

## La medicina oltre la cura

*Renato Balduzzi\**

### MEDICINE BEYOND THE CURE

**ABSTRACT:** Within bioethical debate the dichotomy “to cure”/ “to care” is often used in order to focus on the complexity of the concept of health and – like in a game of mirrors – of each activity aimed to the protection of health. This dichotomy works well also if applied to the role of medicine. Nobody denies that among medicine’s functions and at the foundations of the ancient and modern medicine there is the care of patient, the mission to look after his needs in a global meaning and not only at a clinical level; however, everybody could pacifically observe that the specific mission of medicine, which distinguishes that from the other health care activities, is its capacity to cure the patient. Nevertheless, nowadays, thanks to the scientific and technological progress and to the evolution of the conception of health itself, the increasing power of medicine in our societies seems pushing it beyond the borders of the cure, not only towards the care, but also out of the scheme of the classic aforesaid dichotomy. This paper, by a constitutional studies’ point of view, deals with this issue by: i) analysing the contribution given by the Italian Constitution (starting from the Constituent Assembly debates) to overcome a limited notion of health protection (in the sense of the cure); ii) looking for (at a legal level) the current tendencies of medicine to go beyond the cure.

**KEYWORDS:** To care; to cure; medicine; healthcare; future

**SOMMARIO:** 1. Alcune premesse lessicali, per non perdersi – 2. L’ampliamento della nozione di salute e l’estensione della medicina – 3. La straordinaria ricchezza del dibattito e degli esiti in Assemblea costituente – 4. L’integrazione sociosanitaria, o quando la medicina va oltre la cura in senso stretto – 5. Sviluppi legislativi, giurisprudenziali e scientifici recenti: A) consenso informato e autodeterminazione (l. 219/2017); B) alleanza terapeutica; C) responsabilità medica e medicina personalizzata (o predittiva, o di precisione); D) neuroscienze e human enhancement

### 1. Alcune premesse lessicali, per non perdersi

**I**l titolo mi è stato assegnato (e da me accettato volentieri): questa circostanza rende indispensabile, più ancora di quando l’autore di uno scritto sia anche all’origine del titolo di questo, un chiarimento sulla portata del medesimo. Chiarimento che, come vedremo, si rivela tutt’altro che agevole, avendo a che fare con termini che rimandano a fenomeni in tumultuoso cambiamento. Se è vero che il cambiamento è la cifra della contemporaneità, è altrettanto vera la constatazione che di esso uno degli elementi più significativi è proprio quanto sta avvenendo in campo biomedico, con le ben note conseguenze in ordine alla nascita di discipline quasi del tutto nuove, come la bioetica. Si

---

\* *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università Cattolica del Sacro Cuore. Mail: [renato.balduzzi@unicatt.it](mailto:renato.balduzzi@unicatt.it). Contributo sottoposto a referaggio. Il testo è stato chiuso il 10 settembre 2019.*

tratta di un fenomeno strettamente intrecciato con l'ampliamento di spettro della nozione di salute: tali nuove discipline esprimono l'esigenza di difesa e di protezione rispetto all'"imperialismo" della scienza e soprattutto alle sue applicazioni tecnologiche: *in primis* la bioetica, cui seguiranno in pochi decenni la biopolitica e naturalmente uno degli strumenti più forti di quest'ultima, e cioè il biodiritto<sup>1</sup>. Per "medicina" (*scilicet*, degli ultimi due secoli, o medicina scientifica)<sup>2</sup> qui intenderemo l'insieme delle conoscenze scientifiche, delle tecniche e degli apparati organizzativi volti a contrastare le patologie e a migliorare lo stato di salute. Se, come si vedrà più sotto, proprio il mutamento progressivo della nozione di salute giustifica un allargamento del campo di applicazione della medicina, è pur sempre alla salute che occorrerà riferirsi per valutare, sotto il profilo etico e soprattutto, per quanto qui ci riguarda, giuridico-costituzionale, la compatibilità di tale allargamento con i principi del nostro ordinamento. Tutto ciò nella consapevolezza dei contorni necessariamente fluidi della nozione di salute, enigma che può essere svelato soltanto attraverso una riflessione a trecentosessanta gradi, dove la componente della medicina come scienza e quella della medicina come arte si intrecciano indissolubilmente<sup>3</sup>.

La nozione di "cura", che in linea generale possiamo intendere come obiettivo della medicina e come tecnica (esaustiva o principale) per ripristinare la salute, viene considerata suscettibile di una duplice accezione: in senso stretto, essa equivarrebbe a trattamento sanitario<sup>4</sup>; in senso largo, atterrebbe a tutte le forme di accudimento del malato (sul piano sociale, psicologico, dell'igiene, del benessere, e

<sup>1</sup> Sulle origini della bioetica v. per tutti C. TRIPODINA, voce *Bioetica*, in M. FLORES (a cura di), *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione – Dizionario alfabetico*, I, Torino, 2007, 546 ss.; F.P. CASAVOLA, *I diritti fondamentali della persona umana tra bioetica e diritto*, in F.P. CASAVOLA, L. CHIEFFI, F. LUCREZI (a cura di), *De hominis dignitate. Scritti di bioetica*, Milano, 2019, 53 ss. Sul biodiritto v. almeno C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, 2012.

<sup>2</sup> Ai fini della trattazione nostro tema, non sembra rilevare la distinzione tra medicina scientifica e medicina alternativa, o non convenzionale, o tradizionale: anche questa seconda, infatti, aspira (forse ancora di più della prima) ad andare oltre la cura (anzi, secondo i suoi critici, ci andrebbe troppo). L'evoluzione in corso verso una medicina sempre più predittiva e personalizzata potrebbe recuperare alcuni aspetti delle medicine alternative, o di alcune fra queste, purché esse accettino di sottoporre le proprie pratiche a tecniche di sperimentazione sistematica e, più in generale, ai postulati della cosiddetta medicina dell'evidenza: sul punto, anche per le ragioni che indurrebbero a preferire l'appellativo di medicine alternative, è ancora utile la lettura del Parere del Comitato nazionale di bioetica, *Le medicine alternative e il problema del consenso informato*, 18 marzo 2005; sul punto v., più di recente C. CASONATO, *La salute e i suoi confini. Una prospettiva comparata*, in G. CERRINA FERONI, M. LIVI BACCI, A. PETRETTO (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Firenze, 2017, 66-67.

<sup>3</sup> Secondo le note, e per certi versi insuperate, riflessioni di H.-G. GADAMER, *Über die Verborgenheit der Gesundheit*, Frankfurt am Main, 1993 (trad. it. *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, spec. 25 ss., 118 ss.); la traduzione inglese (*The Enigma of Health: the Art of Healing in a Scientific Age*, Oxford, 1996), rende, meglio ancora di quella italiana, la complessità del tema.

<sup>4</sup> Il legislatore italiano sembra volere distinguere tra "cure" e trattamenti sanitari, prevedendo che sia possibile rifiutare questi ultimi o rinunciare ad essi (l. 219/2017; vedi però, in senso contrario, gli artt. 2, comma 2 e 3, comma 5); sulla nozione di trattamenti sanitari e sulla definizione che considera tali, ai fini della legge n. 219, la nutrizione e l'idratazione artificiale, «in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici» si vedano le persuasive riflessioni di L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, 2018, spec. il § 3.

così via). La dicotomia (come spesso accade anche in altri campi e con riferimento ad altre dicotomie)<sup>5</sup> tende a relegare sullo sfondo l'essenziale complementarità tra il *to cure* (curare per guarire) e il *to care* (prendersi cura), confermata dalla radice etimologica, che riconduce all'azione di osservare<sup>6</sup>: cura è dunque la conseguenza di un'osservazione, e aggiungerei di osservazione partecipante, almeno nel senso di osservazione empatica e capace di cogliere la globalità dell'osservato, cui segue il trattamento, nel senso della mano che tocca, palpa<sup>7</sup>. Si ammette generalmente che, anche dove non vi sia possibilità di guarire, vi sia il dovere di curare.

