

## Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale

Barbara Pezzini\*

THE RIGHT TO HEALTHCARE 40 YEARS AFTER THE CREATION OF THE NATIONAL HEALTHCARE SERVICE:  
STRUCTURAL CRITICALITIES OF A SOCIAL RIGHT

ABSTRACT: The article aims at reflecting on some critical issues emerging from the observation of the 40 years long implementation of the law 833/1978, looking at them as a result of the complex process of turning constitutional social rights, from *lex* (duties and aims of the state) into *iura* (real individual rights). Different topics are taken into account: the shifting of decision-making process from parliament to government and from politics to technology; the possibility to ensure equity and democratic quality in the relationship between needs and resources; the original quality of participatory provisions as means of a patient's active responsibility in his/her relationship with the doctor; the constitutional foundation of self-determination in the relationship between the doctor and the patient, facing the physician's conscientious objection.

KEYWORDS: Constitutional right to health; national health service; therapeutic self-determination; medical assistance in dying; conscientious objection

SOMMARIO: 1. Struttura e garanzia costituzionale del diritto sociale alla salute: *lex* e *ius* in dialettica nell'art. 32 cost. – 2. Le forme del processo decisionale sull'attuazione del diritto sociale alla salute: il ruolo del legislatore e le sue criticità – 3. I contenuti del processo decisionale: fabbisogno e risorse – 4. Tra dimensione collettiva e dimensione individuale: la qualità originaria della partecipazione – 5. La relazione terapeutica come contesto e come forma della garanzia dell'autodeterminazione – 6. Criticità nella relazione terapeutica: l'obiezione di coscienza del medico.

### 1. Struttura e garanzia costituzionale del diritto sociale alla salute: *lex* e *ius* in dialettica nell'art. 32 Cost.

**Q**uando, per interrogare le vicende quarantennali del diritto costituzionale alla salute nella sua dimensione di diritto sociale, si prova a ragionare sulle forme dell'eguaglianza in sanità, si incrociano tutti i nodi che attengono all'assunzione del diritto alla salute come pro-

---

\* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo E-Mail: [barbara.pezzini@unibg.it](mailto:barbara.pezzini@unibg.it). Contributo sottoposto a referaggio da parte del Comitato Scientifico.

totipo di un diritto sociale costituzionalmente costruito e garantito come diritto soggettivo<sup>1</sup>. Ed in questa luce vanno anche considerati gli snodi di un lungo percorso di attuazione, che prende le mosse dalla ricorrenza del quarantennale della legge 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale. Vi è, infatti, nel diritto costituzionale alla salute una sorta di criticità intrinsecamente connessa alla sua stessa struttura costituzionale di diritto sociale che, come tale, continua ad essere di complessa, e non compiutamente risolta, definizione<sup>2</sup>. Una criticità che, risalendo alle matrici dello stato sociale<sup>3</sup>, affonda le sue radici nei processi di trasformazione dei diritti sociali da *lex* a *iura*, nel passaggio dalla *costituzionalizzazione* del perseguimento del benessere della popolazione come dovere e finalità dello stato (*lex*) alla *costituzionalizzazione* della garanzia delle effettività dell'accesso e del godimento effettivo da parte di ciascuno dei beni essenziali ad una vita degna (in termini di *ius*).

Per cogliere la portata della trasformazione e insieme la radice della criticità guardando alla struttura del diritto alla salute ex art. 32 Cost., muoviamo da una definizione preliminare: una costituzione assume i diritti sociali come oggetto rilevante quando formula norme che individuano beni essenziali per l'esistenza individuale, sui quali si proietta un interesse individuale, e li rende oggetto di una tutela specifica che implica l'individuazione di un qualche comportamento dovuto per la soddisfazione degli interessi relativi al bene<sup>4</sup>. Ed ecco emergere i due poli del problema, i due corni tra i quali oscilla ogni definizione: i diritti sociali sono norme di diritto oggettivo di rango costituzionale, *lex* dal punto di vista della costituzione, nella misura in cui richiedono norme di principio che individuano finalità pubbliche relativamente a determinati beni; ma sono anche *iura*, dal momento che i beni tutelati corrispondono e sono riferibili ad interessi, primari e fondamentali, degli individui.

Quali sono, allora, le implicazioni della definizione costituzionale della salute in termini di fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività oggetto di tutela da parte della Repubblica (art. 32 Cost.)?

Innanzitutto: a) il rango costituzionale del bene protetto che, assunto come oggetto rilevante del diritto costituzionale, non può essere degradato; dalla formulazione normativa discende anche: b) il riconoscimento di uno specifico interesse individuale sul bene, in quanto la selezione dei beni costituzionalmente tutelati è espressione della essenzialità che è stata loro attribuita in relazione alle condizioni dell'esistenza individuale; insieme: c) alla indispensabilità di misure attuative, necessariamente implicate nella doverosità della protezione, che postula l'individuazione di un qualche comportamento dovuto per la soddisfazione degli interessi relativi al bene. Il rapporto tra bene e interesse indivi-

<sup>1</sup> Come hanno consapevolmente fatto tutte le relazioni presentate nell'ambito del colloquio *Il diritto alla salute tra equità e sostenibilità. Colloquio sulle forme dell'eguaglianza in sanità*, svoltosi il 14 dicembre 2018 presso l'università di Bergamo, qui proposte nella loro forma successivamente rielaborata ed arricchita.

<sup>2</sup> Specificamente su questa criticità B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 1. Un'ampia ricostruzione complessiva in M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013.

<sup>3</sup> Il volume 46, 2017 della rivista *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, interamente dedicato al tema "Giuristi e Stato sociale", riprende il tema dello stato sociale e delle interpretazioni giuridiche dei suoi istituti; della svolta cruciale impressa dal rapporto Beveridge ha trattato nel colloquio l'intervento di L. Busatta.

<sup>4</sup> Non può sfuggire che in questa definizione – incentrata sull'individuazione di beni essenziali per gli individui e socialmente protetti – è già implicito un catalogo essenziale dei diritti sociali, nel quale la *salute* compare imprescindibilmente, accanto al lavoro, all'abitazione, all'assistenza e previdenza sociale e all'istruzione.

duale risulta direttamente incorporato nella definizione, nella misura in cui il secondo consente la selezione del primo e ne definisce il rilievo costituzionale; il nesso tra le misure attuative e l'interesse individuale risiede nel fatto che l'attuazione pretesa dalla doverosità normativa si rivolge alla soddisfazione dell'interesse individuale, nel senso specifico di essere volta primariamente a *creare le qualificazioni giuridiche necessarie perché l'interesse si configuri nella sua modalità primaria e più completa*, come quel vero e proprio *diritto soggettivo* di cui parla la disposizione costituzionale.

E, tuttavia, l'attuazione è costituzionalmente indispensabile, ma è anche relativamente autonoma dalla costituzione, dalla quale, implicando una selezione dinamica e squisitamente politica, non può essere definita una volta per tutte e staticamente; l'attuazione del diritto costituzionale si compie attraverso misure di rango sub-costituzionale, che hanno però con la costituzione un rapporto che, lungi dall'essere occasionale o relativo, è peculiarmente qualificato. In ciò *lex* e *ius* sono le due facce di una stessa medaglia: da un lato, la necessaria attenzione all'interesse individuale costruisce il diritto sociale come un vero diritto soggettivo (come *ius*); dall'altro, l'indispensabilità dell'attuazione e la sua relativa autonomia costituzionale si presentano come vincolo oggettivo della *lex*. Il diritto alla salute implica un mandato costituzionale di protezione sociale che è realizzabile solo attraverso l'esercizio di potestà politiche, che a loro volta implicano il dispiegarsi di poteri decisionali tipicamente pubblici, che concorrono a definire il contenuto del diritto con le determinazioni di volontà che provengono dal soggetto titolare del bene costituzionalmente garantito, dal soggetto, cioè, per il quale il bene rappresenta un elemento essenziale per lo svolgimento e lo sviluppo della personalità individuale.

In questa dimensione sopravvive la dialettica di *lex* e *ius* che, per certi versi, era sembrata sfumare e quasi scomparire con il passaggio dalle costituzioni del primo novecento a quelle che seguono la seconda guerra mondiale. Nella fase "*organica*" della costituzionalizzazione dei diritti sociali – di cui la costituzione di Weimar (1919) è stata il prototipo – il loro riconoscimento nei testi normativi e costituzionali avviene tramite la costruzione in termini di "*compiti per il legislatore*"<sup>5</sup>: il catalogo dei diritti sociali è declinato come un *catalogo dei doveri dello Stato*, genericamente rivolti alla comunità; non si riconoscono obblighi esigibili da soggetti determinati e individuali, neppure quando le disposizioni utilizzano espressamente il termine "*diritti*". L'ambiguità che ne consegue impone di *relativizzare* la portata dell'espressione, nel senso che non si tratterebbe comunque di "*diritti*" nello stesso senso e della stessa portata degli altri. Manca, in questa fase, una più precisa identificazione del soggetto titolare del diritto sociale e, insieme, della strumentazione che consentirebbe allo stesso di portare a compimento la pretesa rispetto alla quale lo Stato è stato configurato come un obbligato, potenziando quegli strumenti – *in primis* interpretativi – che renderebbero la categoria dei diritti sociali pienamente assimilabile agli altri diritti costituzionalmente garantiti: resta, infatti, nell'ombra l'interesse all'adempimento dei doveri pubblici che pure le norme costituzionali hanno affermato. Di conseguenza, la conformazione dei contenuti del diritto sociale è unilateralmente determinata dal sogget-

<sup>5</sup> B. PEZZINI, *op. cit.*, cap. II, nella dimensione temporale dei diritti sociali distingue quattro fasi (riduzionistica, organica, personalistico-solidarista ed identitaria-relazionale), riconducendo alla fase organica, nell'esperienza italiana, anche la Carta del lavoro fascista, base delle politiche sociali del regime, che, a differenza della Costituzione di Weimar, che coniuga la tutela sociale alla rappresentanza politica, introduce una tutela sociale senza rappresentanza degli interessi.

to passivo dell'obbligazione, che non è il soggetto del cui bisogno, del cui interesse o della cui utilità ci si sta occupando; al contrario, quest'ultimo soggetto non ha poteri decisionali o di conformazione del contenuto: le norme di riconoscimento dei diritti sociali sono norme *uni-direzionali*, non *bi-direzionali*<sup>6</sup>.

La discontinuità rispetto a questa fase è segnata, per la costituzione italiana, dall'impatto del principio fondamentale del personalismo, che conduce ad una consapevole assunzione del pluralismo come irriducibilità delle personalità individuali nel quadro della solidarietà sociale (art. 2 Cost.). Non appare più sufficiente, come nella fase tra le due guerre mondiali, costituzionalizzare una funzione di integrazione costituzionale che assegni allo stato il potere di definire con le proprie manifestazioni di volontà gli interessi sociali ed il compito di realizzarli per mezzo della propria azione: al di là delle difficoltà di controllare l'esercizio di potere discrezionali da parte degli organi dello stato e dei rischi di una declinazione autoritaria delle funzioni statali<sup>7</sup>, ciò che si è dimostrato inadeguato in tale concezione è l'idea stessa che il bene socialmente protetto possa essere espresso con una sintesi superiore – e sostanzialmente esterna ed eteronoma rispetto – agli individui ai quali concretamente si riferisce. Intesa come riconoscimento di un bene fondamentale per lo sviluppo della personalità di ciascuno, ed in questa accezione introdotta formalmente nella costituzione, la tutela della salute (e degli altri diritti sociali) viene ad essere primariamente incardinata con riferimento all'autonomia individuale: il diretto rapporto tra la persona ed il bene resta in primo piano, non può essere relegato nella sfera pre-giuridica della politica, ma va concretizzato in ognuna delle relazioni intersoggettive nelle quali abbia un rilievo sostanziale. Di conseguenza, della funzione pubblica rivolta alla tutela dei (beni qualificati come) diritti sociali, che resta naturalmente postulata perché possa darsi una tutela effettiva, si coglie l'aspetto strumentale e funzionale all'autonomia individuale: essa viene ancorata alla capacità di soddisfare l'autonomia individuale, acquisendo uno strumento giuridico per apprezzare e misurare la doverosità, che in precedenza restava confinata sul piano etico-politico, irrilevante al diritto costituzionale.

Nelle costituzioni di impronta personalistico-solidarista resta preservato uno spazio alla *politica*, ricondotto però ad una cornice giuridica che ne chiarisce la natura ed il carattere vincolato nel fine e parametrabile rispetto allo scopo intrinseco (mentre nella versione organica della fase precedente lo spazio politico restava una dimensione contrapposta ed estranea al diritto).

Nel processo decisionale entra la persona, con tutte le sue possibili determinazioni rispetto al bene che acquistano rilievo e debbono trovare una garanzia: per quanto condizionate dalle decisioni pubbliche, non possono essere interamente assorbite da queste.

Le garanzie costituzionali dei diritti sociali servono, insieme, a *riconoscere* e a *delimitare* lo spazio della politica, creando una dimensione sostanziale garantita alla politicità delle scelte del legislatore, in

<sup>6</sup> Affermare che A ha il dovere di tenere un certo comportamento è ben diverso dal riconoscere che A ha un obbligo nei confronti di B: sul punto v. F.P. VERTOVA, *Cittadinanza liberale, identità collettive, diritti sociali*, in D. ZOLO (a cura di) *La cittadinanza*, Roma-Bari, 1994, 181, che richiama espressamente l'insegnamento di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 51-61.

