MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

**AUTODETERMINAZIONE DEL PAZIENTE,
OBIEZIONE DI COSCIENZA E OBBLIGHI DI
SERVIZIO PUBBLICO: BREVI CONSIDERAZIONI
SULLA STRUTTURA DEL DIRITTO ALLA SALUTE**

**THE RIGHT TO PATIENT SELF-DETERMINATION,
CONSCIENTIOUS OBJECTION AND PUBLIC-SERVICE
OBLIGATIONS: SOME REFLECTIONS ON THE
STRUCTURE OF THE RIGHT TO HEALTH**

SINTESI

L'articolo ha ad oggetto il tema del diritto alla salute e dei conseguenti oneri organizzativi che gravano sulla amministrazione sanitaria. In particolare, l'attenzione è rivolta a quelle prestazioni che riguardano le c.d. questioni eticamente sensibili, dall'interruzione volontaria di gravidanza alla richiesta di sospensione del trattamento sanitario, rispetto alle quali, a fronte della richiesta del paziente, l'operatore sanitario potrebbe sollevare obiezione di coscienza. Al riguardo, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, emerge la possibilità di considerare una diversa struttura del diritto alla salute, come diritto di libertà la cui realizzazione implica l'erogazione di una prestazione da parte del soggetto pubblico.

ABSTRACT

This article talks about the right to health and the consequent obligations that rest on sanitary administration. In particular, it focuses on all that issues that are considered as morally sensitive, like abortion or asking for stopping sanitary treatment, and when a patient ask for this treatment, the doctor may act as conscientious objector.

On this point, there's the possibility, as the case administrative and constitutional law established, that exist another different structure of the right to health, considered now as right of freedom that it's realized by the public subject's obligation.

PAROLE CHIAVE: diritto alla salute - obiezione di coscienza - obblighi di servizio pubblico

KEYWORDS: right to health - conscientious objection, public-service obligations

INDICE: 1. L'evoluzione del diritto alla salute e il ruolo della Corte costituzionale – 2. Autodeterminazione del paziente e disciplina di diritto positivo: la relazione di cura e il consenso informato – 3. Obblighi di servizio pubblico e obiezione di coscienza tra inizio e fine vita. – 4. Obiezione di coscienza e “dignità nel morire” – 5. Considerazioni conclusive: la salute come diritto.

*Ciascuno è l'unico autentico
guardiano della propria salute,
sia fisica sia mentale e spirituale.*

J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*,
trad. it. S. Magistretti, il Saggiatore, Milano, 1993, p. 26

1. L'evoluzione del diritto alla salute e il ruolo della Corte costituzionale.

Nella tradizionale dicotomia tra diritti di libertà e diritti sociali, il diritto alla salute assume un ruolo del tutto peculiare: la sua struttura incorpora le tensioni più significative dei diritti di libertà, che intersecano le problematiche connesse alla libertà personale e alla realizzazione della personalità dell'individuo, e le aspettative più rilevanti dei diritti sociali, intesi come diritti di prestazioni positive, che presuppongono uno sforzo organizzativo di cui deve farsi carico il soggetto pubblico. Qualificato dalla Costituzione come «*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*»¹, il diritto alla salute attraversa i passaggi cruciali dell'esistenza umana (dall'inizio, al fine vita); la sua tutela e garanzia condiziona in misura rilevante il pieno sviluppo della persona; e il grado di protezione che l'ordinamento riesce ad accordare riflette in misura considerevole il livello di trasformazione e di sviluppo di una società, grazie alle straordinarie opportunità e conquiste legate alla ricerca scientifica e al progresso tecnologico.

Consapevole della costante oscillazione del diritto alla salute tra libertà e prestazione, l'intervento del legislatore nazionale si è manifestato su entrambi i profili di tutela.

L'istituzione del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833) e la successiva riforma degli anni Novanta (d. lgs. 533/1992) hanno definito la struttura organizzativa dell'amministrazione sanitaria preposta all'erogazione delle prestazioni di cura, in attuazione di un ampio decentramento, che, soprattutto a partire dalla riforma del Titolo V della Costituzione, ha collocato l'organizzazione sanitaria e il diritto alla salute “nel crocevia” di due distinte forme di intervento: da un lato lo Stato, che provvede al finanziamento, dall'altro le Regioni, che erogano le prestazioni di cura².

Sul versante della tutela della salute come libertà, assume un rilievo centrale la disciplina sul consenso informato, che formalmente, e in termini generali, entra nel nostro ordinamento con la legge di ratifica della Convenzione di Oviedo³ (e oggi trova una compiuta disciplina nell'art. 1 della l. 22 dicembre

¹ Sulla nozione costituzionale del diritto alla salute, v. M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute, Dir. Cost.*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma 1991; cfr. inoltre B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, in particolare p. 120 e p. 131 a proposito del dibattito in assemblea costituente sull'introduzione dell'art. 32 Cost.

² L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *Federalismi.it*, 2017.

³ Il cui art. 5 prevede che «*un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non do-*

2017, n. 219), ma che in effetti già dagli anni Sessanta ha trovato specifiche formulazioni⁴, potendosi ricondurre la ratio all'art. 32 Cost., nella parte in cui vieta i trattamenti sanitari obbligatori, se non espressamente previsti dalla legge, ma ancor prima nell'art. 13 Cost., che, nella ricostruzione della Corte costituzionale, riconosce l'inviolabilità della persona «come "libertà", nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»⁵. Con più esplicito riferimento alle questioni c.d. eticamente sensibili, rimanendo nel campo della libertà di autodeterminazione del paziente come aspetto essenziale del diritto alla salute, la già richiamata disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 219/2017, c.d. DAT), è espressione della forma più estrema di libertà di cura e di non cura; come pure devono essere considerate, benché per profili diversi, la disciplina sull'interruzione volontaria di gravidanza (l. 22 maggio 1978, n. 194, c.d. IGV), da intendersi come una questione di salute della donna⁶, e la disciplina sulla procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40, c.d. PMA) a tutela delle scelte procreative della coppia. Infine, il quadro normativo nazionale si misura con le fonti sovranazionali, tra cui s'è già ricordata la Convenzione di Oviedo e deve ora aggiungersi la Convenzione EDU (e l'art. 2, in particolare, che qualifica il diritto alla vita), nonché la Carta dei diritti di Nizza: si tratta di atti normativi che arricchiscono il contenuto e la semantica dei diritti, consentendo di colmare quegli spazi lasciati vuoti dal legislatore nazionale⁷.

Nella composizione del contenuto e nella definizione dei contorni del diritto alla salute, nella sua multiforme struttura, il contributo della Corte costituzionale è stato fondamentale.

In primo luogo, nel sottolineare la dimensione legata all'esercizio delle libertà e nel tratteggiare l'essenza dei compiti organizzativi che gravano sul soggetto pubblico, la Corte ha individuato nella garanzia della dignità della persona una sorta di denominatore comune della tutela della salute, in modo da assicurarne le libertà e proteggerne l'intrinseca fragilità, in quanto "diritto finanziariamente condizionato". La garanzia della dignità della persona può essere intesa quale fondamento assiomatico dei diritti, secondo un criterio che, riprendendo una suggestione proposta da Nicolò Lipari, riprende l'identità dell'originario significato del termine assioma⁸.

po che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». La Convenzione di Oviedo è stata recepita in Italia recepita con l. 28/03/2001, n. 145.

⁴ E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, *Rivista AIC*, 2011.

