**Autorità e libertà nelle decisioni sanitarie tra principio solidaristico e principio personalistico**

L’eterna dialettica tra autorità e libertà[[1]](#footnote-1) assume un rilievo centrale e ormai tutto nuovo nelle decisioni sulla salute, il cui fondamento riposa sul *consenso libero e informato* del paziente, ora riconosciuto solennemente dall’art. 1, comma 1, della l. n. 219 del 2017[[2]](#footnote-2).

Temi come il rifiuto delle cure, l’eutanasia, i trattamenti sanitari obbligatori e le vaccinazioni, la lotta contro la ludopatia vengono sempre più frequentemente all’attenzione del giudice costituzionale, del giudice ordinario e dello stesso giudice amministrativo, proprio per l’inscindibile legame tra l’autonomia del soggetto, nell’esercizio del diritto fondamentale del diritto alla salute, e i limiti posti dall’ordinamento e dal decisore pubblico a tutela della salute stessa quale interesse anche della collettività (art. 32 Cost.)[[3]](#footnote-3).

Emerge in tutta la sua viva tensione il rapporto tra il potere del soggetto sul sé e sul proprio corpo e l’intervento autoritativo del decisore pubblico in materia di diritto alla salute, nella forma del c.d. *biopotere.*

Sarebbe tuttavia quantomeno improprio impostare la questione nei termini, secchi e tradizionali, di una frontale contrapposizione tra *potere dell’io* e *biopotere*, tra un diritto mite, gentile, fatto di principi, per usare una celebre espressione, e un diritto ferreo, inflessibile, fatto di imposizioni, e non iniziare invece a leggerla nei termini anche essi non nuovi, ma quanto mai necessari perché costituzionalmente obbligati, del *rapporto tra principio personalistico e principio solidaristico* compendiati, come si vedrà, nel supremo valore della dignità umana spettante ad ogni singola, specifica, concreta, persona.

Ancor prima che sbocciasse «*la stagione costituzionale dei diritti sociali*», come è stato bene osservato, le più frequenti relazioni Stato/cittadino non erano già più quelle del tipo autorità/libertà, ma «*quelle prestazionali*»[[4]](#footnote-4), in cui la pubblica amministrazione non rivendica solo poteri, pur necessari, ma adempie obblighi essenziali nei confronti dei cittadini.

Ma la stagione costituzionale dei diritti sociali è ora sbocciata e conosce negli ultimi anni una grande fioritura normativa, come la più recente legislazione in materia sanitaria dimostra, a partire dalla già citata l. n. 219 del 2017.

Nella dinamica prestazionale, tipico dei diritti sociali e, in particolare, del diritto alla salute, a venire in rilievo è anzitutto, e per definizione, un profilo relazionale, è la persona, nella sua individualità, nella sua complessità, nella sua totalità, ad essere in discussione, ben al di là del binomio diritto/dovere, autorità/consenso, ciò che una moderna visione del diritto amministrativo, orientato al rispetto e all’attuazione dei principî costituzionali, non può più ignorare come non può non ignorare, e non ignora, il giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato, in particolar modo, si è occupato recentemente di questi delicati temi sia in sede consultiva che in sede giurisdizionale.

E proprio dall’attività consultiva del Consiglio di Stato, tanto rilevante sul piano dell’interesse generale e dello Stato-comunità anche in questa delicata materia, si possono prendere le mosse in questa breve analisi di problematiche così complesse.

Occorre anzitutto menzionare ed esaminare il parere n. 1991 del 31 luglio 2018, reso sui requisiti formulati dal Ministero della Salute sulla prevista istituzione, ai sensi dell’art. 1, comma 418, della l. n. 205 del 2017, della Banca dati nazionale destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento.

In questo parere la commissione speciale del Consiglio di Stato, in un essenziale inquadramento della materia, ha rilevato che il concetto di salute, oggi, non è più inteso esclusivamente «*come antitesi del concetto di malattia, ma assume, come rilevato dalla Corte di Cassazione, il significato più ampio di stato di completo benessere psico-fisico, parametrato e calibrato anche, e soprattutto, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, alle proprie concezioni di identità e dignità, nonché con un’idea della persona non accolta apoditticamente in astratto, bensì valutata giuridicamente nelle sue reali e concrete sfumature*»[[5]](#footnote-5).

Il Consiglio di Stato ricorda che il diritto alla salute, in linea di principio, è rimesso all’autodeterminazione del suo titolare e che i trattamenti sanitari sono liberi e che, in base all’art. 32, comma secondo, Cost., nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non nei casi stabiliti dalla legge.

I trattamenti sanitari obbligatori espressamente previsti dalla legge rappresentano, dunque, l’eccezione rispetto alla *libertà di cura e,* ora*, di non cura.*

Lo strumento – rileva ancora la commissione speciale – attraverso il quale il diritto alla salute si concilia con il diritto alla libertà di autodeterminazione è il consenso informato e, per prestare un consenso pienamente informato, l’interessato, capace di intendere e di volere, deve essere messo a conoscenza della patologia da cui è affetto, dei possibili effetti della malattia stessa, delle diverse opportunità terapeutiche e anche delle conseguenze e dei rischi di eventuali interventi terapeutici[[6]](#footnote-6).

Il lungo percorso del nostro ordinamento nell’affermazione del consenso informato, come ancora ricorda il Consiglio di Stato, è stato “segnato” dalle note vicende di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro e, infine, ha conosciuto nella l. 219 del 2017 una prima ed organica disciplina del consenso informato[[7]](#footnote-7).

Il parere n. 1991 del 2018 del Consiglio di Stato si sofferma, in particolare, sul bilanciamento tra la libertà del paziente e l’intervento del medico e si concentra soprattutto sul nuovo istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT).

L’istituto delle DAT consiste, in altri termini, nell’espressione della volontà della persona fisica maggiorenne che enuncia, in un momento in cui è capace di intendere e di volere, i propri orientamenti sul “fine vita”, in merito ai trattamenti sanitari, agli accertamenti diagnostici o alle scelte terapeutiche che intende o non intende accertare, volontà, queste, di cui il medico è tenuto al rispetto, secondo quanto previsto dall’art. 5, comma 4, della l. n. 219 del 2017, nell’ipotesi in cui sopravvenga la perdita della capacità di intendere e di volere e l’interessato non sia più in grado di esprimere le proprie determinazioni acconsentendo o non acconsentendo alle cure proposte[[8]](#footnote-8).

Posta di fronte alla «*complessità del quadro normativo*», la commissione speciale del Consiglio di Stato si fa carico, nell’interpretare le disposizioni della l. n. 219 del 2017, di rispondere ai quesiti posti dal Ministero della Salute e fornisce una interpretazione capace di superare le difficoltà applicative della l. n. 219 del 2017 e di non «*vanificare la rilevante portata innovativa delle relative disposizioni*»[[9]](#footnote-9).

Il Consiglio di Stato, in particolare, raccomanda di istituire una Banca dati nazionale delle DAT sulla base di tre concomitanti argomentazioni:

*1)* la considerazione secondo cui i registri regionali e comunali, previsti dalla l. n. 219 del 2017, sono meramente facoltativi[[10]](#footnote-10), mentre il registro nazionale dovrebbe svolgere l’importante compito di dare attuazione ai principî costituzionali raccogliendo le DAT e consentendo, in tal modo, di conoscerle a livello nazionale e di non restringerne la conoscibilità soltanto al luogo in cui sono state rese;

*2)* la considerazione secondo cui, potendo mancare i registri a livello regionale e comunale in quanto, appunto, facoltativi, si potrebbe dare vita ad un sistema incompleto e privo di utilità, essendo invece necessario un registro nazionale completo ed efficiente, al quale gli interessati possono direttamente trasmettere le DAT che hanno reso;

*3)* la terza, non meno importante, secondo cui, se il registro regionale può raccogliere solo le DAT degli iscritti al Servizio Sanitario Nazionale, l’unico modo per garantire gli stessi diritti fondamentali della persona umana anche a chi non è iscritto al Servizio Sanitario Nazionale è l’istituzione di un effettivo ed efficiente registro nazionale.

La risposta finale al quesito, insomma, è indirizzata nel senso che la Banca dati nazionale deve, su richiesta dell’interessato, poter contenere copia delle DAT stesse, compresa l’indicazione del fiduciario e l’eventuale revoca[[11]](#footnote-11).

È evidente nell’orientamento del Consiglio di Stato la preoccupazione di dare il massimo risalto al consenso espresso dal paziente mediante la più ampia conoscenza delle relative disposizioni garantito da un sistema di pubblicità nazionale.

Parimenti la medesima preoccupazione del Consiglio di Stato emerge anche nella risposta al quesito se le disposizioni anticipate di trattamento siano soggette ad un processo di standardizzazione, con la predisposizione di formulari, sia pure mediante l’ausilio di notai od ufficiali dello stato civile.

Sul punto la commissione speciale esprime il parere che, in via generale, «*vada mantenuta la possibilità di rendere le DAT senza un particolare vincolo di contenuto*» poiché «*l’interessato deve poter scegliere di limitarle solo ad una particolare malattia, di estenderle a tutte le future malattie, di nominare il fiduciario o di non nominarlo, etc.*»[[12]](#footnote-12).

