentenza 107 del 2012, a proposito della vaccinazione contro morbillo-parotite-rosolia, che ha *«formato oggetto, da più di un decennio, di insistite e ampie campagne, anche straordinarie, di informazione e raccomandazione da parte delle pubbliche autorità sanitarie»*).

*

3. Ad avviso della Corte Costituzionale, il diritto alla salute – nella sua prima fondamentale accezione – si sostanzia nel diritto all'integrità della persona, da intendersi non nella mera dimensione corporea ma in una più complessa dimensione di equilibrio psico-fisico. La tutela della salute psichica *«deve essere di grado pari a quello della salute fisica»* (sentenza 167 del 1999); più in generale, quell'equilibrio si

esprime in uno «*stato di benessere*», comprensivo anche degli aspetti psicologici legati all'identità sessuale (sentenza n. 161 del 1985).

Il diritto all'integrità trova garanzia nell'articolo 32, secondo comma, «*come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica*» (sentenza n. 282/2002).

Significativamente, la Corte ha affermato che fra i compiti posti alla Repubblica dall'articolo 32 c'è anche quello di promuovere la salute, in particolare, con misure indirizzate al «*superamento od attenuazione degli handicaps (ovvero ad evitare interruzioni di tali positive evoluzioni)*» (sentenza n. 215 del 1987). E', questa, una logica che evidentemente non va più solo nella direzione dell'adempimento di un dovere di solidarietà umana e sociale; ma si colloca a pieno titolo nel solco della tutela del diritto individuale alla salute.

Nella giurisprudenza costituzionale il diritto all'integrità psico-fisica è stato approfondito e sviluppato anche sotto il profilo della generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro, che non pongano a rischio questo suo bene essenziale; con conseguente risarcibilità del danno biologico e ambientale (sentenze 210 e 641 del 1987).

Nella sua seconda accezione, il diritto alla salute implica quello ad essere curati, che trova espressa tutela nel primo comma dell'articolo 32. Il diritto ai trattamenti sanitari, ovvero a ricevere prestazioni sanitarie, è tutelato come diritto fondamentale nel suo «*nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetta 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*» (v., fra le altre, sentenze n. 432 del 2005, n. 233 del 2003, n.252 del 2001, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999, n. 267 del 1998).

Al di fuori di tale nucleo, d'altra parte, il diritto a trattamenti sanitari «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato alla 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».

Ciò comporta che, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari diviene per il cittadino «*pieno e incondizionato*» nei limiti in cui lo stesso legislatore – attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati sulla falsariga delle risorse esistenti – predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie (cfr., fra le tante, le sentenze n. 432 del 2005, n. 304 e 218 del 1994, n. 247 del 1992, n. 455 del 1990). Ad avviso della Corte, non si può escludere neppure la «*necessità di individuare strumenti che, pur nel rispetto di esigenze minime, di carattere primario e fondamentale, del settore sanitario, coinvolgenti il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, operino come limite oggettivo alla pienezza della tutela sanitaria degli utenti del servizio*» (sentenza n. 162 del 2007).

Proprio in attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'articolo 32, «*l'infermo assurge, nella nuova concezione della assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno ed incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere*» (sentenza n. 103 del 1977).

Significativa, a tal proposito, è la circostanza che la Corte Costituzionale (sentenza n. 471 del 1990) ha proposto una ricostruzione del valore costituzionale dell'invulnerabilità della persona in termini di libertà, nella quale è postulata e attratta la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo.

Ciò ha consentito alla dottrina di desumere che l'entrata in vigore della Carta costituzionale ha modificato tacitamente l'art. 5 del codice civile, in particolare

attraverso la sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute, di cui all'art. 32. Ed ha consentito di ricondurre il concetto ed il limite dell'ordine pubblico – richiamato dall'articolo 5 del codice civile come limite agli atti di disposizione del proprio corpo, insieme alla diminuzione permanente dell'integrità fisica, alla legge e al buon costume – ai principi generali dell'ordinamento, così come enucleati dalla stessa Carta fondamentale e non superabili dal singolo.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l'affermarsi del principio personalistico enunciato da essa, la portata dell'art. 5 c.c. non può essere più impostata in termini di potere, ma di libertà di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che, in vario modo, coinvolgono e interessano il proprio corpo.

*

4. Nel diritto ad essere curati rientrano, oltre al diritto alle prestazioni sanitarie, anche la libertà di cura (scelta del medico e della terapia) e il diritto al consenso informato. Essi, unitariamente considerati, contribuiscono a definire i due momenti di cui si compone la scelta terapeutica.

