

Il Diritto Costituzionale
alla salute dei malati terminali a lunga degenza

Simona Postorino

**IL DIRITTO COSTITUZIONALE
ALLA SALUTE DEI MALATI TERMINALI
A LUNGA DEGENZA**

Saggio

BOOK
SPRINT
E D I Z I O N I

www.booksprintedizioni.it

Copyright © 2021
Simona Postorino
Tutti i diritti riservati

*Ai miei nonni
per i valori trasmessi semplicemente vivendo.*

*Ai malati perché, tra queste pagine,
possano trovare diritti, amore e speranza.*

Introduzione

Questa tesi di Diritto costituzionale è frutto di una lunga analisi dei casi che hanno occupato nel corso degli anni pagine di notiziari, ma è soprattutto frutto dell'esperienza diretta della vita dei malati da parte di chi scrive.

Si è cercato qui, per quanto possibile, di dare voce a quanti vivono la sofferenza di una malattia, provando a dare una spiegazione costituzionalmente orientata del loro diritto alla salute. Nella stesura della tesi si è tenuto conto, per dare un'interpretazione costituzionalmente orientata del diritto alla salute, anche degli atti dell'Assemblea Costituente, svolgendosi anche una ricostruzione storica a partire dagli atti della Prima Repubblica fino agli interventi legislativi dei nostri giorni, passando per la Costituzione: in particolare dagli artt. 2, 3, 13, 32 Cost.

Nei capitoli seguenti si vedrà quali garanzie saranno accordate alle persone *tout court* (nel I capitolo) e ai malati terminali a lunga degenza: dal diritto di essere curati sino al diritto di rifiutare le cure (nei capitoli successivi).

Si vedrà pure se potrà essere introdotta anche una legge sull'eutanasia, visto l'intervento normativo in materia del cd. testamento biologico e la più recente giurisprudenza della Corte.

Sarà anche valutata, infine, la condizione di vita del minore nella fase terminale della malattia e il caso specifico del malato di Alzheimer.

1

Il diritto alla salute. Art.32 cost. It.

1.1 – La tutela della salute a partire dagli atti dell’Assemblea costituente

Per l’apporto che talune concezioni, basate sull’uomo, hanno dato alla elaborazione del progetto, esso è tutto intriso di una visione umana della vita, e se un nome dovrà ricordare la futura Costituzione, io mi auguro che sia questo: “la Carta dell’Uomo”.

Così l’onorevole Tupini, nel corso della seduta del 5 marzo 1947 dell’Assemblea Costituente, argomentava sul progetto di Costituzione.

In realtà, dopo 70 anni dall’entrata in vigore della Costituzione, dovrebbe essere ancora vivo in ogni cittadino italiano il desiderio cui si ambiva nel corso dei lavori preparatori di quella che sarebbe diventata la Legge fondamentale dello Stato. Ma la Costituzione del ’48 è veramente la Carta dell’Uomo? Si potrebbe rispondere con estrema facilità all’interrogativo gettando uno sguardo d’insieme agli articoli che compongono la Carta e in particolar modo all’atipico “preambolo” della nostra Costituzione, dove vengono sanciti i principi fondamentali, e poi alla parte prima relativa ai diritti e doveri dei cittadini. Quegli uomini hanno scelto di essere liberi e di darsi una Carta fondamentale che riconoscesse e garantisse loro quei diritti di cui erano stati privati, quelli che erano connaturati alla loro stessa essenza. E i cittadini italiani, oggi, hanno il coraggio di *scegliere* di rendere viva e attuale la *loro* Costitu-

zione? E se questo coraggio ce l'hanno, *credono* nella loro Costituzione? Si potrebbe rispondere con le parole di Calamandrei – che per una maggiore chiarezza espositiva, oltretché per la loro bellezza, si riportano testualmente – con cui l'insigne giurista esprime perplessità, timori, ma anche speranze:

Ho l'impressione che lasciarveli in quella forma (*alcuni articoli*) screditerebbe la nostra Costituzione; *mentre noi dobbiamo volere che questa Costituzione sia una Costituzione seria, e che sia presa sul serio dagli italiani.* [...] Quando leggo all'art. 26 che "la Repubblica tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce le cure gratuite agli indigenti" [...] quando io leggo questi articoli e penso che in Italia in questo momento, e chissà per quanti anni ancora, negli ospedali gli ammalati nelle cliniche operatorie muoiono perché mancano i mezzi per riscaldare le sale, e gli operati, guariti dal chirurgo, muoiono di polmonite [...] quando io penso tutto questo e penso insieme che fra due o tre mesi entrerà in vigore questa Costituzione in cui l'uomo del popolo leggerà che la *Repubblica garantisce la felicità* alle famiglie, che la Repubblica garantisce *salute* ed istruzione gratuita a *tutti*, e *questo non è vero, e noi sappiamo che non potrà essere vero per molte decine di anni* – allora io penso che scrivere articoli con questa forma grammaticale possa costituire, senza che noi lo vogliamo, senza che noi ce ne accorgiamo, una forma di sabotaggio della nostra Costituzione! [...] *Bisogna evitare che, nel leggere questa nostra Costituzione, gli italiani dicano anch'essi: "Non è vero nulla"*. Per questo io ritengo che sia necessario per debito di lealtà, che queste disposizioni che io vi ho letto, ed altre che via via potranno affiorare nel seguito della discussione, siano collocate in un preambolo, con una dichiarazione esplicita *del loro carattere non attuale, ma preparatore del futuro*; in modo che anche l'uomo semplice che leggerà, avverta che non si tratta di concessione di diritti attuali, che si tratta di propositi, di programmi e che *bisogna tutti duramente lavorare per riuscire a far sì che questi programmi si trasformino in realtà*. Per questo io depositerò alla fine di questo mio discorso un ordine del giorno che dice così: "L'Assemblea Costituente, [...] ritiene opportuno che nella nuova Costituzione italiana gli articoli che riconoscono veri e propri diritti o che disciplinano organi e poteri siano preceduti da un preambolo preliminare nel quale possano essere riassunti in