Essa rileva, a questo proposito, come possa essere utile un atto di indirizzo, eventualmente adottato all’esito di un tavolo tecnico con il Ministero della Giustizia, il Consiglio nazionale del Notariato e il Ministero dell’Interno, che indichi alcuni contenuti che possono essere presenti nelle DAT, allo scopo di guidare gli interessati sulle scelte da effettuare.

Ma, conclusivamente, il Consiglio di Stato esclude «*la possibilità di prevedere una vera e propria standardizzazione delle DAT ai fini di conservazione elettronica*».

Anche sotto tale aspetto emerge il massimo riconoscimento, da parte del Consiglio di Stato, all’autonomia decisionale del paziente, che non deve essere imbrigliata entro schemi e formulari prestabiliti, aventi solo una mera funzione, a tutto concedere, di ausilio e di semplificazione nella redazione dell’atto.

Nello stesso senso sembra essersi orientato anche il Ministero dell’Interno che, nel dettare le prime istruzioni agli ufficiali dello stato civile, ha chiarito che «*l’ufficiale non partecipa alla redazione delle disposizione né fornisce informazioni o avvisi in merito al contenuto della stessa, dovendosi limitare a verificare i presupposti della consegna – con particolare riguardo all’identità ed alla residenza del consegnante nel comune – e a riceverla*»[[13]](#footnote-13).

L’operatività dei registri regionali e comunali per le DAT risulta ancora lenta e ancora poco diffusa tra i Comuni, a più di un anno dall’entrata in vigore della l. n. 219 del 2017, mentre va segnalato che di recente il Governo, con la legge di bilancio 2019, ha stanziato il ben modesto importo di € 400.000,00 per il finanziamento della manutenzione e della gestione della Banca dati nazionale destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento[[14]](#footnote-14), riducendo l’originaria previsione di 2 milioni di euro per il funzionamento della Banca dati.

Non vi è dubbio che l’informazione del personale medico, l’organizzazione delle strutture sanitarie e l’efficace approntamento dei registri giocheranno un ruolo fondamentale nella concreta attuazione delle nuove norme, a dimostrazione, ancora una volta, della strettissima, inestricabile, interrelazione tra diritti fondamentali ed organizzazione amministrativa[[15]](#footnote-15).

Il punto è stato più volte evidenziato, proprio in riferimento al diritto alla salute nella sua declinazione, in negativo, di rifiuto delle cure, dalle due note sentenze del Consiglio di Stato, la n. 4460 del 2014 e la n. 3058 del 2017, proprio relativamente al caso di Eluana Englaro.

Si rammenterà come con queste due pronunce il Consiglio di Stato, questa volta in sede giurisdizionale, abbia definitivamente ritenuto illegittimo il rifiuto opposto dalla Regione Lombardia alla richiesta, formulata dal tutore della ragazza, di indicare e predisporre una sanitaria struttura pubblica sanitaria, presso la quale potesse attuare il distacco del sondino nasogastrico al quale era stato autorizzato dal giudice tutelare, e così attuare il rifiuto delle cure voluto da Eluana Englaro.

Con una prima sentenza, nel 2014, il Consiglio di Stato ha infatti annullato il provvedimento regionale che aveva rifiutato di indicare una struttura ospedaliera pubblica, ove ricoverare la ragazza per attuare il distacco del sondino nasogastrico[[16]](#footnote-16), e con una seconda sentenza, nel 2017, ha condannato l’ente regionale a risarcire (anche) il danno non patrimoniale sofferto dalla paziente, per lesione del suo diritto alla salute, e dal genitore, per lesione del suo legame parentale, a cagione di tale illegittimo rifiuto[[17]](#footnote-17).

In queste pronunce non solo si delinea una visione nuova del rapporto tra cittadino e l’amministrazione “di prestazione”, evidenziandosi una stretta connessione tra il diritto alla salute e l’organizzazione del servizio sanitario che, per così dire, *simul stabunt, simul cadent*, per essere almeno parte di tale relazione e del suo contenuto inevitabilmente «*affidata alla relazione fra il titolare del diritto e l’amministrazione*»[[18]](#footnote-18) ma traspare anche, sul piano delle responsabilità che incombono alla pubblica amministrazione, una nuova concezione dei compiti assegnati all’amministrazione stessa, nel conseguimento di risultati fondamentali per la tutela della persona e la realizzazione della sua dignità.

Nella sentenza n. 3058 del 2017 il Consiglio di Stato, nell’interrogarsi sulla natura di questa responsabilità, ha affermato che l’interesse in gioco poteva essere inquadrato nella categoria degli interessi legittimi «*a risultato garantito*», non fosse altro per la ragione che la parte aveva titolo, all’esito del giudizio civile, all’ottenimento garantito del risultato al quale aspirava, conforme al diritto fondamentale riconosciutole[[19]](#footnote-19).

L’orientamento assunto anche in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato, conformemente, del resto, al quadro costituzionale e convenzionale in materia, muove nel senso di un pieno riconoscimento dell’autonomia decisionale del paziente nel rapporto di cura e fiducia – art. 1 della l. n. 219 del 2017 – instauratosi con il medico e la struttura sanitaria, in una visione di tale rapporto che, abbandonato l’antico schema del paternalismo medico, si fonda ora sull’alleanza terapeutica nella costruzione della decisione sanitaria assunta dal paziente.

Ma il margine di questa scelta, ha chiarito d’altro canto il Consiglio di Stato, non è illimitato perché la salute del paziente è, sì, diritto fondamentale dell’individuo, ma anche interesse della collettività, come espressamente prevede l’art. 32 Cost.

Il giudice amministrativo ha perciò sempre rifiutato una visione incondizionatamente individualistica, radicale, estrema del diritto alla salute e ha rammentato che, se esso incontra un limite, è proprio nell’interesse della collettività e nel principio solidaristico (art. 2 Cost.), altrettanto inviolabile per la nostra Costituzione, sì che la scelta sanitaria, di curarsi o, al contrario, di non curarsi, nel bilanciamento dei valori in gioco, non può recare nocumento o pericolo alla salute degli altri soggetti e, in particolar modo, dei soggetti più vulnerabili.

La tutela dei soggetti deboli, in nome di questo indeclinabile principio della solidarietà, opera quale limite al riconoscimento di un diritto assoluto alla salute, incompatibile con la gerarchia mobile dei valori, posta a base della nostra Costituzione, che ha, sì, al suo vertice la dignità della persona, ma non di una persona astratta, bensì della singola persona e, dunque, anzitutto di quella più debole e bisognosa di protezione, da parte dell’ordinamento[[20]](#footnote-20).

Insomma la scelta sulla propria salute fatta dal singolo, tendenzialmente inviolabile perché massima espressione della sua dignità, non può costituire una minaccia per un altro soggetto, se vulnerabile, e metterne a rischio la salute.

Questa minaccia costituisce il fondamento e il limite dell’intervento autoritativo in materia sanitaria in una società democratica, proprio in virtù del principio solidaristico.

L’obbligatorietà dei trattamenti sanitari (art. 32, comma secondo, Cost.), misura eccezionale nel nostro ordinamento rispetto alla libertà di cura o di non cura espressa dal consenso informato, non deve trovare solo una garanzia formale, a livello di fonte primaria, nella riserva di legge, ma anche e soprattutto un fondamento sostanziale, a livello costituzionale, nel principio solidaristico.

Non ci si riferisce solo al tema, sempre di grande attualità, dei trattamenti sanitari obbligatori sui pazienti psichiatrici, pure previsti dall’art. 32, comma secondo, Cost., con il loro tasso di coercizione sulla persona spesso elevatissimo[[21]](#footnote-21) e, talvolta, drammatico, come mostra il problema, sempre avvertito nella giurisprudenza penale, della c.d. contenzione meccanica sul paziente psichiatrico violento o pericoloso, per sé e per gli altri[[22]](#footnote-22).

Né si allude solo, come si dirà al termine di questa breve analisi, al rapporto tra diritto di non curarsi e aiuto al suicidio nel complesso percorso che dovrebbe condurre al riconoscimento dell’eutanasia, pure esaminato dalla Corte costituzionale nella recente ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018[[23]](#footnote-23).

Ci si riferisce qui in particolare al tema, di ancora maggior attualità, delle vaccinazioni obbligatorie, sulle quali è intervento di recente il legislatore con il d.l. n. 93 del 2017, conv. con mod. in l. n. 119 del 2017, che con un deciso – ma invero non inaspettato – cambio di rotta è passato dalla strategia della persuasione a quello della obbligatorietà per quanto attiene ad alcune tipologie di vaccinazioni[[24]](#footnote-24).

Il legislatore ha abbandonato insomma la logica della persuasione, della “spinta gentile” (c.d. *nudge*)[[25]](#footnote-25), per indirizzarsi a quella dell’obbligo in un panorama internazionale che vede alcuni ordinamenti privilegiare la tecnica del convincimento e altri, invece, quella dell’imposizione[[26]](#footnote-26).

È ben noto che il tema è stato indagato, e a fondo, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018[[27]](#footnote-27).

Il giudice delle leggi ha ritenuto compatibile con il quadro costituzionale l’intervento autoritativo del legislatore in questa materia e la ripristinata obbligatorietà delle vaccinazioni facendo leva, tra gli altri argomenti, proprio sulla considerazione per la quale il diritto alla salute incontra un limite nella tutela dei soggetti più deboli.