E infine, "oltre". L'allargamento della medicina si ha sia in senso spaziale, andando ad occupare territori ulteriori rispetto a quelli della cura (in senso stretto, ma anche, oggi, in senso lato), sia in senso temporale: può essere "dopo"<sup>8</sup>, ma anche "prima", cioè prima che sia necessario intervenire con un sistema di cure (è tutto il terreno della prevenzione, specialmente di quella primaria)<sup>9</sup>.

## 2. L'ampliamento della nozione di salute e l'estensione della medicina

Che la medicina, di per sé, vada oltre la cura è oggi da considerarsi implicitamente ammesso addirittura in un testo normativo: l'art. 28 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina afferma che gli Stati contraenti hanno l'obbligo di vigilare affinché i problemi fondamentali posti dallo sviluppo della biologia e della medicina siano oggetto di una *appropriate public discussion*<sup>10</sup>. Dal testo si ricava la forte

<sup>5</sup> V., ad altro proposito, ma con considerazioni applicabili anche al nostro tema, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 147, riprese di recente da S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 1. Sulle dicotomie a proposito della salute v. ora L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, spec. 245 ss.

<sup>6</sup> Com'è noto, questo sembra essere il significato della radice originaria sanscrita Ku-Kuv (v., ad es., E. BRUTTI, *La bellezza come stella polare*, in A.M. ACOCELLA, O. ROSSI (a cura di), *La cura: ambiti e forme in psicoterapia e nella relazione d'aiuto*, Milano, 2017, 31 ss.). La coppia *to cure-to care* costituisce uno degli strumenti cognitivi maggiormente impiegati nei dibattiti interni al mondo sanitario; per un autorevole avallo v. card. C.M. MARTINI, *L'etica dello stato sociale*, intervento alla "Prima conferenza nazionale sulla sanità", in [www.chiesadimilano.it](http://www.chiesadimilano.it), 24 novembre 1999. Più di recente, tutto incentrato su tale binomio è il Parere del Comitato nazionale per la bioetica, *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici*, 21 settembre 2017.

<sup>7</sup> Appare più facile percepire questa accezione del termine trattamento nella lingua tedesca, dove il termine *Behandlung* rimanda alla mano che tocca (così H.-G. GADAMER, *Über die Verborgenheit*, cit., spec. il cap. 10).

<sup>8</sup> Così, a proposito della nota vicenda dell'accertamento della morte cerebrale, quando, nel 1968, un gruppo di medici dell'Harvard Medical School stabilì che la morte doveva essere fondata su criteri neurologici. Ma può succedere (e non stupisce che ciò abbia suscitato discussioni) che la medicina decida che qualche cosa che sta prima della cura rientri nella nozione di trattamento sanitario, e che il legislatore decida di approvare una norma definitoria al riguardo: com'è il caso, per la nutrizione e l'idratazione artificiale, dell'art. 1, comma 5, della legge n. 219/2017. In proposito, anch'io (al pari di L. EUSEBI, citato *retro*, nt. 4) non considero una forzatura della legge distinguere tra ipotesi in cui nutrizione e idratazione artificiale siano da considerarsi trattamenti sanitari e ipotesi in cui essi non abbiano tale natura, in quanto ben può configurarsi un paziente che non richieda cure intensive e che non sia terminale, ma che necessiti di assistenza per nutrizione e idratazione: una definizione generale, *bonne à tout faire*, rischia di operare più come manifesto ideologico (anche qui comprensibile, alla luce di vicende legislative precedenti), che come reale ausilio all'inquadramento corretto delle singole situazioni.

<sup>9</sup> Sul punto v. G.P. ZANETTA, *La prevenzione nei sistemi costituzionali europei*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, 427 ss.

<sup>10</sup> Nella rubrica dell'art. 28 si usa la locuzione *public debate*, il che farebbe pensare che tali temi siano tra quelli più indicati per sviluppare percorsi di democrazia deliberativa. Nell'ordinamento francese questa tendenza è



sollecitazione a non sottovalutare la problematica dei limiti alla medicina, e dunque anche dei limiti al suo andare oltre la cura<sup>11</sup>.

Di questa estensione dei confini della medicina contemporanea abbiamo consapevolezza da molto tempo<sup>12</sup>: quella che chiamiamo la medicina “clinica” (etimologicamente, al letto del paziente), e che nella medicina moderna è strettamente collegata alla ricerca, di cui costituisce il principale fondamento<sup>13</sup>, è infatti una parte tutto sommato piccola della domanda alla quale la “medicina” è sottoposta<sup>14</sup>.

E d'altra parte che la medicina tenda oggi ad andare “oltre” la cura non può stupire, se pensiamo appunto all'estensione progressiva della nozione di salute oltre il momento sanitario in senso stretto<sup>15</sup>. In fondo, si tratta di un fenomeno analogo, e inverso, a quello che viene riassunto nello slogan “la salute in tutte le politiche”<sup>16</sup>. Se salute, secondo la definizione dell'OMS del 1946<sup>17</sup>, è qualche cosa di più dell'assenza di malattia o infermità, ma appunto consiste in un completo (o complessivo) stato di

---

ormai ampiamente sviluppata sia sul versante bioetico e biomedico (v. l'esperienza degli *États généraux de la bioéthique*) sia su quello più propriamente “sanitario” (l'esperienza dei dibattiti pubblici promossi dalla *Conférence Nationale de Santé*, sui quali si veda S. CERVIA, *La partecipazione dei cittadini in sanità. Italia ed Europa e confronto*, Milano, 2014, spec. 201 ss.). Nel nostro ordinamento, invece, le più limitate esperienze regionali e locali di pratica istituzionalizzata degli strumenti di democrazia partecipativa e deliberativa, pur mostrando un interesse per l'ambito tematico della salute, la declinano soprattutto nella dimensione vuoi della salute ambientale (v. ad es. l'ultima relazione dell'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione della Regione Toscana, concernente gli anni 2017-2019), vuoi della salute di comunità (utile ed esteso materiale a questo proposito è da tempo raccolto ed elaborato dal Dors – Centro regionale di documentazione per la promozione della salute della Regione Piemonte); tendono a collocarsi entro l'ambito della salute di comunità anche le previsioni normative rintracciabili presso alcuni ordinamenti regionali che valorizzano la partecipazione della cittadinanza alla programmazione sanitaria: spunti ricostruttivi in S. CERVIA, *La partecipazione*, cit., 220 ss.).

<sup>11</sup> Rimangono preziose, pure a distanza di anni, le riflessioni di sintesi del Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001. Si v. anche, recentissimo, il Parere, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019.

<sup>12</sup> Ancora H.G. GADAMER, *op.cit.*, spec. il cap. 7, *Filosofia e medicina pratica*.

<sup>13</sup> Si ricordi quanto accennato sopra circa l'importanza dell'“osservare”. Nell'ordinamento italiano consociamo una interessante e particolare tipologia di strutture sanitarie, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, la cui missione istituzionale è proprio quella della medicina traslazionale (su tali istituti v. R. BALDUZZI, *La riforma degli Irccs: una sperimentazione gestionale “top-down” che disattende la Costituzione?*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2004, 41 ss.)

<sup>14</sup> Sull'aumento delle domande rivolte alla scienza medica, e sui rischi di medicalizzazione della società, interessanti le riflessioni di S. GARATTINI, *Fa bene o male? Salute, ricerca e farmaci: tutto quello che bisogna sapere*, Milano, 2013, 82 ss., 201 ss. Ma si veda la lucida sintesi di F.P. CASAVOLA, *Fede e Scienza nel nostro tempo*, in *Id.*, *De hominis dignitate*, cit., 135: «La medicalizzazione dell'inizio della vita apre la questione della selezione eugenetica, dell'aborto terapeutico, quella della fine della vita conduce alle angosciose alternative dell'accanimento terapeutico o della eutanasia o del rifiuto della cura, alla pratica del testamento biologico, al dibattito sul diritto al suicidio».

