

Le dinamiche del biodiritto contemporaneo tra anniversari e tenuta dei principi costituzionali

Lucia Busatta

Il 2018 è un anno di importanti ricorrenze storiche e giuridiche. Oltre al centenario della fine della prima guerra mondiale, si celebrano i settant'anni della Costituzione repubblicana e, contemporaneamente, la Spagna festeggia i quarant'anni della propria carta fondamentale.

Non solo: nel 1978 sono state approvate anche tre leggi destinate a innovare profondamente il nostro ordinamento, in punto di garanzia del diritto alla salute, di tutela dei diritti e di promozione dell'autodeterminazione della persona. Dal punto di vista storico, politico e sociale, il contesto nel quale il Parlamento giunse all'approvazione della legge Basaglia (n. 180 del 1978), della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza (n. 194 del 1978) e della riforma del servizio sanitario nazionale (n. 833 del 1978) fu uno dei più complessi della nostra storia repubblicana.

In quell'anno, infatti, si concentrarono una serie di avvenimenti che incisero in modo determinante sulla vita del nostro Paese (e non solo). Fu il periodo del terrorismo, del rapimento di Aldo Moro (ucciso, tra l'altro, in quello stesso 9 maggio in cui venne assassinato dalla mafia, a Cinisi, Peppino Impastato); nello stesso anno vi furono due conclave (che determinarono l'elezione di Giovanni Paolo I, deceduto dopo solo 33 giorni di pontificato, e Giovanni Paolo II, il primo papa non italiano dal XVI secolo); in luglio, in seguito alle dimissioni di Giovanni Leone, venne eletto Presidente della Repubblica, con la più larga maggioranza di voti nella storia repubblicana, Sandro Pertini, reduce della prima guerra mon-

diale, esponente di spicco della Resistenza e Padre costituente. All'epoca, il Ministero della Sanità era affidato a Tina Anselmi, la prima donna a ricoprire tale incarico in Italia (e la prima in assoluto a cui venne affidato un dicastero nella storia repubblicana: prima di ricevere l'incarico alla Sanità, Anselmi era già stata titolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale dal luglio 1976 al marzo 1978).

Anche il mondo della salute e della sanità, in quegli anni, stava segnando in modo determinante il proprio percorso. Si rammenta spesso che nel 1978, in Inghilterra, nacque Louise Brown, la prima bambina al mondo ad essere stata concepita grazie al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, meno spesso, si ricorda che, nel settembre di quell'anno, si tenne presso Alma-Ata (nell'allora Unione Sovietica, oggi in Kazakistan) la Conferenza Internazionale sull'assistenza sanitaria primaria. Il *summit* si concluse con l'adozione di una dichiarazione che impegnò gli Stati aderenti a promuovere la dimensione olistica della salute (secondo quanto previsto dalla definizione di salute dell'Organizzazione mondiale della Sanità). Il raggiungimento di tale obiettivo – sancito dal motto *Salute per tutti entro il 2000* – non può che avvenire, secondo la Dichiarazione adottata a chiusura della Conferenza, attraverso la garanzia da parte degli Stati dell'accessibilità ai servizi sanitari, della riduzione delle disparità di carattere sociale che incidono sullo stato di salute delle persone, per mezzo della promozione dell'assistenza sanitaria per tutti gli individui.

Anche per queste ragioni, oltre che per sottolineare il ruolo centrale che le tre leggi approvate quattro decenni fa hanno avuto nel nostro ordinamento, si è deciso di aprire questo fascicolo di *BioLaw Journal* con alcuni interventi selezionati nell'ambito di un *call for papers* dedicato a

tali anniversari. La prospettiva storica, però, non rappresenta la dimensione prevalente dei contributi selezionati. Essi, partendo dalla ricorrenza, ripercorrono l'evoluzione applicativa e interpretativa delle tre leggi e ne valutano la tenuta odierna, anche rispetto ai principi costituzionali.

