

CAPITOLO I

IL TRATTAMENTO SANITARIO: PRINCIPI COSTITUZIONALI.

1. Articolo 32 della Costituzione.

In materia di trattamenti sanitari obbligatori la disciplina fondamentale si ravvisa nell'articolo 32 della Costituzione italiana.

La salute è l'unico diritto che la Carta Costituzionale qualifica esplicitamente come diritto "fondamentale", trattandosi, secondo la dottrina, di un dato piuttosto rilevante, perché sintomatico del fatto che i costituenti, in seno all'assemblea costituente, considerarono il soddisfacimento di tale diritto come presupposto fondamentale per la garanzia dell'attuazione e per il godimento di tutti gli altri diritti sanciti in Costituzione¹.

La disposizione citata afferma, nello specifico, che *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*.

A tal proposito, è importante soffermarsi sul secondo comma, la cui formula venne approvata allo scopo di vietare le tecniche sperimentali di cura senza l'esplicita approvazione da parte del paziente².

E, infatti, la locuzione *«se non per disposizione di legge»* era riferita ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute pubblica (come, per esempio, le vaccinazioni), ma anche in questo caso i costituenti vollero rendere esplicito il divieto a superare i limiti imposti dal *«rispetto della persona umana»*. Così l'on. Aldo Moro (Democrazia cristiana) spiegò le finalità del secondo comma: *«[...] si vuole soltanto vietare che la legge, per considerazioni di carattere generale e di male intesa tutela degli interessi collettivi, disponga un trattamento del genere [il riferimento riguardava la pratica della sterilizzazione]. I casi invece di carattere*

¹ In termini si vedano le osservazioni di Bianco, *Persona e diritto alla salute*, Milano, 2018, p. 15 ss.

² In termini, ancora, Bianco, *Persona e diritto alla salute*, cit., p. 17 ss.

generale da applicarsi a tutti i cittadini devono essere disposti per legge entro quei determinati limiti di rispetto della dignità umana»³.

Ciò detto, è ora necessario chiarire, innanzitutto, cosa intendono i giuristi contemporanei con il termine “salute”.

In particolare, si tratta del diritto di ogni individuo a godere di un benessere prima di tutto fisico, ma anche psicologico e sociale, di fondamentale importanza per una corretta integrazione nel proprio ambiente naturale. Essa è considerata un diritto sociale fondamentale in quanto rappresenta la premessa biologica che, garantendo il rispetto dell'integrità fisica dell'individuo, permette l'esercizio di tutta una serie di altri diritti presi in considerazione dall'ordinamento, di conseguenza indispensabile per il pieno sviluppo della persona umana⁴.

Nonostante il diritto alla salute sia considerato comunemente come diritto sociale o diritto a prestazioni positive da parte dello Stato, in verità, il suo contenuto è assai eterogeneo. Questo perché, seguendo le impostazioni della dottrina, in esso rientrano tutta una serie di altri principi, per esempio, la pretesa positiva dell'indigente alla cura gratuita, l'interesse della collettività affinché l'individuo si prenda cura della sua salute, la pretesa negativa a non essere costretto a ricevere trattamenti sanitari, la pretesa positiva affinché la Repubblica predisponga le strutture necessarie per garantire la cura della sua salute⁵.

Inoltre, a partire dagli anni Settanta del Novecento la Giurisprudenza ha iniziato a considerare anche il diritto ad un ambiente salubre come premessa necessaria per rendere effettivo il diritto alla salute. La protezione costituzionale del diritto alla salute si ricollega, quindi, alla protezione costituzionale del diritto all'ambiente, inteso come “habitat naturale dell'uomo comprensivo di tutte le risorse naturali e culturali di cui si egli si vale”⁶.

³ In termini, si vedano le osservazioni di Calzaretti, *Analisi dell'articolo 32 Cost.*, in <https://www.nascitacostituzione.it>

⁴ Sul punto, Lazzaro, *La tutela della salute nel sistema costituzionale italiano*, in Atti del Seminario Pordenone, 2013, p. 1 ss.

