

LORENZO CHIEFFI

LA LIBERTÀ DI CURA NEL DIBATTITO  
ALLA COSTITUENTE. ORIGINI STORICHE  
ED EVOLUZIONE INTERPRETATIVA  
DI UN PRINCIPIO FONDAMENTALE

Sommario: 1. Premessa. 2. La doverosità di preservare la salute individuale e collettiva nelle politiche degli Stati autoritari e paternalistici 3. L'affermazione da parte della Costituzione repubblicana del diritto all'autodeterminazione del proprio corpo. 4. Conclusioni.

1. L'analisi degli ambiti di garanzia che dovranno essere riconosciuti all'esercizio del diritto all'autodeterminazione del paziente, soprattutto se giunto ad uno stadio terminale della malattia non potrebbe trascurare le motivazioni politico/culturali che condussero i Padri della Repubblica ad introdurre, nella Carta del '48, una disposizione, l'art. 32 (già art. 26 del progetto), che nel suo secondo comma esige dal legislatore l'osservanza dei «limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Lungi dal voler utilizzare il dibattito intervenuto in seno all'Assemblea Costituente per trarne ancora oggi l'effettiva portata di questa norma costituzionale, prescindendo da una doverosa opera di adattamento esegetico alle profonde trasformazioni (sociali, politiche, economiche) di una società in continuo divenire<sup>1</sup>, è tuttavia indubbia la funzione *complementare* e *sussidiaria* del cd. argomento «originalista»<sup>2</sup> che consente uno scavo delle motivazioni storiche alla base del nostro Testo fondamentale, anche al fine di giustificarne e rafforzarne i suoi inevitabili sviluppi interpretativi.

---

1. Sulle suggestioni offerte alla scienza del diritto dalle elaborazioni concettuali provenienti da altre discipline (come la sociologia, la politica, la filosofia, l'economia, l'etica), così da calarle «nell'esperienza giuridica», facendone «elementi di essa (...)», come carne della propria carne» cfr. R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto* (1956), in "Diritto". *Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 175.

2. Come più volte sostenuto dalla stessa Corte Costituzionale nelle sentenze n. 2 e n. 9 del 1956, n. 25 del 1957, n. 27 e n. 29 del 1958, n. 69 del 1962, n. 138 del 1972 e n. 429 del 1992. Tali pronunce si possono reperire al sito internet: [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

E così, nonostante la presenza di orientamenti dottrinali di segno opposto<sup>3</sup>, inclini a restringere la portata dell'art. 32 Cost. alle sole ragioni che avevano indotto i suoi proponenti a redigerlo<sup>4</sup>, con l'effetto di renderlo oggi di difficile applicazione<sup>5</sup>, è certamente incontestabile la sua capacità, nel combinato disposto con altre prescrizione costituzionali (in particolare con quelle contenute negli artt. 2 e 13), di aprirsi ad ulteriori spunti interpretativi. Quanto precede a conferma di un intento perseguito dal Costituente volto, al di là della reazione alle atrocità persecutorie di cui si erano resi colpevoli taluni regimi dittatoriali, a ribaltare, più in generale, la tradizionale condizione di soggezione del malato in presenza di una impostazione della relazione terapeutica di tipo autoritario e paternalista.

L'obiettivo di fondo perseguito dai redattori della Costituzione fu, quindi, al di là della ripulsa verso illegittime pratiche mediche<sup>6</sup>, di rivedere una antica declinazione dello *status civitatis* favorevole alla *doverosità*, da parte di ogni consociato, di preservare la propria salute in quanto ritenuta, da quel regime illiberale, pregiudizievole ad una crescita economica della Nazione (che richiedeva forze lavoro efficienti) e ad uno suo expansionismo coloniale (assicurato dalla presenza di combattenti), in modo da sostituirla, in direzione contraria, con la massima promozione dei diritti personalistici.

Il diritto all'autodeterminazione, in cui si esprime la capacità dell'individuo di governare liberamente il proprio corpo, al riparo da qualsiasi interferenza esterna, ritrova, proprio attraverso questa nuova elaborazione normativa, la sua massima affermazione, in modo da ribaltare quella in-

---

3 Cfr. G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue "salvavita" rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 1998, 950, 957 ss.; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv.it. med. leg.*, 1995, 3, 734; ID., *La discussione sull'eutanasia e sul cd. testamento biologico* (29 maggio 2007), in <http://www.ccdc.it/UpLoadDocumenti/070529Eusebi.pdf>.

