

2. Segue: la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina.
3. La dimensione europea della tematica nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE.
4. Per un confronto con un ordinamento costituzionale omogeneo a quello italiano: note sull'art. 42 della Costituzione spagnola in tema di tutela della salute.
5. Trattamenti sanitari volontari in Spagna: la legge n. 41 del 2002.
6. Il consenso informato.
7. I trattamenti sanitari obbligatori.
8. Un caso concreto di bilanciamento tra libertà religiosa dei genitori e il dovere di proteggere i figli: il dramma di Marcòs.
9. La questione dei vaccini in Spagna.

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

RINGRAZIAMENTI

INTRODUZIONE

Il tema del trattamento sanitario obbligatorio e la sua correlazione col diritto alla salute è una questione tradizionale della ricerca

costituzionale sia nell'ordinamento positivo italiano che negli altri Stati.

Si tratta, infatti, di stabilire il bilanciamento tra una serie di diritti fondamentali della persona coinvolti, i quali affondano le proprie radici in valori etici e politici sia dei singoli sia della società, e che talvolta entrano in contrasto tra loro.

In particolare il tema del trattamento sanitario obbligatorio ha interessato sia il dibattito pubblico che quello dei giuristi rispetto a fattispecie che nel tempo si sono succedute, intorno alle quali si è, appunto, alzato il livello della discussione e talvolta dello scontro rispetto al conflitto tra la libertà di autodeterminazione nel trattamento sanitario e, appunto, l'obbligatorietà.

Ciò è accaduto non solo in Italia, ma in Paesi diversi e spesso le soluzioni giuridiche trovate non sono univoche. Gli Stati, infatti, hanno optato per soluzioni differenti, oscillando tra imposizioni legislative e atteggiamenti di *moral suation* talvolta poi, negli stessi ordinamenti giuridici si sono succeduti atteggiamenti e decisioni diverse.

Basti pensare, ad esempio, al dibattito fortemente divisorio della società e della politica intorno all'abolizione dei manicomi e degli ospedali psichiatrici, che si ebbe verso la fine degli anni '70 in Italia.

Ma, negli ultimi anni, l'obbligatorietà del trattamento sanitario ha investito uno dei valori etici dei diritti fondamentali più rilevanti suscitando posizioni diverse, difformi e spesso drammaticamente contrastanti in merito al cd. fine vita.

Da ultimo poi, si è aperto uno scontro che appare ancora non completamente risolto sulla previsione dell'obbligatorietà dei vaccini. La polemica tra i sostenitori della obbligatorietà dei vaccini (essi sostengono i vantaggi dei vaccini rispetto alla tutela della salute dell'individuo e della collettività) e i movimenti *no vax* (questi ultimi hanno preso piede in diversi Stati riuscendo a far affievolire l'obbligo dei vaccini), infatti, è un dibattito tutt'ora in corso negli ordinamenti giuridici e nella società civile.

Dal punto di vista giuridico, quindi, e segnatamente dal punto di vista della rilevanza costituzionale, lo scontro, o meglio la necessità di bilanciare, vede emergere due aspetti.

Il primo è quello della salute come diritto fondamentale del singolo caratterizzato dalla volontarietà e dall'autodeterminazione che il soggetto ha, nel decidere sulla propria salute e sugli interventi sanitari a cui vuole sottoporsi. Altro aspetto è quello della salute come interesse della collettività, correlato ai doveri di solidarietà sociale e di uguaglianza imposti a tutta la collettività e alle istituzioni, e connesso intimamente all'aspetto sociale di diritto dell'art. 32 della Costituzione.

Il terreno di conflitto più fertile tra questi due interessi costituzionalmente protetti, è costituito proprio dai trattamenti sanitari obbligatori. Infatti la Costituzione italiana all'art. 32, nel prevedere la possibilità che possano essere inflitti dei trattamenti sanitari obbligatori, stabilisce limiti stringenti e soprattutto li configura come un'eccezione alla regola della volontarietà.

Proprio nella forma lessicale riscontrabile nell'art. 32, si evince quanto il trattamento sanitario obbligatorio costituisca, per l'appunto, un'eccezione. L'art. 32, infatti, stabilisce che “nessuno può essere sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori se non...”, quindi utilizzando la tecnica dell'affermazione negativa e poi dell'eccezione. L'eccezione, poi, trova i limiti al trattamento sanitario obbligatorio, e cioè la riserva di legge e la dignità della persona umana.

Questi limiti incanalano il legislatore ordinario nella predisposizione di casi nei quali il trattamento sanitario obbligatorio si rende necessario.

Si è detto come questi casi siano, per così dire, conflittuali e quello dei vaccini è il più recente, ed è ancora vivo non solo nel dibattito etico e sociale ma anche nel dibattito giuridico.

La legge che ha, infatti, reintrodotta l'obbligatorietà dei vaccini è una legge del 2017. Questa legge riforma la vecchia normativa che aveva molto dequotato la regola della obbligatorietà proprio sulla pressione dei movimenti *no vax*, nati da un presunto nuovo orientamento scientifico che correlava i vaccini ad alcune patologie e, in particolare, all'autismo.

