

GIOVANNI MARIA FLICK

Presidente emerito della Corte Costituzionale. Magistrato dal 1964, professore di diritto penale presso la Luiss dal 1980, nel 1996 è nominato ministro di Grazia e Giustizia nel governo guidato da Romano Prodi. In questa veste presentò una riforma del sistema giudiziario, articolata in diverse norme, il cui iter parlamentare si concluse con l'approvazione nel 1999.

Nominato nel 2000 giudice della Corte Costituzionale dal Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi, divenne vicepresidente della stessa Corte nel 2005, per essere poi eletto presidente nel 2008.

La salute nella Costituzione italiana

GIOVANNI MARIA FLICK

I - L'ARTICOLO 32 DELLA COSTITUZIONE

“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”.

Con queste parole – al tempo stesso semplici e complesse – l'articolo 32 della Costituzione introduce la salute nella tavola di valori fondamentali che regolano la nostra vita in comune; e ne delinea il sistema di tutela, l'equilibrio e il bilanciamento con gli altri valori costituzionali, le conseguenze di ordine giuridico che derivano dal riconoscimento e dall'affermazione della salute nei termini proposti dall'art. 32.

Sono parole semplici, perché devono poter essere comprese – come tutte le altre parole in cui si svolge il testo costituzionale, nella sua chiarezza di fondo – da chiunque si accosti alla Carta dei valori della nostra comunità. Anche da chi non abbia il bagaglio tecnico per interpretare i risvolti giuridici di quelle parole; ma deve poter comunque cogliere con immediatezza il significato essenziale dei prin-

cipi e valori costituzionali, e dei diritti e doveri che ne discendono per tutti e per ciascuno di noi.

Parole semplici, dunque: un diritto, per di più fondamentale per ciascuno di noi; ed è l'unica volta in cui la Costituzione utilizza questa qualificazione. Un interesse – che è sempre importante, ma è qualcosa di meno del diritto, in termini di conseguenze che derivano dal suo riconoscimento e in termini di sua tutela – per la collettività, cioè per tutti noi.

Un diritto e un interesse la cui tutela, ma prima ancora l'attuazione, sono affidate alla Repubblica: quindi a tutti noi, alla luce della definizione proposta dall'articolo 114 della Costituzione (“la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”). Quest'ultimo deve leggersi in collegamento sia con l'articolo 118, ove si parla di sussidiarietà verticale (fra realtà pubbliche) ed orizzontale (fra realtà pubbliche e soggetti privati), sia con l'articolo 3, 2° comma, ove si sottolinea il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza.

Un diritto di cui sono parte essenziale la garanzia di cura e la gratuità di questa ultima per gli indigenti. Un diritto la cui inviolabilità si esprime anche attraverso i limiti ai trattamenti sanitari obbligatori. Sono limiti di metodo, perché quei trattamenti possono essere imposti soltanto dalla legge, ed in casi determinati (non, quindi, ad esempio, con un generico obbligo di legge a curarsi); ma sono anche, e soprattutto, limiti di merito, perché vengono imposti dal rispetto della persona umana, cioè dalla inviolabilità della sua dignità. A quest'ultima, infatti, si riferiva esplicitamente il testo originario della norma costituzionale nei lavori della Assemblea Costituente, poi modificato con il richiamo al rispetto della persona, ritenuto più incisivo, più cogente e più concreto.

Sono però anche parole complesse, che hanno richiesto un lungo ed articolato lavoro di interpretazione, da parte della dottrina giuridica come dell'elaborazione giurisprudenziale, sia costituzionale che ordinaria. E si sono tradotte in una serie di approfondimenti, che in questa sede è possibile richiamare solo per cenni sintetici.

Si è trattato di chiarire che cosa effettivamente significhi, in termini giuridici, la qualificazione del diritto alla salute come fondamentale, al di là dell'importanza che anche intuitivamente discende da essa. Quale sia il significato di quel diritto: al tempo stesso un diritto sociale che esprime una protezione in senso positivo, attraverso la pretesa ad una prestazione come quella terapeutica; e un diritto di libertà, in senso negativo, immediatamente configurabile ed azionabile, che consiste nella pretesa alla propria integrità fisica e psichica, e quindi nella difesa dalle aggressioni (pubbliche o private) a quest'ultima.

Ancora, si è discusso quanto l'affermazione contenuta nell'articolo 32 della Co-

stituzione oscilli tra una mera programmaticità e una immediata precettività. La prima richiederebbe, per la sua attuazione, la mediazione di una scelta del legislatore, la quale potrebbe anche non intervenire, condizionando così l'effettività del diritto alla cura. La seconda consente invece – anche in assenza della mediazione legislativa – di far valere da subito il diritto alla salute, attraverso la tutela (quanto meno quella inibitoria e quella risarcitoria, in sede giudiziaria civile e/o penale) rispetto alle lesioni dell'integrità fisica e psichica.

Infine, si è approfondito quale rapporto vi sia e quale bilanciamento debba proporsi tra il valore costituzionale della salute e altri valori che con esso possono essere sinergici o trovarsi in concreto a collidere, come i valori di libertà, di autodeterminazione, di solidarietà. Nonché quale rapporto vi sia tra il diritto di ciascuno e l'interesse di tutti alla salute; se e quanto effettivamente il secondo possa riverberarsi sul primo, condizionandone il contenuto e la libertà (ad esempio attraverso la previsione di un determinato trattamento sanitario obbligatorio).

* * *

Per chi, come me, ha vissuto una lunga parte della propria esperienza culturale, professionale e istituzionale, svolgendo il compito di giudice costituzionale, il modo più significativo per coniugare la semplicità e la complessità delle parole con cui l'articolo 32 della Costituzione affronta il tema della salute, è certamente rappresentato dal richiamo della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Quel richiamo consente di vedere come concretamente l'articolo 32 vive ed opera; come si possono sciogliere i nodi – non sempre agevoli da sbrogliare – della sua formulazione sintetica, conciliando le diverse posizioni che esprimono.

Sulla “storia” e sulla vita dell'art. 32 nella giurisprudenza costituzionale e nelle parole della Corte intendo quindi soffermarmi nella seconda parte di questa riflessione. Mi sembra però opportuno sottolineare, prima, la novità (rispetto al passato) e l'originalità (rispetto ad altre soluzioni costituzionali) del modo con cui la nostra Costituzione ha affrontato il tema della salute: dimostrando così – anche sotto questo specifico aspetto – la sua lungimiranza e la sua vitalità, che ne confermano la profonda attualità, a più di sessanta anni dalla sua nascita.