<sup>7</sup> Ben leggibile nella componente sociale dell'ordinamento fascista; F. TARONI, *Prima e dopo quel difficile dicembre 1978*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 532, fa anche osservare come la "selva mutualistica" precedente l'istituzione del servizio sanitario nazionale come strumento specifico dell'attuazione dell'art. 32 Cost. avesse tratto le sue origini dalle proposizioni XXVII e XXVIII della Carta del lavoro del 1927.

un rapporto *complesso, dinamico e circolare*: la libertà dei fini che sarebbe propria della sfera politica è limitata dalla garanzia *costituzionale* di un interesse sociale del soggetto (un interesse personale in ordine ad un bene determinato della vita che risulta *sociale* in quanto oggetto di tutela nelle relazioni del soggetto); la selettività politica si riespande, però, nella fase dell'attuazione legislativa, nella misura in cui la mediazione legislativa è intrinsecamente necessaria al diritto sociale perché appartiene strutturalmente alla sfera della politica operare distinzioni e selezioni, determinare priorità e bilanciamenti nel complesso delle relazioni sociali nel quale l'interesse si manifesta, attribuendo e distribuendo gli obblighi corrispondenti alla soddisfazione dell'interesse. È sul piano della politica che vanno compiute, infatti, le operazioni di ponderazione e di scelta indispensabili per la definizione del diritto soggettivo, anche se le garanzie costituzionali inducono una riduzione della complessità politica del processo decisionale, definendo in via preventiva alcune delle condizioni più significative della tutela giuridica della salute, che rappresentano *contenuti* del "bene comune".

È in tale complessità strutturale del diritto costituzionale alla salute che hanno radice i nodi critici e problematici con i quali si misura l'attuazione: la necessità della mediazione del legislatore (in un processo che rappresenta le condizioni formali essenziali della decisione sul bene); la complessità della decisione sulle risorse finanziarie ed organizzative che sostanziano l'effettività del diritto; l'equilibrio tra dimensione collettiva e individuale; gli spazi di autodeterminazione individuale. Nodi che ne esprimono la fisiologia di funzionamento, prima ancora che le possibili patologie.

In questa chiave, le criticità che sono emerse nel percorso di attuazione costituzionale, in particolare nei quarant'anni dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, mostrano nel concreto le peculiarità della struttura costituzionale del diritto alla salute, spingendo a riflettere sugli snodi temporali e sui passaggi più significativi che segnano il contesto e le forme in cui si compie il complesso processo decisionale relativo all'attuazione del diritto alla salute.

## 2. Le forme del processo decisionale sull'attuazione del diritto sociale alla salute: il ruolo del legislatore e le sue criticità

Forme e contenuti dei processi decisionali che appartengono strutturalmente – nel senso visto – alla garanzia del diritto alla salute si trovano immersi in un ordinamento costituzionale con il quale si confrontano e dal quale ricevono significato, nel complesso del quale contribuiscono a dare espressione alla funzione di creazione e legittimazione del potere propria della Costituzione. Forme e contenuti delle decisioni sostanziano, infatti, l'esercizio della sovranità popolare, come radicata nei principi della catena normativa che lega le disposizioni di apertura della Costituzione repubblicana: democrazia (fondata sul lavoro), personalismo ed uguaglianza (formale e sostanziale). Ed è, innanzitutto, il parlamento a strutturare e dare legittimazione al potere *democratico*, sia attraverso le forme di esercizio della democrazia rappresentativa nella funzione legislativa, sia attraverso i contenuti che definiscono le condizioni fondamentali ed irrinunciabili dell'esistenza collettiva (nel segno, appunto, dello svolgimento della personalità di ciascuno nella sfera delle relazioni, della solidarietà, dell'uguaglianza sostanziale e della piena partecipazione).

In questa prospettiva, sono significativamente mutate, nel corso dei quarant'anni, le forme dell'esercizio della sovranità democratica, contribuendo a indebolire – o quantomeno ad allontanare

dall'ambito della produzione normativa in materia sanitaria – la funzione di legittimazione democratica.

Nella stagione avviata con la costruzione del servizio sanitario nazionale universalistico, globale e finanziato dalla fiscalità generale (l. 833/1978), il legislatore era stato pienamente protagonista<sup>8</sup>: sia nel senso sostanziale, della produzione di contenuti che decidono in modo forte l'attuazione della funzione costituzionale di garanzia della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività<sup>9</sup>; sia nel senso formale, della centralità del *parlamento* nell'esercizio della funzione legislativa, che garantisce, proprio nella specificità dei suoi procedimenti, l'ampiezza del dibattito e del confronto, la piena visibilità e trasparenza dei processi decisionali e, con esse, il dispiegarsi della funzione propriamente rappresentativa<sup>10</sup>. Del 1978 sono, infatti, sia la legge n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*<sup>11</sup>, sia le leggi, di poco anteriori, n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*<sup>12</sup>, e 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*<sup>13</sup>, che hanno complessivamente contribuito a definire il quadro ordinamentale del sistema sanitario ispirato alla solidarietà sociale ed al riconoscimento della dimensione soggettiva del diritto alla salute. Le successive stagioni di riforma (in taluni casi *controriforma*<sup>14</sup>) del sistema sanitario hanno, invece, fatto ampiamente ricorso alla forma della produzione legislativa delegata<sup>15</sup> ed alla decretazione d'urgenza<sup>16</sup>, determinando un sostanziale allentamento della rilevanza che la definizione politica dello stato del processo di attuazione del diritto sociale alla salute assume

<sup>8</sup> Lo sottolinea la relazione di I. Ciolli.

<sup>9</sup> F. TARONI, *op. cit.*, 532, parla di un vero e proprio "salto di paradigma" rispetto al passato.

<sup>10</sup> La discussione della legge 833 avviene nel contesto del IV governo Andreotti, della non sfiducia, monocoloro democristiano con l'appoggio esterno di tutti i partiti del c.d. arco costituzionale, compreso il partito comunista (superamento della *conventio ad excludendum*); il testo della legge fu il frutto di un intenso lavoro parlamentare di rielaborazione e fusione di progetti parlamentari e di fonte governativa (con riferimento non solo al disegno presentato dalla ministra in carica Tina Anselmi, ma anche alla proposta elaborata quattro anni prima da Vittorino Colombo): v. S. LUZI, *Salute e sanità nell'Italia repubblicana*, Roma, 2004, 300 ss.

<sup>11</sup> Su quella stagione politica torna, da ultimo, F. TARONI, *op. cit.*

<sup>12</sup> Dichiaratamente anticipatrice di contenuti della successiva 833, come risulta dalla previsione del suo art. 11, co. 2 («gli art. 1-9 ... restano in vigore fino alla data di entrata in vigore della legge istitutiva del ssn»); lo stralcio degli articoli relativi ai trattamenti sanitari dal progetto complessivo della riforma fu disposto per evitare il referendum contro la l. 36/1904, *Riguardante disposizioni sui manicomi e sugli alienati*, che era stato dichiarato ammissibile dalla sent. 16 del febbraio 1978: v. S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 205.

<sup>13</sup> B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, tomo II, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 1655.

<sup>14</sup> La qualificazione in termini di controriforma è stata usata polemicamente soprattutto a proposito dell'impianto originario della riforma della riforma sanitaria del 1992, su cui v. oltre par. 3, in particolare da A. MATTIONI, *Le quattro riforme Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 280.

<sup>15</sup> In particolare, con la legge di delegazione 421/1992, attuata dai d. lgs. 502/1992 e 517/1993, su cui v. il par. successivo; nonché successivamente con la legge di delegazione 419/1998, attuata dal d. lgs. 229/1999. Con specifici richiami alle problematiche della legislazione per delega in sanità, si veda, F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in C. PINELLI (a cura di) *AMMINISTRAZIONE e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Milano, 2000, 20.

<sup>16</sup> Il d.-l. 158/2012, convertito nella l. 189/2012 che, comunque, richiede per la sua attuazione l'adozione di ulteriori decreti attuativi e di accordi politico-finanziari tra governo e regioni, che spostano ulteriormente l'asse della produzione normativa sul solo potere esecutivo.

nei confronti della legittimazione democratica dell'esercizio del potere. Non si tratta solo di rilevare anche in questo campo la dislocazione del potere dal Legislativo all'Esecutivo che, nel contesto dei processi di integrazione sovranazionale e dell'impatto della crisi economica, caratterizza in via generale la dinamica della forma di governo<sup>17</sup>; riducendo il ruolo della rappresentanza parlamentare, questi processi mostrano anche come la definizione delle grandi opzioni in materia sanitaria, nella misura in cui si allontana dalla sede parlamentare classicamente propria della legittimazione politica per concentrarsi nella sede governativa, si rivolga piuttosto ad una legittimazione di tipo non politico, tecnico-scientifica.

Ne consegue un rimescolamento delle funzioni – diversamente discrezionali<sup>18</sup> – legislativa, amministrativa e tecnico-scientifica che il diritto alla salute incrocia.

La mediazione legislativa è tipicamente propria del diritto sociale, nella misura in cui appartiene strutturalmente alla sfera della politica operare distinzioni e selezioni (la decisione politica seleziona i mezzi di tutela della salute attraverso un bilanciamento proporzionato che tenga conto dei molteplici parametri in gioco, dalla gravità e diffusione delle patologie, ai costi diretti ed indiretti di farmaci e terapie, all'efficacia terapeutica ed alle modalità di somministrazione, ecc.); nel contempo, gli aspetti della disciplina riguardanti l'organizzazione del servizio non possono che essere integrati dall'esercizio di poteri amministrativi discrezionali, che, a loro volta, ponderano gli interessi in gioco. L'una e gli altri implicano valutazioni di carattere tecnico – medico, farmaceutico, epidemiologico – che né il legislatore, né l'amministrazione possono compiere direttamente e sono rimesse a sedi adeguate di apprezzamento tecnico. La discrezionalità *c.d. tecnica* non comporta ponderazione di interessi o valutazione di opportunità, ma introduce un momento conoscitivo; comporta ricognizione, apprezzamento e valutazione di dati di fatto, secondo operazioni che debbono essere verificabili e logicamente e congruamente motivate (esatte rispetto ai parametri assunti); costituisce manifestazione di giudizio e non espressione di volontà; è caratterizzata dalla opinabilità, particolarmente in presenza di una pluralità di valutazioni alternative (quando esistenti). Anche se la necessità di distinguere e delimitare precisamente il confine delle determinazioni che, in quanto espressione di *giudizi di scienza*, si distinguono dalle *valutazioni politiche o amministrative*, che importano una comparazione e selezione di interessi, non deve far passare in secondo piano il fatto che ogni fase ed ogni aspetto del processo decisionale relativo alla definizione ed all'organizzazione degli strumenti di tutela della salute si confronta con corposi interessi, di comunità scientifiche ed industriali, di gruppi e categorie professionali. Lo spazio discrezionale di azione e di determinazione presente in tutte queste attività non è semplicemente disegnato da un confine che protegge da interferenze esterne le decisioni e le azioni che in esso si compiono, quanto piuttosto diretto da una comune *funzione di tutela della salute* che è, insieme, politica, amministrativa e tecnico-scientifica: le decisioni legislative ed amministrative di

---

<sup>17</sup> E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, con ampi riferimenti bibliografici; ma anche il fascicolo 3, 2017, della rivista *Osservatorio sulle fonti*, interamente dedicato al tema *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*.

<sup>18</sup> Le diverse dimensioni della discrezionalità sono approfondite da B. PEZZINI *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, 2007, 211.

ponderazione di interessi sono indirizzate finalisticamente da uno scopo<sup>19</sup> al quale debbono essere coerenti e strumentali anche le valutazioni tecnico-scientifiche (i giudizi di scienza). Il termine ed il concetto di *discrezionalità* alludono<sup>20</sup> alla specificità di ciascuno di questi tre ambiti, entro il quale trovano applicazione regole e canoni tipici, propri di quelle particolari categorie di azioni e determinazioni, non fungibili e tendenzialmente riservati. La discrezionalità pone in evidenza un aspetto di autonomia (intesa come libertà di scelta) e, insieme, la sottoposizione ad un parametro: nel rapporto tra le diverse funzioni, la *discrezionalità* marca e definisce la reciproca indipendenza, segnando un limite; nell'esercizio della singola funzione sta a significare che la determinazione – sia essa di volontà (legislativa e amministrativa), sia di giudizio (della componente medico-sanitaria) – deve rispondere ad un vincolo di coerenza e adeguatezza al proprio specifico parametro.

Risultano chiare, allora, nell'osservazione delle dinamiche che hanno caratterizzato le forme dei processi decisionali relativi all'attuazione del diritto alla salute, le criticità connesse alla tendenziale sostituzione dei processi di *ponderazione e selezione degli interessi* – quali possono essere garantite da un integrale ricorso alle procedure più rigorosamente parlamentari – ad opera di processi decisionali *fondati su motivazioni di natura tecnica* (medico-sanitaria, economica, aziendalistica), il cui baricentro si sposta decisamente nella sede governativa. Quando la discrezionalità tecnica, evocando un mero apprezzamento tecnico di evidenze, si sovrappone alla discrezionalità politico-legislativa, quasi sostituendola, si perdono trasparenza e democraticità dei procedimenti decisionali; la coscienza della intrinseca strumentalità della valutazione tecnica rispetto alla decisione politica si offusca, accrescendo la difficoltà di considerarne adeguatamente gli aspetti problematici (si pensi, in particolare, alla difficoltà di attivare i meccanismi della responsabilità politica per decisioni che, in realtà, operando selezioni di molteplici interessi, la dovrebbero generare).