<sup>15</sup> La tensione tra “sanità” e “salute” è evidente già nella stessa traduzione italiana della denominazione dell'Organizzazione mondiale della sanità (*rectius*, salute).

<sup>16</sup> Su cui, per tutti, v. S. PENASA, *La “salute in tutte le politiche”: presupposti teorici e fondamento costituzionale. Il Trentino come laboratorio istituzionale*, in *Federalismi.it*, 2014, 1-31.

<sup>17</sup> Che naturalmente va completata dalla Dichiarazione di Alma Ata del 1978 sull'assistenza sanitaria primaria e dai principi della Carte di Ottawa per la promozione della salute (1986); quest'ultimo documento resta importante per cogliere il profilo dinamico (la salute è una «risorsa per la vita quotidiana, non è l'obiettivo del vivere») della nozione di salute internazionalmente accolta.

benessere fisico, mentale e sociale, essa è condizionata dalla presenza di numerosi prerequisiti (pace, abitazione, istruzione, cibo, reddito, ecosistema stabile, risorse sostenibili, giustizia sociale ed equità)<sup>18</sup>. E se il riferimento al profilo psichico o mentale, oltre a quello fisico, già rende meno standardizzabili sia la diagnosi sia la terapia e dunque viene a condizionare l'attività di cura, la presenza del profilo sociale rinvia alla condizione generale di cittadinanza e in particolare alle relazioni di eguaglianza-diseguaglianza tra i consociati<sup>19</sup>, per questa via imponendo una riflessione che coinvolge giuristi, sociologi ed economisti<sup>20</sup>.

Quanto poi al significato del termine "benessere", merita di essere qui ricordato che una tra le migliori discussioni recenti sul tema insiste sul postulato per cui quello che è benessere va definito dal soggetto interessato, purché correttamente informato e sostenuto dalla spinta gentile (*nudge*) del corpo sociale e delle istituzioni<sup>21</sup>. Ciò risulta particolarmente importante in considerazione dell'estensione dell'ambito di intervento della medicina dalla cura delle malattie alla prevenzione delle medesime, soprattutto, come già si è accennato, sotto il profilo della prevenzione primaria rispetto ai fattori di rischio, a cominciare dall'insieme di quelli che comunemente vengono chiamati "stili di vita"<sup>22</sup>.

Il presente lavoro, inserendosi nell'ambito di una ricerca avente per oggetto il rapporto tra il biodiritto e la Costituzione, si incentrerà dapprima sul contributo dato dalla Costituzione italiana (anche attraverso i suoi lavori preparatori) al superamento di una nozione ristretta della tutela della salute intesa come tutela sanitaria e di quest'ultima come semplice cura; successivamente, si cercheranno di individuare alcune applicazioni odierne della tendenza della medicina ad andare oltre la cura.

### 3. La straordinaria ricchezza del dibattito e degli esiti in Assemblea costituente

Con la Costituzione italiana salute e sanità entrano, per la prima volta in forme compiute e consapevoli, nella storia del diritto costituzionale. Mai, prima di allora, una costituzione aveva "osato" andare oltre formule generiche – anche se, per l'epoca e i contesti in cui vennero approvate, certamente significative<sup>23</sup> – sulla necessità di tutelare la salute, gli strumenti con cui farlo, la ripartizione delle relative competenze tra centro e periferie.

<sup>18</sup> Sono questi i noti prerequisiti della Carta di Ottawa.

<sup>19</sup> V. gli spunti di S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 237-238.

<sup>20</sup> Varie relazioni governative sullo stato sanitario del Paese attestano la piena consapevolezza, a livello istituzionale, delle disuguaglianze assistenziali e sociali. Opportunamente il Comitato Nazionale per la Bioetica ha ricordato che, in uno di questi documenti (la Relazione sullo stato sanitario del Paese del 2012/2013), la sezione 5.1 era intitolata significativamente «La salute degli italiani: una questione di disuguaglianze sociali?»: v. il *Parere, In difesa del Servizio sanitario nazionale (SSN)*, 26 gennaio 2017.

<sup>21</sup> C. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, 2014, trad. it. *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015, 104 ss.

<sup>22</sup> Si v. sul punto il *Parere* del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Stili di vita e tutela della salute*, 20 marzo 2014.

<sup>23</sup> A partire naturalmente dalla Costituzione di Weimar (una costituzione che "ridisegna" la società: P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, § 6; si v. anche, più di recente, C. GUSY, *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen, 2018, 259 ss.), il cui art. 161 prevedeva che «Il Reich organizza, con la determinante partecipazione degli assicurati, un unitario sistema assicurativo allo scopo di tutelare la salute e la capacità di lavoro, di proteggere la maternità e di prevenire le conseguenze economiche della vecchiaia, delle malattie e degli incidenti della vita»; si v. altresì l'art. 119, comma 2, secondo il quale «l'elevamento spirituale, la salute e lo sviluppo sociale della

È abbastanza noto che non fu facile, all'interno dell'Assemblea costituente, arrivare alla formulazione finale dell'art. 32, né all'attribuzione alle regioni a statuto ordinario della competenza concorrente sull'assistenza sanitaria e ospedaliera (nonostante il precedente dello statuto speciale della Regione Sicilia, che già aveva affidato sia l'"igiene e sanità pubblica", sia l'assistenza sanitaria, alla competenza regionale secondaria)<sup>24</sup>.

La maggioranza dell'Assemblea tuttavia riuscì a cogliere la complessità della posizione tutelata, a partire dalla sua stessa duplicità come diritto sociale di prestazione e come diritto di libertà strettamente correlato alla libertà personale<sup>25</sup>: proprio la compresenza dei due profili avrebbe permesso, nel tempo, di qualificare il diritto sociale come vero e proprio diritto soggettivo e di non sovrapporre diritto alla salute e diritto alle cure, dovendo essere sempre ricordato al diritto alla salute, quale espressione della dignità personale, anche il profilo incorporato nel secondo comma della disposizione costituzionale.

---

famiglia è compito dello Stato e dei Comuni». Da menzionare anche l'art. 111 della Costituzione della Lituania del 1922: «Lo Stato garantisce la salute umana e accorda a ciascuno un livello minimo di cure»,) e della Lettonia dello stesso anno: «La salute e la morale pubblica sono protette da leggi speciali». Si v. anche il Preambolo della Costituzione francese della IV Repubblica (su cui A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, Paris, 2007, 2 ss.) e, soprattutto, quello della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, firmata a New York il 22 luglio 1946, che contiene, dopo il celeberrimo principio per cui «La sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un'assenza di malattia o d'infermità», il meno noto, ma interessante «Il possesso del miglior stato di salute possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione, d'opinioni politiche, di condizione economica o sociale».

<sup>24</sup> Art. 17, lett. b) e c), R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455, poi convertito in legge costituzionale dalla l. cost. 26 febbraio 1948, n. 2.

