

Il diritto alla salute e la “direttiva Sacconi” sull’obbligatorietà di nutrizione e idratazione artificiali¹

Commento alla sentenza del Tar Lazio n.8650/2009 ²

di Alessandra PIOGGIA

La “sostanza” della questione controversa

Il Tar del Lazio torna con la propria sentenza sulla questione della possibilità di imporre come obbligatori i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiali a pazienti in stato vegetativo persistente, anche nel caso di loro accertata contraria volontà.

L’occasione è fornita dall’impugnazione dell’atto di indirizzo con il quale il ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali qualifica l’interruzione della nutrizione e idratazione artificiali al malato in stato vegetativo come una forma di discriminazione fondata sulla sua disabilità, invitando le regioni ad adottare le misure necessarie affinché le amministrazioni sanitarie evitino in ogni modo tali forme di trattamento discriminatorio³.

¹ In corso di pubblicazione in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2010.

² Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sez. III quater, Roma, 12 settembre 2009, n. 8650 - Pres. Di Giuseppe (*L’atto di indirizzo con il quale il ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali invita le regioni a prevedere come obbligatoria la prestazione sanitaria di nutrizione e idratazione artificiali per i pazienti in stato vegetativo permanente si configura come un provvedimento innovativo della disciplina preesistente e non come atto meramente ricognitivo di disposizioni già vigenti. In particolare l’imposizione di un simile trattamento anche in caso di accertata contraria volontà del paziente incide, limitandola, sulla pretesa costituzionalmente qualificata ad essere curati nei termini in cui si desidera. La situazione giuridica soggettiva coinvolta è quindi il diritto soggettivo alla autodeterminazione del paziente discendente dal principio di dignità della persona. La cognizione della controversia spetta al giudice ordinario e non al giudice amministrativo*).

³ Si tratta dell’atto indirizzato dal ministro Sacconi ai presidenti delle Regioni e delle Province autonome il 16 dicembre 2008. Si veda in proposito F.G. Pizzetti, *L’atto del ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nel caso*

La direttiva in commento, adottata nel dicembre del 2008, si inseriva nel “conflitto” apertosi allora fra magistratura e maggioranza di governo a proposito dell’esecuzione della sentenza con la quale la Cassazione e la Corte di appello di Milano avevano accertato la pregressa volontà di Eluana Englaro di veder sospesi i trattamenti di nutrizione e idratazione che la mantenevano in vita e di conseguenza avevano riconosciuto alla stessa il diritto al rispetto di siffatta volontà⁴.

L’atto di indirizzo qualifica la non somministrazione di tali trattamenti alle persone in stato vegetativo persistente come una discriminazione nei loro confronti, con l’idea di suggerire che esisterebbe un divieto assoluto di sospendere siffatte forme di sostentamento vitale anche nel caso in cui il paziente stesso lo avesse precedentemente richiesto.

A dire il vero, a leggere attentamente la cosiddetta “direttiva Sacconi” manca una esplicita dichiarazione in quest’ultimo senso; la qualificazione come atto discriminatorio della sospensione della somministrazione di idratazione e nutrizione artificiali alla persona in stato vegetativo persistente in ogni caso, e quindi anche nell’ipotesi in cui ciò corrispondesse alla volontà del paziente, viene piuttosto suggerita come conseguenza del divieto di discriminazioni fondate sulla disabilità e della inclusione del malato in stato vegetativo fra i disabili. A tale sillogismo sarebbe facile obiettare che la vera discriminazione si configurerebbe in realtà proprio nell’imporre a questo tipo di pazienti un trattamento sanitario, negando ad essi, in ragione della loro perduta capacità di intendere e volere, la possibilità di far valere la propria volontà, laddove precedentemente espressa o comunque accertabile con sicurezza⁵.

Englaro, in *Astrid Rassegna*, n. 1/2009 (<http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-01-2009/index.htm>).