Così, la legge Basaglia e l'istituzione del servizio sanitario nazionale divengono il paradigma del mutamento di prospettiva di quegli anni, dell'inveramento, a distanza di un trentennio dalla sua approvazione, dei principi della nostra Carta costituzionale. Come sottolinea Stefano Rossi, la legge n. 180 del 1978 rappresenta molto di più della trasposizione in chiave giuridica del "sogno" di Franco Basaglia: essa segna il passaggio dal «rapporto di dominio/controllo, all'assistenza e alla relazione terapeutica». In questo senso cambia profondamente il paradigma della cura, «sia in senso antropologico, sia in senso giuridico». Gli strumenti per rendere effettivo questo mutamento consistono in una vera e propria rivoluzione organizzativa, che si realizza anche attraverso una diversa architettura delle reti e dei servizi sul territorio, così come delle strutture e delle amministrazioni sanitarie. Il fine comune che lega la riforma del sistema sanitario e della salute mentale consiste nel restituire dignità al malato, nel promuovere l'universalismo in chiave garantista, per dare compiuta realizzazione al disegno costituzionale, puntando a ridurre la forbice delle iniquità economiche e sociali. In questa prospettiva, il principio di eguaglianza sostanziale opera anche grazie allo sforzo del legislatore: con il passaggio da un sistema sanitario di tipo mutualistico all'universalismo, vengono (almeno virtualmente) annullate le diseguaglianze di partenza poiché – come osserva Andrea Fedeli nel suo saggio – «con la nuova legge n. 833 del

1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, siamo tutti uguali quando ci ammaliamo».

Questo mutamento, tuttavia, non si è compiutamente realizzato. La spinta verso l'attuazione dell'eguaglianza sostanziale ha consentito di superare molte iniquità, ha permesso una serie di importanti interventi di carattere sanitario e sociale, ha contribuito a restituire (in parte?) dignità ai reietti della società, ma non ha portato a pieno compimento le finalità auspiccate.

L'evoluzione da un paradigma paternalista nell'approccio alla salute umana, fisica o mentale, verso un modello fondato sui bisogni, sulla centralità della persona e sulla relazione tra medico e paziente non si è compiuto nel 1978. Le leggi approvate allora hanno gettato le basi per iniziare a compiere una transizione che ha visto, quasi un anno fa, il raggiungimento di un altro fondamentale tassello. Con l'approvazione della legge n. 219 del 2017, sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento, il legislatore ha contribuito, dopo moltissimi anni di dibattito spesso sterile e controproducente, ad aggiungere un ulteriore punto cardine nella garanzia in chiave personalista ed egualitaria del diritto alla salute. Per mezzo della (tanto attesa) definizione della relazione di cura quale punto di incontro tra l'autonomia e la responsabilità del medico e l'autodeterminazione del paziente, si è saldato il punto di congiunzione tra l'elemento tecnico-scientifico che deve sempre orientare le scelte terapeutiche e la realizzazione delle aspirazioni e delle volontà del paziente, qualunque sia la sua condizione clinica, antropologica e valoriale.

Il cammino, però, è ancora lungo e tortuoso. Dare compiuta attuazione ai principi espressi a livello legislativo comporta un impegno quotidiano non solo delle istituzioni e delle amministrazioni repubblicane, ma richiede anche



l'impegno consapevole e responsabile di tutti i soggetti destinatari delle previsioni normative. Dal punto di vista istituzionale, la parziale realizzazione degli obiettivi indicati dal legislatore nel 1978 dipende da una molteplicità di fattori di diverso segno, non tutti dovuti a una carente applicazione del quadro normativo. Senza dubbio, il punto di svolta per consentire una completa realizzazione dell'ampio progetto del legislatore consiste nell'eterno nodo delle risorse. Quando si tratta di diritti la cui realizzazione è strettamente intrecciata con la predisposizione di servizi e con l'organizzazione amministrativa, la cronica scarsità di mezzi finanziari condiziona l'effettività delle garanzie che l'ordinamento offre ai consociati e che consente il pieno adempimento delle previsioni legislative.