⁵ Sul punto, Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, p. 41 ss.

⁶ Ancora, Lazzaro, *La tutela della salute nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 16 ss.

Da un punto di vista strettamente giuridico è compito della Repubblica creare quelle condizioni affinché le persone possano esercitare il diritto ad ottenere la tutela della propria salute, che si concretizza nell'accesso all'assistenza sanitaria generale e specialistica, diritto ad esse attribuito dalla Costituzione e che essa qualifica come fondamentale⁷.

Per soddisfare queste pretese, è necessario che ci siano a disposizione adeguate risorse economiche e la quantità di quest'ultime destinate a questa voce di bilancio dello Stato è frutto di precise scelte politiche. Infatti, sebbene la formula diritti "sociali" sia in parte equivoca, tuttavia è innegabile che con la proclamazione del diritto alla salute come diritto fondamentale, i costituenti hanno inteso prevedere una specie di strumento di riscatto, di risarcimento, di emancipazione, per le classi meno abbienti⁸. Il citato grande progetto costituzionale è stato realizzato a partire dalla legge n. 833 del 1978 la quale, ponendo fine alle disparità di trattamento e alla esiguità degli interventi che caratterizzavano il precedente sistema delle mutue, ha istituito il SSN, caratterizzato da nuovi principi quali la globalità delle prestazioni, l'universalità dei destinatari, l'uguaglianza e la tendenziale gratuità dei trattamenti. In tal modo ha esteso l'obbligo dello stato di assicurare le prestazioni sanitarie e farmaceutiche non solo agli indigenti, ma anche a tutta la popolazione⁹.

La prevenzione sanitaria e il diritto ad ottenere cure mediche sono stati successivamente inseriti anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Del resto, come accennato in precedenza, la Costituzione considera la salute non solo un diritto del singolo, ma un interesse della collettività e quindi un elemento del patrimonio sociale comune¹⁰.

Pertanto il ruolo dello Stato è molto variegato: più precisamente esso ha l'onere di realizzare la protezione dell'integrità psico-fisica o la salubrità dell'ambiente, esso si

⁷ In termini, Giannini, *La tutela della salute come principio costituzionale*, in INADEL, 1960, p. 813 ss.

⁸ Sul punto, si esprime in questi termini, Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in Rivista degli infortuni e delle malattie professionali, 1961, 1, p. 18 ss.

⁹ Sul punto, Luciani, *A proposito del diritto alla salute*, in Diritto e società, 1979, p. 409 ss.

¹⁰ Veronesi, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in Trattato di biodiritto. Il governo del corpo, Milano, 2011 p. 154 ss.

impegna “negativamente” ossia si astiene da azioni che comporterebbero la lesione dei relativi diritti; per garantire, invece, il diritto ai trattamenti sanitari l’impegno delle Istituzioni è attivo poiché, affinché i titolari ne possano godere effettivamente, esse debbono predisporre le strutture e ogni altra condizione necessaria per offrire l’assistenza sanitaria. Lo Stato deve assumersi il compito di realizzare tutte le condizioni affinché ciò avvenga; questo equivale a dire che il servizio sanitario nazionale è l’esplicazione dei doveri costituzionali a carico dello Stato e a favore della comunità.

Nella realizzazione del dettato costituzionale, però, i decisori politici debbono contemperare gli interessi connessi alla salute con quelli legati alla sostenibilità finanziaria del sistema. Il diritto alla salute, quindi, deve essere bilanciato con il principio della regolarità dei conti pubblici, anch’esso costituzionalmente previsto nell’art. 81 e anche implicito nell’art. 97; i principi costituzionali sono connessi tra loro e funzionano relazionalmente, sia perché tra interessi costituzionalmente protetti non può attribuirsi assolutezza a uno a scapito degli altri, ma anche perché, da un punto di vista pratico, è chiaro che lo Stato deve mirare ad avere i conti in ordine per potersi “permettere” di spendere nei settori di rilievo sociale. Il rispetto della regolarità finanziaria è, perciò, anche funzionale alla continuità dell’impegno dello Stato nel settore sanitario.