⁴ Si tratta di Cass. civ. 21748 del 16 ottobre 2007 e Corte di Appello di Milano del 9 luglio 2008. Fra i numerosi commenti alla prima pronuncia si vedano C. Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545 ss.; R. Caponi, A. Proto Pisani, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 241;

⁵ Il principio del consenso informato, per quanto direttamente riconducibile alla previsione costituzionale che, al secondo comma dell’articolo 32, vieta l’imposizione di trattamenti sanitari obbligatori non previsti dalla legge, ha cominciato ad influire sulla disciplina delle prestazioni mediche soltanto a partire dagli anni ’90 grazie all’importante opera della giurisprudenza in questo senso e alla comparsa di previsioni normative specifiche come quelle della legge 107 del 1990, in materia di attività trasfusionali o del d.lgs. 230 del 1995, in materia di radiazioni ionizzanti. Il passaggio dal mero principio del

Ma che l'intento della direttiva fosse proprio quello di impedire qualsiasi sospensione di idratazione e nutrizione artificiali non è messo in discussione né dal ricorrente, né dal giudice, né, tantomeno, dall'amministrazione resistente. Del resto il momento e il clima politico in cui l'atto di indirizzo è stato assunto non lasciano grossi dubbi su quali fossero le reali intenzioni del ministro Sacconi. Né la scomparsa di Eluana Englaro, e quindi la conclusione della concreta vicenda che aveva ispirato tale presa di posizione, privano di effetto una direttiva che si è scelto di formulare in termini generali per tentare di aggirare l'ostacolo del diretto contrasto con una pronuncia giurisprudenziale. L'oggetto della controversia è quindi ricostruito con riferimento alla legittimità dell'imposizione in generale di un trattamento sanitario ad un malato in stato vegetativo persistente ed è intorno a tale questione che ruotano tutti gli argomenti impiegati dal giudice.

Oltre all'aspetto appena riferito, occorre anche considerare come la sentenza in commento si segnali sotto un ulteriore duplice profilo: l'ordine di esame delle eccezioni preliminari, che consente al giudice di affrontare un maggior numero di questioni, e la qualità e ricchezza delle argomentazioni impiegate, che, in diversi passaggi, sembrerebbero andare ben al di là di quanto necessario alla decisione finale. Si tratta di aspetti di particolare interesse se si considera come tale sentenza sia in realtà l'ultima di una serie di pronunce giurisprudenziali attraverso le quali le magistrature ordinaria e amministrativa hanno contribuito a chiarire in quale modo il nostro ordinamento assicuri al paziente che abbia definitivamente perduto la capacità di coscienza e interazione con

consenso a quello del consenso informato è fondamentale anche dal punto di vista culturale, dal momento che segnala l'acquisizione della consapevolezza della centralità del paziente nel percorso di cura. Dall'immagine paternalistica del medico che si occupa della salute dell'individuo operando unilateralmente (in scienza e coscienza) le scelte terapeutiche e limitandosi poi ad acquisire il consenso su decisioni già preformate, si passa all'idea della cosiddetta "alleanza terapeutica", in cui medico e paziente concorrono nella scelta del percorso più rispondente alla visione di vita e salute propria della persona che si sottopone alla cura. Un aspetto non ancora disciplinato a livello normativo è invece quello delle modalità di acquisizione del consenso del paziente non più capace di esprimere la propria volontà in maniera attuale. Sulla ricostruzione postuma della volontà non formalizzata in una dichiarazione anticipata si veda A. Gorgoni, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 508. Ampiamente ed esaurientemente sul testamento biologico scrive F.G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico fra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008.

l'esterno il rispetto della propria volontà di cura⁶. La mancanza di una normativa che disciplini espressamente le dichiarazioni anticipate di volontà non ha impedito ai giudici di ricostruire il diritto impiegando principi, di natura costituzionale e non, al fine di individuare le regole da applicare in materia. Non si può ignorare come tale approccio giurisprudenziale sia stato oggetto di aspre critiche e, in un caso, di un aperto conflitto⁷. Anche in questa prospettiva, quindi, riveste particolare interesse ripercorrere gli argomenti impiegati dal Tar nel caso in esame.