In effetti, l'articolo 32 rappresenta una svolta radicale nell'approccio al tema della salute, la quale, in precedenza, era vista nell'ottica del diritto in modo fortemente riduttivo. Infatti, era collocata in una dimensione pubblicistica di controllo autoritario nell'interesse collettivo, di ordine e di sicurezza nel contesto dei problemi della pubblica incolumità, ad esempio di fronte ad epidemie e malattie contagiose; o in una prospettiva di stampo sempre collettivo, che guardava alla salute e alla sua salvaguardia in vista delle esigenze di produttività; o, ancora, in una prospettiva di tipo soltanto assistenziale, attraverso la beneficenza e nella

logica delle opere pie e delle Ipab.

La svolta costituzionale – che guarda alla salute in una prospettiva unitaria, facendo confluire insieme la dimensione individuale e quella collettiva – è quindi una grande novità. È una novità rispetto al passato, come testimonia il dibattito svoltosi sull’art. 32 in Assemblea costituente, nella consapevolezza dello stretto rapporto fra il tema della salute ed i valori della libertà e della eguaglianza. È una novità rispetto al panorama delle altre costituzioni contemporanee e delle previsioni sovranazionali, in cui non si trova una previsione unitaria e diretta del bene-salute nei termini proposti dalla Costituzione italiana. Si trovano piuttosto – in assenza di un riconoscimento esplicito unitario – il richiamo alla protezione dell’uomo dalle conseguenze economiche di offesa alla salute, o quello alla sua integrità e, separatamente, quello del diritto alla cura.

La affermazione unitaria del bene-salute da parte della Costituzione – nella duplice componente individuale e collettiva; e nella confluenza fra entrambi gli interessi che guardano ad essa – induce a configurare la salute, in termini giuridici, come un diritto che si risolve in uno status, una condizione di benessere psicofisico, un’espressione di libertà e di eguaglianza nel rapporto con gli altri, una componente essenziale della propria identità.

* * *

La definizione del concetto di salute non è agevole, e non è certo questa la sede per cercare di proporla. È sufficiente ricordare come, per giungere a quella definizione, siano state proposte molteplici vie, ciascuna delle quali è stata ritenuta insufficiente ad esaurirne il significato: dalla “normalità statistica”, con il rinvio a regole biologiche preesistenti, alla definizione di salute attraverso la malattia, ritenuta il suo opposto (la salute come assenza di malattia); alla definizione soltanto “medica” o a quella “media”. Probabilmente, il significato costituzionale della salute si comprende meglio se si guarda alla definizione che ne è stata proposta dall’Organizzazione Mondiale della Sanità: non già una definizione solo in negativo o fondata sulla media, ma l’aspirazione alla miglior condizione possibile di benessere, uno “stato di completo benessere fisico, mentale e sociale”.

Nel contesto costituzionale è importante, cioè, il valore della salute – in termini di eguaglianza e di identità e libertà, nonché di pari dignità sociale – come presupposto indispensabile per estrinsecare compiutamente e liberamente la propria personalità, nel rapporto con gli altri. Ciò comporta non soltanto il richiamo alla integrità delle funzioni biologiche, ma anche quello alle capacità affettive e relazionali. E vale a sottolineare sia l’importanza sociale del diritto alla salute, sia il suo stretto collegamento con gli altri valori costituzionali fondamentali: quelli proposti dall’art. 2 della Costituzione, attraverso il principio personalistico ed il

diritto all'identità e alla diversità; e quelli proposti dall'art. 3, attraverso il riferimento alla uguaglianza e alla pari dignità sociale.

In questa prospettiva, il diritto alla salute richiede il rispetto dell'integrità fisica e psichica della persona, ma non si esaurisce in quest'ultima. Quel diritto supera la concezione che vedeva nell'integrità un valore legato essenzialmente alla dimensione economica e della produttività; e fondava il diritto al risarcimento del danno alla salute in un'ottica prevalentemente o soltanto economica. Da ciò, fra l'altro, prende l'avvio il percorso giurisprudenziale in tema di risarcimento, dal danno soltanto patrimoniale a quello "non patrimoniale", a quello biologico e poi a quello esistenziale. Si amplia così la prospettiva dell'integrità, attraverso l'estensione – da quella fisica (prima) e psichica (poi) – all'identità della persona nelle sue varie componenti, fra cui ad esempio l'identità sessuale.

Questo sviluppo appare lodevole e necessario, e deve essere salutato con favore; occorre tuttavia richiamare brevemente l'attenzione sulle possibili ricadute negative che un – in sé condivisibile – ampliamento del concetto di salute alla nozione di benessere potrebbe comportare, in termini di ulteriore ampliamento dei margini della responsabilità civile e penale del sanitario. Non può cioè escludersi che tale ampliamento accresca le aspettative di intervento del medico, già oggi in alcuni casi sovradimensionale ed eccessive: così da accrescere la pretesa sociale – talvolta mediata con troppa disinvoltata facilità dalla giurisprudenza – che egli guarisca qualunque malattia, nel senso tradizionale del termine; e da ricondurre addirittura ad ipotizzare profili di responsabilità nel caso di mancato miglioramento della condizione iniziale. Con la conseguenza – deleteria – di alimentare quella spirale negativa innescata dal fenomeno, ben noto, della c.d. medicina difensiva.

Premessa dunque la necessità di scongiurare tale rischio, e tornando all'ampiezza del valore della salute, nonché delle attese di cura che essa comporta, mi sembra opportuno – a titolo di esempio significativo – richiamare la consapevolezza maturata ancora da poco tempo in Italia, della necessità di considerare il dolore in sé come una malattia da curare, e non solo come un sintomo da misurare. Si tratta di una rivoluzione culturale nella concezione della terapia; grazie ad essa, si superano la tesi della rassegnazione "coatta" al dolore e dello stoicismo imposto, quando non addirittura del suo significato di espiazione e la diffidenza verso gli oppiacei come farmaci antidolorifici di elezione.

È una rivoluzione che, finalmente, ha ottenuto nei giorni scorsi un riconoscimento legislativo con l'unanimità: in termini quindi doppiamente significativi, sia per il suo contenuto, sia per il contesto politico attuale, che rende sempre più rare le occasioni di incontro, anziché di scontro, fra le forze politiche. Il tema del dolore è affrontato concretamente dalla nuova legge, sotto molteplici profili: la

previsione esplicita del diritto alle cure palliative e di quello alla terapia del dolore; la creazione di reti assistenziali uniformi e lo stanziamento di risorse a tal fine; la semplificazione nella prescrizione dei farmaci antidolorifici oppiacei; un'attenzione particolare alle cure palliative e alle terapie antidolorifiche per i bambini, di solito incapaci di esprimere la loro sofferenza.