<sup>25</sup> La "duplicità" della salute come contenuto di un diritto a prestazione e come contenuto di un diritto di libertà fu uno dei temi più infiammati della discussione. Nella critica alla formulazione del Progetto (poi divenuta, con lievi modificazioni, l'attuale art. 32) si distinsero il dep. Vittorio Emanuele Orlando e il dep. Fiorentino Sullo, rispettivamente decano e matricola dell'Assemblea. Soprattutto quest'ultimo ne denunciò la natura ibrida e, conseguentemente, la superfluità: «questo articolo 26 non afferma né diritti di libertà né diritti sociali. Non afferma diritti di libertà perché quello che potrebbe essere un diritto di libertà, nel secondo comma [...] non ha invece il valore polemico che presentano altri articoli della nostra Costituzione in quanto non v'è stata alcuna violazione in Italia che possa essere contemplata da questo secondo comma ed è pertanto inutile che si parli di ciò, perché la sola menzione può essere un'offesa alla tradizione nostra in questo campo. Per quanto riguarda poi i diritti sociali, non si parla, nell'articolo 26, di diritti sociali nuovi. In realtà, in Italia, nei limiti dei bilanci e degli accorgimenti della tecnica amministrativa, è stata sempre tutelata la salute ed è stata sempre promossa l'igiene» (seduta del 23 aprile 1947). Anche questa posizione, tutt'altro che isolata nel consesso, vistane la vicinanza con un ordine del giorno (primo firmatario proprio V.E. Orlando) che mirava alla stessa soppressione degli articoli del titolo II e che fu votato da una minoranza corposa dell'Assemblea, rivela la differente maturazione delle visioni che attraversavano, spesso trasversalmente ai gruppi, i banchi della costituente. In particolare, deve riconoscersi che, a fronte degli argomenti culturalmente assai avvertiti che spinsero all'approvazione della disposizione (e che conservano ancora oggi attualità, com'è il caso degli interventi che sottolinearono, a proposito della salute, l'intreccio inestricabile tra diritto sociale e diritto di libertà: si v., tra i lavori più recenti, A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 88; L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 31 ss.), le posizioni espresse dai costituenti di formazione giuridica – con alcune non casuali eccezioni, come Aldo Moro – mostravano un certo condizionamento che non fu sconosciuto neppure ai primi anni di attuazione (o non attuazione) di molte disposizioni costituzionali, art. 32 compreso, ovvero il condizionamento esercitato dai principi e dalle regole della legislazione ordinaria di matrice liberale, con tracce profonde di corporativismo fascista, che ancora reggevano il sistema sanitario.

Rileggendo oggi le formule che il Gruppo medico parlamentare<sup>26</sup>, costituito all'interno dell'Assemblea, aveva proposto all'attenzione dei costituenti<sup>27</sup> e che condizionarono significativamente il testo dell'art. 26 del Progetto di Costituzione, poi divenuto, con modifiche, il vigente art. 32<sup>28</sup>, non è possibile non restare colpiti dalla circostanza che le differenti versioni che giunsero alla discussione plenaria già condensavano in sé molti degli attuali nodi problematici del diritto alla salute: la doppia qualificazione oggettiva come diritto ed interesse e la doppia titolarità individuale e collettiva; la gratuità o meno delle cure e la loro adeguatezza; i versanti igienistico-preventivo, promozionale e assistenziale-terapeutico della tutela; l'imputazione soggettiva del dovere di tutela e la configurazione dell'organizzazione sanitaria; il diritto a rifiutare le cure e il divieto di pratiche sanitarie contrarie alla dignità umana<sup>29</sup>. Denominatore comune delle diverse formule proposte fu proprio la volontà di inserire nel testo costituzionale la tutela della "salute" intesa come bene-valore in sé, e non in quanto ricollegata ad interessi, pur rilevanti, quali la sicurezza pubblica o la capacità produttiva. Proprio qui stava il cambiamento di prospettiva: la Costituzione si occupa della tutela della salute e dunque prende le distanze dalla concezione di questa come un fatto privato, rilevante soltanto per ragioni di difesa sociale o di tenuta economica. Tale scelta comportava la messa in discussione del sistema sanitario ereditato dal passato, che sino a quel momento era consistito – fatta eccezione per le cure agli indigenti afferenti alla materia della beneficenza pubblica – in interventi dei pubblici poteri mediante azioni di prevenzione collettiva delle malattie e, sotto il profilo più specificamente organizzativo, mediante il governo del sistema mutualistico: un sistema nel quale, in coerenza con le diverse premesse in tema di salute, dominava la logica assicurativa (nei fatti ancora, in notevole misura, corporativa), fondata sullo scambio tra denaro ed assunzione del rischio, nonché sul rapporto di consequenzialità tra tutela della produzione e salvaguardia della salute/capacità lavorativa del dipendente.

Se poi volgiamo l'attenzione al fondamento cui i più convinti promotori, ovvero gli esponenti del gruppo parlamentare medico, variamente distribuiti tra i diversi schieramenti, basarono la loro proposta, troviamo che questo è esplicitamente individuato in ragioni di eguaglianza e solidarietà, riconnettendo l'art. 32 ai principi fondamentali della Repubblica, con particolare riferimento agli artt. 2 e 3,

<sup>26</sup> Su cui v. G. SAGGESE; I. FARNETANI; P. DI PIETRO, *Pediatri e medici alla Costituente: un pezzo sconosciuto di storia della Repubblica*, Cento (FE), 2006, 10 ss.

<sup>27</sup> «1. Lo Stato tutela la salute come diritto essenziale e fondamentale di ogni essere umano e come interesse della collettività; promuove lo sviluppo della coscienza igienica; assicura le condizioni necessarie perché l'assistenza sanitaria si effettui in modo adeguato per tutti. 2. Lo Stato assolve tali compiti per mezzo dei sanitari, mediante appositi istituti di previdenza facenti capo ad un unico organo centrale tecnico-sanitario, distinto dagli altri organi del potere esecutivo. 3. Nessun cittadino può essere sottoposto a pratiche sanitarie non autorizzate dalla legge; la quale non potrà mai consentire che le pratiche sanitarie siano esplicate oltre i limiti imposti dal rispetto della personalità umana» (si v. il resoconto della seduta della Commissione per la Costituzione del 25 gennaio 1947, ASSEMBLEA COSTITUENTE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. VI, 180).

<sup>28</sup> «La Repubblica tutela la salute e l'igiene ed assicura cure gratuite agli indigenti. Nessun trattamento sanitario può essere obbligatorio se non per legge. Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana».

<sup>29</sup> Per sviluppi sul dibattito in Assemblea costituente si rinvia a R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 19 ss.; più di recente, anche per la sottolineatura delle legature tra il dibattito costituente e i successivi sviluppi del Ssn, v. R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 465 ss.

comma 2. Più di una voce in Assemblea rilevò che il dovere della Repubblica di tutelare la salute degli individui si radica nel principio di eguaglianza sostanziale, perché la disparità dei livelli di tutela tra gli individui è «una delle più dolorose disparità, una delle più dolorose diseguaglianze che attualmente vi sono tra i cittadini italiani» e la norma costituzionale in parola non avrebbe fatto che «tradu[rre] in atto» tale principio. Parimenti, non sfuggì neppure il fondamento solidaristico del diritto alla tutela della salute, del quale si segnalò lo storico distacco dal sentimento di carità che ispirava la pubblica beneficenza, per giungere all'affermazione di un dovere da parte del cittadino di promuovere per sé stesso «tutte quelle iniziative che tendono a tutelare la sua stessa salute»<sup>30</sup>. Proprio sulle basi egalitaria e solidaristica, alcuni costituenti sostennero l'espunzione del riferimento alla gratuità delle cure gratuite agli indigenti, in favore di una tutela universalistica, rivolta a qualsivoglia soggetto a prescindere dalle sue condizioni sociali, spettando semmai poi al legislatore di stabilire eventualmente le categorie beneficiarie della gratuità<sup>31</sup>.

Che il gruppo interparlamentare medico sia riuscito, in Assemblea costituente, a indirizzare l'intera aula sui binari di una concezione della medicina concentrata non soltanto sul profilo sanitario, sulla cura in senso stretto, ma aperta alla complessità strutturale del diritto alla salute, suona oggi, oltre settant'anni dopo, quasi una missione impossibile. Ma fu quello che accadde: una medicina che si pensava oltre la cura e che poneva le basi perché l'attenzione sanitaria della Repubblica andasse anch'essa oltre la cura.