La Corte Costituzionale ha affermato più volte, nel corso degli anni, la necessità di effettuare il bilanciamento tra valori costituzionali; in particolare con la sentenza n. 509 del 2000 sancisce che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari alla tutela della salute è garantito ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all’attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti».

Sul punto, la Corte medesima ha sempre fatto presente che questa operazione vuole la precisa ponderazione della rilevanza costituzionale dei valori in campo in quanto, sempre con riguardo specifico al diritto alla salute, non è ammissibile che l’esito del

bilanciamento sia un pregiudizio delle prerogative fondamentali derivanti dal diritto di cui siamo titolari¹¹.

La scelta che il legislatore ha compiuto nel 1978 è rimasta, nella sostanza, invariata. Solo nel 2001, il legislatore di revisione costituzionale ha inteso ridisegnare l'assetto costituzionale dei rapporti Stato-Regioni e dei rispettivi limiti di competenza inserendo la materia della "tutela della salute" fra quelle di competenza legislativa regionale concorrente; ha inoltre riservato alla legislazione esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale¹².

Con la legge costituzionale n. 3/2001, poi, è stato modificato il riparto di competenze fissato in precedenza nella Costituzione, in linea di continuità con quanto stabilito con le riforme degli anni '90. Il nuovo art. 117 Cost. demanda allo Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (II° co. lett. m), come competenza a titolo esclusivo, mentre la «tutela della salute», concetto di certo più ampio rispetto al precedente «assistenza sanitaria ed ospedaliera», viene definita materia di competenza concorrente Stato-Regioni (III° co. Cost.).

Pur essendo, quindi, un sistema sanitario di tipo decentrato, esso ha come obiettivo la tutela della salute uniforme su tutto il territorio, almeno per quanto riguarda le prestazioni considerate essenziali e, quindi, comprese nei LEA (livelli essenziali di assistenza, visto che programmano e si occupano dell'erogazione concreta dei servizi ai cittadini; l'offerta di prestazioni ulteriori a quelle dei LEA a carico del sistema pubblico dipende dalle diverse normative regionali, cosicché i servizi disponibili, almeno in parte, sono diversificati¹³.

Un secondo aspetto critico è rappresentato dalle inefficienze e dagli sprechi interni al sistema, mentre un terzo aspetto riguarda il problema di continuità dell'investimento pubblico per la sanità: in altri termini il SSN necessita di un grande impegno

¹¹ In termini, la sentenza viene citata anche da Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, 3, p. 545 ss.

¹² Sul punto, Luciani, *A proposito del diritto alla salute*, cit., p. 410 ss.

¹³ Sul punto, Tosi, *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai «livelli essenziali delle prestazioni...»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, 3, p. 632 ss.

finanziario da parte dello Stato, che oggi va progressivamente diminuendo *a botte di tagli al Fondo Sanitario Nazionale (FSN)*¹⁴.

Tralasciando l'aspetto economico e tornando a quello giuridico, analizzando meglio la disposizione possiamo notare che il diritto alla salute viene tutelato anche dall'art. 2 della costituzione: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"¹⁵.

Essendo, inoltre, intimamente connesso al valore della dignità umana (diritto ad un'esistenza degna) rientra nella previsione dell'art 3 Cost. ("Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese").