Delegittimata dal punto di vista scientifico questa impostazione con addirittura la radiazione dall'Ordine dei medici del prospettatore di tale teoria scientifica, permane, però, il movimento culturale contrario ai vaccini. Movimento così forte non solo nella politica italiana, ma anche in quella spagnola, da portare il legislatore a permettere nel campo dei vaccini la possibilità di libera scelta non tanto del soggetto

quanto dei genitori, trattandosi di un trattamento sanitario che viene, nella maggior parte dei casi, attivato per i minorenni.

Il ripresentarsi di alcune malattie che si ritenevano debellate e la diffusione e il contagio così rapidi da far temere il verificarsi di nuove epidemie, hanno suggerito ad alcuni legislatori nazionali, quali ad esempio quello italiano, di reintrodurre l'obbligo del vaccino per alcune malattie.

La soluzione legislativa è, in tempi molto recenti, stata oggetto di un ricorso della Corte Costituzionale e di una sentenza, la n. 5 del 2018, con la quale i giudici della Corte hanno sviscerato nel profondo gli aspetti più problematici dei diritti fondamentali coinvolti, per arrivare a una soluzione definitiva e all'elaborazione di nuove prospettive di connessione tra le verità scientifiche e le scelte legislative.

I giudici, quindi, hanno rilevato come sia fondamentale sul punto una riflessione sulla ricerca di un equilibrio tra il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla salute, che va garantito in maniera solidaristica e uguale a tutti i bambini.

La conflittualità tra diritti fondamentali proprio nel caso dei vaccini fa emergere un altro aspetto importante e cioè, appunto, il contrasto tra il diritto alla salute e il diritto all'istruzione, di cui godono in maniera uguale e uniforme tutti i bambini.

Il caso di specie che suscita questo conflitto è, per esempio, l'impossibilità di bambini immunodepressi per malattie proprie, di frequentare la scuola laddove ci sono bambini non vaccinati.

Il rischio di un contagio da parte dei bambini non vaccinati, infatti, anche per malattie che nella normalità non minacciano l'incolumità fisica, per i bambini immunodepressi potrebbe essere un rischio letale. Questo genere di episodi è all'ordine del giorno.

Non più tardi di un mese fa si è assistito, infatti, a una nuova fattispecie, nella quale un bambino che aveva subito una terapia contro la leucemia, non ha potuto riprendere gli studi nella sua classe perché in quella classe vi erano due bambini, i cui genitori avevano deciso di non vaccinarli.

Come si vede, il tema continua ad essere rilevante e a suscitare un acceso dibattito nella cultura sociale, che ha una ripercussione immediata nella cultura giuridica.

CAPITOLO I

LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DEL PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE IN MATERIA DI TRATTAMENTI SANITARI

SOMMARIO: 1. L'emersione della tutela del bene salute come diritto. 2. Il diritto alla salute nel vigente modello costituzionale. 3. La dimensione costituzionale del diritto alla salute. 4. Il diritto alla salute come diritto fondamentale. 5. Autodeterminazione e volontarietà quali contenuti essenziali del diritto alla salute. 6. Il consenso informato come presupposto dell'autodeterminazione ai trattamenti sanitari. 7. Limiti all'autodeterminazione: il consenso non valido.

1. L'attuale configurazione della salute come un diritto fondamentale dell'uomo, previsto all'art. 32 della Carta Costituzionale, si presenta come "il punto di approdo di un processo storico-politico addirittura secolare"¹

Come è noto, infatti, l'originario Stato liberale di diritto nasce con la crisi dello Stato assoluto a partire dalla fine del '700, ed è fondato sulla separazione dei poteri e sul riconoscimento delle libertà civili e politiche. In esso la legge costituisce l'espressione della volontà del Parlamento, eletto, però, non a suffragio universale², e quindi di

¹ R. Ferrara, *Salute (diritto alla)* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, p. 514.

² Il suffragio universale nel nostro ordinamento fu introdotto nel 1946, quando, a seguito della Seconda guerra mondiale, fu esteso il voto anche alle donne in virtù del Decreto legislativo luogotenenziale 2 febbraio 1945, n. 23.

connotazione elitaria. Attraverso la legge cominciano ad essere tutelate le libertà e i diritti degli individui.

Nonostante lo Stato liberale introduce al proprio interno il riconoscimento dei diritti, si è però ancora lontani da forme di attenzione per i bisogni sociali della società civile.

Questa tipologia di Stato, infatti, non è propensa a riconoscere i diritti sociali, finalizzati alla promozione del benessere complessivo dei cittadini, al di fuori del riconoscimento dei diritti fondamentali connessi allo *Status civitatis*.

In tale tipologia di Stato la tutela della salute rientra tra le problematiche di ordine pubblico e non nei diritti sociali, e la soluzione a questi problemi è costituita semplicemente dalla promulgazione di leggi di tipo repressivo, finalizzate a prevenire e a reprimere fenomeni di epidemie³.