La prospettiva attuale non solo vieta di usare il dolore come “strumento del diritto” (come, ad esempio, nella tortura); non solo impone di risarcirlo; ma riconosce la necessità di curarlo in sé. Essa si propone esplicitamente di tutelare la dignità e l'autonomia del malato; di tutelare e promuovere la qualità della vita in ogni fase della malattia (particolarmente quella terminale); di garantire un adeguato sostegno sanitario e socio assistenziale al malato e alla sua famiglia (così i principi fondamentali enunciati dalla nuova legge). È una prospettiva che esprime in modo particolarmente significativo, al pari del divieto di accanimento terapeutico – certamente condiviso da più tempo, di quanto cominci faticosamente ad esserlo la terapia del dolore – questa nuova dimensione della salute, attenta prima di tutto alla dignità umana.

* * *

Il diritto alla salute sintetizza ed esprime, nella formula onnicomprensiva dell'art. 32 e nella sua concezione unitaria, una molteplicità di situazioni soggettive, fra loro diverse e diversamente tutelate. Tali situazioni possono riassumersi, a grandi linee, nel diritto alla propria integrità (prima fisica, ora psicofisica); ad un ambiente salubre; alla prevenzione e alla cura; alla cura gratuita, nel caso di indigenza; al rifiuto consapevole della cura, previa informazione su di essa.

Il primo profilo di quel diritto è in un certo senso il più semplice. Si esprime in una prospettiva negativa: una pretesa a che i terzi (tutti: sia pubblici che privati) non pregiudichino la integrità del titolare del diritto e, in caso di danno, risarciscano la lesione da essi provocata. È un diritto che può farsi valere nei confronti di tutti, attraverso gli strumenti giuridici di tipo civile e penale già presenti nell'ordinamento; senza che occorra un intervento del legislatore ad hoc, per rendere effettivo tale diritto con lo stanziamento, fra l'altro, di risorse economiche a tal fine.

Il secondo profilo di quel diritto si connette alla sua dimensione sociale: dal diritto alla sola integrità fisica, a quello di poter godere di condizioni esterne idonee al proprio benessere psicofisico. Si tratta del diritto (sul cui contenuto concreto e sui riflessi di ordine soggettivo molto si discute) ad un ambiente salubre: quindi alla assenza di cause di danno e di alterazioni irreversibili ai fattori ambientali, al loro equilibrio, nonché alla conservazione dell'ambiente.

È oggi acquisita e condivisa la constatazione che l'ambiente è un valore primario

ed un presupposto essenziale per la conservazione della salute; che la degradazione ambientale è un fattore tipico ed evidente di danni alla salute; che vi è una relazione stretta fra l'articolo 32 e l'articolo 9 della Costituzione, quest'ultimo interpretato in una prospettiva non soltanto estetica, nella relazione fra l'uomo e l'ambiente. Ed è sempre più estesa l'affermazione del c.d. principio di precauzione, nei confronti dei rischi conseguenti all'evoluzione tecnologica, anche in assenza di evidenze scientifiche su eventuali danni conseguenti alle sue applicazioni (ad esempio, in tema di esposizione a campi elettromagnetici). Infine, è appena il caso di richiamare, in quest'ambito, tutto il tema fondamentale della sicurezza e della protezione della salute, nonché della prevenzione, nell'ambiente di lavoro.

Il terzo profilo del diritto alla salute è quello alla prevenzione, agli accertamenti diagnostici, al trattamento terapeutico e alla cura in caso di bisogno. Un diritto, questo, che si raccorda strettamente con quello alla gratuità delle cure in caso di indigenza, e che riflette tutta la pienezza del suo significato di diritto sociale, in positivo. Esso infatti esprime il valore della solidarietà e quello della sussidiarietà attraverso molteplici profili. Valgono, a tal fine, il richiamo agli obiettivi del servizio sanitario nazionale, ed alla confluenza di soggetti e operatori pubblici e privati, negli interventi in materia sanitaria. Vale, altresì, il riconoscimento che – ferma restando la discrezionalità del legislatore, nello stanziamento delle risorse finanziarie necessarie e nel decidere il rapporto fra gratuità e compartecipazione del destinatario della cura agli oneri di essa – vi è un nucleo essenziale, minimo ed incomprimibile, del diritto alla salute ed alla cura. Quest'ultima deve comunque essere garantita a ciascuno e a tutti, a prescindere dalle condizioni economiche e personali del soggetto bisognoso di cure, con riferimento a tale nucleo.

L'ultimo profilo del diritto individuale alla salute è quello – simmetrico ed antagonista al precedente – di rifiutare la cura, qualunque possano essere le motivazioni e le conseguenze di un simile rifiuto (ivi compreso l'eventuale esito letale della malattia). Premessa la doverosa cautela che deve circondare l'accertamento della libera determinazione a rifiutare le cure, si tratta del diritto alla libertà nella scelta terapeutica; dell'assenza di un dovere costituzionale a curarsi e a mantenersi in salute, nonostante i doveri di solidarietà e di partecipazione sociale che fanno capo a ciascuno di noi; del diritto alla piena e completa informazione sul trattamento sanitario che ci viene proposto e sulle sue conseguenze. Il diritto al consenso informato ed alla partecipazione consapevole sulle decisioni nelle scelte diagnostiche e terapeutiche proposte dal medico, è d'altronde conforme alle indicazioni e prescrizioni di ordine deontologico; ed a quelle nascenti dalle convenzioni internazionali in materia, fra cui segnatamente la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina.

Il superamento della concezione “paternalistica” e autoritaria, nella relazione fra medico e paziente, e la sua sostituzione con una “alleanza terapeutica” fra di loro, sono fondamentali per dare concretezza al c.d. consenso informato ed al diritto di rifiutare la cura. E ciò soprattutto in un contesto come quello attuale, di fronte ai grandi temi della bioetica, ai progressi della medicina, agli interrogativi sul fine vita e sul diritto a morire con dignità. Basta pensare al riconoscimento o meno di un diritto al c.d. testamento biologico (rectius, alle dichiarazioni anticipate di trattamento, rispetto ad un futuro stato di incapacità) e dei suoi limiti.