⁵ Corte Costituzionale sentenza n. 471 del 1990 e sentenza n. 238 del 1996.

⁶ A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero del diavolo nei dettagli*, in *Medicina nei secoli*, 2016. In una diversa direzione T. PITCH, *Un diritto per due*, Milano, 1998, in particolare p. 83.

⁷ A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC*, 2011 in *Rivista AIC*, 2011.

⁸ «Il termine greco *ἀξίωμα*, che aveva all'origine il significato proprio di dignità (intesa come qualità,

Così formulato, l'intendimento emerge con tutta chiarezza in riferimento alla complessità dei rapporti tra potestà legislativa dello Stato e delle regioni. All'indomani della riforma del Titolo V, la Consulta ha chiarito che «*il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi 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*»⁹. In tempi più recenti, si è ribadito «*che il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale*». Tale principio vale non solo per le scelte dirette a limitare o a vietare determinate terapie, ma anche per quelle relative all'imposizione di taluni trattamenti sanitari. Se è vero che il «*confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia*», a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, «*deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili*»¹⁰.

Più in generale, la Corte ha contribuito all'inquadramento costituzionale dei diritti e delle pretese connessi alla garanzia della salute, precedendo in alcuni casi l'intervento legislativo, ovvero correggendone la traiettoria: è accaduto con riferimento alla disciplina della procreazione medicalmente assistita, rispetto alla quale il giudice delle leggi ha osservato che «*l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore», ma resta ferma «la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano*»¹¹.

Altrettanto significativo è il contributo legato alla definizione del consenso informato, inteso come «*l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico*»: la Corte ne ha affermato il fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, ponendo in risalto «*la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è*

pregio, valore elevato dell'essere umano), è venuto progressivamente assumendo quello che oggi assegniamo al lemma assioma (inteso come principio primo, enunciato evidente di qualunque procedimento argomentativo)», N. LIPARI, Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale, Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 851; sul concetto di dignità v. A. RUGGERI, Dignità versus vita?, cit.

⁹ Corte Costituzionale sentenza n. 338 del 2003, che richiama la sentenza n. 282 del 2002.

¹⁰ Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018 e 169 del 2017.

¹¹ Corte Costituzionale sentenza 162 del 2014; in senso analogo sentenza n. 347 del 1998, richiamata dalla stessa Consulta; sulla l. n. 40/2004, la Corte è intervenuta anche con la sentenza n. 96 del 2015.

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 al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»¹².

Infine, all'equilibrato intervento della Corte si deve ascrivere lo sforzo di introdurre una più compiuta disciplina in materia di eutanasia, che, nel perdurare dell'inerzia legislativa, tenesse conto della non più rinviabile esigenza di dar voce a un fondamentale diritto di autodeterminazione del paziente, in una con la necessità di assicurare la dovuta protezione ai soggetti più vulnerabili. Si tratta delle due recenti pronunce, tra loro collegate, attraverso le quali la Corte si è fatta carico del potenziale vuoto normativo derivante da un annullamento "secco" della norma ritenuta incostituzionale (che nella specie è l'art. 580 c.p., in tema di aiuto al suicidio) e ha offerto una sia pur temporanea soluzione, «*ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento*»¹³.

Proprio con riguardo a queste ultime questioni eticamente sensibili, e nell'impossibilità di indagare tutti i complessi profili del diritto alla salute e dei relativi spazi di tutela, è interessante soffermare l'attenzione su un aspetto particolare della delicata materia, legato al rapporto tra le libertà e l'autodeterminazione del paziente e i connessi obblighi di servizio pubblico che gravano sull'amministrazione sanitaria. La quale è tenuta altresì a garantire i più intimi convincimenti dei propri operatori, che eventualmente intendano prestare obiezione di coscienza, nei casi in cui la stessa sia consentita.

2. Autodeterminazione del malato e disciplina di diritto positivo: la relazione di cura e il consenso informato.

Nel tentativo di individuare il difficile crinale in cui l'amministrazione sanitaria si trova a operare, può essere utile qualche ulteriore considerazione sulla *ratio* del consenso informato che, nella prospettiva di rafforzare e proteggere il principio di autodeterminazione del paziente, ha accelerato un processo di trasformazione del diritto alla salute e della conseguente relazione di cura che lo connota: poiché solo a garanzia di questo principio di autodeterminazione del paziente, e nel rispetto della relazione terapeutica, può e deve essere assicurata l'obiezione di coscienza degli operatori sanitari.

Al di là di una specifica previsione normativa, capace di disciplinare compiutamente e in termini generali la disciplina del consenso informato, oggi contenuta nella legge del 2017, ma la cui radice, secondo Rodotà, può cogliersi

¹² Corte Costituzionale sentenza 438 del 2008.

¹³ Si tratta dell'ordinanza n. 207 del 2018 e della successiva sentenza n. 242 del 2019, entrambe sul c.d. caso Cappato, su cui ci si soffermerà *infra*.

già nel 'giuramento di Ippocrate' e più ancora nel c.d. codice di Norimberga¹⁴, il dibattito avviato nella seconda metà del Novecento segna, anzitutto, una presa di distanza dall'idea della salute intesa unicamente come integrità fisica, ovvero come "assenza di malattia", preferendosi ad essa una nozione ben più ampia, capace di abbracciarne una dimensione quasi immateriale, che include il benessere psichico e il grado di realizzazione sociale dell'individuo. Il processo di trasformazione è testimoniato dalla nozione di salute indicata dall'Organizzazione mondiale della sanità sin dal momento della sua istituzione nel 1948, che accoglie una nozione di salute intesa come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non soltanto assenza di malattia o di infermità". L'ulteriore passaggio registrato dalla dottrina attiene all'esigenza di armonizzare la nozione di salute e la correlata identità individuale del paziente, che si traduce nel principio di autodeterminazione del paziente¹⁵.

Il riferimento al benessere psico-fisico ed esistenziale della persona arricchisce la nozione costituzionale di salute e consente l'affermazione del paradigma consensuale, nell'ambito del rapporto medico-paziente: nella relazione di cura, che si fonda sulla necessaria garanzia del consenso informato, il medico deve assicurare l'autodeterminazione del paziente, anche nell'ipotesi in cui non ne condivida pienamente le ragioni e i potenziali esiti. L'approdo della giurisprudenza costituzionale si colloca nella direzione indicata: già la sentenza n. 238 del 1996 riconduce all'art. 13 il principio in base al quale nessuno può essere sottoposto ad un trattamento indesiderato, ancorché non invasivo (come il prelievo ematico), qualificando il diritto a non subire trattamenti sanitari non voluti come diritto inviolabile, che rientra «tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo»; in termini più espliciti la sentenza n. 438 del 2008 qualifica il consenso informato come «espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», riconoscendolo «quale vero e proprio diritto della persona», che 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».

In questo scenario, emerge come prioritaria la necessità di personalizzare le cure mediche, anche e soprattutto attraverso il coinvolgimento del paziente, lungo un processo che trasforma il contenuto e l'essenza stessa della relazione di cura: il malato non è più concepito come l'"oggetto" della prestazione sanitaria, destinatario delle cure mediche apprestate. Pur nella problematicità del rapporto, che sconta l'oggettiva difficoltà di una piena equiparazione tra il professionista e il soggetto che necessita della prestazione di cura, affiora il tentativo di «restituire soggettività al malato», proprio attraverso la regola del consenso informato, la cui funzione si palesa nell'esigenza di assicurare il pieno coinvolgimento del paziente¹⁶. Il malato diviene "soggetto" della relazione di cura ed esprime, per mezzo del consenso informato, la propria autodeterminazione

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Edizioni Laterza - Bari, 2012, p. 250 ss.