forma di propositi programmatici le direttive sociali e politiche alle quali dovrà ispirarsi la futura legislazione della Repubblica italiana [...]¹.

E a questo punto, sulla base delle considerazioni esposte dal giurista in quell'occasione, la domanda da porre dovrebbe essere questa: il cittadino è stato posto, dal legislatore, nella condizione di *credere* nella *sua* Costituzione e di *viverla* come tale? Solo un'analisi dettagliata degli interventi legislativi successivi potrà fugare ogni dubbio sul punto. E quello che qui interesserà capire (anche nei capitoli seguenti) è se nella realtà, rispetto a quanto disposto dai costituenti, vi sia *effettività* dell'art. 32 Cost. che disciplina il diritto alla salute.

Com'è noto, la disposizione in esame così recita:

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

Ciò che più di ogni altra cosa dovrebbe attirare l'attenzione di chi legge è che, tra i valori sanciti nella Carta, solo la tutela della salute è stata espressamente riconosciuta dai costituenti come diritto *fondamentale*. Eppure, l'art.32 è stato inserito nella parte prima al titolo II tra i rapporti etico-sociali e non tra i principi fondamentali della Costituzione. È stata disattesa, quindi, la volontà espressa dall'on. Calamandrei, nella seduta del 4 marzo 1947, di inserire il diritto alla salute, che nel progetto presentato dalla Commissione dei 75 figurava all'art.26, nel preambolo accanto ai diritti di libertà. Si faceva notare, allora, come nel progetto di Costituzione fossero state fissate:

¹ P. CALAMANDREI, *Atti Ass. Cost.*, XLIX, 1747 ss.

Disposizioni vaghe, che si annidano specialmente tra l'art.23 e l'art.44 (rapporti etico-sociali e rapporti economici), le quali non sono vere e proprie norme giuridiche nel senso pratico e preciso della parola, ma sono precetti morali, velleità, programmi proposti [...] furono inseriti accanto ai diritti politici di libertà alla rivoluzione francese questi nuovi diritti che si sogliono ormai denominare "diritti sociali" ma ci si accorse poi che essi lasciarono inalterata la realtà sociale, nella quale essi non avevano rispondenza [...] sicché parrebbe per noi più prudente, invece che travestire questi desideri e questi programmi in apparenze normative collocarli tutti quanti in un preambolo nel quale sia detto chiaramente che queste proposizioni non sono ancora, purtroppo, norme obbligatorie, ma sono propositi che la Repubblica pone a se stessa, per trovare in essi la guida della legislazione futura.²

In realtà, come si vedrà nel paragrafo e nei capitoli seguenti, il legislatore degli ultimi tempi non ha fatto buon uso di quella che avrebbe dovuto essere la guida per l'approvazione di leggi dirette a tutelare ogni singola situazione soggettiva riconosciuta dall'art.32 Cost.; basti pensare, in proposito, alle ultime disposizioni in materia di sanità che interessano tutti i cittadini, ma soprattutto i meno abbienti, e che tutto fanno presagire tranne che vengano garantite cure gratuite agli indigenti, ledendo così il diritto alla salute dell'individuo. Continua Calamandrei:

Il collega e amico Mortati, [...] mi disse che anche queste norme di carattere programmatico possono avere il loro significato giuridico, perché rappresentano impegni che il legislatore prende per l'avvenire, direttive e limiti alla legislazione futura; e quindi non si può dire che si tratti di disposizioni giuridicamente irrilevanti, perché anche esse hanno la loro efficacia giuridica. Questo argomento del collega Mortati non mi convinse molto [...] ma chi seppe trovare le vie del mio cuore fu l'onorevole Togliatti, il quale mi disse che noi preparatori della Costituzione dobbiamo fare *"come quei che va di notte / che porta il lume dietro e a sé non giova / ma dopo sé fa le persone dotte."*³

² P. CALAMANDREI, *Atti Ass. Cost.*, XLIX, 1745 ss.

³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 1746