La Corte costituzionale ha osservato, anzitutto, che la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l’adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale.

Secondo i documenti delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali, infatti, l’obiettivo da perseguire in questi ambiti è la cosiddetta “immunità di gregge”, la quale richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute, non possono sottoporsi al trattamento preventivo.

Pertanto, in questo ambito, ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale e le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale, incluse quelle che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongono in rapporto di coessenzialità e necessaria integrazione con i principi di settore (sentenze n. 192 del 2017, n. 301 del 2013, n. 79 del 2012 e n. 108 del 2010).

Andando ancor più oltre, nel respingere le questioni di costituzionalità sollevate dalle Regioni in rapporto agli artt. 2, 3 e 32 Cost., la Corte ha chiarito che i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall’art. 32 Cost.), anche l’interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell’esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore.

Il contemperamento di questi molteplici principî lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell’obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l’effettività dell'obbligo.

Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell’esercizio delle sue scelte in materia.

La scelta del legislatore statale, tuttavia, non può essere censurata sul piano della ragionevolezza per aver indebitamente e sproporzionatamente sacrificato la libera autodeterminazione individuale in vista della tutela degli altri beni costituzionali coinvolti, frustrando, allo stesso tempo, le diverse politiche vaccinali basate sul solo metodo della persuasione, rivelatosi nel tempo insufficiente ad assicurare la c.d. copertura vaccinale e la citata “*immunità di gregge*”[[28]](#footnote-28).

Il legislatore infatti, nell’intervenire in una situazione in cui lo strumento della persuasione appariva carente sul piano della efficacia, ha reso obbligatorie dieci vaccinazioni o, meglio, ha riconfermato e rafforzato l’obbligo, mai formalmente abrogato, per le quattro vaccinazioni già previste dalle leggi dello Stato, e l’ha introdotto per altre sei vaccinazioni che già erano tutte offerte alla popolazione come “raccomandate”.

Indubbiamente, ha osservato la Corte costituzionale, il vincolo giuridico si è fatto più stringente.

Ciò che in precedenza era raccomandato, infatti, oggi è divenuto obbligatorio[[29]](#footnote-29).

Ma nel valutare l’intensità di tale cambiamento – ai fini del giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore con il d.l. n. 73 del 2017 e della conseguente compressione dell’autonomia regionale – occorre peraltro tenere presenti, secondo la stessa Corte, due ordini di considerazioni.

Il primo è che nell’orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici.

In ambito medico, infatti, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo, tanto che sul piano del diritto all’indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze, come la Corte stessa ha sancito nella sentenza n. 268 del 14 dicembre 2017[[30]](#footnote-30).

La tecnica della raccomandazione, ha rilevato la Corte in tale ultima sentenza, esprime «*una maggiore attenzione all’autodeterminazione individuale*» rispetto alla tecnica dell’obbligo, «*ma è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo*», in quanto sia l’obbligo che la raccomandazione hanno entrambi uno scopo essenziale nella profilassi delle malattie infettive e, cioè, «*il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale*»[[31]](#footnote-31)

In quest’ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l’autorevolezza propria del consiglio medico.

Il secondo ordine di considerazioni è che nel nuovo assetto normativo, basato sull’obbligatorietà (giuridica), il legislatore in sede di conversione ha ritenuto di dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con i cittadini basato sull’informazione, sul confronto e sulla persuasione.

In caso di mancata osservanza dell’obbligo vaccinale, infatti, l’art. 1 comma 4 del d.l. n. 73 del 2017, come convertito nella l. n. 119 del 2017, prevede un procedimento volto in primo luogo a fornire ai genitori (o agli esercenti la potestà genitoriale) ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e a sollecitarne l’effettuazione.

A tale scopo, infatti, il legislatore ha inserito un apposito colloquio tra le autorità sanitarie e i genitori, istituendo un momento di incontro personale, strumento particolarmente favorevole alla comprensione reciproca, alla persuasione e all'adesione consapevole.

Solo al termine di tale procedimento, e previa concessione di un adeguato termine, potranno essere inflitte le sanzioni amministrative previste, peraltro assai mitigate in seguito agli emendamenti introdotti in sede di conversione.

Nel presente contesto dunque, ha concluso la Corte costituzionale, il legislatore ha ritenuto di dover rafforzare la cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale e ha configurato un intervento non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche[[32]](#footnote-32).

Nulla esclude peraltro – secondo il giudice delle leggi – che, mutate le condizioni, la scelta possa essere rivalutata e riconsiderata.

In questa prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario, il legislatore – ai sensi dell’art. 1, comma 1-*ter* del d.l. n. 73 del 2017, come convertito – ha opportunamente introdotto in sede di conversione un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini e, segnatamente, di quelli elencati all’art. 1, comma 1-*bis*: anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella.

Questo elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota che la scelta legislativa a favore dello strumento dell’obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso.

Peraltro, osserva ancora la Corte, non si può fare a meno di rilevare che tale strumento di flessibilizzazione si applica solo a quattro dei dieci vaccini imposti obbligatoriamente dalla legge.

Analoghe variazioni nelle condizioni epidemiologiche, nei dati relativi alle reazioni avverse e alle coperture vaccinali potrebbero suggerire al legislatore di prevedere un analogo meccanismo di allentamento del grado di coazione esercitabile anche in riferimento alle sei vaccinazioni indicate al comma 1 dell’art. 1 (anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, antipertosse, anti *Haemophilus influenzae* tipo b).

La sentenza della Corte costituzionale ha offerto, con il suo inquadramento sistematico preciso e chiaro dei trattamenti sanitari obbligatori, un fondamentale contributo nella ricostruzione del rapporto tra autorità e libertà nelle decisioni sanitarie.

Meno noto è, però, che parallelamente – o, per la precisione, antecedentemente all’intervento della Corte (che, infatti, lo cita) – il Consiglio di Stato, ancora una volta in sede consultiva, era intervenuto anch’esso sul delicato tema delle vaccinazioni obbligatorie, richiesto di un parere da parte della Regione Veneto, e aveva anch’esso delineato ancora una volta, e chiaramente, il rapporto tra autorità e libertà in tema di decisioni sanitarie nel parere n. 2065 del 26 settembre 2017[[33]](#footnote-33).

La commissione speciale ha rilevato che la previsione della copertura vaccinale sia funzionale all’adempimento di un generale dovere di solidarietà che pervade e innerva tutti i rapporti sociali e giuridici.

Senza entrare in valutazioni di carattere epidemiologico che dovrebbero essere riservate agli esperti (e che certamente non spettano ai giuristi), il parere n. 2065 del 2017 del Consiglio di Stato ha ritenuto evidente – sulla base delle acquisizioni della migliore scienza medica e delle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali – che soltanto la più ampia vaccinazione dei bambini costituisca misura idonea e proporzionata a garantire la salute di altri bambini e che solo la vaccinazione permetta di proteggere, proprio grazie al raggiungimento dell’obiettivo della c.d. “immunità di gregge”, la salute delle fasce più deboli, ossia di coloro che, per particolari ragioni di ordine sanitario, non possano vaccinarsi[[34]](#footnote-34).

Porre ostacoli di qualunque genere alla vaccinazione, la cui “appropriatezza” sia riconosciuta dalla più accreditata scienza medico-legale e dalle autorità pubbliche, legislative o amministrative, a ciò deputate, può risolversi in un pregiudizio per il singolo individuo non vaccinato, ma soprattutto vulnera immediatamente l’interesse collettivo, giacché rischia di ledere, talora irreparabilmente, la salute di altri soggetti deboli.

Del resto lo stesso art. 32 della Costituzione enfatizza la dimensione solidaristica del diritto alla salute e il tema del possibile conflitto tra diritto individuale e interesse collettivo nell’ambito delle vaccinazioni obbligatorie è stato approfondito autorevolmente dalla Corte costituzionale nella propria giurisprudenza.

La Costituzione dunque, osserva il Consiglio di Stato nel citato parere n. 2065, contrariamente a quanto divisato dai sostenitori di «*alcune interpretazioni riduzionistiche del diritto alla salute*»[[35]](#footnote-35), non riconosce un’incondizionata e assoluta libertà di non curarsi o di non essere sottoposti trattamenti sanitari obbligatori (anche in relazione a terapie preventive quali sono i vaccini), per la semplice ragione che, soprattutto nelle patologie ad alta diffusività, una cura sbagliata o la decisione individuale di non curarsi può danneggiare la salute di molti altri esseri umani e, in particolare, la salute dei più deboli, ossia dei bambini e di chi è già ammalato.

Alla stregua dell’art. 32 Cost., come chiarisce ancora il Consiglio di Stato, la salute non è solo oggetto di un diritto, ma è anche un interesse della collettività; sicché, come ricordato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 218 del 2 giugno 1994, la tutela della salute implica anche il dovere dell’individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri.