¹⁵ A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero del diavolo nei dettagli*, cit.

¹⁶ A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 457.

a ricevere (o non ricevere) le cure proposte, rafforzandosi in tal modo la dimensione relazionale tra medico e paziente.

Nel processo descritto si può cogliere l'abbandono di un approccio quasi paternalista, fondato sulla percezione di un malato destinatario di cure che altri, meglio di lui, avrebbero dovuto scegliere in suo luogo ed erogare in suo favore, che lascia spazio all'affermazione di una dimensione relazionale delle cure mediche, dove la condivisione del percorso terapeutico presuppone la necessità e la ricerca costante di un delicato equilibrio tra medico e paziente, per evitare il rischio opposto. E cioè che il malato, in quanto soggetto della relazione, possa spingersi a chiedere e pretendere qualsiasi prestazione sanitaria, anche quelle non ammesse: ipotesi oggi espressamente esclusa dal comma 6 dell'art. 1 della legge sulle DAT. Dal canto suo, il medico è tenuto al rispetto della volontà del paziente, eventualmente formulata nelle disposizioni anticipate di trattamento (secondo quanto prevede l'art. 4, comma 6, della stessa legge sulle DAT), potendo disattendere queste ultime solo in accordo con il fiduciario del malato e solo a condizione che «esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, comma 5)¹⁷.

Secondo una certa lettura, il necessario punto di equilibrio si dovrebbe cogliere nell'art. 32 Cost., che disegna la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute, ma prima ancora nei doveri di solidarietà che trovano riconoscimento nell'art. 2 della Carta costituzionale¹⁸.

Quanto finora osservato consente di sottolineare come, sotto il profilo organizzativo, tutti gli operatori del servizio sanitario nello svolgimento delle prestazioni erogate e a garanzia del diritto alla salute devono oggi misurarsi con una tassonomia dei diritti degli utenti, che non riguarda esclusivamente la cura di una malattia, ma coinvolge una pluralità di prestazioni: dal consenso informato, al tema della sicurezza delle cure o dei rischi legati alle “infezioni correlate all'assistenza” (c.d. ICA); sino ad abbracciare anche le esigenze di accoglienza del paziente, di ascolto delle sue richieste o necessità, di comprensione dei suoi bisogni. Si tratta di un complesso di adempimenti e di obblighi organizzativi che gravano sulla struttura nel suo insieme e sui singoli operatori sanitari, chiamati a mettere in campo un percorso di cura condiviso con il paziente e funzionale ad assicurare la tutela della salute, nel rispetto della persona e della sua dignità.

¹⁷ In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale, sentenza n. 144 del 2019.

¹⁸ A. NICOLUSSI, *op. cit.*, secondo cui «si tratta appunto di con-senso alla proposta terapeutica del medico; non di ribaltare il rapporto piegando l'attività medica a qualunque richiesta del paziente fino a trasformare il con-senso in un mono-senso. L'atto del consenso informato e il biotestamento vanno preservati dalla possibilità di essere strumentalizzati a un'operazione di decostituzionalizzazione, un'operazione cioè rivolta a sogggettivare ogni valore costituzionale. Invece, letto in un'ottica costituzionalmente orientata, il consenso informato non dissolve in senso puramente soggettivistico il concetto di salute cui l'attività medica è rivolta. L'art. 32 cost. prevede, invece, che la salute «è diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività» in linea con un pensiero fondante l'intera costituzione: i diritti inviolabili dell'uomo, a norma dell'art. 2 cost., sono posti in nesso di correlazione, come le due facce di una medaglia, con i doveri di solidarietà»; cfr. A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, cit.

È una relazione articolata, che spesso si aggrava della difficoltà di contemporaneamente e garantire anche la coscienza individuale del personale che opera nella struttura, laddove si debbano assicurare quelle prestazioni sanitarie che incrociano le c.d. questioni eticamente sensibili.

In termini più espliciti, nella complessa articolazione della relazione terapeutica che si è tentato di mettere in luce, si può verificare l'esigenza di assicurare un delicato momento di sintesi tra gli obblighi di servizio pubblico che gravano sull'amministrazione sanitaria e l'obiezione di coscienza che eventualmente può sollevare il singolo operatore sanitario, nelle materie connesse alle prestazioni sanitarie riguardanti l'inizio o il fine vita e che per ciò stesso presentano inevitabili risvolti etici.

3. Obblighi di servizio pubblico e obiezione di coscienza tra inizio e fine vita.

L'obiezione di coscienza evoca e ammette, nella sua struttura essenziale, l'idea del "sacrificio". Nel senso che, chi rifiuta di porre in essere un certo comportamento, in nome di un valore che secondo la propria coscienza e il proprio più intimo convincimento non può essere rinunciato, deve altresì accettare le possibili conseguenze negative a cui può andare incontro per essersi sottratto a quel comportamento, giacché, viceversa, rischierebbe di compromettere il carattere assoluto di quel valore, che ha posto a fondamento della propria obiezione. Nel più celebre esempio della letteratura greca, Antigone accoglie e invoca la morte, che le appare "bella" e sarà "un guadagno"¹⁹, pur di non obbedire al comando di Creonte che, contro la legge degli dèi, aveva imposto di negare la sepoltura al fratello Polinice.

Diversa prospettiva si ritrova nei moderni ordinamenti: la nostra Costituzione, anche grazie all'interpretazione della Corte costituzionale, si fa carico di sottrarre l'individuo a questo potenziale sacrificio, recuperando la necessità di assicurare protezione anche alla coscienza individuale, che già per Mill è «*la regione propria della libertà umana*»²⁰, attraverso la tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione. È questa l'essenza del percorso argomentativo che si coglie nella sentenza n. 467 del 1991, dove la tutela della coscienza individuale rappresenta una sorta di precondizione per la garanzia dei diritti fondamentali, poiché non potrebbe mai aversi un'effettiva garanzia di questi ultimi, senza che sia stabilita «*una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso*» e con i propri convincimenti più intimi. Se cioè la tutela dei diritti inviolabili è assicurata a ciascuno «*sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità*», la coscienza individuale consente quel processo creativo che rende possibile la manifestazione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, in quanto tale e nell'ambito della sua vita di relazione. In tal modo, «*essa gode di una*

¹⁹ SOFOCLE, *Antigone*, trad. M. Cacciari, Einaudi, Torino, 2007, p. 6 e 15.

²⁰ J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 25.

protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi, in una dimensione che assicura la tutela della libertà di coscienza attraverso la garanzia delle libertà fondamentali, dalle libertà religiose, alla libertà di manifestazione del pensiero, saldandone il contenuto essenziale alla necessaria tutela della dignità della persona umana che “circonda” diritti e libertà. In questa prospettiva la Corte ammette l'obiezione di coscienza, intesa come la possibilità che, senza arrecare pregiudizio «al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale», la tutela della libertà di coscienza possa comportare, «in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili».