L'esperienza di questi anni ha, inoltre, dimostrato che non è solamente la disegualianza intersoggettiva a incidere sul diritto alla salute e sugli altri diritti fondamentali della persona: puntando il *focus* proprio sulla disponibilità di risorse e sui profili organizzativi, ci si può rapidamente accorgere di quanto possano pesare, in punto di garanzia del principio di eguaglianza, anche le profonde differenziazioni di carattere territoriale nella predisposizione e nell'accessibilità ai servizi per la salute che caratterizzano oggi la Repubblica.

Tali divergenze sono state, in parte, esacerbate con la riforma costituzionale del Titolo V del 2001, per effetto della quale alle Regioni spetta la realizzazione di ogni profilo organizzativo concernente la tutela della salute e, dunque, l'universo della sanità. I numerosi interventi della Corte costituzionale hanno contribuito, in questo senso, a riportare "al centro" talune decisioni, per mezzo di una non sempre condivisibile interpretazione estensiva della clausola di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), della Costituzione. Riconducendo ai livelli essenziali

delle prestazioni quasi ogni intervento di carattere sostanziale avente ad oggetto la salute umana, il giudice delle leggi ha sfruttato gli strumenti a propria disposizione per indicare la strada per una migliore realizzazione dell'eguaglianza anche a livello territoriale. Altre volte, sempre in chiave egualitaria, la Corte ha imposto lo strumento dell'intesa, da adottarsi in sede di conferenza Stato-Regioni, come mezzo per la condivisione delle decisioni (anche) di carattere sanitario aventi un forte impatto sulla garanzia dei diritti delle persone.

La crisi economica che ha caratterizzato i primi lustri del terzo millennio ha, poi, reso ancora più complessa la realizzazione della spinta egualitaria voluta dai costituenti, prima, e dal legislatore del 1978, poi. L'attuale mutamento dei meccanismi economici si accompagna con il progressivo ampliarsi del peso giocato dalle istituzioni internazionali e sovranazionali in un ambito – quello della garanzia del diritto alla salute – tradizionalmente affidato alla competenza degli Stati nazionali. Anche per vie indirette, l'Unione Europea ha saputo progressivamente "suggerire" lo spostamento verso un modello sempre più uniforme di tutela della salute. La progressiva espansione delle competenze euro-unitarie – sottolinea Simone Penasa nel suo contributo – sta incidendo profondamente sulla garanzia dei diritti fondamentali e sulla realizzazione di molti obiettivi per la salute. Questo fenomeno è stato progressivo e non è dipeso solamente dall'allargamento dei poteri dell'Unione realizzati con le modifiche dei Trattati; la gradualità dell'incidenza dei vincoli euro-unitari sulla tutela della salute si è mossa – spesso in modo molto più efficace – lungo i binari delle libertà del mercato interno e dell'interpretazione e applicazioni dei principi generali (soprattutto la non discriminazione, la proporzionalità e la precau-

zione) a questioni attinenti in senso lato l'ambito sanitario.

Un andamento simile è riscontrabile anche nel ruolo giocato dalla Corte di Strasburgo, spesso chiamata a interpretare la portata delle norme della Cedu in questioni cd. "eticamente sensibili", sorte al punto di incontro tra diritto nazionale, fattore scientifico e riconoscimento del pluralismo valoriale delle nostre società. Così, pur richiamandosi alla discrezionalità del legislatore statale e alla dottrina del margine di apprezzamento, la Corte EDU ha saputo indicare progressivamente agli Stati meccanismi decisori e percorsi deliberativi che di fatto orientano il perfezionamento di determinate scelte in tematiche eticamente sensibili e che possono, in certa misura, condizionarne il verso, in termini di ampliamento dei diritti e della portata interpretativa delle norme convenzionali.