4 Legate al raccapriccio destato nell'opinione pubblica di un impiego del corpo umano come cavia, per la realizzazione di sperimentazioni da parte dei medici nazisti.

5 Tale interpretazione strettamente legata alle ragioni che avevano determinato l'elaborazione della disposizione costituzionale, in modo da conservare memoria di quelle atrocità, viene a conferire alla medesima una mera valenza storico/ricostruttiva, con l'effetto di impedirne successive evoluzioni esegetiche.

6 Che avrebbe dovuto rappresentare un monito per le generazioni future contro un impiego della scienza medica non destinata all'esclusivo benessere dell'individuo, distante da ogni riduzione di questo protagonista del rapporto terapeutico, alla stregua di un oggetto utile al solo perseguimento di finalità utilitariste o di derivazione scienziata.

sopportabile “subordinazione dell’individuo alla Stato”, la sua riduzione “a ingranaggio della macchina del potere statale”<sup>7</sup>.

Pur non potendosi di certo dubitare della valenza essenzialmente storico/ricostruttiva dei lavori preparatori del Testo fondamentale dello Stato, in grado di evidenziare le conquiste assiologiche realizzate dai Padri della Repubblica, indiscutibile è l’impostazione personalistica che potrà ricavarci dagli sviluppi di quel dibattito parlamentare, diretta a perfezionare l’autonomia dell’individuo nel nuovo disposto costituzionale.

La storicizzazione dei progressi valoriali realizzati con il testo normativo che si andava ad approvare non avrebbe affatto impedito una loro successiva ed inevitabile relativizzazione, indotta dalle inarrestabili trasformazioni della società e delle conoscenze nel campo della biomedicina<sup>8</sup>, nel rispetto ovviamente della capienza interpretativa consentita dalla lettera di ciascuna disposizione in esso contenuta.

2. Tale impostazione libertaria e promozionale dei valori legati alla persona umana (dalla integrità psico/fisica, alla dignità, alla riservatezza) veniva pertanto a porre un argine invalicabile alla permanenza di una legislazione pre-repubblicana di segno opposto che condannava duramente le pratiche, seguite dai singoli e dalle stesse comunità di appartenenza, che non fossero state coerenti con gli indirizzi del regime dittatoriale favorevoli alla realizzazione di politiche preordinate ad una significativa espansione demografica e ad un allargamento degli stessi domini territoriali.

La chiara promozione della persona umana, che emergeva chiaramente dal nuovo testo costituzionale, veniva quindi a contrapporsi ad un precedente modello, prevalente durante il ventennio fascista<sup>9</sup>, che vedeva da parte dello Stato autoritario/paternalista una «cura assidua (...) alla formazione

7 N. BOBBIO, *Il regime fascista* (1964), ora ripubblicato in Id., *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milano, 2008, 52 ss.

8 Si tratta cioè di principi, clausole o «concetti valvola» [E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 236] in grado di assumere una diversa colorazione e consistenza a seguito degli impulsi provenienti da una società in perenne trasformazione. Sul punto cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 238.

9 Come ricorda S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010, 37, nella voce dedicata al *Fascismo* dalla Enciclopedia Treccani (1932), che si deve anche alla penna di Benito Mussolini (reperibile all’indirizzo [http://www.treccani.it/enciclopedia/fascismo\\_\(Enciclopedia\\_Italiana\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/fascismo_(Enciclopedia_Italiana))), «per il fascista, tutto è nello Stato, e nulla di umano o spirituale esiste, e tanto meno ha valore, fuori dello Stato. (...) Né individui fuori dello Stato, né gruppi (partiti politici, associazioni, sindacati, classi)».

e alla sanità della razza»<sup>10</sup>, al punto di teorizzare forme di eugenetica selettiva indispensabili per la «costruzione di un *uomo nuovo* e di una nuova civiltà»<sup>11</sup>. Nei propositi di questo regime autoritario, pure richiamati nella letteratura costituzionalistica del tempo, in molti casi assai ossequiosa con il potere costituito, rientrava quindi un'esigenza di rinnovamento dello Stato, sia nella *forma* che nello *spirito*, al fine di «affermare un nuovo ordine, *ordine nazionale*» in contrapposizione «a quello che, avuto riguardo al suo obiettivo», si poteva «chiamare l'*ordine individualistico* della vita»<sup>12</sup>.