Nella definizione dei contorni e delle modalità di realizzazione, nonché di tutela, della libertà di coscienza, rimane fermo il principio in base al quale l'eventuale obiezione di coscienza può essere esercitata nella misura in cui sia espressamente prevista dalla legge: sul presupposto che, pur se costituzionalmente protetta, essa non deve essere obbligatoriamente consentita, ma il suo esercizio è rimesso alla prudente discrezionalità del legislatore. In ambito sanitario, ai sensi del primo comma dell'art. 9 della legge n. 194/1978, può prestare obiezione con preventiva dichiarazione, il personale medico e sanitario coinvolto nelle procedure per l'interruzione della gravidanza; così come l'art. 16 della l. n. 40/2004 consente l'obiezione da parte del personale chiamato a prestare assistenza negli interventi di procreazione medicalmente assistita.

A proposito dell'interruzione volontaria di gravidanza, il tema dell'obiezione di coscienza ha sollevato non pochi problemi sotto il profilo organizzativo, legati alla circostanza per cui, com'è noto, in presenza un elevato numero di personale obiettore, le prestazioni sanitarie connesse all'IGV rischiano di divenire impossibili²¹. Nella complessa materia, in cui si incrociano i diritti delle pazienti a esigere la prestazione sanitaria e le libertà del personale medico di sollevare obiezione di coscienza, un ruolo determinante va riconosciuto alla giurisprudenza ordinaria e amministrativa, che ha consentito di circoscrivere il perimetro del ricorso all'obiezione, pur rimanendo ancora insolte alcune questioni funzionali ad assicurare la prestazione sanitaria, in presenza di personale obiettore. Anche perché, la ricerca di un'ottimale gestione delle risorse umane sconta un'evidente difficoltà, imputabile alla disciplina del settore e strutturalmente legata al fatto che il medico obiettore, che si astiene dallo svolgimento della prestazione per ragioni di coscienza, non è tenuto, perché la legge nulla dice al riguardo, allo svolgimento di un'altra prestazione.

Con specifico riguardo all'obiezione disciplinata dall'art. 9 della l. n. 194/1978, va menzionato l'orientamento della Corte di Cassazione penale, che ha condannato per omissione di atti di ufficio con conseguente interdizione

²¹ E, infatti, il Comitato Europeo, in relazione al Reclamo collettivo n. 87 del 2012 promosso dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network*, ha riconosciuto che l'Italia non assicura, come prescrive l'art. 9 della legge n. 194, l'accesso al trattamento interrottivo della gravidanza.

dall'esercizio della professione medica una ginecologa, la quale, avendo sollevato obiezione, si era rifiutata di prestare assistenza a una paziente che necessitava di cure a seguito di un'interruzione di gravidanza di tipo farmacologico. Nel caso di specie, i giudici hanno ritenuto che l'obiezione di coscienza possa essere sollevata con riferimento all'attività di somministrazione del farmaco, in quanto direttamente causativa dell'effetto interruttivo della gravidanza, ma non può essere opposta dal medico per le attività di assistenza conseguenti e successive all'intervento abortivo²².

Nella stessa direzione si pone l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, in merito alla disciplina dell'art. 5 della l. 194/1978, secondo cui «quando il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza»²³. Il problema, in tal caso, ha riguardato la necessità di verificare se, e in quale misura, il diritto di obiezione di coscienza possa essere riconosciuto anche al personale dei consultori, che svolge delle prestazioni prodromiche all'intervento abortivo, per valutare la legittimità delle scelte organizzative dell'amministrazione, tenuta ad assicurare la prestazione sanitaria richiesta. In particolare, la vicenda è scaturita dalla decisione della Regione Puglia di emanare un bando di concorso, per attività consultoriali, riservato a medici non obiettori, in considerazione dell'impossibilità delle strutture sanitarie di erogare le prestazioni di assistenza (con specifico riguardo a un paio di comuni, nei cui consultori i medici avevano prestato obiezione di coscienza) e, conseguentemente, della necessità di garantire il diritto delle pazienti all'interruzione volontaria di gravidanza. Il T.A.R. Puglia, pur ammettendo la portata "espulsiva" e potenzialmente discriminatoria della clausola di riserva, attraverso la quale l'amministrazione intendeva selezionare soggetti non obiettori di coscienza, ha precisato il ruolo e l'apporto dei medici all'interno dei consultori, superando ogni equivoco o ambiguità sulle ragioni di coscienza che eventualmente possano impedire l'erogazione della prestazione²⁴. Anticipando l'orientamento già riferito della Cassazione penale, il giudice amministrativo ha affermato che la qualifica di obiettore o non obiettore nei consultori è "assolutamente irrilevante", dal momento che al loro interno non si pratica materialmente l'interruzione della gravidanza. Nei consultori, prosegue il TAR, si svolge solo attività di assistenza psicologica, di informazione e di consulenza per le gestanti e, laddove siano esercitate funzioni riconducibili alla specializzazione ginecologica, si tratta di prestazioni che esulano dalla procedura abortiva. Da

²² Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 14979.

²³ La norma prevede poi che, «con tale certificato la donna stessa può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare la interruzione della gravidanza. Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatole ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate».

²⁴ T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477.

questa premessa discende dunque che «la presenza teorica di soli obiettori all'interno del Consultorio [...] appare irrilevante ai fini di una corretta doverosa applicazione della l. n. 194», giacché in questi presidi l'obiezione non può essere correttamente esercitata, dovendo essere assicurato l'ascolto e l'assistenza alla paziente che richieda le prestazioni funzionali e antecedenti un'interruzione di gravidanza.

L'intervento del giudice amministrativo non si ferma qui. Consapevole delle difficoltà pratiche connesse all'elevato numero di medici obiettori presenti nei consultori, che potrebbe frustrare le aspettative di cura delle pazienti, lasciando inadempiti gli obblighi di servizio pubblico gravanti sulle strutture sanitarie, il T.A.R. si spinge a consigliare la formulazione di un bando che, nel rispetto del principio di uguaglianza, riservi la metà dei posti disponibili a ciascuna delle categorie di medici, obiettori e non obiettori.

A ben vedere, però, anche questa non sembra una soluzione al problema, perché sposta i termini della questione su un diverso piano: è cioè possibile che il personale assunto all'interno di una delle due "quote" (e, in particolare, il medico assunto perché non obiettore) decida, dopo l'assunzione, di cambiare idea. L'ipotesi è già stata ammessa dalla Corte Costituzionale nella richiamata sentenza n. 467 del 1991, dal momento che il diritto a sollevare obiezione deve necessariamente incorporare anche il diritto a modificare il proprio convincimento e, specularmente, la tutela della libertà di coscienza deve sempre consentire, nel rispetto degli obblighi previsti dalla legge e del corretto funzionamento del servizio pubblico, la possibilità di sollevare obiezione di coscienza in ogni tempo.

In realtà, a volere trovare la sintesi di quanto finora detto, le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza penale e amministrativa lasciano intendere la necessità di limitare il diritto all'obiezione di coscienza a segmenti ridotti dell'intera procedura da porre in essere nel caso in cui una donna richieda assistenza per un'interruzione di gravidanza. Ed è in questi termini che l'obiezione di coscienza è disciplinata dall'art. 16, comma 3, della l. n. 40/2004, in tema di procreazione medicalmente assistita, laddove è espressamente esclusa la possibilità di prestare obiezione di coscienza con riferimento all'assistenza "anteriore o conseguente l'intervento".