Né tale *deficit* di responsabilizzazione politica può trovare, a mio parere, sufficiente compensazione nel fatto che, nell'area in cui si definiscono le micro-opzioni e le scelte individuali, si possa specularmente osservare l'incremento delle pretese di controllo e verificabilità, con la connessa attivazione di

<sup>19</sup> Il riconoscimento di *funzioni legislative specializzate* (norme costituzionali di principio vincolate ad una specifica finalità dalle quali scaturiscono attività legislative in esecuzione di obiettivi costituzionali) richiede di andare oltre la dimensione puramente negativa della discrezionalità legislativa (come richiamata dall'art. 28 della l. 87/1953, che rimanda alla qualificazione di un'attività che sarebbe insindacabile per la sua qualità politica), per rilevare i vincoli che la Costituzione fa insistere sull'attività legislativa e ricercare gli strumenti che ne possano garantire la precettività: così già L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1964, 325. Non viene, quindi, in questione se la funzione legislativa possa essere unitariamente intesa in quanto funzione discrezionale, bensì il fatto che la Costituzione la configuri entro "spazi" discrezionali, non solo definiti da limiti negativi ma indirizzati positivamente da scopi; la *discrezionalità* individua e caratterizza quelle aree in cui la norma costituzionale, fissando un principio e assumendo come costituzionalmente rilevante un fine specifico, limita la politicità dei fini. Ciò impone un vincolo al legislatore mettendo in luce la *funzione programmatica* dei principi: in sede di attuazione legislativa delle norme costituzionali, la legislazione deve essere adeguata al conseguimento del fine costituzionale e deve renderlo operante; d'altra parte, in sede di applicazione giudiziale, per restituire precettività alle norme programmatiche, anche la Corte costituzionale si trova nella necessità di esaminare alla luce di tali finalità l'attività legislativa che si compie nell'area delle relazioni definite da quel fine.

<sup>20</sup> "Alludere" nel senso che il termine viene impiegato con una ambiguità semantica che corrisponde ad una insufficiente determinatezza concettuale: A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 40, 1986, 795.



meccanismi di responsabilità in sede giurisdizionale. Si tratta di meccanismi il cui operare rende, con tutta evidenza, le sedi del controllo giudiziario di tutti gli ambiti della discrezionalità luoghi privilegiati e quasi esclusivi di osservazione del “farsi” del contenuto del diritto alla salute, ma che non riescono a compensare e controbilanciare i processi di appannamento della responsabilità decisionale e di indebolimento degli strumenti che ne consentono l'attivazione.

### 3. I contenuti del processo decisionale: fabbisogno e risorse

L'attribuzione dei diritti sociali primari è di per sé essenzialmente universalistica: in base al principio fondamentale di uguaglianza sostanziale le norme costituzionali di tutela sociale individuano situazioni protette in chiave strumentale rispetto al dispiegamento della individualità di ogni persona ai fini di una piena partecipazione politica, economica e sociale; di conseguenza, la condizione di svantaggio, individuale o di gruppo, e la condizione di bisogno di volta in volta prese in considerazione nella formulazione delle disposizioni di costituzionalizzazione specifica forniscono il riferimento non per l'attribuzione soggettiva e la titolarità del diritto, bensì per qualificare le azioni volte a rimuovere ostacoli. Di conseguenza, la previsione di definizioni più specifiche e circoscritte a determinati beneficiari – come nell'art. 32, co. 2, a proposito della somministrazione di cure gratuite agli indigenti – non ha la funzione di delimitare la titolarità del diritto, ma di sottrarre al legislatore la disponibilità di ordinare diversamente le priorità di attuazione in relazione ai beneficiari, rendendo le norme immediatamente e direttamente applicabili<sup>21</sup>.

Universalismo e gratuità (sostanziale, anche se non necessariamente integrale), pur essendo due attributi differenti del diritto sociale alla salute, stanno insieme nella nozione di diritto sociale e nella dimensione politica dello stato sociale. Ciò in quanto sono la capacità di tenerli insieme e la misura di una loro declinazione mutua e reciproca a definire la qualità dello stato sociale.

Perciò, riprendendo la prospettiva che guarda alla funzione di legittimazione attraverso i contenuti, non si può trascurare, come snodo cruciale della vicenda quarantennale di attuazione, il problema del governo del rapporto tra le prestazioni da garantire e le risorse disponibili: tema che qualifica strutturalmente il carattere – approssimativamente definito – “finanziariamente condizionato” di ogni diritto sociale<sup>22</sup>.

La norma che costruisce il diritto sociale costituzionale alla salute postula indubbiamente l'insufficienza del mercato a soddisfare le esigenze individuali di tutela della salute, per la divaricazione tra risorse individuali disponibili e costi delle prestazioni sanitarie (condizione che la disposizione costituzionale prende in considerazione tramite la garanzia di cure gratuite agli indigenti, ferma la necessità di intendere l'indigenza come condizione relativa al costo delle cure e non come condizione

---

<sup>21</sup> In altri termini, se le norme costituzionali sui diritti sociali sono generalmente configurate come *programmi di scopo*, queste più specifiche disposizioni in favore di beneficiari privilegiati pongono *programmi condizionali*: la distinzione di N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Bari, 1977, 159 ss., tra programmi di scopo e programmi condizionali (i primi che usano un effetto assunto come invariante quale regola per la selezione dei comportamenti in grado di produrlo, i secondi che definiscono una determinata causa che produce una azione determinata ogni qualvolta si presenti) è applicata ai principi del diritto da S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, Enc. dir., 1986, 518.

<sup>22</sup> Specificamente su questo profilo, nonché in generale, v. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018.

astrattamente riferita a parametri di ricchezza); insieme, però, afferma anche l'inadeguatezza *qualitativa* di un'organizzazione esclusivamente mercatizzata del settore sanitario, che frantumerebbe le posizioni individuali impedendone una visione ed una gestione complessive all'altezza dell'interesse collettivo fondamentale. In questo senso il diritto alla salute è ben più un diritto di prestazione pubblica (diritto civico di prestazione): la determinazione di forme organizzative specifiche per l'erogazione dei beni alternative al mercato corrisponde, da un lato, ad un *programma condizionale* in riferimento all'indigenza relativa, che presuppone la valutazione di una rilevante convenienza nella erogazione diretta di una prestazione specifica, ed incorpora, dall'altro, una valutazione ulteriore sull'inadeguatezza qualitativa, riferita cioè alla stessa natura del bene.

È la rilevanza collettiva che presuppone e giustifica l'intervento pubblico sull'assetto organizzativo del mercato, e contemporaneamente costruisce il limite delle scelte di attuazione in materia; la discrezionalità nell'organizzare i mezzi dell'assistenza sanitaria è fondata sull'interesse collettivo alla salute, per la tutela del quale è consentito ridurre gli spazi di autonomia del singolo individuo, nella misura in cui ciò corrisponde a scelte che consentono di soddisfare più efficacemente l'interesse di più soggetti<sup>23</sup>. Il singolo viene, tuttavia, contemporaneamente sostenuto dall'interesse collettivo, nel senso che il quadro di solidarietà specifica in cui si trova collocato gli garantisce l'effettivo accesso alle cure necessarie: da questo punto di vista, la discrezionalità delle scelte di organizzazione sanitaria (in senso lato) non solo si arresta di fronte alla necessità di garantire a ciascuno la concreta possibilità di disporre degli strumenti di cura indispensabili (limite esterno negativo), ma resta comunque costantemente sottoposta al vaglio della ragionevolezza intrinseca con riferimento all'esigenza di garantire l'effettività delle cure.

Applicata al diritto costituzionale alla salute, la formula tratteggiata del *diritto finanziariamente condizionato*<sup>24</sup> appare semplicistica e fuorviante, rivelando tutta la sua ambiguità al confronto con la natura *fondamentale* del diritto<sup>25</sup>. Il diritto sociale alla salute non può essere concepito come un diritto diversamente o maggiormente condizionato finanziariamente rispetto ad ogni altro diritto la cui at-

<sup>23</sup> La limitazione di facoltà e di potenzialità astrattamente riconducibili al diritto soggettivo individuale del destinatario del servizio deve essere giustificata dall'adeguatezza delle scelte organizzative del servizio (v. ad es. Corte cost. 175/1982, 173/1987 e 355/1993).

<sup>24</sup> Che la stessa Corte costituzionale usa, si veda ad es. nella sent. 248/2011, al punto 6.1 *Cons. dir.*: «Questa conclusione è conforme, del resto, alla configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come 'finanziariamente condizionato', giacché "l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario" (ex multis, sentenza n. 111 del 2005)». La letteratura in materia è amplissima: da ultimo S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessione a partire dal diritto alla salute*, federalismi.it, 20.06.2018.

<sup>25</sup> Criticamente sulla formula del diritto finanziariamente condizionato, B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE, (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Milano, 2002, 99. Come osserva anche G. RIVOSACCHI, *La decisione di bilancio nella riflessione di Paolo De Ioanna*, in *forumcostituzionale.it*, 23 gennaio 2019, dopo anni di giurisprudenza costituzionale sui diritti finanziariamente condizionati, anche la sent. 275/2016 offre al punto n. 11 *Cons. dir.* «un'affermazione molto netta e impegnativa» dichiarando espressamente che «è la garanzia dei diritti incompressibili [da intendersi come nucleo incompressibile] ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

tuazione richiede, evidentemente, erogazioni di spesa: esso è certamente *condizionato all'attuazione del legislatore*, il quale, a sua volta, nel suo agire, non può prescindere dai vincoli finanziari nell'esercizio della sua discrezionalità, ma per il quale l'*equilibrio finanziario* – per quanta rilevanza abbia acquisito anche in riferimento alla riforma costituzionale dell'art. 81 Cost.<sup>26</sup> – *non costituisce uno scopo autosufficiente e irrelato*. L'equilibrio di bilancio si riferisce al quadro complessivo nel quale si compiono le decisioni necessarie allo svolgimento delle funzioni pubbliche costituzionalmente dovute, annualmente definito dalle procedure della programmazione economico-finanziaria e dalla legge di bilancio; nel quadro della funzione di tutela della salute ex art. 32 Cost., l'equilibrio finanziario rappresenta solo una sorta di *finalità di terzo grado*, da giustificare nella sua coerenza alla *finalità secondaria* dell'efficienza, che, a sua volta, è strumentale alla realizzazione della prestazione dovuta per la *tutela della salute* (la *finalità diretta e primaria*<sup>27</sup>). La formula del diritto finanziariamente condizionato non può, quindi, essere intesa nel senso che spetti, in ultima analisi, alla decisione finanziaria definire il contenuto delle prestazioni, quindi del diritto, mentre è vero esattamente il contrario: le prestazioni per l'attuazione del diritto sono dovute in quanto tali (sono essenziali) e sul legislatore insiste il preciso dovere di garantirne in condizioni di efficacia ed efficienza gestionale le risorse finanziarie necessarie, sotto il controllo della giurisprudenza costituzionale. Conformemente alla natura di *norma di principio* propria dell'art. 32 cost., come delle altre norme costituzionali sui diritti sociali – la cui attuazione si realizza attraverso *un insieme di norme* tutte ugualmente (quanto al fondamento e allo scopo) e diversamente (quanto al contenuto specifico) *ricavabili dal principio* – la giurisprudenza costituzionale confronta la legislazione primaria con parametri derivati dalla norma costituzionale, che valutano la sua *attitudine a conseguire il fine incorporato* (la norma costituzionale di principio più che essere parametro in sé produce parametri per il giudizio). La *consistenza dell'attuazione legislativa* richiede un giudizio di secondo grado sulla *congruenza, sufficienza, adeguatezza* delle scelte del legislatore rispetto alla realizzazione del fine prescritto<sup>28</sup>; da notare che, essendo l'autonomia del legislatore indirizzata teleologicamente all'attuazione del principio, il controllo della discrezionalità, pur restando di secondo grado, cresce di pari passo con l'attività di attuazione legislativa, nella misura in cui muta la dimensione quantitativa dell'oggetto, che consente di paragonare i gradi e le forme dell'attuazione, apprezzando anche la coerenza interna e diacronica della legislazione<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Anche in questo caso la letteratura di riferimento è amplissima: v. A. MORRONE (a cura di), *La Costituzione finanziaria*, Torino, 2015; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Napoli, 2016; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, 1673.

<sup>27</sup> Lo dice in altro modo M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazziotti Celso*, II, Padova, 1995, 125, rimarcando come si tratti di un "bilanciamento ineguale".

<sup>28</sup> M. LUCIANI, *Laterna Magika. I diritti "finanziariamente condizionati"*, in *Riv. Corte Conti*, 2018, 1-2, 2018, 661, ritornando sull'ambiguità del concetto nella giurisprudenza, sottolinea che il bilanciamento spetta al legislatore, mentre alla «*giurisdizione compete (...) l'apprezzamento della sua coerenza interna, della sua completezza*».

<sup>29</sup> La giurisprudenza costituzionale individua, quindi, i contenuti del diritto alla salute in una prospettiva relativa e "storizzata" dal processo di attuazione, ricorrendo a tre strategie, differenti ma concorrenti: l'applicazione del principio costituzionale di uguaglianza, il bilanciamento di situazioni costituzionalmente protette e la definizione diretta del carattere *fondamentale* del diritto alla salute; per l'analisi particolareggiata dei tre

Su questo sfondo si coglie meglio una criticità strutturale e ricorrente dell'attuazione del diritto sociale alla salute, relativa ai processi decisionali che strutturano il rapporto tra fabbisogno e risorse<sup>30</sup>: se la previsione oggi vigente (introdotta dal d. lgs. 229/1999 nell'art. 1, 3° comma del d. lgs. 502/1992), che stabilisce chiaramente un legame di contestualità tra il reperimento delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale e l'individuazione dei livelli essenziali uniformi di assistenza da questo garantiti, può considerarsi costituzionalmente conforme, di dubbia costituzionalità risultava, invece, la versione imposta dalla *controriforma* del 1992, che intendeva definire i livelli (solo) uniformi di assistenza sanitaria *in rapporto al volume delle risorse a disposizione*<sup>31</sup>.