Con l'intento di preservare principalmente la forza politica e militare della Nazione, la salvaguardia della salute individuale veniva considerata «funzionale al perseguimento» di questo «preminente interesse pubblico»<sup>13</sup>.

- 
- 10 Partito Nazionale Fascista, *Testo per i corsi di preparazione politica. La politica sociale del Fascismo*, La libreria dello Stato, Anno XIV E.F., 5, reperibile all'indirizzo [http://www.almanacco.altervista.org/archivio/Politica\\_sociale\\_del\\_Fascismo.pdf](http://www.almanacco.altervista.org/archivio/Politica_sociale_del_Fascismo.pdf). Dal popolo eletto venivano escluse, proprio per ragioni di tipo razziale, le popolazioni, come quella ebraica, che furono destinatarie di politiche discriminatorie culminate con le note leggi del 1938 e del 1939 «precedute il 6 ottobre 1938 dalla *Carta della razza*, scritta personalmente da Mussolini e quindi approvata dal Gran Consiglio del Fascismo» (S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Roma, 2011, 69).
- 11 E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazione*, V. ed., Roma-Bari, 2008, 236, che ricorda come «allo sviluppo del mito dell'*italiano nuovo* contribuì in modo decisivo l'assillo personale di Mussolini per la *salute fisica della razza*, per l'eugenetica e per il potenziamento demografico della popolazione». L'ideale di «italiano nuovo» sarebbe stato, per il movimento nazional imperialista, «il maschio virile e guerriero, allevato nel culto delle glorie passate ma pronto ad affrontare le sfide della modernità, vista come epoca bellicosa e imperialista» (E. GENTILE, *op. ult. cit.*, 244).
- 12 C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto pubblico fascista*, Torino, 1934, 24, per il quale l'indirizzo statualista prevalente in quel periodo partiva dalla considerazione secondo cui nello «Stato vi è qualche cosa di più che non siano gli individui che lo compongono e cioè qualche cosa di più della collettività numerica che in esso si organizza. Oltre il *bene particolare* dei singoli vi è lo Stato che è qualche cosa non solo di distinto, ma anche di *opposto al bene particolare* (49)». Per questo Autore, in «opposizione al concetto kantiano che l'*uomo esiste come fine in sé* (74)», avrebbe perciò avuto la meglio «la nota formula mussoliniana: *tutto nello Stato, nulla fuori dello Stato e soprattutto nulla contro lo Stato*», da intendersi «nel significato morale della dedicazione della personalità dell'individuo al fine dello Stato nella sua etica configurazione».
- 13 G. GEMMA, *Costituzione e integrità*, in R. Romboli (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, 82. Per S. Rodotà, *Il nuovo "habeas corpus": la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 193, «la tutela coatta della salute, l'obbligo di curarsi» esprimevano una «pretesa del sovrano di avere sudditi robusti e forti, o almeno in buono stato fisico, per farne soldati capaci di sostenere le fatiche delle guerre». Per questo Autore «dietro la pretesa

A fronte di un impegno dello Stato di adoperarsi, con opportune politiche di prevenzione e di profilassi, per la salute collettiva, doveva corrispondere, per ciascun individuo, uno stile di vita improntato alla «prudenza biologica» per il suo bene, della sua famiglia, della sua «schiatta», e della sua «nazione come un tutto»<sup>14</sup>.

Da qui una particolare attenzione da parte dello Stato per la questione demografica, per la «integrità», «sanità della stirpe, potenziamento di tutte le forze lavoro», che rappresentavano la

ragion stessa della sua vita, giacché se la vita è combattimento, il numero e la salute della popolazione non possono non preoccupare lo Stato che per l'affermazione della sua potenza deve fare affidamento per la pace e la difesa militare del suo territorio sulla vigoria, sulla sanità morale e fisica del suo popolo<sup>15</sup>.

---

di conservarsi in buona salute» non compariva allora «il rispetto della vita, ma il suo contrario: la destinazione di una persona all'attività tra tutte le più pericolose, appunto la guerra, dove il rischio costante è la morte. La salute non come via verso la vita buona, ma come condizione della morte politicamente necessaria».