L'ordine di esame delle eccezioni preliminari

Il giudice amministrativo conclude la propria sentenza con una dichiarazione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione. Ad essere coinvolti, infatti, secondo il Tar sono una serie di diritti soggettivi come quello alla salute, quello di autodeterminazione nonché il principio di dignità della persona, sulla violazione dei quali deve evidentemente esprimersi il giudice ordinario.

L'inammissibilità per difetto di giurisdizione normalmente è una conclusione tipica di pronunce in cui l'attenzione è rivolta unicamente a tale questione, in quanto eccezione il cui esame precede e, se di esito positivo, solitamente assorbe ogni altra questione pregiudiziale⁸. In questo caso tuttavia il giudice fa una

⁶ Si fa qui riferimento alle sentenze che hanno ad oggetto il cosiddetto "caso Englaro". In particolare Cass. civ., n. 21748 del 16 ottobre 2007; Corte di Appello di Milano del 9 luglio 2008 e Tar Lombardia Milano, III, n. 214 del 22 gennaio 2009, a proposito della quale sia consentito rinviare al commento di A. Pioggia, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009*, in questa Rivista, 2009, 267 ss.

⁷ Il rinvio è al conflitto di attribuzioni sollevato dai due rami del Parlamento nei confronti della Cassazione e della Corte di Appello milanese (con riferimento alle due sentenze citate nella nota precedente) e deciso nei termini dell'inammissibilità con ordinanza della Corte costituzionale 334 del 2008. Sulla vicenda si vedano i diversi e utili contributi al Seminario di ASTRID su *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, 5 marzo 2009, consultabili in <http://www.astrid-online.it/FORUM--II/>

⁸ Sulla precedenza della questione di giurisdizione la giurisprudenza è molto ricca. Si vedano fra le altre Cons. St., sez. IV, n. 519 del 30 gennaio 2009; n. 5528 del 20 settembre 2006; n. 7877 del 27 dicembre 2006; TAR Lazio Roma, sez. III, n. 10894 del 5 novembre 2007; TAR Valle d'Aosta n. 5 del 22 gennaio 1999. Non mancano tuttavia anche sentenze in cui ad essere affrontate per prime sono altre questioni preliminari: TAR Lazio Latina, n. 145 del 14 febbraio 2006; n. 557 del 22 giugno 2005; TAR Liguria, sez. II, n. 216 del 12

scelta diversa e affronta il problema della giurisdizione per ultimo, soffermandosi dapprima su una serie di altri aspetti preliminari che riguardano l'inammissibilità per difetto di legittimazione a ricorrere, per mancata impugnazione di atti presupposti e per difetto della lesività dell'atto impugnato.

La spiegazione di un simile modo di procedere risiede nella stretta interconnessione fra le argomentazioni poste a sostegno delle diverse questioni pregiudiziali, per cui al Tar appare preferibile seguire un ordine inverso a quello consueto affrontando solo per ultimo l'aspetto della giurisdizione. In altre parole, in maniera tutto sommato condivisibile, il giudice ritiene essenziale chiarire prima quale sia l'effetto dell'atto di indirizzo impugnato, per poi orientarsi in ordine al tipo di situazione giuridica soggettiva sulla quale esso incide. Una scelta siffatta consente al giudice di toccare il cuore della questione così come presentata in premessa, pur senza decidere nel merito la controversia.

L'esame delle eccezioni e il contenuto della direttiva impugnata

La prima eccezione di inammissibilità sulla quale il giudice si sofferma per dichiararne l'infondatezza è quella relativa al denunciato difetto di legittimazione del Movimento Difesa del Cittadino ad impugnare la direttiva citata.