La grande innovazione del sistema universalistico e globale disegnato dalla riforma sanitaria del 1978, rispetto alla precedente frammentazione del sistema di tutela della salute nella dimensione mutualistica, si ispirava ad una concezione *classica* di stato sociale, finanziato da risorse pubbliche e volto a fornire prestazioni e servizi in grado di rispondere alla domanda di salute complessivamente rilevata; in questa visione il servizio sanitario si era venuto a configurare, sulla base del rilevamento dei bisogni, come funzione pubblica a tutela di un diritto soggettivo che ha gli attributi dell'universalità e della gratuità. Ne restavano, però, irrisolti i nodi del finanziamento: nei primi anni ottanta, all'indomani della riforma, la contribuzione obbligatoria copriva non più del 70% della spesa, mentre le procedure di programmazione previste dalla legge 833 non erano state in grado di decollare<sup>32</sup>, rendendo evidente la criticità finanziaria del sistema (o quantomeno le carenze della fase di attuazione della legge 833).

---

modelli v. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politiche della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C. E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 1; nonché B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit. Una ricognizione recente della giurisprudenza in materia in S. BARBARESCHI, *op. cit.*

<sup>30</sup> Nodo irrisolto e vero punto critico della riforma del 1978: F. TARONI, *op. cit.*

<sup>31</sup> Rendendo la determinazione delle risorse da destinare alla funzione di tutela della salute la *variabile indipendente* cui subordinare l'individuazione dei livelli di assistenza, come già osservato nel par. 2, v. nt. 14. Quanto alla valutazione della giurisprudenza costituzionale, la sentenza 355/1993 esclude che si possa intendere l'articolo impugnato nel senso di una *totale* dipendenza degli interventi pubblici in materia sanitaria dalle esigenze finanziarie di bilancio, osservando che il decreto delegato non si sarebbe limitato a mantenere la prescrizione contenuta nella legge delega relativa alla coerenza delle prestazioni assicurate con l'entità del finanziamento stabilito per il servizio sanitario nazionale, ma avrebbe altresì imposto di rapportare i livelli di assistenza agli obiettivi di tutela della salute individuati a livello internazionale, oltreché di prevedere livelli di assistenza che siano comunque garantiti a tutti i cittadini. Dei tre elementi, però, solo il vincolo della coerenza tra i livelli di assistenza ed il finanziamento assicurato appariva realmente consistente, determinando seri problemi che la Corte costituzionale avrebbe mostrato di sottovalutare: così G. MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello stato sociale e della costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 4, 1994, 959; per un bilancio meno critico R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, 32, che, richiamando la sent. n. 445/1990, osserva che la Corte costituzionale ha già chiaramente affermato che il canone del bilanciamento con le risorse non è mai tale da consentire che la tutela della salute sia degradabile al rango meramente legislativo.

<sup>32</sup> Osserva A. MARTINO, *Art. 1*, in *La nuova sanità*, con il coordinamento di F. Roversi Monaco, Rimini, 1995, 274, che la programmazione sanitaria e ospedaliera nella legge istitutiva del s.s.n. avrebbe dovuto collegarsi temporalmente e finalisticamente con una programmazione economica nazionale, invero praticamente inesistente nella realtà della dimensione attuativa, come aveva dimostrato la mancata attuazione del primo

A tali criticità si propone di rispondere il *riordino* del servizio sanitario nazionale secondo le linee delineate dalla legge di delegazione del 23 ottobre n. 421/1992 ed attuate dal d. lgs. 502/1992<sup>33</sup>. La sua portata si rivela subito, tuttavia, decisamente più incisiva, mirando ad agire sul modello in quanto tale e non solo su alcuni dei suoi caratteri organizzativi, ripensandone le scelte di fondo in una direzione affatto estranea allo schema dello stato sociale ed ai pilastri della universalità e della gratuità (piuttosto guardando al modello tedesco o addirittura a quello statunitense<sup>34</sup>).

Se si considera l'impianto iniziale e originario della riforma, senza considerare la parziale correzione del 1993 ed il ridimensionamento del 1999, il d. lgs. 502/1992, ammettendo un'uscita parziale di alcune categorie di utenti dal servizio nazionale, si proponeva apertamente di potenziare la concorrenza tra le diverse strutture pubbliche e tra queste e quelle private<sup>35</sup>, con l'effetto di rimodellare anche la natura delle prestazioni del servizio sanitario in un'ottica ben diversa da quella della riforma del 1978, riconfigurandole come attività amministrativa a contenuto essenzialmente tecnico per la fornitura di prestazioni e servizi di carattere sanitario, sulla base di un fabbisogno finanziario precostituito, con oneri diversi per le diverse categorie di utenti. L'adesione a forme differenziate di erogazione – comportando, ai sensi dell'art. 9 del d. lgs. 502<sup>36</sup>, la rinuncia alle corrispondenti prestazioni in forma

---

programma economico nazionale (l. 685/1967); d'altra parte, anche successivamente alla riforma, la legge 595/1985 si era limitata all'organizzazione della rete ospedaliera e si dovrà attendere il 1993 per l'approvazione del piano sanitario nazionale.

<sup>33</sup> Il riordino del 1992 era stato, in realtà, preceduto da una serie di provvedimenti che già avevano significativamente mutato il modello originario della legge 833/1978: ne fa una ricostruzione in particolare dettaglio R. IANNOTTA, *Unità sanitarie locali I) Organizzazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994; v. anche D. CHIASSI *La riforma del sistema sanitario*, in *Boll. inf. cost. parl.*, 1995, 331.

<sup>34</sup> G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pub.*, 1, 2002, 87, rileva «deliberate volontà di decretare il fallimento della riforma del 1978»; analogamente A. MARTINO, *op. cit.*, 25; D. CHIASSI, *op. cit.*, 337, rievoca anche lo scontro politico intorno al disegno di legge De Lorenzo, presentato nella legislatura precedente, che, proponendo il ripensamento del modello sanitario ed aprendo a logiche concorrenziali di mercato, aveva alimentato il timore di una volontà di liquidazione del sistema pubblico in favore della privatizzazione del mercato della salute.

<sup>35</sup> G. MOR, *op. cit.*, 971. La costituzione non scioglie esplicitamente l'interrogativo, riservato alla discrezionalità del legislatore, circa la necessità dell'esistenza di un apparato pubblico per l'erogazione delle prestazioni di tutela della salute; tuttavia, il legislatore deve concretamente configurare un modello di *funzione di tutela della salute* che soddisfi il diritto individuale e l'interesse collettivo, in particolare anche inventando modelli per il riparto dei ruoli e delle competenze degli operatori pubblici e privati. La pluralità dei modelli corrisponde alla relatività e variabilità nel tempo delle scelte rispetto alle forme strutturali ed organizzative della erogazione di prestazioni sanitarie, fermo restando che la funzione statale in materia impone una potestà di controllo e conformativa dell'attività privata in campo sanitario, tanto più ampia e penetrante quanto meno estesa risulti la sfera della gestione pubblica diretta del servizio sanitario; per contro, il limite ad una astratta ipotesi di riserva o di collettivizzazione del servizio sanitario – in quanto servizio pubblico essenziale – risiederebbe solo nella necessità di tutela adeguata della libertà di scelta da parte del soggetto rispetto al medico, al luogo, alle modalità della cura (si pensi al problema delle cd. medicine alternative o naturali). La giurisprudenza costituzionale non ritiene necessario garantire una alternativa tra pubblico e privato nella misura in cui il servizio sanitario è organizzato nella prevalenza del servizio pubblico e comunque per quei profili in cui la libertà del singolo è incisa solo indirettamente (sent. 293/1997): per il privato sussiste allora una mera garanzia di esistenza nella misura in cui la libertà di scelta deve potersi rivolgere ad esso, sia pure a sue spese.

<sup>36</sup> Che taluno ha letto riduttivamente, cogliendone una dimensione prevalentemente organizzativa, volta alla sostituzione di un modello caratterizzato dalla tipicità delle forme di gestione con uno meno uniforme: v. M.

diretta e ordinaria per il periodo della sperimentazione e la possibilità di soggetti erogatori alternativi ai presidi del servizio nazionale – avrebbe, infatti, creato una demarcazione tra soggetti fruitori del SSN e soggetti fruitori di un sistema parallelo, facendo venire meno la destinatarietà universale, carattere essenziale della legge istitutiva del servizio nazionale, capace contestualmente di garantire unità al sistema ed uguaglianza ai soggetti destinatari<sup>37</sup>.

Ciò che appare originariamente nel disegno del 1992 non è, dunque, un mero riordino, ma costituisce, per l'intenzione e per gli effetti, una vera e propria "riforma della riforma" sanitaria (la *seconda* dell'Italia repubblicana); destinata, tuttavia, ad essere presto ridimensionata dal decreto correttivo 517/1993, che, in questo quadro, conta come *terza* riforma<sup>38</sup>. Anche se solo con la *quarta* riforma<sup>39</sup> si potrà tornare, nel 1999, alla affermazione piena di una funzione pubblica di tutela della salute spiegata a sostegno del diritto ad una fruizione universale, sostenuta e resa plausibile dalla riconosciuta *contestualità* tra l'individuazione delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale e l'individuazione dei livelli essenziali uniformi di assistenza da questo garantiti<sup>40</sup>.

#### 4. Tra dimensione collettiva e dimensione individuale: la qualità originaria della partecipazione

Alcune delle riflessioni presentate nel colloquio bergamasco a proposito dell'interpretazione dei dati epidemiologici e delle evidenze statistiche per misurare l'equità nel sistema sanitario ed interpretar-

CLARICH, *Società mista a capitale pubblico e privato: un possibile modello nella sanità?* in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, I, 223.

<sup>37</sup> A. MATTIONI, *op. cit.*, 281, osserva che la previsione strutturale di soggetti erogatori in alternativa ai presidi del SSN rompe il principio della universalità della fruizione.

<sup>38</sup> R. BALDUZZI, *Le 'sperimentazioni gestionali' tra devoluzione di competenze e 'fuoriuscita di sistema'*, in *Quad. reg.*, 2, 2004, 535, sottolinea quanto sia rilevante la riconfigurazione dell'istituto delle sperimentazioni gestionali come strumento di un miglioramento procedurale e organizzativo che non intende intaccare le linee maestre del sistema, come avrebbe, invece, consentito di fare il decreto 502.

<sup>39</sup> Decreto legislativo 229/99 *Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419*. A proposito del "contare le riforme", v. B. PEZZINI, *Il riordino del 1992 (un sistema sanitario universale, nonostante il riordino del 1992)*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 551.

<sup>40</sup> Nell'apprezzamento della discrezionalità del legislatore la giurisprudenza costituzionale si limita ad *sindacato esterno*, volto ad escludere la *irragionevolezza intrinseca* delle misure di politica sanitaria e delle valutazioni che compongono il bilanciamento di valori costituzionali con la tutela della salute: si veda, per esempio, la sentenza 111/2005, che testualmente afferma che solo tale evenienza giustificerebbe l'intervento sulla norma da parte della Corte in applicazione del parametro di uguaglianza, negando che sia irragionevole da parte della Regione Puglia l'aver assunto, per il bilancio del 2003, i volumi delle prestazioni sanitarie erogate nel 1998 (quantità delle prestazioni e spesa complessiva) come limite ai fini della remunerazione per intero a valori aggiornati delle prestazioni rese dalle strutture sanitarie pubbliche e private (limite dopo il quale scatta la remunerazione con le regressioni tariffarie stabilite dalla giunta regionale); la sentenza argomenta non solo la necessità, a monte, di un bilanciamento tra le esigenze di universalità e completezza del sistema sanitario e la limitatezza delle risorse in concreto destinabili in bilancio a tale finalità, ma anche, nello specifico, la coerenza e congruità del riferimento al 1998, in quanto anno nel quale le prestazioni di specialistica ambulatoriale alle quali si fa riferimento hanno potuto esplicarsi senza limiti.

ne forme e contenuti nella relazione di cura<sup>41</sup> sollecitano a recuperare almeno la memoria delle qualità migliori della *partecipazione* nella legge 833/1978.

Nella sua originaria ispirazione - ben diversamente dalla sola invadenza partitica - era, infatti, ben presente anche la coscienza della necessità di attivare processi di "alfabetizzazione" sanitaria e di presa in carico diretta di una responsabilità attiva nella relazione di cura (sulla quale si tornerà nel paragrafo successivo).

Prendo a prestito l'esempio citato da Francesco Taroni<sup>42</sup>, che ha recentemente ricordato come, nella stagione politica che ha visto l'approvazione della legge di riforma sanitaria, fra i vari fermenti sociali che costituivano il terreno di affermazione di una nuova domanda sociale di salute come diritto vi fossero non solo i comitati per la salute in fabbrica, ma anche quei collettivi femministi ai quali si deve la scoperta e la diffusione del libro *Noi e il nostro corpo. Scritto dalle donne per le donne*, manuale di medicina pratica scritto dal Boston Women's Health Book Collective<sup>43</sup>; in questo richiamo<sup>44</sup> Taroni rimarca il segno di un'attiva partecipazione ai processi di promozione dei luoghi e delle forme più adeguate della tutela della salute (nelle fabbriche, come nei quartieri), in cui la dimensione individuale e quella collettiva si intrecciavano senza risultare separabili l'una dall'altra, capaci di promuovere dal basso non solo rivendicazioni e modelli (*best practices*), ma persino l'apertura alla circolazione di esperienze internazionali. Le attività che si svolgevano all'interno di "consultori pubblici autogestiti"<sup>45</sup> per promuovere la conoscenza e rendere effettivo l'accesso alla contraccezione, in una vera e propria pratica di volontariato femminista a fianco di medici ginecologi ed ostetriche altrettanto volontari/e, erano, infatti, espressione di una cultura della partecipazione che proponeva una visione attiva della "salute della donna" e della "salute riproduttiva" in particolare<sup>46</sup>: sollecitando l'attivazione e la con-

<sup>41</sup> Rispettivamente da A. Rosano e S. Tomelleri.