14 N. ROSE, *La politica della vita*, tr. it., Torino, 2008, 16, che ricorda come «molti progetti di cittadinanza», realizzati nella Germania del Terzo Reich, ma anche attraverso le «campagne di educazione eugenetica negli Stati Uniti, in Gran Bretagna e in molti paesi europei» (tra cui la stessa Italia), fossero «organizzati in nome della salute: (...) dai pasti scolastici, all'uso dello spazzolino da denti, all'insegnamento ossessivo di abitudini di pulizia e di vita domestica, specialmente nei confronti delle donne e delle madri, alla regolamentazione statale della purezza degli alimenti, agli interventi sui luoghi di lavoro in nome della salute e della sicurezza, all'istruzione, circa la scelta del partner, di coloro che volevano sposarsi e avere figli, agli assegni familiari, e altro ancora. Il cittadino, qui, non era solo un passivo beneficiario di diritti sociali, ma era anche costretto a occuparsi del proprio corpo e, nel caso di una donna, anche di quelli del marito e della prole».

15 Partito Nazionale Fascista, *Testo per i corsi di preparazione politica. La politica sociale del fascismo*, cit., 5, nel quale si ricordava come «affinché lo Stato nuovo, nato dalla Rivoluzione (...) abbia una possibilità di vita e di sviluppo e possa sempre e dovunque affermare la sua efficienza, la sua autorità e la sua sovranità, è necessario che il popolo – che è il corpo dello Stato – sia numeroso e moralmente e fisicamente sano». Per questo documento (13-15) occorreva perciò invertire la nefasta tendenza di un declino demografico che si andava sempre più diffondendo tra le nazioni occidentali come un insopportabile segno di «decadenza morale» in grado di minacciare la «fonte stessa della loro esistenza», i cui effetti apparivano tragici se rapportati «alla vitalità, allo sviluppo ed alla forza di espansione della razza di colore». Ad un assottigliamento dei popoli «conquistatori» veniva, infatti, progressivamente a corrispondere una moltiplicazione delle «razze dominate».

Per assicurare la tutela della salute collettiva, e di ogni sua componente individuale, furono varate numerose riforme legislative, attraverso l'approvazione di nuovi codici e di leggi speciali, tutti protesi a rimarcare il valore etico oltre che simbolico dell'esistenza umana, in modo da «difendere il popolo da ogni minaccia fisica e morale», pure avvalendosi di una metodologia di tipo «preventivo»<sup>16</sup>.

L'introduzione nel codice penale del 1930 dei reati di omicidio del consenziente (art. 579) e di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580)<sup>17</sup>, nel circoscrivere gli ambiti di autonomia dell'individuo rappresentava un efficace ammonimento, con pesanti conseguenze afflittive, per le condotte che, contravvenendo il principio dell'indisponibilità e irrinunciabilità<sup>18</sup> dell'esistenza umana, avrebbero potuto condurre alla interruzione della stessa per mezzo dell'apporto altrui.

Nella medesima direzione si inoltrava, poi, lo stesso art. 5 c.c., introdotto da legislatore del 1938 (r.d. 12 dic. 1938, n. 1852), da cui sarebbe derivato il divieto degli atti di disposizione del proprio corpo in grado di cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica, ovvero che fossero contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, con l'effetto di pregiudicare interessi «collettivi» ritenuti «superiori»<sup>19</sup>.

La preservazione della salute dell'individuo, avrebbe cioè rappresentato una «condizione essenziale perché l'uomo» potesse «adempiere i suoi doveri verso la società e verso la famiglia»<sup>20</sup>.

Per consentire alla Nazione di poter «avanzare ancora e sempre sulla strada della nuova grandezza» venivano poi introdotti opportuni provvedimenti legislativi, a salvaguardia dell'istituto familiare, che avrebbero dovuto ostacolare una possibile tendenza verso una riduzione delle nascite, da

16 Partito Nazionale Fascista, *Testo per i corsi di preparazione politica. La politica sociale del fascismo*, cit., 5

17 La riforma del Codice penale introdotta nel 1930 dal Guardasigilli del governo Mussolini, Alfredo Rocco, riprendeva un'analoga riprovazione per il suicidio indotto da altri contenuta nell'art. 370 del Codice penale per il Regno d'Italia del 1889.

18 Come ricorda G. GEMMA, *Autodeterminazione del paziente in caso di coma irreversibile. Una importante sentenza della Cassazione*, in *Bioetica*, 2008, n. 1, 113, che richiama in proposito anche le parole di M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 182 ss., «la rinuncia alla vita» veniva «considerata (anche) giuridicamente illecita, ora perché rappresentava un rifiuto del divino, ora perché, equiparata all'omicidio, appariva quale aggressione di un bene di rilevanza non esclusivamente personale, ma pubblicistica».