Sulla base dell’art. 32 Cost., dunque, la copertura vaccinale può non essere oggetto dell’interesse di un singolo individuo, ma sicuramente è d’interesse primario della collettività e la sua obbligatorietà – funzionale all’attuazione del fondamentale dovere di solidarietà rispetto alla tutela dell’altrui integrità fisica – può essere imposta ai cittadini dalla legge, con sanzioni proporzionate e forme di coazione indiretta variamente configurate, fermo restando il dovere della Repubblica (anch’esso fondato sul dovere di solidarietà) di indennizzare adeguatamente i pochi soggetti che dovessero essere danneggiati dalla somministrazione del vaccino (e a ciò provvede la legge 25 febbraio 1992, n. 210) e di risarcire i medesimi soggetti, qualora il pregiudizio a costoro cagionato dipenda da colpa dell’amministrazione.

«*La mancata considerazione di siffatto dovere di solidarietà rischierebbe, peraltro, di minare alla base* – osserva a chiare lettere il Consiglio di Stato – *anche l’eguaglianza sostanziale tra i cittadini sulla quale poggia la stessa democrazia repubblicana, atteso che i bambini costretti a frequentare classi in cui sia bassa l’immunità di gregge potrebbero essere esposti a pericoli per la loro salute, rischi ai quali invece non andrebbero incontro bambini appartenenti a famiglie stanziate in altre parti del territorio nazionale*»[[36]](#footnote-36).

La discriminazione tra bambini e bambini, tra cittadini sani e cittadini deboli, non potrebbe essere più eclatante.

Il servizio sanitario e il servizio scolastico, da chiunque gestiti, debbono quindi garantire alti e omogenei livelli di copertura vaccinale in tutto il Paese, dal momento che la stessa ragion d’essere di tali servizi è quella di rendere effettivi, all’insegna del buon andamento amministrativo e della leale collaborazione tra i vari livelli di governo, i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione e, tra questi, in primo luogo il diritto alla vita e alla salute, quali indefettibili precondizioni per un pieno sviluppo della persona umana, pure in quella particolare formazione sociale che è la scuola.

L’art. 32 della Costituzione assegna alla Repubblica il compito, da attuare in via legislativa e amministrativa, di tutelare la salute.

Non confligge con il quadro appena delineato – e, anzi, lo rafforza – il principio di precauzione applicato al settore della salute[[37]](#footnote-37).

La Commissione speciale non ignora che in talune argomentazioni giuridiche dirette contro l’obbligo vaccinale ricorra sovente l’invocazione del suddetto principio.

Di esso però è offerta un’interpretazione secondo la quale, in sintesi, lo Stato dovrebbe astenersi dall’imporre l’obbligo vaccinale giacché le vaccinazioni implicherebbero un inevitabile rischio di reazioni avverse o di più gravi pregiudizi dell’integrità fisica dei soggetti vaccinati; in altri termini, sarebbe assente una condizione di c.d. “rischio zero”.

Ma, premesso che a nessuna condotta umana si correla un “rischio zero”, appare evidente, secondo la commissione speciale, che la riferita concezione del principio di precauzione impedirebbe in radice qualunque sviluppo delle scienze medico-chirurgiche (e di qualunque altra scienza).

Inoltre le tesi, che attribuiscono al principio una efficacia inibitoria e, per così dire, paralizzante, tendono a travisare il senso e il finalismo del principio di precauzione la cui dinamica applicativa, lungi dal fondarsi su un pregiudizio antiscientifico, postula più di qualunque altro principio del diritto una solida base scientifica.

Il principio di precauzione non vive, infatti, in una dimensione prevalentemente assiologica (esso cioè non presuppone una precisa scelta di valori-fine) né opera in un’unica direzione (segnatamente, in quella dell’interdizione delle decisioni pubbliche “rischiose”).

Al contrario, secondo il Consiglio di Stato, il principio di precauzione vige in una dimensione essenzialmente metodologica ed è bidirezionale.

«*Non a caso è stato sostenuto in dottrina che il principio di precauzione non offra “regole per decidere”, ma soltanto “regole per procedere”, poiché permette di individuare il percorso di procedimentalizzazione delle decisioni delle autorità pubbliche in situazioni di incertezza, consentendo una gestione collettiva del rischio*»[[38]](#footnote-38).

In altri termini, osserva il Consiglio di Stato, il principio di precauzione non obbliga affatto alla scelta del “rischio zero”, ma semmai impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l’individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile.

La selezione di tale soglia, tuttavia, può compiersi unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile.

E in tale prospettiva il principio di precauzione può, talora, condurre le autorità pubbliche a non agire oppure, in altri casi, può spingerle ad attivarsi, adottando misure proporzionate al livello di protezione prescelto e, cioè, adeguate rispetto alla soglia di pericolo accettabile.

La base scientifica del principio di precauzione rappresenta anche un presidio di garanzia della ragionevolezza delle scelte pubbliche e rafforza conseguentemente la *compliance* delle regole positive (su di esso fondate) che impongano obblighi di comportamento per i consociati.

«*La consapevolezza, invero, che il decisore pubblico sia tenuto a seguire una strategia valutativa (di* problem solving*) poggiante sulle verificabili e verificate acquisizioni della miglior scienza del momento (e sul rigore del relativo metodo) concorre ad escludere il sospetto di arbitrarietà inevitabilmente connesso a ogni epifania dell’autoritatività, specialmente quando quest’ultima si manifesti sotto forma di biopotere (ossia di esercizio della politicità, in questo caso estrinsecantesi in cogenza normativa, nella gestione del corpo umano)*»[[39]](#footnote-39).

A quello di precauzione si accompagna poi il principio di prevenzione, atteso che la massima efficacia della minimizzazione del rischio, nei sensi sopra indicati, si ottiene, in genere, attraverso un intervento sulle cause della possibile insorgenza del pericolo.

Ebbene, rileva ancora il Consiglio di Stato, non vi è dubbio che il sistema della vaccinazioni obbligatorie sia informato anche a questo principio giuridico, complementare a quello di precauzione e altrettanto rilevante.

Si deve qui evidenziare la centralità di queste considerazioni svolte dalla commissione speciale nel più volte citato parere n. 2065 del 26 settembre 2017 laddove la commissione stessa, nel valorizzare la declinazione solidaristica del principio di precauzione, ne sottolinea la indubbia valenza scientifica nella misura in cui esso poggia su solide basi scientifiche, ad escludere il sospetto di arbitrarietà inevitabilmente connesso, così si esprime il Consiglio di Stato, ad ogni “*epifania dell’autoritatività*”, specialmente quando quest’ultima si manifesti sotto forma di biopotere e, cioè, di esercizio della politicità, in questo caso estrinsecantesi in cogenza normativa, nella gestione del corpo umano.

L’intervento autoritativo in materia sanitaria e l’esercizio del c.d. *biopotere*, dunque, devono fondarsi su due presupposti:

*a)* l’uno, assiologico, rispondente al *principio di solidarietà*, che impone al decisore pubblico (legislatore o pubblica amministrazione) di intervenire a tutela di un interesse collettivo e di porre al riparo soggetti indifesi o più vulnerabili da scelte fatte dal singolo, in una prospettiva esclusivamente egoistica, che possono ledere o anche solo mettere in pericolo la salute degli altri;

*b)* l’altro, metodologico, rispondente ad *una legge di copertura scientifica*, che impone al decisore pubblico di adottare una misura razionale o quantomeno ragionevole, sindacabile dal giudice costituzionale a livello di normazione primaria o dal giudice amministrativo a livello di normazione secondaria o di singola decisione amministrativa, sulla base di canoni epistemologici che consentono di apprezzare, quanto ad attendibilità logica, la “tenuta” della decisione sul piano della discrezionalità tecnica.

Corollario evidente di questa impostazione, quale emerge dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, è quello secondo cui la discrezionalità tecnica nelle decisioni sanitarie, sia da parte del legislatore che da parte della pubblica amministrazione, è tutt’altro che insindacabile, ma anzi impone al giudice un attento sindacato, non solo mediante un pieno accesso ai fatti, ma anche con una piena applicazione delle leggi scientifiche.

La delicatezza di questo rapporto tra autonomia del singolo e tutela dei più deboli e del bilanciamento dei valori, ad esso sotteso, investe una tematica di grande attualità, come la lotta alla ludopatia.

La giurisprudenza, costituzionale e amministrativa, riconosce la legittimità dei regolamenti regionali e comunali che stabiliscono determinate distanze delle sale giochi da luoghi sensibili e/o limitano l’orario di accesso alle stesse sale giochi in alcune fasce orarie a tutela del diritto alla salute dei giocatori, soprattutto quelli più vulnerabili, e in applicazione del generale principio della precauzione.

Si possono menzionare tra le altre, quali esempi eloquenti di questo orientamento, le pronunce di Cons. St., sez. V, 8 agosto 2018, n. 4867 e di Cons. St., sez. V, 6 settembre 2018, n. 5237[[40]](#footnote-40).

Il Consiglio di Stato ribadisce, costantemente, la legittimità delle misure adottate, in sede regionale e comunale, per limitare l’accesso alle sale da gioco a tutela della salute dei soggetti più vulnerabili ed esposti al rischio della ludopatia.