A questo punto della trattazione, si rende necessario l'approfondimento del significato giuridico dell'espressione "diritti inviolabili". Inviolabile, infatti, non significa che non può essere violato (come vorrebbe il suo significato letterale), bensì che non può essere limitato. Ossia che non se ne passa eliminare il suo contenuto essenziale attraverso procedure legali, quindi neppure attraverso il ricorso ad una legge di revisione costituzionale. Sono da considerarsi inviolabili i diritti che possono essere ricavati, attraverso i vari argomenti interpretativi, dal testo costituzionale e non solo quelli rispetto i quali il testo stesso ribadisce espressamente il carattere dell'inviolabilità¹⁶.

L'individuazione e la proclamazione dei diritti individuali dell'uomo è seguita dalla specificazione che tale riconoscimento è garantito sia all' uomo in quanto singolo individuo, sia all' uomo considerato nella sua socialità ("nelle relazioni sociali ove si

¹⁴ In termini, Marzot, *Le prestazioni sanitarie: analisi dei livelli essenziali assistenziali e dei modelli gestionali*, in Sanità pubblica e privata, 2008, 4, p. 8 ss.

¹⁵ Vedi Cost.

¹⁶ Sul punto, Chessa, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento: Corte cost. 26 febbraio 1998 n. 27*, in Giurisprudenza Costituzionale, 1998, 2, p. 1170 ss.

svolge la sua personalità”). Il principio pluralista, di cui è espressione l’art. 2, tuttavia, non si limita a tutelare i diritti dell’individuo in quanto parte di una formazione sociale, ma tutela, altresì, i diritti della formazione sociale in quanto tale, innalzandosi a espressione del principio della tutela dei fondamenti culturali *extrastatali* dello stato¹⁷.

Oltretutto essendo considerato un diritto sociale fondamentale, in caso di lesione spetta un risarcimento. Pertanto a partire dalla nota sentenza n. 184 del 1986 sul "danno biologico", la Corte Costituzionale fonda proprio sull'art. 32 il diritto al risarcimento del singolo: Essendo l’indispensabile presupposto per il godimento di tutti gli altri diritti costituzionali, la salute costituisce un diritto fondamentale la cui lesione impone il risarcimento del danno a prescindere dalla capacità del danneggiato di produrre reddito. Da allora, si vedono sempre più ampiamente riconosciute le richieste di risarcimento delle persone nei confronti di ogni comportamento che arrechi una molestia al loro benessere complessivo. Il diritto individuale alla salute, in questo senso, si presenta dunque come diritto non degradabile ed assoluto, ossia tutelato dalla Costituzione in modo pieno ed incondizionato nei confronti di tutti¹⁸.

Il diritto alla salute inoltre essendo diritto fondamentale personalissimo, non può essere oggetto né di alienazione, né di atti dispositivi di qualsiasi tipo¹⁹.

Il concetto di salute non è assoluto e definito. Proprio in quanto onnicomprensivo, è fortemente dipendente dagli elementi multifattoriali che lo caratterizzano: capacità del soggetto di perseguirla, progettualità nelle scelte di vita, capacità/possibilità di fruizione dei beni sanitari, risorse ed esperienze personali.

A seconda dell’interesse del titolare a goderne, ciascun diritto può essere esercitato o meno.

Ne deriva che, se è sancito costituzionalmente il diritto primario ed assoluto alla salute, è accettato anche il corrispettivo diritto alla non salute. Gli articoli 2 e 13 della Costituzione, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell’uomo, ribadiscono

¹⁷ In termini, Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Ferrara (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 5 ss.

¹⁸ Si vedano le osservazioni di Luciani, *A proposito del diritto alla salute*, in *Diritto e società*, 1979, p. 407 ss.

¹⁹ Sul punto, Panzera, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito “circuito” di produzione normativa?)*, in *Diritto e società*, 2004, 3, p. 350 ss.

l'inviolabilità della libertà personale. La scelta libera, ragionata e consapevole di non godere del bene-salute, è espressione dei diritti di libertà e rispetto della dignità umana (Corte Costituzionale, Sentenza n°438/2008), per cui va rispettata anche se determina pericolo di vita o danno per la salute²⁰.