Con il che, sembra potersi affermare che il punto di equilibrio, tra la richiesta di prestazione da parte della paziente, l'obiezione del personale sanitario e i conseguenti obblighi organizzativi gravanti sulla struttura, vada ricercato nel riconoscimento di un diritto a sollevare obiezione riferito esclusivamente a quelle prestazioni di cura che determinano l'effetto interruttivo della gravidanza (ovvero l'intervento di procreazione medicalmente assistita). Dovendo invece rimanere esclusa tale possibilità con riguardo a quella quota di attività che precede tali prestazioni (come le attività svolte nei consultori, in caso di IGV), ma soprattutto con riferimento alle attività successive, rispetto alle quali il rifiuto di cura per ragioni di coscienza può gravemente compromettere la salute della paziente (come nel caso delle attività di 'secondamento', conseguenti, per definizione, al trattamento interruttivo della gravidanza).

Basterebbe, forse, questo elemento di buon senso per ridurre, quantomeno sotto il profilo quantitativo, il numero del personale obiettore e consentire una più adeguata risposta alle richieste di cura e assistenza delle pazienti: non foss'altro che perché, riprendendo quanto detto in apertura, anche il ricorso massivo all'obiezione di coscienza, come la relativizzazione del valore in nome del quale si invoca la propria libertà di coscienza, rischia di indebolire le ragioni stesse su cui l'obiezione si fonda.

4. Obiezione di coscienza e “dignità nel morire”.

Tra le questioni eticamente sensibili, un'attenzione particolare è stata rivolta già da tempo alla scelta autodeterminista del malato, che decide di “congedarsi dalla vita”.

Le vicende degli ultimi anni, complice una comunicazione mediatica quanto mai sintetica ed essenziale, sono accomunate dall'esser divenute “casi” (così il caso Welby, il caso Englaro, sino al più recente caso Cappato) e pongono un interrogativo rispetto al quale, a differenza di altri quesiti della coscienza, ciascuno di noi può essere chiamato a rispondere. Se, infatti, le questioni legate all'interruzione volontaria della gravidanza, come alla procreazione medicalmente assistita, nonostante intercettino anch'esse temi eticamente sensibili di inizio e fine vita, possono astrattamente riguardare solo una quota della popolazione, il problema della “dignità nel morire” coinvolge quasi inesorabilmente, sia pure con intensità e sensibilità diverse, un'intera comunità.

Il tema è carico di una irriducibile complessità che ne consente un approccio differenziato, per le evidenti implicazioni etiche e filosofiche, la necessaria sistematizzazione giuridica, le strette relazioni sul piano sociologico e le doverose valutazioni mediche e scientifiche. In questo scenario si incrociano opposte visioni che a loro volta rimandano a quelli che Giovanni Fiandaca definisce gli “orizzonti assiologici” che si confrontano, assai spesso, in quasi tutte le questioni eticamente sensibili: la visione più conservatrice, che risente di condizionamenti anche religiosi, per la quale l'uomo, parafrasando Dworkin, non ha il dominio della propria vita, cui si contrappone una concezione liberal, per rimanere con Fiandaca, che tende a valorizzare la necessaria libertà di autodeterminazione del soggetto, anche e soprattutto rispetto alla proprie scelte di vita e di non vita²⁵.

In questo contesto, in un certo senso già culturalmente pronto ad accoglierne le implicazioni, si collocano le pronunce della Corte Costituzionale, n.

²⁵ R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad. it. di C. Bagnoli, ed. Comunità, 1993, il quale, nello scenario così sintetizzato, prova a tracciare una terza via, quella di un'interpretazione laica della sacralità della vita, perché: «lasciar morire una persona in un modo che altri approvano, ma che essa considera in orribile contraddizione con la sua vita, è una forma di tirannia odiosa e distruttiva», p. 300. Sull'approccio liberal v. G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *disCRIMEN*, 2020; per una diversa lettura del principio di autodeterminazione C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1037.

207 del 2018 e n. 242 del 2019, in tema di eutanasia: esse costituiscono, per certi versi, l'approdo di un percorso già avviato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, la quale in più occasioni ha dovuto affrontare il vuoto di disciplina e dare una risposta alle esigenze di tutela rappresentate dai malati ormai giunti ad una fase terminale della propria esistenza. Anche se, va detto, le due decisioni non hanno accertato la liceità penale dell'aiuto al suicidio in base a una causa di giustificazione «*connessa a un diritto del malato*», *ma hanno riconosciuto che la stessa condotta non sia più meritevole di punizione "per effetto di un avvenuto mutamento della sensibilità collettiva"*²⁶.

Ora, non potendo dar conto di tutti i principali passaggi del richiamato percorso giurisprudenziale che ha accelerato e agevolato questo "mutamento della sensibilità" dei più, anche perché non tutti conferenti rispetto al tema che ci occupa, sembra invece opportuno soffermarsi su un arresto della giurisprudenza amministrativa, che costituisce un interessante punto di osservazione, attraverso il quale provare a cogliere quel difficile equilibrio tra due posizioni contrapposte, entrambe espressione di una libertà di coscienza: la libertà di morire del paziente terminale, di fronte alla libertà di prestare obiezione del medico che lo assiste. Solo in un secondo momento si proverà ad affrontare, più in profondità, i temi posti dalle pronunce della Corte costituzionale.

Nella nota vicenda Englaro, riguardante la richiesta del padre di una giovane donna, nella qualità di tutore, di rifiutare i trattamenti sanitari di idratazione e alimentazione artificiale, che consentivano il perdurare di uno stato vegetativo permanente in cui da anni versava la figlia, il giudice amministrativo è intervenuto dopo che la Corte di Cassazione, con una pronuncia densa di implicazioni teoriche, aveva enucleato un principio di diritto in base al quale si autorizzava la "disattivazione del presidio sanitario" che teneva in vita la paziente²⁷. Nondimeno, la competente amministrazione regionale ha opposto l'impossibilità, per la struttura sanitaria presso la quale la paziente era ricoverata, di procedere in senso conforme alle richieste del tutore, con ciò obbligando quest'ultimo a portare la questione alla cognizione del giudice amministrativo.

Gli argomenti addotti dall'amministrazione regionale occupavano essenzialmente l'impegno organizzativo della struttura sanitaria e l'apporto individuale del personale medico: nel primo caso, secondo la regione, ogni struttura sanitaria è preposta alla "presa in carico" di un paziente sul piano diagnostico e assistenziale, inclusa l'idratazione e l'alimentazione artificiale per i malati terminali; conseguentemente, il personale medico non avrebbe potuto procedere alla disattivazione del presidio sanitario, secondo le richieste del tutore della paziente, se non al prezzo di venir meno ai propri obblighi professionali e di servizio. Il provvedimento regionale è stato qualificato come vero e proprio "atto di ribellione" dal ricorrente, in considerazione dell'ordine giudiziario al quale l'amministrazione sanitaria avrebbe dovuto conformarsi, ed è stato censurato dal giudice amministrativo, sia in primo grado, sia in appello, con argomenta-

²⁶ Così ancora G. FIANDACA, *op.cit.*

²⁷ Corte Cass., sez. I, n. 21748 del 2007.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

zioni che, come detto, offrono un'articolata riflessione sulla complessa vicenda, individuando anche dei punti di riferimento rispetto alla difficoltà di delineare i contorni di una relazione terapeutica, quando la richiesta del paziente sia quella di "congedarsi dalla vita".

In particolare, il Consiglio di Stato ha posto alcune questioni fondamentali.