Non è certo questa la sede per entrare nel vivo di tematiche così attuali, così complesse, così dibattute. È sufficiente osservare come il ruolo e la responsabilità del medico sono certamente cruciali, nel dare concretezza e attuazione al diritto di rifiutare la cura, che – nell’ottica costituzionale di connessione inscindibile fra il valore della salute e quello della dignità umana – è non meno essenziale del diritto alla cura.

* * *

Infine, proprio prendendo lo spunto dal diritto a rifiutare la cura e da quello al consenso esplicito ed informato ad essa, viene in evidenza il secondo profilo fondamentale dell’articolo 32 della Costituzione: l’interesse della collettività, che si salda con il diritto fondamentale del singolo alla salute.

L’individuo, nell’esercizio del proprio diritto alla salute (anche nella prospettiva negativa di non curarsi), ha comunque il dovere di non mettere a repentaglio l’altrui diritto alla salute. Da ciò – ed entro questi limiti – la previsione costituzionale della legittimità, ma anche dei limiti rigorosi alle ipotesi di trattamenti obbligatori. Essi devono essere previsti dalla legge specificamente. Devono essere finalizzati alla salvaguardia del diritto di salute altrui e dell’interesse collettivo ad essa; non possono tuttavia – secondo l’orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalenti – risolversi in una sorta di dovere a curarsi; né possono fondarsi solamente sull’interesse del soggetto obbligato, bypassando il suo diritto a rifiutare la cura.

I trattamenti obbligatori non possono travalicare il rispetto della persona umana, cioè la sua dignità. Non devono comportare conseguenze negative – se non in misura ragionevolmente sopportabile – per la salute del soggetto che vi sia sottoposto. Devono esprimere un bilanciamento ragionevole ed una proporzione tra il sacrificio dell’autodeterminazione del soggetto che sia stato obbligato a subirli, ed il rispetto della salute altrui, nonché quindi dell’interesse collettivo a quest’ultima. Infine, devono prevedere un equo indennizzo per il soggetto – obbligato (o persuaso) a subirli – che ne abbia tratto delle conseguenze di danno.

Il tema dei trattamenti sanitari obbligatori, sanzionati in caso di inosservanza, e ancor più quello dei trattamenti coattivi, che possono essere imposti con la forza, deve coordinarsi non solo con il rispetto del valore fondamentale della dignità, la quale trova nell'articolo 32 della Costituzione un punto di riferimento fondamentale, per quanto non esplicito; ma anche con il rispetto del principio fondamentale di autodeterminazione, proposto dall'articolo 2 e dall'articolo 13. Perciò il legislatore costituente sottolinea l'inviolabilità della dignità ed i limiti imposti dal rispetto della persona; e richiede una previsione legislativa delle ipotesi di trattamento obbligatorio, che devono avere carattere specifico e determinato. Il diritto alla salute è legato, inoltre, ad un'altra serie di previsioni costituzionali, segnatamente nella ripartizione di competenze fra Stato, regioni e soggetti privati, delineata dagli articoli 117 e 118 della Costituzione. Si tratta delle previsioni costituzionali che riconoscono una competenza statale esclusiva sui livelli essenziali delle prestazioni per i diritti sociali, sulla profilassi internazionale, sulla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; mentre è prevista una competenza, concorrente statale e regionale, per la tutela della salute. Anche il riconoscimento esplicito del principio di sussidiarietà orizzontale, fra pubblico e privato, assume indirettamente una particolare importanza nel campo della tutela della salute. Previsioni, queste, che – al pari di quelle degli articoli 14 e 16 (in tema di accertamenti domiciliari e di restrizioni alla libertà di circolazione per motivi sanitari) – sottolineano, ancora una volta, l'importanza del bene-salute ed il rilievo ad esso attribuito dalla Costituzione, tanto nella dimensione individuale, quanto in quella collettiva.

* * *

Nell'affrontare il tema del diritto alla salute all'inizio del terzo millennio è opportuno accennare da ultimo, sia pure brevemente, alla telemedicina, definita nel 1997 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come "l'erogazione di servizi sanitari quando la distanza è un fattore critico, per cui è necessario usare, da parte degli operatori, le tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni al fine di scambiare informazioni utili alla diagnosi, al trattamento ed alla prevenzione delle malattie e per garantire un'informazione continua agli erogatori di prestazioni sanitarie e supportare la ricerca e la valutazione della cura". Un tema, questo, che coinvolge necessariamente – nella sua novità e nelle implicazioni che esso propone – una riflessione ulteriore sui valori costituzionali legati alla salute. Questa nuova e particolare modalità di erogazione dell'assistenza sanitaria, attraverso la trasmissione a distanza di informazioni mediche (immagini, dati, testo, voce), permette di fornire servizi di diagnosi ed assistenza medica, superando i vincoli della distanza tra medico e paziente. Essa consente così di migliorare – in

termini di rapidità, efficienza e potenziale risparmio economico – la prestazione di servizi sanitari di prevenzione, accertamento e cura, in modo tale da cambiare i termini della “pretesa” di salute.

Per altro verso, l’uso della telemedicina deve far riflettere sia sulle conseguenze della possibile “spersonalizzazione” della relazione tra il medico e il paziente, in un momento in cui si ritiene fondamentale che il paziente partecipi con il medico curante alle scelte sul trattamento terapeutico che lo riguarda; sia sulle implicazioni connesse con il necessario trattamento informatizzato dei dati sanitari.

I vantaggi della telemedicina sono connessi, principalmente, alla velocità delle comunicazioni e alla possibilità di gestire le informazioni utili per l’erogazione delle prestazioni sanitarie.

Si pensi, in primo luogo, alla comunicazione delle informazioni tra il paziente e il medico curante (ad esempio trasmissione e lettura dei referti medici); ed alla possibilità di accedere prontamente alla consulenza di esperti (coinvolgimento di più medici nel rapporto con il paziente).

Si pensi, in secondo luogo, alla possibilità di costituire dossier informatici, contenenti la storia medica del paziente (anche raccogliendo informazioni presso le diverse strutture sanitarie che hanno erogato prestazioni e cure) di agevole consultazione, indipendentemente da dove il paziente e le informazioni risiedono.