Secondo l'amministrazione resistente i molteplici campi di attività di competenza dell'Associazione non ne comprenderebbero alcuno riferibile in modo puntuale alla questione in esame; di qui la carenza di legittimazione al ricorso. Al fondo di una tale eccezione c'è l'idea che la direttiva non riguarderebbe in generale i "diritti del malato", la tutela dei quali peraltro rientra espressamente fra gli scopi dell'Associazione ricorrente, ma conterrebbe unicamente indicazioni relative alle modalità attuative del divieto di discriminazione delle persone disabili.

La *ratio* sottesa all'eccezione di inammissibilità mira a spostare la questione dal problema del consenso del malato alla somministrazione di certi trattamenti a quello della non discriminazione del disabile.

Il Tar dichiara l'infondatezza di tale questione pregiudiziale richiamando l'articolo 2 lettera g) dello Statuto dell'Associazione ricorrente che fra i propri scopi contempla la tutela e la salute delle persone e il rispetto dei diritti del malato. In questo modo il

giugno 1997. In generale sull'ordine delle questioni pregiudiziali nel processo si veda E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1974, 212.

giudice disattende l'interpretazione della direttiva fornita in sede di eccezione preliminare dall'amministrazione e ricostruisce il contenuto della stessa come incidente sui diritti delle persone malate a veder rispettate le proprie volontà di cura, fissando un primo punto fondamentale ai fini della definizione dell'oggetto della controversia.

Una seconda questione preliminare riguarda la mancata impugnazione degli atti presupposti. Secondo tale eccezione, insieme all'atto di indirizzo contestato, si sarebbe dovuto impugnare anche il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri contenente la determinazione dei livelli essenziali di assistenza. Quest'ultimo infatti rappresenterebbe il presupposto necessario della direttiva ministeriale nel senso che non contemplerebbe fra le prestazioni di salute da fornire alla collettività la "sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione della persona". Anche qui al fondo dell'eccezione di inammissibilità sembra esserci la volontà di distogliere l'attenzione dalla questione reale ovvero dall'obbligatorietà di un trattamento sanitario che si finisce per imporre anche in caso di esplicito dissenso. Quel che si vuole suggerire è che l'interruzione del trattamento di idratazione e nutrizione artificiali sia configurabile essa stessa quale autonoma prestazione e che, quindi, quanto lamentato dal ricorrente sia in realtà la sua mancata previsione fra i livelli di assistenza. Di qui la necessità di impugnare, ancor prima della direttiva, il decreto che fissa tali livelli.

Anche in questo caso, il giudice dichiara la questione infondata e, di nuovo, chiarisce il vero oggetto dell'atto impugnato: non è in contestazione l'impossibilità di godere di un trattamento sanitario, ma la sua imposizione indipendentemente dalla volontà del paziente.

La natura prescrittiva della direttiva e l'imposizione di trattamenti sanitari

Ma l'eccezione che più di ogni altra consente al giudice di diffondersi sul contenuto della direttiva contestata è quella che lamenta l'inammissibilità del ricorso per l'inidoneità dell'atto impugnato a produrre qualsivoglia effetto lesivo. Di esso si sostiene infatti la natura meramente ricognitiva e, al più, interpretativa delle disposizioni e dei principi esistenti.

Secondo la tesi dell'amministrazione, l'atto di indirizzo si limiterebbe ad invitare le regioni ad adeguarsi a quanto emerge dal combinato disposto di due previsioni. La prima è l'indicazione contenuta nel parere espresso dal Comitato nazionale per la

bioetica nella seduta del 30 settembre 2005, ai sensi del quale “la negazione della nutrizione e dell’alimentazione può configurarsi ... come una discriminazione fondata su valutazioni circa la qualità della vita di una persona con grave disabilità e in situazione di totale dipendenza”. La seconda è rappresentata dall’articolo 25 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 settembre 2006, che sancisce il diritto di tali persone di godere del migliore stato di salute possibile, compreso il diritto a non subire un rifiuto discriminatorio di cibo, di prestazioni di cure e servizi sanitari.