<sup>42</sup> F. TARONI, *op. cit.*, 538.

<sup>43</sup> Titolo originale: *Our Bodies, Ourselves*, New York, 1971, traduzione italiana Milano, 1974.

<sup>44</sup> Un richiamo che fa risuonare la personale esperienza di una partecipazione alla pratica del Consultorio autogestito del quartiere di Loreto della città di Bergamo, sulla quale v. R. GAY, B. PEZZINI, *Esperienze di gruppi femministi a Bergamo*, in A. CALABRÒ, L. GRASSO (cur.), *Dal movimento femminista al femminismo diffuso*, Milano, 1985, 457.

<sup>45</sup> Esperienze che anticipavano l'attuazione della legge 405/1975 per l'istituzione dei consultori pubblici, praticandone gli obiettivi in forme auto-organizzate, talvolta, come in particolare nell'esperienza bergamasca, addirittura consentite, o comunque rese possibili, da amministrazioni pubbliche che, mettendo a disposizione spazi pubblici idonei, ne avallavano l'esistenza e ne riconoscevano la funzione, la capacità di rispondere ad una esigenza concreta: sulla vicenda v. in particolare C. JOURDAN, *Insieme contro. Esperienze dei consultori femministi*, Milano, 1976.

<sup>46</sup> Espressione con la quale si fa riferimento non tanto all'esistenza di un ambito della medicina che ha da sempre considerato la diversità fra uomo e donna rispetto all'apparato sessuale e riproduttivo (ostetricia e ginecologia), ma soprattutto all'importanza socialmente e politicamente rivendicata, a partire dai movimenti femministi, dell'impegno per promuovere attivamente la salute sessuale e riproduttiva della popolazione femminile, garantendo le condizioni necessarie ed assumendo il punto di vista per cui la medicina riproduttiva non si limita a curare ma è altresì strumento di auto-determinazione. Nel contesto dell'OMS l'attenzione alla "salute riproduttiva" compare esplicitamente nella Conferenze del Cairo del 1994 (cap. VII): secondo la definizione dell'OMS, la salute sessuale e riproduttiva comprende lo stato di benessere fisico, mentale e sociale, correlato al sistema riproduttivo e alle sue funzioni, il che implica che le donne e gli uomini devono essere in grado di condurre una vita sessuale responsabile, soddisfacente e sicura e che devono avere la capacità di riprodursi e la libertà di decidere se, quando e quanto possono farlo. I *diritti riproduttivi* si basano sul riconoscimento del diritto fondamentale di coppie e individui di decidere liberamente e responsabilmente il

sapevolezza di ogni donna-paziente intorno ai propri bisogni di prestazioni medico-sanitarie per il controllo della propria fecondità e per l'esercizio effettivo di scelte di maternità responsabile; offrendo la possibilità di sperimentare pratiche di vera e propria alleanza terapeutica nella relazione medico-paziente; garantendo la formazione e la presenza continuativa di una rete sociale intorno alle singole situazioni di domanda e offerta di prestazioni di tipo sanitario. Una cultura politica alta della partecipazione<sup>47</sup> che, intrecciandosi alla cultura politica espressa dai movimenti femministi, mostra sul campo il rapporto circolare tra genere e salute e la reciproca influenza dei fattori di genere nella tutela della salute e della medicina nella costruzione del genere<sup>48</sup>; restituendo la consapevolezza che, nel misurare bisogni, condizioni e prestazioni nel campo della salute, il sesso non rileva solo come fattore biologico individuale, ma ha una dimensione sociale (il sistema il sesso/genere è una dimensione sociale).

Si tratta di rintracciare e conservare la consapevolezza di come simili esperienze offrissero un modello virtuoso di integrazione socio-sanitaria, che avrebbe dovuto essere percepito ed adeguatamente valorizzato proprio da quegli organi di derivazione politica previsti per la gestione del sistema sanitario dalla legge 833/1978, che per questo erano stati individuati dalla legge al livello territoriale di massima prossimità alla cittadinanza.

Certo, le forme della partecipazione disegnate dalla riforma si sono presto rivelate inadeguate ad un simile scopo<sup>49</sup>, ma di una simile dimensione virtuosa della partecipazione oggi sembra essersi persa persino la memoria, sovrastata dalla reazione innescata dalla crescente sfiducia nella capacità dei partiti di esprimere altro che occupazione di potere e dal conseguente affidamento al modello aziendalistico e tecnocratico (realizzato in particolare nella riforma del 1992<sup>50</sup>). Trascurando il fatto che il progressivo smantellamento delle istanze politico rappresentative ha determinato, però, anche una

numero e i tempi e delle gravidanze, di avere le informazioni e mezzi per farlo, e il diritto di raggiungere i più alti standard di salute sessuale e riproduttiva. Con la IV Conferenza mondiale sulle donne, Pechino, 1995, ancora più esplicitamente viene riconosciuto il diritto della donna al controllo della salute, del corpo, della sessualità e della procreazione: il paragrafo 96 del Programma di Azione afferma che «*I diritti umani delle donne includono il diritto ad avere il controllo e a decidere liberamente e responsabilmente circa la propria sessualità, inclusa la salute sessuale e riproduttiva, senza coercizione, discriminazione e violenza*».

<sup>47</sup> In senso ampio, che non appiattisce la partecipazione politica alla mera dimensione partitica, né alla sola dimensione istituzionale.

<sup>48</sup> Sulla odierna consapevolezza della “medicina di genere” si veda *Il genere come determinante di salute. Lo sviluppo della medicina di genere per garantire equità e appropriatezza della cura*, in *Quaderni del Ministero della Salute*, 26, aprile 2016, 3.

<sup>49</sup> Descrive con particolare efficacia la reazione di rigetto contro la politicizzazione selvaggia che era stata il frutto, non necessariamente obbligato, della l. 833/1978, interrogandosi in proposito e collocandola entro un quadro più ampio di crisi dello stato sociale, G. MOR, *op. cit.*, 957. Per una diversa visuale delle dinamiche degenerative che contribuiscono a smarrire le virtù delle forme originarie di partecipazione collettiva: M.L. BOCCIA, *Uguaglianza/differenza, la rottura politica del femminismo*, in Centro per la Riforma dello Stato, 24 aprile 2019, <https://www.centroriformastato.it/uguaglianza-differenza-la-rottura-politica-del-femminismo> (ultima consultazione 17.6.2019), che parla di una pratica retorica dell'uguaglianza che, producendo una rimozione attiva delle differenze, riassorbite nel «noi» collettivo indifferenziato, avrebbe favorito uno «*spostamento della politica verso concezioni e pratiche più tradizionali*».

<sup>50</sup> Sui limiti della aziendalizzazione si è soffermato in particolare S. Tomelleri. M. CLARICH, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, in *Ragiusan*, 1993, 8, non aveva mancato di osservare che il modello tecnocratico ispirava il d.lgs. 502 “in modo forse fin troppo esasperato”.



progressiva perdita della capacità di esprimere, nei modelli organizzativi e di gestione del servizio, la indispensabile interazione tra dimensione individuale e collettiva della salute, che rappresenta, invece, uno dei fattori cruciali ai fini della stessa possibilità di garantire una effettiva soddisfazione del diritto sociale<sup>51</sup>.

## 5. La relazione terapeutica come contesto e come forma della garanzia dell'autodeterminazione

Il processo che vede emergere la dimensione individuale del diritto alla salute quasi a scapito di quella collettiva, in una sorta di relazione inversa e speculare all'attenuarsi della partecipazione ed all'appannarsi della centralità del parlamento come sede decisionale, richiede che una riflessione sull'itinerario quarantennale di attuazione dell'art. 32 cost. presti attenzione anche alla dimensione di autodeterminazione e libertà che è presente nella figura complessa del diritto costituzionale alla salute<sup>52</sup>, ed in particolare all'inquadramento che di tale dimensione ha offerto la giurisprudenza costituzionale nella cornice della relazione tra gli articoli 32 e 13 Cost.

Nel testo della Costituzione gli articoli 13 e 32 condividono la collocazione nella *Parte prima*, l'uno ad aprire il primo titolo, *Rapporti civili*, dichiarando solennemente l'invulnerabilità della libertà personale, articolandone le garanzie nei confronti di ogni forma di detenzione, ispezione, perquisizione e, comunque, di qualsiasi altra restrizione ed espressamente punendo ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà; l'altro al cuore del secondo titolo, *Rapporti etico-sociali*, impegnando la Repubblica intera a tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, proteggendo dalla imposizione di trattamenti sanitari obbligatori con una riserva di legge assoluta<sup>53</sup> e con l'esplicito richiamo dei limiti imposti dal rispetto della persona umana. La diversa collocazione trova corrispondenza nella diversità delle tecniche di garanzia costituzionale impiegate a tutela di un "classicissimo" diritto di libertà e di una situazione giuridica complessa come il diritto alla salute: nel primo sono irrinunciabili riserva di legge e di giurisdizione, nel secondo si intrecciano le forme di garanzia delle prestazioni positive che soddisfano la dimensione di diritto sociale del diritto alla salute e quelle pretese negative, di astensione, che tutelano la salute dalle aggressioni esterne.

<sup>51</sup> Di cui oggi parliamo, ad esempio, rilevando l'incidenza del "fattore gruppale" descritto da A. Rosano.

<sup>52</sup> La ricostruzione del diritto alla salute come figura giuridica complessa, comunemente accettata pur nella consapevolezza delle differenti interpretazioni delle singole fattispecie ad essa riconducibili (si veda D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002, 7), è specificamente proposta da B. PEZZINI, *il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 23.

<sup>53</sup> La riserva è intesa come relativa da una parte autorevole della dottrina, v. S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, 901; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 10; ma si ritengono preferibili le ricostruzioni che ne sottolineano, al contrario, la necessaria assolutezza in base alla qualità di stretta e fondamentale inerenza del bene salute alla persona ed alla distinzione dalle generiche prestazioni personali ex art. 23 Cost.: D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015, p. 48; ma già B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 28; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385, che la rileva come assoluta e rinforzata dal limite del rispetto della persona umana; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 526.

Le due norme hanno certamente in comune il *focus* nei confronti della dimensione materiale, fisica, della corporeità della persona<sup>54</sup>: il corpo protetto dalle restrizioni *esterne* (dalla riduzione del suo spazio di disponibilità e movimento: art. 13) e dall'*invasione interna*, dalla possibilità di penetrarne i confini, di infrangerne le barriere (nella misura in cui il trattamento sanitario incide *entro* la corporeità, operando sui suoi meccanismi di funzionamento: art. 32, II). Tenendo ben presente, però, anche che il corpo presupposto da ogni diritto è l'unità inscindibile corpo-e-mente costitutiva della persona<sup>55</sup>, e che la nozione dinamica di salute veicolata dall'OMS spinge la dimensione della salute a coincidere con la dimensione del vissuto della persona<sup>56</sup>, intrecciando ulteriormente i fili del diritto alla salute e della libertà personale.

Ed è proprio guardando alla dimensione materiale della corporeità – così intrinsecamente costitutiva, per ciascuno e ciascuna<sup>57</sup> di noi, dell'identità personale ed incorporata da entrambe le norme – che emerge la dimensione costituzionale della auto-determinazione personale.

Le limitazioni e le garanzie che attraverso gli articoli 13 e 32 Cost. proteggono la persona dalla imposizione di decisioni altrui (etero-determinazione) sulla disponibilità esterna e interna del proprio corpo fondano e disegnano la sfera di auto-determinazione personale costituzionalmente garantita; che vediamo emergere, innanzitutto, come auto-determinazione *passiva*, ma che, nel quadro dei principi fondamentali del personalismo<sup>58</sup>, non può che acquisire immediatamente anche significato e spessore di auto-determinazione *attiva*, cioè di condizione per la possibilità stessa del libero sviluppo (la dimensione della libertà materiale del corpo, della libertà del movimento nello spazio relazionale è la premessa indispensabile della stessa possibilità di autonomia personale). L'auto-determinazione della persona viene, dunque, costituzionalmente articolata dalla relazione tra gli articoli 32 e 13 nella cornice del personalismo, secondo un intreccio che è stato colto dalle riflessioni della dottrina<sup>59</sup> ed è ampiamente attestato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007.

<sup>55</sup> P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo, Il governo del corpo*, tomo I, *Trattato di biodiritto* cit., 140.

<sup>56</sup> S. ROSSI, *op. cit.*, 108.

<sup>57</sup> Si è già segnalata nel par. precedente la necessità di un'attenzione specifica alla dimensione di genere della corporeità, corrispondente al rilievo della differenziazione sessuale come elemento costitutivo dell'identità personale e da sempre a fondamento di una specifica disciplina giuridica: su questo v. anche L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006.

<sup>58</sup> Che ricaviamo innanzitutto dall'art. 2, ma anche dal secondo comma dell'art. 3 Cost.: L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, 192, nt. 61.

<sup>59</sup> Ricostruite da S. ROSSI, *op. cit.*

<sup>60</sup> Capostipite riconosciuta la sent. 438/2008, che indica a fondamento della imprescindibile necessità del consenso informato (inteso come «l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico») gli articoli 2, 13 e 32 Cost.; mentre il richiamo dell'art. 2 collega il consenso informato alle radici del personalismo, integrandolo nel tessuto dei diritti fondamentali, il richiamo del 13 estende la dimensione attiva della *libertà di scegliere* consapevolmente qualsiasi cura alla quale sottoporsi, oltre la dimensione difensiva del rifiuto (*libertà dall'obbligo* di determinati trattamenti sanitari). La sent. 253/2009, a sua volta, propone il consenso informato in "funzione di sintesi" tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute, mentre la più recente e discussa ordinanza 207/2018, di cui si tratta in questo stesso paragrafo, parla di «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.» (9 Cons. dir.).