19 A. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 608.

20 Relazione del Guardasigilli, n. 26 del 1936, ripresa da A. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, cit., 608.

cui sarebbe derivato un insopportabile arresto del «ritmo vigoroso della sua popolazione»<sup>21</sup>, favorendo al contrario una maggiore fecondità.

L'incremento della popolazione, giudicato «segno migliore» della «santità» di una Nazione, «della sua volontà di vita e di potenza», avrebbe infatti rappresentato lo «strumento poderoso per realizzare le più audaci conquiste nel campo della politica»<sup>22</sup>.

Per nulla paragonabile alle campagne eugenetiche nazionaliste di stampo nazista, fu l'attenzione dedicata dal legislatore fascista alla fase della riproduzione attraverso l'adozione di piani socio/sanitari in cui ricorrevano contemporaneamente misure coercitive e incentivanti, così da condizionare «la volontà o la capacità di procreare degli individui appartenenti a certe categorie»<sup>23</sup>.

E così, accanto ad interventi normativi diretti a penalizzare il celibato<sup>24</sup> o, in direzione opposta, a favorire con premi in danaro la natalità<sup>25</sup>, furono introdotte misure (di natura penale) che perseguivano duramente i reati contro la maternità e l'infanzia<sup>26</sup>, a ulteriore riprova di una visione paterna-

21 Partito Nazionale Fascista, *Testo per i corsi di preparazione politica. La politica sociale del fascismo*, cit., 17.

22 *Ibidem*, secondo cui «il numero ha il suo peso e la sua forza nella storia della civiltà».

23 Per N. ROSE, *op cit.*, 93, tali discriminazioni riguardarono principalmente «coloro che erano ritenuti portatori di malattie ereditarie, squilibrati, deboli di mente o fisicamente difettosi, o quelli considerati abitualmente o incorreggibilmente immorali e antisociali, specialmente gli alcolisti e i colpevoli di crimini sessuali».

24 Cfr. r. decr. 19 dicembre 1926, n. 2132 e r. decr. 24 settembre 1928, n. 2996 con i quali veniva istituita una imposta progressiva sui celibi.

25 Prevedendo, ad esempio, a «favore delle famiglie numerose (...) sussidi ed agevolazioni di varia natura» come la «assistenza sanitaria gratuita», l'esonero dal pagamento dei medicinali (Partito Nazionale Fascista, *Testo per i corsi di preparazione politica. La politica sociale del fascismo*, cit., 18), la «istituzione e generalizzazione degli assegni familiari a favore di tutti i lavoratori dipendenti» (r. decr. legge 17 giugno 1937, n. 1048); la «istituzione dei prestiti matrimoniali» (r. decr. legge 21 agosto 1937, n. 1542); le «esenzioni e riduzioni fiscali a favore delle famiglie numerose» (legge 14 giugno 1928, n. 1312 e r. decr. 21 agosto 1937, n. 1542); la «modificazioni dell'imposta di successione per favorire le successioni in linea retta» (r. decr. legge 20 agosto 1923, n. 1802); «premi di nuzialità e di natalità a carico dello stato e di enti pubblici (O.N.M.I., enti locali, ecc.)»; la previsione di «preferenze nell'assegnazione delle case popolari ai concorrenti con famiglia numerosa»; l'«aumento dell'indennità di disoccupazione in relazione al numero dei figli a carico» (r. decr. legge 4 febbraio 1937, n. 463). Tali informazioni sono tratte da F. E. LOFFREDO, *Demografica, Politica*, in *Encicl. italiana - I Appendice (1938)*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/politica-demografica\\_\(Enciclopedia\\_Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/politica-demografica_(Enciclopedia_Italiana)/).

26 Cfr. Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza che introduceva misure per combattere la propaganda anticoncezionale, approvato con r. decr. legge 6 novembre

lista e autoritaria «che attribuiva allo Stato compiti sempre più penetranti di direzione e di controllo della vita familiare»<sup>27</sup>.

Siffatta politica, in funzione della famiglia, veniva poi realizzata, non solo attraverso la creazione dell'Ufficio centrale demografico istituito alle dipendenze del Ministero dell'interno (r. decr. legge 7 giugno 1937, n. 1128), con mansioni di vigilanza e di promozione, ma soprattutto con una serie di misure dirette ad incentivare, con un impegno che si voleva definire «totalitario», l'implementazione di questi obiettivi nelle concrete prassi, senza affatto trascurare l'esigenza di procedere ad una contemporanea restaurazione «dei valori spirituali e del sentimento di solidarietà»<sup>28</sup>.