Per l’amministrazione resistente, quindi, l’atto gravato non farebbe altro che richiamare obblighi già presenti nell’ordinamento, ai quali le regioni avrebbero dovuto comunque adeguarsi, limitandosi a mettere in relazione, a fini meramente interpretativi, previsioni di fonte diversa. Quel che il ministero omette di considerare, e che invece il giudice non può non ritenere dirimente, è che nessuna delle previsioni richiamate appare di per se stessa idonea ad imporre alcunché. Quanto formulato dal Comitato nazionale per la bioetica, lungi dal contenere disposizioni vincolanti, rappresenta un mero parere rivolto ad orientare i futuri strumenti legislativi e amministrativi. Ma anche quanto previsto nella Convenzione sui diritti delle persone con disabilità non può ritenersi cogente, dal momento che la convenzione stessa, al momento dell’adozione dell’atto e ancora al momento della presentazione del ricorso, non risultava trasposta nel diritto interno.

Attesa la qualità non vincolante delle previsioni richiamate, una ipotesi da vagliare è quella che esse siano a loro volta meramente ricognitive di principi già esistenti nel nostro ordinamento. In questo senso i riferimenti ad una convenzione non ancora resa esecutiva e ad un semplice parere di un comitato consultivo potrebbero essere intesi come mezzi per ricostruire il contenuto di un diritto, come quello a non essere discriminati per le proprie condizioni di salute, che richiede un continuo aggiornamento in relazione all’evolversi delle modalità di cura e delle possibilità offerte dalla ricerca medica. Del resto non c’è dubbio che il divieto di discriminazione delle persone disabili sia una conseguenza già implicita nel principio di uguaglianza e che la “negazione” di idratazione e nutrizione artificiali, laddove intesa come rifiuto unilaterale di somministrazione da parte di un medico o di una struttura motivata dalla disabilità del malato (e non certo come interruzione di un trattamento in ossequio alla

volontà accertata del paziente), sia già da ritenersi vietata proprio alla luce di siffatto principio⁹.

Rispetto a tali conseguenze appare tuttavia evidente come la direttiva impugnata compia un'operazione che ha poco a che fare con la semplice interpretazione e alla quale è da riconoscersi piuttosto una valenza "creativa". L'intento è infatti quello di trarre dai riferimenti citati un divieto ulteriore rispetto alla semplice non discriminazione del malato disabile: l'impossibilità dell'interruzione dei trattamenti di idratazione e nutrizione artificiali ai pazienti in stato vegetativo persistente, anche laddove fosse accertata una loro volontà in questo senso. È evidente come questa non sia affatto la più scontata, né evidentemente la più condivisibile maniera di intendere il diritto a non essere discriminati in ragione della disabilità. Come sopra ricordato, infatti, è decisamente più coerente ritenere discriminatorio proprio il contrario e, cioè, il voler imporre a persone non più capaci di coscienza, in ragione della loro impossibilità ad opporsi ad esso, un determinato trattamento sanitario.

In considerazione di tutto quanto sopra considerato, il giudice rigetta l'ennesima questione pregiudiziale. Esso riconosce alla direttiva impugnata la qualità di atto prescrittivo e innovativo, atteso che nella sostanza mira ad imporre uno specifico obbligo di comportamento che non corrisponde affatto all'unica interpretazione possibile di principi già vigenti e che, per di più, si vorrebbe far discendere dal contenuto di pareri e di proposte di disposizioni non ancora entrate a far parte dell'ordinamento positivo.