Nel quadro della relazione medico-paziente e, più nello specifico, del consenso informato<sup>61</sup>, gli articoli 2, 13 e 32 Cost. offrono un intreccio virtuoso al servizio dell'auto-determinazione della persona per quanto riguarda le scelte relative alla salute, anche se ritengo di poter osservare che l'art. 32 Cost. fornisce già da solo la condizione necessaria e sufficiente alla pretesa di consenso espresso ad ogni trattamento sanitario, nel rispetto delle condizioni del secondo comma che definiscono i limiti in cui il soggetto titolare del bene salute e del relativo diritto individuale può essere sottoposto ad una etero-determinazione relativa alla propria salute (detto altrimenti, i limiti entro i quali è ammissibile un dovere di curarsi). Nell'art. 32 Cost. il riconoscimento costituzionale dell'*autodeterminazione* del singolo rispetto alla realizzazione dell'obiettivo di garanzia della salute si radica, infatti, innanzitutto nella essenziale e fondamentale coincidenza del diritto individuale e dell'interesse collettivo: il soddisfacimento dell'interesse individuale sul bene protetto è garantito dalle autonome determinazioni di volontà di ciascun soggetto, che restano l'unica *misura* possibile per la definizione delle scelte concrete in ordine al *come*, al *quando* ed, in ultima istanza, al *se* adottare trattamenti sanitari di prevenzione, cura, riabilitazione (i trattamenti sanitari vanno intesi come i *mezzi* per raggiungere l'obiettivo). Gli stessi limiti che circondano nel secondo comma della disposizione costituzionale l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, ed eventualmente coercitivi, subordinati ad una riserva di legge ed alla garanzia sostanziale del rispetto della dignità umana, rendono evidente lo spazio essenziale riservato all'autonomia individuale; esclusa ogni funzionalizzazione, i trattamenti sanitari non possono essere imposti al singolo per soddisfare in modo diretto il generale interesse della collettività ad essere composta di individui nelle migliori condizioni di salute possibili, ma solo quando ciò sia richiesto dalla necessità di tutela dell'interesse individuale di altri membri della collettività a preservare e difendere la *propria* salute, che potrebbe subire pregiudizio a causa delle autonome determinazioni di un singolo in ordine a determinati trattamenti. L'*interesse collettivo*, a sua volta, riassume, innanzitutto, gli interessi individuali alla salute potenzialmente in conflitto con l'autodeterminazione del singolo: un determinato trattamento viene così a rappresentare, in certe circostanze, il *mezzo indiretto* di tutela della salute di una platea di soggetti (i quali, non essendo direttamente coinvolti dal trattamento, benché ne traggano uno specifico giovamento, risultano privi del potere di assumere determinazioni in ordine ad esso), pur restando, *contemporaneamente*, il *mezzo diretto* di tutela della salute del soggetto specifico al quale è rivolto (che, in quanto destinatario diretto, dovrebbe astrattamente disporre della libertà di scelta). L'interesse collettivo così inteso è riassuntivo di una pluralità di posi-

---

<sup>61</sup> Si sottolinea la necessità che il consenso informato non vada inteso come un atto, ma come un processo volto a consentire una consapevole volizione: F. PIZZOLATO, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 439; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *rivistaresponsabilitamedica.it*, 31.1.2018, 2-3; la stessa qualificazione del consenso come "informato" ne postula il carattere e la dimensione relazionale: R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 12. Si veda anche l'art. 1.8 della l. 219/2017: "il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura". Sulla «*inderogabile esigenza di fornire al singolo un'informazione corretta e comprensibile*» a garanzia della «*effettiva possibilità di uno svolgimento corretto e compiuto del procedimento di formazione della volontà*» di sottoporsi a un trattamento terapeutico v. già B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 42.

zioni individuali indirettamente incise e giustifica l'attribuzione al legislatore di poteri decisionali in nome e per conto dei terzi, che ne sono privi<sup>62</sup>.

In ogni caso, *tre unità* presidiano la sfera di autodeterminazione personale rispetto alla salute, in quanto elementi al contempo imprescindibili e sufficienti a garantirla, condizionando la stessa ricostruzione del rapporto tra medico e paziente: l'unità essenziale corpo/mente del titolare del diritto, l'inscindibilità del bene dalla persona del titolare e l'unitarietà della salute individuale e collettiva.

Ne consegue che il tema dell'autonomia individuale non va declinato, rispetto alla salute, solo nei termini della costruzione di una *sfera individuale riservata*, vale a dire nell'assenza di vincoli esterni al soggetto rispetto alle cure che lo riguardano (diversi dalle condizioni in cui sono costituzionalmente legittimi trattamenti sanitari obbligatori); ma anche sul piano delle garanzie di effettività, cioè in quanto realizzazione delle *condizioni in cui l'autodeterminazione del soggetto nella relazione di cura sia possibile*<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Nella giurisprudenza costituzionale si veda la sentenza 258/1994: «Al riguardo si è avuto anche di recente occasione di ribadire come la norma del citato art. 32 postuli il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo (sentenza 1994 n. 218) e con la salute della collettività (sentenza 1990 n. 307)», che riassume e richiama i precedenti in cui viene, rispettivamente, evidenziata la necessità che un 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» (sent. 307/1990) e la configurazione di un «dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, 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. Le simmetriche posizioni dei singoli si temperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo. L'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse» (218/1994).

<sup>63</sup> Ragionando in termini di condizioni effettive di autodeterminazione diviene possibile superare le difficoltà di inquadramento della disciplina dei TSO prevista dalla legge 180/1978 per il caso di malattia psichica e trasfusa nella 833 (su cui vedi ampiamente S. Rossi, *op. cit.*), che impongono un dovere di trattamento sanitario in assenza di un interesse collettivo / altrui alla salute nel senso generalmente richiesto dall'art. 32. Se il presupposto del TSO per malattia psichica risiede nel fatto che le condizioni di alterazione e scompenso compromettono la possibilità del soggetto di auto-determinarsi in ordine ad un qualsiasi percorso terapeutico (e quindi la possibilità di entrare attivamente in una relazione terapeutica) e che, nel contempo, le caratteristiche di intervento e trattamento sono finalizzate a permettergli di recuperare una condizione di autodeterminazione possibile, a venire in gioco, di fronte al sistema delle norme costituzionali, non sono solo i limiti imposti dall'art. 13 al sacrificio della libertà personale, ma anche e soprattutto le garanzie di effettività della autodeterminazione nelle particolari condizioni di quel malato: solo nella misura in cui la riconquista di una capacità di autodeterminazione del soggetto nella relazione terapeutica sarà avvenuta, sarà possibile che le garanzie che ordinariamente presidiano detta relazione e la sfera di autodeterminazione nella cura da parte di ogni malato agiscano con effettività, consentendo, una volta cessato il TSO, di tornare ad agire nell'ambito in

La definizione delle condizioni di *effettività* dell'autodeterminazione in ordine alla cura riguarda una pluralità di aspetti: richiede, da un lato, la effettiva disponibilità di mezzi, spesso complessi, di strutture organizzative e di prestazioni personali; ma concerne anche, dall'altro, l'appropriatezza delle cure in ordine alle migliori condizioni di salute possibile (secondo l'ampia definizione dell'OMS), che sono necessariamente *relative* al soggetto (non solo "rimuovendo" la malattia, ma conservando nel tempo la miglior qualità di vita compatibile con le effettive condizioni di salute).

I soggetti essenziali della relazione terapeutica sono il titolare del bene salute individuale (*il malato*), con un potere di autodeterminazione diretto e non eliminabile sulle decisioni di cura, ed il soggetto che necessariamente coopera attraverso le sue conoscenze tecniche alla formazione della decisione, fornendo un apporto tecnico-specialistico indispensabile perché la decisione possa essere qualificata come "terapeutica" (*il medico*<sup>64</sup>). Il malato è protagonista essenziale, portatore di un'autonomia che può essere limitata, circoscritta, diversamente incisa, ma certo non completamente soppressa; il medico è, a sua volta, soggetto parimenti necessario, tuttavia non in quanto titolare del bene – la salute – sul quale si esercita la scelta, bensì in *funzione strumentale* al formarsi del processo di decisione del malato ed al compimento delle attività terapeutiche conseguenti alle scelte compiute. Nel rapporto medico-paziente, questo significa che il medico ha la funzione essenziale di proporre al paziente come curarsi e di somministrare cure e trattamenti entro il quadro di una stretta relazione con il paziente: la sua sfera di azione e la relativa autonomia nella relazione terapeutica trovano fondamento e garanzia nella protezione costituzionale dell'autonomia scientifica (ex art. 33 cost.).

Le decisioni del medico implicano una sua specifica responsabilità tecnica, in particolare in ordine alla valutazione dell'efficacia della cura; ed ancora, gli aspetti relativi alla qualità della cura non possono che essere apprezzati, da parte dello stesso medico, in un rapporto strettissimo e individualizzato con il paziente, la cui soggettività rappresenta addirittura la misura di taluni elementi. Per quanto, invece, attiene agli aspetti sociali delle decisioni sulle cure, poiché l'imprescindibile analisi dei costi delle prestazioni da erogare al complesso della popolazione sfocia in una determinazione delle priorità, si tratta dell'esercizio di una funzione essenzialmente politica, i cui requisiti essenziali debbono essere l'intelligibilità e la trasparenza del processo decisionale, entro la dimensione e la cornice della responsabilità politica.

Accostato all'art. 32 Cost., l'art. 13 – anche se inteso *ad adiuvandum*<sup>65</sup> – ha, comunque, contribuito a rendere visibile l'ampiezza della sfera di auto-determinazione del paziente costituzionalmente tutela-

---

cui l'autodeterminazione è presidiata in via ordinaria dall'art. 32 Cost.; solo "la libertà è terapeutica", e quindi solo in condizioni di autodeterminazione si instaura pienamente la relazione terapeutica, mentre la fase – limitata e circoscritta – della coazione si giustifica nella stretta misura in cui risulta strumentalmente indispensabile per garantire l'effettività dell'autodeterminazione (a costruire la possibilità di una piena relazione terapeutica).

<sup>64</sup> Anche la giurisprudenza costituzionale ribadisce che «*in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali*»: così da ultimo nella sent. 169/2017, con richiamo anche delle sent. n. 338/2003, 282/2002 e 151/2009.

<sup>65</sup> R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 6, 2008, 4963, per i quali il consenso informato può essere spiegato come punto di sintesi fra le diverse posizioni giuridiche soggettive tutelate dall'art. 32 Cost., senza necessariamente richiamare l'art. 13 Cost.; così anche G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*

ta, che è (diventata riconoscibile ed è stata) riconosciuta effettivamente come forte contrappeso, nel bilanciamento, con l'autonoma responsabilità di cura propria del medico, fondata sulla tutela della sua autonomia scientifica (art. 33 Cost.<sup>66</sup>).

Recentemente, nella cornice di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'assise di Milano in riferimento al reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.<sup>67</sup>), la giurisprudenza costituzionale sembra essersi spinta sino a ricoprire con l'ombrello dell'autodeterminazione la scelta delle terapie finalizzate a liberare dalle sofferenze<sup>68</sup>: nei contenuti dell'ordinanza 207/2018 – e ferma restando la necessità di verificarne la tenuta in considerazione del successivo provvedimento che la Corte costituzionale adotterà in chiusura della discussione ulteriore prevista nella udienza di rinvio del 24 settembre 2019 – sembra però di intravedere sul punto specifico dell'*autodeterminazione in materia di salute* un salto ed una discontinuità rispetto ai precedenti, che renderebbe difficile la ricostruzione del richiamo dell'art. 13 Cost. come semplicemente *ad adiuvandum* rispetto all'art. 32.

Stabilendo che – sia pure nelle circostanze limitate in cui il soggetto agevolato sia persona che si trovi «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» – richiedere un atto medico che attivamente determini il momento della morte (pretesa ad un comportamento attualmente punito dall'art. 580 c.p.<sup>69</sup>) equivalga a richiedere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e la conte-

secondo l'art. 32, co. 2, cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita, in *Dir. pub.*, 1, 2008, 91-92; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 665; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 329.

<sup>66</sup> Profilo particolarmente oggetto di ampia analisi ricostruttiva da parte di A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico*, Bari, 2018. In giurisprudenza, la sent. 282/2002 parla di un diritto fondamentale della persona malata «ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica».

<sup>67</sup> Sull'ampissimo dibattito suscitato dal cosiddetto "caso Cappato", ai cui profili sostanziali si aggiunge l'interesse suscitato dalla novità sperimentata dalla Corte costituzionale di una decisione di sostanziale messa in mora del legislatore, si vedano: su quest'ultima pronuncia e sull'ampia discussione cui ha già dato vita si possono vedere almeno il *Forum – Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2019; gli interventi al *Seminario annuale 2019 di Quaderni costituzionali, Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?* pubblicati su *forumcostituzionale.it*; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 139 e S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 153; D. NAPOLI, *Il caso Cappato – DJ Fabo e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, in questa *Rivista*, 3, 2017, 355. Nonché gli interventi presentati nel corso del seminario preventivo organizzato dall'università di Bologna il 12 ottobre 2018, e pubblicati da *forumcostituzionale.it*: A. MORRONE (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/10/caso-cappato-amici-curiae.pdf> (6.6.2019).

<sup>68</sup> Ordinanza CC 207/2018 «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.» (9 *Cons. dir.*)

<sup>69</sup> Al punto 9 *Cons. dir.*, la Corte costituzionale osserva che «La legislazione oggi in vigore non consente, invece, al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. In tal modo, si costringe

stuale sottoposizione a sedazione profonda continua (sulla base dell'esercizio di una autodeterminazione in relazione alla propria salute oggi specificamente assistita dalle garanzie della legge 219/2017, ma di per sé direttamente fondato sull'art. 32 Cost.<sup>70</sup>), la Corte costituzionale ci pone di fronte ad uno slittamento sinora inedito tra *letting die* e *killing*<sup>71</sup>, superando una linea di demarcazione ad oggi saldamente presidiata dall'obbligo deontologico espresso nell'art. 17 del codice di deontologia medica<sup>72</sup>, richiamato specificamente dall'art. 1 della l. 219/2017.