Anzitutto, l'idratazione e l'alimentazione artificiale sono qualificate come trattamento sanitario, con ciò anticipando la normativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento; in secondo luogo, la richiesta di sospensione di tali mezzi di sostentamento vitale non è da intendersi come eutanasia, ma rappresenta unicamente la manifestazione di una *«scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia sino alla morte»*. Per questo, l'amministrazione regionale avrebbe dovuto individuare la struttura sanitaria, munita di adeguati strumenti e presidi tecnologici, nonché del personale competente, e idonea ad accogliere la richiesta della paziente, poiché *«l'accettazione presso la struttura sanitaria pubblica non può essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale»*. Nella prospettiva indicata, il giudice amministrativo sottolinea come un'equilibrata relazione di cura implichi la necessità che le ragioni del medico, laddove riguardanti l'esigenza di assolvere i propri obblighi professionali e di servizio, non possano prevalere sulla scelta di autodeterminazione del malato, poiché altrimenti si avrebbe un'intollerabile compressione della libertà di cura del paziente. Si giunge così ad affermare che il rispetto della scelta del malato, che richiede la sospensione del trattamento sanitario, non è solo manifestazione di una corretta e virtuosa alleanza terapeutica, ma costituisce un *«preciso adempimento di un più generale dovere solidaristico, che impone all'Amministrazione sanitaria di far cessare tale trattamento, senza cagionare sofferenza aggiuntiva al paziente»*.

Il percorso argomentativo si chiude con accurate e puntuali indicazioni sulla possibile obiezione di coscienza: in merito alla quale, fermo restando il principio generale, secondo cui l'obiezione di coscienza deve essere prevista dalla legge, in assenza di una specifica disciplina (lacuna che, nel caso di specie e all'epoca, riguardava tutta la materia e non solo la garanzia della libertà di coscienza del personale sanitario), nel rispetto del foro intimo della coscienza dei soggetti coinvolti, rimane ferma *«la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del soddisfare officio»*. E rimane al contempo esclusa la possibilità che, a prestare obiezione, sia la struttura nel suo complesso, in persona del legale rappresentante, in quanto l'obiezione si deve fondare su un intimo convincimento del singolo e non può essere riferita a una struttura organizzativa, la quale al contrario è tenuta ad assicurare e garantire la doverosità della prestazione richiesta.

Gran parte delle indicazioni offerte dal Consiglio di Stato ha trovato un riscontro, a distanza di anni, nella legge sulle disposizioni anticipate di trattamento.

Nelle poche disposizioni che compongono l'articolato normativo, come già notato, vi è la qualificazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale

come trattamento sanitario; è accolta la necessità che il servizio sanitario assicuri il pieno rispetto della libertà di autodeterminazione del malato, ammettendo anche la sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale, in quanto, appunto, trattamenti sanitari; è riservato alle strutture del servizio sanitario nazionale l'onere di prendere in carico i pazienti che rifiutino la prosecuzione delle cure, al fine di assicurare l'effettiva formazione di un'adeguata volontà di non cura, anche a tutela della fragilità e vulnerabilità dei pazienti coinvolti, inclusi eventualmente i soggetti incapaci. Infine, con buona probabilità, la legge aderisce anche a quella parte del ragionamento del giudice amministrativo, dove si esclude che la richiesta di sospensione di un trattamento sanitario, ivi inclusa la nutrizione e idratazione artificiale, costituisca una forma di eutanasia, c.d. passiva, anche quando dalla sospensione dovesse derivare un esito fatale per il paziente: e conseguentemente non è contemplata, nella legge, la possibilità per il personale sanitario di sollevare obiezione di coscienza.

La richiesta di interruzione delle cure, pur potendo incrociare le questioni del fine vita, con indubbe ripercussioni sul piano etico, costituisce l'estrema manifestazione della libertà di autodeterminazione del malato che, nel perimetro dell'alleanza terapeutica, chiede "di assecondare il naturale decorso della malattia". Si tratta di una scelta rispetto alla quale il medico è tenuto ad assicurarne la libera formazione e a garantirne il rispetto, senza che vi siano margini per imporre la prosecuzione del trattamento, che rischierebbe di comprimere la libertà di non cura del paziente, e senza che residui uno spazio per dar voce alla propria coscienza e prestare obiezione, dovendo semmai predisporre, per espressa previsione di legge, un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione delle cure palliative per alleviare le sofferenze del malato.

Il passo per giungere alle anticipate sentenze della Corte costituzionale, sul c.d. caso Cappato, è stato breve, quantomeno sul piano temporale.

Di fronte alla decisione dell'esponente radicale di autodenunciarsi, per avere aiutato un paziente tetraplegico, ma capace di intendere e di volere, a recarsi in Svizzera per ricevere assistenza al suicidio, la Corte di Assise di Milano ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., che prevede il reato di aiuto al suicidio. Nell'ordinanza n. 207 del 2018, con una soluzione innovativa, mai sperimentata prima, la Corte ha rappresentato la necessità di intervenire nella complessa materia, osservando come la possibile declaratoria di incostituzionalità della norma sia da ricondursi a quella categoria di persone che, per la particolare condizione nella quale si trovano, necessitano dell'assistenza di un terzo per "congedarsi dalla vita"; e, tuttavia, la stessa Corte ha denunciato anche il rischio di un vuoto di disciplina prodotto da una pronuncia di illegittimità costituzionale della norma in discorso, che aprirebbe scenari incontrollati, nei quali chiunque, non necessariamente personale qualificato, potrebbe offrire, anche in contesti privati, per finalità diverse, assistenza al suicidio a favore di soggetti vulnerabili, senza aver accertato la loro capacità di autodeterminazione ovvero il carattere irreversibile della patologia da cui sono affetti. Per questo, la Corte conclude auspicando *«una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vul-*

nerabilità», e che possa regolamentare i diversi profili coinvolti, «come, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura». Da qui la necessità di dare tempo al legislatore per pronunciarsi sulla questione e conseguente rinvio di un anno dell'udienza, per la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale: nel perdurante silenzio del legislatore, la Corte è nuovamente intervenuta, a un anno di distanza, con la sentenza n. 242 del 2019.

Stavolta, il giudice delle leggi ha affrontato il caso, mantenendo ferma la consapevolezza del vuoto normativo che una pronuncia di accoglimento avrebbe potuto generare: ha cercato, così, di circoscrivere l'ambito di applicazione della depenalizzazione dell'aiuto al suicidio, riuscendo a ritagliare, attraverso un'attenta analisi della normativa vigente, uno spazio necessario per la erogazione della relativa prestazione da parte del personale medico. In primo luogo, riprendendo i passaggi della precedente ordinanza, la Corte ha individuato i soggetti destinatari della pronuncia, ammettendo l'aiuto al suicidio nei riguardi di «una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli». E per non esporre i pazienti più vulnerabili così individuati al rischio di un'incontrollata espansione di quei soggetti disposti, per svariate ragioni, ad assicurare forme di assistenza al suicidio, nel solco della precedente pronuncia, affida alle strutture sanitarie del servizio sanitario nazionale la competenza a eseguire le prestazioni necessarie di fine vita. In tal modo, individua, negli art. 1 e 2 della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento, i riferimenti normativi per fondare la relazione terapeutica tra medico e paziente e acquisire la determinazione del paziente a non volere più prolungare la propria esistenza, indicando i comitati etici territorialmente competenti quali soggetti terzi che devono formulare il parere preventivo, ai fini della maggior tutela e garanzia dei pazienti che chiedono le prestazioni sanitarie di assistenza al suicidio.