Per quanto in particolare attiene alla scelta del medico e della struttura, secondo una giurisprudenza costituzionale costante (così, da ultimo, sentenza 248 del 2011, che richiama diversi precedenti) *«nel sistema sanitario nazionale il principio di libera scelta non appare affatto assoluto, dovendo invece essere temperato con altri interessi costituzionalmente tutelati»*; e ciò ai fini di equilibrio tra il principio di parificazione e concorrenzialità fra strutture pubbliche e private, e quello di programmazione per la razionalizzazione del sistema e il contenimento della spesa pubblica. Inoltre, *«la fissazione dei livelli essenziali di assistenza si identifica esclusivamente nella “determinazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni”, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale»*; essa non può invece essere posta a fondamento del principio di libertà di scelta delle strutture presso cui ricevere prestazioni di cura. Infine, *«la libertà di scegliere da parte*

dell'assistito chi chiamare a fornire le prestazioni sanitarie, non comporta, affatto, una libertà sull'an e l'esigenza delle prestazioni (ciò che giustifica la previsione di "poteri di controllo, indirizzo e verifica delle regioni e delle unità sanitarie locali e dunque il persistere del sistema autorizzatorio)».

La scelta terapeutica coinvolge anzitutto la sfera soggettiva dell'individuo (il suo diritto ad essere curato, ma anche il suo diritto all'integrità fisica e psichica); ed esalta la responsabilità professionale del medico. E' una scelta che – nel forte richiamo al rispetto dei doveri previsti dal codice di deontologia medica – segna il definitivo superamento di una concezione paternalistica dell'*ars medica* e della "potestà" del medico di curare, in favore della moderna e condivisa concezione dell'"*alleanza terapeutica*".

D'altronde, l'attività sanitaria, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute e ad attuare in tal modo la prescrizione – non meramente enunciativa – dettata dall'art. 2 della Carta, trova la sua base di legittimazione direttamente nell'articolo 32, che, appunto, tratteggia il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo; fino a potersene evocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa deve intendersi come "*costituzionalmente imposta*". E non è senza significato la circostanza che l'art. 359 del codice penale inquadri i privati che esercitano la professione sanitaria fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità.

Del tema della pratica terapeutica la Corte si è occupata, in particolare, in due importanti pronunce concernenti le terapie elettroconvulsivanti e gli interventi di psico-chirurgia (sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003). In essa ha fissato i principi-cardine della materia, successivamente ribaditi a proposito della procreazione medicalmente assistita (sentenza n. 151 del 2009).

In tutti e tre i casi la Corte è stata chiamata a scrutinare norme recanti limiti autoritativamente imposti all'espletamento di determinati trattamenti. Nei primi due, si trattava della sospensione obbligatoria e del divieto di utilizzo di determinate pratiche terapeutiche (terapia elettroconvulsivante, lobotomia prefrontale e

transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia) sul territorio di una regione. Nel terzo caso veniva in discussione il divieto – previsto nell’ambito della terapia finalizzata alla procreazione medicalmente assistita – di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre.

Nel dichiarare (con le sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003) l’illegittimità costituzionale di disposizioni legislative regionali concernenti, tra le altre, la terapia elettroconvulsivante, la Corte ha affermato che la pratica terapeutica – dovunque e da chiunque praticata – si pone *«all’incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l’art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica»*. Secondo la Corte, *«tali diritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l’osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall’ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull’osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione»*.

«Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali», non è quindi, *«di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»*. Poiché infatti – ha sottolineato la Corte – *«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 disposizione»*.

A giudizio della Corte, *«autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la*

propria responsabilità, configurano un altro punto di incrocio dei principi di questa materia». Deve essere esclusa qualsiasi ingerenza del legislatore sul «*merito delle scelte terapeutiche*»; ciò anche quando – come nel caso della legge sottoposta a giudizio della Corte, nella specie – quell’ingerenza sia indirizzata a vietare dei trattamenti terapeutici, sul presupposto della loro particolarmente rischiosità e dubbia efficacia terapeutica.

*

5. Un uguale spazio incompressibile di autonomia e responsabilità del medico la Corte ha riconosciuto là dove – all’interno di tecniche terapeutiche pure ammesse, come quelle legate alla procreazione medicalmente assistita – l’intervento del legislatore si era spinto fino a introdurre una prescrizione negativa, che nella sua automaticità violava il principio di ragionevolezza e quello di uguaglianza (sotto il profilo del medesimo trattamento riservato a situazioni dissimili), determinando anche un *vulnus* alla salute della donna.

La Corte (nella sentenza n. 151 del 2009) – richiamando i principi circa i limiti posti alla discrezionalità legislativa dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali, sulle quali si fonda l’arte medica – ha dichiarato l’illegittimità costituzionale *in parte qua* della norma censurata, «*in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto*».

L’intervento della Corte mantiene fermo il principio secondo cui le tecniche di produzione non debbono creare un numero di embrioni superiore a quello necessario, «*secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione di un unico e contemporaneo impianto del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico*

di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute».