Tanto più che l'utilizzo della legge 219 come *tertium comparationis* non viene fatto semplicemente operare, entro il perimetro della rilevanza della questione di costituzionalità, ai fini di un'interpretazione costituzionalmente conformati dell'art. 580 c.p.<sup>73</sup> (che escluda che, nella condotta di chi abbia accompagnato in macchina il malato in quelle particolari condizioni in un paese straniero ove gli è stato possibile realizzare l'intento suicidiario, sia ragionevolmente configurabile un aiuto al suicidio<sup>74</sup>), ma spinge la Corte ad ipotizzare – con un ulteriore slittamento – la doverosità costituzionale di un intervento legislativo<sup>75</sup> che, pur nell'indispensabile esercizio di delicati bilanciamenti

---

*il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care».*

<sup>70</sup> B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa, 2011, 177.

<sup>71</sup> Lo rilevano in molti, si veda in particolare M. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale, paper al Seminario "Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?"*, Bologna, 27 maggio 2019, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*.

<sup>72</sup> L'art. 17 del codice di deontologia medica, rubricato *Atti finalizzati a provocare la morte*, afferma che «Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte». Si vedano peraltro P.F. BRESCIANI, *Il lungo anno dell'art. 580 cod.pen.: l'art. 17 Codice Deontologia Medica può precludere la partecipazione del medico ai suicidi assistiti?*, in *forumcostituzionale.it*, 2 maggio 2019; E. PULICE, *Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata*, in questa *Rivista*, 1, 2019.

<sup>73</sup> Sempre nel punto 9 *Cons. dir.*: «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

<sup>74</sup> Obiettivo in sé conseguibile con una pluralità di mezzi: innanzitutto, sarebbe stato alla portata dei giudici milanesi – sia seguendo l'interpretazione delle corti di merito citate nella stessa ordinanza di rimessione (corte d'assise di Messina, tribunale di Vicenza, Corte d'appello di Venezia), sia rilevando l'interruzione del nesso di causalità tra aiuto prestato da Cappato e atto suicidiario, essendo il mero accesso alla clinica dove il trattamento è stato possibile un presupposto necessario ma non sufficiente, dal momento che, da un lato, è stato indispensabile l'intervento attivo di chi ha messo a disposizione il farmaco letale e, dall'altro, F. A. avrebbe potuto non solo non essere ritenuto idoneo, ma mutare idea sino all'ultimo momento –; in secondo luogo, potrebbe essere raggiunto dalla Corte costituzionale con una pluralità di dispositivi, come la dottrina ha ben evidenziato: v. A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Id.* (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, cit.

<sup>75</sup> «10.– Al riscontrato *vulnus* ai principi sopra indicati, questa Corte ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, a traverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte. Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi».

ti costituzionali affidati alla responsabilità del legislatore<sup>76</sup>, garantisca una “tutela del malato” intesa come diritto ad ottenere la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, in quanto ritenuto perfettamente simmetrico alla già riconosciuta possibilità di “liberarsi delle proprie sofferenze” attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale. In tal modo viene anche messa in ombra la distinzione delle sfere soggettive coinvolte e degli effetti che in tali sfere ricadono sui soggetti individuati: passando dalla considerazione del soggetto che spontaneamente presta aiuto all'altrui proposito suicidario, già indipendentemente maturato, a quella del soggetto irreversibilmente malato e intollerabilmente sofferente e delle sue pretese verso altri<sup>77</sup> (al netto di ogni considerazione sulla differenza tra riconoscimento di uno spazio fattuale di libertà personale possibile e riconoscimento di un vero e proprio diritto *al quale corrisponda l'affermazione di una doverosità del comportamento altrui*<sup>78</sup>).

La Corte costituzionale interviene così in uno spazio costituzionale non compiutamente definito, tra un *diritto di morire* che non c'è – che non si configura come costituzionalmente protetto ed autonomamente rilevante – ed un *dovere di vivere* ugualmente non compatibile con la Costituzione. Se anche nessuna norma della Costituzione consente di configurare un diritto di morire che proietti la piena disponibilità individuale del bene della vita fino al riconoscimento della pretesa di esigere comportamenti conformi da parte di altri soggetti (vale a dire, assistenza e collaborazione al suicidio), il libero sviluppo della persona protetto dall'art. 2 Cost. e la piena dignità riconosciuta dall'art. 3 Cost. ad ogni essere umano impongono il massimo rispetto della persona anche *nell'attraversamento del confine tra la vita e la morte*. E per quanto l'ordinamento costituzionale tenda nel suo complesso a privilegiare la vita ed orienti la solidarietà all'esistenza in vita del soggetto, lo può fare solo in forme che non comportino la compressione dei diritti di libertà e di scelta e senza autorizzare la sostituzione di determinazioni eteronome all'autonomia del soggetto, quindi con misure indirette di indirizzo e incentivo, non già configurando coercizioni o obblighi; nessun *dovere di vivere*, che sarebbe fondabile solo su valori distinti e pretesi superiori alla (autocoscienza della) persona in sé considerata; i doveri

---

Rimettendo al legislatore la responsabilità di scegliere entro un ventaglio di opzioni discrezionali (prima tra tutte la scelta tra intervenire sull'art. 580 c.p. e la legge 219/2017), l'ordinanza precisa comunque al punto 11 *“ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia”*.

<sup>76</sup> Tra le molteplici opzioni evocate esplicitamente nella pronuncia: le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo “processo 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; nonché l'esigenza di adottare opportune cautele affinché il coinvolgimento in un percorso di cure palliative resti un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente: così, però, mostrando di non ritenere, in realtà, perfettamente equivalenti le opzioni in precedenza presentate come simmetriche dell'interruzione di trattamenti di sostegno vitale con sedazione profonda e terapia del dolore e della somministrazione di farmaco atto a provocare rapidamente la morte.

<sup>77</sup> Distinzione rilevata già da M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2017, cui rimane fermamente contrario A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in M. RONCO (a cura di), *Il “diritto di essere uccisi: verso la morte del diritto?”* Torino, 2019, 7.

<sup>78</sup> Sul punto, tra gli altri, v. A. MORRONE, *op. cit.*, 9.



di solidarietà dell'art. 2 cost., infatti, sono correlativi, non superiori ai diritti fondamentali della persona.

Vi è, dunque, uno spazio costituzionale aperto, dove c'è posto per riconoscere un fondamento costituzionale al diritto *di morire con dignità*<sup>79</sup>, il cui contenuto riguarda pretese di autodeterminazione relative alla possibilità di conformare le modalità della propria morte, che hanno fondamento nel principio personalistico e che, per quanto qui interessa, possono trovare protezione *in connessione* con la tutela della salute, nella misura in cui alla sfera del diritto costituzionale alla salute si può ricondurre il diritto di determinare a quali trattamenti sottoporsi e quali rifiutare, *anche e specificamente* quando il rifiuto o l'interruzione significhi accettare l'esito fatale del sopraggiungere della morte (rifiuto o interruzione di trattamenti salvavita); in questo caso, infatti, nell'ambito della relazione terapeutica diventano prestazione alternativa<sup>80</sup> ai trattamenti salvavita rifiutati dall'interessato le cure palliative (sedazione profonda e terapia del dolore), che il medico può e deve<sup>81</sup> somministrare per assistere il paziente nel *processo del morire*, accompagnandolo verso un esito inevitabile; cure palliative che rappresentano ciò che viene fatto per garantire che, anche nella fase tra il rifiuto dei trattamenti salvavita ed il momento della morte – appunto nel *processo del morire* –, la cooperazione del medico in uno stretto dialogo con il paziente assicuri a quest'ultimo la migliore condizione di salute (relativa<sup>82</sup>) possibile. Ma quando – in esito a quel doppio slittamento sopra osservato dell'argomentazione della Corte costituzionale (che, da un lato, assimila l'accompagnamento nel processo spontaneo del morire alla somministrazione di un trattamento che determina direttamente la morte; e che, dall'altro, in forza di tale assimilazione non solo ritiene irragionevole la punizione dell'aiuto al suicidio quando prestato in determinate condizioni, ma impone il riconoscimento di un diritto ad ottenere un aiuto medico qualificato al suicidio) – la prestazione alternativa (alle cure salvavita rifiutate o interrotte) consiste in un trattamento che induce la morte, si può dubitare che ci si trovi ancora entro il quadro della *relazione terapeutica*.

<sup>79</sup> P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003.

<sup>80</sup> G. BALDINI, *La legge 219/2017 tra molte luci e qualche ombra*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 33.

<sup>81</sup> L'ordinanza 207/2018 ribadisce al punto 10 *Cons. dir.* che «Dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente».

<sup>82</sup> La condizione di pazienti affetti da malattie caratterizzate da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta che non rispondono a trattamenti specifici rivolti alla prospettiva della rimozione della malattia ci appare una *situazione-limite*, nella misura in cui scinde i due aspetti che di norma si presentano congiunti: da un lato, la proiezione della cura alla "guarigione" e alla rimozione della malattia e, dall'altro, la qualità della vita che, in assenza di prospettiva di guarigione, si configura come "relativa". È importante, tuttavia, sottolineare che l'espressione "relativa" non deve essere intesa come una qualificazione riduttiva, come se la qualità della vita che potesse dirsi, al contrario, "assoluta" in assenza della malattia (e *solo* in assenza di malattia); sta, piuttosto, ad indicarne lo stretto rapporto con il soggetto malato, l'*individualizzazione*, con riferimento sia alle prospettive di guarigione e, comunque, di evoluzione della malattia, sia ai bisogni ed alle preferenze individuali del malato, tanto più in assenza di prospettive di guarigione.

Da questo punto di vista, l'ordinanza 207/2018 non sembra, di conseguenza, potersi leggere in una mera continuità con i precedenti, risultando piuttosto propriamente fondativa di un'autonoma dimensione dell'autodeterminazione *tout-court*, per la quale invoca, infatti, anche la dignità nell'accezione sostanzialmente soggettiva (nella misura in cui fa riferimento a «un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale» sostenendo che in tal modo si imporrebbe al malato «in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)»).

## 6. Criticità nella relazione terapeutica: l'obiezione di coscienza del medico

Tornando, invece, alla riflessione più generale sulla relazione terapeutica<sup>83</sup>, fra i tanti aspetti emersi nell'arco di tempo quarantennale qui oggetto di riflessione merita specifica considerazione il tema della obiezione di coscienza, in particolare sollecitato dalla problematica configurazione della obiezione del personale medico-sanitario prevista dalla legge sull'IVG, che l'attuazione quarantennale della legge restituisce come una pratica divenuta *di massa*<sup>84</sup>.

Lo scopo è quello di richiamarne la particolare criticità in ordine alla dimensione organizzativa dell'effettività del diritto alla salute, ma anche di proporre una lettura critica che ne evidenzi la intrinseca ambiguità – se non proprio contraddittorietà – rispetto alla configurazione strutturale del diritto alla salute che si è inteso in questo contributo rappresentare il più coerentemente possibile.

La dimensione problematica assunta dalla obiezione di coscienza disciplinata dalla legge 194/1978, ben rimarcata da diverse recenti problematizzazioni<sup>85</sup> e dalle considerazioni espresse in due decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, nel 2014<sup>86</sup> e nel 2016<sup>87</sup>, rimanda alla necessità di ripensare il rapporto tra autodeterminazione, salute e dimensione sessuata del corpo, nella misura in cui, entro il

<sup>83</sup> In particolare dopo l'approvazione della legge 219/2017, su cui si vedano, da ultimo, questa *Rivista*, 1, 2018, e M. FOGLIA (cur.), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019.

<sup>84</sup> Il tema dell'obiezione di coscienza in ambito medico verrà conclusivamente ripreso in connessione all'ipotesi della necessità di una sua futura regolamentazione come suggerita dall'ordinanza 207/2019 (10 *Cons. dir.*).

<sup>85</sup> Recentemente I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 19; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del ssn. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Riv. AIC*, 3, 2017; S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in *Riv. AIC*, 2, 2017; F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Ist. fed.*, 1, 2015, 89; A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, *ivi*, 121.

<sup>86</sup> Reclamo coll. n. 87 del 2012 presentato da *International Planned Parenthood Federation European Network*.

<sup>87</sup> Reclamo coll 91/2013 presentato da *Confederazione Italiana Generale del Lavoro*.

*sex-gender system*, emerge “una *deminutio* dell'autodeterminazione delle donne” prodotta storicamente da norme che ne disciplinano il corpo, la sessualità, l'attitudine riproduttiva<sup>88</sup>.