Si pensi, infine, alla possibilità di offrire servizi di diagnosi e cura a distanza. Da un lato con il teleconsulto, in cui il paziente può interagire con il medico – via web o email – descrivendo i sintomi e ricevendo informazioni sul possibile trattamento. Dall’altro con il telemonitoraggio, che consente di gestire – attraverso il controllo e la registrazione a distanza di alcuni parametri funzionali del paziente – la prestazione di cure in situazioni che richiedono un monitoraggio costante (ad esempio in caso di affezioni cardiache o respiratorie o nel monitoraggio perinatale); o di controllare a domicilio un paziente in post-dimissione ospedaliera. Così da permettere anche la riduzione dei ricoveri ospedalieri non necessari e il conseguente migliore uso dei posti-letto e degli accessi ai centri di alta specializzazione.

* * *

Le criticità nell’uso della telemedicina sono invece connesse con la necessità di definire modalità di acquisizione informatica del consenso del paziente al trattamento medico; con la necessità di contemperare la gestione dei dati sanitari (dati “sensibili”) e la tutela della privacy del paziente e della sicurezza dei dati; con le implicazioni, in termini di responsabilità per i sanitari, che derivano dall’applicazione di tecnologie informatiche e della telecomunicazione all’esercizio della medicina.

In primo luogo la creazione dell'“alleanza terapeutica” tra medico e paziente – come strumento per dare attuazione e concretezza al diritto ad esprimere un consenso informato al trattamento sanitario e al diritto di rifiutare la cura – richiede la partecipazione del paziente, nella misura in cui egli deve fornire al medico le informazioni sulla propria storia medica, utili per la valutazione diagnostica e la proposta di cura (il medico può tanto più valutare e spiegare al paziente, quanto più dispone di informazioni anche sulla storia pregressa). In altri termini, è necessario che lo scambio di informazioni, il flusso informativo, tra il medico e il paziente sia a doppio senso. Ciò vale tanto più nel caso in cui il rapporto tra medico e paziente sia “filtrato” dallo strumento informatico, e ove il medico faccia affidamento sull'esistenza di un archivio elettronico (fascicolo o dossier sanitario elettronico) che si presume completo.

In secondo luogo, nella telemedicina si pone il problema del consenso al trattamento informatizzato (raccolta, conservazione ed elaborazione in archivi informatici, comunicazione con le tecnologie della telecomunicazione) dei dati sanitari, da parte del paziente; il consenso al trattamento di tali dati sensibili, infatti, è diverso dal consenso al trattamento sanitario. Ciò vale con riferimento ad ogni attività connessa con i referti medici e con il cd. fascicolo sanitario elettronico: dalla conservazione dei dati da parte della struttura sanitaria, alla loro conoscibilità da parte del medico curante o di altri operatori. Tuttavia, se il paziente non acconsente al trattamento dei dati sanitari, o vi acconsente solo in parte, il medico curante disporrà di informazioni incomplete; con possibili conseguenze negative sulle prestazioni e sulla possibilità di una piena assunzione di responsabilità, da parte del medico.

In terzo luogo, il ricorso al teleconsulto pone il problema della formazione del rapporto contrattuale tra il medico, che si impegna contrattualmente ad erogare diagnosi e cure relative sulla base di un contratto a distanza, e il paziente, che a distanza deve prestare il consenso al trattamento sanitario. Sotto questo profilo – in assenza di una normativa specifica sulle modalità di acquisizione, tramite vie informatiche, del consenso del paziente al trattamento medico – si ripropongono taluni problemi già esistenti e rilevanti in altri ambiti. Si tratta, in particolare, dei problemi relativi al documento informatico e alla firma digitale e di quelli attinenti alla c.d. contrattazione a distanza (perfezionamento del contratto e protezione del consumatore, dal momento che le strategie di comunicazione in rete sono più invasive di quelle per così dire “porta a porta”).

* * *

L'applicazione delle tecnologie informatiche e della telecomunicazione all'esercizio della medicina presenta numerose implicazioni di responsabilità per i sanita-

ri. Si pensi alle già richiamate difficoltà di diagnosi e cura connesse con l'esistenza di un fascicolo elettronico incompleto e con la mancanza di un rapporto personale tra medico e paziente. Si pensi, ancora, ai problemi di giurisdizione che possono sorgere in caso di teleconsulto tra medici di diversi paesi, nel caso in cui vi sia la necessità di valutare la responsabilità del medico. Si pensi, infine, ai problemi di responsabilità personali o di equipe – e di ripartizione o concorso fra responsabilità – che possono presentarsi nelle ipotesi di “collegialità telematica”. Un ulteriore profilo da evidenziare riguarda l'aspettativa di salute che deriva al singolo dallo sviluppo e dalla diffusione della telemedicina. La possibilità di erogare cure a distanza può modificare i confini del diritto alla salute del singolo: sia rispetto alla pretesa, da parte del paziente, di poter accedere alle cure a distanza; sia rispetto alla pretesa di qualità delle cure a distanza, e di tempi di risposta, sempre più veloci.

Un ultimo aspetto problematico da considerare è rappresentato dal rapporto tra il diritto del singolo alla riservatezza dei dati sanitari – che, come accennato, si traduce nella possibilità di non prestare il consenso a determinati trattamenti – e l'interesse della collettività alla conservazione dei dati sanitari per finalità connesse con la ricerca medica. Anche in questo caso, infatti, le tecnologie informatiche e della telecomunicazione, più di ogni altro strumento, favoriscono la circolazione delle informazioni mediche, la collaborazione tra le diverse categorie di professionisti nella sanità, il coordinamento e lo sviluppo della ricerca medica.

Questa riflessione apre la via a quella su tutta un'altra serie di problemi, che non è possibile affrontare in questa sede. Penso ai problemi legati al trattamento ed alla comunicazione dei dati genetici, alla costituzione di banche dati relative al Dna degli individui, alla concreta operatività delle carte sanitarie elettroniche, all'affermazione e allo sviluppo della medicina predittiva ed alle sue implicazioni (di tipo anche discriminatorio). È sufficiente osservare come le aporie medico-legali inerenti i sistemi di telemedicina rappresentino i principali fattori limitanti rispetto ad un loro pieno sviluppo.

Mancano riferimenti normativi specificamente rivolti a tale settore e, parimenti, non si è ancora formata né una dottrina né tantomeno una giurisprudenza in materia. L'intervento del legislatore è tanto più auspicabile, ove si guardi alla progressiva informatizzazione dei servizi sanitari ed al supporto dei sistemi di comunicazione multimediale al quotidiano esercizio dell'attività medica, i quali rendono probabilmente necessaria una riorganizzazione complessiva del sistema sanitario.