Tra i numerosi provvedimenti adottati dal regime per realizzare le politiche a sostegno della famiglia e della maternità occorre anche ricordare quelli di carattere premiale volti a migliorare la prolificità attraverso la concessione alle madri della tessera d'onore del P.N.F.<sup>29</sup>, la previsione di priorità per l'accesso agli impieghi pubblici per i coniugati<sup>30</sup>, la riserva a questi ultimi degli incarichi di maggiore prestigio, come quelli di Podestà, vice podestà, consultore, preside, vicepreside e rettore<sup>31</sup>.

Ulteriori misure furono poi introdotte per sviluppare l'assistenza della maternità e dell'infanzia attraverso l'istituzione dell'Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia (legge 10 dicembre 1925, n. 2277) e l'adozione di interventi, soprattutto di tipo igienico, per debellare le malattie sociali (a cominciare dalla tubercolosi) e garantire il potenziamento della razza, a cui avrebbe dovuto sovrintendere l'Istituto per la bonifica umana e l'ortogenesi della razza<sup>32</sup>.

Accanto a questa imponente produzione normativa di tipo promozionale, in grado di condizionare, seppure in modo indiretto, l'autonomia dell'individuo e le sue scelte affettive (considerato lo sfavore per i *single* e

1926, n. 1848, e legge 23 giugno 1927, n. 1070, contenente disposizioni sulla sanità pubblica. Il Titolo X del codice penale del 1930, dedicato ai «Delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe», puniva l'aborto di donna consenziente (art. 546), l'aborto procuratosi dalla donna (art. 547), l'incitamento a pratiche contro la procreazione (art. 553), a cominciare dalla propaganda anticoncezionale.

27 P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, 30.

28 F. E. LOFFREDO, *Demografica, Politica*, in *Encicl. italiana – I Appendice (1938)*, cit.

29 *Ibidem*.

30 Legge 6 giugno 1929, n. 1024 e r. decr. legge 21 agosto 1937, n. 1542.

31 R. decr. legge 28 aprile 1938, n. 482

32 Cfr. F.E. LOFFREDO, *Demografica, Politica*, in *Encicl. italiana – I Appendice (1938)*, cit.



il disprezzo per gli omosessuali<sup>33</sup>), la mortificazione dei diritti della personalità veniva ad assumere poi una dimensione odiosa e insopportabile, con inevitabili effetti discriminatori in tutti i settori della vita sociale, attraverso la previsione contenuta nel 3° comma dell'art. 1 c.c.<sup>34</sup> che rimetteva alle leggi speciali il compito di introdurre limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze, con l'effetto di negare «in radice» agli ebrei, considerati come delle non persone, «la possibilità di essere soggetti di diritto a pieno titolo»<sup>35</sup> e, per ciò stesso, la loro autonomia di azione.

3. Di contro a questa evidente soggezione dell'individuo allo Stato e, all'interno del rapporto sanitario, a colui che rappresentava l'interprete di questa pervasiva doverosità di prendersi cura dell'infermo, venne invece ad affermarsi, con l'entrata in vigore della nuova Carta Costituzionale, una forte istanza per lo sviluppo di una alleanza terapeutica, tra medico e paziente, di tipo paritario, collaborativo, dando così risalto ai suoi contenuti relazionali (*to cure* accanto al *to care*).

Una qualsiasi disciplina legislativa che intendesse oggi disciplinare questo delicato rapporto interpersonale non potrebbe perciò trascurare le ragioni, di tipo storico, che indussero a questa evoluzione assiologia (da doverosità, a libertà di cura), al fine di dare maggiore spazio alla libertà di scelta del paziente.

Dal combinato disposto, rappresentato dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione emerge, infatti, una forte istanza autonomista che, in contrapposizione con il modello autoritario e paternalista preesistente, offre lo spunto per rimettere a ciascun individuo il diritto di disporre liberamente del pro-

33 Seppure non venne poi inserito nel Codice Rocco del 1930 alcun articolo che puniva le relazioni omosessuali (come pure proposto nel progetto iniziale), diffuso fu tuttavia l'impiego di sanzioni amministrative, contemplate nel T.U. di polizia, per reprimere il fenomeno, come l'ammonizione, la diffida e il confino. Sull'argomento G. GORETTI e T. GIARTOSIO, *La città e l'isola. Omosessuali al confino nell'Italia fascista*, Roma, 2006.