Alla metà degli anni settanta, il riferimento alla tutela della salute era stato in grado di fornire un saldo fondamento costituzionale alla garanzia della salute riproduttiva delle donne<sup>89</sup> – a partire dalla sentenza costituzionale 27/1975 che ha consentito il superamento della repressione penale dell'interruzione volontaria della gravidanza e fornito un modello di legittimazione costituzionale alla legge che dal 1978 la disciplina; successivamente, però, la spinta propulsiva inizialmente fornita dal riconoscimento del carattere fondamentale ed espansivo del diritto fondamentale alla salute non è stata integrata con un analogo riconoscimento della dimensione dell'autodeterminazione personale in materia di riproduzione<sup>90</sup>. La sentenza 27/1975, *pietra miliare* nella costruzione dei rapporti di genere che accompagna la legislazione sui consultori (l. 405/1975) e precede quella sull'aborto (l. 194/1978), ha avuto l'effetto di costituzionalizzare un modello dell'interruzione volontaria di gravidanza fondato sulla, e giustificato dalla, necessità di tutela della salute della madre, entrato nel dibattito del tempo con la forza di una soluzione costituzionalmente imposta e, almeno in certa misura, sottratta alla discussione. Nucleo centrale e lascito più duraturo dell'argomentazione è il riconoscimento dell'*asimmetria* tra la tutela costituzionale del concepito e quella della salute della madre, che entra nel bilanciamento come posizione costituzionale non comprimibile. La specificità della esperienza femminile della gravidanza, che pure emerge, resta dissimulata da un'argomentazione contenuta entro il perimetro del diritto soggettivo alla salute<sup>91</sup>, che anche la giurisprudenza costituzionale successiva consolida: avallando gli elementi della normativa imperniati sulla necessità di trattare la gravidanza e aborto come esperienze della vita esemplari della diversità tra i sessi e, conseguentemente, come luogo di necessario riconoscimento giuridico dell'*asimmetria di genere*<sup>92</sup>, ma solo per quanto risulta coerente e possibile nel quadro di una tutela costituzionale che si misura con l'autodeterminazione della donna *in materia di salute riproduttiva*, non certo ispirata dal riconoscimento della autodeterminazione femminile *tout-court*<sup>93</sup>. Gli spazi in cui in concreto si esercitano forme di autodeterminazione femminile restano spazi in ordine alla salute, piuttosto che alla condizione di genere. La tutela della salute ha, pertanto, occupato lo spazio di riconoscimento

<sup>88</sup> L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze* cit., 196 e Id., *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit., 3.

<sup>89</sup> Così come, del resto, sempre nell'ambito della complessità del *sex-gender system*, al riconoscimento dei percorsi di transizione di genere (l. 164/1982, sulla rettificazione anagrafica del sesso e sent. cost. 161/1985).

<sup>90</sup> L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze* cit., 199, segnala che l'autodeterminazione delle donne nella procreazione resta «*confinata nella sfera della tutela della salute psicofisica ex art. 32 Cost. senza alcun coinvolgimento della inviolabilità della libertà personale, fisica e morale, di cui all'art. 13*».

<sup>91</sup> G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, 2009, 828.

<sup>92</sup> Si pensi alla posizione del padre del concepito; si veda come la semi-capacità riconosciuta dalla l. 194/1978 alla donna minore in ordine ad una decisione da considerarsi certamente *grave* rifletta l'assoluta specificità del corpo femminile in età feconda

<sup>93</sup> Che avrebbe presupposto il riconoscimento di un più netto ridisegno dei rapporti di genere: con le parole di M.L. BOCCIA, *Il conflitto sulla decisione della donna. Un confronto tra uomini e donne del PCI sull'aborto*, in *Reti*, 1988, 3-4, 77, «*non c'è nessuna libertà né alcun diritto all'aborto per la donna. C'è invece nel riconoscimento che la decisione è sua, una ridefinizione dei rapporti di potere tra uomini e donne*».

all'asimmetria e specificità della gravidanza e della maternità come esperienza femminile<sup>94</sup>, offrendo una lettura avversariale della relazione tra donna e embrione<sup>95</sup>.

Da qui una tensione interpretativa che ricava dal modello costituzionalizzato una marcata separazione tra la madre e il concepito e che, di conseguenza, rinuncia a sviluppare gli elementi di coerente integrazione presenti nella legge 194/1978 (primo tra tutti, l'armonizzazione dei principi ispiratori declinati nel suo articolo 1<sup>96</sup>) e ne legge le tensioni in continuità con l'esistenza di irriducibili contrapposizioni etico-politiche, enfatizzandole e riproducendole, anziché ricavare dalla esistenza stessa della legge una loro oggettiva composizione sul piano normativo. I maggiori contrasti riguardano l'interpretazione del modello di interruzione volontaria della gravidanza nel primo trimestre (per il secondo trimestre, infatti, la lettura è pacificamente orientata alla rilevazione di un modello di aborto terapeutico). Dubitando della conciliabilità dei principi normativi assunti a fondamento della legge, tra di loro e con i contenuti della disciplina<sup>97</sup>, le letture interpretative si divaricano, però, negli esiti: da un lato, si afferma la prevalenza della autodeterminazione condizionata<sup>98</sup>, secondo le linee del modello detto *discorsivo (o della consulenza)*<sup>99</sup>, in cui il vincolo che condiziona la possibilità di decisione della donna è rappresentato dalla *procedimentalizzazione* che impedisce l'autoreferenzialità del processo di formazione della sua volontà ed impone una particolare ponderazione, nella cornice del confronto con una struttura o un medico; dall'altro, ci si orienta alla costruzione di un modello più marcatamente segnato dalla presenza di indicazioni vincolanti che, in quanto riconducibili alla *salute*, affidano un ruolo decisionale attivo al medico<sup>100</sup>. Benché nella pratica e nella giurisprudenza sia il primo modello, che riconosce la portata della autonomia decisionale della donna<sup>101</sup>, ad affermarsi,

<sup>94</sup> Sulla centralità ed il valore della relazione di gravidanza, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017.

<sup>95</sup> S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze cit.*, 200.

<sup>96</sup> La chiave di un'integrazione costituiva dei principi declinati all'art. 1 – la procreazione cosciente e responsabile enunciata come diritto, il valore sociale della maternità e la tutela della vita umana sin dall'inizio espresse come finalità – è sviluppata da B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza cit.*, nel par. 1.2.2 esplicitamente intitolato *La coesistenza dei principi*.

<sup>97</sup> Il tema è ricorrente, v. L. ARCIDIACONO, *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali*, in *Dir. soc.*, 4, 1978, 739; anche per P. ZATTI, U. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 267, la tensione inevitabile tra principio di autonomia e ragioni oggettive sarebbe solo parzialmente risolta dalla legge; per T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998, 73, principi e *iter* sono varchi che minacciano l'impianto sostanziale della legge.

<sup>98</sup> C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, 118; C.E. TRAVERSO, *Commento dell'art. 5*, in *L'interruzione volontaria della gravidanza. Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, Milano, 1978, 154-155, pur con riserve di legittimità costituzionale; A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, 28.

<sup>99</sup> Sul modello *discorsivo*, in particolare con riferimento alla sua origine nell'ordinamento tedesco, v. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994: il modello italiano se ne discosta, però, mancando in esso il chiaro indirizzo dissuasivo.

<sup>100</sup> P. ZATTI, U. NANNINI, *op. cit.*, 278.

<sup>101</sup> La giurisprudenza costituzionale, pur non avendo mai direttamente esaminato l'art. 4 della legge, ha affermato esplicitamente il potere decisionale della donna sia nella sent. 26/1981: "*Quanto all'art. 1, pur senza ridurlo ad un mero "cappello declamatorio" (come vorrebbe la memoria relativa alla richiesta "radicale"), è chiaro che le sue proclamazioni non possono venir considerate per sé sole, senza ricollegarle alle opzioni*

confortato e sorretto anche dai riscontri obiettivamente positivi dei risultati applicativi<sup>102</sup>, il secondo, più marcatamente presente nei primi commenti<sup>103</sup>, si riaffaccia comunque ciclicamente nel dibattito. Ed è in questo quadro che si colloca anche la perdurante questione dell'obiezione di coscienza: diventata in Italia nel corso dei 40 anni trascorsi dall'approvazione della legge una vera e propria *obiezione di massa*<sup>104</sup>, con percentuali stabilmente assestate intorno al 70% del totale dei medici ginecologi in servizio (e punte del 96% in Molise, 88% in Basilicata e 84% nella provincia di Bolzano), che solleva gravi dubbi sull'effettività nella garanzia di una prestazione sanitaria essenziale [nell'elenco dei LEA] e sulla tutela del diritto alla salute delle donne che si rivolgono al servizio sanitario per l'IVG, provocando i problemi e disservizi anche contestati all'Italia dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali<sup>105</sup>.

In questa prospettiva, la riflessione sul significato e la *ratio* della obiezione di coscienza nella legge 194, andrebbe affrontata su basi nuove: non solo per riprendere osservazioni fin dall'origine avvertite del rischio potenziale di incisione sull'organizzazione del servizio<sup>106</sup> e non solo nella chiave della ricerca di soluzioni praticabili<sup>107</sup>, ma nella direzione di un radicale ripensamento della adeguatezza della soluzione pensata quarant'anni fa a garanzia della intangibilità della sfera morale dei medici di fronte ad una pratica ed un trattamento medico come l'IVG.

Si tratta di avvertire come l'obiezione di coscienza vada ad incidere nella configurazione della relazione terapeutica: una configurazione oppositiva dei ruoli della paziente (donna) e del medico, proposti come portatori *ab origine* di posizioni ed interessi contrapponibili anziché convergenti, incide sulla possibilità stessa di instaurare una autentica relazione terapeutica, nel senso ricostruito sulla base dell'art. 32 Cost. Il medico assume, infatti, nella relazione terapeutica un ruolo "strumentale", innanzitutto al formarsi di decisioni di altri (in questo caso, *di altre*) sulla propria salute e sulle proprie complessive condizioni di vita (secondo la ampia definizione di salute dell'OMS) e, di conseguenza, al

---

*effettuate dal legislatore nel configurare l'intero complesso delle norme – discrezionalmente stabilite – sull'interruzione volontaria della gravidanza; e lo stesso vale per l'art. 4, che va comunque letto per intero, senza ignorare il rilievo attribuito alla volontà della gestante, nell'ambito delle "procedure" previste dall'art. 5", sia nelle ord. 76/1996 e 514/2002. Altrettanto esplicita anche Cass. pen., sez. V, 6 marzo 1998, n. 2866, in Riv. it. med. leg., 1999, 1713, che definisce liberalizzata l'IVG nel senso che: "pur con le garanzie del rispetto delle procedure previste dagli artt. 5, 8, 12 e 13- è lasciata alla donna, che abbia preso coscienza della possibilità di essere aiutata a rimuovere le cause che la porterebbero all'intervento, l'ultima definitiva decisione".*

<sup>102</sup> Le Relazioni annuali al Parlamento evidenziano una tendenza alla costante riduzione del numero degli aborti dal 1982 (i dati precedenti sono influenzati dall'emersione del fenomeno delle interruzioni volontarie, prima confinato nella clandestinità); pur mantenendosi la tendenza alla diminuzione nelle donne italiane adulte, negli ultimi anni il numero appare in crescita tra le minorenni e le straniere: cosa che suggerirebbe l'esigenza di potenziare le attività di informazione e formazione rivolte alla gestione responsabile dei comportamenti sessuali per queste fasce di popolazione femminile.

<sup>103</sup> F. BUSNELLI, *Commento all'art. 1, della legge 194/1978*, II, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1605.

<sup>104</sup> M. AINIS, *Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, 903; M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 151 ss.; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Riv. AIC*, 1, 2018.

<sup>105</sup> V. le decisioni del 2014 e 2016 citate alle note 85 e 86.

<sup>106</sup> A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1660-61

<sup>107</sup> V. dottrina citata in nota 85.

realizzarsi di conseguenti pratiche terapeutiche *da altre* subite sul proprio corpo. Un ruolo che non ne sminuisce in alcun modo l'importanza, né l'autonomia: altri ed altre sono, tuttavia, i/le titolari del bene salute tutelato dall'art. 32 Cost. e della sfera di autodeterminazione in materia di salute e condizioni di vita, al presidio costituzionale della quale convergono gli art. 2 e 13 Cost., nel senso visto sopra.

Quanto all'obiezione di coscienza che è prefigurata nell'ordinanza 207/2018, essa viene indicata fra i profili di attenzione sottoposti al legislatore; sollecita, infatti, il punto 10 del *Considerato in diritto* «una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, [che] è suscettibile peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali: come, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo “processo 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*» (corsivo ns.).

Ricongiungendo le considerazioni sull'estraneità, che dovrebbe considerarsi strutturale, dell'obiezione di coscienza del medico ad una ricostruzione della relazione terapeutica propriamente inquadrata nella dimensione dell'art. 32 Cost, a quanto sopra osservato in merito agli *slittamenti* di prospettiva presenti nell'ordinanza stessa, la stessa suggestione della possibilità di obiezione sembra rivelarsi un sintomo della difficoltà di assimilare pienamente, nell'ambito della mera relazione terapeutica, le condotte che un paziente, che abbia a pieno diritto richiesto l'interruzione di trattamenti salvavita, può esigere dal medico che lo assiste, di accompagnamento con cure palliative, da un lato (per le quali non si formula l'ipotesi di alcuna obiezione di coscienza), e di somministrazione di un farmaco che determina la morte, dall'altro (per la quale, invece, si lascia aperta la possibilità del medico di sottrarsi a prestazioni doverose<sup>108</sup>).

Anche per questa ulteriore ragione, che si aggiunge alle perplessità e alle critiche già rivolte all'ordinanza 207/2018, sembrerebbe più opportuno che la vicenda interessata dall'ordinanza stessa trovasse una sua conclusione – per la via del seguito legislativo o, come appare più probabile, per quella giurisprudenziale a conclusione della discussione nell'udienza del 24 settembre – entro i confini tracciati dalla rilevanza della questione di costituzionalità, intervenendo, cioè, come già ipotizzato, sulla figura del reato di aiuto al suicidio.

Lasciando così che la relazione di cura si assesti entro i confini *sostenibili* tracciati dalla l. 219/2017, che perseguono un «*equilibrio tra le istanze dell'autonomia individuale e la dimensione relazionale del diritto alla salute*»<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> G. BALDINI, *op. cit.*, 33.

<sup>109</sup> Di sostenibilità tratta in questi termini L. BUSATTA, *La sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in M. FOGLIA (cur.), *La relazione di cura dopo la l. 219/2017*, Pisa, 2019, 152.