D'altra parte, la tutela della salute della donna – non soltanto nella sua connotazione di persona, ma anche nella prospettiva della tutela della maternità e della salvaguardia della vita della prole sin dal suo inizio – è stata ben presente nella giurisprudenza della Corte, specie in tema di aborto; al punto da aver indotto la Corte stessa a dichiarare inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione degli artt. 4, 5, 12 e 13 della legge n. 194 del 1978. Ammettere il quesito referendario *in parte qua* avrebbe, infatti, consentito di travolgere «*disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù*» (sentenza n. 35 del 1997).

Sul diverso, ma contiguo versante della sperimentazione medica, la Corte sembrò invece in passato raccogliere le suggestioni che derivavano dalla scelta legislativa di consentire la sperimentazione di un complesso di sostanze e medicinali (compresi nel “multitrattamento Di Bella”), di fronte alle aspettative dei cittadini; così da ampliare in qualche modo il catalogo delle situazioni soggettive e dei diritti compresi nell'art. 32.

Nell'occasione, infatti, la Corte affermò che la determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione e l'autorizzazione all'impiego di tali sostanze nei confronti di soggetti estranei alla sperimentazione – prima che siano noti gli esiti di quest'ultima e, dunque, in deroga alle procedure ordinarie – non comportava un «*riconoscimento della utilità di impiego*» dei medicinali compresi nel multitrattamento; ma rappresentava pur sempre «*un "fatto legislativo" che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero "fatto sociale" spontaneo*». Sicché, «*nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali*», non poteva

negarsi che *«dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscano indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute»*.

Di qui l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata, che non prevedeva l'erogabilità – a carico del servizio sanitario nazionale ed a favore di coloro che versavano in condizioni di insufficienti disponibilità economiche – dei farmaci impiegati nella cura delle patologie tumorali per le quali era stata disposta quella sperimentazione; facendo così dipendere il concreto godimento di tale diritto dalle diverse condizioni economiche dei soggetti interessati (sentenza n. 185 del 1998).

*

6. Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori – salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto stabilito dall'art. 32 comma secondo – e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, la Corte ha fatto discendere il presupposto indefettibile per giustificare il trattamento sanitario; un presupposto che si fonda sulla scelta libera e consapevole – salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere – della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinviene base precettiva e costitutiva nei principi dettati dalla Carta fondamentale.

Sul punto, è sufficiente richiamare una pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008, che ha trovato conferma nella sentenza n. 253 del 2009), nella quale la tematica del consenso informato è stata scandagliata ampiamente e in modo approfondito, al punto da divenire un fondamentale punto di riferimento anche per una sentenza, concernente una materia affine, della Corte di Cassazione a Sezione Unite (sent. 18 dicembre 2008, Giulini), che ne ripercorre quasi testualmente i passaggi principali. La Corte Costituzionale ha puntualizzato che il *«consenso informato, inteso come espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno*

può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”».

D'altra parte, ha osservato la Corte, anche numerose fonti internazionali *«prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici»* (così, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con L. 27 maggio 1991, n. 176; l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145 seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000).

«La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico – ha precisato infine la Corte – si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della L. 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art.33 della L. 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge».

La circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32, pone in risalto – secondo il Giudice delle leggi – 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 per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma secondo, della Costituzione».* Da ciò

discende – ha concluso la Corte – che «*il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale*».

La libertà di autodeterminazione è legata in particolare (ma non soltanto) alla tematica dei farmaci salvavita, delle decisioni di fine-vita, del c.d. testamento biologico: una tematica divenuta particolarmente attuale oggi, in un momento in cui il malato, da soggetto in condizioni di mera soggezione nei confronti del medico, diventa co-protagonista delle scelte in merito alle terapie da attuare.

Il trattamento sanitario non può che essere volontario, legittimato in altri termini solo dall'accettazione consapevole e informata di chi ad esso dovrà sottoporsi, eccezion fatta per i c.d. trattamenti sanitari obbligatori. Quando non ricorrono gli estremi di questi ultimi, il trattamento sanitario e la terapia possono essere rifiutati dal paziente capace, consapevole e informato, anche se ne consegue la sua morte. Si discute se fra i trattamenti sanitari rientrino anche gli interventi di nutrizione e idratazione assistita, come ritiene in maggioranza l'opinione scientifica; un diverso orientamento è stato tuttavia espresso dal Comitato di bioetica e dalla legge *in fieri* (approvata dal Senato) sulle dichiarazioni anticipate di trattamento per il fine-vita (il c.d. testamento biologico), la quale riconduce quegli interventi a un doveroso sostegno vitale, al di fuori della disponibilità del singolo.