Su queste basi, non stupisce neppure il collegamento, che fu fatto nella discussione costituente, tra il piano del diritto e quello dell'organizzazione incaricata di assicurarne la tutela, tanto che alcuni sostennero la necessità di indicare nella stessa disposizione costituzionale le linee essenziali dell'organizzazione del futuro sistema sanitario, saldando strettamente livello centrale e livelli periferici<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Così, nella seduta del 24 aprile 1947, rispettivamente i deputati Camangi e Merighi, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. II, 1217 e 1220 (con argomenti non lontani da quelli con i quali oggi, abbastanza pacificamente, si afferma la responsabilizzazione degli individui alla cura della propria salute (v. ad es. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 249). Sulla salute come diritto e dovere, si registra negli ultimi anni un ritorno di interesse in dottrina: si v., ad es., C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri? Lo "strano caso" del diritto alla salute*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007, 438 ss. e, più recentemente, F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 188 ss.

<sup>31</sup> Si veda in particolare l'intervento del deputato Caronia: «Certi mezzi di prevenzione e di cura sono così complessi e costosi da poter riuscire difficile procurarseli anche al cittadino più facoltoso con le sue sole disponibilità» (*ivi*, 1215). Sul pediatra Caronia, che promosse e presiedette il Gruppo medico parlamentare, v. E. GAUDIO, *Giuseppe Caronia*, in *Nomos*, 3, 2017.

<sup>32</sup> V. il resoconto della più volte menzionata seduta del 24 aprile 1947 (*retro*, nt. 7), e in particolare gli interventi del dep. Corbino e del dep. Gronchi, i quali, nell'invitare il dep. Caronia a ritirare l'emendamento volto a indicare nella Costituzione la tipologia organizzativa dei servizi sanitari, esprimono la piena consapevolezza di tale intreccio tra il livello centrale e quello periferico. Un intreccio del quale ancora oggi registriamo le conseguenze organizzative: si pensi alla norma che prevede l'emanazione dei Lea sanitari (pure oggetto, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera m) Cost., di competenza legislativa esclusiva statale) d'intesa con la Conferenza Stato-regioni e, per converso, ai principi organizzativi di struttura del Servizio sanitario nazionale, i quali si impongono alle regioni e costituiscono anche un limite all'attuazione, nella materia *de qua*, del c.d. regionalismo differenziato: sul punto v. R. BALDUZZI, *Quasi un'editoriale*, cit., 470 s.; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2019. Non sempre la dottrina, anche quella più attenta, riesce a cogliere i tratti

Certo, non tutte tali proposte confluirono poi nel testo finale dell'art. 32, ma il loro richiamo contribuisce a ricostruire il clima culturale in cui presero vita le vigenti disposizioni costituzionali e a comprendere anche come quella ricchezza di significati precettivi, che i costituenti più lungimiranti avevano condensato soprattutto nella disposizione dell'attuale art. 32, permetterà, negli anni successivi, di mantenere la tensione verso un pieno sviluppo del versante sociale del diritto a prestazione, con l'istituzione di un Servizio sanitario nazionale fondato sui principi di universalità dei destinatari e globalità delle cure, e, più tardi, anche la scoperta della sua portata *ultrasanitaria* attraverso il riconoscimento sia della c.d. efficacia orizzontale (*Drittwirkung*) del diritto alla salute, a seguito dell'emersione della figura del danno biologico, sia del diritto all'ambiente salubre<sup>33</sup>.

La derivazione della tutela della salute, in quanto diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, dai principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di solidarietà (superando impostazioni paternalistiche e, si direbbe oggi, "compassionevoli"), e lo stretto legame tra la garanzia di tale diritto e l'organizzazione dei servizi sanitari che concorrono ad assicurarne la tutela sono acquisizioni preziose ancora oggi e possono orientare la riflessione sul futuro.

#### 4. L'integrazione sociosanitaria, o quando la medicina va oltre la cura in senso stretto

Un esempio interessante dei problemi che si pongono quando la medicina va oltre la cura in senso stretto, è dato dalla cosiddetta integrazione socio-sanitaria. Per capirne la sostanza, ci è utile conoscere che cosa sia "assistenza sociale" e che cosa sia "assistenza sanitaria", e ciò perché il "socio-sanitario"<sup>34</sup> sta a cavaliere delle due attività e delle due nozioni: l'integrazione sociosanitaria è sì, come è stato opportunamente argomentato<sup>35</sup>, un fatto sociale complesso, ma lo è proprio perché viene a integrare,

---

reali di questo intreccio, ben anteriore alla riforma del titolo V (per un esempio v. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 252, e relative citazioni in nt. 12).

<sup>33</sup> Su questi temi, v. per tutti P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, IV ed., Torino, 2017, 537 ss.

<sup>34</sup> Che può essere scritto con o senza trattino: a favore del trattino sta la circostanza che, appunto, di vera integrazione e non di mero accostamento o, peggio, giustapposizione si parla (sembra questo l'avviso di E. ROSSI, *Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta?*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 249 ss., che richiama l'autorevole avallo dell'Accademia della Crusca, anche se in proposito più che di avallo sembra trattarsi di una semplice via libera). Per contro, si potrebbe addurre che la Costituzione non soltanto colloca in due articoli diversi l'assistenza sanitaria e quella "sociale" (art. 32, art. 38; ma vedi, in quest'ultimo articolo, il riferimento ai casi di «infortunio, malattia, invalidità»), ma affida a soggetti diversi la relativa regolamentazione (art. 117, comma 3 e, *a contrariis*, comma 4). A ciò si potrebbe replicare sia che la formula costituzionale per cui la Repubblica tutela la salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività apre alla considerazione della salute in tutte le politiche e in primo luogo proprio in quelle sociali (e pertanto la fusione potrebbe dirsi una scelta costituzionalmente orientata), sia che gli artt. 32 e 38 hanno pur sempre un "padre" comune, e cioè il secondo comma dell'art. 3 (per uno sviluppo di questa affermazione si v., più oltre, nel testo). Una conferma, a livello normativo, della pluralità di scritture si vedano le rubriche e il testo dell'art. 3-septies del d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, introdotto dal d. lgs. 19 giugno 1999, n. 229 (*Integrazione sociosanitaria*) rispetto al d.P.C.M. 14 febbraio 2001 (*Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie*).

<sup>35</sup> A. FAVRETTO, *Dalle diadi alle costellazioni: considerazioni sulle pratiche multiprofessionali nei contesti sociosanitari*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 332.

nel senso di portare a pienezza, e secondo differenti graduazioni<sup>36</sup>, due attività che, se considerate e praticate isolatamente, rischiano di non raggiungere il proprio fine specifico<sup>37</sup>.

Si tratta di due attività che hanno, storicamente e in atto, una loro consistenza autonoma, che risale almeno alla costruzione del regime mutualistico in sanità e che è stata rafforzata dal progressivo superamento del sistema delle “condotte”<sup>38</sup>. L’evoluzione della nozione di assistenza sanitaria, che comunemente viene ricondotta dapprima al completamento del trasferimento delle funzioni operato con il d.p.r. 616/1977<sup>39</sup> e poi alla legge 833/1978, ha portato inevitabilmente a una riduzione della distanza tra questa e l’assistenza sociale, di cui la formula costituzionale dell’art. 32 già conteneva il germe primigenio. Tale riduzione della distanza, per molto tempo ostacolata da preoccupazioni, ormai superate<sup>40</sup>, di ordine politico-culturale che paventavano una sorta di sanitarizzazione o medicalizzazione del sociale, ha avuto una forte accelerazione con il d. lgs. n. 229/1999, nella cui cornice giuridico-culturale noi possiamo ritrovare anche una compiuta definizione dell’integrazione socio-sanitaria<sup>41</sup>.

Gli ostacoli all’estensione dell’attenzione della medicina al settore dell’integrazione sociosanitaria sono da ricercarsi soprattutto nell’ancora limitata definizione e standardizzazione dei livelli essenziali di assistenza sociale, i cosiddetti Liveas, la cui declaratoria impegna da quasi due decenni gli operatori del settore e i relativi organismi politico-amministrativi<sup>42</sup>, oltre che nell’ancora insufficiente scomposizione analitica della nozione di integrazione<sup>43</sup>, al cui proposito sono particolarmente utili le

<sup>36</sup> Ciò, tra l’altro, permette di spiegare l’espressione «prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria», che viene talora impiegata dalla normativa vigente (art. 3-septies, commi 4 e 5, del d. lgs. cit., *retro*, nt. 1; si v. anche il relativo d.P.C.M. ugualmente cit., alla nt. 33.