⁹ Ci si troverebbe, infatti, di fronte al caso di una differenza nel trattamento di soggetti malati non motivato da una diversità di condizioni che giustifica un difforme comportamento delle strutture sanitarie e dei medici che in esse operano. Evidentemente esistono casi in cui la disabilità rende legittime previsioni che, attraverso un trattamento diseguale delle persone diversamente abili, mirano a rimuovere gli ostacoli che esse incontrano in ragione del loro *handicap*, ma si tratta per l'appunto di ipotesi che vanno nel senso di sostenere e certo non discriminare tali soggetti. In un caso come quello in esame l'effetto discriminatorio sarebbe invece assolutamente evidente. Non sempre però la differenza fra un trattamento giustificatamente differenziato e una discriminazione è così lampante, come testimoniano i dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento a diverse previsioni normative in materia, tenuto conto anche della discrezionalità del legislatore. La giurisprudenza costituzionale in proposito è estremamente ricca e articolata. Si vedano fra le altre le sentenze Corte cost., n. 226 del 2000; n. 215 del 1987; n. 251 del 2008.

Il difetto di giurisdizione e la ricostruzione della natura della situazione soggettiva coinvolta attraverso una pluralità di “materiali”

Una volta ricostruito il contenuto della direttiva nei termini appena richiamati il giudice esamina come ultima eccezione quella relativa al difetto di giurisdizione. Esso riconosce che previsioni del genere di quelle contenute nell'atto contestato incidano senza alcun dubbio su diritti soggettivi, la cui cognizione spetta quindi al giudice ordinario.

L'imposizione di un trattamento sanitario ad individui disabili perché non più capaci di coscienza, indipendentemente dalla loro volontà o addirittura in contrasto con quanto in ipotesi da essi precedentemente espresso, tocca un punto nevralgico del rispetto della persona umana: le modalità di tutela del diritto alla salute. Il Tar sviluppa la complessità della questione articolando il problema con riferimento a tre elementi: la disponibilità del bene salute che trova concretizzazione nel diritto al consenso informato, il principio di dignità della persona e il diritto di autodeterminazione dell'individuo, che valgono a qualificare il diritto alla salute anche come diritto di libertà¹⁰.

È significativo che nello scomporre il tema nel modo descritto il giudice avverta l'esigenza di utilizzare una pluralità di fonti di riferimento. Pur riconoscendo come al fondo della questione ci sia un diritto garantito dalla Costituzione e come da essa discendano anche gli altri principi che contribuiscono a descriverlo nella sua natura sfaccettata, il Tar arricchisce la propria ricostruzione con richiami alla legislazione nazionale, ma anche e soprattutto ad una serie di fonti sovranazionali, quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

¹⁰ Che il diritto alla salute debba oggi essere guardato nel prisma dei diritti umani per il suo collocarsi all'intersezione fra di essi sembra evidente proprio alla luce di vicende come quella del fine vita in cui emergono con grande evidenza le interconnessioni fra la concezione individuale di benessere, l'autodeterminazione, la dignità della persona e la libertà del singolo. Per una moderna prospettiva del diritto alla salute in un quadro siffatto si veda E. Wicks, *Human Rights and Healthcare*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 227 ss.; sul rapporto fra autodeterminazione e diritto alla salute R. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2001, 112 e s.; a proposito della dignità dell'uomo D. Beylveled, Histed E., *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

La prospettiva non è quella del bilanciamento fra norme diverse, né dell'indagine sulla possibile prevalenza delle une sulle altre. Ci si trova piuttosto di fronte ad una operazione interpretativa che "fa esplodere" un concetto come quello del rispetto della persona umana nell'ambito della tutela della salute e ne percorre i rami, seguendone gli sviluppi anche al di fuori dei confini nazionali¹¹. I diritti fondamentali, del resto, "non costituiscono oggetto di regolazione in regime di monopolio delle Costituzioni" ed "è pacifico che altri documenti normativi, quali le Carte internazionali, essi pure *materialmente* (ancorché non *formalmente*) costituzionali, possono ospitare dichiarazioni relative ai diritti"¹². Il richiamo a queste ultime vale quindi ad *arricchire* l'operazione interpretativa di ricostruzione delle situazioni soggettive coinvolte nella controversia proprio a partire dal dettato costituzionale. Non v'è dubbio infatti che gli enunciati della Costituzione, in particolare quelli relativi ai diritti fondamentali costruiti, per così dire, a maglie larghe, integrino continuamente il loro significato e si rigenerino semanticamente proprio nel rapporto con altri enunciati. In questa dinamica i materiali che entrano in gioco sono molteplici e non tutti evidentemente di rango formalmente costituzionale¹³. A questo proposito si è parlato di una "gerarchia culturale" a volte in grado di soppiantare la "gerarchia positiva"¹⁴ fra le fonti; di "principi cardine della nostra civiltà" ricavabili dalle dichiarazioni internazionali¹⁵; di "elementi di *rango costituzionale* consolidati all'interno di una