Sul delicato tema della lotta contro la ludopatia, peraltro, non si può non menzionare la recentissima sentenza n. 27 del 27 febbraio 2019 della Corte costituzionale[[41]](#footnote-41), che – nel riconfermare quanto statuito con la precedente sentenza n. 108 del 2017 – ha nuovamente sottolineato le finalità di carattere socio-sanitario di discipline regionali – nel caso di specie quella abruzzese – recanti limiti di distanza dai luoghi sensibili, ascrivibili quindi alla materia della «*tutela della salute*», così come presupposto, d’altronde, dallo stesso art. 7, comma 10, del d.l. n. 158 del 2012.

Inoltre, ha osservato ancora il giudice delle leggi, la pianificazione prevista dalla legislazione statale non costituisce una previa condizione necessaria per l’intervento delle Regioni, poiché la mancanza del decreto attuativo di tale pianificazione non può avere l’effetto di paralizzare sine die la competenza legislativa regionale, che si può esercitare nel rispetto dei principî fondamentali desumibili dalla legislazione statale.

I più recenti interventi regolatori confermano tale assetto.

In particolare, in data 7 settembre 2017 è stata siglata in Conferenza unificata l’intesa prevista dall’art. 1, comma 936, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*», volta alla definizione delle caratteristiche dei punti di vendita ove si raccoglie gioco pubblico, nonché dei criteri per la loro distribuzione e concentrazione territoriale, al fine di garantire i migliori livelli di sicurezza per la tutela della salute, dell’ordine pubblico e della pubblica fede dei giocatori e di prevenire il rischio di accesso dei minori di età.

L’intesa fa esplicitamente salve le vigenti disposizioni regionali e comunali, ove recanti *standard* più elevati di tutela, con la possibilità, per le Regioni e gli enti locali, di dettare anche in futuro nuove discipline più restrittive[[42]](#footnote-42).

Sebbene tuttora non recepita dal decreto del Ministro dell’economia e delle finanze previsto dalla legge n. 208 del 2015, tale intesa è stata espressamente richiamata dalla successiva legge 27 dicembre 2017, n. 205, («*Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*»), che all’art. 1, comma 1049, stabilisce che le Regioni adeguino la propria legislazione a quanto sancito dalla stessa.

Il quadro normativo e giurisprudenziale, dunque, consente espressamente alle Regioni di intervenire prevedendo distanze minime dai luoghi sensibili per l’esercizio delle attività legate ai giochi leciti, anche individuando luoghi diversi da quelli indicati dal d.l. n. 158 del 2012, come convertito.

L’inclusione delle caserme militari tra i luoghi sensibili, osserva in modo significativo la Corte, non è estranea a tali finalità.

Le caserme, infatti, sono destinate all’addestramento e all’alloggio dei militari, in particolare e nella maggior parte dei casi dei giovani che svolgono la precipua formazione in tale campo.

Si tratta, quindi, senz’altro di peculiari centri di aggregazione di soggetti che ben possono considerarsi più esposti ai rischi legati ai giochi leciti.

Inoltre, nella misura in cui le caserme militari siano adibite anche ad attività operative nei confronti del pubblico, le stesse si configurano altresì come luoghi di aggregazione in cui possono transitare soggetti in difficoltà, che cercano tutela e protezione (si pensi a chi denunci un reato contro la persona o il patrimonio), quindi potenzialmente più esposti a quei fenomeni di debolezza psichica su cui s’innesta la ludopatia.

Il legislatore abruzzese, in conclusione, è certamente intervenuto nell’ambito della materia «*tutela della salute*», senza invadere la competenza esclusiva dello Stato, con una disciplina che appare altresì non irragionevole, poiché le caserme militari presentano caratteristiche idonee a essere qualificate come luoghi sensibili.

Si comprende bene, secondo la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 27 del 2019, come il legislatore regionale o le singole amministrazioni a livello locale, proprio a tutela dei soggetti più deboli, possano disporre limiti persino all’esercizio di attività ludiche e della stessa attività imprenditoriale.

La concezione solidaristica della salute opera qui non solo più in riferimento alle decisioni sanitarie, ma più in generale alla stessa sfera di libertà del singolo, dispiegando pienamente il proprio raggio operativo in ogni settore della vita privata, anche quale limite all’iniziativa economica privata (art. 41 Cost.).

L’autonomia del singolo e la tutela della collettività devono trovare un ragionevole bilanciamento nel ponderato esercizio della discrezionalità tecnica, sia a livello legislativo che amministrativo.

Questo ragionevole bilanciamento, nell’ottica della gerarchia mobile dei valori, trova uno snodo fondamentale nella recente ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018 sul c.d. caso di Fabiano Antoniani (dj Fabo), che vede imputato per aiuto materiale al suicidio, previsto dall’art. 580 c.p., Marco Cappato[[43]](#footnote-43).

È significativo che il giudice delle leggi, nell’affrontare la delicata questione della liceità penale del c.d. aiuto al suicidio assistito.

La legge n. 219 del 2017, ha ribadito la Corte nel valorizzare al massimo grado la portata della riforma sul consenso informato, riconosce ad ogni persona «*capace di agire*» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale (art. 1, comma 5).

L’esercizio di tale diritto viene inquadrato dalla Corte costituzionale, sulla scorta della l. n. 219 del 2017, nel contesto della «*relazione di cura e di fiducia*» – la cosiddetta alleanza terapeutica – tra paziente e medico, che la legge mira a promuovere e valorizzare, relazione «*che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l’autonomia decisionale del paziente e la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico*», e che coinvolge, «*se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell’unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo*» (art. 1, comma 2).

È in particolare previsto che, ove il paziente manifesti l’intento di rifiutare o interrompere trattamenti necessari alla propria sopravvivenza, il medico debba prospettare a lui e, se vi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze della sua decisione e le possibili alternative, e promuovere «*ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica*».

Ciò, ferma restando la possibilità per il paziente di modificare in qualsiasi momento la propria volontà (art. 1, comma 5).

In ogni caso, il medico «*è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo*», rimanendo, «in conseguenza di ciò, […] esente da responsabilità civile o penale» (art. 1, comma 6).

Integrando le previsioni della legge 15 marzo 2010, n. 38 (“*Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*”)[[44]](#footnote-44) – che tutela e garantisce l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore da parte del paziente, inserendole nell’ambito dei livelli essenziali di assistenza – la legge n. 219 del 2017 prevede che la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere associata alla richiesta di terapie palliative, allo scopo di alleviare le sofferenze del paziente (art. 2, comma 1).

Lo stesso art. 2 stabilisce inoltre, al comma 2, che il medico possa, con il consenso del paziente, ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari.

Tale disposizione non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l’idratazione o l’alimentazione artificiali: «*scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte*», come pure ricorda la Corte costituzionale nell’ordinanza n. 207 del 2018.

La legislazione oggi in vigore non consente, invece, al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte.

In tale modo si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care.

Se, come osserva ancora la Corte, il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in «*un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale*».

Quanto, poi, all’esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti.

Ma, osserva ancora il giudice delle leggi, è anche «*agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall’ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l’interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione*»[[45]](#footnote-45).

La Corte, proprio in nome di una saggia, ponderata, applicazione combinata del principio personalistico e del principio solidaristico, ripudia insomma una nozione di diritto rigido, di protezione assoluta e incondizionata della vita, di una ferrea e indiscriminata protezione del soggetto che lo tiene schiavo del suo corpo contro la sua stessa concezione di sé e della propria dignità.

Entro lo specifico ambito considerato – e in questo sta il fondamentale principio di civiltà giuridica affermato dalla Corte costituzionale nell’ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018 – «*il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un’unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con la conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive*» (art. 3 Cost.)[[46]](#footnote-46).

Al riscontrato *vulnus* ai principi sopra indicati, la stessa Corte costituzionale ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, mediante la sola, mera, estromissione dall’ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l’aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte.

Una simile soluzione «*lascerebbe* […] *del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi*»[[47]](#footnote-47).

In assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull’effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell’irreversibilità della patologia da cui sono affetti.

Il timore di una china scivolosa (c.d. *slippery slope*)[[48]](#footnote-48) induce la Corte ad evitare una immediata declaratoria di incostituzionalità dell’art. 580 c.p., in riferimento alla condotta di aiuto materiale al suicidio, in attesa di un intervento legislativo frutto di un adeguato bilanciamento tra i contrapposti valori in gioco.

La Corte non può non farsi carico delle conseguenze che potrebbero verificarsi lungo questa china scivolosa, anche allorché sia chiamata, come nel caso che vede imputato Marco Cappato, a vagliare la incompatibilità con la Costituzione esclusivamente di una disposizione di carattere penale.

Una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, è suscettibile peraltro, rileva ancora l’ordinanza n. 207 del 2018, di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali, 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.

Di grande rilievo è, nella prospettiva della Corte, l’esigenza di sottoporre il percorso eutanasico ad un processo di medicalizzazione e una procedimentalizzazione, ad opera auspicabilmente al solo Servizio Sanitario Nazionale, in modo da poter verificare la volontà del paziente, di supportarlo nell’attuazione della sua scelta, di erogargli le cc.dd. cure palliative e la terapia del dolore, attinenti a livelli essenziali di assistenza che devono essere uniformi sull’intero territorio nazionale, di garantire l’eventuale obiezione di coscienza al personale sanitario coinvolto.

La stretta interrelazione tra il riconoscimento in via legislativa anche di questa frontiera avanzata del diritto alla salute e l’organizzazione del servizio sanitario emerge chiaramente in alcuni significativi passaggi motivazionali dell’ordinanza n. 207 del 2018.