<sup>37</sup> Risulta pertanto corretta l’impostazione del menzionato d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, che ha definito le prestazioni sanitarie a rilevanza sociale e quelle sociali a rilevanza sanitaria. *Contra*, A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano, 2017, 87; E. ROSSI, *Il “sociosanitario”*, cit., 254.

<sup>38</sup> Cfr. F. TARONI, *Politiche sanitarie in Italia. Il futuro del SSN in prospettiva storica*, Roma, 2011, 21 ss.

<sup>39</sup> Su cui per tutti F. SORRENTINO, P. COSTANZO, F. OLIVA, M. POSARELLI, *Comuni province comunità montane nel decreto 616*, Genova, 1979.

<sup>40</sup> Come rileva ancora A. FAVRETTO, *Dalle diadi*, cit., secondo la quale residuerebbero echi di quella distanza soprattutto nelle relazioni tra professionisti.

<sup>41</sup> Si veda il d.p.r. 23 luglio 1998, *Approvazione del Piano sanitario nazionale per il triennio 1998-2000* (G.U. 10 dicembre 1998, n. 288, suppl.): sul nostro tema, al pari di quanto avvenuto a proposito della nozione di livelli essenziali di assistenza, il Piano fornisce la cornice culturale che permette di apprezzare sino in fondo la portata e il significato delle clausole normative: si rinvia a R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: un nodo costituzionale?*, in AA. VV., *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011, 60 ss.

<sup>42</sup> Per sviluppi sul punto, rinvio a R. BALDUZZI, *La persona in tutte le politiche (sociali); una “scommessa” quasi compiuta?*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 245 ss. L’assenza, a tutt’oggi, dei Liveas, comporta conseguenze importanti: oltre ad ostacolare la compiuta integrazione tra sociale e sanitario, impedisce la «compiuta attuazione del sistema di finanziamento delle funzioni degli enti territoriali previsto dall’art. 119 Cost.» (la citazione tra virgolette è tratta dall’importante sentenza della Corte cost. n. 273 del 2013, red. Mattarella): dunque non soltanto non viene attuata la legge 42/2009, ma ciò si riflette sull’attuazione, in parte *qua*, del medesimo novelato art. 119 Cost. Sulle ragioni che ostano alla declaratoria dei Liveas v. E. ROSSI, *op. ult. cit.*, § 9. Interessante in G. GRASSO, *Appunti su reddito di inclusione, assistenza socio-sanitaria e vincoli sulle risorse disponibili*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 335 ss., la sottolineatura dell’importanza sistematica del d. lgs. n. 147/2017 (si v. oggi il d.l. 4/2019, conv., con mod., dalla l. 26/2019), recante l’istituzione del c.d. reddito di inclusione quale «misura unica a livello nazionale di contrasto alla povertà e all’esclusione sociale»: l’integrazione socio-sanitaria è strettamente collegata alla capacità di realizzazione di reti di servizi.

<sup>43</sup> Dove, accanto all’integrazione tra le professioni (tra diverse professioni sanitarie e tra professioni sanitarie e professioni non sanitarie) e a quella gestionale, ritroviamo l’integrazione orizzontale tra comuni e quella verticale

considerazioni e gli schemi volti a precisare l'integrazione operativa tra le prestazioni sanitarie e le corrispondenti prestazioni sociali, così da consentire un sociosanitario avanzato e contemporaneamente offrire lo spunto per una prima individuazione dei Liveas<sup>44</sup>.

Sotto entrambi i profili, l'apporto della medicina sembra ancora insufficiente. Eppure, riuscire a collegare prestazioni sanitarie codificate di diagnosi e terapia con corrispondenti prese in carico sotto l'aspetto sociale integrando i relativi servizi e consentendo di misurarne gli esiti sembra essere uno degli sviluppi come una sfida per soli cultori dell'organizzazione sanitaria, del diritto sanitario e dell'economia sanitaria, ma per la stessa medicina. Anche in questa prospettiva l'indicazione proveniente dalla Costituzione italiana, nel suo testo originario e nelle modifiche intercorse (soprattutto quella apportata dalla legge cost. 3/2001, con l'introduzione della clausola dell'art. 117, comma 2, lettera m), in cui il riferimento alla potestà legislativa statale va letto non soltanto come attribuzione di competenza, ma come garanzia che le relative prestazioni siano assicurate a tutti in forza del principio di eguaglianza<sup>45</sup>): se è vero infatti che la Costituzione italiana distingue tra la salute dell'art. 32 e l'assistenza dell'art. 38, è pur sempre vero che esse hanno un "padre" comune, cioè il principio di eguaglianza sostanziale del secondo comma dell'art. 3<sup>46</sup>.

### **5. Sviluppi legislativi, giurisprudenziali e scientifici recenti: A) consenso informato e autoterminazione (l. 219/2017); B) alleanza terapeutica; C) responsabilità medica e medicina personalizzata (o predittiva, o di precisione); D) neuroscienze e *human enhancement***

All'interno dell'onda lunga dell'attuazione di una Costituzione così innovativa come quella italiana, la medicina che si fa tecnologia conduce a dimensioni difficilmente immaginabili un fenomeno come quello delle "mani sull'uomo"<sup>47</sup> e pone quotidianamente il problema, etico e giuridico, circa la bontà di tali interventi artificiali<sup>48</sup>, la loro rispondenza ai principi costituzionali, la valutazione della

---

con province e regioni, nonché, decisiva, l'integrazione comunitaria, cioè le forme di collaborazione tra professionisti e operatori del Terzo settore e del volontariato.

<sup>44</sup> Così efficacemente A. BANCHERO, *Contributi per facilitare l'applicazione degli interventi sociosanitari dei nuovi LEA, integrati con le attività sociali e riflessioni sulla definizione del LEP sociali*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 285.

<sup>45</sup> Onde «assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti» (Corte cost., sent. n. 62 del 2013, red. Napolitano; v. anche le sentt. n. 322 del 2009 e n. 282 del 2002); sul punto v. per tutti ancora E. ROSSI, *op. cit.*, 277-278.

<sup>46</sup> Il che rende ancora più urgente la definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale, se è vero che i Lep sono, in generale, il nuovo nome del principio di eguaglianza (E. BALBONI, *Livelli essenziali; il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in ID., B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, 27 ss.).

<sup>47</sup> Si rinvia a R. BALDUZZI, C. CIROTTI, I. SANNA, *Le mani sull'uomo. Quali frontiere per la biotecnologia?*, con prefazione di F.P. CASAVOLA, Roma, 2005.

<sup>48</sup> Ricorda opportunamente F.P. CASAVOLA, *Prefazione* a R. BALDUZZI, C. CIROTTI, I. SANNA, *Le mani sull'uomo*, cit., 6, che tecnologia significa proprio produzione di oggetti artificiali. Sull'embricazione tra "naturale" e "artificiale" v. R. BALDUZZI, *Sull'opportunità di ripensare la Carta (natura e cultura nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in L. LEUZZI, C. MIRABELLI (a cura di), *Verso una Costituzione europea*, Roma, 2003, vol. I, 365 ss.; ID., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Un esempio di constitutional drafting?*, in *Quaderni regionali*, 2003, 402 ss.

legislazione conseguente a quegli interventi e delle pronunce giurisdizionali che con quei principi e con questi interventi si pongono variamente in rapporto. Nell'ordine, saranno passati in rassegna alcuni tra gli sviluppi legislativi e scientifico-tecnologici più recenti.