Infine, è rimessa alla volontà del singolo medico la scelta «se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato». Dunque, nessun obbligo per il medico di accogliere la richiesta di un malato ad essere accompagnato nel suo cammino verso il fine vita e nessun obbligo, apparentemente, a carico della struttura sanitaria. L'effetto delle due pronunce sembra essere solo quello di depenalizzare la condotta del singolo: il medico, che dovesse aiutare il malato, affetto da una patologia irreversibile, a concludere il proprio percorso di esistenza in vita, non è punibile per il reato di aiuto al suicidio. La scelta del medico, come quella del paziente, è una scelta libera, che risponde al foro intimo della coscienza. Non essendoci l'obbligo di assecondare la richiesta del malato, non c'è la necessità di tutelare la coscienza individuale del medico.

Rimane, tuttavia, aperta la questione dei compiti che gravano sulla struttura: perché se è vero che non può parlarsi di un obbligo di servizio pubblico

ad assicurare ed eseguire la richiesta di assistenza al suicidio, ciò non significa che non si debbano garantire, in un coerente sviluppo della relazione terapeutica, delle prestazioni accessorie, prima fra tutte quella finalizzata all'accoglienza del paziente e al suo ascolto, nonché alla formulazione della diagnosi, per consentire la corretta formazione della volontà e dell'autodeterminazione del paziente in merito alla propria condizione di salute.

Se poi si spinge lo sguardo più in profondità, di fronte alla formazione di una scelta del malato orientata nel senso di chiedere assistenza al suicidio, potrebbero aprirsi scenari diversi.

La prima ipotesi è che la decisione del medico di non prestarsi alla richiesta del malato comporti la naturale interruzione della relazione di cura: come detto, la sentenza della Corte costituzionale non può avere l'effetto di produrre, a carico del personale medico come delle strutture ospedaliere, l'obbligo di erogare prestazioni sanitarie finalizzate ad assicurare l'assistenza al suicidio. Tali obblighi, però, potrebbero attivarsi se il medico decidesse di accogliere la richiesta del paziente, il cui compimento necessariamente deve essere assicurato all'interno di una struttura del servizio sanitario nazionale, secondo quanto stabilito dalla Corte: in tal caso, la struttura sanitaria dovrebbe garantire le ulteriori prestazioni finalizzate a sostenere il paziente, quali la richiesta di parere al comitato etico competente, ma soprattutto la predisposizione dei supporti tecnologici e dei presidi sanitari necessari per assistere adeguatamente il paziente al suicidio. E ancora: laddove, a fronte della libera opzione del medico di non assecondare la volontà suicida del paziente, questi decidesse di rivolgersi all'autorità giudiziaria per avere soddisfatta la propria richiesta, nulla esclude che il giudice adito possa accogliere l'istanza (come è avvenuto nel caso Englaro). Stavolta, la struttura sanitaria potrebbe trovarsi nelle condizioni di dovere ottemperare all'ordine di eseguire la prestazione sanitaria di assistenza al suicidio, oggetto di una condotta divenuta penalmente lecita a seguito dell'intervento della Corte. E si potrebbe trovare dinanzi alla difficoltà di dovere assicurare anche la libertà di coscienza del medico, che decide di prestare obiezione: ma, come chiarito dal Consiglio di Stato, pur nel rispetto dei più intimi convincimenti di tutti i soggetti coinvolti, rimane evidente *«la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del soddisfare officio»*.

Ciò che conta è assicurare le cure mediche *«in modo che chi le riceva non veda danneggiata la sua capacità del rispetto di sé, e d'altra parte chi le presta non sia sfruttato e discriminato per il solo fatto di esercitare questo ruolo»*²⁸: ed è forse superfluo aggiungere che, di fronte alla complessità degli scenari ipotizzati, l'intervento del legislatore non è più procrastinabile.

²⁸ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, trad. it. E. Greblo, Bologna, 2002, p. 84.

5. La salute come diritto.

La problematicità del quadro che si è provato a rappresentare meriterebbe uno sguardo più accurato, per metterne meglio a fuoco i profili più incerti. Nell'impossibilità di affrontare con adeguata profondità tutte le implicazioni teoriche e giuridiche che ne potrebbero scaturire, sembra però opportuno soffermare l'attenzione su alcune questioni di fondo, che in un certo senso hanno accompagnato le considerazioni sinora svolte.

All'interno di quella che, anche nel linguaggio della giurisprudenza, viene definita come l'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che consente a quest'ultimo di essere soggetto delle cure richieste (e non oggetto, o destinatario, di una prestazione sanitaria) e che impone alla struttura ospedaliera una pluralità di compiti organizzativi, la difficoltà di individuare la sintesi tra le diverse esigenze può essere aggravata dalla particolare delicatezza di alcune prestazioni, riconducibili come visto alle questioni eticamente sensibili: rispetto alle quali, accanto ai consueti compiti organizzativi, la struttura deve anche assicurare la facoltà dei propri operatori di prestare obiezione di coscienza.

Di fronte a queste ipotesi, alcuni interrogativi si prospettano in termini più evidenti.

Un primo dubbio può riguardare l'essenza delle prestazioni inerenti al tema dell'inizio e fine vita: possiamo dire di essere dinanzi a un nuovo diritto, cioè il diritto a morire o il diritto di aiuto al suicidio? D'accordo con una buona parte della dottrina, non pare che tale opinione possa essere condivisa. In primo luogo, perché mancherebbe il fondamento costituzionale di un diritto di assistenza al suicidio: la sentenza della Corte costituzionale non ha prodotto l'effetto di depenalizzare in termini assoluti la condotta di aiuto al suicidio, ma solo di non considerare come penalmente rilevante la medesima condotta, laddove sia rivolta a prestare assistenza al suicidio nei riguardi di una delimitata categoria di soggetti e in presenza di specifiche condizioni²⁹. In ogni caso, il catalogo dei diritti è già particolarmente ampio e si fa fatica a garantire quelli espressamente riconosciuti e ormai consolidati, per cui non sembra ragionevole ritenere che la configurazione di un nuovo diritto possa dare maggior forza argomentativa all'esposizione. Allo stesso modo, non convince l'idea che, in questa materia, esista un diritto all'obiezione di coscienza, cioè un diritto dell'operatore sanitario a "disobbedire alla legge" e a rifiutare le prestazioni richieste, fuori da un'esplicita previsione normativa: dal momento che, come s'è visto, la protezione della coscienza dei singoli deve essere assicurata nel rispetto della garanzia degli obblighi di servizio pubblico e pertanto necessariamente rimessa alla cauta ed equilibrata valutazione del legislatore³⁰.

Così ragionando, il diritto a ricevere o a rifiutare una certa prestazione

²⁹ Tra cui G. FIANDACA, op. cit.

³⁰ Sotto questo profilo, è ben diversa la categoria della "disobbedienza civile", come ad esempio concepita da Dworkin: il quale semmai ammette il diritto di un soggetto di disobbedire alla legge «ogniquale volta la legge limiti in modo ingiusto i suoi diritti contro il governo», R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. N. Muffato, Bologna, 2010, p. 279.

sanitaria, come pure il diritto a prestare obiezione a fronte di una richiesta di prestazione sanitaria che violi l'intimo foro della coscienza del medico, non si configurano come pretese autonome, essendo invece riconducibili, il primo, alla complessa e articolata struttura del diritto alla salute, il secondo, alla variegata modalità espressiva della libertà di coscienza.