34 Abrogato dal d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 287.

35 S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, cit., 69, a giudizio del quale si trattava di «un corpo legislativo inquietante, perché i suoi obiettivi potevano essere raggiunti solo incidendo sulla capacità giuridica delle persone. Si revocava in dubbio uno dei postulati della civiltà giuridica moderna, l'impossibilità di creare nuove categorie di *sottocittadini*, sì che a ben ragione» – secondo l'Autore che richiama, in proposito, il testo di G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, Firenze, 1974, 17 –, «per la legislazione antiebraica, si è parlato di *un ritorno al medioevo*».

prio corpo, pur nel rispetto di limiti relazionali, derivanti dall'appartenenza ad un medesimo contesto sociale, in grado di giustificare l'imposizione da parte di una legge di trattamenti sanitari obbligatori (TSO). La doverosità di sottoporsi a talune indagini sanitarie (attraverso prelievi di materiale biologico o l'esecuzione dell'anamnesi indispensabile per il rilascio di specifiche certificazioni) ovvero di ricevere interventi di tipo profilattico (per garantire, ad esempio, una adeguata copertura vaccinale all'interno della popolazione) rappresenterebbe la sola eccezione al pieno godimento del diritto all'autodeterminazione, proprio in considerazione di quella appartenenza civica<sup>36</sup> e certamente non, come avveniva in precedenza, della soggezione dell'individuo allo Stato *padrone*.

La stessa valorizzazione, contenuta nel medesimo testo fondativo (artt. 19 e 21), del diritto di ciascuno di manifestare e professare, senza impedimenti, il proprio pensiero religioso<sup>37</sup>, nell'esercizio di una ampia garanzia della libertà di coscienza, rappresenta una chiara conferma degli spazi autonomistici lasciati alla disponibilità del singolo, coerentemente alle più intime aspirazioni sulla propria esistenza e sulle condizioni di vita considerate (o meno) degne di essere proseguite.

Nel rispetto di questo ampio spettro di garanzie assicurate al singolo, e alla sua capacità di governo del proprio corpo, si inoltrano coerentemente le numerose norme ordinarie e deontologiche<sup>38</sup> che oggi riconoscono una indiscutibile centralità alla previa raccolta, da parte del sanitario, del consenso informato ad un trattamento, come presupposto inderogabile (salvo la ricorrenza di uno stato di necessità *ex art. 54 c.p.*) per qualunque intervento terapeutico.

In analoga direzione convergono le norme in grado di far valere la responsabilità del medico che avesse avviato o proseguito un trattamento, pure in mancanza di una chiara volontà manifestata dal soggetto interessato.

Nonostante l'assenza in Italia di una specifica disciplina legislativa<sup>39</sup>, rispetto a quanto già stabilito in altri Paesi europei (come la Spagna, la Francia

---

36 In modo da consentire a ciascuno l'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (...) sociale», di cui all'art. 2 Cost., e inoltre di concorrere alla tutela della salute da intendersi «come fondamentale diritto dell'individuo», ma pure «interesse della collettività» (art. 32, 1° comma Cost.).

37 Sempreché ciò avvenga senza l'impiego di «riti contrari al buon costume».

38 Art. 33 ss. del Codice di Deontologia medica del 18 maggio 2014 come modificato nel 2016.

39 Nelle more della pubblicazione del presente lavoro è stato finalmente colmato il vuoto normativo a seguito dell'approvazione della legge 22 dicembre 2017, n. 219 recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

e la Germania), tale apparato garantistico è giunto finanche a legittimare, nelle interpretazioni più avanzate offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>40</sup>, una possibile efficacia differita nel tempo della volontà in precedenza espressa dal paziente, in stato vegetativo permanente, attraverso le dichiarazioni anticipate di trattamento.

L'opportunità consentita all'individuo di proiettare nel futuro le personali aspettative di cura, anche per rifiutare l'impiego di strumenti rianimatori e di sostegno vitale considerati incompatibili con i personali progetti di vita, avrebbe l'effetto di permettere allo stesso di rappresentare più compiutamente la propria personalità e le proprie aspettative di esistenza, in quanto considerate meritevoli di essere proseguite.

4. Il ricorso ai lavori preparatori della nuova Carta fondamentale, nel rendere possibile la conoscenza storica delle conquiste assiologiche realizzate a quel tempo, e delle stesse motivazioni culturali alla base della elaborazione normativa dei principi ritenuti prevalenti, potrà consentire di porre un argine ad eventuali rigurgiti autoritari e paternalistici (informati ad una doverosità di mantenersi in buona salute) appartenenti ad una diversa, e oramai superata, impostazione ideologica.