Il bene giuridico salute non è più un valore in sé, una condizione statica, di facile "misurazione", ma rappresenta lo strumento per la piena realizzazione di una vita *percepita* come qualitativamente migliore.

Il soggetto esprime una preferenza attraverso l'autodeterminazione: opta per una vita *percepita* come qualitativamente migliore e per questo *percepita* come degna di essere vissuta²¹.

L'articolo 32 della Costituzione italiana è dedicato alla salute di ogni singolo cittadino. Questo articolo è molto importante poiché non solo vieta l'obbligo di sottoporsi a cure indesiderate e che non siano consentite dalla legge, ma soprattutto perché garantisce le cure indispensabili per guarire anche a chi non può permetterselo.

1.2 Il consenso informato del beneficiario del trattamento.

Quando si parla di diritti personali, o della personalità, secondo la dottrina più illustre, si fa riferimento a tutta quella serie di diritti, introdotti più o meno recentemente nel nostro ordinamento per via sia legislativa sia giurisprudenziale, che si caratterizzano per essere soggettivi, assoluti e che spettano alla persona in quanto tale. Essi hanno infatti ad oggetto gli aspetti essenziali ed imprescindibili della personalità umana, e sono diretti, per la loro funzione, ad affermare e soprattutto garantire esigenze di tipo esistenziale. Questi diritti si caratterizzano dunque per la loro privatezza, l'assolutezza, l'universalità, la non patrimonialità e, soprattutto, l'imprescrittibilità e l'indisponibilità. Facendo una rapida panoramica su queste caratteristiche essenziali, si può dire che si tratta di diritti assoluti perché, secondo l'etimo latino del termine

²⁰ In termini, Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, cit., p. 547 ss.

²¹ Sul punto, Giorgis, *Il (controverso) ruolo dei giudici ordinari nell'attuazione del diritto degli indigenti in materia di tutela della salute*, in Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, p. 156 ss.

(“*absolutus*”, sciolto), essi sono sciolti, svincolati da specifici legami con gli altri consociati, e inoltre sono erga omnes, ossia vengono fatti valere verso tutti.

L’universalità si esplica nel fatto che questi sono diritti che tutte le persone hanno e che necessariamente non possono non avere. Indisponibilità e imprescrittibilità sono due caratteristiche difficilmente scindibili²².

Fra tutti i diritti della personalità, quello che esprime meglio il carattere della indisponibilità è indubbiamente il diritto alla vita.

In base a quanto stabilito dall’art 3 del codice di deontologia medica: *“Il dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza distinzioni di età, di sesso, di etnia, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace e in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. La salute è intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona”*²³.

A tal proposito importanza centrale assume il secondo comma dell’art 32 della nostra costituzione, strettamente connesso alla disciplina precedentemente riportata, dato che sancisce la libera autodeterminazione del malato in merito al trattamento sanitario, che non può quindi essere imposto se non nei casi espressamente previsti dalla legge (trattamento sanitario obbligatorio)²⁴. Quando non si debba tutelare l’interesse alla salute della collettività, dunque, un trattamento sanitario non può essere oggetto di imposizione.

La Costituzione sancisce in altri termini il diritto a rifiutare le terapie quale risvolto negativo del diritto alla salute: il difficile bilanciamento tra tutela della vita e autodeterminazione individuale è quindi risolto in favore di quest’ultima. Ciò che viene in rilievo è il cd. consenso informato, esito di una scelta spettante al solo paziente ma compiuta con l’indispensabile apporto delle conoscenze mediche, secondo quella che viene definita l’alleanza terapeutica tra medico e paziente. In altre parole è il

²² Si vedano i rilievi di AA.VV. *Il consenso informato. Difesa del medico e diritto del paziente*, Bologna, 2007, p. 27 ss.

²³ Si veda l’articolo 3 del Codice Deontologico Medico.

²⁴ Ancora, Calzaretti, *Analisi dell’articolo 32 Cost.*, cit.