Infine, al di là delle problematiche giuridiche sopra menzionate, un ulteriore ostacolo alla diffusione della telemedicina – che potrebbe ripercuotersi negativamente sulla risoluzione stessa delle problematiche giuridiche – mi sembra rappresenta-

to da una impostazione culturale – tuttora diffusa – ancora diffidente verso un impiego generalizzato delle tecnologie telematiche, legata alle tradizionali metodiche diagnostico-terapeutiche, e consapevole dell’imprescindibilità del contatto tra il medico e l’assistito. Sarà allora necessario attendere una più omogenea implementazione delle tecnologie in questione per valutare se esse, in concreto, faranno venire meno tale contatto; o se, al contrario, segnatamente in caso di emergenza, permetteranno di sopperire a situazioni in cui il medesimo non sarebbe possibile. Ma di ciò vi sarà tempo e modo per occuparsi in un futuro magari prossimo, senza dover aspettare il prossimo centenario.

II - IL CONTRIBUTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Vengo ora alla seconda parte della riflessione sul significato della salute nella Costituzione italiana: il contributo specifico che la Corte Costituzionale ha offerto nell’interpretazione dell’articolo 32, in modo ampio, reiterato ed incisivo. Un contributo che ha influito, concretamente, sulla definizione e sulla portata del diritto di ciascuno e dell’interesse di tutti noi alla salute, nonché sul bilanciamento e l’equilibrio fra essa e gli altri principi e valori costituzionali. Quello della Corte è un contributo importante e merita di essere richiamato, perché le sue decisioni hanno concorso in maniera rilevante e significativa a sciogliere i nodi e a risolvere gli interrogativi che nascono dalla lettura dell’articolo 32, cui dianzi ho fatto cenno.

La giurisprudenza costituzionale ha da tempo messo in luce la circostanza che il bene della salute è tutelato dall’art. 32, primo comma, “non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell’individuo” (sentenza n. 356 del 1991). Un diritto che impone piena ed esaustiva tutela (sentenze n. 307 e 455 del 1990), in quanto “diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati” (sentenze n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979).

Come diritto strettamente inerente alla persona umana, il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute deve essere riconosciuto non solo ai cittadini italiani, ma anche agli stranieri “qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso e il soggiorno nello Stato”, potendo il legislatore prevedere solo diverse modalità di esercizio dello stesso (sentenze n. 252 del 2001 e n. 432 del 2005).

Il diritto alla salute ricomprende una pluralità di situazioni soggettive in esso costituzionalmente garantite: pretese attive e passive dell’individuo, ma anche una generale pretesa della collettività a non veder compromessa o posta a rischio la integrità dei suoi membri, “in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell’eguale pro-

tezione del coesistente diritto degli altri” (sentenza n. 218 del 1994).

Il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività – espresso nel primo comma dell’art. 32 – giustifica, ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, l’imposizione per legge di trattamenti sanitari obbligatori, fatti salvi i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Tuttavia, la Corte ha chiarito (nella sentenza n. 307 del 1990) che “un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili”. Invece, con riferimento all’ipotesi di “ulteriore danno” alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio, “il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria”.

Tale rilievo esige infatti che, “in nome di quell’interesse, e quindi della solidarietà verso gli altri”, “ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri”. Ne deriva che un “corretto bilanciamento” fra la dimensione individuale e quella collettiva del “valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività, che sta a base dell’imposizione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento”. Finirebbe, in particolare, “con l’essere sacrificato il contenuto minimale del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento, il rimedio di un equo ristoro del danno patito”.

Su questa base la Corte ha quindi riconosciuto l’esistenza di un diritto costituzionale all’indennizzo, in caso di danno alla salute patito in conseguenza della sottoposizione a vaccinazioni obbligatorie (fondamentali, sul tema delle vaccinazioni obbligatorie, anche le successive sentenze n. 118 del 1996, n. 27 del 1998).

* * *

Ad avviso della Corte Costituzionale, il diritto alla salute – nella sua prima fondamentale accezione – si sostanzia nel diritto all’integrità della persona, da intendersi non nella mera dimensione corporea ma in una più complessa dimensione di equilibrio psico-fisico. La tutela della salute psichica “deve essere di grado pari a quello della salute fisica” (sentenza 167 del 1999); più in generale, quell’equilibrio si esprime in uno “stato di benessere”, comprensivo anche degli aspetti psicologici legati all’identità sessuale (sentenza n. 161 del 1985).

Il diritto all'integrità trova garanzia nell'articolo 32, secondo comma, "come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica" (sentenza n. 282/2002).

Significativamente, la Corte ha affermato che fra i compiti posti alla Repubblica dall'articolo 32 c'è anche quello di promuovere la salute, in particolare, con misure indirizzate al "superamento od attenuazione degli handicaps (ovvero ad evitare interruzioni di tali positive evoluzioni)" (sentenza n. 215 del 1987). È, questa, una logica che evidentemente non va più solo nella direzione dell'adempimento di un dovere di solidarietà umana e sociale; ma si colloca a pieno titolo nel solco della tutela del diritto individuale alla salute.

Nella giurisprudenza costituzionale il diritto all'integrità psico-fisica è stato approfondito e sviluppato anche sotto il profilo della generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro, che non pongano a rischio questo suo bene essenziale; con conseguente risarcibilità del danno biologico e ambientale (sentenze 210 e 641 del 1987).

* * *

Ad avviso della Corte Costituzionale, il diritto alla salute – nella sua seconda accezione, altrettanto fondamentale – implica il diritto ad essere curati, che trova espressa tutela nel primo comma dell'articolo 32. Il diritto ai trattamenti sanitari, ovvero a ricevere prestazioni sanitarie, è tutelato come diritto fondamentale nel suo "nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetta dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto" (v., fra le altre, sentenze n. 432 del 2005, n. 233 del 2003, n.252 del 2001, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999, n. 267 del 1998).

Anche al di fuori di tale nucleo, d'altra parte, il diritto a trattamenti sanitari "è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato alla attuazione che il legislatore ordinario ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento".

Ciò comporta che, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari diviene per il cittadino "pieno e incondizionato" nei limiti in cui lo stesso legislatore – attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati sulla falsariga delle risorse esistenti – predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie (cfr., fra le tan-

te, le sentenze n. 432 del 2005, n. 304 e 218 del 1994, n. 247 del 1992, n. 455 del 1990). Ad avviso della Corte, non si può escludere neppure la “necessità di individuare strumenti che, pur nel rispetto di esigenze minime, di carattere primario e fondamentale, del settore sanitario, coinvolgenti il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, operino come limite oggettivo alla pienezza della tutela sanitaria degli utenti del servizio” (sentenza n. 162 del 2007).