Il carattere ancora embrionale delle conoscenze scientifiche conosciute all'epoca della scrittura della nuova Costituzione, rispetto agli straordinari avanzamenti compiuti in seguito dalla biomedicina, non potrebbe in alcun modo giustificare una svalutazione del portato valoriale introdotto dal Costituente, ma al contrario aprire ad un approfondimento della «genesi storica»<sup>41</sup> del tessuto normativo di riferimento: quei «*punti di vista*», di cui parlava Max Weber<sup>42</sup> agli esordi del secolo ormai trascorso, indispensabili per consentire al successivo interprete di «porsi in cammino, senza» dei quali egli «dovrebbe governare senza bussola in mare aperto».

Alla ricerca di una descrizione del contenuto della norma, proprio l'intento di «guardare storicamente l'esperienza giuridica», al fine di «considerare le nostre e le altrui connessioni sul piano del concreto storico»,

40 Cfr. Corte Cassazione, Sez. III civ., 16 ottobre 2007, n. 21748 e Corte d'Appello di Milano, 9 luglio 2008.

41 P. Rossi, *Introduzione* a M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali* (1922), tr. it., Torino, 1981, 24, a giudizio del quale le scienze storico-sociali, oltre a fornire «indirizzi di conoscenza storica», «non possono pronunciarsi sulla validità normativa dei valori, ma possono accertare la loro valenza empirica, porre in luce le condizioni e le conseguenze della loro realizzazione».

42 M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, cit., 183.

sarebbe per Riccardo Orestano<sup>43</sup> di indiscutibile utilità. Per questo autorevole giurista l'approccio storico del diritto, lungi dal consentire un mero sfoggio di erudizione, per limitarsi a descrivere «ciò che è stato in sé considerato (cioè l'*essere* in concreto di ogni singolo accadimento)», dovrebbe al contrario permettere di «cogliere ciò che in una determinata esperienza atteneva al *dover essere* (o, diciamo meglio, all'*essenza del dover essere*) di quella esperienza»<sup>44</sup>.

Secondo questo corretto modo di analizzare i principi costituzionali, le conquiste assiologiche realizzate all'epoca della Costituente potranno certamente rappresentare un importante punto di riferimento da cui partire per una soddisfacente interpretazione delle norme che li contengono. La natura programmatica di queste ultime ne consentirà, poi, la progressiva adattabilità alle trasformazioni (sociali, scientifiche, ecc.) nel frattempo intervenute all'interno della comunità degli individui.

Un contestuale impiego del metodo storiografico e di quello evolutivo, che consenta l'adeguamento della norma alla contingenza esterna, per sua natura mutevole, nel tenere vive le radici fondative di un popolo, potrà permettere a quest'ultimo di godere della ulteriore protezione ricavata dalla successiva evoluzione esegetica dei beni personalistici, quali l'integrità psico/fisica, la riservatezza e la dignità. In tale chiave di lettura del disposto costituzionale (delle sue fonti originarie e, al tempo stesso, della sua evoluzione), l'analisi dei lavori preparatori della Costituzione appare necessaria e certamente feconda di utili suggestioni.

La realizzazione di una equilibrata sintesi tra interpretazione *originalista* e interpretazione *adeguatrice* potrà, perciò, consentire, a quanti saranno tenuti ad applicare la norma (a cominciare proprio da quella contenuta nell'art. 32 Cost., che ha offerto lo spunto per queste brevi riflessioni), di pervenire ad un suo corretto impiego. Tale approccio esegetico, potrà rappresentare un valido disincentivo per possibili interpretazioni *decostituzionalizzanti* effettuate da coloro che intendessero avvicinarsi al nostro testo fondamentale mostrando indifferenza per le motivazioni storiche che lo avevano ispirato e, soprattutto, per i suoi successivi sviluppi valoriali<sup>45</sup>.

43 R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto*, cit., 177.

44 R. ORESTANO, *op. ult. cit.*, 189, a giudizio del quale, il ricorso all'analisi storica potrà consentire all'interprete del diritto di elaborare più compiutamente «l'oggetto della sua scienza, in altre parole a prendere conoscenza e coscienza di un'esperienza giuridica del passato per un'esperienza del suo presente».

45 Cfr. S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, 146.