Le ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio non rappresentano una smentita di quanto dianzi detto sulla rivendicazione dell'autonomia e autodeterminazione terapeutica del singolo. Infatti è proprio e soltanto la duplice qualificazione del diritto alla salute, come diritto fondamentale di ciascuno e interesse di tutti, a giustificare la legge impositiva di un determinato trattamento sanitario: quando cioè quel trattamento sia diretto non già a migliorare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma a preservare lo stato di salute degli altri o quello dello stesso soggetto, se esso si trova in uno stato di incapacità ad esprimere consapevolmente un rifiuto o un consenso informato. In quest'ultimo caso si apre il tema del c.d. testamento biologico: la possibilità o meno, per il soggetto, di formulare in anticipo una volontà

(consenso o rifiuto), destinata a valere in un successivo momento, quando sopravvenga l'incapacità di decidere.

L'interesse della collettività non può e non deve essere ragione per la quale imporre al singolo un "dovere di curarsi", che la Costituzione non prevede, nel quadro dei doveri inderogabili di solidarietà. Anzi, e di più – ma il tema può in questa sede essere soltanto richiamato con un cenno; anche perché la Corte non ha avuto occasione di pronunciarsi specificamente su di essa – non v'è per il singolo un "dovere di vivere"; fermo restando che non v'è neppure, per contro, un suo "diritto di morire", per esercitare il quale egli possa chiedere l'intervento e la cooperazione di altri (lo Stato, il medico, il parente e così via); e fermo restando, comunque, il diritto alle cure palliative di fronte al dolore, anche se da esse possa derivare, come effetto secondario e non voluto, un esito letale.

*

7. I principi enunciati dalla Corte costituzionale, alla luce della pluralità di fonti che concorrono a rafforzarne gli enunciati, rappresentano la ineludibile base precettiva sulla quale poter configurare la legittimità del trattamento sanitario in genere. Con l'ovvia conseguenza che, ove manchi o sia viziato il consenso "informato" del paziente – e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità – il trattamento sanitario risulterebbe di per sé invasivo rispetto al diritto della persona di scegliere se, come, dove e da chi farsi curare.

Ed è proprio in quest'ultima prospettiva che assume uno specifico risalto la normativa – ampiamente evolutasi nel corso del tempo – elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica. Infatti, per un verso, la normativa deontologica chiarisce la portata del "circuito informativo" che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso. Dall'altro lato, essa è destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono le linee-guida circa i

trattamenti di diagnosi e cura per il medico, la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale.

Infatti, a seguito della Convenzione di Oviedo, anche il codice deontologico – approvato dal Consiglio Nazionale della Federazione Italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri il 3 ottobre 1998 – ha proceduto ad una revisione del concetto di consenso informato, ed ha elaborato una sua definizione più in linea con i parametri interpretativi suggeriti dalla Convenzione: una definizione profondamente innovativa rispetto ai princìpi enunciati nel precedente codice deontologico del 1995. L'art. 30 di quel codice, infatti, ha previsto che il medico debba fornire al paziente "*la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate*". Dietro esplicita richiesta del paziente, inoltre, il medico dovrà fornire tutte le ulteriori informazioni che gli siano richieste.

L'art. 32 del codice deontologico, a sua volta, ha stabilito che il medico non debba intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente; con l'ulteriore necessità della forma scritta per la manifestazione di tale consenso, nell'ipotesi in cui la prestazione da eseguire comporti possibili rischi per l'integrità fisica del soggetto. L'art. 34, infine, ha stabilito che il "*medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona*".

Questi princìpi sono stati ribaditi nel successivo codice deontologico, attualmente in vigore, ed il cui art. 35 conferma, appunto, che il "*medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente*". La norma aggiunge – ad ulteriore conferma del principio della rilevanza della volontà del paziente, come limite ultimo dell'esercizio della attività medica – che, "*in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona*"; e conclude che

“il medico deve intervenire, in scienza e in coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente”.

Mi sembra giusto concludere questa riflessione con il richiamo alla prospettiva deontologica. Essa, infatti, si fonda esplicitamente sulla dignità della professione (art. 1) e si collega alla pari dignità sociale (sancita dall'articolo 3 della Costituzione) ed al rispetto della persona (cioè alla dignità del destinatario della terapia): così da cogliere tutta la potenzialità e al tempo stesso la concretezza di quell'“alleanza terapeutica” che è, oggi, uno dei modi più significativi per guardare al valore e alla responsabilità della professione del medico.

La pari dignità di entrambi i protagonisti dell'“alleanza terapeutica” – il medico e il malato (non il “paziente”) – mi sembra infatti in grado di riassumere tutti i valori che vengono in considerazione quando si parla di salute: l'eguaglianza, l'identità personale, la libertà, la solidarietà; e di esprimere quindi il profondo significato costituzionale e, prima ancora, umano, che la salute e la sua tutela assumono nella nostra Costituzione.