Proprio in attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell’individuo dall’articolo 32, “l’infermo assurge, nella nuova concezione della assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno ed incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d’essere” (sentenza n. 103 del 1977).

Significativa, a tal proposito, è la circostanza che la Corte costituzionale (nella sentenza n. 471 del 1990) ha proposto una ricostruzione del valore costituzionale dell’invulnerabilità della persona in termini di “libertà”, nella quale è postulata e attratta la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo.

Ciò ha consentito alla dottrina di desumere che l’entrata in vigore della Carta costituzionale aveva prodotto “modifiche tacite” all’art. 5 del codice civile, in particolare attraverso la sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute, di cui all’art. 32. Ed ha consentito di ricondurre il concetto ed il limite dell’ordine pubblico – richiamato dall’articolo 5 del codice civile come limite agli atti di disposizione del proprio corpo, insieme alla diminuzione permanente dell’integrità fisica, alla legge e al buon costume – ai principi generali dell’ordinamento, così come enucleati dalla stessa Carta fondamentale, e non superabili dal singolo.

Con l’entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l’affermarsi del principio personalistico enunciato da essa, la portata dell’art. 5 c.c. non andrebbe più impostata in termini di “potere”, ma di “libertà” di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che, in vario modo, coinvolgono e interessano il proprio corpo.

* * *

Nel diritto ad essere curati rientrano, oltre al diritto alle prestazioni sanitarie, anche la libertà di cura (scelta del medico e della terapia) e il diritto al consenso in-

formato. Essi, unitariamente considerati, contribuiscono a definire i due momenti di cui si compone la scelta terapeutica.

Una scelta, quest'ultima, che – secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale – coinvolge anzitutto la sfera soggettiva dell'individuo (il suo diritto ad essere curato, ma anche il suo diritto all'integrità fisica e psichica); ed esalta la responsabilità professionale del medico. È una scelta che – nel forte richiamo al rispetto dei doveri previsti dal codice di deontologia medica e all'esercizio dei poteri di vigilanza da parte degli organi della professione – segna il definitivo superamento di una concezione paternalistica dell'ars medica e della “potestà” del medico di curare, in favore della moderna e condivisa concezione dell’“alleanza terapeutica”.

D'altronde, l'attività sanitaria, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, e ad attuare – in tal modo – la prescrizione, non meramente enunciativa, dettata dall'art. 2 della Carta, trova la sua base di legittimazione direttamente nell'articolo 32, che, appunto, tratteggia il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo; fino a potersene evocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa deve intendersi come “costituzionalmente imposta”. E non è senza significato la circostanza che l'art. 359 del codice penale inquadri i privati che esercitano la professione sanitaria fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità.

Del tema della pratica terapeutica la Corte si è occupata, in particolare, in due importanti pronunce concernenti le terapie elettroconvulsivanti e gli interventi di psico-chirurgia (sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003), nelle quali ha fissato i principi-cardine della materia, recentemente ribaditi nella sentenza sulla procreazione medicalmente assistita (sentenza n. 151 del 2009).

Tra quelle decisioni sussiste un indiscutibile tratto comune. In tutti e tre i casi la Corte è stata chiamata a scrutinare norme recanti limiti autoritativamente imposti all'espletamento di determinati trattamenti. Nei primi due, si trattava della obbligatoria sospensione e del divieto di utilizzo di determinate pratiche terapeutiche (terapia elettroconvulsivante, lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia) sul territorio della regione. Nel terzo caso veniva in discussione il divieto – previsto nell'ambito della terapia finalizzata alla procreazione medicalmente assistita – di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre.

* * *

Nel dichiarare (con le sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003) l'illegittimità costituzionale di disposizioni legislative regionali concernenti, tra le altre, la te-

rapia elettroconvulsivante, la Corte ha affermato che la pratica terapeutica – dovunque e da chiunque praticata – si pone “all’incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l’art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica”. Secondo la Corte, “tali diritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l’osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall’ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull’osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione”.

“Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali”, non è quindi, “di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni”. Poiché infatti – ha sottolineato la Corte – “la pratica dell’arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”.

A giudizio della Corte, “autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano un altro punto di incrocio dei principi di questa materia”. Deve essere esclusa qualsiasi ingerenza del legislatore sul “merito delle scelte terapeutiche”; ciò anche quando – come nel caso della legge sottoposta a giudizio della Corte, nella specie – quell’ingerenza sia indirizzata a vietare dei trattamenti terapeutici, sul presupposto della loro particolarmente rischiosità e dubbia efficacia terapeutica.

* * *

Analogo spazio incompressibile di autonomia e responsabilità del medico la Corte ha riconosciuto là dove – all’interno di tecniche terapeutiche pure ammesse, come quelle legate alla procreazione medicalmente assistita – l’intervento del legislatore si era spinto fino a introdurre una prescrizione negativa, che nella sua automaticità violava il principio di ragionevolezza e quello di uguaglianza (sotto il profilo del medesimo trattamento riservato a situazioni dissimili), determinando anche un vulnus alla salute della donna.

La Corte (nella sentenza n. 151 del 2009) – richiamando i principi espressi in precedenza, circa i limiti posti alla discrezionalità legislativa dalle acquisizioni

scientifiche e sperimentali, sulle quali si fonda l'arte medica – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale in parte qua della norma censurata, “in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto”.

L'intervento della Corte mantiene fermo il principio secondo cui le tecniche di produzione non debbono creare un numero di embrioni superiore a quello necessario, “secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione di un unico e contemporaneo impianto del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute”.

D'altra parte, la tutela della salute della donna – non soltanto nella sua connotazione di “persona” ma anche nella prospettiva della tutela della maternità e della salvaguardia della vita della prole sin dal suo inizio – è stata ben presente nella giurisprudenza della Corte, specie in tema di aborto; al punto da aver indotto la Corte stessa a dichiarare inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione degli artt. 4, 5, 12 e 13 della legge n. 194 del 1978. Ammettere il quesito referendario in parte qua avrebbe, infatti, consentito di travolgere “disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù” (sentenza n. 35 del 1997).