Una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, secondo la Corte, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all’art. 580 c.p., inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della «*relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico*», opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima.

Dovrebbe essere valutata, infine, l’esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell’applicazione pratica della futura disciplina – l’opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti «*il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua*», ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l’impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 - sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza.

Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente.

I delicati bilanciamenti indicati dalla Corte costituzionale restano però affidati, in linea di principio, al Parlamento, poiché la Corte ha ritenuto proprio compito quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principî costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti.

La Corte costituzionale ha, perciò, lasciato il compito e lanciato il monito al Parlamento di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità – ferma restando l’esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati nella stessa ordinanza n. 207 del 2018 – e ha fatto leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale disponendo il rinvio del giudizio in corso e fissando, come noto, una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all’udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l’eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela.

La soluzione della Corte si fa carico, in definitiva, di preoccupazioni analoghe a quelle che hanno ispirato la Corte Suprema canadese, allorché ha dichiarato, nel 2015, l’illegittimità costituzionale di una disposizione penale analoga a quella ora sottoposta allo scrutinio, nella parte in cui tale disposizione proibiva l’assistenza medica al suicidio di una persona adulta capace che abbia chiaramente consentito a por fine alla propria vita, e che soffra di una patologia grave e incurabile che provoca sofferenze persistenti e intollerabili[[49]](#footnote-49).

In quell’occasione, come ricorda pure la Corte costituzionale, i supremi giudici canadesi stabilirono di sospendere per dodici mesi l’efficacia della decisione stessa e poi, con una successiva proroga, per altri quattro proprio per dare l’opportunità al Parlamento di elaborare una complessiva legislazione in materia, evitando la situazione di vuoto legislativo che si sarebbe creata in conseguenza della decisione (Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*, 2015, CSC 5).

Nel delicato bilanciamento dei valori in gioco, dunque, la Corte costituzionale ha reputato doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale.

È ben evidente nel ragionamento della Corte come il principio dell’autodeterminazione terapeutica possa trovare un limite, nel nostro ordinamento, solo nel valore solidaristico che impone di tutelare la libera e consapevole scelta di rifiutare le cure da parte dei soggetti più vulnerabili in modo che essa non sia strumentalizzata per fini estranei a quello, unico e inviolabile, di dare voce alla loro dignità anche nelle decisioni attinenti al c.d. fine vita.

Spetta al legislatore il delicato bilanciamento tra questi due principî che vedono nel diritto della salute un diritto fondamentale dell’individuo, da un lato, ma anche un interesse della collettività (art. 32 Cost.).

Può qui veramente dirsi che il rapporto dialettico tra libertà e autorità nelle decisioni sanitarie e, quindi, il potere del soggetto sul sé e il biopotere attinga nella pronuncia della Corte costituzionale, che si pone in un atteggiamento di attesa verso il futuro (anzitutto legislativo), il proprio limite estremo e, nel contempo, la frontiera più avanzata.

Segno, questo, del perenne dilemma che anima questa materia che, movendo dalla tradizionale antitesi tra autorità e libertà, mostra invece tutta la sua complessità, radicantesi nella struttura stessa dell’essere umano, e si dibatte, da un lato, tra l’irrinunciabile riconoscimento del *principio personalistico* e, dall’altro, il pure irrinunciabile riconoscimento del *principio solidaristico[[50]](#footnote-50)* che solo nel superiore valore della dignità umana, della *dignità della singola persona*, non di un soggetto astratto, ma della persona in carne ed ossa, con le sue contraddizioni e sofferenze, nella sua insostituibile individualità, nell’affermazione della sua volontà ma anche nel suo bisogno di protezione, rinviene la sua sintesi al vertice della gerarchia dei valori fondativi, riconosciuti e tutelati dalla nostra Costituzione.

Il doveroso riconoscimento dell’autonomia individuale in materia di decisioni sanitarie, anche quelle estreme che preludono alla morte, e la riaffermata centralità del consenso informato, quale massima espressione della dignità umana, hanno nella tutela dei soggetti più deboli il loro limite naturale, connaturato ad un ordinamento democratico fondato sul principio solidaristico, affinché non vada smarrita «*la consapevolezza delle connessioni tra diritti e doveri che la Costituzione allestisce quali condizioni per un esercizio responsabile della libertà e per evitare che questa si riduca a rivendicazionismi individualistici*»[[51]](#footnote-51).

Ciò non solo per evitare, in certe circostanze (si pensi al caso delle vaccinazioni) che soggetti più vulnerabili siano lesi dalla scelte egoistiche di altri, più forti, ma anche e soprattutto per evitare in altre circostanze (è il caso dell’eutanasia), come ha evidenziato la Corte costituzionale nella sentenza n 207 del 2018, che gli stessi soggetti più vulnerabili siano chiamati a prendere le proprie scelte nella solitudine esistenziale di una condizione drammatica, dovuta non tanto alla gravità della malattia e all’acuirsi della sofferenza, quanto piuttosto all’emarginazione da parte di una società distratta e all’abbandono da parte di uno Stato indifferente, venuto meno al suo obbligo solidaristico.