Vi è, poi, un altro tema trasversale che accompagna i contributi ospitati in questo fascicolo e che lega le ricorrenze, le istanze del costituzionalismo contemporaneo e la progressiva espansione in chiave transnazionale delle questioni ormai "classiche" del biodiritto. Si tratta del riconoscimento e dell'integrazione, nel dato giuridico, del pluralismo valoriale che caratterizza le società contemporanee e la verifica della sua tenuta costituzionale. Il paradigma di queste tensioni è rappresentato dalle problematiche applicative di un'altra delle leggi della quale si celebrano i quarant'anni. Approvata dopo un lunghissimo e assai divisivo dibattito, la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza si è distinta da subito come un testo normativo equilibrato, frutto di un compromesso tra le diverse forze politiche che animavano, in quegli anni, il Parlamento, espressione della necessità di riconoscimento di diritti che, anche secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 27 del 1975) non potevano più restare privi di tutela.

I contributi di Marilisa D'Amico e Irene Pellizzone evidenziano, in prospettiva diacronica, i punti nodali dell'interpretazione e applicazione della legge n. 194 del 1978. In questa dimensione, le autrici sottolineano come, pur a fronte di un testo normativo a vocazione pluralistica che, in quarant'anni di vigenza, ha dimostrato la sua tenuta ed è resistito al controllo di costituzionalità, rimangono, comunque alcuni aspetti da tenere sotto osservazione, che riguardano i profili tecnico-scientifici controversi (anche a fronte dell'evoluzione della medicina) e un diffuso ricorso all'istituto dell'obiezione di coscienza fra i medici ginecologi. Se, da un lato, tale strumento era stato introdotto dal legislatore proprio al fine di consentire il compimento di quel compromesso politico funzionale all'approvazione di una legge avente un oggetto tanto divisivo, i pericoli delle cd. obiezioni di comodo e la conseguente ineffettività di previsioni normative pensate a tutela della donna che attraversa un momento di profonda fragilità fisica ed emotiva rischiano di vanificare l'originale intento del legislatore. Si tratta di problematiche classiche e, al contempo, di estrema attualità, che – come messo in luce nello scritto di Irene Domenici – non caratterizzano solamente il nostro ordinamento. In questo senso, il valore aggiunto della comparazione permette di andare ad individuare le differenti reazioni messe in atto in altri ordinamenti al fine di superare le problematiche collegate alla necessità di contemperare le esigenze del pluralismo (i.e. il riconoscimento della libertà di coscienza ai medici) con la garanzia di un servizio sanitario fondamentale per la salute della donna.

La vocazione altamente transnazionale di queste tematiche e i nodi del pluralismo traspasano anche dal saggio di Lorenza Violini, ove si evidenzia come le tensioni tra diritto e scienza, da un lato, e tra diritto ed etica (*rectius*, etiche),

dall'altro lato, portino ad una crisi dei tradizionali modelli giuridici. Crisi che, però, non è necessariamente da intendersi in chiave negativa, ma che si sostanzia, piuttosto, in una spinta impartita al diritto a interrogarsi su se stesso, a rileggere i principi tradizionali, a vestirli delle nuove istanze di carattere scientifico e valoriale. Riportando il tutto su un piano costituzionale, secondo l'autrice, la crisi si risolve poiché, attraverso le logiche del costituzionalismo e dell'equilibrio tra i poteri, l'ordine è riportato attraverso la capacità dei principi costituzionali di "tenere insieme" ogni istanza compatibile con le logiche della Carta fondamentale.

In questa prospettiva, proprio gli ultimissimi sviluppi del caso Cappato suggeriscono alcune riflessioni circa l'applicazione dei principi del costituzionalismo all'emergere di istanze e bisogni che da sempre hanno contraddistinto l'esistenza umana, ma che trovano, oggi, nel diritto, nuove vie di fuga e canali di risposta. Il fascicolo ospita un contributo di Chiara Tripodina che affronta i temi al centro dell'ordinanza con la quale la Corte di Assise di Milano ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 580 del codice penale, in riferimento alla condotta di Marco Cappato che si era auto-denunciato per aver accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera, presso la clinica Dignitas, per ricevere l'assistenza medica al suicidio. Il caso all'attenzione del giudice delle leggi è complesso, non solamente per l'ampio carico di tematiche che essa reca con sé, ma anche per la formulazione stessa della questione di costituzionalità.