**A)** Se è ormai pacifico che il principio del consenso informato abbia, nell'ordinamento italiano, valore costituzionale di «vero e proprio diritto della persona [...], svolgendo, in pratica, una «funzione di sintesi» tra il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute»<sup>49</sup>, e che la ricognizione che ne ha effettuato la legge 219/2017, in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, ne abbia confermato tale funzione, restano da precisarne limiti e portata, in particolare per quanto attiene all'esigenza che tale principio non venga inteso in senso esclusivo e “tirannico”<sup>50</sup>, ma si inserisca nel contesto di una Costituzione che insiste molto sul carattere relazionale della persona e sui doveri di solidarietà sociale: insomma, un'autodeterminazione non solitaria, ma solidale<sup>51</sup>.

Un esempio di tale problematica è fornito proprio dall'attuale discussione sul fine vita. La distinzione tra uccidere e morire (o lasciar morire) è stata determinante durante tutto il corso dei lavori preparatori della legge n. 219 e ne costituisce uno dei nuclei concettuali che ne delincono lo “spirito”<sup>52</sup> e

<sup>49</sup> Un diritto che «trova fondamento nei principi espressi dall'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (così Corte cost., ord. n. 207 del 2018, che richiama le sentt. n. 438 del 2008 e n. 253 del 2009). Sul punto v. R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4953 ss.; C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 1052 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 4, 2011.

<sup>50</sup> Il riferimento è naturalmente a Corte cost., sent. n. 85 del 2013, cosiddetta sentenza Ilva: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Sulle decisioni della Corte in tema v. D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 193 ss.; ID., *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 122 ss. Sul principio di autodeterminazione sempre utili le riflessioni di C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, e di L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I., Pavia, 5-7 dicembre 2009, rispettivamente 49 ss. e 11 ss.

<sup>51</sup> Per dirla con i francesi, non *solitaire*, ma *solidaire*. Sul principio di autodeterminazione si vedano le equilibrate riflessioni di F. Pizzolato, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 430 ss.

<sup>52</sup> Se eutanasia è accorciamento intenzionale del processo di morte (o, come si esprime nel 2012 il Consiglio d'Europa, «uccisione intenzionale, per azione od omissione, di un essere umano dipendente per suo presunto beneficio»), la distinzione non può essere considerata né formalistica, né pretestuosa. E neppure si potrebbe obiettare che, così ragionando, si verrebbe a dare eccessivo rilievo all'intenzione e dunque a fondamenti e presupposti etico-religiosi o addirittura confessionali, posto che proprio la c.d. bioetica “laica” (quella “religiosa” essendo, sul punto, generalmente più prudente, per evitare di classificare e distinguere arbitrariamente l'umano dal non-umano, la persona dalla non-persona) individua generalmente la specificità dell'umano proprio nella coscienza, e dunque (anche) nell'intenzionalità. A proposito di “spirito” della legge 219, appare rilevante la circostanza che, nel medesimo contesto politico-parlamentare della XVII legislatura (ma a proposito di diverso

diventa allora importante fare riferimento a esso anche nella disamina di singole questioni interpretative, come vedremo tra breve in tema di alleanza terapeutica.

Sotto questo profilo, va sottolineata, nella notissima ord. n. 207 del 2018 della Corte costituzionale<sup>53</sup>, la presa di distanza non soltanto rispetto a un supposto “diritto a morire”, ma anche rispetto sia a «un generico diritto all’autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita», sia a una «concezione astratta dell’autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono» in cui spesso vengono a maturare le decisioni di suicidio, nonché la forte riaffermazione del compito della Repubblica di «porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità»<sup>54</sup>. Date queste premesse, si comprende bene perché sia sembrato a molti commentatori almeno riduttivo, da parte della Corte, sussumere la questione concernente la possibilità di accesso al suicidio assistito esclusivamente sotto il (e valutarla alla sola stregua del) principio di eguaglianza tra chi è in grado di porre rapidamente fine alla propria vita e chi non lo è, in quanto essa attiene al nucleo della questione sull’esistenza o meno di un diritto a morire<sup>55</sup>.

**B)** Il riferimento allo “spirito” della legge n. 219 permette di affrontare la problematica della “alleanza terapeutica”: al pari del consenso informato, anch’essa è da considerarsi principio generale, confermato a livello sovranazionale e internazionale, del rapporto tra medico e malato. Ed è importante, a mio avviso, che la già richiamata ord. n. 207/2018 qualifichi proprio come “alleanza terapeutica” la relazione di cura prevista dall’art. 1 della legge n. 219: la fiducia e la (reciproca) informazione costituiscono presupposti ed elementi essenziali del rapporto di cura e dell’alleanza terapeutica che lo sostanzia.

Un’alleanza che non viene meno neppure quando subentri uno stato di incapacità di autodeterminarsi, perché non viene meno la funzione di garanzia del medico. Una lettura integrata e sistematica della legge n. 219 permette di risolvere in modo equilibrato questioni delicate, come quella concernente il ruolo del giudice tutelare nell’eventualità di contrasti tra fiduciario e medico: non vi è devoluzione in bianco al giudice, sia perché l’art. 4, comma 5, della legge n. 219 va interpretato, ovviamente, in senso costituzionalmente orientato dalla sent. n. 282/2002 della Corte costituzionale, e dunque rispettando la cosiddetta riserva di scienza in ordine all’individuazione dei trattamenti e delle pratiche

---

progetto di legge, in tema di responsabilità medica), siano state espunte dal testo finale formulazioni volte a considerare quello medico un atto per sé illecito, che solo il consenso informato del paziente varrebbe a sanare: lungi dall’indebolire il senso e la funzione del consenso informato, siffatta scelta, oltre a corrispondere al senso comune circa l’esercizio della professione medica e sanitaria in generale, esprime al meglio la funzione di garanzia che costituisce corollario, per ogni esercente una professione sanitaria, del più generale principio di solidarietà sociale: sul punto v., per ulteriori svolgimenti, R. BALDUZZI, *Prefazione* a G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019, IX ss.

<sup>53</sup> Fra i numerosi commenti all’ordinanza v. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre)*. *Brevi osservazioni all’ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 489 ss.

<sup>54</sup> Non è difficile rinvenire in questi passaggi dell’ordinanza gli echi della migliore scienza costituzionalistica italiana.

<sup>55</sup> 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. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine*, 22 febbraio 2019; A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2018; R. BALDUZZI, *Prefazione*, cit., XI.

terapeutiche<sup>56</sup>, ivi compresa la loro appropriatezza, sia perché al giudice non è rimessa, secondo sistema, la scelta, ma il controllo sull'iter della medesima. O come quella, connessa, della vincolatività delle DAT: proprio l'esplicita salvezza che l'art. 4, comma 5, fa delle disposizioni del comma 6 dell'art. 1, e in particolare della clausola per cui il paziente non può esigere trattamenti contrari alla deontologica professionale, permette di concludere nel senso di una vincolatività attenuata, che assicura l'equilibrio tra il ruolo di garanzia del medico (comprensivo di competenza, autonomia professionale e responsabilità: art. 1, comma 2) e quello del fiduciario, evitando così di incrinare ex ante il modello dell'alleanza terapeutica. Quanto poi all'espressione delle disposizioni anticipate di trattamento, è importante la sottolineatura, sempre il riferimento all'alleanza terapeutica porta a concludere che le "adeguate informazioni mediche" di cui all'art. 4, comma 1, pur non coincidendo con il contenuto del consenso informato (art. 1, comma 3), ne debbano condividere il carattere serio e analitico<sup>57</sup>.

Quanto infine al comma 8 dell'art. 1 della legge n. 219, secondo cui «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura», esso conferma che le due prospettive sopra richiamate (*to care* e *to cure*) sembrano qui ricongiungersi nella nozione allargata di cura.

**C)** Abbiamo già fatto cenno alla progressiva estensione della medicina nei confronti della prevenzione<sup>58</sup>. Tale tendenza verrà ulteriormente rafforzata dall'avvento della cosiddetta medicina personalizzata, o predittiva, o di precisione<sup>59</sup>, la quale sarà, sempre di più, una medicina incentrata sulla prevenzione: le frontiere aperte dall'ingegneria genetica lo stanno a dimostrare<sup>60</sup>.