* * *

Sul diverso, ma contiguo versante della sperimentazione medica, la Corte sembrò invece in passato raccogliere le suggestioni che derivavano dalla scelta legislativa di consentire la sperimentazione di un complesso di sostanze e medicinali (compresi nel “multitratamento Di Bella”), in termini di aspettative dei cittadini; così da ampliare in qualche modo il catalogo delle situazioni soggettive e dei diritti compresi nell'art. 32.

Nell'occasione, infatti, la Corte affermò che la determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione e l'autorizzazione all'impiego di tali sostanze nei confronti di soggetti estranei alla sperimentazione – prima che siano noti gli esiti di quest'ultima e, dunque, in deroga alle procedure ordinarie – non comportava un

“riconoscimento della utilità di impiego” dei medicinali compresi nel multitrattamento; ma rappresentava comunque “un ‘fatto legislativo’ che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero ‘fatto sociale’ spontaneo”. Sicché – ad avviso della Corte – “nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali”, non poteva negarsi che “dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscano indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute”.

Di qui l’illegittimità costituzionale della disciplina censurata, che non prevedeva l’erogabilità, a carico del servizio sanitario nazionale, dei medicinali impiegati nella cura delle patologie tumorali, per le quali è disposta la sperimentazione, a favore di coloro che versino in condizioni di insufficienti disponibilità economiche; e che faceva quindi dipendere il concreto godimento di tale diritto dalle diverse condizioni economiche dei soggetti interessati (sentenza n. 185 del 1998).

* * *

Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori – salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto stabilito dall’art. 32 comma secondo – e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, la Corte ha fatto discendere il presupposto indefettibile per “giustificare” il trattamento sanitario; un presupposto che si fonda sulla scelta libera e consapevole – salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere – della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinviene base precettiva e, per così dire, “costitutiva” negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale.

Sul punto, è sufficiente richiamare una recente pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008, che ha trovato conferma nella sentenza n. 253 del 2009), nella quale la tematica del consenso informato è stata scandagliata ampiamente e in modo approfondito, al punto da divenire un fondamentale punto di riferimento anche per una sentenza, concernente una materia affine, della Corte di Cassazione a Sezione Unite (sent. 18 dicembre 2008, Giulini), che ne ripercorre quasi testualmente i passaggi principali. La Corte Costituzionale ha puntualizzato che il “consenso informato, inteso come espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’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’”.

D’altra parte, ha osservato la Corte, anche numerose fonti internazionali “preve-

dono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici".

Così, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con L. 27 maggio 1991, n. 176, premette che gli Stati aderenti "riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione"; e dispone che "tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore".

A sua volta, l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che "un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato". L'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che "ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica"; e che, nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, "il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge".

"La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico – ha ancora precisato la Corte – si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della L. 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della L. 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge". La circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32, pone in risalto – secondo il Giudice delle leggi – la "sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma secondo, della Costituzione". Da ciò discende – ha concluso la Corte – che "il consenso informato deve essere considerato un principio fonamen-

tale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale”.

* * *

I principi enunciati dalla Corte costituzionale, alla luce della pluralità di fonti che concorrono a rafforzarne gli enunciati, rappresentano la ineludibile base precettiva sulla quale poter configurare la legittimità del trattamento sanitario in genere. Con l’ovvia conseguenza che, ove manchi o sia viziato il consenso “informato” del paziente – e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità – il trattamento sanitario risulterebbe di per sé invasivo rispetto al diritto della persona di scegliere se, come, dove e da chi farsi curare.

Ed è proprio in quest’ultima prospettiva che assume uno specifico risalto la normativa – ampiamente evolutasi nel corso del tempo – elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica. Infatti, per un verso, la normativa deontologica chiarisce la portata del “circuitto informativo” che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso. Dall’altro lato, essa è destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono le linee-guida circa i trattamenti di diagnosi e cura per il medico, la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale.

Infatti, a seguito della Convenzione di Oviedo, anche il Codice deontologico – approvato dal Consiglio nazionale della Federazione Italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri il 3 ottobre 1998 – ha proceduto ad una revisione del concetto di consenso informato, ed ha elaborato una sua definizione più in linea con i parametri interpretativi suggeriti dalla Convenzione: una definizione profondamente innovativa rispetto ai principi enunciati nel precedente codice deontologico del 1995. L’art. 30 del nuovo Codice, infatti, ha previsto che il medico debba fornire al paziente “la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate”. Dietro esplicita richiesta del paziente, inoltre, il medico dovrà fornire tutte le ulteriori informazioni che gli siano richieste.

L’art. 32 del codice deontologico, a sua volta, ha stabilito che il medico non debba intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l’acquisizione del consenso informato del paziente; con l’ulteriore necessità della forma scritta per la manifestazione di tale consenso, nell’ipotesi in cui la prestazione da eseguire comporti possibili rischi per l’integrità fisica del soggetto. L’art. 34, infine, ha stabilito che il “medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e del-

l'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona”.

Questi principi sono stati ribaditi nel successivo Codice deontologico, approvato dalla Federazione il 16 dicembre 2006, ed il cui art. 35 conferma, appunto, che il “medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente”. La norma aggiunge – ad ulteriore conferma del principio della rilevanza della volontà del paziente, come limite ultimo dell'esercizio della attività medica – che “in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona”.

* * *

Mi sembra giusto concludere questa riflessione – dedicata al significato della salute nel contesto della nostra Costituzione, e destinata a contribuire alla celebrazione del centesimo anniversario della istituzione degli Ordini dei medici – proprio con il richiamo alla prospettiva deontologica. Essa, infatti, richiamando esplicitamente, fra l'altro, la dignità professionale del sanitario (così l'articolo 34 citato), si collega esplicitamente alla pari dignità sociale (sancita dall'articolo 3 della Costituzione) ed al rispetto della persona (cioè alla dignità del destinatario della terapia): così da cogliere tutta la potenzialità e al tempo stesso la concretezza di quell'“alleanza terapeutica” che è, oggi, uno dei modi più significativi per guardare al valore e alla responsabilità della professione del medico.

La pari dignità di entrambi i protagonisti dell'“alleanza terapeutica” – il medico e il malato (non il “paziente”) – mi sembra infatti in grado di riassumere tutti i valori che vengono in considerazione quando si parla di salute: l'eguaglianza, l'identità personale, la libertà, la solidarietà; e di esprimere quindi il profondo significato costituzionale e, prima ancora, umano, che la salute e la sua tutela assumono nella nostra Costituzione.