Allora, quel che appare evidente è che le scelte di inizio e fine vita, nella complessità che si è provato a sintetizzare, costituiscono a loro volta manifestazioni evidenti della complessità del diritto alla salute. Anzi, nel tentativo di compiere un ulteriore passo in avanti, possono essere assunte come paradigma per un diverso modo di leggere il diritto alla salute: nel senso che ci troviamo di fronte a delle scelte di libertà che richiedono un obbligo di prestazione a carico dello Stato.

La possibilità di percepire la scelta di interruzione delle cure mediche nei termini così rappresentati è pressoché immediata: si tratta di una manifestazione di libertà del malato, riconducibile come detto all'art. 13 della Costituzione, prima ancora che all'art. 32, la cui realizzazione richiede l'intervento di una struttura sanitaria che, per il tramite di un suo operatore, eroghi la prestazione necessaria, disattivando i presidi che tengono in vita il paziente. Ma la medesima considerazione investe, sia pure in misura diversa, tutte le prestazioni riconducibili alle questioni eticamente sensibili, poiché in ciascuna di esse, dall'interruzione volontaria di gravidanza alla procreazione medicalmente assistita, come nell'ipotesi sospensione di trattamenti sanitari vitali, sino alla richiesta di aiuto al suicidio, il paziente dà voce a una propria scelta autodeterminista di libertà: secondo una visione che evoca l'idea di "libertà positiva" di Berlin e che lega il «senso "positivo" della parola "libertà"» alla ferma volontà dell'individuo di essere «padrone di se stesso»³¹.

Se si provasse ad allargare lo sguardo, probabilmente la riflessione potrebbe ricomprendere, più in generale, l'intera configurazione del diritto alla salute. Nel senso che la relazione di cura potrebbe averne modificato l'essenza di diritto sociale di prestazione, accentuando il profilo legato alla libertà di autodeterminazione del paziente di fronte alla quale esiste un dovere dello Stato a erogare le prestazioni sanitarie: per questa via, la relazione terapeutica, qualunque sia il contenuto della prestazione sanitaria richiesta, potrebbe comportare una riconsiderazione del diritto alla salute in termini di libertà la cui realizzazione implichi un dovere di prestazione a carico del servizio sanitario nazionale³². Così rappresentato il ragionamento si sviluppa però su un terreno più in-

³¹ «Il senso "positivo" della parola "libertà" deriva dal desiderio dell'individuo di essere padrone di se stesso. Voglio che la mia vita e le mie decisioni dipendano da me (...). Voglio essere strumento dei miei stessi atti di volontà (...). Voglio essere un soggetto, non un oggetto», I. BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, trad. it. M. Santambrogio, Milano, 1989, p. 197.

³² Rimarrebbe irrisolta, tuttavia, la nota obiezione di Hayek, per il quale i diritti sociali «rivendicano benefici particolari a cui ogni essere umano si presume abbia diritto, senza indicare chi incorra nell'obbligo di provvedere a tali benefici, o attraverso quale processo questo debba essere fatto. (...) naturalmente non ha senso descriverli come pretese nei confronti della "società", perché la "società" non può agire, pensare, valutare o "trattare" nessuno in modo particolare», se non a condizione di sostituire «l'ordine spontaneo chiamato società» con una

certo e scivoloso, ma soprattutto si espone al rischio di voler provare troppo, o troppo poco. Da un lato, infatti, senza volere ripercorrere il dibattito sulla nota conflittualità tra diritti di libertà e diritti sociali³³, per alcuni mai sopita³⁴, per altri già risolta³⁵, va riconosciuto lo sforzo della dottrina di andare oltre i termini del dibattito evocato, ammettendo per tutte le categorie di diritti la necessità di un fondamento costituzionale che ne imponga la garanzia e la tutela³⁶; dall'altro lato, tuttavia, proprio il rimando alla Costituzione svela l'intrinseca difficoltà di assicurare la protezione dei diritti sociali, qualificati dalla Corte Costituzionale come diritti condizionati alla disponibilità delle risorse finanziarie, in ragione dei pressanti vincoli di bilancio oggi formalizzati nell'art. 81 Cost.³⁷

«organizzazione diretta razionalmente», dove «il mercato come *cosmos* dovrebbe essere sostituito da una *taxis* in cui i membri dovrebbero fare ciò che è loro ordinato»; ma, conclude Hayek «parlare di diritti quando sono in gioco aspirazioni che soltanto un sistema consciamente diretto può soddisfare, non soltanto svia l'attenzione dalle determinanti effettive di quella ricchezza che si vorrebbe per tutti, ma anche sviscerisce il termine "diritto", il cui vero significato è molto importante preservare se si vuole mantenere una società libera»: da qui, per Hayek, il "miraggio" della giustizia sociale, F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. P.G. Monateri, Milano 1982, pp. 309-315.

³³ Su cui v. per tutti N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Milano, 1990, p. 73.

³⁴ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 755.

³⁵ V. AD ES. L. R. Perfetti, *I DIRITTI SOCIALI. SUI DIRITTI FONDAMENTALI COME ESERCIZIO DELLA SOVRANITÀ POPOLARE NEL RAPPORTO CON L'AUTORITÀ*, in *DIR. PUBBL.*, 2013, p. 61.

³⁶ Cfr. in tal senso, G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, 2016, p. 495.

³⁷ Già a partire dagli anni Novanta, la Corte costituzionale sostiene che il diritto a ottenere trattamenti sanitari «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'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», Corte Costituzionale sentenza n. 455 del 1990; il principio è stato poi ripreso nella sentenza n. 304 del 1994, secondo cui «al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari, essendo basato su norme programmatiche che impongono al legislatore un obbligo costituzionale all'attuazione della tutela della salute, 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 alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie»; più esplicitamente, nella sentenza n. 111 del 2005, si afferma che «l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario». Tuttavia, più di recente, la Corte ha assunto un orientamento diverso: così già nel 2016 si legge che «una volta normativamente identificato il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto fondamentale, esso non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali», conseguentemente, «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione», sentenza n. 275 del 2016; e nella sentenza n. 62 del 2020 si afferma che «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario».

Nondimeno, rimanendo all'interno dei confini sinora tracciati, che circondano le questioni eticamente sensibili dell'inizio e fine vita, si deve riconoscere la possibilità di un diverso modo di atteggiarsi del diritto alla salute, che diviene capace di esprimere, attraverso il principio di autodeterminazione, in queste materie particolarmente avvertito, un nucleo essenziale di libertà, la cui realizzazione implica non solo un dovere di astensione del soggetto pubblico, come nel caso del paziente che rifiuta un trattamento sanitario; ma passa attraverso un obbligo di prestazione a carico dello Stato, che ad esempio deve accogliere la richiesta del malato di disattivazione dei presidi che lo mantengono in vita, adoperandosi per alleviarne le sofferenze. E allora, quella iniziale dicotomia che connota il diritto alla salute, per cui esso assume talvolta le sembianze della più antica delle libertà, tradotta nell'*habeas corpus*, talaltra è invece il più importante dei diritti sociali, si traspone nelle materie di cui s'è detto, consentendo che la libertà di procreare, come quella di interrompere una gravidanza, ma anche la libertà di non cura, che si esprime nella manifesta volontà di sospensione di un trattamento sanitario, fino alla più sofferta richiesta di aiuto al suicidio, possano essere garantite attraverso una prestazione esigibile nei confronti del soggetto pubblico, per il tramite del servizio sanitario.

Cosicché, la garanzia di una *libertà* richiede l'erogazione di una *prestazione*.