All'avvento della medicina personalizzata sta fortemente concorrendo la terapia con radiofarmaci, o teranostica, o nano-teranostica, una nuova frontiera dell'oncologia caratterizzata dall'impiego di una stessa molecola, in quantità assai diversa, per l'accertamento diagnostico (imaging molecolare) e per la terapia individualizzata<sup>61</sup>: così operando e intrecciando i profili diagnostici con quelli terapeutici, l'individualizzazione del trattamento (precoce, stante le nanotecnologie) finirà per fondere diagnosi, prevenzione, terapia-cura e ricerca<sup>62</sup>; come si vede, prevenzione e terapia-cura sono sempre più intrecciate, così come sempre più intrecciati saranno i profili diagnostici con quelli terapeutici (e con quelli di ricerca). La connessione tra l'individualizzazione del trattamento e la componente predittiva che normalmente gli si accompagna crea problematiche nuove, da risolvere avendo sempre ben chiaro

<sup>56</sup> Sulla riserva di scienza v. ora D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute: l'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 14 ss.

<sup>57</sup> Su questi profili v. ora G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017*, cit., 125 ss., 134 ss.

<sup>58</sup> Su cui peraltro dobbiamo constatare un'ormai cronica difficoltà, nel nostro Paese, a dare alla prevenzione il posto che dovrebbe spettarle: si v. il *Parere* (citato *retro*, nt. 19) del Comitato Nazionale per la Bioetica, ove si ricorda (*Raccomandazioni*, n. 8) che l'Italia risulta all'ultimo posto per le spese sulla prevenzione tra i 34 Paesi Ocse.

<sup>59</sup> C. CASONATO, *La salute e i suoi confini*, cit., 62.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Si v. E. NERI, *Teranostica e radiologia*, in *Notiziario di Medicina Nucleare ed Imaging Molecolare*, 2, 2018, 27 ss.

<sup>62</sup> Lo stesso fenomeno di potenziamento della medicina personalizzata a seguito di nuove tecniche terapeutiche lo ritroviamo nelle cosiddette cellule Car-T (procedimento in cui alcune cellule del sistema immunitario vengono prelevate dal paziente, geneticamente modificate e reinfuse nel medesimo paziente): qui la terapia-cura è ancora più personalizzata.

che al centro deve esserci sempre la tutela della salute, nelle sue diverse componenti (fisica, mentale, sociale)<sup>63</sup>.

**D)** Vi sono poi profili della medicina personalizzata che, per definizione, vanno, almeno in parte, oltre la cura.

Pensiamo alla medicina estetica, la quale, insieme ad alcuni filoni (degenerati) di quella sportiva (settore del doping), costituisce una delle prime manifestazioni di un fenomeno ben più ampio e che, a giusto titolo, è fonte di preoccupazioni: penso al c.d. *enhancement*, le cui caratteristiche e i cui ambiti applicativi implicano l'intervento di altri campi disciplinari oltre a quello biomedico (il "potenziamento" di cui si parla è oggi non soltanto farmacologico, ma altresì biologico), ma che trovano un loro denominatore comune nell'azione di alterazione del corpo e della mente, finalizzata al perfezionamento della salute e della vita<sup>64</sup>, prescindendo dalla necessità di una previa condizione di malattia. Si tratta di "trattamenti" sui quali gli interrogativi non solo medico-scientifici (per via degli effetti collaterali e delle conseguenze indesiderate), ma altresì etici e giuridici sono molteplici<sup>65</sup>.

Una medicina, cioè una scienza della salute, che vada oltre la cura (cioè oltre la "sanità") è allora una medicina capace di aiutare a declinare la salute in tutte le politiche: senza arrogarsi ruoli "tirannici"<sup>66</sup>, restando, al pari della salute, "sostenibile"<sup>67</sup>, nel senso di capace di durare, di essere coerente con i bisogni futuri oltre che con quelli attuali<sup>68</sup>. Qui è importante una precisazione: talvolta la sostenibilità, riferita alla medicina e alla tutela della salute, viene declinata come sostenibilità finanziaria, legata ai mutamenti epidemiologici, all'invecchiamento della popolazione, ai crescenti costi di farmaci e tecnologie e si menziona, a conforto di questa lettura, la giurisprudenza costituzionale, soprattutto a partire dalla nota sent. n. 455 del 1990<sup>69</sup>. Conviene sempre ricordare che, come da tempo notato<sup>70</sup>, la Corte

<sup>63</sup> Una disamina dei rischi della medicina predittiva ("malati di rischio") in A. D'ALOIA, *Oltre la malattia*, cit., 96 ss.

<sup>64</sup> L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano*, Torino, 2015, p. IX.

<sup>65</sup> Su alcuni di questi v. il *Parere* del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Aspetti bioetici della chirurgia estetica e ricostruttiva*, 5 luglio 2012.

<sup>66</sup> *Retro*, nt. 49.

<sup>67</sup> Anche in campo sanitario, l'aggettivo sostenibile (forse a causa della varietà di significati possibili) sta conoscendo un largo successo: v., oltre a L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., M. GEDDES DA FILICAIA, *La salute sostenibile. Perché possiamo permetterci un Servizio sanitario equo ed efficace*, Roma, 2018.

<sup>68</sup> Resta ancora attuale la definizione contenuta nel noto *Rapporto Brundtland* (*Our Common Future*, Oxford University Press, 1987; trad. it. Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo, *Il futuro di noi tutti*, Milano, Bompiani, 1988): «Lo sviluppo sostenibile, lungi dall'essere una definita condizione di armonia, è piuttosto un processo di cambiamento tale per cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti siano resi coerenti con i bisogni futuri oltre attuali». È parimenti nota la difficoltà linguistica insita nella traduzione italiana dell'aggettivo *sustainable* (che significa capacità di durare, ma anche di promuovere e di essere compatibile con) e pertanto, ove reso con la parola sostenibile, si presta a riduzionismi di significato (per un impiego della nozione di sviluppo, di ambiente e di agricoltura sostenibile che riesce ad evitare tali riduzionismi si veda l'enciclica di Papa Francesco, *Laudato si'*, del 24 maggio 2015).

<sup>69</sup> C. CASONATO, *La salute e i suoi confini*, cit., 60 ss.

<sup>70</sup> R. BALDUZZI, *Il Servizio sanitario nazionale tra razionalizzazione delle strutture e assestamento normativo (riflessioni sulla legge 30 novembre 1998, n. 419)*, in *Quaderni regionali*, 1998, 941 ss.; ID., *La legge n. 419 del 1998 recante delega per la razionalizzazione del servizio sanitario nazionale: prime considerazioni d'insieme*, in *Sanità pubblica*, 1999, 161 ss.

non sembra avere mai aderito *in toto* alla costruzione della salute come diritto finanziariamente condizionato, neanche quando l'avvento della crisi finanziaria l'avrebbe, almeno in parte, giustificato, preferendo distinguere secondo che il contenzioso fosse intersoggettivo oppure fosse scaturito, in via incidentale, a proposito della doverosità o meno di concrete prestazioni.

Per concludere, non solo il chiarimento sulla portata del titolo di questa riflessione si era rivelato tutt'altro che agevole, ma anche il suo svolgimento ha confermato che ci muoviamo su un terreno sdruciolevole, dove i punti fermi non sono molti. Abbiamo provato a ripercorrere il cammino costituzionale della salute proprio per cercare di rintracciare un filo conduttore, capace di rendere ragione delle novità dell'oggi senza smarrire le coordinate del passato.

La medicina, nel momento in cui va oltre la cura (in senso stretto, e spesso anche in senso lato) finisce per occuparsi della salute e pertanto per incontrare dei limiti, a fronte di una nozione così complessa, nascosta, enigmatica<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> *Retro*, nt. 3.