¹¹ C. Casonato (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, Università degli studi di Trento, 2004.

¹² A. Ruggeri, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>. Ma si veda anche Id., *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in Id., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XII, *Studi dell'anno 2008*, Torino 2009, 227 ss.

¹³ P. Caretti, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 946 ss.; V. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 104 ss.; G. Sorrenti, *Le Carte internazionali sui diritti umani; un'ipotesi di copertura costituzionale «a più facce»*, in *Pol. Dir.*, 1997, 349 ss.; J.H.H. Weiler, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. Cost.* 2002, 521 ss.

¹⁴ A. Ruggeri, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, cit.

¹⁵ L. Carlassare, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2009 (<http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/25-03-2009/index.htm>)

*pluralità di formant*¹⁶. Ed è proprio in tale prospettiva che non stride poi troppo la convivenza di riferimenti a fonti sovranazionali ratificate e rese esecutive nel diritto interno, come la Cedu e Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità¹⁷, e a fonti che al momento della pronuncia sono ancora prive di formale efficacia giuridica nell'ordinamento nazionale, come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁸. La stessa Corte costituzionale in più occasioni ha riconosciuto che il richiamo a fonti non ancora entrate a far parte del diritto nazionale possa essere comunque funzionale alla ricostruzione del contenuto di principi comuni ai diversi ordinamenti come quelli attinenti ai diritti umani¹⁹, dal momento che, al di là della coincidenza nell'elenco dei diritti qualificati come fondamentali, "le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione"²⁰.

Se si considera per di più che l'intento del giudice è quello di accertare la consistenza delle situazioni soggettive coinvolte nella controversia apertasi con l'impugnazione della direttiva esaminata, e non direttamente la loro violazione, appare evidente come tutti i riferimenti impiegati appaiano funzionali ad una simile ricostruzione, soprattutto laddove, come nel caso di specie, si tratti di situazioni soggettive che si fondano su valori condivisi dalla comunità internazionale.

¹⁶ C. Casonato, *La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale*, in <http://www.astrid-online.it>

¹⁷ Finalmente ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge n. 18 del 3 marzo 2009,

¹⁸ La Carta, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquistato la medesima valenza giuridica dei trattati, ma questo è avvenuto in data successiva alla pronuncia in esame e in particolare solamente il 1 dicembre 2009.

¹⁹ In questo senso si veda il richiamo alla Carta di Nizza fatto nella sentenza Corte cost. n. 135 del 2002 e in senso analogo anche le sentt. n. 445 del 2002 e 394 del 2006. Ma si veda anche quanto considerato a proposito dell'articolo 27 del patto internazionale per i diritti civili e politici adottato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, al quale secondo i giudici costituzionali dovrebbe "quantomeno, riconoscersi il valore di criterio d'interpretazione delle norme vigenti nell'ordinamento internazionale e delle norme di diritto interno proprie degli Stati appartenenti all'O.N.U., considerato che pone obiettivi ritenuti da questi ultimi Stati meritevoli di essere perseguiti e realizzati".

²⁰ Così in Corte cost. sent. n. 188 del 1999.