Degli ultimissimi giorni è la pubblicazione dell'[ordinanza n. 207 del 2018](#), con la quale la Corte ha reso note le motivazioni della decisione adottata nella camera di consiglio del 24 ottobre 2018 e anticipata con un comunicato

stampa (su cui v. il contributo di Salvatore Prisco).

Il giudice delle leggi ha scelto di intraprendere una strada sinora inedita nel cammino italiano del controllo di costituzionalità: la decisione sulla legittimità costituzionale della norma impugnata è stata rinviata al 24 settembre 2019, al fine di consentire al Parlamento «ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che [...] una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

Nelle proprie argomentazioni, la Corte non nasconde i complessi bilanciamenti tra valori costituzionali che il caso di specie sollecita, «in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi», ma rispetto al quale non possono (più) essere lasciati privi di adeguata tutela i pazienti che versano in condizioni tali da limitare la libertà di autodeterminazione nella scelta delle terapie, «comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze».

«Facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», la Corte sceglie, così, di rinviare il processo in corso, in modo tale da consentire al Parlamento di adottare le opportune e adeguate misure per rimuovere un *vulnus* che, di fatto, viene già rilevato. Il giudice delle leggi, tuttavia, sottolinea i plurimi profili che investe la regolazione delle condizioni di accesso all'assistenza al suicidio (e, per converso, dell'esclusione della rilevanza penale di siffatta condotta). Questi, tutti variamente declinabili nell'esercizio della discrezionalità politica del legislatore possono comprendere «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "pro-

cesso medicalizzato”, l’eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura».

Pur a fronte dell’indubbia peculiarità della decisione della Corte, non del tutto esente da profili di criticità per la scelta di sospendere la decisione in attesa dell’esercizio del (solo eventuale) potere legislativo del Parlamento, l’ordinanza presenta numerosi spunti per futuri approfondimenti e riflessioni. Fra questi, *in primis*, si possono menzionare i “contenuti costituzionalmente vincolati” di una possibile disciplina legislativa, ma appaiono meritevoli di considerazione anche i ricchi richiami alle analoghe pronunce di altre Corti supreme, quali *Carter v. Canada* del 2015 e *Nicklinson* (deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito nel 2014).

In questo articolato quadro, una primissima considerazione che si può esprimere sull’ordinanza n. 207 del 2018 e che si lega con le riflessioni sinora sviluppate circa le dinamiche del costituzionalismo contemporaneo, riguarda il fatto che, anche a motivo dell’intrinseca dinamicità delle questioni che investono il mondo della salute umana, il giudice costituzionale è spesso in prima linea per il riconoscimento dei diritti all’incrocio tra scienza, etica, vita e diritto. Ne sono prova sia il caso Cappato, sia – tornando al tema degli anniversari con il quale si è aperto questo editoriale – la storica pronuncia della nostra Corte costituzionale sul reato di aborto (sent. n. 27 del 1975), con la quale il giudice delle leggi ha offerto al legislatore la bussola per intervenire, definendo il contenuto costituzionalmente orientato (e vincolato) di quella che sarebbe divenuta, tre anni dopo, la legge n. 194 del 1978.

Rispetto al caso Cappato, ci si può quindi chiedere se gli orientamenti che la Corte costituzio-

nale ha voluto inserire nelle motivazioni dell’ordinanza sul caso Cappato saranno accolti dal legislatore quali principi ispiratori di un intervento normativo che, proprio sulla scorta delle parole del giudice delle leggi, appare ormai “costituzionalmente necessario” (come già avvenuto in passato proprio con riguardo alla disciplina dell’interruzione di gravidanza).

I prossimi fascicoli di *BioLaw Journal* torneranno nuovamente sulla tematica, ospitando saggi e articoli in commento all’ordinanza della Corte costituzionale e utili alla costruzione di un dibattito scientifico che possa fungere da valido supporto per il difficile compito che la eterogenea composizione attuale di Camera e Senato sarà chiamata ad onorare.