**Massimiliano Noccelli**

Consigliere di Stato

25 marzo 2019

1. Sul rapporto tra autorità e libertà v., tra gli altri, le considerazioni di B. Sordi, *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità e libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, pp. 11-17. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sulla l. n. 219 del 2017 esiste ormai una letteratura sterminata. V., tra gli altri contributi, P. Borsellino, *“Biotestamento”: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Fam. e dir.*, 2018, 8-9, p. 789 e ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. L’implicazione tra diritti fondamentali ed esercizio del potere pubblico nella organizzazione amministrativa e il conseguente radicamento della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali avanti al giudice amministrativo è stata di recente indagata, tra gli altri, da L. Tarantino, *Il giudice amministrativo al cospetto dei diritti fondamentali*, in *Urb. e app.*, 2018, 6, p. 735 e ss. e, in particolare, pp. 742-743. [↑](#footnote-ref-3)
4. Così B. Sordi, *Al di là del nesso autorità e libertà*, cit., p. 13. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cons. St., comm. spec., 31 luglio 2018, n. 1991/2018 (in affare n. 1298/2018), in *Foro amm.*, 2018, 7-8, pp. 1236-1243. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cons. St., comm. spec., 31 luglio 2018, n. 1991/2018, cit., p. 1237. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sul tema v. di recente M. Foglia, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, p. 2; G. Ferrando, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, p. 47 e ss. e F. Casonato, *I limiti all’autodeterminazione individuale al termine dell’esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, pp. 3-24. Di estremo interesse anche la lettura di M. Piccinni, *Decidere per il paziente:* rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 7-8, p. 1118 e ss., a commento della recente ordinanza del Trib. Pavia, 24 marzo 2018, *ibidem*, pp. 1128 e ss., che ha sollevato questione di costituzionalità rispetto alle previsioni dell’art. 3, commi 4 e 5, della l. n. 219 del 2017 in rapporto agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sull’istituto delle disposizioni anticipate di trattamento v. M. Ramuschi, *Le disposizioni anticipate di trattamento alla luce della L. n. 219/2017*, in *Famil.*, 2018/2, 133 e ss., che ricorda come le disposizioni anticipate non siano propriamente un testamento, ai sensi dell’art. 587 c.c., bensì un atto unilaterale *inter vivos*, tipico, avente ad oggetto sia la designazione di un soggetto autorizzato ad assumere talune decisioni in materia sanitaria sia il contenuto di tali decisioni. Sulla l. n. 219 del 2017 v. anche M. Bianca, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famil.*, 2018/1, p. 109 e ss. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cons. St., comm. spec., 31 luglio 2018, n. 1991/2018, cit., p. 1238. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sull’esperienza dei registri comunali e provinciali dei testamenti biologici v., tra gli altri, E. Stradella e F. Bonaccorsi, *L’esperienza dei Registri delle Dichiarazioni anticipate di Trattamento sanitario tra linee guida e prospettive di regolazione del fine vita*, in A. D’Aloia (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, p. 320 e ss. Sulla questione v., di recente, N. Vettori, *Diritti della persona e amministrazione pubblica*, Torino, 2017, p. 158 e ss. la sentenza della Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262, in *Foro it*., 2017, I, col. 439 e ss., che ha annullato le l. reg. Friuli-Venezia Giulia 13 marzo 2015, n. 4 e 10 luglio 2015, n. 16, le quali hanno istituito un registro regionale volto a raccogliere le dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario, nonché contestualmente le eventuali disposizioni di volontà, in merito alla donazione *post mortem* di organi e tessuti, dei cittadini residenti o che abbiano eletto domicilio nella regione Friuli-Venezia Giulia, prevedendo altresì la forma che tali dichiarazioni devono assumere e le modalità per la loro raccolta e conservazione in apposite banche dati da istituirsi presso le aziende sanitarie locali. Secondo il giudice delle leggi, infatti, la normativa regionale venuta al suo esame «*stabilisce la forma di espressione, nonché le modalità di annotazione e conservazione in un pubblico registro degli intendimenti di ciascun soggetto in ordine ai trattamenti sanitari, sottraendoli così alla sfera meramente privata*», con la conseguenza che «*l’attribuzione di un rilievo pubblico a tali manifestazioni di volontà, espressive della libertà di cura (*ex multis*, sentenze n. 438 del 2008; n. 282 del 2002; n. 185 del 1998; n. 307 del 1990), implica la necessità di una articolata regolamentazione – come il complesso tessuto normativo delle due leggi impugnate testimonia – e interferisce nella materia dell’“ordinamento civile”, attribuita in maniera esclusiva alla competenza legislativa dello Stato dall’art. 117, comma secondo, lettera l), Cost.*» (così Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262, in *Foro it*., 2017, I, coll. 442-443. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cons. St., comm. spec., 31 luglio 2018, n. 1991/2018, cit., p. 1241. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cons. St., comm. spec., 31 luglio 2018, n. 1991/2018, cit., p. 1242. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ministero dell’Interno, circolare n. 1/2018 dell’8 febbraio 2018, Legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante «*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*». Prime indicazioni operative. [↑](#footnote-ref-13)
14. Art. 1, comma 573, della l. 30 dicembre 2018, n. 245: «*per il finanziamento delle spese di manutenzione e gestione della banca dati destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) relative al testamento biologico (art. 1 c. 418 della legge 205/2017) è autorizzata la spesa di euro 400.000 annui a decorrere dall’anno 2019*». Sul punto v. anche le osservazioni di M. Foglia, *Consenso e cura*, cit., p. 201, nt. 160. L’Autore ricorda, peraltro, che il Notariato ha quasi ultimato un registro nazionale consultabile da tutte le aziende sanitarie italiane. [↑](#footnote-ref-14)
15. Su questa tematica v., da ultimo, A. Pioggia, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, p. 517 e ss. Circa il complesso, inestricabile, intreccio tra diritti della persona e organizzazione amministrativa v. un interessante panorama della letteratura più recente in materia in N. Vettori, *Diritti della persona e amministrazioni pubbliche: scritti recenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 1, 117-119. Sulla questione, di recente, v. anche Ead., *Diritti della persona e amministrazione pubblica*, cit., 93 ss. ed Ead., *Persona e diritti all’assistenza*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, p. 307 e ss., R. Bin, D. Donati e G. Petruzzella, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*2, Torino, 2017, p. 199 e ss., A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*2, Torino, 2017, 46-48, D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, C. Bottari, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*2, Torino, 2011, pp. 35-39. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Foro amm.* 2014, 9, 2229. La sentenza aveva confermato la pronuncia del T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, 22 maggio 2009, n. 214, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 3, 267 (massima), con nota di A. Pioggia, *Consenso informato e rifiuto di cure*, cit., pp. 267-277, e in *Foro amm.*, *T.A.R.*, 2009, 4, p. 976 ss., con nota di V. Molaschi, *Riflessioni sul caso Englaro. Diritto di rifiutare idratazione ed alimentazione artificiali*, cit., 981-1001. Sulla questione sia consentito anche rinviare a M. Noccelli, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in [*www.giustizia-amministrativa.it*](http://www.giustizia-amministrativa.it), 5. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cons. St., sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058, in *Foro amm.*, 2017, 6, col. 1228 e ss. nonché in *Foro it.*, 2017, III, col. 377, con nota redazionale di A. Palmieri, e in *Riv. resp. prev.*, 2017, 5, 1661 ss. con nota di A. Berti Suman, *La responsabilità della p.a. per danno derivante da lesione del diritto all’autodeterminazione terapeutica nel caso «Englaro»*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 11, p. 1525 e ss., con nota di M. Azzalini e V. Molaschi, *Autodeterminazione terapeutica e responsabilità della p.a.: il suggello del Consiglio di Stato sul caso Englaro.* La sentenza ha confermato, seppure con diversa motivazione, la sentenza del T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, 6 aprile 2016, n. 650, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, pp. 1194-1198, con nota di C. Favilli, «*La responsabilità della pubblica amministrazione nel caso Englaro*», in *Guida al dir.*, 2016, 19, pp. 98-102, con nota di A. Masaracchia, *L’autorità dei tribunali non può essere disattesa dalle Regioni.* [↑](#footnote-ref-17)
18. A. Pioggia, in *Giudici e legislatori*, fascicolo monografico di *Dir. pubbl.*, 2016, 2, p. 547. Nello stesso v. anche *amplius*, ora, N. Vettori, *Diritti della persona e amministrazione pubblica*, cit., pp. 84-85, laddove l’Autrice rileva come sia l’organizzazione a doversi modellare sulle posizioni soggettive e on viceversa, perché sono i caratteri e il contenuto del diritto – anche sociale – «*per come definito dall’ordinamento positivo a vario livello (dalla Costituzione e dalle fonti europee fino alla legge ordinaria) che devono condizionare le scelte organizzative della pubblica amministrazione*», con la conseguenza che il potere di organizzare si delimita e si conforma a partire dalle norme di riconoscimento dei diritti che quell’apparato organizzativo dovrà soddisfare. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cons. St., sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058, in *Foro it.*, 2017, III, col. 382. [↑](#footnote-ref-19)
20. In ordine alla problematica generale nel nostro ordinamento v., tra gli altri, C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, p. 13 e ss., G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Napoli, 2013, p. 33 e ss., G. Cimaglia e A. Covatta, *L’invalidità civile e la tutela della disabilità*, Milano, 2009, p. 349 e ss. Su questo tema v. peraltro, di recente, l’approfondita trattazione di S. Cacace, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, p. 201 e ss. In una prospettiva più ampia, sul concetto di disabilità, cfr. anche M. G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e* Disability Studies, Torino, 2016, p. 189 e ss., con particolare riferimento alla nozione di disabilità adottata dall’ONU il 28 agosto 2006 con la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. V. anche N. Foggetti, *La tutela delle persone con disabilità nel diritto internazionale*, Milano, 2017, p. 11 e ss. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sul delicato rapporto tra terapie psichiatriche e repressione, rapporto di difficile risoluzione, v. le riflessioni di S. Spinsanti, *Controllo e libertà nel trattamento delle malattie mentali*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, *I diritti in medicina*, in Trattato di biodiritto, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 803 e ss. Sulla condizione del malato psichiatrico v., in particolare, le considerazioni di R. Masoni, *La protezione giuridica dell’infermo di mente*, cit., p. 399 e ss. e di A. Venchiarutti, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, *I diritti in medicina*, cit., p. 817 e ss. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ciò spiega perché sia penalmente sanzionabile la pratica della c.d. contenzione meccanica, al di là di uno stringente stato di necessità, come la Corte di Cassazione ha chiarito in una importante recente pronuncia e, in particolare, da Cass. pen., sez. V, sent. 20 giugno 2018 (dep. 7 novembre 2018), n. 50497 nell’ormai noto caso Mastrogiovanni.

L’“atto medico”, ha rilevato la Suprema Corte, gode di una diretta copertura costituzionale non perché semplicemente frutto della decisione di un medico, ma in quanto caratterizzato da una finalità terapeutica, «*cui va assimilato quello avente natura diagnostica* […] *nonché quello destinato ad alleviare le sofferenze del malato terminale, in quanto comunque diretto a migliorarne le condizioni complessive (c.d. trattamento del dolore)*».

L’uso della contenzione meccanica non rientra in nessuna delle categorie sopra indicate, trattandosi di un presidio restrittivo della libertà personale che non ha né una finalità curativa né produce materialmente l’effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente – anzi, secondo la letteratura scientifica, può concretamente provocare, se non utilizzato con le dovute cautele, lesioni anche gravi all’organismo, determinate non solo dalla pressione esterna del dispositivo contenitivo, quali abrasioni, lacerazioni, strangolamento, ma anche dalla posizione di immobilità forzata cui è costretto il paziente - svolgendo una mera funzione di tipo “cautelare”, essendo diretto a salvaguardare l’integrità fisica del paziente, o di coloro che vengono a contatto con quest’ultimo, allorquando ricorra una situazione di concreto pericolo per l’incolumità dei medesimi.

Inoltre, nella stessa prospettiva, si inserisce la legge n. 180 del 1978 (c.d. legge Basaglia) che, nel superare l’impostazione “custodiale” del malato psichiatrico, ha disciplinato il trattamento sanitario obbligatorio, prevedendone l’applicazione solo ove esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, non legittimandosi quindi affatto i mezzi di coercizione fisica se non in quanto rappresentino l’unico strumento idoneo ad approntare le cure mediche necessarie per scongiurare il pericolo di grave danno alla salute del paziente.

L’uso della contenzione è perciò ammesso solo in situazioni eccezionali di pericolo all’integrità fisica delle persone (paziente e terzi), deve essere circoscritto al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente soggetto al controllo del medico.

Ne consegue che la massima privazione della libertà che deriva dall’uso della contenzione “può” e “deve” essere disposta dal sanitario (il quale, più degli altri, è per le proprie competenze tecnico-scientifiche a conoscenza dei gravi pregiudizi che l’uso del mezzo contenitivo può provocare alla salute del paziente) solo in situazioni straordinarie e per il tempo strettamente necessario dopo aver esercitato la massima sorveglianza sul paziente.