I servizi pubblici sono prevalentemente imprenditoriali, ed è ridotta l'area dell'Amministrazione di prestazione a cui si riconducono i servizi sociali.

Inoltre, i servizi pubblici vengono fatti rientrare nella categoria degli atti di gestione, indicando in questo modo l'estraneità di questi compiti allo Stato in senso proprio.

Con il passaggio verso modelli di Stato amministrativo, con l'espansione dell'area dei servizi pubblici gestiti direttamente dalla Pubblica Amministrazione e con strumenti di diritto pubblico, si

³ R. Ferrara, *op. cit.*, loc. cit.

afferma una diversa concezione di Stato, con conseguente maggiore considerazione di ciò che appare come socialmente rilevante.

Ovviamente, si tratta di trasformazioni graduali e lente, che hanno interessato tutti gli ordinamenti europei moderni, seppur con tempi diversi, soprattutto a causa dell'eterogeneità dei contesti storico-politici.

L'organizzazione complessiva concreta dei pubblici poteri assume via via le dimensioni attuali, e accanto all'Amministrazione autoritativa si collocano quella di programmazione e di prestazione. In estrema sintesi, quindi, si può sostenere che allo Stato liberale di diritto corrisponde l'attività autoritativa, mentre allo Stato sociale corrisponde l'attività amministrativa di prestazione⁴.

Se lo Stato liberale di diritto, quindi, è quel soggetto cui è attribuito l'esercizio di funzioni in senso proprio, lo Stato sociale si qualifica invece per il suo intervento pronto a rispondere alle necessità sociali, per cui l'attività amministrativa di prestazione provvederà ad attuare le aspettative dei cittadini, in connessione con i bisogni che emergono. Si può pertanto affermare, concordemente con la dottrina maggioritaria⁵, che non vi è una reale antinomia fra i classici diritti di libertà della persona e i diritti sociali, in quanto "l'atteggiamento dello Stato nei confronti dei cittadini ed anzi dell'uomo non può essere meramente caratterizzato dall'indifferenza di tipo garantistico, ma

⁴ In tal senso cfr. R. Ferrara, *op. cit.*, p. 516.

⁵ Si veda per tutti L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni Costituzionali*, 1995, p. 33 e ss.

deve essere al contrario orientato e finalizzato a correggere e riequilibrare le distorsioni e le diseguaglianze dei punti di partenza”⁶. In altre parole, nei moderni ordinamenti costituzionali i diritti sociali riempiono di contenuto positivo gli stessi diritti di libertà formali o libertà a contenuto negativo.

Se, dunque, non si ravvisa contrapposizione tra i diritti sociali e i tradizionali diritti di libertà, non si evidenzia di conseguenza alcuna contrapposizione tra funzione amministrativa e servizio pubblico.

Oggi, le nozioni di funzione e servizio pubblico non sono più antitetiche: si intrecciano e si presuppongono reciprocamente negli ordinamenti contemporanei che hanno assunto la forma dello Stato sociale di diritto.

Il pur sintetico quadro ricostruttivo qui proposto, pertanto, conduce ad evidenziare come l’ingresso della tutela della salute nel nostro ordinamento costituzionale di tipo sociale sia ascrivibile ad un diritto fondamentale che comporta però una attività di tipo prestazionale da parte dell’amministrazione al fine di garantirne l’effettivo godimento da parte del cittadino in condizioni di uguaglianza. E dunque presuppone un esercizio di funzione e l’assunzione di un servizio pubblico.

Infatti, come meglio si evidenzierà di seguito, il diritto alla salute trova ingresso nel nostro modello ordinamentale contemporaneamente come un “diritto sociale”, che fonda pretese positive nei confronti

⁶ Ancora R. Ferrara, *op. cit.*, p. 517.

dello Stato, ed un diritto di libertà, che fonda una pretesa negativa di astensione ed intangibilità nella sfera del singolo⁷.

2. Attualmente non vi è dubbio che ogni trattamento medico deve perseguire un vantaggio per la salute, la vita e l'integrità psicofisica del paziente, non potendo in alcun modo violare questi limiti.

Il fondamento giuridico di tali premesse è indubbiamente da ravvisare nell'art. 32 della Costituzione. In realtà però, l'interesse alla salute era tutelato ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione mediante il riconoscimento del diritto alla vita e all'incolumità fisica. In particolare, esso trae fondamento dalle norme del codice penale sull'omicidio e sulle lesioni personali (art. 582 ss.), nonché dal divieto di atti di disposizione del proprio corpo che comportano una diminuzione permanente dell'integrità fisica di cui all'art. 5 del codice civile del 1942⁸.

Con l'entrata in vigore della Costituzione esso diviene non solo diritto primario e fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, ma anche dovere costituzionale ricadente sugli organi statali.

Occorre quindi soffermarsi preliminarmente sulla portata del primo comma per poi approfondire il limite alla libertà di autodeterminazione, sancito nel successivo secondo comma.

⁷ B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, p. 57.

⁸L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona, bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, pag. 136.