Conclusioni: la “necessaria” complessità del diritto alla salute

Come già considerato in precedenza, la sentenza si segnala per la ricchezza delle argomentazioni che, tenuto conto dell'esito (la dichiarazione del difetto di giurisdizione), potrebbero apparire strumentali ad una presa di posizione sulla vicenda in contestazione più che alle esigenze della pronuncia giurisdizionale²¹. Se pure il giudice si concede alcune incursioni nel merito della questione che travalicano le strette necessità della motivazione della sentenza, d'altro canto, occorre anche dare atto di come la struttura di quest'ultima risenta della particolare qualità della situazione soggettiva coinvolta.

Il diritto alla salute è indubbiamente fra i più complessi e sfaccettati del nostro panorama giuridico: basta pensare alla definizione che l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dato dell'oggetto di tale diritto, qualificando la salute come “stato di completo benessere fisico, mentale e sociale” ascrivibile, quindi, non soltanto alla assenza di malattia, ma riconducibile ad un insieme di aspetti collegati al complesso modo di vivere ed interagire di un individuo; alla luce di siffatta definizione è agevole comprendere come le modalità di garanzia che un ordinamento deve apprestare a questo fine tocchino in maniera tutt'altro che superficiale diversi altri diritti, quasi tutti fondamentali.

L'esempio del fine vita è particolarmente significativo di quanto appena considerato: un approccio limitato ad una idea di salute come rimozione o contrasto delle cause della malattia non permetterebbe di tenere conto di aspetti centrali nella “cura” della persona al termine della propria vita, quali la visione del proprio benessere che ciascun individuo ha per sé, il diritto all'autodeterminazione o, ancora, la tutela della dignità dell'uomo. In questo senso il diritto alla salute assume la fisionomia della pretesa al riconoscimento da parte dell'ordinamento del pieno valore della persona, non solo come “corpo” da curare, ma come individuo la cui volontà, le cui idee, la cui visione etica debbono essere poste al centro delle scelte di cura. Un diritto, quindi, che non si qualifica più come pretesa di essere curati e dovere di curare, ma comprende anche la pretesa a poter contribuire all'identificazione della prestazione di cura di cui si sarà

²¹ In questo senso non sono mancate voci anche aspramente critiche. Si veda in particolare l'intervista al sottosegretario Roccella, *Fine vita e caso Eluana, la Roccella: «Ma il Tar non ha bocciato proprio nulla»*, in *Avvenire*, 19 settembre 2009.

destinatari e ha come corrispettivo il dovere di tutelare, insieme e ancor prima della salute della persona, la persona stessa²².

Tutto questo incide sulla qualificazione del tipo di obblighi posti in capo all'amministrazione della salute e sulla conseguente individuazione dei parametri in base ai quali ricostruire la legittimità delle decisioni a questo proposito assunte.

Di fronte ad un caso come quello contestato, in cui il diritto alla salute viene in rilievo come diritto a non essere discriminati nelle modalità di somministrazione dei trattamenti sanitari, come diritto a poter contribuire alla scelta delle terapie a cui essere sottoposti, come diritto a non dover subire cure a cui non si sia prestato consenso o rispetto alle quali comunque si sia manifestato il proprio dissenso e, in generale, come diritto a veder rispettata la propria dignità e autodeterminazione, non dovrebbe quindi stupire troppo che il giudice senta l'esigenza di affrontare la vicenda attraverso una pluralità di approcci ricostruttivi. Anche l'inversione dell'ordine di esame delle questioni preliminari può apparire allora giustificato dall'esigenza di sviluppare completamente i diversi modi in cui l'atto contestato si rivela capace di incidere sulla salute nella sua accezione più ampia, al fine di poter apprezzare pienamente la consistenza della situazione giuridica coinvolta.

Alessandra Pioggia

²² Si tratta evidentemente di un approccio al quale lo spazio riservato a queste brevi note consente solo di accennare. Nella prospettiva qui assunta si vedano i contributi di S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2008 e di P. Veronesi, *Il Corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007.