In merito al problema v., comunque, Dugani, M. Ubezio, A. Lopez, *Il consenso informato e le misure di contenzione in rsa*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 69 ss. Ricorda S. Rossi, *Il manicomio dei bambini e le sue storie*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 2., p. 330, anche sulla scorta del parere reso dal Comitato Nazionale di Bioetica del 23 aprile 2015 sulla «*La contenzione: problemi bioetici*», che la contenzione meccanica, definita un residuo di cultura manicomiale, è ancora largamente applicata nel nostro Paese e non si intravedono sforzi decisivi per il suo superamento. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sulla questione v., di recente, anche M. Rinaldo e C. Cicero, *La dignità del morire, tra istanze etiche e giuridiche*, in *Dir. pers. fam.*, 2018, 3, p. 1003 e ss. [↑](#footnote-ref-23)
24. Per una interessante ricostruzione della questione degli obblighi vaccinali, anche in chiave comparatistica, v. ora S. Penasa, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, 2018/1, pp. 47-78. [↑](#footnote-ref-24)
25. V. le considerazioni di G. Pascuzzi, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, in *Merc. reg. conc.*, 2018, 1, 89-110. [↑](#footnote-ref-25)
26. Per l’esperienza statunitense v., ad esempio, S. Rossi, *Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, pp. 749 e ss. [↑](#footnote-ref-26)
27. La sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018 della Corte costituzionale si può leggere in *Foro it.*, 2018, I, col. 710 e ss., con nota di G. Pascuzzi, *Vaccini: quale strategia?* [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte cost., 5 gennaio 2018, n. 5, cit., col. 726. [↑](#footnote-ref-28)
29. Corte cost., 5 gennaio 2018, n. 5, in *Foro it.*, cit., col. 730. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268, in *Foro it.*, 2018, I, col. 742 e ss. Un’interessante applicazione del concetto di raccomandazione in materia sanitaria si è avuta con la sentenza di Cons. St., sez. III, 29 settembre 2017, n. 4546, in *Giorn. di dir. amm.*, 2018, 1, p. 83, con nota di C. Tubertini, *L’assistenza sanitaria fra tutela della salute e governo della spesa sanitaria*, che ha dichiarato illegittime le disposizioni regionali che, nel “raccomandare” ai medici prescrittori l’utilizzo di taluni farmaci al posto di altri, si erano sovrapposte alle valutazioni spettanti solo all’AIFA, a livello nazionale, circa l’equivalenza terapeutica di taluni farmaci. [↑](#footnote-ref-30)
31. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268, cit., col. 744. [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5, in *Foro it.*, 2018, I, coll. 730-731. [↑](#footnote-ref-32)
33. Il parere 26 settembre 2017, n. 2065/17 (in affare n. 1614/2017) della Commissione speciale del Consiglio di Stato si può leggere in *Foro it.*, 2017, III, col. 609 e ss. Il quesito posto dalla Regione Veneto chiedeva di precisare, in particolare, se in base alle nuove disposizioni del d.l. n. 73 del 2017 già a decorrere dall’anno scolastico 2017/2018 si dovesse ritenere preclusa la frequenza scolastica ai minori i cui rappresentanti legali, ancorché tenuti a dimostrare nei modi e nei tempi stabiliti dalla fonte primaria l’avvenuto adempimento dell’obbligo vaccinale, non abbiano presentato la documentazione occorrente. La risposta del Consiglio di Stato è stata, in sintesi, che nell’anno scolastico 2017/2018 si applicano gli artt. 3 e 5 del d.l. n. 93 del 2017, sicché valeva anche per l’anno scolastico al tempo corrente il divieto di accesso ai servizi scolastici per i minori nel caso di mancata presentazione della documentazione idonea a comprare l’adempimento dell’obbligazione vaccinale. Sulle impugnative dei dinieghi di iscrizioni alle scuole materne, motivati dalla mancata vaccinazione dei minori, v. ad esempio T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 16 gennaio 2017, n. 20, in *Foro it.*, 2017, III, 406, e in *Giur. it.*, 2017, p. 1418 e ss.,con nota di G. Manfredi, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, sentenza che ha ritenuto legittimo il regolamento del Comune di Trieste che, anche prima dell’entrata in vigore del d.l. n. 93 del 2017, aveva subordinato l’accesso dei minori alle scuole primarie all’adempimento degli obblighi vaccinali. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cons. St., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 621. [↑](#footnote-ref-34)
35. Cons. St., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 622. [↑](#footnote-ref-35)
36. Cons. St., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 623. [↑](#footnote-ref-36)
37. Il principio di precauzione era stato applicato dalla giurisprudenza amministrativa proprio all’obbligo delle vaccinazioni, previsto da alcuni regolamenti comunali quale requisito per l’ammissione alle scuole primarie, già prima dell’entrata in vigore del d.l. n. 93 del 2017. V. la già sopra richiamata sentenza di T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 16 gennaio 2017, n. 20, in *Foro it.*, 2017, III, 406, e in *Giur. it.*, 2017, p. 1418 e ss.,con nota di G. Manfredi, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, anche Cons. St., sez. III, 21 aprile 2017, ord. n. 1662, sempre in *Foro it.*, 2017, III, 406, che contiene un’articolata motivazione sull’applicabilità del principio di precauzione a parità di condizione, secondo il c.d. rasoio di Occam. [↑](#footnote-ref-37)
38. Cons. St., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 623. [↑](#footnote-ref-38)
39. Cons. St., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 625. [↑](#footnote-ref-39)
40. Le pronunce di Cons. St., sez. V, 8 agosto 2018, n. 4867 e di Cons. St., sez. V, 6 settembre 2018, n. 5237, emblematiche di questo orientamento inteso ad affermare la legittimità dei limiti, spaziali e temporali, all’esercizio del gioco anche a tutela della salute dei soggetti più vulnerabili, si possono leggere in *Dir. industr.*, 2018, 6, p. 507 e ss., con nota di G. Cassano, *Limiti al funzionamento degli apparecchi da gioco tra esigenze di tutela della salute e dubbi di costituzionalità*. [↑](#footnote-ref-40)
41. La recentissima sentenza n. 27 del 27 febbraio 2019 della Corte costituzionale si può leggere in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it). [↑](#footnote-ref-41)
42. In questo senso v. anche la menzionata sentenza di Cons. St., sez. V, 8 agosto 2018, n. 4867, in *Dir. industr.*, cit., p. 509. [↑](#footnote-ref-42)
43. L’ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018 della Corte costituzionale, ormai oggetto di molteplici commenti, si può leggere ora in *Fam. e dir.*, 2019, 3, p. 229 e ss., con nota di E. Falletti, *Suicidio assistito e separazione dei poteri dello Stato. Note sul “caso Cappato”.* Sull’ordinanza v. anche le riflessioni di C. Cupelli, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in [*www.dirittopenalecontemporaneo.it*](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)*.* Sull’intera questione v. anche l’inquadramento offerto da S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, p. 63 e ss. [↑](#footnote-ref-43)
44. Sulla l. n. 38 del 2010 v., tra gli altri contributi, I. Ambrosi e M. D’Auria, *L’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 5, pp. 398-399, L. Orsi, *Le cure palliative*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, *I diritti in medicina*, cit., pp. 603-622, G. Salito, *Autodeterminazione e cure mediche*, cit., pp. 50-55, e, in chiave internazionale, F. Persano, *Le cure palliative negli organismi internazionali di cui l’Italia è membro*, in G. Gioffredi (a cura di), *Studi su bioetica e diritto internazionale*, cit., p. 291 e ss., G. Razzano, *Dignità nel morire*, cit., p. 249 e ss. Sugli oneri di finanziamento a carico della finanza regionale conseguenti alle previsioni della l. n. 38 del 2010 v. Corte cost., 10 maggio 2012, n. 115, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 751-752. In ordine al diritto alle terapie antidolorifiche, secondo la l. n. 38 del 2010, e ai profili di responsabilità per gli operatori sanitari cfr. anche, assai di recente, G. Ianniruberto, *Il diritto alle terapie antidolorifiche alla luce della legislazione vigente: profili di responsabilità per gli operatori della sanità*, in *Corr. giur.*, 2019, 2, p. 229 e ss. [↑](#footnote-ref-44)
45. Corte cost., 16 novembre 2018, ord. n. 207, cit., p. 232. [↑](#footnote-ref-45)
46. Corte cost., 16 novembre 2018, ord. n. 207, cit., pp. 232-233. [↑](#footnote-ref-46)
47. Corte cost., 16 novembre 2018, ord. n. 207, cit., p. 233. [↑](#footnote-ref-47)
48. Su questa evenienza, ben nota agli studiosi di questa delicata materia e agli ordinamenti che già ammettono l’eutanasia come quello olandese, v. S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 102. [↑](#footnote-ref-48)
49. V. sulla pronuncia della Corte canadese le interessanti osservazioni di F. Casonato, *I limiti all’autodeterminazione individuale*, cit., pp. 3-5 e pp. 8-9. [↑](#footnote-ref-49)
50. Sul principio solidaristico e sulla connessione esistente tra libertà e responsabilità v., da ultimo, le acute considerazioni di G. Bascherini, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 2, p. 245 e ss. [↑](#footnote-ref-50)
51. G. Bascherini, *La doverosa solidarietà costituzionale*, cit., p. 272. [↑](#footnote-ref-51)